



Mitwirkend: die Obergerichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Dr. Helen Kneubühler Dienst, die Handelsrichter Thomas Fischer, Attila Mathé und Peter Leutenegger sowie der Gerichtsschreiber Jan Busslinger

Urteil vom 19. Januar 2017

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X1._____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2._____

gegen

B._____ Schweiz AG,

Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 370'000.-- zuzüglich Zins zu 5 % pro Jahr seit 11. Juli 2014 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zu Lasten der Beklagten."

In der Replik geändertes Rechtsbegehren:

(act. 19 S. 2)

- " 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 740'000.-- zuzüglich
 - a) Zins zu 5 % pro Jahr auf CHF 370'000.-- seit 11. Juli 2014; sowie
 - b) Zins zu 5 % pro Jahr auf CHF 370'000.-- seit der Zustellung der Replik/Widerklageantwort an die Beklagtezu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zu Lasten der Beklagten."

Widerklagerechtsbegehren:

(act. 10 S. 2)

- " 1. Die Klägerin und Widerbeklagte sei zu verurteilen, der Beklagten und Widerklägerin den Betrag von CHF 63'531.17, nebst Zins zu 5% seit 13. Februar 2014 zu bezahlen;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Widerbeklagten."

Inhaltsübersicht

Sachverhalt und Verfahren	5
A. Sachverhaltsübersicht	5
a. Parteien und ihre Stellung	5
b. Prozessgegenstand	5
B. Prozessverlauf	9
Erwägungen	10
1. Formelles	10
1.1. Sachurteilsvoraussetzungen	10
1.1.1. Örtliche Zuständigkeit	10
1.1.2. Sachliche Zuständigkeit	11
1.1.3. Übrige Sachurteilsvoraussetzungen	12
1.2. Widerklage	12
1.3. Klageänderung	13
1.3.1. Gleiche Verfahrensart	13
1.3.2. Sachlicher Zusammenhang	13
1.3.3. Sachzuständigkeit	16
1.3.4. Örtliche Zuständigkeit	17
1.3.5. Ergebnis	17
2. Überblick über die Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien	17
2.1. Informatikverträge	17
2.2. Parametrisierungslösung der Klägerin	18
2.3. Rechtliche Würdigung	19
3. Hauptklage	21
3.1. Anspruchsgrundlage	21
3.2. Verpflichtung	21
3.3. Vereinbarung einer Konventionalstrafe	24
3.4. Pflichtverletzung betreffend C. _____ AG	26
3.4.1. Grundsätze	26
3.4.2. Streitpunkte	29
3.4.3. Prüfung im Einzelnen	31
3.4.3.1. Regeln	31
3.4.3.2. Erfassungsberichte	34
3.4.3.3. Freischaltungen	36
3.4.3.4. Kontrollen	38
3.4.3.5. Auswertungen	39
3.4.4. Zwischenergebnis	41
3.5. Pflichtverletzung betreffend D. _____ Group AG	42
3.6. Vertretenmüssen	44
3.7. Ungültigkeit der Konventionalstrafe	45
3.8. Herabsetzung der Konventionalstrafe	48
3.9. Nebenforderung	53
3.10. Ergebnis	53
4. Widerklage	54
4.1. Zusammensetzung der Forderung	54
4.2. Rückforderung von CHF 23'760.00 für die Berichterstattung	54
4.2.1. Anspruchsgrundlage	54

4.2.2. Leistungskondition	56
4.2.3. Rechtsgrundlosigkeit	56
4.2.4. Irrtum über die Leistungspflicht	59
4.2.5. Zwischenergebnis	59
4.3. Rückforderung von CHF 9'873.38 für das Umstellungsprojekt	59
4.3.1. Anspruchsgrundlage	59
4.3.2. Leistungskondition	60
4.3.3. Rechtsgrundlosigkeit	60
4.3.3.1. Grundsätze	60
4.3.3.2. Prüfung im Einzelnen	61
4.3.3.2.1. Präsenz von E. _____ an der Sitzung vom 25. Oktober 2013	61
4.3.3.2.2. Präsenz von F. _____ an der Sitzung vom 25. Oktober 2013	64
4.3.3.2.3. Interner Transfer	66
4.3.3.2.4. Erstellung von Rechnungen	69
4.3.4. Irrtum über die Leistungspflicht	72
4.3.5. Zwischenergebnis	75
4.4. Minderung um CHF 29'897.79 für das Umstellungsprojekt	75
4.4.1. Anspruchsgrundlage	75
4.4.2. Werk	76
4.4.3. Ablieferung	78
4.4.4. Mangel	83
4.4.4.1. Grundsatz	83
4.4.4.2. Prüfung im Einzelnen	83
4.4.4.2.1. Entwicklungs- und Testumgebung	83
4.4.4.2.2. Rollup-Funktion	85
4.4.4.2.3. Schnittstelle	88
4.4.4.3. Zwischenergebnis	90
4.4.5. Mängelrüge	92
4.4.6. Minderungsbetrag	93
4.4.7. Hilfsweise Beurteilung nach Auftragsrecht	94
4.4.8. Zwischenergebnis	95
4.5. Untergang der Ansprüche durch Neuerung	95
4.5.1. Neuerung als Erlöschensgrund	95
4.5.2. Vertragliche Einigung	96
4.5.3. Bestand einer Forderung	98
4.5.4. Novierungswille	99
4.5.5. Zwischenergebnis	99
4.6. Umfang des Anspruchs	99
4.7. Ergebnis	100
5. Kosten- und Entschädigungsfolgen	100
5.1. Kostenstreitwert	100
5.2. Gerichtskosten	100
5.2.1. Höhe	100
5.2.2. Verteilung	101
5.3. Parteientschädigungen	102
5.3.1. Höhe	102
5.3.2. Verteilung	102
6. Rechtsmittelstreitwert	103

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in Zürich ZH. Sie bezweckt betriebswirtschaftliche Beratungen jeglicher Art, insbesondere Beratungen bei Projekten der Informationstechnologie (act. 4/1). Zur Einführung der Softwarelösung SAP FC verwendet sie bei ihren Kunden unter anderem die selbst entwickelte Parametrisierungslösung "G._____ (G'._____™)" (act. 1 Rz. 23, 35). Die Bezeichnung "G'._____" ist als Marke Nr. ... im schweizerischen Markenregister eingetragen.

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in ... ZH. Sie bezweckt den Betrieb eines Bauunternehmens, insbesondere die Planung, Leitung und Ausführung von Bauleistungen im Hoch- und Tiefbau, die Entwicklung und Herstellung von Anlagen und Systemen sowie weitere Dienstleistungen im Bau- und Immobilienbereich (act. 4/2).

b. Prozessgegenstand

Mit Rechtsbegehren vom 19. Dezember 2014 verlangt die Klägerin von der Beklagten eine Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 370'000.00 und Zinsen wegen Verletzung der mit Vertrag vom 6./8. Dezember 2011 vereinbarten Geheimhaltungsverpflichtung. Mit geändertem Rechtsbegehren vom 14. Juli 2015 verlangt sie zusätzlich im Zusammenhang mit einer geltend gemachten erneuten Verletzung der Geheimhaltungsverpflichtung eine weitere Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 370'000.00. Die Beklagte verlangt widerklageweise die Rückerstattung eines Teils der an die Klägerin bezahlten Honorare im Umfang von CHF 63'531.17 und Zinsen wegen Schlechterfüllung bzw. ungerechtfertigter Inrechnungstellung.

Die Klägerin, vertreten durch F._____ und H._____, und die damalige B._____ Management AG, vertreten durch I._____ und J._____, schlossen am 6. bzw.

8. Dezember 2011 einen "VERTRAG betreffend die IMPLEMENTIERUNG DER G._____" (act. 1 Rz. 42; act. 10 Rz. 13; act. 3/2). Die Arbeiten gemäss diesem Implementierungsvertrag wurden abgeschlossen (act. 1 Rz. 42, 76; act. 10 Rz. 97). Am 21. Juni 2012 füllte die damalige B.____ Management AG einen Fragebogen Kundenzufriedenheit betreffend die Projektführung der Klägerin aus (act. 1 Rz. 43; act. 10 Rz. 97; act. 3/11).

Auf den 1. März 2013 übernahm die Beklagte (B.____ Schweiz AG) die B.____ Generalunternehmung AG, die B.____ Management AG und die K.____ AG mittels einer Absorptionsfusion (act. 10 Rz. 23; act. 3/4 S. 5 f.). Die Umstrukturierung hatte bei der Beklagten eine Reduktion der Profit Centers zur Folge, welche einerseits zu einem Anpassungsbedarf bei der Parametrisierung von SAP FC, andererseits zu personellen Abgängen, u.a. der für die Konzernkonsolidierung zuständigen L.____ und M.____, führte, weshalb die Beklagte kurzfristig nicht mehr imstande war, die Finanzberichterstattung mit eigenem Personal zu bewältigen (act. 10 Rz. 24; act. 19 Rz. 87). Die Beklagte bat die Klägerin deshalb um vorübergehende Unterstützung bei der Erstellung der internen Finanzberichte und externen Konzernabschlüsse. Zwischen April 2013 und September 2013 erbrachte die Klägerin der Beklagten entsprechende Dienstleistungen, wofür sie dieser CHF 201'917.93 in Rechnung stellte (act. 10 Rz. 25; act. 12/13-26).

Am 26. Juni 2013 unterzeichnete die Beklagte drei sog. Engagement Letters der Klägerin (act. 19 Rz. 107; act. 23 Rz. 110). Neben der erwähnten Unterstützung bei der internen (act. 20/70) und externen (act. 20/50) Berichterstattung der Beklagten betrafen diese auch die Vornahme von Anpassungen an Änderungen der International Financial Reporting Standards (IFRS) (act. 3/12). Die Umstrukturierung der Unternehmensgruppe der Beklagten führte zu einem Anpassungsbedarf verschiedener Strukturen von SAP FC (act. 10 Rz. 33). Für die mit der Gruppenumstrukturierung verbundenen Anpassungen berechnete die Klägerin von Oktober bis Dezember 2013 insgesamt CHF 129'464.66 (inkl. MwSt und Spesen; act. 10 Rz. 35; act. 19 Rz. 116; act. 3/20-22; act. 12/27-30; act. 20/66-69).

Mit Schreiben vom 29. November 2013 kündigte die Klägerin den Hotline-Vertrag vom 21. Dezember 2011 (act. 1 Rz. 50; act. 10 Rz. 106; act. 3/17). Im Rahmen

der mit der Gruppenumstrukturierung verbundenen Anpassung bat die Klägerin mit E-Mail vom 29. Dezember 2013 um Bescheid, inwieweit Arbeiten zu den offenen Punkten erforderlich seien (act. 1 Rz. 55; act. 10 Rz. 111). Am 30. Dezember 2013 kam es zu einem Telefongespräch zwischen der Klägerin und der Beklagten (act. 10 Rz. 111; act. 19 Rz. 270). In der Folge verzichtete die Beklagte auf weitere Leistungen der Klägerin und zog die Firma C._____ AG bei (act. 1 Rz. 53, 57 f.; act. 10 Rz. 112).

Zwischen den Parteien streitig sind hauptsächlich die folgenden Punkte:

Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe die Firma C._____ AG für die Unterstützung bei der Konzernberichterstattung beigezogen (act. 1 Rz. 58). Durch den Beizug der C._____ AG, welche eine Konkurrentin sei, habe die Beklagte dieser Einblick in die Parametrisierungslösung gewährt (act. 1 Rz. 61-63). Die Beklagte bestreitet dies und behauptet, die Firma C._____ AG habe die Beklagte ab Januar 2014 nicht bei der Konzernberichterstattung, sondern lediglich beim Umstellungsprojekt unterstützt (act. 10 Rz. 112). Die C._____ AG habe keinen Einblick in die Parametrisierungslösung, sondern lediglich in das bei der Beklagten installierte Programmpaket SAP FC und die darin abgebildete Hierarchiestruktur der Berichtseinheiten erhalten, soweit dies für ihre Tätigkeit erforderlich gewesen sei (act. 10 Rz. 74). Die Klägerin wiederum hält daran fest, dass eine Weiterführung der Anpassungsarbeiten an der bei der Beklagten installierten Konsolidierungssoftware nicht möglich gewesen sei, ohne Einblick in die Parametrisierungslösung zu nehmen (act. 19 Rz. 215).

Die Klägerin behauptet, ihre Parametrisierungslösung erlaube eine Einführung von SAP FC innerhalb weniger Monate, während sich eine Implementierung mit dem SAP Starter Kit über mehrere Jahre erstrecken könne (act. 1 Rz. 24). Zudem sei die Parametrisierungslösung weit umfassender als das SAP Starter Kit (act. 1 Rz. 25-30, 35). Die Beklagte bestreitet dies und behauptet, die Vielzahl der Elemente in der Parametrisierungslösung sei ein Zeichen, dass die Lösung nicht auf der Höhe der Zeit sei (act. 10 Rz. 91). Zudem weise sie zahlreiche Unzulänglichkeiten auf (act. 10 Rz. 92). Dagegen sei die Vorkonfiguration des SAP Starter Kit nicht rudimentär (act. 10 Rz. 90). Diese erlaube bereits eine volle Konsolidierung

nach IFRS (act. 23 Rz. 47, 83). Die Klägerin hält daran fest, dass das SAP Starter Kit nur rudimentäre Funktionen aufweise (act. 19 Rz. 237). Ihre Parametrisierungslösung befinde sich auf der Höhe der Zeit (act. 19 Rz. 240). Ohne spezifische Erweiterung erlaube das SAP Starter Kit keine professionelle Anwendung von SAP FC für die Konzernberichterstattung (act. 32 Rz. 125).

Die Beklagte behauptet, sie sei bereits beim Implementierungsprojekt unzufrieden gewesen mit der Kostenentwicklung und der Art und Weise, wie die Klägerin über sogenannte Zusatzleistungen Honorarvolumen generiere (act. 10 Rz. 18). Die Klägerin habe den Kostenvoranschlag im Anhang des Implementierungsvertrags vom 6./8. Dezember 2011 um knapp 20 % überschritten (act. 23 Rz. 85, 90). Im Rahmen der Unterstützung bei der Finanzberichterstattung sei sie mit der Leistung trotz hoher Kosten aufgrund der Leistungen der Beraterin der Klägerin im Grossen und Ganzen zufrieden gewesen (act. 10 Rz. 26). Ab Juni 2013 seien die Rechnungen der Klägerin vollkommen intransparent geworden (act. 10 Rz. 27). Insbesondere habe die Klägerin zahlreiche Leistungen vollumfänglich in Rechnung gestellt, welche eigentlich vom Hotline-Vertrag abgedeckt gewesen wären (act. 10 Rz. 28). Als die bisherige Beraterin die Klägerin verlassen und diese eine neue Beraterin eingesetzt habe, sei die Beklagte mit dem Preis-Leistungsverhältnis unzufrieden gewesen (act. 10 Rz. 37; act. 23 Rz. 114). Die von der Klägerin in Rechnung gestellten Beträge seien im Branchenvergleich ausgesprochen hoch, wenn man bedenke, dass sie lediglich einen kleinen Teil des Umstellungsprojektes umgesetzt habe und dies erst noch mangelhaft (act. 19 Rz. 36). Die Klägerin bestreitet dies und behauptet, die Kosten im Implementierungsprojekt seien nur um 3,75 % überschritten worden, weshalb die Beklagte keinen Grund habe, der Klägerin einen Vorwurf über die Kostenentwicklung zu machen (act. 19 Rz. 80). Die formelle Gestaltung der Rechnungsstellung habe sie nach den ausdrücklichen Weisungen der Beklagten vorgenommen (act. 19 Rz. 92, 95). Sie habe keine Leistungen in Rechnung gestellt, welche durch den Hotline-Vertrag abgedeckt gewesen seien (act. 19 Rz. 96). Dieser habe nur Leistungen im Rahmen der regulären Bedienung, nicht aber für darüber hinausgehende Projekte umfasst (act. 19 Rz. 97). Letztere seien von den Parteien separat in Engagement Letters vereinbart worden (act. 19 Rz. 98). Die von ihr in Rech-

nung gestellten Beträge seien nicht ausgesprochen hoch oder unangemessen gewesen (act. 19 Rz. 116).

Ergänzend wird auf die Schriftsätze der Parteien (act. 1; act. 10; act. 19; act. 23; act. 32) Bezug genommen. Auf deren Darstellungen ist in den Erwägungen einzugehen, soweit diese für die Entscheidungsfindung wesentlich sind.

B. Prozessverlauf

Mit Schriftsatz vom 19. Dezember 2014 machte die Klägerin die vorliegende Klage am 19. Dezember 2014 (Datum Poststempel) beim hiesigen Gericht rechtshängig (act. 1; act. 2; act. 3/2-30). Mit Verfügung vom 23. Dezember 2014 stellte das Gericht der Beklagten die Klagebegründung vom 19. Dezember 2014 zu und setzte der Klägerin Frist bis 3. Februar 2015 zur Leistung des Vorschusses für die Gerichtskosten (act. 5). Den Kostenvorschuss leistete die Klägerin am 6. Januar 2015 und damit innerhalb der Frist (act. 7). Mit Verfügung vom 7. Januar 2015 setzte das Gericht der Beklagten Frist bis 9. März 2015 zur Erstattung der Klageantwort (act. 8). Mit Schriftsatz vom 9. März 2015 reichte die Beklagte ihre Klageantwort innerhalb der Frist ein und erhob Widerklage (act. 10; act. 11; act. 12/2-53). Mit Verfügung vom 11. März 2015 stellte das Gericht die Klageantwort-/Widerklageschrift vom 9. März 2015 der Klägerin und nun Widerbeklagten zu, setzte der Beklagten Frist zur Leistung des Vorschusses für die Gerichtskosten der Widerklage bis 6. Mai 2015 an und teilte das Verfahren der Instruktionsrichterin zu (act. 13). Die Klägerin reagierte auf die Zustellung der Klageantwort-/Widerklageschrift mit Schriftsatz vom 27. April 2015 und ersuchte um Absehen von einer Instruktionsverhandlung und Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels (act. 15). Die Beklagte leistete den Kostenvorschuss am 4. Mai 2015 und damit innerhalb der Frist (act. 16).

Mit Verfügung vom 11. März 2015 ordnete das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel an und setzte der Klägerin Frist bis zum 14. Juli 2015 zur Erstattung der Replik an (act. 18). Mit Schriftsatz vom 14. Juli 2015 reichte die Klägerin die Replik/Widerklageantwort ein, wobei sie ihr Rechtsbegehren erweiterte (act. 19; act. 20/31-90). Mit Verfügung vom 29. Juli 2015 stellte das Gericht die Rep-

lik/Widerklageantwortschrift vom 14. Juli 2015 der Beklagten zu und setzte ihr Frist bis 21. Oktober 2015 zur Erstattung der Duplik/Widerklagereplik an (act. 21). Mit Schriftsatz vom 21. Oktober 2015 reichte die Beklagte die Duplik/Widerklagereplik ein (act. 23; act. 24/54-67). Mit Verfügung vom 29. Oktober 2015 stellte das Gericht die Duplik-/Widerklagereplik vom 21. Oktober 2015 der Klägerin zu, setzte dieser eine Frist bis 30. November 2015 zur Leistung eines zusätzlichen Vorschusses für die Gerichtskosten aufgrund der Klageänderung und eine Frist bis 18. Januar 2016 zur Erstattung der Widerklageduplik (act. 25). Mit Schriftsatz vom 12. November 2015 reichte die Klägerin eine Stellungnahme zu den Dupliknoten ein (act. 28; act. 29/91). Diese Stellungnahme wies das Gericht mit Beschluss vom 23. November 2015 aus dem Recht (act. 30). Mit Schriftsatz vom 18. Januar 2016 reichte die Klägerin die Widerklageduplik ein (act. 32; act. 33/91-106). Mit Verfügung vom 22. Januar 2016 stellte das Gericht die Widerklageduplik vom 18. Januar 2016 der Beklagten zu und hielt den Eintritt des Aktenschlusses fest (act. 34).

Am 19. Januar 2017 fand die Hauptverhandlung statt (act. 44/1-5; Prot. S. 14 ff.).

Nach durchgeführtem Hauptverfahren erweist sich der Prozess als spruchreif.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Sachurteilsvoraussetzungen

1.1.1. Örtliche Zuständigkeit

Die Parteien können für einen bestehenden oder künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 17 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Unwirksam ist die Abweichung von einem (teil)zwingenden Gerichtsstand (Art. 9 Abs. 2 ZPO). Die Vereinbarung bedarf der Schrift- oder Textform (Art. 17 Abs. 2 ZPO).

Die Klägerin stützt sich auf die Gerichtsstandsvereinbarung in Ziffer 10.4 Abs. 2 des Vertrages vom 6./8. Dezember 2011 (act. 1 Rz. 3; act. 3/2). Vertragsparteien sind die Klägerin und die B._____ Management AG. Deren Gesamtrechtsnachfolgerin ist die Beklagte, welche die B._____ Management AG mit Wirkung auf den 28. März 2013 (Tagebucheintrag) durch Absorptionsfusion übernommen hat (act. 1 Rz. 2; act. 10 Rz. 80; act. 3/4 S. 5 f.). Die Beklagte ist somit an die Gerichtsstandsvereinbarung gebunden (Art. 22 Abs. 1 Satz 2 FusG). Ein (teil)zwingender Gerichtsstand, welcher einer Gerichtsstandsvereinbarung entgegenstehen würde, besteht nicht.

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 17 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

Im Übrigen ist die örtliche Zuständigkeit auch nach Art. 18 und 31 ZPO gegeben. Nachdem sich die Beklagte in der Klageantwort/Widerklage vom 9. März 2015 zur Sache geäußert hat, wäre das angerufene Gericht auch durch Einlassung nach Art. 18 ZPO örtlich zuständig geworden. Ansonsten ist für Klagen aus Vertrag das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Erfüllungsort der charakteristischen Leistung zuständig (Art. 31 ZPO). Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist für das gesamte Kantonsgebiet zuständig, in welchem auch der Sitz der Beklagten liegt.

1.1.2. Sachliche Zuständigkeit

Das Handelsgericht ist als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig (Art. 6 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG). Eine Streitigkeit gilt als handelsrechtlich, wenn (i) beide Parteien im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind, (ii) die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist und (iii) gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht, d.h. der Streitwert mindestens CHF 30'000.00 beträgt (Art. 6 Abs. 2 lit. a-c ZPO; BGE 139 III 67 E. 1.2 S. 69 f.).

Beide Parteien sind im Handelsregister eingetragen (oben Ziffer A.a), die Streitigkeit betrifft ihre Geschäftstätigkeit (oben Ziffer A.b), und der erforderliche Streitwert ist erreicht.

Die sachliche Zuständigkeit ist gestützt auf Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO, § 44 lit. b GOG gegeben.

1.1.3. Übrige Sachurteilsvoraussetzungen

Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass.

1.2. Widerklage

Mit der Klageantwort vom 9. März 2015 erhob die Beklagte Widerklage über CHF 63'531.17 nebst Zins zu 5 % seit 13. Februar 2014 (act. 10 S. 2).

Die Widerklage ist zulässig, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist (Art. 224 Abs. 1 ZPO). Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt.

Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit stützt sich die Beklagte bei ihren Ansprüchen auf verschiedene Arbeiten im Zusammenhang mit dem Umstellungsprojekt, deren Grundlage, nachdem die Parteien diesbezüglich keinen neuen Projektvertrag geschlossen haben, unstreitig der Engagement Letter vom 25./26. Juni 2013 bildet (act. 1 Rz. 48; act. 10 Rz. 4, 34; act. 19 Rz. 98, 119, 187). Die gemäss Ziffer 5 des Engagement Letter vom 25./26. Juni 2013 (act. 3/12) anwendbaren Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten in Ziffer 12 eine Gerichtsstandsklausel zu Gunsten von Zürich (act. 20/77). Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich deshalb aus Art. 17 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

Selbst bei fehlender Gerichtsstandsvereinbarung könnte sich die örtliche Zuständigkeit auf Art. 31 ZPO stützen, nachdem die Klägerin und Widerbeklagte ihren Sitz in Zürich hat. Nichts anderes ergibt sich auch aus dem von der Klägerin angeführten subsidiären allgemeinen Gerichtsstand (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO). Nachdem die Klägerin und Widerbeklagte die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit nicht erhoben hat, hat sie sich nach Art. 18 ZPO eingelassen. Damit erübrigt sich die Prüfung, ob ein sachlicher Zusammenhang mit der Hauptklage i.S.d. Art. 14 Abs. 1 ZPO besteht.

1.3. Klageänderung

Mit Replik/Widerklageantwort vom 14. Juli 2015 hat die Klägerin ihr Rechtsbegehren um CHF 370'000.00 auf CHF 740'000.00 erweitert, wobei sie auf die neu geltend gemachten CHF 370'000.00 Zins zu 5 % pro Jahr seit der Zustellung der Replik/Widerklageantwort vom 14. Juli 2015 verlangt (act. 19 S. 2, Rz. 4 ff.).

Eine Klageänderung liegt vor, wenn die klagende Partei entweder das Rechtsbegehren oder das Klagefundament (den Lebenssachverhalt) ändert oder erweitert (allgemeine Ansicht; LAURENT KILLIAS, in: Berner Kommentar ZPO, 2012, N. 6 ff. zu Art. 227 ZPO). Sie ist unter den Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO zulässig. Zudem muss auch für die geänderte Klage dieselbe örtliche Zuständigkeit gelten (allgemeine Ansicht; KILLIAS, in: Berner Kommentar ZPO, a.a.O., N. 37 zu Art. 227 ZPO; CHRISTOPH LEUENBERGER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl. 2016, N. 30a zu Art. 227 ZPO), wobei sich eine solche auch kraft sachlichen Zusammenhangs aus Art. 15 Abs. 2 ZPO ergeben kann.

1.3.1. Gleiche Verfahrensart

Der geänderte Anspruch ist in der gleichen Verfahrensart wie der ursprüngliche Anspruch zu beurteilen, nämlich im ordentlichen Verfahren, weshalb die Voraussetzung von Art. 227 Abs. 1 ZPO erfüllt ist.

1.3.2. Sachlicher Zusammenhang

1.3.2.1. Weitere Voraussetzung ist entweder ein sachlicher Zusammenhang mit dem bisherigen Anspruch oder die Zustimmung der Gegenpartei (Art. 227 Abs. 1 lit. a und b ZPO).

1.3.2.2. Die Klägerin vertritt die Auffassung, der sachliche Zusammenhang sei gegeben (act. 19 Rz. 7). Die Beklagte habe während des laufenden Prozesses einem weiteren Drittunternehmen, der D._____ Group AG, Einblick in die Parametrisierungslösung der Klägerin gewährt (act. 19 Rz. 4). Damit habe die Beklag-

te erneut eine identische Verletzung des Implementierungsvertrags begangen, für den bereits mit der ursprünglichen Klage die Zahlung der vereinbarten Konventionalstrafe gefordert worden sei; dies sei mit dem erneuten Verstoss gegen ein Konkurrenzverbot vergleichbar (act. 19 Rz. 7).

Die Beklagte entgegnet, bei einem Abstellen auf die Behauptungen der Klägerin, die Beklagte habe einer zusätzlichen Person Einblick in die Parametrisierungslösung der Klägerin gewährt, bestünde aufgrund neuer Beteiligter ein neuer Lebensvorgang, weshalb dann grundsätzlich kein sachlicher Zusammenhang zwischen den beiden von der Klägerin geltend gemachten Ansprüchen gegeben wäre (act. 23 Rz. 5). Allerdings handle es sich bei den entsprechenden Mitarbeitern der D._____ Group AG um dieselben Personen, welche ehemals als Mitarbeiter der C._____ AG für die Beklagte tätig gewesen seien. Mangels Vorliegen einer neuen Vertragsverletzung wäre eine weitere Konventionalstrafe somit nicht geschuldet. "Unter dieser Prämisse" sei auf die Klageerweiterung aufgrund der Fortsetzung des in der Klage behaupteten identischen Lebensvorgangs einzutreten (act. 23 Rz. 5).

1.3.2.3. Vorab stellt sich die Frage, ob die Beklagte mit ihren Ausführungen der Klageänderung zugestimmt hat. Die Zustimmung zur Klageänderung stellt eine prozessuale Willenserklärung der beklagten Partei dar (ANNETTE DOLGE, in: Spühler/Dolge/Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2010, 9. Kapitel N 70). Als sog. Bewirkungshandlung kommt ihr unmittelbare prozessuale Wirkung zu (DOLGE, in: Spühler/Dolge/Gehri, a.a.O., 9. Kapitel N 69). Ein prozessuales Gestaltungsrecht kann nur unbedingt und unwiderruflich ausgeübt werden (DOLGE, in: Spühler/Dolge/Gehri, a.a.O., 9. Kapitel N 91).

Die Beklagte erteilt ihre Zustimmung unter der Annahme, die von der Klägerin vorgebrachte weitere Verletzung der Geheimhaltungsvereinbarung sei unbegründet, da zwischen den zuständigen Personen der C._____ AG und der D._____ Group Identität gegeben sei. Mithin könne mangels relativer Unbekanntheit der geheimhaltungsbedürftigen Tatsache keine Geheimnisverletzung mehr vorliegen.

Die Zulässigkeit der Klageänderung kann allerdings nicht mit der Unbegründetheit der Klageerweiterung begründet werden. Die Frage der Zulässigkeit der Klageänderung ist vor einer Entscheidung über die Sache im Rahmen der Sachurteilsvoraussetzungen zu prüfen. Die Erklärung der Beklagten ist deshalb höchstens als eine bedingte Zustimmung zur Klageänderung zu verstehen. Als solche ist sie prozessual unbeachtlich. Im Übrigen fixiert die Klägerin das Prozessthema der Klage. Diese teilt die Ansicht der Beklagten, es liege eine personelle Identität vor, offensichtlich nicht. Auch aus diesem Grund kann keine Zustimmung der Beklagten zur Klageänderung vorliegen.

1.3.2.4. Mangels gültiger Zustimmung der Beklagten ist die Klageänderung nur zulässig, wenn ein sachlicher Zusammenhang mit dem ursprünglichen Anspruch besteht. Die verlangte Konnexität ist ohne weiteres gegeben, wenn sich der neue oder geänderte Anspruch auf dasselbe Klagefundament stützt (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N. 4 zu § 61 ZPO/ZH; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N. 18 zu Art. 227 ZPO; DANIEL WILLISEGGER, in: Basler Kommentar ZPO, 2. Aufl. 2013, N. 31 zu Art. 227 ZPO). Ändert sich (auch) das Klagefundament, so besteht ein sachlicher Zusammenhang nur, wenn sich die Klageänderung aus einem benachbarten Lebenssachverhalt ergibt (KILLIAS, in: Berner Kommentar ZPO, a.a.O., N. 40 zu Art. 227 ZPO; WILLISEGGER, in: Basler Kommentar ZPO, a.a.O., N. 34 zu Art. 227 ZPO). In diesem Rahmen besteht ein gewisser Entscheidungsspielraum, bei welchem auch prozessökonomische Überlegungen eine Rolle spielen können (WILLISEGGER, in: Basler Kommentar ZPO, a.a.O., N. 34 zu Art. 227 ZPO). So weit wie die Sachdienlichkeit nach § 263 deutsche ZPO geht der sachliche Zusammenhang i.S.d. Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO jedoch nicht (sinngemäss WILLISEGGER, in: Basler Kommentar ZPO, a.a.O., N. 34 zu Art. 227 ZPO; a.A. ausdrücklich GREGOR VON ARX, Der Streitgegenstand im schweizerischen Zivilprozess, Diss. Basel, Basel 2007, S. 111 f.). Den Prinzipien der Prozessökonomie stehen der Konzentrationsgrundsatz, die Rechtssicherheit und der Rechtsschutz der beklagten Partei gegenüber (WILLISEGGER, in: Basler Kommentar ZPO, a.a.O., N. 2 zu Art. 227 ZPO).

