

# ZG\_OBERGERICHT Z1 2021 37 vom 24. November 2022

ZG Obergericht, 2022-11-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg\\_obergericht\\_Z1\\_2021\\_37](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_obergericht_Z1_2021_37)

FR: ZG\_OBERGERICHT Z1 2021 37 du 24 novembre 2022

IT: ZG\_OBERGERICHT Z1 2021 37 del 24 novembre 2022

## Regeste

Forderung | einfache Gesellschaft

## Erwägungen

### E. 1

Die zutreffenden Ausführungen des Kantonsgerichts zur Zuständigkeit der Zuger Gerichte sind zu Recht unbestritten geblieben, weshalb ohne Weiteres darauf verwiesen werden kann (vgl. act. 41 E. 1).

### E. 2

Die Beklagte 1 hat gegen die Abweisung ihrer Widerklage weder Berufung noch Anschlussberufung erhoben, womit die Dispositiv-Ziff. 2 des erstinstanzlichen Entscheids in Rechtskraft erwachsen ist und sich diesbezüglich weitere Ausführungen erübrigen.

### E. 3

Bevor auf die einzelnen, von der Klägerin in ihrer Berufung vorgebrachten Rügen eingegangen wird, ist in prozessualer Hinsicht Folgendes festzuhalten:

#### E. 3.1

Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO). Das Berufungsverfahren ist als eigenständiges Verfahren ausgestaltet. Es dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen. Entsprechend ist die Berufung nach Art. 311 Abs. 1 ZPO begründet einzureichen. Dabei muss die Berufungsklägerin aufzeigen, inwiefern und weshalb sie den angefochtenen Entscheid in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht als fehlerhaft erachtet bzw. weshalb (zulässige) Noven oder neue Beweismittel (s. dazu hinten E. 7.1) einen anderen Schluss aufdrängen. Um diesen Anforderungen nachzukommen, genügt es nicht, wenn die Berufungsklägerin lediglich auf ihre Vorbringen vor erster Instanz verweist, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedengibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Vielmehr muss sie im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnen, die sie beanstandet, sich mit ihnen argumentativ auseinandersetzen und die Aktenstücke nennen, auf denen ihre Kritik beruht. Die Begründung muss hinreichend explizit sein, sodass sie von der Berufungsinstanz

Seite 6/25 einfach nachvollzogen werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_72/2021 vom 28. September 2021 E. 7.3.2 m.w.H., insbesondere auf BGE 142 III 413 E. 2.2.2; 138 III 374 E. 4.3.1). Die Begründung ist eine gesetzliche, von Amtes wegen zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung. Lässt die Berufung insgesamt oder

hinsichtlich eines bestimmten Streitpunkts eine (hinreichende) Begründung vermissen, so tritt die Berufungsinstanz darauf nicht ein. Die gerichtliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO entbindet nicht von einer gehörigen Begründung der Rechtsmitteleingabe. Ebenso wenig besteht eine Pflicht des Berufungsgerichts, die Berufung zur Verbesserung zurückzuweisen. Dabei handelt es sich nicht um einen verbesserlichen Mangel im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A\_350/2019 vom 26. Oktober 2020 E. 4.1 und 5A\_342/2020 vom 4. März 2021 E. 3.3, je m.w.H.).

### **E. 3.2**

Die vorliegende Berufung ist – wie die Beklagten zu Recht monieren (act. 47 Rz 13) – nicht in allen Punkten hinreichend begründet, worauf an den entsprechenden Stellen näher einzugehen ist (vgl. insbesondere hinten E. 8.2). Diese Mängel rechtfertigen es indessen nicht, von vornherein auf die gesamte Berufung nicht einzutreten.

### **E. 4**

In der Sache verlangt die Klägerin von den Beklagten 1 und 2 Schadenersatz im Umfang von CHF 30'000.00 nebst Zins. In der Berufung wendet sie sich zum einen gegen die Schlussfolgerung der Vorinstanz, die Beklagte 1 sei nicht Teil der einfachen Gesellschaft gewesen (act. 42 Rz 6-22; vgl. hinten E. 5-7). Zum anderen beanstandet sie auch die Abweisung der Klage gegenüber der Beklagten 2 (act. 42 Rz 23-28; vgl. hinten E. 8).

#### **E. 4.1**

Zur einfachen Gesellschaft gemäss Art. 530 ff. OR ist vorab Folgendes festzuhalten: Gemäss Art. 530 OR ist eine (einfache) Gesellschaft die vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln (Abs. 1). Jeder Gesellschafter ist nach Art. 538 OR verpflichtet, in den Angelegenheiten der Gesellschaft den Fleiss und die Sorgfalt anzuwenden, die er in seinen eigenen anzuwenden pflegt (Abs. 1). Er haftet den übrigen Gesellschaftern für den durch sein Verschulden entstandenen Schaden, ohne dass er damit die Vorteile verrechnen könnte, die er der Gesellschaft in andern Fällen verschafft hat (Abs. 2). Hinsichtlich der Haftung der Gesellschafter gemäss Art. 538 Abs. 2 OR gelten die im Vertragsrecht üblichen Haftungsvoraussetzungen. Nebst einem Verschulden setzt die Haftung voraus, dass der potentiell Haftpflichtige den Gesellschaftsvertrag verletzt hat, den Mitgesellschaftern dadurch ein Schaden entstanden ist und zwischen dem Schaden und der Vertragsverletzung ein adäquater Kausalzusammenhang besteht. Die Beweislast für die Verletzung des Gesellschaftsvertrags, den Schaden und den adäquaten Kausalzusammenhang tragen die Gesellschafter, die einen Mitgesellschafter gestützt auf Art. 538 Abs. 2 OR belangen wollen. Das Verschulden wird gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR vermutet, weshalb der betroffene Mitgesellschafter sich nur von seiner Haftung befreien kann, wenn er beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt (sog. Umkehr der Beweislast). Stellt die Vertragsverletzung zugleich eine unerlaubte Handlung im Sinne von Seite 7/25 Art. 41 OR dar, können die anspruchsberechtigten Mitgesellschafter ihre Forderung auch auf Deliktsrecht stützen (vgl. Fellmann/ Müller, Berner Kommentar, 2006, Art. 538 OR N 16 f. und 81 f.).

#### **E. 4.2**

Die Klägerin behauptet, zwischen den drei Prozessparteien habe eine einfache Gesellschaft bestanden. Gestützt auf diese Behauptung klagt sie die Beklagten 1 und 2 als Gesellschaf-

terinnen der einfachen Gesellschaft persönlich (und nicht die einfache Gesellschaft; act. 1 Rz 2) ein und macht mit ihrer Teilklage einen unmittelbaren Schaden ihres Privatvermögens geltend ("Set-up-Kosten" der gesamten IT-Infrastruktur der R.\_\_\_\_\_ in der Höhe von CHF 24'295.00 [recte: CHF 24'200.95] sowie "Lizenz-Erwerbs- und Aufschaltgebühr + Lizenzgebühr für das erste Jahr" der Q.\_\_\_\_\_ in der Höhe von CHF 30'652.50; vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 3.1; act. 22 S. 2). Da sie ihr Rechtsbegehren mit einem unmittelbaren Schaden begründet und sich ausdrücklich auf diese Schadensposition beschränkt, darf das Gericht – im Unterschied zu einem mit mehreren Schadenspositionen unterlegten und nicht auf eine Schadensposition beschränkten Rechtsbegehren – allfällige weitere Ansprüche der Klägerin nicht beurteilen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_534/2018 vom 17. Januar 2019 E. 5.2 m.w.H.; Bulletti, Häufung von Teilklagen und unbestimmte Rechtsbegehren: Die Röhren kommunizieren, in: ZPO Online, Blog vom 14. November 2019, N 5b und 8). Somit braucht vorliegend ein allfällig entgangener Gewinn der einfachen Gesellschaft – eine mögliche Gesamthandforderung (sog. "Sozialanspruch") – nicht näher geprüft zu werden. Die Prüfung eines Schadenersatzes kann sich vielmehr auf den von der Klägerin geltend gemachten unmittelbaren Schaden beschränken (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_65/2011 vom 1. April 2011 E. 3.3.1; Fellmann/Müller, a.a.O., Art. 530 OR N 625 und 629 f. sowie Art. 538 OR N 8-17, 137-139 und 142; Handschin/Vonzun, Zürcher Kommentar, 4. A. 2009, Art. 538 OR N 13 und 56; Chaix, Commentaire romand, 2. A. 2017, Art. 538 OR N 11; Drenckhan; in: Fischer/Luterbacher [Hrsg.], Haftpflichtkommentar, 2016, Art. 538 OR N 19 f. und 62 f.; Taormina, Innenansprüche in der einfachen Gesellschaft und deren Durchsetzung, 2003, N 218-225; act. 22 S. 5; act. 41 E. 4.3).

## **E. 5**

Hinsichtlich der Beklagten 1 kam die Vorinstanz zum Schluss, dass diese nicht Mitgesellschafterin der zwischen der Klägerin und der Beklagten 2 bestehenden einfachen Gesellschaft sei. Hierzu führte sie zusammengefasst Folgendes aus:

### **E. 5.1**

Das Zustandekommen eines Vertrags bestimme sich – wie sein Inhalt – in erster Linie durch subjektive Auslegung, d.h. nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (natürlicher Konsens). Bei der Ermittlung des wirklichen Willens seien alle Tatsachen und Faktoren zu berücksichtigen, aus denen beweiswürdigend auf die Willenslage bei Abgabe der Vertragserklärung geschlossen werden könne. Wenn der wirkliche Wille unbewiesen bleibe, seien zur Ermittlung des übereinstimmenden mutmasslichen Parteiwillens [im Rahmen der objektivierten Auslegung] die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen hätten verstanden werden dürfen und müssen (normativer Konsens; act. 41 E. 3.3.2).

### **E. 5.2**

Ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag liege nicht vor, weshalb in einem ersten Schritt [im Rahmen der subjektiven Auslegung] zu prüfen sei, ob sich gestützt auf die Wortäusserungen der Teilnehmer an der Sitzung vom 17. Dezember 2015 (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 2)

Seite 8/25 herauskristallisieren lasse, dass die Beklagte 1 ebenfalls einen Beitrag zur einfachen Gesellschaft habe leisten wollen.

### **E. 5.2.1**

Zur Frage, wie es zum Treffen vom 17. Dezember 2015 gekommen sei, habe F. \_\_\_\_\_ an der Parteibefragung ausgeführt, dass er mit der bisherigen Anwaltssoftware "P. \_\_\_\_\_" nicht zufrieden gewesen sei, weshalb er eine kombinierte "Service- und IT-Lösung" gesucht habe, um "P. \_\_\_\_\_" zu ersetzen. Er habe M. \_\_\_\_\_ bereits im Vorfeld zum Treffen vom 17. Dezember 2015 den Vorschlag gemacht, ein solches Produkt auf den Markt zu bringen, was auf grosses Interesse gestossen sei (act. 32 Ziff. 15). L. \_\_\_\_\_ habe zu Protokoll gegeben, dass er als Projektleiter der Beklagten 2 am Treffen vom 17. Dezember 2015 teilgenommen habe. An diesem Treffen sei die Entwicklung einer neuen Anwaltssoftware besprochen worden. Die Beklagte 2 habe bereits über Branchenlösungen für Versicherungen sowie Immobilien- und Treuhandbüros verfügt, weshalb die Idee entstanden sei, diese bereits vorhandenen Lösungen auf die Anwaltsbranche zu erweitern. Mittels einer "Demo" habe er dargelegt, welche Lösungen bereits bestünden und anschliessend sei eruiert worden, wo Lücken vorhanden seien und welche Erweiterungen für die Anwaltsbranche erforderlich seien. Die Beklagte 1 sei nicht aktiv am Projekt der Programmierung der Software beteiligt gewesen. Die Software sei von der Beklagten 1 lediglich gehostet worden, d.h. die Anwaltssoftware sei über den Server der Beklagten 1 gelaufen (act. 32 Ziff. 13 und 23). Die bei der Klägerin angestellte Zeugin J. \_\_\_\_\_ habe zum Treffen vom 17. Dezember 2015 ausgeführt, es sei vereinbart worden, dass die Beklagten die neue Software liefern würden, wobei es für sie schwierig zu sagen sei, welche der Beklagten jeweils was hätte tun müssen. Im Grundsatz sei vereinbart worden, dass die Beklagten für die ganze Programmierung der Software sowie für die Umsetzung der Ideen der Klägerin verantwortlich gewesen seien (act. 33 Ziff. 13 f.). Die finanziellen Beiträge seien am Treffen vom 17. Dezember 2015 nicht bis ins Detail geregelt worden. Es sei lediglich besprochen worden, dass die Software zusammen programmiert und am Schluss vertrieben werden sollte. Es sei einfach vereinbart worden, dass jeder die Leistungen erbringe, die in seinem Kompetenzbereich gelegen hätten. Die Klägerin habe die Ideen und das Grundgerüst, wie es habe aussehen müssen, und die Beklagten hätten die ganze Programmierung "liefern" müssen (act. 33 Ziff. 18 f.). Erst auf explizite Nachfrage des Rechtsvertreters der Klägerin habe J. \_\_\_\_\_ ausgeführt, es sei die Meinung gewesen, dass die "Software mit IT- Infrastruktur/Cloud" aus einer Hand hätte angeboten und vertrieben werden sollen. Sie habe das ganze Projekt als Einheit gesehen (act. 33 Ziff. 48 ff.).