Die Klägerin begründet die Klageänderung damit, dass die Beklagte die Geheimhaltungsvereinbarung nicht nur, wie ursprünglich eingeklagt, durch Offenlegung gegenüber der C._____ AG, sondern auch gegenüber der D._____ Group AG verletzt haben soll (act. 19 Rz. 4). Indem die Klägerin nicht nur eine erneute Verletzung, sondern auch eine solche gegenüber einer anderen Person behauptet, erweitert sie das Klagefundament. Aufgrund der Eventualmaxime führt die Klageänderung im Rahmen der Replik für die Beklagte dazu, dass sie hinsichtlich des neuen Sachverhalts nur einmal mit neuen Tatsachenbehauptungen antworten kann. Für die Klägerin hat dies zur Folge, dass sie darauf nur unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO mit neuen Tatsachen replizieren kann. Insofern erfolgt eine faktische Beschränkung der Parteirechte gegenüber dem Fall, in welchem der zusätzlich geltend gemachte Anspruch in einem eigenen Verfahren geltend gemacht würde.

Die Behandlung einer behaupteten weiteren Verletzung der Geheimhaltungsvereinbarung im gleichen Verfahren dient der Prozessökonomie. Daran hat auch die Beklagte ein Interesse, kann ihr dies doch unter Umständen einen zweiten Prozess ersparen. Der vorliegend von der Klägerin zu erbringende Nachweis einer erneuten Verletzung der Geheimhaltungsvereinbarung betrifft zwar einen Kernbereich der Klage. Diesen Nachweis hat jedoch die Klägerin zu erbringen. Diese hat durch die Einbringung ihrer Klageänderung die Verkürzung des Novenrechts selber herbeigeführt. Die Verkürzung des Novenrechts ist der Klägerin deshalb zuzumuten. Mit der Entscheidung, die Klage zu erweitern, hat sie dies in Kauf genommen. Die Beklagte kann sich hingegen mit einem substantiierten Bestreiten begnügen, weshalb ihre Parteirechte nicht über Gebühr eingeschränkt sind. Die Klageänderung ist zulässig.

1.3.3. Sachzuständigkeit

Als weitere implizite Voraussetzung für die Klageänderung gilt, dass der geänderte oder neue Anspruch nicht aufgrund der Natur der Streitsache in die sachliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts fällt (sog. Sachzuständigkeit; WILLISEGGER, in: Basler Kommentar ZPO, a.a.O., N. 41 zu Art. 227; KILLIAS, in: Berner Kommentar ZPO, a.a.O., N. 34 f. zu Art. 227 ZPO). Dagegen ist eine lediglich durch

den höheren Streitwert bedingte Änderung der sachlichen Zuständigkeit unschädlich. Das Gericht überweist das Verfahren an das Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit (Art. 227 Abs. 2 ZPO). Diese Voraussetzung ist vorliegend unproblematisch. Die Klägerin macht lediglich einen zusätzlichen gleichartigen Anspruch geltend und erhöht damit ihr Rechtsbegehren. An der handelsrechtlichen Natur der Streitsache ändert sich dadurch nichts. Auch wenn die Klägerin den von ihr geltend gemachten weiteren Anspruch getrennt einklagen würde, wäre das Handelsgericht mit derselben Begründung wie für die ursprüngliche Klage sachlich zuständig.

1.3.4. Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich wie bei der ursprünglichen Klage aus Art. 31 ZPO.

1.3.5. Ergebnis

Die Klageänderung ist zulässig. Auf die geänderte Klage ist einzutreten.

2. Überblick über die Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien

Zur besseren Verständlichkeit der anschliessenden Begründetheitsprüfung der einzelnen Ansprüche und zur Vermeidung von Wiederholungen sind die vertraglichen Verhältnisse zwischen den Parteien vorab im Überblick darzustellen und zu qualifizieren. Die Parteien gehen, soweit sie rechtliche Ausführung machen, offenbar übereinstimmend durchwegs von der Anwendbarkeit des Auftragsrechts aus (act. 10 Rz. 147; act. 19 Rz. 320). Das Gericht ist indessen nicht an die Auffassung der Parteien gebunden (Art. 57 ZPO).

2.1. Informatikverträge

Die rechtliche Qualifikation von Verträgen bei Informatikprojekten hängt von den besonderen Umständen des Einzelfalls ab (BGE 124 III 456 E. 4b/bb S. 459). In der Regel handelt es sich um gemischte Verträge, auf welche Kauf-, Werkvertrags-, Auftrags- oder Lizenzvertragsrecht anwendbar ist. Die, allerdings nur teilweise amtlich publizierte, Rechtsprechung des Bundesgerichts hat bei der Liefe-

rung und Überlassung eines EDV-Komplettsystems aus standardisierter Hard- und Software gegen einmalige Bezahlung eines Kaufpreises die Anwendung des kaufvertraglichen Gewährleistungsrechts (BGE 124 III 456 E. 4b/bb S. 459 f.; Urteil des Bundesgerichts 4A_251/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 3) oder bei Leistungsstörungen im Rahmen von Individualisierungsarbeiten an einem Programmpakets die Anwendung der werkvertraglichen Vorschrift von Art. 377 OR (Urteil des Bundesgerichts 4C.393/2006 vom 27. April 2007 E. 3.1) geschützt. Das Schrifttum misst dabei dem Werkvertragsrecht ein gewisses Übergewicht zu (BGE 124 III 456 E. 4b/bb S. 159 m.H.; DORIS SLOGO WAGEN, Der Softwareherstellungsvertrag, Diss. Zürich 1991, S. 66 und 67; URSULA SURY, Informatikrecht, Bern 2013, S. 13; URSULA WIDMER, Risikofolgeverteilung bei Informatikprojekten: Haftung für Softwaremängel bei Planung und Realisierung von Informationssystemen, Diss. Bern, Zürich 1990, S. 73). Die Unterscheidung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht wird jedoch dadurch relativiert, dass die Parteien auch im Rahmen des Kaufvertragsrechts ein Nachbesserungsrecht vereinbaren können und im Rahmen von Informatikprojekten, allenfalls nachträglich, regelmässig auch werden (Urteil des Bundesgerichts 4A_251/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 4.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_446/2015 vom 3. März 2016 E. 3.3).

2.2. Parametrisierungslösung der Klägerin

SAP Business Objects Financial Consolidation (SAP BOFC) bzw. in neuerer Zeit schlicht SAP Financial Consolidation (SAP FC) ist eine regelbasierte Lösung zur Konsolidierung und Finanzberichterstattung des Softwarehauses ... mit Sitz in .../Deutschland (SAP Solution Brief "Streamline Compliance with Enterprise-Class Financial Consolidation Software", SAP 2014, act. 12/3 S. 2).

Die Regelbasierung führt dazu, dass die Lösung ohne Anpassung bzw. Parametrisierung nicht operativ einsetzbar ist (act. 1 Rz. 19-20). Die Klägerin vergleicht sie mit einem leeren Excel-Blatt (act. 1 Rz. 20). In diesen Punkten sind sich die Parteien im Wesentlichen einig bzw. hat die Beklagte die Darstellung der Klägerin nicht bestritten (act. 10 Rz. 88). Unterschiedliche Ansichten vertreten die Parteien nur hinsichtlich der Qualität der Parametrisierungslösung der Klägerin.

Der Anpassungsbedarf von SAP Financial Consolidation erhöht den Einführungsaufwand beträchtlich. Zur schnelleren Einführung bietet SAP deshalb verschiedene sog. Starter Kits an, insbesondere auch für den IFRS-Konzernrechnungslegungsstandard (SAP BusinessObjects, SAP® BusinessObjects™ Financial Consolidation 10.0, Starter Kit for IFRS, 2011, act. 3/6 S. 4; SAP Solution Brief "Streamline Compliance with Enterprise-Class Financial Consolidation Software", 2014, act. 12/3 S. 6).

Die Klägerin bietet mit ihrer "G._____ (G'._____™)" eine fertige Parametrisierungslösung für SAP Financial Consolidation an (act. 1 Rz. 24; A._____ AG, G._____ (G'._____™) für die Finanzberichterstattung im Konzern, 2009, act. 3/7 S. 2). Die Lösung der Klägerin beruht nicht auf dem SAP Starter Kit. Vielmehr stellt sie ein eigenes Template der Klägerin dar, welches diese für die Implementierungen bei ihren Kunden verwendet.

2.3. Rechtliche Würdigung

Die Klägerin führte für die Beklagte unterschiedliche Arbeiten aus. Diesen Arbeiten liegt kein einheitliches Rechtsverhältnis zugrunde. Im Einzelnen richtete sich das Verhältnis der Parteien nach den folgenden Grundlagen:

2.3.1. Beim Implementierungsvertrag vom 6./8. Dezember 2011 einigten sich die Parteien auf die Installierung der klägerischen Parametrisierungslösung und deren Anpassung an die Detailspezifikationen der Beklagten (act. 1 Rz. 41; act. 10 Rz. 15; act. 3/2 S. 1 f.). Dabei sind verschiedene Nebenleistungen der Klägerin wie die Projektbetreuung, Unterstützung bei der Ausarbeitung der Detailspezifikationen und die Einführungsschulung der Mitarbeitenden der Beklagten auftragsrechtlicher Natur. Die Lieferung der Standardlösung der Klägerin ist kaufrechtlicher Natur. Dagegen handelt es sich bei der Anpassung nach den durch die Beklagte aufbereiteten Detailspezifikationen um individualisierte Arbeiten, welche deshalb dem Werkvertragsrecht unterliegen. Die kauf- und werkvertragliche Natur zeigt sich deutlich an der Regelung der Abnahme und der Gewährleistung (act. 3/2 S. 6 f.), welche Parallelen zur Abnahme eines Bauwerks trägt. Der Implementierungsvertrag vom 6./8. Dezember 2011 ist jedoch unmittelbar nur noch

im Zusammenhang mit der Pflicht zur Geheimhaltung der klägerischen Parametrisierungslösung von Bedeutung. Dafür spielt die rechtliche Qualifikation der Vertragsleistungen, zu denen sich die Klägerin verpflichtet hat, keine Rolle mehr. Eine Indizwirkung kommt ihr jedoch insofern zu, als sie die letzte ausführliche vertragliche Vereinbarung der Parteien darstellt.

2.3.2. Zwischen den Parteien bestand ein Hotline-Vertrag vom 16./21. Dezember 2011, welchen die Beklagte mit Schreiben vom 29. November 2013 auf Ende 2013 kündigte (act. 1 Rz. 50; act. 10 Rz. 21, 108; act. 19 Rz. 82-85, 266; act. 3/17 Anhang). Rechtlich handelt es sich um einen Innominatvertrag mit auftragsrechtlichen Elementen. Uneinig sind sich die Parteien über den Umfang der Leistungspflichten.

2.3.3. Die Unterstützung der Beklagten bei der Erstellung der internen und externen Berichterstattung stützte sich auf zwei Engagement Letters vom 25./26. Juni 2013 (act. 1 Rz. 45; act. 10 Rz. 25, 98; act. 19 Rz. 88, 98, 99; act. 20/50; act. 20/70). Die Klägerin sollte danach ihre (zwei) Mitarbeiter in die Verarbeitung der von den Einzelgesellschaften gemeldeten Monats- bzw. Semesterzahlen (bei der Beklagten) einarbeiten, die Monatsberichterstattungen und die internen Finanzberichte bzw. Halbjahresabschlüsse erstellen sowie gegebenenfalls neue Mitarbeitende der Beklagten einarbeiten (act. 20/50 S. 1 f.; act. 20/70 S. 1 f.). Die Leistungspflichten der Klägerin sind wiederum schwergewichtig werkvertraglicher Natur, wobei die genaue Qualifikation offen bleiben kann, da damit verbundene Ansprüche nicht Gegenstand des vorliegenden Prozesses bilden.

2.3.4. Die von der Klägerin im Jahre 2013 an der Parametrisierungslösung der Beklagten vorgenommenen Anpassungs- und Erweiterungsarbeiten stützten sich auf den Engagement Letter vom 25./26. Juni 2013 (act. 10 Rz. 30; act. 19 Rz. 98, 99, 107; act. 3/12). Diese waren einerseits durch Änderung der Rechnungslegungsstandards IFRS indiziert, andererseits sollten bei der Beklagten einzelne noch zu definierende Optimierungen in der Konzernberichterstattung umgesetzt werden (act. 10 Rz. 30-32; act. 19 Rz. 114; act. 23 Rz. 112; act. 3/12 S. 1 f.). Die Leistungspflichten der Klägerin im Rahmen dieser Anpassungs- und Erweite-

rungsarbeiten an der bei der Beklagten installierten Parametrisierungslösung sind werkvertraglicher Natur.

2.3.5. Für die Arbeiten im Zusammenhang mit der Anpassung der Parametrisierungslösung an die neue Konzernstruktur der Beklagten (von der Beklagten als Umstellungsprojekt bezeichnet; act. 10 Rz. 79, 102) schlossen die Parteien keinen neuen Projektvertrag (act. 1 Rz. 49; act. 19 Rz. 259). Im Grundsatz sind sich die Parteien einig, dass die Klägerin die implementierte Parametrisierungslösung an die im Jahre 2013 geänderte Konzernstruktur der Beklagten anpassen sollte (act. 1 Rz. 47; act. 10 Rz. 102). Der Engagement Letter vom 25./26. Juni 2013 (act. 3/12) bildete auch für diese Arbeiten die Grundlage (act. 1 Rz. 48; act. 10 Rz. 4, 34; act. 19 Rz. 98, 119, 187). Die Leistungspflichten der Klägerin sind damit ebenfalls werkvertraglicher Natur.

3. Hauptklage

3.1. Anspruchsgrundlage

Mit der Hauptklage verlangt die Klägerin von der Beklagten die Leistung der mit dem Implementierungsvertrag vom 6./8. Dezember 2011 vereinbarten Vertragsstrafe. Dieser Anspruch stützt sich auf Art. 160 Abs. 1 OR in Verbindung mit dem Vertrag. Zu prüfen sind somit die folgenden Anspruchsvoraussetzungen (anstatt vieler: FELIX R. EHRAT/MARKUS WIDMER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Auflage 2015, N. 14 zu Art. 160 OR): (i) Bestehen einer Verpflichtung, (ii) Sicherung der Verpflichtung durch eine Konventionalstrafe, (iii) Verletzung der Verpflichtung, (iv) Vertretenmüssen der Pflichtverletzung. Nachdem die Beklagte im Eventualstandpunkt die Übermässigkeit der Vertragsstrafe geltend macht, ist weiter zu prüfen, ob diese nach Art. 163 Abs. 3 OR herabzusetzen ist.

3.2. Verpflichtung

3.2.1. Die Geltendmachung einer Konventionalstrafe setzt zunächst das Bestehen einer gesicherten Verpflichtung voraus (Art. 160 Abs. 1 OR). In der Regel handelt es sich dabei um eine vertragliche Pflicht, doch können die Parteien auch gesetzliche Pflichten durch die Verabredung einer Vertragsstrafe sichern (PETER

GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl. 2014, N 3786). Die Parteien können in den Schranken der Rechtsordnung beliebige Verpflichtungen sichern (EHRAT/WIDMER, in: Basler Kommentar OR I, a.a.O., N. 7 zu Art. 160 OR).

Der Umfang einer vertraglichen Pflicht bestimmt sich nach der Vereinbarung der Parteien. Bei der Auslegung von Verträgen ist nach Art. 18 OR in erster Linie der übereinstimmende tatsächliche Wille der Parteien zu ermitteln (BGE 121 III 118 E. 3b/aa S. 123; BGE 128 III 70 E. 1a S. 73; BGE 132 III 626 E. 3.1 S. 632). Ist ein solcher nicht nachgewiesen, so sind die Erklärungen der Parteien "so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten" (BGE 132 III 626 E. 3.1 S. 632). Nach der Unklarheitenregel ist eine unklare Bestimmung im Zweifel zu Lasten des Verfassers auszulegen (BGE 133 III 607 E. 2.2 S. 610; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl. 2014, N 1231).

3.2.2. Im Implementierungsvertrag vom 6./8. Dezember 2011 vereinbarten die Parteien Ziffer 7.1 Absatz 6 mit folgendem Wortlaut (act. 1 Rz. 84; act. 3/2 S. 8):

Mit Ausnahme des in diesem Vertrag gewährten Nutzungsrechts erwirbt der Kunde keinerlei weitere Rechte. Der Kunde ist insbesondere nicht berechtigt, die Standard-G'._____™ und deren Anpassungen oder die Anwenderdokumentation ganz oder teilweise zu kopieren, Dritten zur Verfügung zu stellen, Dritten einen Einblick zu gewähren, für Dritte zu gebrauchen oder von Dritten anpassen zu lassen.

Nachdem die Parteien keine Ausführungen darüber machen, dass ihr tatsächlicher Wille dem Wortlaut der Vereinbarung widersprechen würde oder sie diesen in einem bestimmten Sinne verstanden haben wollten, ist von der Massgeblichkeit des schriftlich fixierten Wortlauts auszugehen.

Die Klägerin beruft sich auf die zentrale Bedeutung ihrer Parametrisierungslösung für ihren Unternehmenswert (act. 1 Rz. 34-38). Intern schütze sie die Lösung durch Vereinbarung von Konkurrenzklauseln mit Arbeitnehmern (act. 1 Rz. 39). Diese und die Geheimhaltungsvereinbarung dienten einzig dem Schutz der Parametrisierungslösung vor dem Zugriff Dritter (act. 19 Rz. 291). Im Einzelfall sei

sie durchaus bereit, pragmatische Lösungen für Arbeiten an der Parametrisierungslösung durch Dritte zu suchen (act. 19 Rz. 292). Die Standard-Parametrisierungslösung habe sie bloss in einigen unbedeutenden Punkten an die Bedürfnisse der Beklagten angepasst (act. 19 Rz. 288).

Die Beklagte behauptet, die Klägerin benutze die Geheimhaltungsvereinbarung vor allem dazu, ihre Kunden bzw. die Beklagte in ein Abhängigkeitsverhältnis zu führen (act. 10 Rz. 96, 127). Diese könne nicht ohne Unterstützung der Klägerin Änderungen an der Berichtstruktur vornehmen, wenn sie mit eigenem Personal die Anpassung nicht bewerkstelligen könne (act. 10 Rz. 126). Zudem würden die in die Konsolidierungssoftware eingepflegten Berichtseinheiten und deren Hierarchiestruktur proprietäre Informationen der Beklagten darstellen (act. 10 Rz. 124). Der Gefahr einer Vorlagenausbeutung habe sie durch Geheimhaltungsvereinbarungen mit der C._____ AG und der D._____ Group AG vorgebeugt (act. 10 Rz. 130; act. 23 Rz. 74, 182, 186).

3.2.3. Entsprechend dem Wortlaut von Ziffer 7.1 Absatz 6 des Implementierungsvertrags vom 6./8. Dezember 2011 bezieht sich die Geheimhaltungsvereinbarung auf die Parametrisierungslösung der Klägerin, deren Anpassungen und die Anwenderdokumentation. Die Grundlösung SAP Financial Consolidation und die allenfalls eingepflegten internen Betriebsdaten der Beklagten sind somit nicht von der Geheimhaltungsvereinbarung erfasst.

Aufgrund des Wortlauts, aber auch der Schilderungen der Klägerin, ist deshalb vom materiellen Geheimnisbegriff auszugehen, welcher auch Art. 340 OR zugrunde liegt. Deshalb ist es nicht ausreichend, wenn eine Tatsache lediglich in der Parametrisierungslösung der Klägerin implementiert ist. Darüber hinaus ist auch erforderlich, dass sie weder offenkundig noch allgemein zugänglich ist, die Klägerin an der Geheimhaltung ein berechtigtes Interesse (sog. Geheimhaltungsinteresse) hat und sie tatsächlich geheim halten will (BGE 80 IV 22 E. 2a S. 27).

Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es problematisch, wenn die Klägerin nicht nur die für eine Vielzahl von Projekten verwendbare Grundparametrisierung, sondern pauschal auch deren "Anpassungen" der Geheimhaltungsvereinbarung un-

terstellt. Die Implementierung einer Geschäftssoftware beinhaltet stets die Einpflege betriebsspezifischer Daten der Kundin, wenn sich die Software nicht auf eine leere Standardlösung (z.B. blosses Betriebssystem, Textverarbeitung, leere Tabellenkalkulation) beschränkt. Solche Anpassungen sind jedoch nicht marktfähig. Vielmehr stellen sie möglicherweise selbst Geschäftsgeheimnisse der Kundin dar, welche die Anbieterin ihrerseits nicht weiterverwenden darf. Damit fehlt es an einem Geheimhaltungsinteresse der Anbieterin.

Betriebsorganisatorische Daten der Beklagten fallen deshalb nicht unter die Geheimhaltungsvereinbarung, auch wenn die Klägerin sie in die Konsolidierungslösung eingepflegt hat. Für diese spezifischen Anpassungen hat die Beklagte die Klägerin bezahlt, weshalb sie ein Recht auf das Arbeitsergebnis hat. Dies gilt jedoch nur insoweit, als sich die Parametrisierung ausschliesslich auf Betriebsdaten der Beklagten beschränkt. Die Geheimhaltungsverpflichtung entfällt nicht dadurch, dass die Lösung zusätzlich auch noch betriebsspezifische Daten enthält. In solchen Fällen bleibt das Interesse der Klägerin an der Geheimhaltung ihrer Parametrisierungslösung bestehen.

Nichts anderes ergibt sich auch aus der Unklarheitenregel. Verfasserin ist vorliegend die Klägerin. Deshalb kann sich "Anpassungen" nicht auf rein betriebsinterne Informationen der Beklagten beziehen. Eine Geheimhaltungspflicht gilt nur dort, wo die Klägerin über bloss betriebliche Sachverhalte der Beklagten hinausgehende Informationen abgebildet hat.

3.3. Vereinbarung einer Konventionalstrafe

3.3.1. Eine Konventionalstrafe kann die Gläubigerin nur fordern, wenn sie diese mit der Schuldnerin vereinbart hat (Art. 160 Abs. 1 OR). Die Parteien können sich auf eine beliebige Höhe der Konventionalstrafe einigen (Art. 163 Abs. 1 OR).

Für das Verhältnis zwischen Konventionalstrafe und Leistungs- oder Schadenersatzansprüchen bestehen gesetzliche Vermutungen. Nach Art. 160 Abs. 1 OR kann die Gläubigerin mangels anderer Abrede nur die Erfüllung oder die Konventionalstrafe fordern. Die gesetzliche Regelung vermutet somit eine alternative Er-

mächtigung (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., N 3799). Nach Art. 160 Abs. 3 OR bleibt dem Schuldner der Nachweis vorbehalten, dass ihm gegen Leistung der Konventionalstrafe der Rücktritt offensteht (sog. Wandelpön). Im Gegensatz zum arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbot (Art. 340b Abs. 2 OR) befreit die Konventionalstrafe deshalb nach allgemeinem Recht grundsätzlich nicht von der vertraglichen Verpflichtung (ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 1984, S. 283). Weiter müssen die Parteien festlegen, ob bei der Mehrfachverletzung einer Pflicht mehrere Konventionalstrafen verfallen (Obergericht des Kantons Zürich, Entscheidung vom 26. Juni 1920, in: SJZ 21 (1924/25), 40; GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, 2. Aufl. 2014, N 1289; VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 278).

3.3.2. Für "jeden Fall der Zuwiderhandlung" gegen die Nutzungsregelung verpflichtete sich die Beklagte in Ziffer 7.2 des Implementierungsvertrags zur Bezahlung einer Vertragsstrafe in der Höhe der zweifachen Lizenzabgabe nach Ziffer 8.1 Abs. 1 des Implementierungsvertrags (act. 1 Rz. 87; act. 3/2 S. 8). Nach Ziffer 8.1 Abs. 1 des Implementierungsvertrags betrug die Lizenzabgabe CHF 185'000.00 (act. 1 Rz. 88; act. 3/2 S. 9). Die Höhe der Konventionalstrafe beläuft sich somit auf CHF 370'000.00 (act. 1 Rz. 88).

Die Klägerin legt die Formulierung "für jeden Fall der Zuwiderhandlung" so aus, dass die Vertragsstrafe beim Beizug eines weiteren Beratungsunternehmens, welches Einblick in die Parametrisierungslösung erhält, erneut geschuldet sei (act. 19 Rz. 50). Die Beklagte will den Anwendungsbereich der Formulierung auf Fälle beschränken, bei denen sich auch das Risiko einer Schädigung der Klägerin verdoppeln würde, was nicht der Fall wäre, wenn die Beklagte zwar das Beratungsunternehmen, nicht jedoch die betreuenden Berater, welche unterdessen zum neuen Beratungsunternehmen gewechselt haben, mitnehmen würde (act. 23 Rz. 73).

3.3.3. Die Festlegung einer Konventionalstrafe im Falle der Verletzung der Geheimhaltungspflicht ist zulässig. Anhand der Parteivereinbarung ist die Höhe der Konventionalstrafe klar bestimmbar. Die Parteien haben zudem abweichend von

Art. 160 Abs. 1 OR eine kumulative Konventionalstrafe vereinbart. Streitig ist die Auslegung der Formulierung "für jeden Fall der Zuwiderhandlung".

Die Formulierung "für jeden Fall der Zuwiderhandlung" bedeutet zunächst, dass für die Verletzung jeder der verschiedenen Pflichten (Verletzungsmehrheit) eine volle Vertragsstrafe geschuldet ist. Bestehen mehrere Verletzungen ein und derselben Pflicht, wie sie die Klägerin mit der vorliegenden Klage hinsichtlich der Geheimhaltungspflicht geltend macht, ist zu prüfen, ob es sich um eine Mehrfachverletzung handelt. Im Falle der Geheimhaltungspflicht erfolgt diese Prüfung im Einzelfall anhand des (materiellen) Geheimnisbegriffs. Nach der Relativität des Geheimnisbegriffs liegt keine Mehrfachverletzung vor, wenn die Offenlegung des Geheimnisses gegenüber einer Person erfolgt, welche bereits in dieses eingeweiht ist. Erfolgt jedoch ein Wechsel des Beratungsunternehmens, so handelt es sich um eine neue juristische Person. Deshalb sind die von der Klägerin geltend gemachten Verletzungen gegenüber der C._____ AG und der D._____ Group AG je einzeln zu prüfen. Die Geheimnisverletzung entfällt nicht bereits deshalb, weil einige Personen im neuen Unternehmen schon Geheimnisträger sind. Nach allgemeiner Erfahrung handelt es sich bei Beratungsunternehmen nicht bloss um Akquisitions- und Abrechnungseinrichtungen, sondern diese bündeln auch sonst ihre Kräfte und verfügen insbesondere über ein internes Wissensmanagement. Dem Einwand der personellen Identität ist bei der Prüfung einer Reduktion der Konventionalstrafe Rechnung zu tragen.

3.4. Pflichtverletzung betreffend C._____ AG

3.4.1. Grundsätze

Der Verfall der Konventionalstrafe setzt weiter die Verletzung der gesicherten Pflicht voraus (Art. 160 Abs. 1 OR).

In prozessualer Hinsicht haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Die klagende Partei hat in der Klageschrift die Tatsachenbehauptungen aufzustellen und zu den behaupteten Tatsachen die einzelnen Beweismittel

tel zu bezeichnen (Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO). Dieselben Grundsätze gelten für die Behauptungen der beklagten Partei in der Klageantwort (Art. 222 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

Wer welche Tatsachen zu behaupten hat, ist eine Frage der Behauptungslast. Die Verteilung der Behauptungslast ergibt sich aus den Regeln über die Beweislast (DOLGE, in: Spühler/Dolge/Gehri, a.a.O., 7. Kapitel N 91). In der Regel trägt die klagende Partei die Behauptungslast für die rechtsbegründenden Tatsachen, die beklagte Partei jene für die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen (DOLGE, in: Spühler/Dolge/Gehri, a.a.O., 7. Kapitel N 91). Allerdings genügt es nicht, nur pauschale Behauptungen aufzustellen (DOLGE, in: Spühler/Dolge/Gehri, a.a.O., 7. Kapitel N 101). Die Parteien trifft für ihre Behauptungen eine Substantiierungslast (DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, Art. 222 N 3).

Die beklagte Partei hat darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei sie im Einzelnen anerkennt oder bestreitet (Art. 222 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Eine generelle Bestreitung genügt nicht (DOLGE, in: Spühler/Dolge/Gehri, a.a.O., 7. Kapitel N 104). Die Anforderungen an die Bestreitung sind zwar weniger hoch als an die Behauptung (BGE 105 II 143 E. 6a/bb S. 146; DOLGE, in: Spühler/Dolge/Gehri, a.a.O., 7. Kapitel N 105). Je detaillierter jedoch eine Behauptung ist, desto höher sind die Anforderungen an die Bestreitung (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. S. 437-438). Die Anforderungen an die Substantiierungslast der bestreitenden Seite steigen auch, wenn ihr eine substantiierte Bestreitung möglich und zumutbar ist, weil sie die Verhältnisse genau kennt, während die behauptungsbelastete Partei über keine eigene Kenntnis über den Sachverhalt verfügt (Kassationsgericht des Kantons Zürich, Entscheidung vom 9. April 1973, SJZ 1973, 329; Handelsgericht des Kantons Zürich, Verfügung vom 18. Januar 2002, auszugsweise abgedruckt in ZR 2003 Nr. 21, E. II.2 S. 97-98; DOLGE, in: Spühler/Dolge/Gehri, a.a.O., 7. Kapitel N 106; GASSER/RICKLI, a.a.O., N. 4 zu Art. 222 ZPO; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N. 25 zu Art. 222 ZPO; DANIEL GLASL, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, 2. Aufl.

2016, N. 25 zu Art. 55 ZPO). Aus Treu und Glauben ergibt sich in diesen Fällen eine Mitwirkungsobliegenheit der Gegenpartei (LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N. 25 zu Art. 222 ZPO; im deutschen Zivilprozessrecht als sekundäre Darlegungslast bezeichnet, BGH, Urteil vom 17. Januar 2008 – III ZR 239/06, NJW 2008, 982, Rz. 16 m.w.H. [Verstoss im konkreten Fall verneint]). Mit unsubstantiierten Bestreitungen kommt eine Partei dieser Obliegenheit nicht nach, und die Behauptungen der Gegenpartei gelten als zugestanden (Kassationsgericht des Kantons Zürich, Entscheidung vom 9. April 1973, SJZ 1973, 329; Handelsgericht des Kantons Zürich, Verfügung vom 18. Januar 2002, auszugsweise abgedruckt in ZR 2003 Nr. 21, E. II.2 S. 97-98; REINHARD GREGER, in: Richard Zöller (Begr.), Zivilprozessordnung, 31. Aufl. 2016, N. 8b zu § 138 deutsche ZPO).

Ist eine rechtserhebliche Tatsache streitig, so ist darüber Beweis abzunehmen (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Die beweisbelastete Partei hat das Recht auf Beweisführung (BGE 88 II 185 E. 2b S. 189-190; BGE 114 II 289 E. 2a S. 290-291), sofern sie form- und fristgerechte Beweisanträge gestellt hat (BGE 122 III 219 E. 3c S. 223-224). Die Gegenpartei hat entsprechend das Recht auf Führung des Gegenbeweises (BGE 115 II 305 S. 305-306). Ein Beweismittelantrag ist jedoch zu verwerfen, wenn der Antrag untauglich erscheint, "an dem bereits feststehenden Beweisergebnis etwas zu ändern (sog. antizipierte Beweiswürdigung), wenn der Antragsteller es an genügender Substantiierung der zu beweisenden Umstände fehlen lässt oder wenn das Beweismittel wider Treu und Glauben angerufen wird" (BGE 90 II 219 E. 4b S. 224). Die Beweisabnahme ist damit kein Ersatz für die Substantiierung des Sachverhalts, sondern setzt diese vielmehr voraus.

Diese Grundsätze der Beweisabnahme gelten grundsätzlich auch für die Einholung eines Gutachtens (THOMAS WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N. 9 zu Art. 183 ZPO). Als Ausnahme vom reinen Verhandlungsgrundsatz kann dieses zwar auch von Amtes wegen eingeholt werden (Art. 183 Abs. 1 ZPO). Ist die Einholung von Amtes wegen zulässig, so muss diese auch möglich sein, wenn die Parteibehauptungen an sich zu wenig substantiiert sind, um daraus Beweissätze zu bilden. Dies ist jedoch Fäl-

len vorbehalten, in denen das Gericht das Gutachten nicht als Beweis-, sondern als Aufklärungsmittel einsetzt (HEINRICH ANDREAS MÜLLER, in: Brunner/Gasser/Schwander, a.a.O., N. 5 zu Art. 183 ZPO). In der Regel ist der beweisbelasteten Partei zumutbar, substantiierte Sachverhaltsvorbringen zu machen (WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N. 9 zu Art. 183 ZPO).

3.4.2. Streitpunkte

3.4.2.1. Zunächst ist zwischen den Parteien streitig, für welche Arbeiten die Beklagte die C._____ AG herangezogen hat.

Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe die C._____ AG ab Januar 2014 mit der weiteren Unterstützung bei der Konzernberichterstattung, welche gestützt auf die von der Klägerin parametrisierte Konsolidierungssoftware SAP FC erfolgt sei, beauftragt (act. 1 Rz. 58).

Die Beklagte behauptet, die C._____ AG habe sie nicht ab Januar 2014 bei der Konzernberichterstattung unterstützt. Da die Klägerin ausserstande gewesen sei, die Beklagte im Umstellungsprojekt zu unterstützen, sei die C._____ AG für das Umstellungsprojekt beigezogen worden. Die Bedienung der Konsolidierungssoftware SAP FC im Zusammenhang mit der internen und externen Konzernberichterstattung sei jedoch durch die Mitarbeitenden der Beklagten erfolgt (act. 10 Rz. 112).

Die Klägerin hält nach Kenntnis der Bestreitungen der Beklagten zwar formell an ihrer Darstellung fest (act. 19 Rz. 271). In den Detailbestreitungen geht sie allerdings nur noch auf das Umstellungsprojekt ein. In der Sache ist damit anerkannt, dass die C._____ AG die Beklagte nicht bei laufenden Berichterstattungsarbeiten, sondern beim Ende 2013 initiierten Umstellungsprojekt unterstützt hat.

3.4.2.2. Die Streitpunkte zwischen den Parteien hinsichtlich der mit der Hauptklage geltend gemachten Verletzung der Geheimhaltungsvereinbarung beziehen sich weiter einerseits auf die Frage, ob die Informationen, deren Offenlegung durch die Beklagte die Klägerin geltend macht, unter die Geheimhaltungsverein-

barung fallen. Andererseits ist zwischen den Parteien streitig, ob die Beklagte der C._____ AG Einblick in die klägerische Parametrisierungslösung gewährt habe.

Die Klägerin behauptet, mit dem Beizug der C._____ AG habe die Beklagte dieser Einblick in die mit der Parametrisierungslösung der Klägerin ergänzte Konsolidierungssoftware SAP FC und damit in die Parametrisierungslösung der Klägerin gewährt (act. 1 Rz. 61). Die Beklagte habe einen groben Verstoss gegen ihre Vertragspflichten begangen und die Rechte der Klägerin an der Parametrisierungslösung auf schwerwiegende Weise gefährdet, indem sie einem Drittunternehmen, welches noch dazu eines der wichtigsten Konkurrenten der Klägerin sei, Einblick in die Parametrisierungslösung gewährt habe (act. 1 Rz. 65).

Die Beklagte behauptet, sie habe weder gegen Vertragspflichten verstossen noch C._____ AG vertragswidrig Einblick in die Parametrisierungslösung der Klägerin gewährt (act. 10 Rz. 116). Die C._____ AG habe keinen Einblick in die G'._____ der Klägerin, sondern einzig in die bei der Beklagten installierte Konsolidierungssoftware SAP FC sowie die darin abgebildete Hierarchiestruktur der Berichtseinheiten, soweit dies für ihre Tätigkeit erforderlich gewesen sei, erhalten. Hierbei handle es sich um Daten und Informationen der Beklagten und nicht um die von der Klägerin überlassenen Templates. Die Projektmitarbeiter der C._____ AG seien zu keinem Zeitpunkt imstande gewesen, die bei der Beklagten implementierte Parametrisierungslösung der Klägerin zu kopieren. Deren Aufgabe habe zum Grossteil darin bestanden, die Daten in den Erfassungsjournalen mit der Struktur der Berichtseinheiten abzugleichen, um die Erstellung von Eröffnungsbilanzen zu ermöglichen. Die Umsetzung der Anleitungen der C._____ AG im System sei, wie schon im Rahmen der Zusammenarbeit mit der Klägerin angedacht, jeweils durch Personal der Beklagten selbst ausgeführt worden (act. 10 Rz. 74).

Die Klägerin entgegnet den Bestreitungen der Beklagten, deren Behauptung, die C._____ AG habe die Arbeit der Klägerin weiterführen können, ohne dabei die Parametrisierungslösung G'._____ einzusehen, sei falsch. Bestritten werde auch, dass die Mitarbeiter der C._____ AG nicht in der Lage gewesen seien, die Parametrisierungslösung der Klägerin zu kopieren. Aufgrund der vorgenommenen Einsichtnahme und Anpassungen habe diese Möglichkeit sehr wohl bestanden,

und die Klägerin müsse damit rechnen, dass diese Möglichkeit auch ausgeschöpft worden sei (act. 19 Rz. 215).

Zusammengefasst schliesst die Klägerin darauf, die C._____ AG habe mindestens teilweise früher der Klägerin anvertraute Aufgaben erledigt und damit in die Parametrisierungslösung Einsicht genommen. Demgegenüber macht die Beklagte einerseits geltend, es handle sich um betriebsinterne Daten, andererseits, die Arbeiten an der Parametrisierungslösung seien durch eigene Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Beklagten ausgeführt worden. Die Klägerin trifft sowohl für die Geheimhaltungsbedürftigkeit als auch dafür, dass die C._____ AG Arbeiten ausgeführt habe, welche eine Einsichtnahme in die Parametrisierungslösung voraussetzen, die Behauptungs- und Beweislast.

3.4.3. Prüfung im Einzelnen

Für die einzelnen Bestandteile der Parametrisierungslösung der Klägerin ist jeweils eine zweistufige Prüfung vorzunehmen. Zuerst ist zu prüfen, ob die entsprechenden Parametrisierungen unter die Geheimhaltungsvereinbarung nach dem Implementierungsvertrag vom 6./8. Dezember 2011 fallen. Dann ist zu prüfen, ob die Beklagte hinsichtlich der geheimhaltungsbedürftigen Eigenschaft der Parametrisierungslösung die Geheimhaltungsvereinbarung verletzt hat.

Im letzten Punkt stützt sich die Klägerin insbesondere auf den "Antrag Wechsel ... Berater" vom 18. Dezember 2013 (act. 12/51). Dabei handelt es sich um eine interne Mitteilung der Beklagten. In dieser ist eine Gliederung in zwei Phasen vorgesehen, wobei die erste Phase mit der Klägerin abgeschlossen worden ist, für die zweite Phase dagegen ein neuer Implementierungspartner vorgesehen ist.

3.4.3.1. Regeln

3.4.3.1.1. Die Klägerin behauptet, das in der Parametrisierungslösung enthaltene Rechenregelwerk steuere im Wesentlichen, wohin ein durch die Einzelgesellschaft erfasster Konto-Bewegungsinhalt / Wert (z.B. Konto "Flüssige Mittel") auf welchem Zielkonto bzw. mit welcher Zielbewegungsart im Konzernabschluss zu buchen sei. Dabei müsse im Wesentlichen die Art des Einbezugs (Vollkonsolidie-

zung, Quotenkonsolidierung, At-Equity-Konsolidierung etc.) der Einzelgesellschaft in den Konsolidierungskreis berücksichtigt werden. Ebenso müssten Bedingungen und Prozentsätze definiert werden (act. 19 Rz. 19). All diese Definitionen würden nicht nur eine sehr gute Kenntnis von SAP FC, sondern insbesondere auch ein hervorragendes betriebswirtschaftliches Know-How erfordern (act. 19 Rz. 20). Die Parametrisierungslösung für IFRS der Klägerin enthalte 441 von der Klägerin selbst entwickelte Rechenregeln (act. 19 Rz. 21). SAP FC verfüge standardmässig über kein eingebautes Rechenregelwerk. Dieses Rechenregelwerk sei bei der Beklagten vollumfänglich von der von der Klägerin entwickelten Parametrisierungslösung für IFRS übernommen worden (act. 19 Rz. 22).

Die Beklagte behauptet, es sei unzutreffend, dass der "Starter Kit" kein Rechenregelwerk enthalte. Vielmehr beinhalte er nebst einigen technischen Regeln automatische Verarbeitungen, die so angepasst werden könnten, dass sie den spezifischen rechnungslegungstechnischen Vorgaben des Nutzers entsprächen. Dazu nennt sie die in der Konfigurationsbeschreibung unter "Automatische Buchungen" (act. 3/6 S. 11) aufgezählten automatischen Verarbeitungen (act. 23 Rz. 54).

Die Beklagte bezieht sich in ihren Ausführungen ausschliesslich auf das SAP Starter Kit. Die Parametrisierungslösung der Klägerin beruht jedoch nicht auf dem SAP Starter Kit, sondern stellt von Grund auf eine Eigenentwicklung dar. An anderer Stelle bemängelt die Beklagte denn auch, die Klägerin erfinde mit ihrer Parametrisierungslösung das Rad neu und weiche stark vom etablierten SAP-Starter-Kit-Standard ab (act. 23 Rz. 32). Sie weist im Einzelnen auf Unterschiede der Parametrisierungslösung der Klägerin gegenüber dem SAP Starter Kit hin, welche ihrer Ansicht nach Unzulänglichkeiten darstellen würden (act. 23 Rz. 10-42). Die Bestreitungen der Beklagten zielen damit an der Sache vorbei. Mit dem Hinweis auf das SAP Starter Kit stellt die Beklagte gerade nicht in Frage, dass es sich bei den in der Parametrisierungslösung der Klägerin enthaltenen Regeln um deren Eigenentwicklung handelt, sondern stützt letztlich die Behauptungen der Klägerin.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die von der Klägerin eingebauten Regeln unter die Geheimhaltungsvereinbarung fallen.

3.4.3.1.2. Die Klägerin behauptet, aus dem Antrag vom 18. Dezember 2013 (act. 12/51 S. 2) gehe hervor, dass die C._____ AG Anpassungen an den Konsolidierungsregeln vorzunehmen gehabt habe. Diese Regeln bestünden in dem von der Klägerin mit ihrer Parametrisierungslösung in die SAP FC der Beklagten integrierten Rechenregelwerk. Jede Arbeit an den Konsolidierungsregeln setze daher zwingend Einblick in die Parametrisierungslösung der Klägerin voraus (act. 19 Rz. 23).

Die Beklagte behauptet, entgegen der Annahme der Klägerin habe die Beklagte nicht sämtliche im Antrag vom 18. Dezember 2013 unter Phase 2 beschriebenen Aufgaben an C._____ AG erteilt. Vielmehr habe die Beklagte die Anleitungen von C._____ AG in der Regel mit eigenem Personal ausgeführt (act. 23 Rz. 55). Darüber hinaus habe C._____ AG keine Berechtigungen erhalten, um die Parametrisierungslösung der Klägerin zu kopieren. Dafür hätte sie Zugriff zur Datenbasis haben müssen; ein solcher sei ihr aber nicht gewährt worden. Es sei also für die C._____ AG nicht möglich gewesen, derart in die Parametrisierungslösung Einblick zu erhalten, dass sie die Vorlage hätte übernehmen und für eigene Zwecke verwenden können. Vielmehr habe es sich um ein "über die Schulter schauen lassen" gehandelt, was möglich bleiben müsse. Denn selbstverständlich habe die Beklagte der C._____ AG ihre Konten-, Hierarchie- und Berichtstruktur erläutern müssen, damit diese die Beklagte sinnvoll habe beraten können. Hierbei handle es sich aber um Angaben, die entweder (a) bereits im SAP Starter Kit in äquivalenter Weise vordefiniert seien und daher keinen Geheimnischarakter hätten oder (b) proprietäre Informationen der Beklagten über ihre Berichtseinheiten sowie Berichts- und Kontenstruktur darstellten (act. 23 Rz. 56).

Die Beklagte scheint zunächst generell in Frage zu stellen, die C._____ AG mit Beratungsdienstleistungen hinsichtlich der Anpassung der Regeln beauftragt zu haben. Sie führt jedoch nicht näher aus, mit welchen unter Phase 2 des Antrags vom 18. Dezember 2013 beschriebenen Aufgaben sie die C._____ AG beauftragt hat, obwohl ihr dies ohne weiteres möglich gewesen wäre. Damit ist die Beklagte ihrer Obliegenheit zur Substantiierung von Bestreitungen (Ziffer 3.4.1 oben) nicht nachgekommen. Die Sachdarstellung der Klägerin, dass die C._____ AG ent-

sprechende Dienstleistungen zur Unterstützung bei der Anpassung der Regeln erbracht hat, muss deshalb als zugestanden gelten.

Die Beklagte führt zwar aus, die C._____ AG habe keinen Zugriff auf die "Datenbasis" gehabt. Wie eine Unterstützung bei Anpassungsarbeiten ohne Kenntnis der zugrundeliegenden Mechanismen möglich sein soll, ist allerdings schwer nachvollziehbar. Die Beklagte stellt denn auch nicht kategorisch in Abrede, die C._____ AG mit entsprechenden zur Durchführung einer sinnvollen Beratung erforderlichen Informationen bedient zu haben. Dies soll im Rahmen eines "Über-die-Schulter-Schauens" geschehen sein. Dieses genügt jedoch für eine Einsichtnahme durch die C._____ AG. Eine solche erfordert nicht zwingend, dass die C._____ AG, ausgestattet mit entsprechenden Zugriffsrechten, die Lösung auch physisch kopieren kann.

Schliesslich stellt die Beklagte wiederum die relative Unbekanntheit der entsprechenden Informationen in Frage, da diese auch im SAP Starter Kit enthalten seien. Die Parametrisierungslösung der Klägerin beruht jedoch gerade nicht auf dem SAP Starter Kit. Was die proprietären Informationen der Beklagten über ihre Organisationsstruktur betrifft, so sind diese bei den Rechenregeln von untergeordneter Bedeutung, so dass es sich bei diesen nicht oder jedenfalls nicht ausschliesslich um eigene Informationen der Beklagten handelt.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Beklagte die eingebauten Regeln der C._____ AG offengelegt hat.

3.4.3.2. Erfassungsberichte

3.4.3.2.1. Die Klägerin behauptet, das Menü für die Datenerfassung sowie die einzelnen Datenerfassungsberichte seien in SAP FC selbst nicht vorhanden. Die einzelnen Eingabeberichte (auch als Erfassungsberichte bezeichnet) seien der Beklagten durch die Überspielung aus der Parametrisierungslösung für IFRS durch die Klägerin zur Verfügung gestellt worden (act. 19 Rz. 24). Anschliessend bildet sie das Einstiegsmenü und einen Auszug aus dem Eingabebericht "Bilanz" ab (act. 19 Rz. 25-26).

Die Beklagte behauptet, da der SAP FC "Starter Kit" ein ganzes Set von vordefinierten Eingabeberichten enthalte, stellten die von der Klägerin erstellten Eingabeberichte keine besondere Leistung dar. Zudem sei die Klägerin auch bei den Erfassungsberichten ohne Not und zum Nachteil der Beklagten vom etablierten SAP-FC-Standard abgewichen. Dies manifestiere sich unter anderem im benutzerunfreundlichen Layout wie auch in der fehlenden Logik des Datenerfassungsprozesses (act. 23 Rz. 57).

Die Beklagte macht somit im selben Absatz geltend, die Erfassungsberichte in der Parametrisierungslösung würden gegenüber dem SAP-FC-Starter-Kit keine besondere Leistung darstellen und diese wichen vom etablierten SAP-FC-Standard ab. Soweit die Beklagte damit sagen will, die Erfassungsberichte in der Parametrisierungslösung der Klägerin seien von schlechter Qualität, stellt dies lediglich eine Bewertung der klägerischen Leistung dar. Selbst wenn diese Einschätzung der Beklagten zutreffen würde, würde dies am Geheimhaltungsinteresse der Klägerin noch nichts ändern. Ein solches entfele nur, wenn es sich bei den Erfassungsberichten um triviale und allgemein bekannte Datenmasken handeln würde. Es lässt sich durchaus in Frage stellen, ob das Eingangsmenü in act. 19 Rz. 25 eine hinreichende Originalität aufweist, um ein Geheimhaltungsinteresse zu begründen. Auch beim Eingabebericht "Bilanz" in act. 19 Rz. 26 handelt es sich zunächst lediglich um eine Liste von Bilanzkonten. Solches macht die Beklagte indessen nicht geltend. Vielmehr bemängelt sie, die Klägerin habe allzu viel schöpferische Energie in die Gestaltung der Erfassungsberichte gesteckt, und die Beklagte würde eine Lösung näher am Standard bevorzugen. Das spricht jedoch gerade für das berechtigte Geheimhaltungsinteresse der Klägerin.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die von der Klägerin eingebauten Erfassungsberichte unter die Geheimhaltungsvereinbarung fallen.

3.4.3.2.2. Die Klägerin behauptet, aus dem Antrag vom 18. Dezember 2013 (act. 12/51 S. 2) gehe hervor, dass die C._____ AG Anpassungen an den Eingabeberichten vorzunehmen gehabt habe. Diese Eingabeberichte würden wie gezeigt ausschliesslich aus der Parametrisierungslösung der Klägerin stammen. Indem die C._____ AG Anpassungen an den Eingabeberichten vorgenommen ha-

be, habe sie zwangsläufig Einsicht in die Parametrisierungslösung der Klägerin genommen (act. 19 Rz. 27).

Die Beklagte bestreitet, dass C._____ AG Einblick in die Parametrisierungslösung der Klägerin erhalten habe (act. 23 Rz. 58), und verweist auf ihre Ausführungen im Zusammenhang mit den Regeln (act. 23 Rz. 55-56; Ziffer 3.4.3.1.2 oben).

Die Bestreitung der Beklagten ist insofern pauschal, als sie nicht auf die spezifische Situation bei der Anpassung der Erfassungsberichte eingeht. Da der Aufbau der Erfassungsberichte wesentlich einfacher erscheint als das Regelwerk, wäre hier eher denkbar, Anpassungen ohne allzu tiefe Kenntnisse des Systems vornehmen zu können. Die Beklagte geht darauf jedoch nicht weiter ein. Nachdem auch hier der Geheimnischarakter nicht substantiiert bestritten ist, stellt allerdings auch die bloße Gestattung des Einblicks bereits eine Offenlegung dar.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Beklagte die eingebauten Erfassungsberichte der C._____ AG offengelegt hat.

3.4.3.3. Freischaltungen

3.4.3.3.1. Die Klägerin behauptet, in SAP FC seien weder Konten noch Bewegungen und damit auch keine Freischaltung vorgegeben. Die Konten, Bewegungen und Freischaltungen auf der SAP FC-Version der Beklagten würden aus der Parametrisierungslösung der Klägerin stammen (act. 19 Rz. 29). Die Definition der Freischaltungen erfordere dabei nicht nur ein solides Wissen über die Funktionsweise von SAP FC, sondern ein ausserordentlich hohes Wissen bezüglich des jeweiligen Rechnungslegungsstandards (act. 19 Rz. 30). Die Klägerin illustriert ihre Behauptungen mit einem Auszug aus dem Menü Freischaltungen (act. 19 Rz. 31).

Die Beklagte behauptet, es sei unzutreffend, dass SAP FC keine Konten und Bewegungen vorgebe. Im SAP FC Starter Kit sei beides enthalten (act. 23 Rz. 59).

Die Bestreitungen der Beklagten beziehen sich wiederum auf das SAP Starter Kit, nicht jedoch auf die Parametrisierungslösung der Klägerin. Damit zielen sie an der

Sache vorbei, denn die Parametrisierungslösung der Klägerin beruht bewusst gerade nicht auf dem SAP Starter Kit.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die von der Klägerin eingebauten Freischaltungen unter die Geheimhaltungsvereinbarung fallen.

3.4.3.3.2. Die Klägerin behauptet weiter, aus dem Antrag vom 18. Dezember 2013 (act. 12/51 S. 1 unten/S. 2 oben) gehe hervor, dass die Beklagte die C._____ AG u.a. mit dem Anpassen der Ein- und Ausgabeberichte sowie der Konsolidierungsregeln und der Segmentberichterstattung beauftragt habe. Um diese Arbeiten ausführen zu können, habe C._____ AG Zugriff auf das erwähnte Menü Freischaltungen haben müssen, um Anpassungen und Ergänzungen an Konten, Bewegungen und Berichten vornehmen zu können (act. 19 Rz. 32).

Die Beklagte behauptet, die C._____ AG habe für die ihr übertragenen Aufgaben keinen Einblick in die Parametrisierungslösung der Klägerin benötigt. Soweit die Klägerin meine, die Beklagte habe auch die im Antrag Neuausrichtung vom 28. Dezember 2013 unter "Phase 1" beschriebenen Aufgaben (namentlich "Anpassen der Ein- und Ausgabeberichte" sowie "Definition und Umsetzung der Ein- und Ausgabeberichte") durch C._____ AG ausführen lassen, übersehe sie, dass C._____ AG in "Phase 1" noch gar nicht involviert gewesen sei. Teilweise habe die Klägerin die dort beschriebenen Aufgaben unstrittig selbst erledigt, teilweise habe wegen der Unfähigkeit der Klägerin die Beklagte selbst einspringen müssen (act. 23 Rz. 60).

Soweit die Beklagte den Behauptungen der Klägerin entgegenhält, sie habe die Arbeiten unter Phase 1 nicht der C._____ AG übertragen, ist sie ihrer Substantiierungsobliegenheit nachgekommen. In diese Phase fallen allerdings lediglich die Definition und Umsetzung der Ein- und Ausgabeberichte (act. 12/51 S. 1), während sich die Anpassung der Ein- und Ausgabeberichte in Phase 2 findet (act. 12/51 S. 2). Nur soweit Arbeiten unter Phase 1 betroffen sind, sind die Behauptungen der Klägerin bestritten. Als Beweismittel dazu beruft sich die Klägerin auf den Antrag vom 18. Dezember 2013 (act. 12/51), die Parteibefragung von

F._____ und N._____ sowie ein gerichtliches Gutachten über die Tätigkeit der C._____ AG bei der Beklagten (act. 19 Rz. 32).

Der Antrag vom 18. Dezember 2013 (act. 12/51) vermag die Behauptung der Beklagten, sie habe die Arbeiten in der Phase 1 nicht der C._____ AG vergeben, weil diese Ende 2013 bereits abgeschlossen gewesen seien, nicht zu widerlegen. Die von der Klägerin angerufenen Aussagepersonen werden zu den relevanten Vorgängen keine Angaben machen können. Darüber, welche Arbeiten die Beklagte wem vergeben hat, können letztlich nur die Beklagte selber oder ihr nahestehende Personen Auskunft erteilen. Personen der Klägerin fehlt es dazu von vornherein an eigener Wahrnehmung. Von der Parteibefragung von F._____ und N._____ ist deshalb abzusehen.

Was ein gerichtliches Gutachten zum Beweisergebnis beitragen soll, bleibt offen. Allenfalls bestehen Zugriffsprotokolle auf die entsprechenden Eingabemasken. Dann wären diese zu edieren. Zur Frage der Tätigkeit der C._____ AG vermöchte ein Gutachter, der im Unterschied zum Zeugen oder allenfalls zum sachverständigen Zeugen über keine eigenen Wahrnehmungen zum Sachverhalt verfügt, nicht mehr zu sagen, als sich aus solchen Aufzeichnungen ergibt. Zwar kann die Klägerin keine Kenntnis über die Vorgänge bei der Beklagten haben, jedoch kennt sie die SAP FC und die Konsolidierungslösung und könnte Angaben darüber machen, auf welche Fakten sich ein Gutachten stützen könnte. Solches darzutun hat sie indessen unterlassen. Aufgrund der vorliegenden Informationen ist es nicht möglich, einen Gutachter zu instruieren. Der Beweisantrag der Klägerin ist deshalb abzuweisen.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Behauptung der Klägerin, die Beklagte habe die eingebauten Freischaltungen der C._____ AG offengelegt, teilweise unbewiesen geblieben, im Übrigen aber als zugestanden zu betrachten ist.

3.4.3.4. Kontrollen

3.4.3.4.1. Die Klägerin behauptet, zur Prüfung der von den Einzelgesellschaften erfassten Werte müssten Kontrollen in SAP FC definiert werden. Diese Definitio-

nen seien vollumfänglich von der Klägerin vorgenommen und der Beklagten mit der Parametrisierungslösung zur Verfügung gestellt worden (act. 19 Rz. 33). Ihre Behauptung illustriert die Beklagte mit einem Auszug aus dem Menü "Controls" (act. 19 Rz. 34).

Die Bestreitung der Beklagten bezieht sich einzig auf die Notwendigkeit des Einblicks von C._____ (act. 23 Rz. 61). Die Beklagte behauptet nicht, die Definitionen der Parametrisierungslösung der Klägerin seien nicht geheimhaltungsbedürftig. Damit hat sie die diesbezüglichen Behauptungen der Klägerin anerkannt.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die von der Klägerin eingebauten Kontrollen unter die Geheimhaltungsvereinbarung fallen.

3.4.3.4.2. Die Klägerin behauptet weiter, aus dem Antrag vom 18. Dezember 2013 (act. 12/51 S. 2) habe C._____ AG Anpassungen an den Kontrollregeln vorzunehmen gehabt. Indem C._____ AG Anpassungen an den aus der Parametrisierungslösung der Klägerin stammenden Kontrollregeln ausgeführt habe, habe sie daher zwangsläufig Einsicht in die Parametrisierungslösung der Klägerin genommen (act. 19 Rz. 35).

Die Beklagte behauptet, C._____ AG habe für die ihr übertragenen Aufgaben keinen Einblick in die Parametrisierungslösung der Klägerin benötigt (act. 23 Rz. 61), und verweist auf ihre Ausführungen im Zusammenhang mit den Regeln (act. 23 Rz. 55-56; Ziffer 3.4.3.1.2 oben).

Mit dieser pauschalen Bestreitung genügt die Beklagte ihrer Substantiierungsobligiegenheit (Ziffer 3.4.1 oben) nicht. Damit hat sie die Behauptungen der Klägerin anerkannt.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Beklagte die eingebauten Kontrollen der C._____ AG offengelegt hat.

3.4.3.5. Auswertungen

3.4.3.5.1. Die Klägerin behauptet, SAP FC enthalte keine Berichte für die Auswertung der Daten auf Stufe Einzelgesellschaft sowie für die konsolidierten Werte.

Diese Berichte seien in der von der Beklagten verwendeten SAP FC vollumfänglich aus der Parametrisierungslösung der Klägerin übernommen worden. Die Parametrisierungslösung der Klägerin enthalte dabei 572 Berichte (act. 19 Rz. 36). Ihre Behauptungen illustriert die Klägerin mit einem Auszug aus dem Menü Berichte sowie einem Beispielbericht (act. 19 Rz. 37-38).

Die Beklagte behauptet, der "Starter Kit" enthalte einen Grundstock von Ausgabeberichten, weshalb die Behauptung der Klägerin, SAP FC enthalte keine Berichte für die Auswertung, unzutreffend sei (act. 23 Rz. 62).

Die Bestreitung der Beklagten bezieht sich wiederum auf das SAP Starter Kit, nicht auf die Parametrisierungslösung der Klägerin. An anderer Stelle führt die Beklagte aus, der Mehrwert der Parametrisierungslösung der Klägerin gegenüber dem SAP Starter Kit bestehe in der breiteren Auswahl von Ausgabeberichten (deren Anlage in der Parametrisierungslösung indessen nicht den Bedürfnissen der Beklagten entsprechen würden; act. 23 Rz. 50). Der Vergleich mit dem SAP Starter Kit trifft deshalb gerade nicht zu.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die von der Klägerin eingebauten Auswertungen unter die Geheimhaltungsvereinbarung fallen.

3.4.3.5.2. Die Klägerin behauptet weiter, aus dem Antrag vom 18. Dezember 2013 (act. 12/51 S. 2) gehe hervor, dass C._____ AG Anpassungen an den Ausgabeberichten vorzunehmen gehabt habe. Diese Ausgabeberichte stammten wie gezeigt vollumfänglich aus der Parametrisierungslösung der Klägerin. Im Weiteren habe C._____ AG nicht nur Anpassungen an bestehenden Berichten vorgenommen, sondern habe auch neue Berichte anlegen müssen. Ohne Einsichtnahme in den Folder "Report Designer" könnten keine Berichte angepasst oder neu angelegt werden. Bei der Anpassung bestehender Berichte sowie beim Anlegen neuer Berichte habe C._____ AG zwangsläufig Einsicht in die Parametrisierungslösung der Klägerin genommen (act. 19 Rz. 39).

Die Beklagte behauptet, C._____ AG habe für die ihr übertragenen Aufgaben keinen Einblick in die Parametrisierungslösung der Klägerin benötigt. Soweit die Klä-

gerin meine, die Beklagte habe auch die im Antrag vom 18. Dezember 2013 unter "Phase 1" beschriebene Aufgabe "Definition und Umsetzung der Ein- und Ausgabeberichte für MIS" durch C._____ AG ausführen lassen, übersehe sie, dass C._____ in "Phase 1" noch gar nicht involviert gewesen sei. Die Klägerin habe diese Aufgabe vielmehr unstrittig (act. 10 Rz. 64; act. 19 Rz. 190) selbst ausgeführt (act. 23 Rz. 63).

Soweit die Beklagte den Behauptungen der Klägerin entgegenhält, sie habe die Arbeiten unter Phase 1 nicht der C._____ AG übertragen, ist sie ihrer Substantiierungsobliegenheit nachgekommen. Jedoch sind in der Phase 2 auch Anpassungen an den Ausgabeberichten vorgesehen (act. 12/51 S. 2). Nur soweit Arbeiten unter Phase 1 betroffen sind, sind die Behauptungen der Klägerin bestritten. Diesbezüglich ist die Behauptung der Klägerin, die Beklagte habe die Auswertungen der C._____ AG offenbart, beweisbedürftig. Als Beweismittel beruft sich die Klägerin auf act. 12/51, die Parteibefragung von F._____ und N._____ sowie ein gerichtliches Gutachten über die Tätigkeit der C._____ AG bei der Beklagten (act. 19 Rz. 39). Dieselben Beweismittel hat sie bereits zur Thematik der Freischaltungen angerufen (act. 19 Rz. 32). Auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen (Ziffer 3.4.3.3.2 oben).