### **E. 5.2.2**

Die vorstehenden Ausführungen zeigten – so die Vorinstanz –, dass anhand der Partei- und Zeugenbefragungen nicht ermittelt werden könne, was L. \_\_\_\_\_, F. \_\_\_\_\_ und J. \_\_\_\_\_ am 17. Dezember 2015 genau besprochen hätten und wie die Rolle der Beklagten 1 zu werten sei. Die Aussagen widersprächen sich, was nicht weiter überrasche, zumal L. \_\_\_\_\_ Organ bei den Beklagten, F. \_\_\_\_\_ Organ bei der Klägerin und J. \_\_\_\_\_ Angestellte bei der Klägerin seien. Bei den Aussagen von J. \_\_\_\_\_ falle jedoch auf, dass die Antworten auf die Fragen der Einzelrichterin viel vager ausgefallen seien als diejenigen auf die Fragen des Rechtsvertreters der Klägerin, was mit der Fragestellung zu tun habe. Von Relevanz sei vorliegend die Aussage von J. \_\_\_\_\_, es sei Seite 9/25 für sie schwierig zu sagen, welche der Beklagten was hätte tun müssen; im Grundsatz sei vereinbart worden, dass die Beklagten für die ganze Programmierung der Software sowie für die Umsetzung der Ideen der Klägerin verantwortlich gewesen seien

(act. 33 Ziff. 13 f.). Diese Aussage mache deutlich, dass an der Besprechung vom 17. Dezember 2015 gerade nicht thematisiert worden sei, ob und inwiefern die Beklagte 1 eine Rolle im gemeinsamen Projekt hätte spielen sollen (act. 41 E. 3.4.1).

### **E. 5.3**

Insgesamt lasse sich somit der wirkliche Wille der Parteien gestützt auf den Wortlaut der Erklärungen nicht ermitteln, weshalb im Folgenden zu prüfen sei, ob aufgrund der Umstände (Entstehungsgeschichte des Treffens vom 17. Dezember 2015, Verhalten nach diesem Treffen etc.) darauf geschlossen werden könne, dass die Beklagte 1 Mitglied der einfachen Gesellschaft geworden sei und zur gemeinsamen Zweckverfolgung einen eigenen Beitrag habe leisten sollen (act. 41 E. 3.4.1).

#### **E. 5.3.1**

Die Klägerin habe geltend gemacht, F.\_\_\_\_\_ habe sich bereits vor dem 17. Dezember 2015 mit M.\_\_\_\_\_ von der Beklagten 1 getroffen, um das gemeinsame IT-Projekt mit Programmierung und Vertrieb einer "Anwaltssoftware mit IT-Serverinfrastruktur" zu besprechen. Zu prüfen sei somit, ob Treffen zwischen F.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_, die vor der Besprechung vom 17. Dezember 2015 stattgefunden hätten, Aufschluss über den wirklichen Willen der Parteien geben könnten. F.\_\_\_\_\_ habe an der Parteibefragung angegeben, er habe M.\_\_\_\_\_ den Vorschlag gemacht, "dass wir etwas auf den Markt bringen, wobei man auf der einen Seite die IT-Struktur und auf der anderen Seite die Software vertreiben könnte", d.h. "alles aus einer Hand kommen sollte". Zudem habe er ausgeführt, M.\_\_\_\_\_ habe gewollt, dass die Software auf seinem Server laufe (act. 32 Ziff. 15 und 31). Demgegenüber habe M.\_\_\_\_\_ ausgeführt, die Beklagte 1 habe lediglich die Software gehostet. In die Entwicklung der Software sei sie nicht involviert gewesen. Der einzige Berührungspunkt der Beklagten 1 mit dem gemeinsamen Projekt der Klägerin und der Beklagten 2 sei gewesen, dass die Klägerin "wild durcheinander" mit der Beklagten 1 und 2 kommuniziert habe (act. 32 Ziff. 46 ff.). Während F.\_\_\_\_\_ – so die Vorinstanz – den Beitrag der Beklagten 1 im Hosting sehe, solle die Beklagte 1 gemäss M.\_\_\_\_\_ keinerlei Funktion im IT-Projekt gehabt haben. Die Aussagen von F.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_ widersprüchen sich somit diametral und hälften vorliegend nicht weiter. Insgesamt könne die Klägerin daher mit dem Hinweis auf frühere Vertragsverhandlungen zwischen F.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_ nichts zu ihren Gunsten ableiten (act. 41 E. 3.4.2).

#### **E. 5.3.2**

Hinsichtlich der Begleitumstände wie Ort und Zeit der Verhandlungen sei zu berücksichtigen, dass die Besprechung vom 17. Dezember 2015 unbestrittenermassen in den Räumlichkeiten der Beklagten 2 stattgefunden habe. Wie die Klägerin selber ausgeführt habe, seien L.\_\_\_\_\_ von der Beklagten 2, F.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ anwesend gewesen (act. 7 Rz 3). L.\_\_\_\_\_ habe an der Parteibefragung denn auch zu Protokoll gegeben, dass er als Projektleiter der Beklagten 2 am Treffen teilgenommen habe (act. 32 Ziff. 13). Von der Beklagten 1 sei somit unstrittig kein Vertreter anwesend gewesen, was gegen die Mitgliedschaft der Beklagten 1 in der einfachen Gesellschaft spreche. Nicht entscheidend für die Beantwortung der Frage, ob die Beklagte 1 Teil der einfachen Gesellschaft gewesen sei, sei die von der Beklagten 2 schriftlich verfasste Chronologie zu den Geschehnissen (act. 7/3

Seite 10/25 bzw. 8/17), da diese nach Aussage von L.\_\_\_\_\_ erst nachträglich erstellt worden sei (act. 32 Ziff. 78; act. 41 E. 3.4.3).