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Behauptung der Klägerin, die Beklagte habe die eingebauten Auswertungen der C._____ AG offengelegt, teilweise unbewiesen geblieben, im Übrigen aber als zugestanden zu betrachten ist.

3.4.4. Zwischenergebnis

Aufgrund der obigen Erwägungen vermag die Beklagte mehrheitlich nicht substantiiert zu bestreiten, dass sie der C._____ AG mindestens teilweise geheimhaltungsbedürftige Elemente der Parametrisierungslösung der Klägerin zugänglich gemacht hat. Aufgrund der Missachtung der Obliegenheit der Beklagten zur Substantiierung von Bestreitungen (Ziffer 3.4.1 oben) sind die Behauptungen der Klägerin mehrheitlich als zugestanden zu betrachten. In rechtlicher Hinsicht ergibt sich daraus, dass die Beklagte die Geheimhaltungsvereinbarung nach dem Im-

plementierungsvertrag vom 6./8. Dezember 2011 durch Offenlegung gegenüber der C._____ AG verletzt hat.

Bei diesem Zwischenergebnis erübrigt sich eine Abnahme der weiteren von der Klägerin beantragten Beweismittel zur Frage, ob C._____ AG Einblick in die Parametrisierungslösung der Klägerin genommen habe (O._____ als Zeuge, Edition der Verträge zwischen der Beklagten und C._____ AG sowie der Rechnungen der C._____ AG an die Beklagte, Gutachten über die Tätigkeit der C._____ AG, act. 1 Rz. 61-63).

3.5. Pflichtverletzung betreffend D._____ Group AG

3.5.1. Mit der Replikschrift vom 14. Juli 2015 hat die Klägerin die Klage geändert bzw. erhöht, da die Beklagte während des Prozesses mit dem Beizug der D._____ Group AG einem weiteren Drittunternehmen Einblick in ihre Parametrisierungslösung gewährt habe (act. 19 Rz. 4-5, 47). Der Beizug der D._____ Group AG durch die Beklagte im Zusammenhang mit der Integration der von ihr übernommenen P._____ GmbH sowie der Wechsel von Q._____ und R._____ von der C._____ AG zur D._____ Group AG sind zwischen den Parteien im Grundsatz unbestritten (act. 19 Rz. 47-48; act. 23 Rz. 67-68).

3.5.2. Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe die D._____ Group AG mit entsprechenden Anpassungsarbeiten betraut (act. 19 Rz. 47). Dabei habe die D._____ Group AG wie die C._____ AG zwangsläufig Einblick in die Parametrisierungslösung erhalten müssen (act. 19 Rz. 48 Bst. d).

Die Beklagte behauptet, die Vorbringen der Klägerin zu den von D._____ Group AG ausgeführten Tätigkeiten seien reine Spekulation und würden bestritten. Insbesondere habe die Beklagte der D._____ Group AG keinen Einblick in die Parametrisierungslösung gewährt. Der Schwerpunkt des P._____ - Integrationsprojekts habe darin bestanden, die Kontenpläne der P._____ -Gruppe, welche sich von denjenigen der Beklagten unterschieden hätten, so zu ordnen, dass ein automatischer Datentransfer über eine Schnittstelle in die bei der Beklagten implementierte Kontenstruktur ermöglicht worden sei (act. 23 Rz. 69).

Nach den Behauptungen der Beklagten habe die D._____ Group AG lediglich die folgenden Arbeiten ausgeführt (act. 23 Rz. 70): Definition der neuen Berichtseinheiten und Investment Centers (in Zusammenarbeit mit der Beklagten), Zuordnung (Mapping) des Kontenrahmens aus den Quellsystemen der akquirierten P._____ -Gesellschaften zu dem in SAP FC vorgegebenen Kontenrahmen der Beklagten (in Zusammenarbeit mit der Beklagten), Validierung des Mappings (in Zusammenarbeit mit der Beklagten), Bestimmung des geeigneten Datenextraktionsformats aus den P._____ Quellsystemen, Definition und Dokumentation der Datalink-Schnittstellen in SAP FC, Unterstützung bei der Erstellung der Eröffnungsbilanz per 1. Januar 2015 basierend auf den historischen Quelldaten der P._____ -Gruppe, Ausbildung der P._____ -Mitarbeiter im Datenerfassungsprozess (in Zusammenarbeit mit der Beklagten). Durch keine der Tätigkeiten habe die D._____ Group AG Zugang zur Parametrisierungslösung der Klägerin erhalten (act. 23 Rz. 71). Die D._____ Group AG habe zudem eine Geheimhaltungserklärung unterzeichnet, wonach sie die ihr im Zusammenhang mit dem Integrationsprojekt P._____ überlassenen Informationen geheim zu halten habe und nicht für projektfremde Zwecke verwenden dürfe (act. 23 Rz. 74).

Die Klägerin verweist auf ihre Ausführungen betreffend die C._____ AG in act. 19 Rz. 11-45 sowie die dort offerierten Beweismittel (act. 19 Rz. 48 lit. d). Zusätzlich beantragt sie die Edition der vertraglichen Vereinbarung und der zugehörigen Dokumente (insbesondere Rechnungen) betreffend die Dienstleistungen der D._____ Group AG für die Beklagte (act. 19 Rz. 49). Die Stellungnahme der Klägerin vom 12. November 2015 (act. 28) hat das Gericht mit Beschluss vom 23. November 2015 aus dem Recht gewiesen (act. 30).

3.5.3. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass die Beklagte im Rahmen der Integration der P._____ -Einheit die Dienstleistungen der D._____ Group AG zur Anpassung der Konsolidierungslösung in Anspruch genommen hat. Die von der Beklagten benannten Arbeiten umfassen schergewichtig Anpassungen der Schnittstellen zwischen der P._____ -Einheit und dem Konzern der Beklagten. Auch wenn die jeweiligen Kontenpläne eigene betriebliche Informationen der Beklagten und der von ihrem Konzern erworbenen P._____ -Einheit darstellen, ist

selbst eine blosser Beratung im Zusammenhang mit der Konsolidierungslösung ohne Einsichtnahme in diese schlicht undenkbar. Dies haben die Erwägungen im Zusammenhang mit den Arbeiten der C._____ AG deutlich gezeigt (Ziffer 3.4 oben). Da ein Beratungsunternehmen nach allgemeiner Erfahrung über ein internes Wissensmanagement verfügt (Ziffer 3.3.3 oben), stellt der Wechsel zur D._____ Group eine erneute Verletzung der Geheimhaltungsvereinbarung dar.

Im konkreten Fall ist jedoch zu berücksichtigen, dass es sich bei der D._____ Group AG um eine Neugründung ehemaliger Mitarbeiter der C._____ AG handelt. Dieselben Berater, welche die Beklagte bei der C._____ AG betreut haben, sind weiterhin in dieser Eigenschaft bei der D._____ Group AG tätig. Diese kannten die bei der Beklagten implementierte SAP-Financial-Consolidation-Lösung deshalb bereits von ihrer früheren Tätigkeit. Da die Klägerin nach Ende 2013 unstrittig keine Arbeiten bei der Beklagten mehr vorgenommen hatte, befand sich die bei der Beklagten angetroffene Konsolidierungslösung zum Zeitpunkt des P._____ -Projekts auf demselben Stand wie damals. Dieser Umstand relativiert die Relevanz einer erneuten Offenlegung stark.

Der Umstand, dass sich der Personenkreis gegenüber der C._____ AG durch die Übertragung auf die D._____ Group AG nicht vergrössert hat, wird im Rahmen der Frage, ob die Höhe der Konventionalstrafe herabzusetzen ist, zu berücksichtigen sein (Ziffer 3.8.3 unten).

3.5.4. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Beklagte die Geheimhaltungsvereinbarung nach dem Implementierungsvertrag vom 6./8. Dezember 2011 durch Offenlegung gegenüber der D._____ Group AG verletzt hat.

3.6. Vertretenmüssen

3.6.1. Die Konventionalstrafe verfällt nach dispositivem Gesetzesrecht nur, wenn die Schuldnerin die Pflichtverletzung zu vertreten hat (Art. 163 Abs. 2 OR). Ein Verschulden ist dabei zu vermuten (Art. 97 Abs. 1 OR).

3.6.2. Die Parteien haben zwar keine Vereinbarung dahingehend getroffen, dass die Konventionalstrafe auch bei fehlendem Verschulden geschuldet sei. Die Beklagte hat jedoch auch nicht behauptet, sie treffe kein Verschulden.

3.6.3. Die gesetzliche Verschuldensvermutung ist unwiderlegt geblieben. Die Beklagte hat die Verletzung der Geheimhaltungsvereinbarung zu vertreten.

3.7. Ungültigkeit der Konventionalstrafe

3.7.1. Eine vereinbarte Konventionalstrafe zur Sicherung einer widerrechtlichen oder unsittlichen Verpflichtung ist ungültig; ebenso kann die Gläubigerin eine vereinbarte Konventionalstrafe nicht fordern, wenn die Erfüllung der Verpflichtung durch einen von der Schuldnerin nicht zu vertretenden Umstand unmöglich geworden ist (Art. 163 Abs. 2 OR). Eine subjektive Unmöglichkeit liegt dabei bereits dann vor, wenn "nach Treu und Glauben im Verkehr dem Schuldner die weitere Erfüllung nicht mehr zumutbar ist" (BGE 82 II 332 E. 5 S. 338). Die Gläubigerin kann sich auch nicht auf die Konventionalstrafe berufen, wenn sie "die Nichterfüllung veranlasst oder genehmigt hat" (HERMANN BECKER, in: Berner Kommentar, Band VI/1, 2. Aufl. 1945, N. 6 zu Art. 163 OR).

3.7.2. Die Beklagte vertritt zunächst die Ansicht, auf die Parametrisierungslösung der Klägerin sei Art. 12 Abs. 2 URG analog anwendbar (act. 10 Rz. 132). Die Klägerin habe diese durch Einräumung eines unbefristeten Nutzungsrechts an die Beklagte im Sinne dieser Bestimmung veräussert (act. 10 Rz. 134). Dagegen vertritt die Klägerin die Ansicht, für eine analoge Anwendung von Art. 12 Abs. 2 URG verbleibe kein Raum, da die Interessenlage und die Wertungsgesichtspunkte nicht mit Computerprogrammen vergleichbar seien (act. 19 Rz. 307). Im Unterschied zu einem Computerprogramm, bei welchem der Erwerber bzw. Lizenznehmer keinen Zugriff auf den Quellcode habe, bestehe bei der Parametrisierungslösung keine solche technische Schutzmöglichkeit (act. 19 Rz. 307-308). Zudem wäre die Einsichtnahme durch Dritte auch nicht von Art. 12 Abs. 2 URG und Art. 17 Abs. 1 URV gedeckt (act. 19 Rz. 309).

Weiter vertritt die Beklagte die Ansicht, Unmöglichkeit i.S.d. Art. 163 Abs. 2 OR liege auch vor, wenn dem Schuldner nach Treu und Glauben im Verkehr die weitere Erfüllung unzumutbar sei (act. 10 Rz. 138-139). Da die Beklagte die vereinbarten Leistungen schlecht erfüllt habe, diese mangelhaft und überteuert gewesen seien, und sich die Klägerin äusserst unflexibel in Bezug auf die Freihaltung von Ressourcen für Einsatztermine gezeigt sowie schliesslich mit Leistungseinstellung gedroht habe, sei es der Beklagten nicht mehr zumutbar gewesen, die vertraglichen Nutzungsbeschränkungen zu respektieren (act. 10 Rz. 140-141). Dagegen vertritt die Klägerin die Ansicht, sie habe die Leistungen nicht schlecht erfüllt, weshalb keine Unzumutbarkeit vorliege (act. 19 Rz. 311).

3.7.3. Die Parteien sind sich einig, dass eine direkte Anwendung von Art. 12 Abs. 2 URG ausscheidet, da es sich bei der Parametrisierungslösung der Klägerin nicht um ein Computerprogramm im Sinne dieser Bestimmung handelt (act. 10 Rz. 132; act. 19 Rz. 306). Das ist zutreffend. Es stellt sich nur noch die Frage, ob die Bestimmung von Art. 12 Abs. 2 URG analog anwendbar sei.

Die Regelung in Art. 12 Abs. 2 URG betrachtet das Gebrauchsrecht an einem Computerprogramm als Ausfluss des Erschöpfungsgrundsatzes (GEORG RAUBER, in: Magda Streuli-Youssef (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, 2006, S. 171-172 m.H.; THOMAS SEMADENI, Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht, 2004, S. 64-65). Voraussetzung des Gebrauchsrechts ist die Veräusserung des Computerprogramms durch die Urheberschaft (Art. 12 Abs. 2 URG). Darunter fällt auch die dauerhafte Überlassung im Rahmen eines Software-Lizenzvertrags, wenn dies einer definitiven Aufgabe der Verfügungsmöglichkeit über das entsprechende Softwareexemplar gleichkommt (FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., N 143; SEMADENI, a.a.O., S. 48-49).

Die Beklagte verfügt an der Parametrisierungslösung über ein dauerhaftes Benutzungsrecht, welches allerdings nicht übertragbar ist (act. 3/2 Ziffer 7.1 Abs. 3 S. 8). Das lässt es bereits als fraglich erscheinen, ob dieser Tatbestand einer Veräusserung nach Art. 12 Abs. 2 URG gleichzustellen wäre.

Selbst wenn die Bestimmungen über das Gebrauchsrecht anwendbar wären, könnte die Klägerin als Rechteinhaberin diese mit Ausnahme des zwingenden Kerns vertraglich einschränken (FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., N 167). Zum zwingenden Kern gehört auch ein Anpassungs- und Fehlerbehebungsrecht (FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., N 164, 1715; RAUBER, a.a.O., S. 184 f.; Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. L 111/16 vom 5. Mai 2009). Diese zwingende Befugnis gilt jedoch nur im Rahmen der für die bestimmungsgemässe Nutzung bestehenden Notwendigkeit (Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG), soweit die Rechteinhaberin die Fehler nicht selber behebt (FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., N 164, 1716). Ausserhalb dieses Kernbereichs ist eine vertragliche Beschränkung zulässig (FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., N 164).

Die Geheimhaltungsvereinbarung betrifft lediglich den Beizug Dritter zur Vornahme von Anpassungsarbeiten. Eine Anpassung der Parametrisierungslösung durch die Beklagte schliesst sie dagegen nicht aus. Die Einschränkung bezüglich Einsichtnahme ist jedoch durch die im Unterschied zu Software fehlende technische Schutzmöglichkeit gerechtfertigt. Deshalb lässt sich die Bestimmung von Art. 12 Abs. 2 URG nicht analog anwenden, und es wäre auch fraglich, ob sie bei einer analogen Anwendung überhaupt verletzt wäre.

Was die Unmöglichkeit betrifft, so ist der Gegenstand der zu sichernden Verpflichtung die Geheimhaltung. Dagegen ist die Beklagte nicht etwa verpflichtet, weiterhin Leistungen von der Klägerin zu beziehen. Der Zwang zum Beizug der Klägerin für die Durchführung von Anpassungsarbeiten ist lediglich faktischer Natur, denn diese könnte aufgrund der Geheimhaltungsvereinbarung keine Arbeiten an der Parametrisierungslösung durch Dritte vornehmen lassen, womit die bisher in die Parametrisierungslösung und ihre Anpassungen getätigten Investitionen zu einem grossen Teil wertlos würden. Der Beklagten stünde es jedoch frei, die klägerische Parametrisierungslösung durch eine andere Lösung zu ersetzen. Die Geheimhaltungsvereinbarung stellt damit zwar eine Beschränkung der Handlungsfreiheit der Beklagten dar. Als solche ist sie jedoch weder unzulässig, noch ist es der Beklagten unzumutbar, sich weiterhin daran zu halten. Selbst wenn anzunehmen ist, die

Beklagte habe in der Tat zum Vertrauensbruch mit der Klägerin beigetragen, lässt sich noch nicht sagen, diese habe den Bruch der Geheimhaltungsverpflichtung veranlasst. Die bestehende faktische Abhängigkeit von der Klägerin ist im Rahmen einer allfälligen Herabsetzung der Konventionalstrafe zu prüfen.

3.8. Herabsetzung der Konventionalstrafe

3.8.1. Das Gericht kann eine übermässig hohe Konventionalstrafe nach seinem Ermessen herabsetzen (Art. 163 Abs. 3 OR). Die Ermessensausübung hat nach Recht und Billigkeit zu erfolgen (Art. 4 ZGB; BECKER, a.a.O., N. 8 zu Art. 163 OR). Die tatsächlichen Voraussetzungen einer Herabsetzung sind dabei von der Schuldnerin zu behaupten und nachzuweisen (BGE 103 II 108 S. 109; BGE 114 II 264 E. 1b S. 265; BGE 133 III 43 E. 4.1 S. 53-54).

Nach schweizerischem Recht stellt die Herabsetzung der Konventionalstrafe (im Gegensatz zu § 343 BGB) nicht eine gerichtliche Befugnis dar, gestaltend in den Vertrag einzugreifen, sondern ist ähnlich der erheblichen Äquivalenzstörung (*clausula rebus sic stantibus*) Ausfluss des Prinzips von Treu und Glauben (BGE 138 III 746 E. 6.1.1 S. 748; a.A. noch VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 284). Bei der Herabsetzung einer Konventionalstrafe ist Zurückhaltung geboten (BGE 82 II 142 E. 3 S. 146; BGE 95 II 532 E. 5 S. 540). Im Streitfall ist deshalb festzustellen, ob sich die vollständige Aufrechterhaltung der Konventionalstrafe noch mit Treu und Glauben vereinbaren lässt (BGE 138 III 746 E. 6.1.2 S. 748-749). Eine Herabsetzung ist gerechtfertigt, "wenn zwischen der Konventionalstrafe und dem Interesse des Gläubigers an der Erfüllung ein krasses Missverhältnis besteht" (BGE 103 II 108 S. 108-109). Das Missverhältnis ist dabei nicht abstrakt, sondern anhand der konkreten Umstände zu beurteilen (BGE 103 II 108 S. 108-109; BGE 114 II 264 E. 1a S. 264-265 m.w.H.).

Der Umstand, dass die Konventionalstrafe den Betrag übersteigt, welchen die Gläubigerin als Schadenersatz fordern könnte, führt alleine noch nicht zur Übermässigkeit der Konventionalstrafe, ist jedoch mit zu berücksichtigen (BGE 103 II 108 S. 109; BGE 114 II 264 E. 1b S. 265; BGE 133 III 43 E. 4.1 S. 53-54). Kann die Gläubigerin die Konventionalstrafe bei jeder Verletzung neu fordern, so darf

die Höhe der Konventionalstrafe nicht in einem übermässigen Verhältnis zum höchstmöglichen Schaden stehen (BGE 68 II 169 E. 3 S. 175). Daneben sind als massgebliche Kriterien zu nennen die (objektive) Schwere der Vertragsverletzung durch die Schuldnerin, deren Verschulden und die wirtschaftliche Lage der beteiligten Personen (BGE 82 II 142 E. 3 S. 146 m.H.; BGE 91 II 372 E. 11 S. 383; BGE 103 II 129 E. 4 S. 135; BGE 114 II 264 E. 1a S. 264; VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 285-286; Kasuistik bei BECKER, a.a.O., N. 9-18, 24 zu Art. 163 OR; EHRAT/WIDMER, in: Basler Kommentar OR I, a.a.O., N. 16-17 zu Art. 163 OR). Zu berücksichtigen sind auch allfällige Abhängigkeiten einer Vertragspartei (BGE 114 II 264 E. 1a S. 264). Für die Beurteilung der Herabsetzung der Konventionalstrafe ist somit eine Abwägung zwischen den Interessen der Gläubigerin und denjenigen der Schuldnerin erforderlich.

3.8.2. Die Klägerin behauptet, sie habe für die Entwicklung der Parametrisierungslösung über 10'000 Arbeitsstunden aufgewendet und damit eine Investition von über CHF 4.5 Mio. getätigt (act. 1 Rz. 34, 82; act. 19 Rz. 314). Im Verhältnis dazu sei eine Konventionalstrafe von CHF 370'000.00 ein kleiner Betrag (act. 1 Rz. 83).

Die Beklagte bestreitet den von der Klägerin geltend gemachten Investitionsaufwand mit Nichtwissen (act. 10 Rz. 95; act. 23 Rz. 192). Massstab für die Übermässigkeit sei zudem nicht der Entwicklungsaufwand, sondern die bei unrechtmässiger Verwendung der Parametrisierungslösung drohende Gewinneinbusse (act. 23 Rz. 192). Die Beklagte habe mit der C._____ AG am 7. Januar 2014 eine Geheimhaltungsvereinbarung abgeschlossen (act. 10 Rz. 74). Der drohende Schaden sei aufgrund der Geheimhaltungsvereinbarung zwischen der Beklagten und der C._____ AG äusserst gering. Ausserdem sei die weitere Zusammenarbeit mit der Klägerin für die Beklagte völlig unzumutbar gewesen (act. 10 Rz. 145).

Die Klägerin repliziert dazu, Q._____, der ehemalige Mitarbeiter der C._____ AG, der die Vereinbarung namens der C._____ AG unterzeichnet habe, sei nur kollektivzeichnungsberechtigt gewesen (act. 19 Rz. 211). Auch J._____, der die Vereinbarung namens der Beklagten unterzeichnet habe, habe nur die Kollektivunterschrift besessen (act. 19 Rz. 212). Die Geheimhaltungsvereinbarung zwischen

der Beklagten und der C._____ AG sei damit nicht rechtsgültig vereinbart (act. 19 Rz. 211, 212, 315). Selbst wenn die Geheimhaltungsvereinbarung rechtsgültig unterzeichnet worden wäre, wäre sie kaum das Papier wert, auf dem sie geschrieben worden sei, da sie keine Konventionalstrafe für den Fall ihrer Verletzung enthalte (act. 19 Rz. 213).

Die Beklagte erwidert, C._____ AG habe sich an die Geheimhaltungspflicht gehalten und halte sich auch weiterhin daran. Darüber hinaus habe die C._____ AG inzwischen gegenüber der Klägerin eine Unterlassungs- und Beseitigungserklärung abgegeben (act. 23 Rz. 143). Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe in Geheimhaltungsvereinbarungen sei unüblich und werde in der Regel im Markt nicht akzeptiert (act. 23 Rz. 144).

3.8.3. Die quantitative Bestimmung des Interesses der Klägerin an der Einhaltung der Geheimhaltungsvereinbarung ist zwischen den Parteien streitig. Auf die Bezifferung des Entwicklungsaufwands der Klägerin ist bereits deshalb nicht abzustellen, weil nicht klar ist, worauf sich der Entwicklungsaufwand von 10'000 Arbeitsstunden bezieht. Sollte dieser dem Aufwand für die Entwicklung der ursprünglichen Parametrisierungslösung entsprechen, so ist zu berücksichtigen, dass die Grundlösung der ständigen Anpassung an die sich ändernden regulatorischen und technologischen Anforderungen bedarf. Dasselbe gilt auch, wenn die geltend gemachte Zahl als kumulativer Aufwand bis zur Klageeinleitung zu verstehen ist. Ebenfalls nicht dargetan ist die Höhe eines drohenden Schadens. Auf die genauen Zahlen kommt es allerdings nicht an. Das Gläubigerinteresse besteht darin, dass die Klägerin die Parametrisierungslösung als solche allenfalls nicht mehr vermarkten könnte. Die Lizenzgebühr für die Grundlösung macht von den Umsätzen der Klägerin nur einen verhältnismässig kleinen Teil aus. Den übrigen Umsatz erbringt die Klägerin mit Anpassungs- und Beratungsleistungen. Diese Kompetenzen der Klägerin stellt eine Offenlegung der Parametrisierungslösung nicht in Frage.

Hinsichtlich der objektiven Schwere der Vertragsverletzung fällt ins Gewicht, dass die Beklagte die Parametrisierungslösung einem Konkurrenzunternehmen offenlegt hat. Dieser Umstand ist allerdings in der eher hohen Konventionalstrafe be-

reits berücksichtigt. Eine Offenlegung der Parametrisierungslösung an nicht fachkundige Personen könnte die Klägerin mit einer gewissen Gelassenheit zur Kenntnis nehmen, weil solche Personen mit diesen Informationen gar nichts anzufangen wüssten. Naturgemäss kann die Geheimhaltungsverpflichtung nur im Hinblick auf potenzielle Konkurrenten abgefasst sein. Deshalb vermag die objektive Schwere der Vertragsverletzung allfällige Herabsetzungsgründe nur beschränkt zu kompensieren.

Subjektiv hat die Beklagte zwar vorsätzlich gegen die Geheimhaltungsverpflichtung verstossen. Ihr Verschulden wiegt jedoch nicht allzu schwer. Zum Zeitpunkt des Wechsels war das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien offensichtlich gestört, was sich schon aus der Episode mit den Rechnungskürzungen, aber auch etwa aus dem internen "Antrag Wechsel BOFC Berater" der Beklagten vom 18. Dezember 2013 (act. 12/51) ergibt. Der Beklagten war die Einhaltung der Geheimhaltungsverpflichtung deshalb zwar nicht gerade unmöglich, doch sind ihre Motive nachvollziehbar. Der Aufbau einer neuen Parametrisierung hätte jedenfalls eine eher hypothetische Möglichkeit dargestellt und die Kontinuität der Konsolidierung und die Investition in die bestehende Lösung in Frage gestellt. Die Situation der Beklagten ist in der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Auch wenn ihr ein Wechsel der Partnerin für die Parametrisierungslösung nicht verwehrt gewesen wäre, befand sie sich doch faktisch in einer Abhängigkeit von der Klägerin, da ein Wechsel die Weiterführung der bestehenden Parametrisierungslösung verunmöglicht und eine vollkommen neue Parametrisierung bedingt hätte. Zudem sicherte sich die Beklagte bei der neuen Partnerin mit einer Geheimhaltungsvereinbarung ab. Ein Eigeninteresse an der Offenlegung konnte sie jedenfalls nicht haben, denn dafür fehlt jegliches Motiv. Es ging der Beklagten einzig darum, weiter gewisse Anpassungen an der bestehenden Parametrisierungslösung vornehmen zu können. Allerdings lässt die Geheimhaltungsvereinbarung zwischen der Beklagten und der C._____ AG bzw. später auch der D._____ Group AG das Interesse der Klägerin an der Einhaltung ihrer Geheimhaltungserklärung mit der Beklagten auch nicht einfach dahinfliegen. Die Klägerin ist an der Vereinbarung zwischen der Beklagten und den Drittunternehmen nicht beteiligt. Sie kann aus dieser weder Rechte ableiten noch deren Einhaltung überprüfen oder eine spätere

Abänderung verhindern. Mit diesem Vorgehen könnte durch eine Kette von Geheimhaltungserklärungen die Geheimhaltungsvereinbarung zwischen den Parteien *ad absurdum* geführt werden. Es wäre indessen reine Spekulation, der Beklagten eine solche Absicht zu unterstellen. In diesem Zusammenhang ist es auch von untergeordneter Bedeutung, ob die Geheimhaltungserklärung rechtsgültig unterzeichnet und mit einer Konventionalstrafe bewehrt ist oder nicht. Es kommt selbst unter rechtlich versierten Leuten vor, dass sie der Unterschriftsberechtigung nicht die erforderliche Aufmerksamkeit schenken. Auch in diesem Punkt lässt sich der Beklagten keine Absicht nachweisen.

Die Höhe der Konventionalstrafe hinsichtlich der Offenlegung an die C._____ AG erscheint nicht als übermässig. Die Verdoppelung der Konventionalstrafe wegen der Offenlegung gegenüber der D._____ Group AG ist jedoch fraglich, wenn die Umstände im vorliegenden Fall berücksichtigt werden. Die Beklagte hat nicht ein beliebiges Drittunternehmen mit der Unterstützung bei der Anpassung der bei ihr implementierten Konsolidierungslösung beauftragt, sondern ist dem Wechsel der bisherigen Berater zum neuen Unternehmen gefolgt. Damit hat sie in der Tat das Risiko einer Weiterverbreitung minimiert. Die konkreten Verhältnisse sind zusammen mit dem Umstand, dass der Klägerin bei jeder neuen Verletzung durch die Beklagte eine Konventionalstrafe fordern kann, zu berücksichtigen. Beim P._____ -Projekt ging es um Anpassungen an der den entsprechenden Beratern bereits bekannten Konsolidierungslösung (Ziffer 3.5.3 oben). Die Forderung einer zusätzlichen Konventionalstrafe in voller Höhe wegen der erneuten Verletzung der Geheimhaltungsverpflichtung ist unter Berücksichtigung dieser Umstände deshalb übermässig.

Der Umfang der Herabsetzung ist ebenfalls nach pflichtgemäsem Ermessen zu bestimmen (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., N 3824). Ausschlaggebend für die Reduktion der Konventionalstrafe ist die Vereinbarung, dass diese erneut verfällt, wenn die Geheimhaltungsvereinbarung gegenüber weiteren Personen verletzt wird, obwohl konkret eine personelle Identität zwischen bisherigen und neuen die Kenntnis erlangenden Beratern besteht. Dieser Umstand muss auch für die Bestimmung des Umfangs der Reduktion wegleitend sein. Den massgeblichen

Gesichtspunkten ist Rechnung getragen, indem die Konventionalstrafe für die Pflichtverletzung betreffend D._____ Group AG auf rund 10 %, mithin CHF 40'000.00, herabgesetzt wird. Damit finden sowohl die Parteivereinbarung als auch die gegenläufigen Interessen der Parteien hinreichend Berücksichtigung.

3.9. Nebenforderung

3.9.1. Befindet sich die Schuldnerin einer Geldforderung in Verzug, so hat sie Verzugszinse zu 5 % pro Jahr zu bezahlen (Art. 104 Abs. 1 OR). In Verzug kommt sie grundsätzlich erst durch Mahnung (Art. 102 Abs. 1 OR).

3.9.2. Für die aufgrund der Pflichtverletzung betreffend die C._____ AG verfallene Konventionalstrafe verlangt die Klägerin Zins seit dem 11. Juli 2014. Zur Begründung führt sie aus, sie habe die Beklagte mit Schreiben vom 23. Juni 2014 zur Zahlung der Konventionalstrafe von CHF 370'000.00 aufgefordert (act. 1 Rz. 89). Diese Darstellung ist seitens der Beklagten unbestritten geblieben (act. 10 Rz. 121).

Für die Konventionalstrafe aufgrund der Pflichtverletzung betreffend die D._____ Group AG verlangt die Klägerin Zins seit der Zustellung der Replik / Widerklageantwort mit der geänderten Klage vom 14. Juli 2015 (act. 19 Rz. 51). Die Beklagte bestreitet zwar die Pflichtverletzung, zu Recht jedoch nicht die Zinsberechnung (act. 23 Rz. 72-76).

3.9.3. Der Klägerin ist antragsgemäss Zins ab dem 11. Juli 2014 bzw. ab dem 3. August 2015 (Zustellung der Replik/Widerklageantwort vom 14. Juli 2015 an die Beklagte; act. 22/2) zuzusprechen.

3.10. Ergebnis

Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin CHF 410'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % auf CHF 370'000.00 seit dem 11. Juli 2014 und auf CHF 40'000.00 seit dem 14. Juli 2015 aus Art. 160 Abs. 1 OR sowie Ziffer 7.2 des Implementierungsvertrags vom 6./8. Dezember 2011 zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen.

4. Widerklage

4.1. Zusammensetzung der Forderung

Die Beklagte fordert von der Klägerin widerklageweise einen aus verschiedenen Positionen zusammengesetzten Gesamtbetrag von CHF 63'531.17 (act. 10 Rz. 79):

Rückforderung von Honorar im Zusammenhang mit der Erstellung von Finanzberichten	CHF	23'760.00
Rückforderung von Honorar für das Umstellungsprojekt	CHF	9'873.38
Minderung des verbliebenen Honorars für das Umstellungsprojekt	CHF	29'897.79

Die verschiedenen Ansprüche der Beklagten sind einzeln auf ihre Grundlagen zu prüfen.

4.2. Rückforderung von CHF 23'760.00 für die Berichterstattung

4.2.1. Anspruchsgrundlage

4.2.1.1. Die freiwillige Bezahlung einer Nichtschuld kann der Leistende zurückfordern, wenn er sich über die Schuldpflicht in einem Irrtum befunden hat (*condictio indebiti*; Art. 63 Abs. 1 OR). Besteht allerdings ein vertraglicher Rückerstattungsanspruch, schliesst dies einen Bereicherungsanspruch aus (BGE 126 III 119 E. 3b S. 121-122; BGE 127 III 421 E. 3 S. 424-425; BGE 130 III 504 E. 6.1 S. 510; BGE 133 III 356 E. 3.2.1 S. 358-359). Nach vertraglichen Grundsätzen sind etwa Rückleistungsansprüche aus dem Leistungsstörungsrecht (BGE 114 II 152 E. 2c/bb S. 158) oder aus zu viel geleisteten Akontozahlungen (BGE 126 III 119 E. 3d S. 122) zu behandeln. Dagegen unterstehen die Rückforderung zu viel bezahlter Rechnungen (BGE 127 III 421 E. 3c/bb S. 426-427; Urteil des Bundesgerichts 4C.212/2002 vom 19. November 2002 E. 4.2) oder Rückerstattungsansprüche nach einer Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums (BGE 133 III 356 E. 3.2.1 S. 358-359; BGE 134 III 438 E. 2.4 S. 443-444; BGE 137 III 243 E. 4.4.3

S. 249-250; missverständlich und unterdessen überholt BGE 129 III 320 E. 7.1.1 S. 328; BGE 132 III 242 E. 4.1 S. 244-245; weitergehend auch der Vorschlag in Artt. 45, 79 Abs. 1 OR 2020) dem Bereicherungsrecht. Die Rechtsnatur ist für jeden Anspruch einzeln zu bestimmen (BGE 130 III 504 E. 6.2 S. 510-511; BGE 133 III 356 E. 3.2.1 S. 358-359; BGE 137 III 243 E. 4.4.1 S. 247-248). Der Umstand, dass die Parteien durch einen Vertrag gebunden sind, führt nicht dazu, dass sämtliche gegenseitigen Ansprüche vertraglicher Natur sind (BGE 130 III 504 E. 6.2 S. 510-511; BGE 133 III 356 E. 3.3.1 S. 359-360).

4.2.1.2. Die Beklagte begründet ihren Anspruch damit, dass die Klägerin die Leistungen von S._____ im Rahmen der Unterstützung bei der Erstellung von Finanzberichten in Rechnung gestellt habe, obwohl zahlreiche an sie gerichtete Anfragen solche gewesen seien, welche an sich durch den Hotline-Vertrag abgedeckt gewesen seien (act. 10 Rz. 28). Die Beklagte beruft sich damit zwar darauf, es habe keine Grundlage bestanden, ihr diese Honorare in Rechnung zu stellen. Letztlich bleibt jedoch unklar, ob sie in der Sache nicht eher die Rückerstattung oder Anrechnung der auf den Hotline-Vertrag geleisteten Zahlungen verlangt, denn jedenfalls berechnet die Beklagte den Rückforderungsbetrag aufgrund der Gebühr des Hotline-Vertrags. Im einen wie im anderen Fall entspricht der Sachverhalt jedenfalls der Bezahlung einer unbegründeten Rechnung oder allenfalls einer Zuviel- oder Doppelbezahlung. Im Unterschied zu Akonto-Zahlungen besteht zwischen den Parteien keine Vereinbarung über ein Abrechnungsverhältnis. Ein solches wäre jedoch Voraussetzung dafür, den Anspruch dem Vertragsrecht zu unterstellen (BGE 126 III 119 E. 3d S. 122; BGE 133 III 356 E. 3.2.2 S. 359; Urteil des Bundesgerichts 4C.212/2002 vom 19. November 2002 E. 4.2). Dagegen spricht eine von den Parteien getroffene Saldoabrede für einen nichtvertraglichen Anspruch (BGE 133 III 356 E. 3.2.2 S. 359).

4.2.1.3. Aus den angeführten Gründen ist der Anspruch auf Rückforderung von CHF 23'760.00 bereicherungsrechtlicher Natur. Der Anspruch setzt folglich voraus, dass die Zahlung (i) zur Tilgung einer Schuld erfolgte (Leistungskondition), (ii) die in Wirklichkeit nicht bestand (Rechtsgrundlosigkeit) und (iii) die leistende

Person irrtümlich vom Bestehen dieser Schuld (Irrtum über die Leistungspflicht) ausging (BGE 64 II 121 E. 1 S. 125).

4.2.2. Leistungskondiktion

Die Beklagte bezieht sich auf die gesamten Zahlungen für die Unterstützung der Beklagten bei der internen/externen Berichterstattung durch die Klägerin (act. 10 Rz. 29). Die Klägerin bestreitet nicht, dass die Beklagte diese Zahlungen getätigt hat (act. 19 Rz. 95-103). Die Leistung der Klägerin erfolgte zur Tilgung einer Schuld. Der Anspruch ist deshalb ein solcher aus Leistungskondiktion.

4.2.3. Rechtsgrundlosigkeit

4.2.3.1. Ungerechtfertigt ist die Bereicherung nur, wenn es an einem Rechtsgrund fehlt. Wären die Leistungen bereits vom Hotline-Vertrag vom 16./21. Dezember 2011 (Ziffer 2.3.2 oben) erfasst, würde es für die Verrechnung unter den Engagement Letters vom 25./26. Juni 2013 betreffend die Unterstützung bei der Berichterstattung (act. 20/50; act. 20/70; Ziffer 2.3.3 oben) an einem Rechtsgrund fehlen. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Klägerin ihre Leistungen im Zusammenhang mit der Unterstützung der Beklagten bei der Berichterstattung unter dem Titel Engagement Letter vom 25./26. Juni 2013 oder Hotline-Vertrag vom 16./21. Dezember 2011 erbracht hat bzw. hätte erbringen müssen. Da die Beklagte ihre Rückforderung aus dem fehlenden Rechtsgrund herleitet, trägt sie dafür die Beweislast.

4.2.3.2. Die Beklagte behauptet, sie habe den Hotline-Vertrag mit Schreiben vom 29. November 2013 per Ende 2013 gekündigt, weil die Klägerin nie Leistungen unter diesem Vertrag erbracht habe (act. 10 Rz. 21). Die Beklagte habe im 2. Halbjahr 2012 keine Leistungen der Klägerin aus dem Hotline-Vertrag in Anspruch genommen (act. 10 Rz. 22). Im Jahre 2013 habe die Klägerin Leistungen gesondert abgerechnet, die eigentlich durch den Hotline-Vertrag abgedeckt gewesen wären (act. 10 Rz. 21). Zahlreiche im Rahmen der Unterstützung bei der Erstellung von Finanzberichten im Jahre 2013 von der Klägerin (bzw. deren Mitarbeiterin S._____) erbrachte Leistungen wären an sich durch den Hotline-Vertrag

abgedeckt gewesen. Die Beklagte habe damit doppelt bezahlt, nämlich einmal für die Bereitstellung der Hotline, einmal für den Aufwand von S._____ (act. 10 Rz. 28). Die Engagement Letter hätten den Hotline-Vertrag nicht übersteuert (act. 23 Rz. 100).

Die Klägerin behauptet, sie habe gemäss Aufzeichnungen aus ihrer Mandatsbuchhaltung im Jahre 2013 unter dem Hotline-Vertrag Leistungen für die Beklagte im Umfang von 95.35 Stunden erbracht, was einem Betrag von CHF 44'176.86 entspreche (act. 19 Rz. 83). Es sei falsch, dass sie unter den Hotline-Vertrag fallende Leistungen gesondert in Rechnung gestellt habe (act. 19 Rz. 84). Im Jahr 2012 habe ihre ehemalige Mitarbeiterin T._____ verschiedentlich telefonische Auskünfte an die ehemaligen Mitarbeiter der Beklagten L._____ und M._____ im Zusammenhang mit der Bedienung der Parametrisierungslösung erteilt (act. 19 Rz. 85). Der Hotline-Vertrag habe nur Leistungen der Klägerin im Rahmen der regulären Bedienung der Parametrisierungslösung betroffen (act. 19 Rz. 97). Darüber hinausgehende Leistungen hätten die Parteien in separaten Engagement Letter vereinbart (act. 19 Rz. 98). Durch die Engagement Letter vom 25./26. Juni 2013 sei der Beklagten bestens bewusst gewesen, dass diese Dienstleistungen nicht unter den Hotline-Vertrag fallen würden (act. 19 Rz. 99). Im Übrigen hätten L._____ und M._____ die Hotline in den ersten vier Monaten des Jahres 2013 rege benutzt. Auch habe N._____ in der Zeit von Mai bis Ende Oktober 2013 Fragen von Seiten von S._____ im Zusammenhang mit der Bedienung der Parametrisierungslösung beantwortet und diese Stunden in der Mandatsbuchhaltung ausschliesslich der Klägerin belastet (act. 19 Rz. 100).

4.2.3.3. Die Beklagte substantiiert weder, welche ihr unter dem Titel einer der Engagement Letter vom 25./26. Juni 2013 in Rechnung gestellten Leistungen durch den Hotline-Vertrag hätten abgedeckt sein sollen, noch stellt sie dar, inwiefern der Hotline-Vertrag diese hätte erfassen sollen. An anderer Stelle vermerkt sie lediglich, der Hotline-Vertrag vom 21. Dezember 2011 "sollte die Beantwortung einfacher Nutzeranfragen sicherstellen" (act. 10 Rz. 19). Bereits aus diesen Gründen ist eine Doppelvergütung nicht dargelegt.

Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte verweisen als Beleg für den Inhalt des Hotline-Vertrags auf die von der Klägerin eingereichte Kopie des Kündigungsschreibens vom 29. November 2013 (act. 1 Rz. 50; act. 10 Rz. 28; act. 3/17). Diesem angeheftet findet sich der besagte Vertrag vom 16./21. Dezember 2011 (act. 3/17). Es kann dahingestellt bleiben, ob der eigentliche Vertrag – das Beilagenverzeichnis der Klägerin verweist lediglich auf das "Kündigungsschreiben der Beklagten vom 29. November 2013" – von den Beweisanträgen mitumfasst – mindestens der Hinweis der Beklagten auf Ziffer 2.1 (act. 10 Rz. 19) legt dies nahe – sein soll. Jedenfalls spricht der Wortlaut für die Auslegung der Klägerin. So findet sich unter Ziffer 2.1 "Umfang der Auskünfte" die Bestimmung, die Klägerin erteile der Beklagten "Auskünfte darüber, wie einzelne Vorgänge im Rahmen der regulären Bedienung der G'._____™ erfasst werden müssen" (act. 3/17 Blatt 2) und zudem ein Ausschluss für "die Beratung bei Fachfragen, die über die reguläre Bedienung der G'._____™ hinausgehen (z.B. Ergebnisberechnung bei Erst- oder Endkonsolidierungsvorgängen, Fusionen oder andere gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen), sowie die Durchführung von Anpassungsarbeiten an der G'._____™" (act. 3/17 Blatt 2). Damit deckt sich der Anwendungsbereich des Hotline-Vertrags und der Engagement Letters vom 25./26. Juni 2013 gerade nicht, so dass die unter die Engagement Letters fallenden Leistungen der Klägerin zusätzlich zu vergüten sind.

Die erwähnte Auslegung des Hotline-Vertrags führt hingegen auch dazu, dass der Aufwand für internen Austausch zwischen N._____ und S._____ im Zusammenhang mit der Bedienung der Parametrisierungslösung (act. 19 Rz. 100; act. 23 Rz. 105) nicht unter den Hotline-Vertrag fällt. Damit vermag die Klägerin zwar lediglich 6.50 Stunden Aufwand für das Jahr 2013 zu belegen (act. 20/49). Für die Beurteilung des Rückerstattungsanspruchs ist jedoch nicht entscheidend, welche der Parteien vom Hotline-Vertrag profitiert hat. Erstens macht die Beklagte keine Minderung der Hotline-Gebühr geltend. Zweitens haben die Parteien durch die Vereinbarung eines Pauschalpreises eine Risikoverteilung getroffen. Somit trägt die Klägerin das Risiko, dass die Beklagte viele Anfragen stellt, die unter den Hotline-Vertrag fallen, und die Beklagte, dass kein Bedarf für Anfragen besteht. Diese Verteilung kann nachträglich nicht oder allenfalls nur durch Ausnahmeklauseln

wie Grundlagenirrtum oder eine erhebliche Äquivalenzstörung (*clausula rebus sic stantibus*) in Frage gestellt werden.

Die Beklagte hat ihre Zahlungen somit aufgrund der Engagement Letters vom 25./26. Juni 2013 sowie der von der Klägerin erbrachten Leistungen ausgeführt. Eine rechtsgrundlose Leistung liegt nicht vor.

4.2.4. Irrtum über die Leistungspflicht

Nachdem ein Anspruch bereits mangels Rechtsgrundlosigkeit der Leistung zu verneinen ist, bleibt lediglich der Vollständigkeit halber anzumerken, dass bei freiwilliger Bezahlung einer Nichtschuld (*condictio indebiti*) nach Art. 63 Abs. 1 OR die Beklagte auch noch nachzuweisen hätte, dass sie sich bei der Bezahlung in einem Irrtum befunden habe. Solches behauptet die Beklagte indessen nicht.

4.2.5. Zwischenergebnis

Die Beklagte hat keinen Anspruch auf Bezahlung von CHF 23'760.00 durch die Klägerin aufgrund von Art. 63 Abs. 1 OR.

4.3. Rückforderung von CHF 9'873.38 für das Umstellungsprojekt

4.3.1. Anspruchsgrundlage

Fraglich ist wiederum die Anspruchsgrundlage für die von der Beklagten geltend gemachte Rückforderung von Honorar im Umfang von CHF 9'873.38. Rückforderungsansprüche aus bezahltem, aber unberechtigtem Aufwand stützen sich auf Art. 63 Abs. 1 OR, solange keine vertragliche Grundlage aufgrund Vereinbarung oder dispositiven Gesetzesrechts besteht (zum Ganzen: Ziffer 4.2.1.1 oben). Die Vereinbarung der Parteien über das Umstellungsprojekt untersteht dem Werkvertragsrecht (Ziffer 2.3.5 oben). Entsprechend gehen die Ansprüche aus dem werkvertraglichen Gewährleistungsrecht dem Bereicherungsrecht vor. Die Beklagte beruft sich hinsichtlich der Rückforderung von CHF 9'873.38 aus dem für das Umstellungsprojekt geleisteten Honorar jedoch nicht auf das Gewährleistungsrecht, sondern macht geltend, die verrechneten Leistungen seien für das Erreichen des geschuldeten Erfolgs unnötig gewesen. Unnötiger Aufwand wirkt sich

auf die Beschaffenheit des vertraglich geschuldeten Werks nicht aus (BGE 96 II 58 E. 1 S. 60-61). Der Anspruch untersteht deshalb dem Bereicherungsrecht (zu den einzelnen Voraussetzungen s. Ziffer 4.2.1.3 oben).

4.3.2. Leistungskondiktion

Die Beklagte bezieht sich auf das Honorar für das Umstellungsprojekt (act. 10 Rz. 79; act. 12/27-30 = act. 20/66-69). Die Klägerin bestreitet nicht, dass die Beklagte diese Zahlungen getätigt hat (act. 19 Rz. 226-227). Die Leistung der Klägerin erfolgte zur Tilgung einer Schuld. Der Anspruch ist deshalb ein solcher aus Leistungskondiktion.

4.3.3. Rechtsgrundlosigkeit

4.3.3.1. Grundsätze

Die Parteien können die Vergütung des Unternehmers entweder zu einem Festpreis (Art. 373 OR) oder nach dem Wert der Arbeit (Art. 374 OR) festlegen. Im letzteren Fall bestimmt sich die Vergütung nach dem Aufwand des Unternehmers und nicht nach dem Wert des Werks (GAUDENZ G. ZINDEL/URS PULVER/BERTRAND G. SCHOTT, in: Basler Kommentar OR I, a.a.O., N. 11 zu Art. 374 OR). Der Besteller hat folglich grundsätzlich den tatsächlichen Aufwand des Unternehmers zu vergüten (ZINDEL/PULVER/SCHOTT, in: Basler Kommentar OR I, a.a.O., N. 13 zu Art. 374 OR). Der Unternehmer hat die Arbeiten jedoch sorgfältig auszuführen (Artt. 364 Abs. 1, 365 Abs. 2, 321e Abs. 2 OR; BGE 96 II 58 E. 1 S. 60-61). Deshalb ist nur derjenige Werklohn zu vergüten, der "bei sorgfältigem Vorgehen des Unternehmers zur Ausführung des Werkes genügt" (BGE 96 II 58 E. 1 S. 61) hätte. Für objektiv unnötigen Mehraufwand schuldet der Besteller dem Unternehmer keine Vergütung (ZINDEL/PULVER/SCHOTT, in: Basler Kommentar OR I, a.a.O., N. 13 zu Art. 374 OR).

Keine anderen Grundsätze würden sich aus dem Auftragsrecht ergeben. Das Bundesgericht nennt den Grundsatz der Honorarfestlegung nach dem objektiv gerechtfertigtem Aufwand nach Auftrags- und Werkvertragsrecht in einem Zuge (BGE 134 I 159 E. 4.4 S. 164). Auch dem Beauftragten steht für objektiv nicht ge-

rechtfertigten Aufwand kein Vergütungsanspruch zu (BGE 117 II 282 E. 4c S. 285). Das gilt umso mehr, als im Auftragsrecht dem Beauftragten eine Vergütung nur zusteht, wenn die Parteien eine solche vereinbart haben oder diese üblich ist (Art. 394 Abs. 3 OR). Das Auftragsrecht kennt dementsprechend keine den Artt. 373/374 OR entsprechende Bestimmungen zur Festsetzung der Vergütung. Die Bestimmung der Höhe der Vergütung ist dabei einer Ermessensfrage (BGE 101 II 109 E. 2 S. 111).

Nach dispositivem (ZINDEL/PULVER/SCHOTT, in: Basler Kommentar OR I, a.a.O., N. 15 zu Art. 372 OR) Gesetzesrecht ist die Vergütung bei der Ablieferung des Werkes fällig (Art. 372 Abs. 1 OR). Der Zeitpunkt der Rechnungsstellung beeinflusst die Fälligkeit der Vergütung grundsätzlich nicht (ZINDEL/PULVER/SCHOTT, in: Basler Kommentar OR I, a.a.O., N. 6 zu Art. 372 OR), auch wenn die Vergütung nach Aufwand vereinbart ist (teilweise streitig; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl. 2011, a.a.O., N 1159 m.w.H.). Bei der Vergütung nach Aufwand ist dem Besteller jedoch nicht zuzumuten, ohne Vorlage einer substantiierten, prüffähigen Rechnung den Werklohn zu begleichen (GAUCH, a.a.O., N 1160). Zu beachten sind in diesem Zusammenhang auch der allgemeine Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) und die Sorgfaltspflicht des Unternehmers (Art. 364 Abs. 1 OR).

4.3.3.2. Prüfung im Einzelnen

Die Beklagte macht unter dem Titel "Rückforderung von vertrags- und weisungswidrig in Rechnung gestellten Honorarforderungen im Zusammenhang mit dem Umstellungsprojekt" (act. 10 Rz. 79) verschiedene Positionen geltend, welche je einzeln nach den dargelegten Grundsätzen zu prüfen sind.

4.3.3.2.1. Präsenz von E. _____ an der Sitzung vom 25. Oktober 2013

Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass an der Sitzung vom 25. Oktober 2013 seitens der Klägerin F. _____, N. _____, S. _____ und E. _____ erschienen (act. 10 Rz. 38; act. 19 Rz. 125; act. 12/31; act. 20/80).

Die Beklagte behauptet, an der Sitzung sei unter anderem auch der Know-How-Transfer von S._____ auf die neuen Mitarbeiter der [recte, s. act. 23 Rz. 115, 117:] Klägerin, die Implementierung der Schnittstelle zwischen dem SAP-Quellsystem und SAP FC sowie die Umsetzung der Berichtsstruktur für das MIS traktandiert gewesen (act. 10 Rz. 38). An dieser Sitzung habe die Klägerin E._____ als neue primäre Ansprechperson (anstelle der ausscheidenden S._____; act. 10 Rz. 26, 37) für die Beklagte vorgestellt. Diese sei anschliessend nie wieder gegenüber der [recte:] Beklagten in Erscheinung getreten. Ihre Anwesenheit an der Sitzung sei deshalb vollkommen unnötig gewesen (act. 10 Rz. 39). In der Widerklagereplik behauptet die Beklagte, aus dem Schreiben der Klägerin vom 25. September 2013 (act. 20/51) und der E-Mail von N._____ vom 18. Dezember 2013 (act. 24/64) ergebe sich, dass es um den Know-How-Transfer von S._____ auf neue Mitarbeiter der Beklagten gegangen sei (act. 23 Rz. 115).

Die Klägerin behauptet, als E._____ der Beklagten in der E-Mail vom 10. Oktober 2013 Termine vorgeschlagen habe, habe sie ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Teilnahme von ihr, F._____ und N._____ vorgesehen sei. O._____ habe dies in seiner Antwort vom 10. Oktober 2013 mit keinem Wort beanstandet, sondern sogar noch die Teilnahme von S._____ verlangt. Die Klägerin sei diesem Wunsch nachgekommen. Auch auf der an die Beklagte versandten Agenda sei dieser mit der Beklagten abgesprochene Teilnehmerkreis aufgeführt und von der Beklagten nicht beanstandet worden (act. 19 Rz. 125). An der Sitzung sei es nicht um den Know-How-Transfer von S._____ auf die neuen Projektmitarbeiter der [recte:] Klägerin gegangen, sondern darum, dass die Klägerin O._____ und U._____ von der Beklagten persönlich kennen lerne und sich auch diesen beiden Herren vorstellen könne. Ebenfalls sei es darum gegangen, sich über den Stand der Arbeiten sowie über die offenen Punkte zu verständigen (act. 19 Rz. 127, 135). Aus Gründen der Stellvertretung habe die Klägerin vorgesehen, dass auch E._____ die Beklagte in Zukunft unterstützen könne (act. 19 Rz. 128). In der Widerklageduplik verweist die Klägerin auf ihre Widerklageantwort (act. 32 Rz. 166).

Aus der E-Mail von E._____ an O._____ 10. Oktober 2013 und die Antwort von O._____ vom selben Tag (act. 20/79) ergibt sich, dass die Klägerin die Beklagte

darüber informierte, von ihrer Seite würden F._____, N._____ und E._____ teilnehmen. O._____ äusserte sich zur vorgesehenen Teilnahme von E._____ nicht, wünschte aber zusätzlich die Teilnahme von S._____. Daraus lässt sich schliessen, dass O._____ jedenfalls nicht gegen die Teilnahme von E._____ opponierte. Die Klägerin durfte deshalb davon ausgehen, dass die Beklagte mit der Teilnahme von E._____ einverstanden war.

Im Schreiben vom 25. September 2013 teilte die Klägerin der Beklagten mit, "der Know-how-Übertrag von Frau S._____ auf die Damen N._____ und V._____" werde "bis Ende Oktober 2013 abgeschlossen sein" (act. 20/51 S. 1). Vier Abschnitte weiter schreibt die Klägerin (act. 20/51 S. 2):

Gemäss Ihren Aussagen liegt die Führung für den laufenden Betrieb der Software SAP Financial Consolidation sowie für die ggf. noch auszuführenden Arbeiten bei Herrn O._____.

Er wird im Verlaufe des Monats Oktober 2013 zusammen mit Frau S._____ definieren, welche Arbeiten konkret durch uns zu erledigen sind. [...]

In der bereits erwähnten E-Mail vom 10. Oktober 2013 an O._____ bezog sich E._____ neben einem Telefongespräch vom 20. September 2013 auch auf das Schreiben vom 25. September 2013. Es sei "vereinbart, dass wir mit Ihnen die noch auszuführenden Arbeiten im Hinblick auf die Konsolidierungssoftware SAP FC festlegen" (act. 20/79 S. 2). Zwei Absätze weiter teilt E._____ nochmals ausdrücklich den Zweck des Treffens mit: "Wie bereits erwähnt, ist das Ziel dieses Gesprächs die noch auszuführenden Arbeiten sowie den Zeitplan in diesem Zusammenhang festzulegen. Daneben würde ich gerne die Gelegenheit nutzen, mich persönlich bei Ihnen vorzustellen." (act. 20/79 S. 2). Auch aus dem Agenda Meeting (act. 20/80) ergibt sich nichts anderes.

Aus dem Protokoll der Sitzung vom 25. Oktober 2013, auf welches sich die Beklagte allerdings nur hinsichtlich des (inzwischen unbestrittenen) Teilnehmerkreises und der fehlenden Kenntnisnahme der E-Mail vom 24. Oktober 2013 durch F._____ beruft (act. 10 Rz. 38, 41), ist ersichtlich, dass zwar neben der Schnittstelle zum Basisbuchführungssystem und der Umstrukturierung der Datenerfassung auch die Zusammenarbeit zwischen den Parteien an der Sitzung ein Thema

war (act. 12/31). Das räumt die Beklagte an anderer Stelle auch ein (act. 10 Rz. 46). Um einen internen Know-How-Transfer bei der Beklagten ging es offensichtlich nicht. Es besteht kein Anlass, an der Richtigkeit des Inhalts dieses Protokolls zu zweifeln. Von einer Einvernahme von O._____ und U._____ als Zeugen ist deshalb abzusehen. Es ist nicht ersichtlich, was diese am Beweisergebnis ändern könnten.

Dasselbe wie damals E._____ schrieb auch N._____ in der E-Mail vom 18. Dezember 2013: "Dieses Meeting fand statt, um eine Bestandesaufnahme zu machen und das weitere Projektvorgehen zu besprechen. Des Weiteren wurde noch das Grobkonzept bezüglich Ihrer Umstrukturierungen besprochen, wobei man dort noch sehr an der Oberfläche geblieben war und sich mittlerweile durch B._____ auch bereits wieder Änderungen ergeben haben." (act. 24/64 S. 1).

Es ist davon auszugehen, dass die personellen Änderungen bei der Klägerin am Rande ein Thema gewesen sind, denn E._____ wollte sich bei dieser Gelegenheit auch bei der Beklagten vorstellen. Allerdings hatte die Klägerin von der Teilnahme von S._____ als ausscheidende für die Beklagte verantwortliche Person absehen wollen. Ihre Teilnahme erfolgte nachweislich auf Wunsch der Klägerin.

Schliesslich bezieht sich die Beklagte auch im Zusammenhang mit der Sitzung vom 25. Oktober 2013 wiederholt auf die verrechneten 12 Stunden für den Know-How-Transfer (act. 10 Rz. 43; act. 23 Rz. 118). Diese fordert sie jedoch bereits unter einer anderen Position, weshalb sie diese nicht nochmals im Zusammenhang mit der Sitzung vom 25. Oktober 2013 abziehen kann. Auf diese 12 Stunden ist unter der entsprechenden Position weiter einzugehen (s. Ziffer 4.3.3.2.3 unten).

Der Aufwand der Klägerin für die Teilnahme von E._____ an der Sitzung vom 25. Oktober 2013 ist deshalb objektiv gerechtfertigt.

4.3.3.2.2. Präsenz von F._____ an der Sitzung vom 25. Oktober 2013

Es ist unbestritten, dass J._____ von der Beklagten F._____ von der Klägerin mit der E-Mail vom 24. Oktober 2013, 15:43 Uhr, mitteilte, er werde an der Sitzung

vom 25. Oktober 2013 nicht teilnehmen (act. 10 Rz. 40; act. 19 Rz. 131; act. 3/13).

Die Beklagte behauptet, da die Sitzung einen rein operativen bzw. technischen Inhalt gehabt habe, habe J._____ F._____ aufgefordert, aus Kostengründen der Sitzung ebenfalls fernzubleiben (act. 10 Rz. 40).

Die Klägerin behauptet, aus der E-Mail vom 24. Oktober 2013 gehe nicht hervor, dass J._____ F._____ aufgefordert habe, aus Kostengründen der Sitzung vom 25. Oktober 2013 fernzubleiben (act. 19 Rz. 131 Abs. 1). J._____ habe die besagte E-Mail zudem extrem kurzfristig, nämlich gegen 16 Uhr des Vortags des seit Wochen inkl. Teilnehmerkreis abgesprochenen Besprechungstermins vom Morgen des Folgetags gesandt. F._____ habe sich zu diesem Zeitpunkt längst auf die Besprechung vorbereitet gehabt und den Besprechungstermin wie vereinbart auch fest in seiner Agenda eingeplant. Zudem habe F._____ besagte E-Mail von J._____ tatsächlich erst nach der Sitzung vom 25. Oktober 2013 zur Kenntnis nehmen können (act. 19 Rz. 131 Abs. 2). Da es sich nicht um eine "rein operative" bzw. "technische" Sitzung gehandelt habe, sondern auch um das gegenseitige Kennenlernen sowie die Koordination und das Festlegen der weiteren Zusammenarbeit zwischen der Klägerin und der Beklagten, sei es – auch rückblickend betrachtet – sinnvoll gewesen, dass F._____ von Seiten der Klägerin an der Sitzung teilgenommen habe (act. 19 Rz. 132).

Aus der E-Mail vom 10. Oktober 2013 von E._____ an O._____ (act. 20/79), dem Protokoll der Sitzung vom 25. Oktober 2013 (act. 12/31; auf welches sich die Beklagte allerdings nur hinsichtlich des (inzwischen unbestrittenen) Teilnehmerkreises und der fehlenden Kenntnisnahme der E-Mail vom 24. Oktober 2013 durch F._____ beruft, act. 10 Rz. 38, 41) sowie dem Agenda Meeting (act. 20/80; auf welches sich nur die Klägerin beruft, act. 19 Rz. 125) ergibt sich, dass die Schnittstelle zum Basisbuchführungssystem, die Umstrukturierung der Datenerfassung und die Zusammenarbeit zwischen den Parteien an der Sitzung ein Thema war (s. schon Ziffer 4.3.3.2.1 oben). Die Sitzung hatte eine in diesem Rahmen übliche Koordinations- und Definitionsthematik zum Gegenstand. Unter diesen Umständen war die Anwesenheit von F._____ objektiv vertretbar.