### E. 5.3.3

Im Zusammenhang mit dem Verhalten der Parteien nach dem Treffen vom 17. Dezember 2015 hätten die Beklagten eingewendet, zwischen der Beklagten 1 und der Klägerin habe bereits seit dem Jahr 2010 eine Vertragsbeziehung [betreffend Hosting] bestanden, welche nach dem Treffen vom 17. Dezember 2015 unverändert weitergeführt worden sei (act. 8 Ziff. 15 ff.). Entsprechend habe die Beklagte 1 der Klägerin auch nach dem 17. Dezember 2015 wie bis anhin Rechnungen für ihre Dienstleistungen gestellt (act. 8 Ziff. 19 ff.). Unbestritten und erstellt sei – so die Vorinstanz –, dass die Klägerin und die Beklagte 1 bereits seit dem Jahr 2010 ein Vertragsverhältnis gepflegt hätten. Die Beklagte 1 sei für das Hosting der IT-Infrastruktur verantwortlich gewesen. Über ihren Server sei zudem die bisherige Anwaltssoftware "P. \_\_\_\_\_" der Klägerin gelaufen (act. 32 Ziff. 2 f. und 12). Am 4. April 2017 habe die Klägerin von der Anwaltssoftware "P. \_\_\_\_\_" auf die damals aktuelle Version der neu zu entwickelnden Anwaltssoftware "O. \_\_\_\_\_" umgestellt. Ab diesem Zeitpunkt habe die Beklagte 1 für die Klägerin anstelle von "P. \_\_\_\_\_" die neue Software gehostet (act. 32 Ziff. 23, 46 und 49), welche wie "P. \_\_\_\_\_" auch Lizenzkosten verursacht habe (act. 32 Ziff. 30 und 32). Abgesehen davon habe der Beschluss vom 17. Dezember 2015, eine neue Anwaltssoftware zu entwickeln, keinen Einfluss auf den Inhalt der Leistungen der Beklagten 1 gehabt (act. 32 Ziff. 49 f.). Die Klägerin habe die von der Beklagten 1 zur Verfügung gestellten Dienste [im Unterschied zur neuen Anwaltssoftware] denn auch nicht testen müssen, da diese unverändert geblieben seien. Dies bedeute aber, dass sich die Leistungen der Beklagten 1 für die Klägerin nach dem Treffen vom 17. Dezember 2015 nicht verändert hätten. Die Beklagte 1 habe weiterhin die gesamte IT-Struktur zur Verfügung gestellt und anstelle von "P. \_\_\_\_\_" die Anwaltssoftware "O. \_\_\_\_\_" gehostet. Aus diesem Grund habe die Beklagte 1 der Klägerin denn auch nach dem Treffen vom 17. Dezember 2015 regelmässig Rechnungen für ihre Dienstleistungen zugestellt (anstelle "hosting P. \_\_\_\_\_" neu "hosted O. \_\_\_\_\_"), welche die Klägerin jedoch in der Folge nicht mehr beglichen habe (act. 8/26; act. 32 Ziff. 73 f.). Es bestünden keine relevanten Zweifel daran, dass die Klägerin diese Rechnungen erhalten habe; dies zum einen aufgrund der E-Mail von F. \_\_\_\_\_ an M. \_\_\_\_\_ vom 26. Januar 2019 ("[...] Zudem bekommen wir immer Rechnungen von euch [...]"), act. 7/9 S. 2) und zum anderen aufgrund der sich bei den Akten befindlichen Mahnungen der Beklagten 1 an die Klägerin. Deren Zustellung sei zwar bestritten (act. 9 S. 17; act. 8/15), indessen habe die Zeugin J. \_\_\_\_\_ zu Protokoll gegeben, von den Rechnungen und Mahnungen Kenntnis gehabt zu haben (act. 32 Ziff. 40). Das mehrmonatige Zuwarten mit der rechtlichen Durchsetzung der von der Klägerin nicht beglichenen Rechnungen habe die Beklagte 1 mit dem freundschaftlichen Verhältnis zwischen M. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_, dem damaligen Einsitz von F. \_\_\_\_\_ im Verwaltungsrat der Holding der Beklagten (S. \_\_\_\_\_ AG) sowie mit weiteren geschäftlichen Verbindungen zwischen den Beteiligten begründet (act. 8 Rz 21). Im Rahmen der Parteibefragung habe F. \_\_\_\_\_ das sehr gute Verhältnis zwischen ihm und M. \_\_\_\_\_ sowie die Tätigkeit als Verwaltungsrat für die S. \_\_\_\_\_ AG (Holdinggesellschaft der Beklagten) bestätigt (act. 32 Ziff. 59, 71 und 90 ff.). Vor diesem Hintergrund sei die Zurückhaltung der Beklagten 1 bei der Durchsetzung der Forderungen zumindest nachvollziehbar. Insgesamt spreche das Verhalten der Beklagten 1 nach dem Treffen vom 17. Dezember 2015 (unveränderte Weiterführung der bisherigen Leistungen und

Seite 11/25 Rechnungstellung) sowie dasjenige der Klägerin (kein Testen der von der Beklagten 1 zur Verfügung gestellten Hosting-Dienstleistungen) gegen eine Mitgliedschaft der Beklagten 1 in der einfachen Gesellschaft. Hinzu komme, dass die Beklagte 1 unstrittig nicht auf dem Gebiet der Softwareentwicklung tätig sei, weshalb nicht ersichtlich sei, welchen Beitrag sie als Gesellschafterin in diesem Softwareentwicklungsprojekt hätte erbringen müssen (act. 41 E. 3.4.4).

#### **E. 5.3.4**

Weiter habe die Klägerin vorgebracht, gestützt auf die E-Mail von M. \_\_\_\_\_ vom 11. April 2018, welche er von der E-Mail-Adresse der Beklagten 1 und mit entsprechender Signatur der Beklagten 1 versandt habe, sei davon auszugehen, dass die Beklagte 1 Teil der einfachen Gesellschaft gewesen sei (act. 7 Rz 17 f.). Diesbezüglich sei – so die Vorinstanz – zu beachten, dass die E-Mail von M. \_\_\_\_\_ vom 11. April 2018 lediglich eine Antwort auf eine E-Mail von F. \_\_\_\_\_ darstelle. Am 5. April 2018 habe sich F. \_\_\_\_\_ per E-Mail an M. \_\_\_\_\_ gewandt und dabei dessen E-Mail- Adresse bei der Beklagten 1 verwendet (act. 7/5 bzw. 7/8). Entsprechend habe M. \_\_\_\_\_ über die E-Mail-Adresse der Beklagten 1 geantwortet, wobei die E-Mail gemäss Aussage von M. \_\_\_\_\_ jeweils automatisch mit der Signatur der Beklagten 1 ergänzt werde (act. 7/6; act. 32 Ziff. 49). Gestützt auf diese E-Mail von M. \_\_\_\_\_ über den E-Mail-Account der Beklagten 1 auf eine Mitgliedschaft der Letzteren in der einfachen Gesellschaft zu schliessen, greife allerdings zu kurz. Die Klägerin und die Beklagte 1 hätten bereits seit 2010 geschäftliche Beziehungen gepflegt, weshalb es naheliege, dass F. \_\_\_\_\_ jeweils über die seit Jahren bekannte E-Mail-Adresse der Beklagten 1 korrespondiert habe. Offenbar habe sich die Klägerin auch bei Problemen mit der neuen Anwaltssoftware stets an die Beklagte 1 gewandt, wobei diese die Anfragen umgehend an die Beklagte 2 weitergeleitet habe (act. 32 Ziff. 46 und 49). Dass M. \_\_\_\_\_ für sein Antwortschreiben nicht die E-Mail-Adresse gewechselt habe, sei ebenfalls nachvollziehbar. Alleine deshalb auf ein Gesellschaftsverhältnis zu schliessen, sei verfehlt. Darüber hinaus lasse sich aus der E-Mail vom 11. April 2018 auch inhaltlich nichts zugunsten der Klägerin ableiten. M. \_\_\_\_\_ habe darin mitgeteilt, er übernehme zusammen mit N. \_\_\_\_\_ ab sofort persönlich die Produktverantwortung von L. \_\_\_\_\_, weil es ihm ein Anliegen sei, die gemeinsame Lösung voranzubringen (act. 7/6). L. \_\_\_\_\_ habe unbestrittenermassen für die Beklagte 2 gehandelt und N. \_\_\_\_\_ sei Geschäftsleitungsmitglied der Beklagten 2 gewesen. Insgesamt könne daher aus der E-Mail vom 11. April 2018 keine Mitgliedschaft der Beklagten 1 in einer einfachen Gesellschaft mit der Klägerin und der Beklagten 2 bzw. keine Pflicht der Beklagten 1 zur Leistung eines Beitrags abgeleitet werden (act. 41 E. 3.4.5).

#### **E. 5.3.5**

Im Zusammenhang mit dem Vertragszweck sei unstrittig, dass die Entwicklung einer neuen Anwaltssoftware Gegenstand des Treffens vom 17. Dezember 2015 gewesen sei und somit auch den Zweck des Projekts gebildet habe. Die Programmierfähigkeit falle in den Aufgabenbereich der Beklagten 2 und habe entsprechend von dieser wahrgenommen werden sollen (act. 7 Rz 37; act. 32 Ziff. 23). Es stelle sich daher die Frage, welchen Beitrag die Beklagte 1 im entsprechenden Projekt hätte leisten sollen, zumal die Entwicklung einer neuen Anwaltssoftware nicht zwingend verlange, dass diese von der Beklagten 1 gehostet werde. Beide Produkte seien unabhängig voneinander. Dies zeige sich namentlich auch darin, dass die Klägerin seit der Beendigung des Projekts die Anwaltssoftware sowie die

weitere IT-Umgebung von zwei verschiedenen Anbietern beziehe (Anwaltssoftware von der

Seite 12/25 Q.\_\_\_\_\_ und IT-Umgebung von der R.\_\_\_\_\_; act. 7 Rz 20 ff.; act. 8 Rz 31 ff.; act. 32 Ziff. 36 und 66). Insgesamt könne somit auch gestützt auf den Vertragszweck nicht auf einen tatsächlichen Willen der Beklagten 1 zur Mitwirkung in der einfachen Gesellschaft mit der Klägerin und der Beklagten 2 geschlossen werden (act. 41 E. 3.4.6).

#### **E. 5.4**

Nach dem Gesagten stehe fest, dass eine tatsächliche Willensübereinstimmung in dem Sinne, dass die Beklagte 1 als Mitglied der einfachen Gesellschaft aktiv einen Beitrag zur gemeinsamen Anwaltssoftware hätte leisten sollen, nicht erstellt sei. Folglich seien die Erklärungen der Parteien objektiv, d.h. nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen hätten verstanden werden dürfen und müssen. Hierbei komme es ausschliesslich auf die Umstände im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an. Diesbezüglich sei bereits ausgeführt worden, dass das Treffen vom 17. Dezember 2015 in den Räumlichkeiten der Beklagten 2 im Beisein eines Vertreters der Beklagten 2 (L.\_\_\_\_\_) sowie von Vertretern der Klägerin (F.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_) stattgefunden habe. Von der Beklagten 1 sei niemand anwesend gewesen. Was die vorangehenden Unterredungen zwischen F.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_ hätten ergeben sollen, habe die Klägerin nicht substantiiert behauptet und habe aufgrund der stark divergierenden Aussagen von F.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_ nicht ermittelt werden können. Auch die Partei- und Zeugenbefragungen zum Treffen vom 17. Dezember 2015 selber seien nicht einheitlich ausgefallen. Im Zeitpunkt des Treffens vom 17. Dezember 2015 habe zwischen der Klägerin und der Beklagten 1 bereits seit rund fünf Jahren eine Geschäftsbeziehung bestanden, in deren Rahmen die Beklagte 1 der Klägerin die IT- Umgebung zur Verfügung gestellt und die Anwaltssoftware "P.\_\_\_\_\_" gehostet habe. Nach der Besprechung vom 17. Dezember 2015 habe es keine Änderung in den Dienstleistungen der Beklagten 1 gegeben; einzige Änderung sei das Hosten der Anwaltssoftware "O.\_\_\_\_\_" anstelle von "P.\_\_\_\_\_" per April 2017 gewesen. Insgesamt habe die Klägerin gestützt auf die gesamten Umstände deshalb nicht davon ausgehen dürfen, dass die Beklagte 1 Teil der einfachen Gesellschaft sei und einen Beitrag hierzu leiste (act. 41 E. 3.4.6).

#### **E. 6**

In ihrer Berufung moniert die Klägerin die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz.

##### **E. 6.1**

Hinsichtlich des Treffens vom 17. Dezember 2015 treffe es zwar grundsätzlich zu, dass sich die Aussagen von L.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ widersprüchen. Die Vorinstanz unterstelle der Zeugin J.\_\_\_\_\_ jedoch, sie habe infolge ihres Arbeitsverhältnisses bei der Klägerin nicht unabhängig, sondern im Interesse der Klägerin ausgesagt. Die Zeugin sei indes von der Klägerin nicht beeinflusst worden, was die Aussagen von J.\_\_\_\_\_ bestätigen würden. Deren Aussagen würden eindrücklich belegen, dass diese – im Gegensatz zu denjenigen von M.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ – nicht einstudiert gewesen seien, habe J.\_\_\_\_\_ doch frei "aus ihrem Gedächtnis" – infolge des seitherigen Zeitablaufs natürlich nicht bis ins letzte Detail – ausgesagt. Jedenfalls sprächen die Aussagen der Zeugin, dass es für sie schwierig sei zu sagen, welche der Beklagten was hätte tun müssen, und im Grundsatz vereinbart worden sei, die Beklagten seien für die ganze