Was die Aufforderung von J._____ an F._____, von der Sitzung fernzubleiben, betrifft, so ist zu bemerken, dass diese erst am späteren Nachmittag des Vortags erfolgte. In dieser Konstellation ist davon auszugehen, dass F._____ die Sitzung damals bereits vorbereitet hatte. Die Beklagte vermag nicht zu widerlegen, dass F._____ die E-Mail vor der Sitzung noch nicht zur Kenntnis genommen hätte. Die diesbezügliche Bestreitung der Klägerin ist plausibel. Im Übrigen trägt der Sender einer E-Mail sowohl das Übermittlungsrisiko als auch das Risiko, dass diese erst später zur Kenntnis genommen wird.

Der Aufwand der Klägerin für die Teilnahme von F._____ an der Sitzung vom 25. Oktober 2013 ist deshalb gerechtfertigt.

4.3.3.2.3. Interner Transfer

Die Beklagte behauptet in der Widerklagebegründung, die Klägerin habe ihr für den durch das Ausscheiden von S._____ bedingten Know-How-Transfer insgesamt mindestens 12 Stunden in Rechnung gestellt (act. 10 Rz. 43). Dadurch seien der Beklagten weitere Kosten von mindestens CHF 6'071.75 entstanden. Dieser Betrag errechne sich aus dem durchschnittlich in Rechnung gestellten Stundensatz von CHF 468.50, multipliziert mit 12 Stunden, zuzüglich MwSt. (act. 10 Rz. 44). Die Beklagte beruft sich auf die E-Mail von F._____ an N._____ vom 20. Dezember 2013 (act. 10 Rz. 43). In der Widerklagereplik behauptet die Beklagte weiter, N._____ habe in der E-Mail vom 18. Dezember 2013 ausführlich erläutert, für den Know-How-Übertrag seien 75.0 Stunden aufgewendet worden, davon seien der Beklagten 12 Stunden in Rechnung gestellt worden (act. 23 Rz. 103). Die Klägerin müsse sich auf der Äusserung von F._____ in der E-Mail an N._____ vom 20. Dezember 2013 sowie der Darstellung von N._____ in der E-Mail an die Beklagte vom 18. Dezember 2013 behaften lassen (act. 23 Rz. 117). Die Beklagte beruft sich neu auf die E-Mail von N._____ an die Beklagte vom 18. Dezember 2013 (act. 23 Rz. 103).

Die Klägerin behauptet in der Widerklageantwort, der interne Wissenstransfer bei der Klägerin selbst sei zu jedem Projektzeitpunkt gewährleistet gewesen (act. 19 Rz. 135). Wenn die Klägerin zudem Leistungen unter dem Titel "Know-how-

Transfer" in Rechnung gestellt habe, habe es sich jeweils nicht um Aufwand für den internen Know-How-Transfer bei der Klägerin, sondern für jenen bei der Beklagten selbst aufgrund deren Personalfluktuaton und dem Neueintritt der Herren O._____ und U._____ gehandelt. Nichts anderes gehe auch aus der E-Mail-Korrespondenz [vom 20. Dezember 2013] hervor (act. 19 Rz. 136 Abs. 1). Die Klägerin habe zu ihren eigenen Lasten 75 Stunden für den internen Know-How-Austausch aufgewandt. Bei den in Frage stehenden 12 Stunden sei es nicht um einen hausinternen Know-How-Übertrag, sondern um Leistungen für die Beklagte gegangen: 5 (in den verrechneten 13 Stunden enthaltene) Stunden Aktualisierung der Projektpläne etc. durch N._____, 3 Stunden Vorbereitung/Besprechung vom 25. Oktober 2013 durch E._____, 4 Stunden Überwachung Bestandesaufnahme, Projektstand und Aktendurchsicht durch F._____ (act. 19 Rz. 136 Abs. 2). Die Klägerin beruft sich auf die E-Mail von F._____ an N._____ vom 20. Dezember 2013 und die Rechnung Nr. 1... über CHF 40'651.15 vom 6. November 2013; zudem offeriert sie die Parteibefragung von F._____ und N._____ (act. 19 Rz. 136). In der Widerklageduplik hält die Klägerin lediglich an ihrer Darstellung fest und bestreitet die Ausführungen der Beklagten (act. 32 Rz. 168) bzw. verweist auf die Widerklageantwort (act. 32 Rz. 154).

Die von der Klägerin geltend gemachten 12 Stunden finden sich in der Rechnung Nr. 1... vom 6. November 2013 wieder (act. 12/27= act. 20/66). Daraus ergibt sich jedoch nichts, worin sich die Parteien nicht schon einig sind, denn wenn die Klägerin unstreitig der Beklagten diese 12 Stunden verrechnet hat, stehen sie folgerichtig in der Rechnung. Darüber hinaus finden sich in der Rechnung offensichtlich auch noch weitere verrechnete Stunden.

Die Klägerin trifft im Kern eine Differenzierung zwischen internem, durch den Weggang von S._____ bedingtem Know-How-Transfer und externem, durch personelle Änderungen bei der Beklagten bedingten Know-How-Transfer. In Rechnung gestellt haben will sie nur letzteren. Diese Differenzierung widerspiegelt sich allerdings weder in der (an die Beklagte gerichteten) E-Mail von N._____ vom 18. Dezember 2013 (act. 24/64) noch in der (internen) E-Mail von F._____ vom 20. Dezember 2013 (act. 12/32 S. 3-4).

N._____ führte in der E-Mail vom 18. Dezember 2013 aus (act. 24/64 S. 2):

Wir haben über alle Mitarbeitenden für den Know-How Übertrag und Vorbereitung des Meetings (die beiden Punkte können kaum auseinandergenommen werden) im Oktober 2013 folgende Stunden geleistet: 75,0 Stunden.

Dabei wurde folgendes geleistet: Vorbereitung der Übergabe durch Frau S._____ und die Übergabe an Frau V._____, Frau E._____ und Frau N._____. Anschliessend Protokollierung der wesentlichen Punkte durch Frau N._____. Am 24.10.2013 machte Frau S._____ dann schliesslich noch ein "Update", da Sie in der Zwischenzeit wieder in Ihrem Haus gearbeitet hat und somit uns die sich durch B._____ in dieser Zeit ergebenden Änderungen noch mitteilte.

Von diesen 75,00 Stunden für die Übergabe inkl. Vorbereitung des Meetings wurden Ihnen lediglich 12,00 Stunden in Rechnung gestellt.

Die Klägerin spricht in dieser E-Mail vom 18. Dezember 2013 ausschliesslich Arbeiten im Zusammenhang mit dem internen Know-How-Transfer an. Auch der erwähnte Aufwand wegen zwischenzeitlicher Änderungen bei der Beklagten ist ausschliesslich durch den internen Wechsel bei der Klägerin bedingt. S._____ befand sich durch ihre Arbeit bei der Beklagten bereits auf dem aktuellen Wissensstand. Der Aufwand betraf lediglich die interne Weitergabe dieses Wissens.

F._____ führte in der E-Mail vom 20. Dezember 2013 aus (act. 12/32 S. 3):

[...] (wir waren ja so dämlich und haben nicht den gesamten Aufwand für den Know-How-Transfer der B._____ in Rechnung gestellt. 75.0 Stunden übernahm A._____, es wurden lediglich 12 Stunden dem Kunden in Rechnung gestellt).

Bei der Würdigung interner E-Mails ist eine gewisse Zurückhaltung angebracht, da diese möglicherweise unvollständige Informationen enthalten, welche nur mit dem Vorwissen des Adressaten verständlich sind. Vorliegend ist indessen entscheidend, dass der Sinn der E-Mail vom 20. Dezember 2013 mit der E-Mail vom 18. Dezember 2013 übereinstimmt, obwohl die erstgenannte E-Mail von F._____, die letztgenannte E-Mail von N._____ verfasst wurde. Vor diesem Hintergrund würde es auch den tatsächlichen Verhältnissen widersprechen "der B._____" als Attribut des Know-How-Transfers (im Genitiv) anstatt als Objekt des Prädikats (im Dativ) zu verstehen. Es handelte sich nicht um "den Know-How-Transfer der B._____", sondern der Aufwand wurde "der B._____ in Rechnung gestellt".

Schliesslich wäre die Klägerin gehalten gewesen, auf die detaillierten Vorbringen der Beklagten substantiierte Bestreitungen vorzubringen, da letztlich nur sie über Zugriff auf das interne Controlling (also die verrechneten, aber auch die nicht verrechneten und finanzbuchhalterisch deshalb nicht zutage tretenden Stunden) verfügt. Die in solchen Konstellationen erhöhten Anforderungen an die Bestreitung (s. Ziffer 3.4.1 oben) gelten auch für die Klägerin. Zum Nachteil der Klägerin erreicht dieser auch, dass sie den Kunden offenbar lediglich die Zahl der durch die einzelnen Mitarbeiter in der Rechnungsperiode geleisteten Stunden, jedoch keine Stundenrapporte zur Verfügung stellt und solche auch nicht im Rahmen dieses Prozesses eingereicht hat. Es erübrigt sich deshalb auch, die zur Parteibefragung angebotenen Verwaltungsräte einzuvernehmen. An einzelne vor drei Jahren geleistete Stunden werden sich diese nicht mit der erforderlichen Genauigkeit erinnern können, und präzisere Aufzeichnungen existieren offenbar nicht bzw. wären als Urkunden einzureichen gewesen.

Zur von der Beklagten gewählten Berechnungsweise der Forderung im Quantitativ, insbesondere dem gewählten mittleren Stundensatz, äussert sich die Klägerin nicht. Mangels Bestreitung ist auf die Berechnungsweise der Beklagten abzustellen. Da die Rückforderung des auf die Sitzung vom 25. Oktober 2013 entfallenen Honorars nicht gutzuheissen ist (Ziffer 4.3.3.2.1 oben), besteht keine Gefahr eines doppelten Abzuges. Soweit Aufwand der Sitzung vom 25. Oktober 2013 jedoch unter dem Titel des internen Know-How-Transfers bei der Klägerin zu verbuchen ist, ist auch ein Abzug gerechtfertigt. Damit ist sichergestellt, dass die Beklagte durch den internen Know-How-Transfer bei der Klägerin weder belastet noch begünstigt wird.

Der Aufwand der Klägerin für 12 Stunden internen Know-How-Transfer, entsprechend CHF 6'071.00, ist objektiv nicht gerechtfertigt.

4.3.3.2.4. Erstellung von Rechnungen

Die Beklagte behauptet, sie habe am 2. Dezember 2013 darauf bestanden, dass die Klägerin ab Dezember 2013 ihre Leistungen detailliert ausweise, nachdem sie sich monatelang über zu hohe und intransparente Rechnungen geärgert habe

(act. 10 Rz. 60). Die Klägerin habe der Beklagten daraufhin jeweils die entsprechenden Leistungszusammenstellungen übergeben, habe es sich aber nicht nehmen lassen, für die Zusammenstellung der Leistungsübersichten jedes Mal Sekretariatsaufwand von 0.25 Stunden in Rechnung zu stellen. Für die Zusammenstellung der Leistungsübersicht vom 30. Dezember 2013, bei welcher lediglich ein einziger Eintrag bezüglich einer halbstündigen telefonischen Unterstützung von N._____ für O._____ zu erfassen gewesen sei, sei gar eine Mitarbeiterin mit einem Stundensatz von CHF 378.05 betraut worden, was für die Beklagte ungerechtfertigte Zusatzkosten von CHF 94.51 nach sich gezogen habe. Insgesamt habe die Beklagte der Klägerin für die Zusammenstellung der Leistungsübersichten somit einen Betrag von CHF 184.63 bezahlt (act. 10 Rz. 61; s. auch act. 23 Rz. 132).

Die Klägerin behauptet, tatsächlich habe die Klägerin jeden Monat wie vereinbart detaillierte Aufstellungen zur Rechnungsstellung an J._____ geliefert (act. 19 Rz. 184). Der von der Beklagten monierte Aufwand von 0.25 Stunden habe sich nicht einfach auf die Zusammenstellung der Leistungsübersicht bezogen, sondern auf die dafür notwendige Überprüfung der aufgelaufenen Kosten sowie das Herausuchen der entsprechenden Unterlagen. Projekte von der Grösse des bei der Beklagten geführten Projekts erforderten eine professionelle Kostenkontrolle, die gerade im vorliegenden Fall aufgrund der zahlreichen und verzögert mitgeteilten Sonderwünsche der Beklagten dringend nötig, aber auch ausserordentlich aufwändig gewesen sei. Der entsprechende (bescheidene) Aufwand dafür sei der Beklagten im Übrigen nur für die Gesamtzusammenstellung der Stunden der Klägerin für den Monat Dezember 2013 in Rechnung gestellt worden (act. 19 Rz. 185; s. auch act. 32 Rz. 175).

Die Parteien haben die Vergütung der Leistungen der Klägerin nach Aufwand mit monatlicher Rechnungsstellung als Regelfall vereinbart (Implementierungsvertrag vom 6./8. Dezember 2011 Ziffer 8.4 Abs. 1 Satz 2, act. 3/2 S. 10; Engagement Letter vom 25./26. Juni 2013 Ziffer 4 Abs. 1, act. 3/12 S. 4). Aus diese Vereinbarung ergibt sich, dass die Vergütung nach Rechnungsstellung fällig wird. Hinsichtlich des Detaillierungsgrades besteht keine ausdrückliche Vereinbarung. Der Be-

klagen muss es allerdings möglich sein, die Begründetheit der Forderung der Klägerin zu beurteilen. Jede andere Lesart würde bedeuten, dass sie sich gänzlich der Abrechnung der Klägerin unterwerfen würde, was ihr nicht zumutbar ist. Die Angabe eines Stundentotals genügt den Anforderungen an die Überprüfbarkeit nicht. Die Klägerin bestreitet zudem nicht, dass die Beklagte am 2. Dezember 2013 detaillierte Informationen zur Rechnungsstellung wünschte und die Beklagte daraufhin der Klägerin die Stundenrapporte zustellte.

Bei der Erstellung der Rechnungen handelt es sich um eine administrative Hilfstätigkeit. In der Regel sind solche Tätigkeiten in den Stundenhonoraren eingeschlossen. Im Unterschied zu den eigentlichen Beratungsleistungen ist es auf der Stufe der Administration unüblich, die aufgewendete Zeit auf die einzelnen Mandate zu belasten. Vielmehr gehört der Administrativaufwand zu den Fixkosten, welche lediglich im internen Controlling mittels Kostensätzen auf die einzelnen Projekte umgelegt werden.

Die Beklagte stützt sich auf die Stundenrapporte für Dezember 2013 (act. 12/45). Welchen über die administrative Hilfstätigkeit hinausgehenden Aufwand die Klägerin mit dem Hinweis auf die notwendige Überprüfung der aufgelaufenen Kosten sowie das Heraussuchen der entsprechenden Unterlagen geltend machen will, ist nicht nachvollziehbar. Im Übrigen bringt sie keine Einwände gegen die Berechnung der Beklagten vor.

Schliesslich ist anzumerken, dass sowohl die Festsetzung der Vergütung nach dem Aufwand (Art. 374 OR) als auch die monatliche Fälligkeit, wogegen nach dispositivem Gesetzesrecht der Unternehmer bis zur Ablieferung vorleistungspflichtig ist (Art. 372 OR), ausschliesslich dem Interesse der Klägerin dienen. Die Klägerin nimmt mit der Rechnungsstellung damit ihre ureigenen Interessen wahr. Auch aus diesem Grund kann sie die Kosten nicht der Beklagten überwälzen, solange diese nicht selber durch vertragswidriges Verhalten, etwa durch Schuldnerverzug, dazu Anlass gegeben hat. Für solche Fälle bestehen jedoch spezielle Anspruchsgrundlagen (Artt. 97 Abs. 1, 103 Abs. 1 OR).

Die Klägerin kann den Aufwand für Rechnungsstellung im Umfang von CHF 184.63 der Beklagten nicht belasten.

4.3.4. Irrtum über die Leistungspflicht

4.3.4.1. Die Kondiktion bei Bezahlung einer Nichtschuld setzt weiter einen Irrtum des Leistenden über die Leistungspflicht oder fehlende Freiwilligkeit voraus (Art. 63 Abs. 1 OR; s. schon Ziffer 4.2.4 oben). Art. 63 Abs. 1 OR enthält für die Leistungskondiktion eine Spezialregelung, welche Art. 62 Abs. 1 OR vorgeht (BGE 123 III 101 E. 3a S. 107). Gesetzlich geregelte Fälle einer unfreiwilligen Bezahlung sind die Bezahlung unter Betreuungszwang (Art. 63 Abs. 3 OR), in einer Notlage (Art. 21 OR) oder aufgrund begründeter Furcht (Art. 29-30 OR) (BGE 123 III 101 E. 3b S. 108; BGE 129 III 646 E. 3.2 S. 649-650). Über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus ist die Bezahlung nur dann unfreiwillig i.S.d. Art. 63 Abs. 1 OR, "wenn der Leistende unzumutbare Nachteile in Kauf zu nehmen hätte, die er nicht anders als durch die Leistung abwenden kann" (BGE 123 III 101 E. 3b S. 108).

4.3.4.2. Die Parteien sind sich soweit einig, dass die Beklagte letztlich sämtliche Rechnungen der Klägerin beglich (act. 1 Rz. 54; act. 10 Rz. 35, 110). Kein Zweifel kann auch daran bestehen, dass die Beklagte die Zahlungen irrtumsfrei leistete. Übereinstimmend gehen die Parteien auch davon aus, dass die Beklagte von Rechnung Nr. 1... vom 6. November 2013 (act. 3/20 = act. 12/27 = act. 20/66) zunächst nur CHF 30'000.00 beglich. Die Parteien sind sich jedoch uneinig, ob die Beklagte den Restbetrag freiwillig oder unter Druck der Klägerin beglichen habe.

Die Beklagte behauptet in der Widerklagebegründung, sie habe anlässlich der Sitzung vom 2. Dezember 2013 angekündigt, dass sie die Rechnung vom 6. November 2013 vorderhand lediglich im Umfang von CHF 30'000.00 begleichen werde, da das Honorarvolumen in keinem Verhältnis zu den bisher gelieferten Ergebnissen stehe. Die Beklagte sei insbesondere nicht damit einverstanden gewesen, dass die Kosten des Know-How-Transfers nach dem Ausscheiden von S._____ der Beklagten überbunden worden seien. Auch die übermässige Prä-

senz der Klägerin an der Sitzung vom 25. Oktober 2013 habe die Beklagte nicht akzeptiert. Sie habe auch Anstoss genommen, dass nebst stattlichen Honoraren auch noch vernachlässigbare Kleinspesen in Rechnung gestellt worden seien. Schliesslich habe die Beklagte auch noch die Aufwendungen von N._____ für die Erstellung des unbrauchbaren Projektplans moniert. [...] F._____ habe daraufhin nur gemeint, die Klägerin sei auf die Beklagte als Kundin nicht angewiesen und würde die Leistungen sofort einstellen, wenn sich die Beklagte erdreisten sollte, einen Rechnungsbetrag in Frage zu stellen. Er lasse mit sich über die Rechnungen der Klägerin nicht diskutieren (act. 10 Rz. 59). Die Beklagte habe der Klägerin die Kürzung am 16. Dezember 2013 [per E-Mail] angekündigt. Die Klägerin habe noch am gleichen Tag protestiert und habe die Beklagte am 20. Dezember 2013 ultimatim wissen lassen, dass sie bis zum Eingang der Restzahlung ihre Arbeiten für die Beklagte einstellen werde (act. 10 Rz. 66). Die Beklagte habe mit E-Mail vom 20. Dezember 2013 entsprechend erobost auf diesen Druckversuch in der kritischen Phase reagiert, habe aber keinen anderen Ausweg gesehen, als den Ausstand umgehend zu begleichen, um das zeitkritische Projekt nicht zu gefährden. Per Anfang 2014 habe alles im Hinblick auf die Halbjahresberichterstattung 2014 Notwendige in die Wege geleitet sein müssen. Zudem habe es sich bei dem MIS [Management Information System] um das zentrale Führungsinstrument der B._____ -Gruppe gehandelt. Falls die Finanzinformationen nicht zur Verfügung ständen, könne die Unternehmensgruppe nicht wirkungsvoll gesteuert werden. Die Beklagte sei daher auf die Unterstützungsleistungen der Klägerin angewiesen gewesen, obwohl diese mangelhaft und überteuert gewesen seien. Diese Notlage habe die Klägerin, und dort insbesondere ihr Verwaltungsratspräsident F._____, schamlos ausgenutzt (act. 10 Rz. 69).

Die Klägerin behauptet in der Widerklageantwort, die Beklagte habe ohne Angabe von Gründen die Zahlung für die Rechnung vom 6. November 2013 um CHF 10'651.15 gekürzt. Auch an der Besprechung vom 2. Dezember 2013 seien die Gründe für den ungerechtfertigten Abzug durch O._____ und U._____ nicht erläutert worden. Diese hätten sich auf den Standpunkt gestellt, dass dies noch im Verantwortungsbereich von J._____ gelegen hätte. Dies ergebe sich auch aus der E-Mail von O._____ an N._____ vom 17. Dezember 2013, worin O._____

mitgeteilt habe, dass alle Rechnungen mit Datum vor dem 11. November 2013 im Verantwortungsbereich von J._____ lägen und daher mit J._____ besprochen werden sollten. In ihrer E-Mail [vom 17. Dezember 2013] habe N._____ zudem zu Recht darauf hingewiesen, dass sich üblicherweise derjenige, der eine Rechnungskürzung wünsche, melde oder seine Fragen dazu stelle, und dass F._____ trotzdem von sich aus versucht habe, J._____ zu erreichen, leider aber erfolglos (act. 19 Rz. 177 Abs. 1). Die behaupteten Äusserungen von F._____, die Klägerin sei auf die Beklagte als Kunde nicht angewiesen, und zur angeblichen Drohung mit Einstellung der Leistungen seien falsch und bestritten (act. 19 Rz. 183). Die später nachgeschobenen Begründungen (angebliche "Überpräsenzen" etc.) seien nachträglich konstruiert und sachlich nicht gerechtfertigt gewesen. Dass die Klägerin auf die Bezahlung ihrer Rechnungen beharrt habe, sei selbstverständlich und für jeden redlichen Vertragspartner auch nachvollziehbar (act. 19 Rz. 194). In der E-Mail von O._____ an N._____ vom 16. Dezember 2013 sei keine Kürzung der Rechnung vom 6. November 2013 angekündigt worden. Vielmehr habe O._____ N._____ ohne jede Begründung mitgeteilt, dass die Beklagte CHF 30'000.00 überwiesen habe. Die Reaktion von N._____ darauf habe die Sach- und Rechtslage korrekt wiedergegeben. Erst auf die E-Mail von N._____ hin habe O._____ erläutert, weshalb nur eine Zahlung von CHF 30'000.00 ausgelöst worden sei (act. 19 Rz. 195). Dass die Klägerin den Zahlungsverzug der Beklagten nicht mit Gratisarbeit habe honorieren wollen und die Beklagte daher mit E-Mail vom 20. Dezember 2013 abgemahnt habe, sei selbstverständlich, entspreche geltendem Recht (Art. 82 OR) und bedürfe unter professionellen Vertragspartnern keiner weiteren Kommentierung oder gar Rechtfertigung (act. 19 Rz. 196). Von einer "Drohung" könne keine Rede sein (act. 19 Rz. 197).

In der Widerklagereplik behauptet die Beklagte, es sei unzutreffend, dass die Beklagte die Kürzung der Rechnung [in der Sitzung vom 2. Dezember 2013] nicht begründet habe. [...] O._____ habe sich lediglich geäußert, dass er nicht befugt sei, den Ausstand freizugeben. Falls die Klägerin auf der Restzahlung bestehe, läge es an ihr, mit J._____ die Situation zu klären (act. 23 Rz. 130).

In der Widerklageduplik hält die Klägerin an ihrer Darstellung fest (act. 32 Rz. 173).

4.3.4.3. Aus der E-Mail von N._____ an die Beklagte vom 17. Dezember 2013, worauf die Beklagte zu Recht verweist (act. 23 Rz. 131), ergibt sich, dass F._____ die Beendigung der Zusammenarbeit bei ausbleibender Zahlung an der Sitzung vom 2. Dezember 2013 thematisierte (act. 12/43 S. 3). Aus der E-Mail von J._____ an F._____, einschliesslich der weitergeleiteten vorangehenden Nachrichten, ergibt sich, dass die Beklagte den ausstehenden Betrag erst vor dem Eindruck der Nichtfortführung der Arbeiten durch die Klägerin am 20. Dezember 2013 überwies (act. 12/32). Unbestritten geblieben ist die Bedeutung der Weiterführung der Arbeiten bei der Beklagten.

Unter den gegebenen Umständen, insbesondere dem kurz bevorstehenden Jahreswechsel und dem engen Terminplan der Beklagten, ist nachvollziehbar, dass diese die Zahlung des Restbetrags aus der Rechnung Nr. 1... vom 6. November 2013 der Klägerin leistete, obwohl sie mit den Positionen nicht einverstanden war. Damit ist die Bezahlung der in der genannten Rechnung enthaltenen CHF 6'071.00 für internen Know-How-Transfer bei der Klägerin unfreiwillig i.S.d. Art. 63 Abs. 1 OR zu betrachten. Hingegen ist der von der Klägerin verrechnete Aufwand für Rechnungsstellung im Umfang von CHF 184.63 nicht in der genannten Rechnung enthalten. Diese Zahlung erfolgte freiwillig und irrtumsfrei.

4.3.5. Zwischenergebnis

Die Beklagte hat Anspruch auf Bezahlung von CHF 6'071.00 durch die Klägerin (objektiv nicht gerechtfertigter Aufwand für internen Know-How-Transfer bei der Klägerin) aufgrund von Art. 63 Abs. 1 OR.

4.4. Minderung um CHF 29'897.79 für das Umstellungsprojekt

4.4.1. Anspruchsgrundlage

Ist das Werk mangelhaft, jedoch nicht unbrauchbar (Art. 368 Abs. 1 OR), kann der Besteller nach Art. 368 Abs. 2 OR entweder die Minderung oder die Nachbesse-

zung verlangen. Wählt der Besteller die Minderung und hat den Werklohn bereits geleistet, kann er den zu viel überwiesenen Betrag zurückfordern, wobei der Unternehmer diesen vom Zeitpunkt des Empfangs verzinsen muss (BGE 116 II 305 E. 7 S. 315). Der Anspruch ist vertraglicher Natur, was die Anwendung von Bereicherungsrecht ausschliesst (GAUCH, a.a.O., N 1618).

4.4.2. Werk

4.4.2.1. Der Unternehmer schuldet dem Besteller die Herstellung eines Werks (Art. 363 OR). An den Werkbegriff knüpft auch die Mängelhaftung an. Mangelhaft kann nur das geschuldete Werk sein (vgl. Art. 368 Abs. 1 OR). Als Werk kommt dabei nicht nur ein vollkommen neu hergestellter Gegenstand in Frage (ZINDEL/PULVER/SCHOTT, in: Basler Kommentar OR I, a.a.O., N. 3 zu Art. 363 OR), sondern etwa auch das Aufstellen eines Krans (BGE 111 II 170 E. 2 S. 171), eine Reparatur (BGE 111 II 170 E. 2 S. 171; BGE 113 II 421 E. 1 S. 421) und ähnliche erfolgsbezogene Leistungen. Das konkret geschuldete Werk bestimmt sich nach der Vereinbarung der Parteien. So bildet bei einer Reparatur dieser Gegenstand der vertraglichen Leistungspflicht. Der zu reparierende Gegenstand ist dagegen als vom Besteller gelieferter Stoff i.S.d. Art. 365 Abs. 2 OR zu qualifizieren (BGE 113 II 421 E. 2a S. 422).

4.4.2.2. Die Hintergründe des sog. Umstellungsprojekts sind zwischen den Parteien im Wesentlichen unbestritten: Anfang Februar 2013 führte die Gruppe der Beklagten eine neue Organisationsstruktur ein und passte dabei auch ihre juristische Struktur an (act. 10 Rz. 23). Die Anzahl der Profit Centers wurde reduziert. Schliesslich sollte eine nach IFRS-Rechnungslegungsstandard vorgeschriebene konsolidierte Segmentberichterstattung ermöglicht werden (act. 10 Rz. 24). Die Klägerin hat diese Darstellung der Beklagten nicht bestritten (act. 19 Rz. 86, 87).

In der Folge verpflichtete sich die Klägerin zur Anpassung der Parametrisierungslösung an die neue Konzernstruktur der Beklagten (Ziffer 2.3.5 oben).

Darüber hinaus behauptet die Beklagte, das Umstellungsprojekt habe nicht nur die Anpassung der Konzernberichterstattung an die neue Konzernstruktur bein-

haltet, sondern einen wesentlich weiteren Umfang gehabt (act. 10 Rz. 102). Verschiedene Strukturen in der Konsolidierungssoftware SAP FC seien neu aufzusetzen gewesen, wobei die folgenden Teilprojekte im Zentrum gestanden hätten: Implementierung einer Schnittstelle vom SAP-Quellsystem zur SAP-Konsolidierungssoftware für die Erstellung der Finanzberichte; Definition und Umsetzung der neuen Berichtseinheiten im MIS (Management Information System); Umsetzung der neuen Organisationsstruktur in die Finanzberichterstattung; Ermöglichung einer konsolidierten Segmentberichterstattung (act. 10 Rz. 33).

Die Klägerin behauptet dagegen, das Projekt habe sich auf die Anpassung der Konzernberichterstattung an die neue Konzernstruktur beschränkt (act. 1 Rz. 47; act. 19 Rz. 258). Die Ausführungen der Anpassungs- und Erweiterungsarbeiten, mit denen die Beklagte die Klägerin gemäss Engagement Letter vom 25./26. Juni 2013 beauftragt habe, hätten alle den Bereich Konzernberichterstattung betroffen (act. 19 Rz. 259).

4.4.2.3. Die Bestreitungen der Klägerin gehen an der Sache vorbei. Unbestritten ist, dass der Engagement Letter vom 25./26. Juni 2013 die vertragliche Grundlage zur Durchführung des Umstellungsprojektes bildete, nachdem die Parteien sich nicht auf eine neue schriftliche Vereinbarung geeinigt hatten. Hingegen behauptete die Beklagte nicht, der Umfang des sog. Umstellungsprojekts finde sich im Engagement Letter vom 25./26. Juni 2013 festgehalten. Die dort aufgeführten Arbeiten betrafen denn auch in erster Linie Arbeiten im Zusammenhang mit der Änderungen des IFRS-Konzernrechnungslegungsstandards und nicht mit von der Beklagten gewünschten neuen Funktionen. Im Herbst 2013 waren diese Arbeiten bereits abgeschlossen (Ziffer 2.3.4 oben). Das sog. Umstellungsprojekt erstreckte sich über den in der Engagement Letter vom 25./26. Juni 2013 festgehaltenen Rahmen hinaus. Die Vereinbarung erfolgte formlos.

Die Vereinbarung über das sog. Umstellungsprojekt umfasste damit Änderungen an der bereits existierenden Konsolidierungslösung bei der Beklagten. In der vorliegenden Konstellation besteht zwar die Besonderheit, dass die Klägerin bereits für die ursprüngliche Konsolidierungslösung verantwortlich zeichnete. Dennoch handelt es sich um zwei unterschiedliche Projekte, richtete sich doch die Imple-

mentierung der Parametrisierungslösung nach dem Implementierungsvertrag vom 6./8. Dezember 2011, die Anpassungsarbeiten dagegen nach dem Engagement Letter vom 25./26. Juni 2013 bzw. formlosen Vereinbarungen der Parteien. Hinsichtlich der konkreten Arbeiten ist auf die Darstellung der Beklagten abzustellen. Demnach umfassten diese die Implementierung einer Schnittstelle vom SAP-Quellsystem zur Konsolidierungslösung, die Definition und Umsetzung neuer Berichtseinheiten im MIS (Management Information System), die Umsetzung der neuen Organisationsstruktur in die Finanzberichterstattung sowie die Einrichtung einer konsolidierten Segmentberichterstattung.