Programmierung der Software sowie für die Umsetzung der klägerischen Ideen verantwortlich gewesen, nicht gegen den klägerischen Standpunkt, zumal die Zeugin ja keine IT-Fachperson sei. Jedenfalls würden die Aussagen belegen, dass es keine starre Seite 13/25 Grenzziehung zwischen der Beklagten 1 und der Beklagten 2 gegeben habe, sondern diese jeweils als Einheit aufgetreten seien und "sich im Verhältnis zur [...] Klägerin auch [...] in C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ aufteilten". Die Aussagen von J.\_\_\_\_\_ seien – unabhängig von ihrem Anstellungsverhältnis bei der Klägerin – glaubhaft, weshalb ohne Weiteres darauf abzustellen sei. Ausserdem hätten die Beklagten die am Treffen vom 17. Dezember 2015 besprochene Auflistung "Inputs neue Software – D.\_\_\_\_\_/C.\_\_\_\_\_", worin die Beklagte 1 zusammen mit der Beklagten 2 erwähnt worden sei, sowie die diesbezügliche Beweisofferte nicht substantiiert bestritten. Im Weiteren habe sich die Vorinstanz hinsichtlich des der Besprechung vom 17. Dezember 2015 vorangehenden Treffens zwischen F.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_ mit der Feststellung begnügt, dass sich die hierzu von F.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_ gemachten Aussagen diametral widersprüchen. Weitere offerierte Beweismittel oder Aussagen befragter Personen – namentlich die von den Beklagten nicht substantiiert bestrittene E-Mail-Korrespondenz zwischen F.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_ vom 5. Juni 2015 (act. 7 Rz 12) sowie die Aussagen von F.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ (act. 32 Ziff. 14, 80 und 81) – habe die Vorinstanz unberücksichtigt gelassen. Aus der erwähnten E-Mail-Korrespondenz vom 5. Juni 2015 gehe klar hervor, dass ein gemeinsames Projekt verfolgt worden sei und F.\_\_\_\_\_ von der Klägerin sowie M.\_\_\_\_\_ von der Beklagten 1 daran beteiligt gewesen seien. Sodann habe L.\_\_\_\_\_ an der Parteibefragung ausgesagt, er meine, beim initialen Meeting [d.h. bei einem dem Treffen vom 17. Dezember 2015 vorangehenden Meeting] seien nur er, M.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ dabei gewesen (act. 32 Ziff. 14), was die Vorinstanz mit keinem Wort erwähnt oder berücksichtigt habe. Hätte sie diese Aussage berücksichtigt, hätte sie umso mehr zum Schluss kommen müssen, dass auch die Beklagte 1 Gesellschafterin der einfachen Gesellschaft gewesen sei. Da L.\_\_\_\_\_ die Beklagte 2 vertreten habe, müsse M.\_\_\_\_\_ die Beklagte 1 vertreten haben, hätte es doch Letzteren sonst gar nicht gebraucht (act. 42 Rz 6-10).

## **E. 6.2**

Im Weiteren sei völlig irrelevant, dass die Beklagte 1 ihre bisherigen Leistungen weiterhin erbracht habe, wenn sich das vorliegende Grundverhältnis in der Zwischenzeit in eine einfache Gesellschaft gewandelt habe. Die Klägerin habe ausgeführt, dass die Rechnungen der Beklagten 1 automatisiert erstellt und ihr noch lange nach Beendigung des Projekts zugesandt worden seien. Der Klägerin sei sogar am Tag nach der Hauptverhandlung nochmals eine automatisierte Rechnung zugestellt worden, was mit der Noveneingabe vom 12. November 2021 [recte: 12. März 2021] vorgebracht worden sei [vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 3.5]. Erst nach dieser Noveneingabe habe die Beklagte damit aufgehört, was die Vorinstanz nicht gebührend berücksichtigt habe. Sodann sei auffallend, dass die Beklagte 1 gegenüber der Beklagten 2 keine Rechnungen gestellt habe, obwohl zwischen der Klägerin und der Beklagten 2 entsprechend den vorinstanzlichen Feststellungen eine einfache Gesellschaft bestanden habe und die Beklagte 1 quasi der einfachen Gesellschaft ihre Dienstleistung erbracht habe. Konsequenterweise hätte die Beklagte 1 somit auch der Beklagten 2 Rechnungen stellen müssen, was sie aber nicht getan habe. Im Weiteren habe die Klägerin die Rechnungen, deren Erhalt bestritten worden sei, zu Recht nicht beglichen. In diesem Zusammenhang habe die Vorinstanz die E-Mail von F.\_\_\_\_\_ an M.\_\_\_\_\_

vom 26. Januar 2019 nicht vollständig zitiert. F. \_\_\_\_\_ habe darin Folgendes ausgeführt: "Zudem bekommen wir immer Rechnungen von euch, obwohl eigentlich vereinbart war, dass wir dieses System gemeinsam bis zur Vollendung umsetzen und wir diesbezüglich keine

Seite 14/25 Kosten haben" (act. 7/9 S. 2). Die Beklagten hätten diese E-Mail weder bestritten noch hätten sie behauptet, dass sie auf diese Aussage innert nützlicher Frist reagiert hätten. Dabei wäre namentlich von der Beklagten 1 zu erwarten gewesen, dass sie auf eine solche Aussage von F. \_\_\_\_\_ "klipp und klar" reagiert und eine derartige Vereinbarung verneint hätte, wenn sie denn tatsächlich nicht an der einfachen Gesellschaft beteiligt und blosser Dienstleistungserbringerin gewesen wäre. Dies habe sie aber nicht getan, weshalb belegt sei, dass die Beklagte 1 Teil der einfachen Gesellschaft gewesen sei und ihre Leistungen unentgeltlich gewesen seien. Es könne somit keine Rede davon sein, dass die Rechnungen aufgrund des freundschaftlichen Verhältnisses zwischen M. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_, des damaligen Einsitzes von F. \_\_\_\_\_ im Verwaltungsrat der Holding der Beklagten sowie weiteren geschäftlichen Verbindungen zwischen den Beteiligten nicht durchgesetzt worden seien. Vielmehr sei die Vereinbarung der Parteien belegt, wonach die Beklagte 1 ebenfalls Teil der einfachen Gesellschaft gewesen sei und sämtliche Parteien im Rahmen des Projekts keine Kosten gehabt hätten und die Anwaltssoftware der Klägerin auch darüber hinaus unentgeltlich zur Verfügung stehen sollen. Hätte die Vorinstanz dies berücksichtigt, hätte sie nicht unreflektiert aufgrund der angeblich weiterhin erbrachten Leistungen der Beklagten 1 und deren Rechnungen darauf geschlossen, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten 1 ein Dienstleistungsverhältnis bestanden habe. Vielmehr wäre sie zum Schluss gelangt, dass die Beklagte 1 Gesellschafterin der einfachen Gesellschaft gewesen sei. Ausserdem habe die Beklagte 1 ein erhebliches Interesse daran gehabt, dass die "Software mit IT-Serverinfrastruktur" aus einer Hand – mithin unter Einbezug der Beklagten 1 – hätte angeboten werden können (act. 42 Rz 11).