4.4.3. Ablieferung

4.4.3.1. Die Haftung aus Werkmangel setzt die Ablieferung des Werks voraus (BGE 111 II 170 E. 2 S. 171). Erst dann kann ein Mangel vorliegen, da bis vorher das Werk auch nach Ansicht des Unternehmers noch als unvollendet gilt (BGE 117 II 259 E. 2a S. 263). Die Mängelrechte sind auch bei vorzeitiger Vertragsauflösung analog anwendbar (BGE 116 II 450 E. 2b/aa S. 452-453; BGE 130 III 362 E. 4.2 S. 366; GAUCH, a.a.O., N 2434; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, in: Basler Kommentar OR I, a.a.O., N. 14 zu Art. 377 OR). Dies setzt jedoch voraus, dass die Vertragsbeendigung lediglich für die Zukunft (*ex nunc*) wirkt (BGE 116 II 450 E. 2a/aa S. 452; GAUCH, a.a.O., N 2432). Der Besteller kann nach Art. 366 OR, Art. 375 OR oder Art. 377 OR den Werkvertrag vorzeitig auflösen.

Art. 366 OR regelt zum einen den Fall der absehbaren verspäteten Vollendung, zum anderen der absehbaren Mangelhaftigkeit oder Vertragswidrigkeit des Werks. Beide Rücktrittsgründe verlangen eine Nachfristansetzung. Für die absehbare Schlechtleistung ergibt sich dies direkt aus Art. 366 Abs. 2 OR. Für die drohende Spätleistung ist allgemein anerkannt, dass Art. 366 Abs. 1 OR ein Anwendungsfall von Art. 107 OR bildet (BGE 115 II 50 E. 2a S. 55; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, in: Basler Kommentar OR I, a.a.O., N. 13 zu Art. 366 OR m.w.H.). Nach Beginn der Ausführungsarbeiten durch den Unternehmer steht es dem Besteller frei, den Vertrag *ex nunc* aufzulösen und das begonnene Werk gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit zu beanspruchen (BGE 116 II 450 E. 2a/aa S. 452).

Nach Art. 375 Abs. 1 OR kann der Besteller vom Vertrag zurücktreten, wenn der Unternehmer den verabredeten ungefähren Ansatz ohne Zutun des Bestellers unverhältnismässig überschreitet. Dem Besteller ist auch bei beweglichen Sachen ein Auflösungsrecht *ex nunc* zuzugestehen, wie es Art. 375 Abs. 2 OR für Bauten auf Grund und Boden des Bestellers vorsieht (GAUCH, a.a.O., N 994).

Schliesslich hat der Besteller nach Art. 377 OR das Recht, den Vertrag "gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit" aufzulösen. Entgegen dem Gesetzeswortlaut handelt es sich technisch um eine Kündigung mit Wirkung *ex nunc* (BGE 117 II 273 E. 4a S. 276; BGE 129 III 738 E. 7.3 S. 748; BGE 130 III 362 E. 4.2 S. 365-366; GAUCH, a.a.O., N. 528).

4.4.3.2. Die Beklagte schlug der Klägerin mit E-Mail vom 11. November 2013 ein Kostendach von CHF 45'000.00 für die beiden Teilprojekte Schnittstelle und MIS-Berichtstruktur vor (act. 10 Rz. 48; act. 19 Rz. 155; act. 12/35). Die Klägerin erklärte sich in der E-Mail vom 11. November 2013 mit dem Kostendach nicht einverstanden (act. 10 Rz. 49; act. 19 Rz. 156; act. 12/36). Auf das von der Beklagten neu vorgeschlagene Kostendach von CHF 60'000.00 für ab dem 11. November 2013 aufgelaufene Kosten (act. 12/37) reagierte die Klägerin mit Telefon vom 18. November 2013 und mit E-Mail vom 20. November 2013, womit sie der Beklagten mitteilte, das Kostendach sei nicht nachvollziehbar (act. 10 Rz. 52; act. 19 Rz. 162; act. 3/16).

Mit E-Mail vom 25. November 2013 stellte die Beklagte der Klägerin eine mit Terminen unterlegte Taskliste zu (act. 10 Rz. 54; act. 19 Rz. 165; act. 12/38). Zudem stellte die Beklagte der Klägerin mit E-Mail vom 26. November 2013 Unterlagen zu (act. 10 Rz. 55; act. 19 Rz. 165; act. 12/39). Die Klägerin antwortete der Beklagten mit Schreiben vom 26. November 2013 auf die Taskliste und schlug eine Besprechung am 2. Dezember 2013 vor (act. 10 Rz. 55; act. 19 Rz. 166; act. 12/40). Mit E-Mail vom 28. November 2013 teilte die Beklagte der Klägerin mit, es sei ihr wichtig, nun an den definierten Tätigkeiten zu arbeiten (act. 10 Rz. 56; act. 19 Rz. 170-171; act. 12/41). Am 2. Dezember 2013 fand eine Sitzung in den Geschäftsräumen der Klägerin statt, an welcher U._____, O._____,

F._____ und V._____ teilnahmen; N._____ war an einer Teilnahme verhindert (act. 10 Rz. 57-58; act. 19 Rz. 171, 174).

Mit E-Mail vom 9. Dezember 2013 forderte die Beklagte die Klägerin auf, verschiedene Arbeiten in den Bereichen Schnittstelle und MIS-Berichtstruktur bis zum 17. Dezember 2013 zu erledigen (act. 10 Rz. 62; act. 19 Rz. 187; act. 12/47). Die dafür notwendigen Eingabeberichte sandte die Beklagte der Klägerin mit E-Mail vom 11. Dezember 2013 (act. 12/48). Nachdem die Klägerin mit E-Mail vom 13. Dezember 2013 (act. 3/18) verschiedene Punkte in diesen Eingabeberichten bemängelt hatte, stellte ihr die Beklagte mit E-Mail vom 16. Dezember 2013 (act. 12/49) angepasste Eingabeberichte zu (act. 10 Rz. 62; act. 19 Rz. 187). Nach Verstreichen des Termins vom 17. Dezember 2013 setzte die Beklagte der Klägerin telefonisch einen neuen Termin bis zum 30. Dezember 2013 (act. 10 Rz. 63; act. 19 Rz. 189).

Mit E-Mail vom 29. Dezember 2013 an O._____ bat N._____ die Beklagte um Bescheid, inwieweit Arbeiten zu den offenen Punkten erforderlich seien, um diese im Januar/Februar 2015 einplanen zu können (act. 1 Rz. 55; act. 10 Rz. 111; act. 3/19). Am 30. Dezember 2013 führte O._____ ein Telefongespräch mit N._____ (act. 10 Rz. 111; act. 19 Rz. 270). Bezüglich dessen Inhalts behauptet die Klägerin, O._____ habe N._____ nur eine Frage zum Umgang mit einigen neuen Features gestellt, auf welche sich die E-Mail vom 29. Dezember 2013 (act. 3/19) auch bezogen hatte (act. 19 Rz. 270). Die Beklagte, welche die Tatsache, dass auf die E-Mail vom 29. Dezember 2013 ein Telefongespräch stattfand, zuerst in den Prozess eingeführt hat (act. 10 Rz. 111), bestreitet die Darstellung dessen Inhalts durch die Klägerin nicht (act. 23 Rz. 169), womit auch dieser als anerkannt gilt.

Unbestritten geblieben ist weiter die Behauptung der Klägerin, O._____ habe N._____ im Januar 2014 am Telefon wissen lassen, er werde sich zu gegebener Zeit wieder melden, um die offenen Punkte zu besprechen bzw. der Klägerin gegebenenfalls die entsprechenden Aufträge zu erteilen (act. 1 Rz. 56; act. 10 Rz. 111). Anlässlich eines weiteren Telefongesprächs erfuhr N._____ von O._____, dass die Beklagte für die weiteren Anpassungs- und Erweiterungsarbei-

ten an der Parametrisierungslösung ab Januar 2014 die C._____ AG beauftragt hatte (act. 1 Rz. 57-58; act. 10 Rz. 112; act. 19 Rz. 272).

Zu den Terminen vom 17. Dezember 2013 und vom 30. Dezember 2013 behauptet die Klägerin, diese seien von der Beklagten einseitig gesetzt worden (act. 19 Rz. 187, 189). Die Beklagte behauptet dagegen, die Klägerin habe sich zu den Terminen bekannt. N._____ habe sich am 20. Dezember [recte:] 2013 bereit erklärt, die in Auftrag gegebenen Arbeiten über die Feiertage fortzuführen (act. 23 Rz. 136).

Die Beklagte behauptet, von den am 9. Dezember 2013 beauftragten fünf Tätigkeiten habe die Klägerin lediglich deren zwei, nämlich die Erstellung der MIS-Berichtseingabeberichte und die Anlegung der Reporting-IDs, erledigt. Die übrigen Tätigkeiten (Testen des Datalinks, Anlegung der Konsolidierungskreise und Abbildung der MIS-Struktur) habe die Beklagte selbst übernehmen müssen (act. 10 Rz. 64). Von den in der Taskliste vom 26. November 2013 bis Ende 2013 terminierten und der Klägerin zugewiesenen Tätigkeiten habe die Klägerin somit die meisten nicht erfüllt bzw. der Beklagten zur Ausführung überlassen (act. 10 Rz. 65). Dabei habe es sich nicht um Mengearbeiten, sondern um konzeptionelle oder durch den nicht-dynamischen Aufbau der Konsolidierungslösung bedingte Anpassungen gehandelt (act. 23 Rz. 135).

Die Klägerin behauptet, bei den Tätigkeiten gemäss E-Mail vom 9. Dezember 2013 habe es sich grösstenteils um sogenannte "Mengearbeiten" gehandelt, welche sowohl gemäss Protokoll der Sitzung vom 25. Oktober 2013 als auch gemäss Entwurf des Tätigkeits- und Zeitplans der Klägerin vom 5. November 2013 durch Mitarbeitende der Beklagten zu erbringen gewesen wären (act. 19 Rz. 189). Die Taskliste vom 26. November 2013 sei zwischen den Parteien nicht vereinbart gewesen, sondern von der Beklagten einseitig und ohne Berücksichtigung des bereits drei Wochen zuvor von der Klägerin entworfenen Tätigkeits- und Zeitplans vom 5. November 2013 erstellt worden (act. 19 Rz. 191).

4.4.3.3. Die Darstellung der Parteien stimmt weitgehend überein. Hinsichtlich der von der Klägerin zu übernehmenden Tätigkeiten vertritt die Klägerin zusammen-

gefasst den Standpunkt, sie habe sich nicht bereit erklärt, diese zu übernehmen oder diese seien der Beklagten zugewiesen gewesen. Die Beklagte ist dagegen der Meinung, die Klägerin hätte diese erledigen sollen. Auch die Beklagte stellt indessen auf die von ihr gesetzten Termine und Tätigkeiten ab. Eine verbindliche Einigung zwischen den Parteien vermag auch sie nicht zu darzulegen.

Keine der Parteien behauptet, es sei zu einer Ablieferung gekommen. Die Beklagte nahm im Jahre 2014 keine weiteren Leistungen der Klägerin in Anspruch, erklärte allerdings erst im Mai 2014 sinngemäss, auf die Weiterführung der Arbeiten durch die Klägerin zu verzichten. Für die direkte Anwendbarkeit der Mängelhaftung nach Art. 368 OR fehlt es damit an der Ablieferung (Art. 367 Abs. 1 OR). Die Beklagte trat indessen auf irgend eine Weise vom Werkvertrag zurück, weshalb zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung gegeben sind.

Die E-Mail der Beklagten vom 17. Dezember 2013 könnte eine Nachfristansetzung i.S.d. Art. 366, 107 Abs. 1 OR begründen. Die Beklagte erklärte nach Verstreichen der Frist jedoch nicht den Rücktritt vom Vertrag, sondern erstreckte die Frist bis 30. Dezember 2013. Angesichts des Umstands, dass die Klägerin erst am 16. Dezember 2013 die passenden Eingabeberichte erhielt, ist zudem fraglich, ob die Nachfrist von angemessener Dauer gewesen wäre. Bei der E-Mail vom 17. Dezember 2013 dürfte es sich deshalb höchstens um eine Mahnung handeln. Für einen Rücktritt nach Art. 366 OR fehlt es damit an der Einhaltung der Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 1 OR durch die Beklagte.

Eine Vereinbarung über ein Kostendach kam trotz Drängens der Beklagten nicht zustande. Die Anwendung von Art. 375 OR scheidet deshalb am fehlenden Kostenvoranschlag. Die von der Beklagten geltend gemachte (act. 10 Rz. 16-18; act. 23 Rz. 85-93) und von der Klägerin bestrittene (act. 19 Rz. 69-80; act. 32 Rz. 134-145) Kostenüberschreitung bezieht sich auf den Implementierungsvertrag vom 6./8. Dezember 2011. Im Übrigen ist zu bemerken, dass die Parteien schon in Ziffer 8.2 des Implementierungsvertrags vom 6./8. Dezember 2011 ein Rücktrittsrecht der Beklagten aufgrund von Art. 375 OR ausgeschlossen hatten (act. 3/2 S. 9).

Indem die Beklagte kein besonderen Erklärungen gegenüber der Klägerin abgab, sondern sich bei der Klägerin einfach nicht mehr meldete, trat sie stillschweigend nach Art. 377 OR zurück.

Die genaue Grundlage des Rücktritts ist für die Entscheidung des vorliegenden Streites über Minderungsansprüche jedoch von zweitrangiger Bedeutung. Wesentlich ist vielmehr, dass die Beklagte nicht beabsichtigte, auf die bisher durch die Klägerin ausgeführten Arbeiten zu verzichten. Damit erfolgte eine Auflösung des Vertrags jedenfalls lediglich mit Wirkung für die Zukunft. Der Beklagten stehen im Gegenzug die Rechte aus analoger Anwendung des Mängelrechts zu, insbesondere auch die Geltendmachung des Minderungsrechts.

4.4.4. Mangel

4.4.4.1. Grundsatz

Mangel i.S.d. Artt. 367/368 OR ist "die Abweichung von der vertraglich geforderten Beschaffenheit des Werks" (ZINDEL/PULVER/SCHOTT, in: Basler Kommentar OR I, a.a.O., N. 9 zu Art. 368 OR).

4.4.4.2. Prüfung im Einzelnen

Die Beklagte bemängelt die fehlende Entwicklungs- und Testumgebung, die fehlende Lösung für die Segmentberichtserstattung sowie die Implementierung der Schnittstelle zwischen dem SAP-Quellsystem und der Konsolidierungssoftware.

4.4.4.2.1. Entwicklungs- und Testumgebung

Hinsichtlich der Entwicklungs- und Testumgebung sind sich die Parteien einig, dass die Klägerin erst im Jahre 2013 eine Testumgebung, jedoch keine Entwicklungsumgebung bei der Beklagten einrichtete. Ansonsten erfolgten die Entwicklung und die Tests auf der eigenen IT-Umgebung der Klägerin (act. 10 Rz. 75; act. 19 Rz. 219). Die Tests bei der Beklagten erfolgten jeweils durch Nachfahren der alten Jahresrechnung in der Parametrisierungslösung bei der Beklagten (act. 19 Rz. 219; act. 23 Rz. 42).

Die Beklagte behauptet, dieses Vorgehen führe dazu, dass Änderungen des Kunden in der Produktivumgebung nicht in die Entwicklungs- und Testumgebung übernommen würden und Anpassungen in der Entwicklungs- und Testumgebung manuell in die Produktivumgebung übernommen werden müssten (act. 10 Rz. 75; act. 23 Rz. 41). Die Testmethode der Klägerin sei riskant, fehleranfällig und unnötig aufwändig (act. 23 Rz. 42, 147). Im schlimmsten Fall könnten durch das Nachfahren der alten Jahresrechnung in der Parametrisierungslösung die historischen Finanzdaten vernichtet werden (act. 23 Rz. 42).

Die Klägerin behauptet, die Tests bei der Beklagten seien jeweils effizient und risikofrei durch sogenanntes Nachfahren der alten Jahresrechnung in der Parametrisierungslösung erfolgt (act. 19 Rz. 219; act. 32 Rz. 115, 182). Die Bereitstellung einer Entwicklungs-/Testumgebung habe nichts mit der Parametrisierungslösung zu tun, sondern hänge einzig mit der Anzahl von Datenbanken, welche der Kunde wünsche, zusammen (act. 32 Rz. 111). Die Änderung von Rechnungslegungsvorschriften bzw. gesetzlichen Vorschriften nehme die Klägerin in ihrer eigenen Standard-Parametrisierungslösung vor. Nur auf speziellen Auftrag der Kunden würden diese Anpassungen jeweils auch in den Kundenapplikationen nachgepflegt (act. 32 Rz. 113). Individuelle Anpassungen von Kundenapplikationen würden in der Entwicklungsumgebung des Kunden vorgenommen, sofern der Kunde dies wünsche (act. 32 Rz. 114).

Die Darstellung der Parteien weicht in tatsächlicher Hinsicht nicht voneinander ab, jedoch divergiert die Einschätzung der angewandten Vorgehensweise der Klägerin von jener der Beklagten. Die Klägerin setzt auf die in ihrem Haus entwickelte standardisierte Parametrisierungslösung, welche sie bereits getestet ausliefert, ähnlich wie dies beim Update eines Betriebssystems oder einer Standardanwendung beim Endnutzer erfolgt. Die Beklagte stellt sich dagegen eine stärker individualisierte Lösung vor, welche entsprechend nicht direkt in ein produktives System eingespielt werden kann, sondern zuerst in einem separaten System entwickelt, aufgesetzt und getestet werden muss. Die Parteien folgen dabei einem unterschiedlichen Ansatz, woraus sich auch deren entgegengesetzte Bewertung ergibt. Welcher der beiden Ansätze ein Entwickler oder Anwender bevorzugt, ist

eine Wertungsfrage. Jedenfalls lässt sich nicht sagen, die eine oder die andere Lösung stelle einen objektiv völlig ungeeigneten Ansatz dar.

Dazu kommt, dass die Frage, ob ein Entwicklungs- oder Testsystem beim Endnutzer eingerichtet wird, in erster Linie eine Frage der Vorgehensweise darstellt. Die Erstellung einer Individuallösung direkt in einem produktiven System wäre demnach wohl als grobfahrlässig zu qualifizieren. Einen Werkmangel würde sie indessen nicht darstellen, solange die Lösung am Ende die geforderten Spezifikationen erfüllen würde und funktionsfähig wäre. Die unsorgfältige Vorgehensweise führt einzig zu einer Haftung nach Art. 364 Abs. 1 OR. Einen durch die Vorgehensweise der Klägerin entstandenen Schaden macht die Beklagte nicht geltend.

Die fehlende Entwicklungs- und Testumgebung bei der Beklagten stellt demnach keinen Mangel dar.

4.4.4.2.2. Rollup-Funktion

Hinsichtlich der Segmentberichtserstattung ist zwischen den Parteien streitig, ob die Parametrisierungslösung über eine (Reporting-Unit-)Rollup-Funktion verfüge.

Die Beklagte behauptet, die Klägerin sei nicht "in der Lage [gewesen], Lösungsvorschläge für die Implementierung der Hierarchiestruktur für die Segmentberichtserstattung in SAP FC zu implementieren" (act. 10 Rz. 75). Sie habe nie verstanden, wie die Segmentberichterstattung in SAP FC zu implementieren sei (act. 23 Rz. 148). Mit der (Reporting-Unit-)Rollup-Funktion von SAP FC könne die Hierarchie aus drei Konzernebenen einfach abgebildet werden. Sämtliche für die Konsolidierung gebotenen Eliminierungen innerhalb der Berichtseinheit und innerhalb des zu konsolidierenden Konzerns würden automatisch vorgenommen und erlaubten eine isolierte Ansicht der Bilanz und der Erfolgsrechnung auf jeder Hierarchiestufe der Berichterstattung (act. 23 Rz. 16). In der Parametrisierungslösung sei die Anwendung des Reporting-Unit-Rollups nicht vorgesehen. Die einzelnen Berichtseinheiten würden einfach aufsummiert, anstatt sie in logische Hierarchieebenen zu gliedern. Dadurch werde die Bildung von Zwischenebenen extrem erschwert, weil die Rechenregeln und Bewegungen für die Konsolidierung für

jede einzelne Berichtsebene in jedem Konto separat erfasst werden müssten. Dies bringe zeitintensive und fehleranfällige Anpassungen an der Parametrisierung mit sich (act. 23 Rz. 17, 27).

Die Klägerin bestreitet die Darstellung der Beklagten (act. 19 Rz. 220). Sie behauptet, die Reporting-Unit-Rollup-Rule sei bereits in den Grundeinstellungen von SAP FC enthalten und damit auch in der Parametrisierungslösung vorhanden, welche sie entsprechend nutze (act. 32 Rz. 29, 33, 34). Auf den unterschiedlichen Hierarchiestufen könnten die entsprechenden Eliminierungen von konzerninternen Beziehungen durchgeführt und angezeigt werden (act. 19 Rz. 30). Die Klägerin habe im Rahmen der Umstrukturierung des Konzerns der Beklagten die Ergänzungen im Zusammenhang mit der Anlage einer zusätzlichen Hierarchiestufe eingepflegt und die Fragen der Beklagten zu diesem Thema im Laufe des Dezembers 2013 vollumfänglich beantwortet (act. 32 Rz. 31). Die Reporting-Unit-Rule habe bei der Auslieferung der Parametrisierungslösung wunschgemäss funktioniert, und von den damaligen Mitarbeitenden der Beklagten seien keine weiteren Nachfragen gestellt worden (act. 32 Rz. 32, 60). Die einzelnen Berichtsebenen würden, bei richtiger Auswahl der Berichte, nicht einfach aufsummiert, sondern entsprechend der gewählten Hierarchiestufen mit Ausweis der entsprechenden Eliminierungen von konzerninternen Beziehungen ausgewiesen (act. 32 Rz. 35). Es existiere lediglich eine Reporting-Unit-Rollup-Regel, welche in der Parametrisierungslösung und im Starter-Kit identisch und in der Funktionsweise völlig flexibel sei, weshalb weder Rechenregeln noch Bewegungen für die Konsolidierung für jede einzelne Berichtsebene in jedem Konto separat erfasst würden. Einzig bezüglich der in die Reporting-Unit-Rollup-Regel eingezogenen Audit-IDs sei in SAP FC eine individuelle Auswahl möglich, wobei in der an die Beklagte ausgelieferten Parametrisierungslösung alle Audit-IDs einbezogen seien, im SAP Starter Kit dagegen nur diejenigen aus der Schuldenkonsolidierung und Aufwands- und Ertragskonsolidierung (act. 32 Rz. 36). Die Beklagte habe die neue Hierarchie im Übrigen selbst angelegt, wobei die Klägerin der Beklagten weiter geholfen habe (act. 32 Rz. 61). Sollten die von der Beklagten behaupteten Anwendungsprobleme tatsächlich bestehen, was bestritten sei, so dürfte es sich um einen Bedienungsfehler der Beklagten handeln bzw. an der mangelhaften Schu-

lung und/oder den mangelhaften betriebswirtschaftlichen Kenntnisse der Mitarbeiter der Beklagten liegen (act. 32 Rz. 62-64).

Die Darstellungen der Parteien widersprechen sich diametral. Nach der Klägerin nutze die Parametrisierungslösung die Reporting-Unit-Rollup-Rule, nach der Darstellung der Beklagten sei diese in der Parametrisierungslösung nicht vorhanden. Die Klägerin beruft sich dabei auf Auszüge aus der Parametrisierungslösung und dem SAP FC Starter Kit zum Thema Reporting-Unit-Rollup (act. 33/96), eine E-Mail von N._____ an die Beklagte vom 10. Dezember 2013 (act. 33/97), einen Auszug aus dem Anwenderhandbuch Standardauswertungen v10.0 (der Klägerin; act. 33/98), einen Auszug aus der Online-Hilfe SAP FC zu Hierarchien in Berichten (act. 33/99), F._____ und N._____ als Zeugen sowie ein Gutachten (act. 32 Rz. 33). Die Beklagte beruft sich auf einen Auszug aus dem SAP BusinessObjects Financial Consolidation User Guide (act. 12/53) sowie je ein Gutachten über die Funktionen des Rollup in SAP FC und die Unzulänglichkeiten der Parametrisierungslösung (act. 23 Rz. 16-17). Der E-Mail vom 10. Dezember 2013 lässt sich entnehmen, dass offenbar im Dimension-Builder die Eigenschaft unter Reporting-Unit nicht als Hierarchie freigeschaltet war, weshalb die Gesellschaften nicht als Hierarchie dargestellt wurden (act. 33/97). Aus dem Auszug aus dem Anwenderhandbuch der Klägerin ergibt sich, dass die Auswertungen nach Ebenen vorgesehen waren (act. 33/98 S. 17). Die übrigen vorhandenen Urkunden betreffen SAP FC bzw. das Starter Kit und vermögen deshalb das Vorhandensein oder Fehlen der Reporting-Unit-Rollup-Rule in der Parametrisierungslösung gerade nicht zu belegen.

Die Beweislast für diese Tatsache trifft die Beklagte, welche aus dem Fehlen einer Reporting-Unit-Rollup-Rule einen Minderungsanspruch ableitet. Es kann jedoch dahingestellt bleiben, ob dieser Beweis durch die beantragten Gutachten erbracht werden kann, weil er letztlich nicht entscheidungserheblich ist. Wie noch zu zeigen sein wird (Ziffer 4.4.5.3 unten), fehlt es jedenfalls an einer ordentlichen Mängelrüge der Beklagten für die geltend gemachten Mängel.

Was die Ausführungen zum Account-Rollup (act. 23 Rz. 18-27) betrifft, so bildeten die Arbeiten daran nicht Gegenstand des Umstellungsprojekts, denn letzteres be-

traf lediglich die Anpassung der Segmentberichtserstattung (act. 10 Rz. 75; act. 23 Rz. 27).

4.4.4.2.3. Schnittstelle

Hinsichtlich der Schnittstelle zwischen dem SAP-Quellsystem und der Parametrierungslösung gehen die Darstellungen der Parteien auseinander.

Die Beklagte behauptet, die Data-Link-Schnittstelle, welche eine Standardfunktion in SAP FC darstelle, sei so aufgesetzt gewesen, dass der Datentransfer von der Datenbank in die Finanzberichte "viel händische Arbeit" erfordert und nicht den Automatisierungsgrad aufgewiesen habe, den die Beklagte habe erwarten dürfen (act. 10 Rz. 75). Die Klägerin habe lediglich ein Makro geschrieben, um das Zahlenformat aus dem SAP-Quellsystem in das Zahlenformat von SAP FC zu überführen sowie den Data Link so eingerichtet, um die Monatszahlen aus dem SAP-Quellsystem bis zum relevanten Bilanzstichtag aufzusummieren (year-to-date), sei jedoch nicht imstande gewesen, den Data Link final zu konfigurieren und eine automatisierte Übertragung der Schnittstellendefinitionen in SAP FC einzurichten. Nach den Vorgaben der Klägerin hätte zudem jede einzelne Definition nochmals in den Data Link abgetippt werden müssen, denn sie habe nicht über das Wissen verfügt, die Informationen automatisch aus der Excel-Arbeitsdatei zu übernehmen. Die Schnittstelle sei zudem extrem schwerfällig gewesen, weil die Klägerin jedes Konto des Quellsystems individuell einem Konto in SAP FC zugeordnet und es nicht verstanden habe, dynamische Bereiche zu definieren (act. 23 Rz. 149). Die Definition von Bereichen, welche sich gleich verhaltende Konten und Bewegungen in Gruppen zusammenfassen, würde eine schlanke, intelligente und dynamische Implementierung der Data-Link-Schnittstelle ermöglichen und echten Mehrwert schaffen (act. 23 Rz. 150).

Die Klägerin behauptet, die Beklagte hätte mit der Beschreibung im Anwenderhandbuch "Schnittstelle v10.0" (act. 20/85) die Schnittstelle selber aufbauen können (act. 19 Rz. 221). Sie habe die Schnittstelle basierend auf dem Protokoll vom 15. November 2013 (act. 20/86) aufgebaut. Die Arbeiten seien vereinbarungsgemäss abgeschlossen worden. Mit E-Mail vom 21. November 2013 (act. 20/87)

sowie mit Schreiben vom 26. November 2013 (act. 12/40) habe die Klägerin die Beklagte darauf hingewiesen, dass ihre Vorgaben zum Thema Schnittstelle teilweise ungeeignet gewesen seien (act. 19 Rz. 223). Beim Aufbau einer Schnittstelle handle es sich vor allem um Mengenarbeiten. Deshalb sei vereinbarungsgemäss O._____ am 25. November 2013 im Umgang mit dem Data-Link geschult worden. Im Übrigen bestätige die Beklagte in der E-Mail vom 9. Dezember 2013 (act. 33/106), dass sie die Schnittstelle definiert habe (act. 32 Rz. 185). Die Klägerin habe ihre Arbeiten gemäss Auftrag der Beklagten im Zusammenhang mit dem Aufbau der Schnittstelle DataLink vollumfänglich geleistet. Die von der Beklagten gemachten Beanstandungen müsse sie sich selbst zuschreiben, da sie die Schnittstelle selbst definiert habe (act. 32 Rz. 186).

Die Darstellungen der Parteien sind nur schwer vereinbar. Immerhin ergibt sich folgendes: Die Beklagte definierte die Anforderungen an die Schnittstelle selber. Nach der E-Mail vom 21. November 2013 und dem Schreiben vom 26. November 2013 riet die Klägerin der Beklagten davon ab, einzelne Bewegungsdaten in der Schnittstelle zusammenzufassen, anstatt lediglich die Year-To-Date-Werte zu übernehmen.

Die Beklagte stört sich jedoch an der Art und Weise, wie die Schnittstelle definiert werden muss, nämlich durch individuelle Zuordnung eines Kontos in SAP FC zu jedem Konto im Quellsystem. Nach Meinung der Beklagten sollen sich gleich verhaltende Konten und Bewegungen in Gruppen zusammengefasst werden. Dazu gehen die Bestreitungen der Klägerin, welche auf die Definition der Anforderungen durch die Beklagte verweist, an der Sache vorbei. Die Klägerin zeigt nicht auf, inwiefern eine Gruppierung undurchführbar wäre.

Aus der E-Mail vom 9. November 2015 ergibt sich, dass die Klägerin über keine Bestätigung der Beklagten verfügt, mit welcher diese die Schnittstelle genehmigt (act. 33/105). Allerdings trifft die Beweislast für die mangelhafte Umsetzung der Schnittstelle die Beklagte, welche daraus einen Minderungsanspruch ableitet. Diese beantragt dazu je ein Gutachten zu den Mängeln der durch die Klägerin implementierten Anpassungen der Parametrisierung von SAP FC und dem Vorgehen bei der Einrichtung des Data Link sowie die Einvernahme von O._____ als

Zeuge (act. 23 Rz. 149, 150). Letztlich ist jedoch auch diese umstrittene Tatsache nicht entscheidungserheblich, denn jedenfalls fehlt es an einer ordentlichen Mängelrüge. Die E-Mail vom 9. November 2015 bestätigt dies (act. 33/105), stellt allerdings faktisch lediglich eine Parteibehauptung dar.