### **E. 6.3**

Im Zusammenhang mit der von M. \_\_\_\_\_ am 11. April 2018 mit entsprechender Signatur der Beklagten 1 versandten E-Mail (act. 7/6) zeige sich, wie rechtsmissbräuchlich sich die Beklagten verhalten würden. Es bestehe nämlich – entsprechend den Werbeaufträgen bzw. Homepages der Beklagten – eine erhebliche "personelle Verbindung" zwischen den Beklagten, was sich sowohl bei den Organen und Inhabern wie auch bei den Mitarbeitern zeige. Auch habe die Beklagte 1 sowohl für sich wie auch für die Beklagte 2 Rechnungen erstellt. Infolgedessen sei es völlig rechtsmissbräuchlich, wenn sich M. \_\_\_\_\_ urplötzlich darauf berufe, er habe jeweils als Vertreter der Beklagten 2 und nicht als Vertreter der Beklagten 1 gehandelt, vor allem wenn gleichzeitig behauptet werde, dass auch L. \_\_\_\_\_ für die Beklagte 2 gehandelt habe. Dies werfe gleichzeitig die Frage auf, weshalb sich die Klägerin mit Problemen denn überhaupt an M. \_\_\_\_\_ hätte richten sollen, wenn doch sowieso L. \_\_\_\_\_ deren Ansprechperson gewesen sei und die Vorinstanz davon ausgehe, dass eine einfache Gesellschaft lediglich zwischen der Klägerin und der Beklagten 2 bestehe. Der Umstand, dass sich die Klägerin an M. \_\_\_\_\_ über die E-Mail-Adresse der Beklagten 1 gerichtet habe, belege, dass Letztere eben sehr wohl Teil der einfachen Gesellschaft gewesen sei. F. \_\_\_\_\_ und J. \_\_\_\_\_ hätten M. \_\_\_\_\_ bewusst über die Kontaktdaten der Beklagten 1 angeschrieben und dieser habe auch bewusst über die E-Mail-Adresse der Beklagten 1 mit der Klägerin korrespondiert. In der E-Mail vom 18. April 2018 [recte: 11. April 2018] habe M. \_\_\_\_\_ drei Mal ein

gemeinsames Projekt bzw. eine gemeinsame Lösung erwähnt. Dies könne kein Zufall bzw. keine ungeschickte Formulierung sein. Vielmehr sei die Formulierung bewusst gewählt worden, weil die Parteien vereinbart hätten, dass die Klägerin sowie die Beklagten 1 und 2 gemeinsam ein Softwareprojekt mit IT- Serverinfrastruktur verfolgen und danach das Produkt vertreiben sollten. Ausserdem habe die Vorinstanz ausgeführt, es sei naheliegend, dass F.\_\_\_\_\_ jeweils über die seit Jahren

Seite 15/25 bekannte E-Mail-Adresse der Beklagten 1 korrespondiert habe, weil die Klägerin und die Beklagte 1 bereits seit dem Jahr 2010 geschäftliche Beziehungen gepflegt hätten. Damit habe sie in Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes etwas in den Sachverhalt hineininterpretiert, das von den Beklagten mit keinem Wort erwähnt worden sei. Sodann hätten die Beklagten auch mit keinem Wort behauptet, dass sich die Klägerin bei Problemen mit der neuen Anwaltssoftware stets an die Beklagte 1 gewandt und diese die Anfragen umgehend an die Beklagte 2 weitergeleitet habe. Wenn dies der Fall gewesen wäre, wäre die Beklagte 1 sicherlich in der Lage gewesen, entsprechende Belege (z.B. weitergeleitete E-Mails oder dergleichen) einzureichen, was jedoch nicht der Fall gewesen sei. Auch die vorinstanzliche "Meinung", es sei nachvollziehbar, dass M.\_\_\_\_\_ für sein Antwortschreiben nicht die E-Mail-Adresse gewechselt habe, sei verfehlt. Es wäre M.\_\_\_\_\_ vor dem Hintergrund, dass er nunmehr eine Trennung zwischen der Beklagten 1 und 2 behauptete, sehr wohl zuzumuten gewesen, die Klägerin mit allfälligen Anliegen betreffend die Software an die Beklagte 2 zu verweisen, was er nachweislich nie getan habe. Hätte die Vorinstanz berücksichtigt, dass sich M.\_\_\_\_\_ im vorliegenden Zusammenhang rechtsmissbräuchlich als Vertreter der Beklagten 2 ausgegeben habe, wäre sie zum Schluss gekommen, dass er die E-Mail vom 18. April 2018 [recte: 11. April 2018] in seiner Funktion als Vertreter der Beklagten 1 verfasst habe und die Beklagte 1 folglich nicht nur Gesellschafterin der einfachen Gesellschaft gewesen sei, sondern auch die Schuld der Beklagten 2 mitübernommen habe. Aus der erwähnten E-Mail, worin – so die Vorinstanz – M.\_\_\_\_\_ mitgeteilt habe, dass er von L.\_\_\_\_\_, der unbestrittenermassen für die Beklagte 2 gehandelt habe, zusammen mit N.\_\_\_\_\_, der als Geschäftsleitungsmitglied der Beklagten fungiert habe, die Produktverantwortung übernehme, schliesse die Vorinstanz sinngemäss, dass M.\_\_\_\_\_ ebenfalls "unter dem Hut" der Beklagten 2 gehandelt habe, ohne auf den Gedanken zu kommen, dass dies vielmehr ein Schuldbeitritt oder eine Schuldübernahme der Beklagten 1 für die Schuld der Beklagten 2 oder allenfalls eine Patronatserklärung dargestellt habe. Ausserdem belege die E-Mail einmal mehr, wie interessiert die Beklagte 1 daran gewesen sei, dass dieses Projekt Erfolg habe. Wäre dem nicht so gewesen, hätte sich M.\_\_\_\_\_ einfach zurücklehnen und das Projekt scheitern lassen können. Indem er sich aber nochmals zusätzlich proaktiv eingebracht habe und die Initiative habe übernehmen wollen, sei belegt, dass die Beklagte 1 eben doch Mitglied der einfachen Gesellschaft sei (act. 42 Rz 12-20).

#### **E. 6.4**

Ebenfalls unerfindlich sei, wie die Vorinstanz darauf gekommen sei, dass sich die Frage stelle, welchen Beitrag die Beklagte 1 im entsprechenden Projekt hätte leisten sollen, hätte diese – so die Klägerin – mit dem beabsichtigten Erbringen von Serverdiensten doch sehr wohl einen Beitrag an die einfache Gesellschaft zu leisten gehabt. Daran ändere auch nichts, dass – entsprechend den vorinstanzlichen Ausführungen – die Entwicklung einer neuen Anwaltssoftware nicht zwingend verlange, dass diese auf dem Server der Beklagten 1 gehostet werde. Die Vorinstanz stelle den Sachverhalt einmal mehr falsch fest, wenn sie

meine, die beiden Produkte seien unabhängig voneinander. Dies sei nicht der Fall. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass die Klägerin seit der Beendigung des Projekts die Anwaltssoftware sowie die weitere IT-Umgebung von zwei verschiedenen Anbietern beziehe. Die Klägerin habe nie gesagt, dass das Projekt ohne die Beklagte 1 nicht möglich gewesen wäre oder die Software nicht ohne den Server der Beklagten 1 hätte betrieben werden können. Vielmehr habe sie gesagt, dass die Beklagte 1 ein Interesse daran gehabt habe, zusammen mit der Software ihre