4.4.4.3. Zwischenergebnis

Zusammengefasst ergibt sich, dass die fehlende Entwicklungs- und Testumgebung keinen Mangel der Umsetzung des Umstellungsprojekts darstellt, während die Mangelhaftigkeit der Segmentberichtserstattung und der Implementierung der Schnittstelle streitig ist, der Verfahrensausgang jedoch letztlich nicht von diesem Beweis abhängt.

Die übrigen Ausführungen der Beklagten zur behaupteten Mangelhaftigkeit der klägerischen Arbeit betreffen nicht das Umstellungsprojekt, sondern die ursprünglich aufgesetzte Konsolidierungslösung:

Die Beklagte bemängelt die fehlende Logik bei der Datenerfassung, die optische Hervorhebung und die Anordnung der Konten und Kontengruppen sowie die fehlende Verlinkung der Bilanz mit dem Spiegel in der klägerischen Konsolidierungslösung (act. 10 Rz. 92; act. 23 Rz. 10-14). Die Klägerin bestreitet die fehlende Logik (act. 19 Rz. 243; act. 32 Rz. 7-9). Im Übrigen könne die optische Darstellung der Kontengruppen angepasst werden (act. 32 Rz. 10-12), entspreche die Anordnung der Konten und Kontengruppen dem IFRS-Standard (act. 32 Rz. 13-19) und sei die Verlinkung nicht grundsätzlich sinnvoll (act. 32 Rz. 20-25). Über die Anordnung von Bedienungselementen und die Gestaltung von Oberflächen gehen die Meinungen auseinander. Welche Lösung die besser ist, stellt eine nicht justiziable Wertungsfrage dar, wenn die Parteien keine konkrete Vereinbarung getroffen haben.

Die Beklagte bemängelt die Implementierung des Account-Rollup in der klägerischen Konsolidierungslösung (act. 23 Rz. 18-26). Dieser behauptete Mangel bezieht sich jedoch auf die Konsolidierungslösung als solche, nicht auf das Umstellungsprojekt. Die Beklagte spielt denn auch ausdrücklich auf allfällige künftige Er-

gänzungen des Kontentrahmens an (act. 23 Rz. 26). Im Übrigen bestreitet die Klägerin die Darstellung der Beklagten wie bereits beim Reporting-Unit-Rollup (act. 32 Rz. 37-58).

Die Beklagte bemängelt den fehlenden dynamischen Aufbau der klägerischen Konsolidierungslösung (act. 10 Rz. 92; act. 23 Rz. 28-30). Die Klägerin erwidert, sie nutze den dynamischen Aufbau, jedoch nur dort, wo dies auch sinnvoll sei (act. 19 Rz. 244; act. 32 Rz. 66). Sie legt dar, dass aufgrund der im Vergleich zum SAP FC Starter Kit umfassenderen Lösung nur noch wenige Konten gleichlaufenden Bewegungen folgen würden, weshalb sie auf eine Gruppenbildung komplett verzichtet habe (act. 32 Rz. 68-70, 74). Die klägerische Konsolidierungslösung beruhe deshalb auf einer spezifischen Kontengruppierung bzw. verzichte auf die Gruppierung von Bilanzkonten (act. 32 Rz. 72, 75). Welchem Ansatz der Vorzug zu geben ist, ob also eine grössere Gruppierung oder eine einzelne Freischaltung von Konten sinnvoller ist, dürfte ebenfalls eine Ermessensfrage sein, welche nicht justiziabel ist, wenn sich die Parteien nicht präzise auf einen bestimmten Ansatz geeinigt haben.

Die Beklagte bemängelt, dass die klägerische Konsolidierungslösung nicht auf dem SAP FC Starter Kit beruhe (act. 23 Rz. 31-39). Sie bestreitet nicht, dass ihre Konsolidierungslösung einen eigenständigen Ansatz verfolgt, hält in ihren Ausführungen jedoch daran fest, dass dieser zweckmässiger sei (act. 32 Rz. 77-108). Auch hier bildete es eine Ermessensfrage, welchen Ansatz eine Fachperson für geeigneter hält.

Im Rahmen der Minderung des Entgelts für das Umstellungsprojekt kann sich die Beklagte nicht erfolgreich auf Mängel der vorbestehenden Parametrisierungslösung berufen, auch wenn diese ebenfalls von der Klägerin stammt. Die Arbeiten unter dem Implementierungsvertrag vom 6./8. Dezember 2011 hat die Klägerin bereits im Jahre 2012 abgeschlossen (act. 1 Rz. 42, 76; act. 10 Rz. 97). Allfällige Mängel hätte die Beklagte damals rügen müssen, was jedoch unterblieben ist (act. 32 Rz. 17). Es ist nicht möglich, die Rechte aus einem Vertrag abzuleiten, die Mängel aber dem Gegenstand eines anderen Vertrages zu entnehmen. Hinsichtlich der behaupteten Mängel der Konsolidierungslösung ist auch zu beden-

ken, dass diese damals von der Beklagten in diesem Zustand abgenommen wurde (act. 32 Rz. 17, 27).

4.4.5. Mängelrüge

4.4.5.1. Den Besteller trifft eine Untersuchungs- und Rügeobliegenheit hinsichtlich Mängeln des Werks innerhalb angemessener Frist (Art. 367 Abs. 1 OR). Unterlässt er dies, vermutet das Gesetz unwiderlegbar die stillschweigende Genehmigung des Werks (Art. 370 Abs. 2 OR). Später zu Tage tretende Mängel muss der Besteller sofort nach der Entdeckung rügen (Art. 370 Abs. 3 OR).

4.4.5.2. Die Klägerin weist darauf hin, die Beklagte habe keinen der nun erhobenen Vorwürfe (fehlende Entwicklungs- und Testumgebung, fehlende Lösung für die Segmentberichtserstattung sowie schlechte Implementierung der Schnittstelle zwischen dem SAP-Quellsystem und der Konsolidierungssoftware) gegenüber der Klägerin erhoben, als diese noch mit den Anpassungs- und Erweiterungsarbeiten an der Parametrisierungslösung beauftragt gewesen sei (act. 19 Rz. 224). Die Beklagte behauptet nicht das Gegenteil (act. 23 Rz. 151). Damit hat sie die diesbezügliche Darstellung anerkannt.

Die Beklagte macht auch nicht in anderem Zusammenhang geltend, die nun konkret behaupteten Mängel gerügt zu haben. Im Jahre 2014 beschränkten sich die Kontakte zwischen der Klägerin und der Beklagten vielmehr auf ein Minimum, wobei es die Beklagte vermied, sich zum Umstellungsprojekt zu äussern (Ziffer 4.4.3.2 oben).

Sollte es sich um Mängel handeln, welche die Beklagte nicht von sich aus entdecken konnte, so hätte sie spätestens beim Beizug der C. _____ AG im Jahre 2014 von diesen Kenntnis erhalten müssen. Es wäre dann ihr obliegen, die Mängel sofort zu rügen. Dies ist jedoch nicht erfolgt.

4.4.5.3. Die Beklagte hat die Mängel nicht gerügt. Ihre Darstellung in der Widerklagebegründung ist verspätet. Demnach gilt das Werk nach Art. 370 Abs. 2 OR als genehmigt. Ein Minderungsanspruch besteht nicht. Abgesehen davon unter-

liess es die Beklagte, den von ihr geltend gemachten Minderungsanspruch rechtsgenügend zu substantiieren (vgl. dazu Ziffer 4.4.6 unten).

4.4.6. Minderungsbetrag

4.4.6.1. Der Besteller kann einen Abzug nur im Umfang des Minderwerts des Werks machen (Art. 368 Abs. 2 OR). Die Berechnung des Minderungsbetrages erfolgt nach der sog. relativen Berechnungsmethode (BGE 116 II 305 E. 4a S. 313; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, in: Basler Kommentar OR I, a.a.O., N. 43 zu Art. 368 OR). Der Wert des mangelhaften Werkes berechnet sich dabei ausgehend von der vereinbarten Vergütung, welche nach dem Verhältnis des mangelhaften zum mängelfreien objektiven Wert des Werks zu kürzen ist (GAUCH, a.a.O., N 1664; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, in: Basler Kommentar OR I, a.a.O., N. 43 zu Art. 368 OR).

4.4.6.2. Die Beklagte beziffert den Minderungsanspruch auf 25 % des nach den geltend gemachten Honorarabzügen verbleibenden Betrages (CHF 119'591.17), entsprechend auf CHF 29'897.79 (act. 10 Rz. 79). Der Betrag ist deutlich höher als die von der Beklagten versuchte Kürzung der Rechnung vom 6. November 2013 um gut CHF 10'000.00 (act. 10 Rz. 59). Die Klägerin bestreitet den Betrag (act. 19 Rz. 227). Darauf hält die Beklagte lediglich an ihrer Bezifferung fest (act. 23 Rz. 151), ebenso die Klägerin an ihrer Bestreitung (act. 32 Rz. 187).

4.4.6.3. Da der Minderungsbetrag streitig ist, wäre er von der Beklagten darzulegen und zu beweisen. Die Beklagte legt weder die einzelnen Faktoren der Berechnung der Minderung nach der relativen Methode dar, noch aus welchen Positionen sie diese Faktoren berechnet haben will. Eine solch pauschale Behauptung ist nicht dem Beweis zugänglich. Spätestens in der Widerklagereplik wäre sie gehalten gewesen, den Betrag nachträglich zu substantiieren, nachdem sie wusste, dass die Klägerin diesen nicht anerkennt. Der Minderungsanspruch ist auch aus diesem Grund nicht ausgewiesen.

4.4.7. Hilfsweise Beurteilung nach Auftragsrecht

4.4.7.1. Der Vollständigkeit halber ist noch die Frage eines Anspruchs nach Auftragsrecht zu prüfen. Das Auftragsrecht enthält keine Bestimmung über die Minderung des Honorars des Beauftragten. Im Gegensatz zum Kauf-, Miet- und Werkvertrag ist der Auftrag grundsätzlich unentgeltlich, und eine Vergütung ist lediglich geschuldet, "wenn sie verabredet oder üblich ist" (Art. 394 Abs. 3 OR). Der Beauftragte ist jedoch bei unsorgfältiger Ausführung des Auftrags haftbar (Artt. 398 Abs. 2, 402 Abs. 2 OR). Dabei kann der Auftraggeber einen Schadenersatzanspruch unter Umständen mit der Honorarschuld verrechnen (HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl. 2010, S. 336). Das Ergebnis ist zwar einem Minderungsanspruch ähnlich, doch unterscheiden sich die Anspruchsvoraussetzungen, hat der Auftraggeber doch einen Schaden nachzuweisen und muss eine Verrechnungslage sowie -erklärung vorliegen. Die Rechtsprechung ist deshalb darüber hinausgehend davon ausgegangen, dass beim entgeltlichen Auftrag ein Honoraranspruch entfällt, wenn sich die Leistung des Beauftragten als unbrauchbar erweist (BGE 110 II 375 E. 2 S. 379; BGE 117 II 563 E. 2a S. 567). Der Beauftragte hat auch keinen Anspruch auf Verwendungsersatz nach Art. 402 Abs. 1 OR (BGE 110 II 283 E. 3a S. 285-286). Ist die Leistung dagegen bloss mangelhaft, hat der Beauftragte einen (reduzierten) Honoraranspruch (BGE 124 III 423 E. 4a S. 427). Trotz fehlender gesetzlicher Regelung geht die Rechtsprechung in Analogie zum Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht von der vertraglichen Natur dieses Minderungsanspruchs aus (Urteil des Bundesgerichts 4A_89/2012 vom 17. Juli 2012 E. 3.2.3).

4.4.7.2. Auch bei der Anwendung von Auftragsrecht wäre der Minderungsanspruch zu substantiieren. Bezüglich der fehlenden Substantiierung des Anspruchs wird auf die vorstehenden Ausführungen (Ziffer 4.4.6.2 oben) verwiesen. Fraglich ist, ob sich die Analogie zur Minderung für das Auftragsrecht auch auf die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit erstreckt, jedenfalls wenn (wie vorliegend) dem Auftrag ein Erfolgselement innewohnt. Im Übrigen hat der Beauftragte nicht für einen bestimmten Erfolg einzustehen, sondern nur für eine sorgfältige Ausführung. Die Darstellung der Beklagten (Ziffer 4.4.4.2 oben) vermag eine Sorgfaltspflicht-

verletzung noch nicht zu begründen, handelt es sich doch weitgehend um Ermessensfragen.

4.4.7.3. Die Qualifizierung als Auftrag würde somit nichts daran ändern, dass ein Minderungsanspruch nicht ausgewiesen ist.

4.4.8. Zwischenergebnis

Die Beklagte hat keinen Anspruch auf Bezahlung von CHF 29'897.79 durch die Klägerin aufgrund von Art. 368 Abs. 2 OR oder aus einem analogen Minderungsanspruch im Auftragsrecht.

4.5. Untergang der Ansprüche durch Neuerung

4.5.1. Neuerung als Erlöschensgrund

Es ist belegt und im Übrigen auch unbestritten, dass sowohl der Implementierungsvertrag vom 6./8. Dezember 2011 als auch die drei Engagement Letters vom 25./26. Juni 2013 eine Regelung enthalten, wonach ohne schriftliche Mitteilung des Auftraggebers innerhalb der jeweiligen Zahlungsfrist die von der Klägerin in Rechnung gestellten Lieferungen und Leistungen sowie die abgerechneten Beträge als vom Auftraggeber genehmigt gelten (act. 19 Rz. 101; act. 23 Rz. 107; act. 3/2 Ziffer 8.4 Abs. 3 S. 10; act. 3/12 Ziffer 4 Abs. 6 S. 4; act. 20/50 Ziffer 4 Abs. 9 S. 4 ; act. 20/70 Ziffer 4 Abs. 7 S. 4).

Die Klägerin ist deshalb der Ansicht, die Beklagte habe sämtliche Rechnungen durch Bezahlung unwiderruflich genehmigt (act. 19 Rz. 101, 115, 116, 129, 133, 137, 161, 179, 202, 269, 318-319). Demgegenüber ist die Beklagte der Ansicht, die Genehmigungsfiktion führe nicht zu einer Änderung der materiellen Rechtslage zu Lasten der Beklagten, sondern lediglich zu einer Umkehr der Beweislast, so dass nicht die Klägerin die vertragskonforme Leistung, sondern die Beklagte die Nicht- oder Schlechtleistung zu beweisen habe (act. 23 Rz. 107, 116, 195-197).

Damit ist zu prüfen, ob die Gegenforderungen der Beklagten untergegangen sind, weil die ursprünglichen Forderungen durch Neuerung erloschen sind. Die Tilgung

einer Forderung durch Neuerung führt auch zum Untergang der Einreden und Einwendungen (BGE 105 II 273 E. 3a S. 277).

4.5.2. Vertragliche Einigung

4.5.2.1. Die Neuerung erfolgt durch Verfügungsvertrag (INGEBORG SCHWENZER, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2016, N 80.01 und 80.03; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., N 3143 und 3148). Schweigen auf ein Angebot stellt nur eine Annahme dar, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist (Art. 6 OR). Einem blossen Schweigen kommt damit nur ausnahmsweise ein rechtsgeschäftlicher Erklärungsgehalt zu. Bekanntestes Beispiel ist das kaufmännische Bestätigungsschreiben mit konstitutiver Wirkung (PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, N 1164 m.w.H.). Das Schweigen auf Zusendung von Rechnungen (ERNST A. KRAMER/BRUNO SCHMIDLIN, in: Berner Kommentar, Band VI/1/1, Bern 1986, N 121 zu Art. 6 OR) oder Abrechnungen (BGE 88 II 81 E. 3c S. 89) stellt demgegenüber keine Genehmigung dar. In der Praxis insbesondere bei Bankverträgen anzutreffen und zulässig ist hingegen die vertragliche Vereinbarung einer Genehmigungsfiktion, wenn der Kunde einem Kontoauszug nicht innerhalb einer bestimmten Frist beanstandet (Urteil des Bundesgerichts 4A_42/2015 vom 9. November 2015 E. 5.2; BGE 127 III 147 E. 2d S. 151; DANIEL GUGGENHEIM, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 4. Aufl. 2000, S. 482). Diese führt zu einer stillschweigenden Novation nach Art. 117 Abs. 2 OR.

4.5.2.2. Die Parteien haben vertraglich vereinbart, dass die Rechnungen der Klägerin als genehmigt gelten, wenn die Beklagte diesen nicht innerhalb der Zahlungsfrist widerspricht (Ziffer 4.5.1 oben). Diese Vereinbarung ist zulässig und führt grundsätzlich zu einer Neuerung auch ohne ausdrückliche rechtsgeschäftliche Erklärung der Beklagten.

Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe sämtliche Rechnungen der Klägerin einschliesslich der letzten Rechnungen für die laufenden Dienstleistungen der Klägerin für die Monate Oktober, November und Dezember 2013 vollumfänglich

und vorbehaltlos bezahlt (act. 1 Rz. 54). Die Beklagte behauptet dagegen, sie habe die Rechnung vom 6. November 2013 lediglich unter Anwendung erheblichen Druckes durch die Klägerin bezahlt (act. 10 Rz. 110). Die Klägerin bestreitet dies (act. 19 Rz. 268).

4.5.2.3. Es ist bereits erstellt worden, dass die Bezahlung der Rechnung vom 6. November 2013 (act. 3/20 = act. 12/27 = act. 20/66) nicht freiwillig erfolgt ist (Ziffer 4.3.4.3 oben). Selbst wenn Freiwilligkeit i.S.d. Art. 63 Abs. 1 OR anzunehmen wäre, könnte angesichts der Auseinandersetzung der Parteien über diese Rechnung jedenfalls nicht von einer stillschweigenden Genehmigung ausgegangen werden.

Fraglich ist jedoch die Einhaltung der dafür vereinbarten Schriftform. Nach eigener Darstellung der Beklagten habe sie an der Sitzung vom 2. Dezember 2013 die Kürzung der Rechnung vom 6. November 2013 angekündigt (act. 10 Rz. 59). O._____ habe N._____ mit E-Mail vom 16. Dezember 2013 die Kürzung angekündigt (act. 10 Rz. 66). Die entsprechende Nachricht beinhaltet jedoch lediglich die Mitteilung, dass die Zahlung von CHF 30'000.00 an jenem Tag freigegeben worden sei und in den nächsten Tagen dem Bankkonto der Klägerin gutgeschrieben werde (act. 12/43 S. 4). Eine Beanstandung stellt dies nicht dar. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob eine Beanstandung per E-Mail der gewillkürten Form genügt, obwohl sie lediglich in Textform abgefasst ist und die Anforderungen an die Schriftlichkeit nach Artt. 16 Abs. 1, 14 Abs. 1 und 2bis OR nicht erfüllt, da sie weder die eigenhändige Unterschrift enthält noch elektronisch signiert ist. Zudem wäre selbst dann, wenn in der E-Mail vom 16. Dezember 2013 eine formgültige Erklärung gesehen würde, diese verspätet, da die Zahlungs- und Beanstandungsfrist der Rechnung vom 6. November 2013 bereits abgelaufen war.

Zwischen den Parteien ist damit eine gültige vertragliche Vereinbarung zustande gekommen.

4.5.3. Bestand einer Forderung

4.5.3.1. Eine Neuerung setzt nach herrschender Meinung den Bestand der zu novierenden Forderung voraus (BGE 104 II 190 E. 3a S. 196; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., N 3142; GUGGENHEIM, a.a.O., S. 482-483). Die Neuerung einer nicht existenten Forderung ist nichtig (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., N 3142). Die Anerkennung des Saldos führt deshalb nur, aber immerhin zu einer Beweislastumkehr (BGE 100 III 79 E. 6 S. 85-86; BGE 104 II 190 E. 3a S. 196; BGE 127 III 147 E. 2b S. 150). Die neue Forderung beruht dabei auf einem Schuldanerkenntnis (BGE 104 II 190 E. 3a S. 196). Auch dieses ist indessen nur gültig, wenn die anerkannte Schuld tatsächlich bestanden hat (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N 1181; BGE 96 II 25 E. 1 S. 26). Mithin führt auch das abstrakte Schuldanerkenntnis wiederum nur zu einer Beweislastumkehr (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N 1183). Die Minderheitsmeinung verneint zwar die Voraussetzung des Bestehens einer Schuld, räumt der aus der neuen Forderung verpflichteten Person jedoch einen Bereicherungsanspruch auf Herausgabe der neuen Forderung ein (SCHWENZER, a.a.O., N 80.03; differenzierend ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, a.a.O., S. 183).

Die Neuerung führt zum Untergang der mit der alten Forderung verbundenen Nebenrechte (Art. 114 Abs. 1 OR). Kein Nebenrecht i.S.d. Art. 114 Abs. 1 OR stellt das Minderungsrecht dar. Dieses ergibt sich nicht aus dem Vergütungsanspruch, sondern aus dem Schuldverhältnis als Ganzem. Folglich befasst sich Art. 114 Abs. 1 OR damit nicht (VIKTOR AEPLI, in: Zürcher Kommentar, 1991, Teilband V 1h, N. 26 zu Art. 114 OR). Verhielte es sich anders, so würde der Besteller seine Gewährleistungsrechte verlieren, sobald der Werklohnanspruch durch Erfüllung untergegangen ist.

4.5.3.2. Für objektiv nicht gerechtfertigten Aufwand hat die Klägerin keinen Honoraranspruch (Ziffer 4.3.3.1 oben). Soweit die Schuldanerkenntnisse auf (nachweislich) nicht bestehenden, jedoch in Rechnung gestellten Forderungen beruhen, sind sie nicht gültig. Dies betrifft die Ansprüche der Klägerin, welche diese auf den Aufwand für internen Know-How-Transfer in Rechnung gestellt hat (Ziffer 4.3.5 oben). Dasselbe würde im Übrigen auch für die Abgeltung von Leistun-

gen, welche bereits vom Hotline-Vertrag erfasst sind, gelten, doch ist insoweit der Anspruch der Klägerin begründet (Ziffer 4.2.3.3 oben).

Die Neuerung führt nicht zum Untergang des Minderungsrechts der Beklagten. Die Minderungsansprüche würden demnach weiter bestehen, sind jedoch mangels rechtzeitiger Rüge (Ziffer 4.4.5.3 oben) und mangelnder Begründetheit bzw. Substantiiertheit (Ziffer 4.4.6.3 oben) nicht ausgewiesen.

4.5.3.3. In dem Umfang, in welchem keine alte Forderung bestanden hat, ist auch keine neue Forderung durch Novation entstanden. Im Übrigen bleiben die Minderungsrechte der Beklagten auch bei einem Untergang des Vergütungsanspruchs durch Neuerung, Erfüllung oder einen anderen Erlöschensgrund bestehen.

4.5.4. Novierungswille

Lediglich der Vollständigkeit halber festzuhalten ist, dass die Neuerung auch eines Novierungswillens (*animus novandi*) bedarf (GONZENBACH, in: Basler Kommentar, a.a.O., N. 6 zu Art. 116 OR; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., N 3144).

4.5.5. Zwischenergebnis

Soweit die Forderungen der Beklagten bestehen, sind diese nicht durch Neuerung untergegangen.

4.6. Umfang des Anspruchs

4.6.1. Die bereicherte Person muss die Bereicherung im vollen Umfang herausgeben (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N 1516). Insbesondere hat der Bereicherungsgläubiger auch Anspruch auf Bereicherungszins (BGE 84 II 179 E. 4 S. 186; BGE 116 II 689 E. 3b/bb S. 692). Seine Höhe entspricht dem Zins, welcher die bereicherte Person aus dem Betrag gezogen hat (BGE 84 II 179 E. 4 S. 186).

Die Anhebung der Widerklage steht einer Mahnung i.S.d. Art. 102 Abs. 1 OR gleich. Befindet sich die Schuldnerin einer Geldforderung in Verzug, so hat sie Verzugszinse zu 5 % pro Jahr zu bezahlen (Art. 104 Abs. 1 OR).

4.6.2. Nach unbestritten gebliebener Darstellung der Beklagten erfolgte die letzte Zahlung an die Klägerin am 13. Februar 2014 (act. 10 Rz. 149; act. 19 Rz. 318-321). Die Zinsforderung seit dem 13. Februar 2014 ist deshalb begründet.

Die Höhe des Zinssatzes veranschlagt die Beklagte im Rechtsbegehren auf 5 % pro Jahr. Diese ist ebenfalls unbestritten geblieben (vgl. act. 19 Rz. 321). Im Zahlungsverzug gilt sodann der gesetzliche Zinssatz von Art. 104 Abs. 1 OR.

4.6.3. Der Beklagten ist antragsgemäss Zins zu 5 % ab dem 13. Februar 2014 zuzusprechen.

4.7. Ergebnis

Auf Widerklage ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten CHF 6'071.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 13. Februar 2014 zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist die Widerklage abzuweisen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Kostenstreitwert

Bei einer bezifferten Klage bestimmt das Rechtsbegehren den Streitwert, wobei Zinsen und Verfahrenskosten nicht hinzugerechnet werden (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Die Streitwerte von Klage und Widerklage werden zur Bestimmung des Kostenstreitwerts zusammengerechnet, sofern sich diese nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Vorliegend ist die Beurteilung der Widerklage unabhängig von der Beurteilung der Klage. Die Klagen schliessen sich nicht aus. Die Streitwerte sind deshalb zusammenzurechnen. Die Klage hat einen Streitwert von CHF 740'000.00, die Widerklage einen solchen von CHF 63'531.17. Der Kostenstreitwert beträgt somit CHF 803'531.17.

5.2. Gerichtskosten

5.2.1. Höhe

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1

GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Das Gericht kann die Grundgebühr unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls ermässigen oder erhöhen (§§ 2 Abs. 1 lit. c und d, 4 Abs. 2 GebV OG).

Bei einem Streitwert von CHF 803'531.17 beträgt die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte Grundgebühr CHF 26'820.62. Der Aufwand für die Bearbeitung des Falls und die Schwierigkeit des Falls rechtfertigen die Erhöhung der Grundgebühr um einen Drittel (vgl. § 4 Abs. 2 GebV OG). Die Gerichtsgebühr ist deshalb auf CHF 36'000.00 festzusetzen.

5.2.2. Verteilung

Die Verteilung der Gerichtskosten erfolgt nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Klägerin obsiegt im Umfang der Gutheissung der Hauptklage und der Abweisung der Widerklage, insgesamt somit CHF 467'460.17. Im Restbetrag unterliegt sie. Die Beklagte obsiegt im Umfang der Abweisung der Hauptklage und der Gutheissung der Widerklage, insgesamt somit CHF 336'071.00. Im Restbetrag unterliegt sie. In Bezug auf den Streitwert obsiegt die Klägerin um rund drei Fünftel, die Beklagte um rund zwei Fünftel. Der Klägerin ist deshalb ein Anteil von zwei Fünftel an den Gerichtskosten aufzuerlegen, mithin CHF 14'400.00. Der Beklagten ist ein Anteil von drei Fünftel an den Gerichtskosten aufzuerlegen, mithin CHF 21'600.00.

Die Gerichtskosten sind jeweils mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für die der Gegenpartei auferlegten Kosten ist der Partei das Rückgriffsrecht auf die Gegenpartei einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Die Klägerin hat Kostenvorschüsse von insgesamt CHF 25'600.00, die Beklagte solche von CHF 6'600.00 geleistet. Die Kosten sind aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen zu decken, unabhängig davon, wer sie geleistet hat. Der Klägerin ist im Umfang der Differenz zwischen den der Beklagten auferlegten Kosten und der von dieser geleisteten Kostenvorschüsse, konkret CHF 11'200.00, das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräu-

men. Der verbleibende Fehlbetrag von CHF 3'800.00 ist von der Beklagten nachzufordern.

5.3. Parteientschädigungen

5.3.1. Höhe

Bei berufsmässig vertretenen Parteien richtet sich die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Die Parteientschädigung richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Das Gericht kann die Grundgebühr unter Berücksichtigung der Verantwortung, des notwendigen Zeitaufwands der Vertretung und der Schwierigkeit des Falls ermässigen oder erhöhen (§§ 2 Abs. 1 lit. c, d und e, 4 Abs. 2 AnwGebV). Die so ermittelte ordentliche Gebühr deckt den Aufwand für die Erarbeitung eines Schriftsatzes und die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtschriften wird ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Gebühr berechnet (§ 11 Abs. 2 AnwGebV).

Bei einem Streitwert von CHF 803'531.17 beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr CHF 28'452.97. Die Verantwortung, der notwendige Zeitaufwand der Vertretung und die Schwierigkeit des Falls bewegen sich im üblichen Rahmen. Für den doppelten Schriftenwechsel ist ein Zuschlag von 50 % zu berechnen. Die Anwaltsgebühr ist deshalb auf CHF 42'700.00 festzusetzen.

5.3.2. Verteilung

Die Zusprechung einer Parteientschädigung richtet sich nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Keine Partei obsiegt vollständig. Die Klägerin obsiegt immerhin zu drei Fünftel, die Beklagte lediglich zu zwei Drittel (Ziffer 5.2.2 oben). Entsprechend ist der Klägerin eine auf einen Fünftel reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen, entsprechend CHF 8'540.00. Der

beantragte Mehrwertsteuerzusatz ist nicht zuzusprechen, da die Klägerin selber mehrwertsteuerpflichtig ist und nicht nachgewiesen hat, dass sie die auf das Anwaltshonorar bezahlte Mehrwertsteuer nicht als Vorsteuerabzug geltend machen kann (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 Ziffer 2.1.1 S. 3; abrufbar unter <http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/Mitteilungen/Kreisschreiben/2000-2009/17_05_2006.pdf>).

6. Rechtsmittelstreitwert

Der Rechtsmittelstreitwert berechnet sich nach dem Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG). Bei Beschwerden bestimmt er sich nach den Begehren, die vor der Vorinstanz streitig geblieben sind (Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG), wobei Zinsen, Früchte, Gerichtskosten und Parteientschädigungen, die als Nebenrechte geltend gemacht werden, sowie Vorbehalte und die Kosten der Urteilsveröffentlichung nicht in Betracht fallen (Art. 51 Abs. 3 BGG). Haupt- und Widerklage werden nicht zusammengerechnet (Art. 53 Abs. 1 BGG).

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 410'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % auf CHF 370'000.00 seit dem 11. Juli 2014 und auf CHF 40'000.00 seit dem 3. August 2015 zu bezahlen.
Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Auf Widerklage wird die Klägerin verpflichtet, der Beklagten CHF 6'071.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 13. Februar 2014 zu bezahlen.
Im Mehrbetrag wird die Widerklage abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 36'000.00 festgesetzt.
4. Der Klägerin werden die Kosten im Umfang von zwei Fünftel, der Beklagten im Umfang von drei Fünftel auferlegt und aus den von den Parteien geleiste-

ten Kostenvorschüssen gedeckt, unabhängig davon, wer sie geleistet hat. Der Klägerin wird im Umfang von CHF 11'200.00 das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt. Der Fehlbetrag von CHF 3'800.00 wird von der Beklagten nachgefordert.

5. Der Klägerin wird eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 8'540.00 zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert der Hauptklage beträgt CHF 740'000.00. Der Streitwert der Widerklage beträgt CHF 63'531.17.

Zürich, 19. Januar 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Oberrichter Roland Schmid

Jan Busslinger