Seite 16/25 IT-Umgebung zu vertreiben. Dass es eine IT-Umgebung für den Betrieb einer solchen Software brauche, anerkenne die Vorinstanz im Übrigen selber. Folglich liege auch auf der Hand, dass die Beklagte 1 ein erhebliches Interesse am Projekt gehabt und infolgedessen als Gesellschafterin in der einfachen Gesellschaft mitgemacht habe. Dies habe auch L. \_\_\_\_\_ an der Parteibefragung bestätigt (act. 32 Ziff. 23: "Alle Software der D. \_\_\_\_\_ AG wird primär bei unserer Schwesterfirma, der C. \_\_\_\_\_ AG, gehostet. Über den Server der C. \_\_\_\_\_ AG läuft auch die neue Anwaltssoftware [...]"). Dass L. \_\_\_\_\_ zusätzlich gesagt habe, "die C. \_\_\_\_\_ AG sei der Provider" und damit nicht aktiv am Projekt beim Programmieren oder der Softwareentwicklung beteiligt gewesen, tue nichts zur Sache, denn dies heisse nicht, dass die Beklagte 1 nicht auch bei der einfachen Gesellschaft beteiligt gewesen sei. Demgegenüber habe M. \_\_\_\_\_ ausgesagt, dass die meisten Kunden, die eine Software der Beklagten 2 hätten, nicht gleichzeitig auch "bei der Beklagten 1" seien. Immerhin habe M. \_\_\_\_\_ anerkannt, dass es möglich sei, alles aus einer Hand zu haben. Danach habe er jedoch wiederum ausgeführt, dass es für den zukünftigen Verkauf schlecht gewesen wäre, wenn man versucht hätte, beides zusammenzubringen. Die meisten Anwälte besäßen bereits eine IT-Infrastruktur und würden diese nicht austauschen, sondern nur die Software ersetzen wollen. Dies sei natürlich "absoluter Stunk". Jeder in der Situation von M. \_\_\_\_\_ bzw. der Beklagten 1, der Aussicht darauf habe, sowohl die Software als auch das Hosting aus einer Hand anbieten zu können, packe diese Gelegenheit "am Schopf". Entsprechend sei M. \_\_\_\_\_ daran interessiert gewesen, dass auch die Beklagte 1 beim Projekt mitmache, um deren Dienstleistungen ebenfalls zusammen mit der Software verkaufen zu können, was – wie L. \_\_\_\_\_ ausgesagt habe – stets gemacht werde. M. \_\_\_\_\_ habe die Unwahrheit erzählt, um nach dem Scheitern des Projekts immerhin die Beklagte 1 schadlos zu halten, und das Ganze nachträglich so dargestellt, als hätten keine Bestrebung stattgefunden, die IT-Infrastruktur der Beklagten 1 zusammen mit der Software zu verkaufen (act. 42 Rz 21). Dass eben genau dies beabsichtigt gewesen sei, bestätige im Übrigen auch das seit dem Oktober 2022 von der Beklagten 1 als "Gesamtlösung" angebotene Produkt "T. \_\_\_\_\_" (act. 53 und 53/1-5).

## **E. 6.5**

Aufgrund der falschen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz könne deren Fazit (vgl. vorne E. 5.4) nicht stimmen. Es sei in diesem Zusammenhang zu wiederholen, dass entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht ausschliesslich darauf abgestellt werden könne, wer am Treffen vom 17. Dezember 2015 anwesend gewesen sei; insbesondere nachdem bekannt sei, dass die Beklagten personell stark miteinander verbunden und Mitarbeiter der Beklagten 1 auch bei der Beklagten 2 tätig seien und beide Produkte anbieten würden, die "Hand in Hand" gingen und auch "Hand in Hand" vertrieben werden könnten, was auch beabsichtigt und vereinbart gewesen sei. Es habe für die Beklagte 1 keinerlei Grund gegeben, nicht mitzumachen. Erst als sich das Projekt zerschlagen habe, habe die Beklagte

1 versucht, das unternehmerische Risiko auf die Klägerin abzuwälzen, um sich selber schadlos zu halten. Sie habe sich auf den Standpunkt gestellt, irgendwelche (bestrittenen) [Hosting-]Dienstleistungen für die Klägerin erbracht zu haben, welche die Klägerin angeblich hätte bezahlen müssen, obwohl die Beklagte 1 vorher nie irgendwelche Forderungen konkret und nachdrücklich geltend gemacht habe. Immerhin habe die Beklagte 1 später "zurückbuchstabiert" und mit E-Mail vom 16. April 2019 (act. 20/5) selber bestätigt, dass die Klägerin keinerlei Forderungen gegenüber der Beklagten 1 zu begleichen habe bzw. erst ab 1. April 2019 für die Leistungen bezahlen müsse. Der guten Ordnung halber werde bestritten, dass die Klägerin der Beklagten 1 auch ab April 2019 überhaupt irgendetwas hätte bezahlen

Seite 17/25 müssen. Jedenfalls sei es bezeichnend, dass M.\_\_\_\_\_ eine Woche, nachdem das gemeinsame Projekt [am 13. Februar 2019] beendet worden sei, plötzlich die Zugänge zur Anwaltssoftware und IT-Serverinfrastruktur gesperrt habe, um Geld von der Klägerin zu fordern, danach aber umgehend "zurückbuchstabiert" und bestätigt habe, dass erst ab April 2019 für Leistungen bezahlt werden müsse. Die Ausführungen im Zusammenhang mit der Sperrung des Zugangs zur Anwaltssoftware und IT-Serverinfrastruktur sowie die E-Mail der Beklagten 1 vom 16. April 2019 seien von der Vorinstanz nicht berücksichtigt worden. Hätte sie diese Ausführungen und die besagte E-Mail berücksichtigt, hätte sie den Ausführungen der Klägerin folgen müssen, wonach die Beklagte 1 ebenfalls Gesellschafterin der einfachen Gesellschaft gewesen sei. Ansonsten hätte die Beklagte 1 nicht auf die angeblichen (bestrittenen) Forderungen vor April 2019 verzichtet, was eben auch mit den klägerischen Ausführungen korreliere, dass die Beklagten an der Besprechung im Februar 2019 anerkannt hätten, sie könnten das Softwareprojekt mit IT-Serverinfrastruktur nicht realisieren (act. 42 Rz 21). Hinsichtlich der angeblich nicht hinreichend substantiierten, dem Treffen vom 17. Dezember 2015 vorangehenden Unterredungen sei erneut auf die E-Mail-Korrespondenz zwischen F.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_ vom 5. Juni 2015 hinzuweisen (vgl. vorne E. 6.1). Es sei nicht ersichtlich, was vor diesem Hintergrund noch mehr hätte substantiiert werden müssen. Hätte die Beklagte 1 ihre Leistungen nicht unentgeltlich bereitgestellt, hätte die Klägerin keinerlei Veranlassung gehabt, überhaupt mit der Beklagten 1 zusammenzuarbeiten. Der Umstand, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten 1 früher ein Dienstleistungsverhältnis bestanden habe und im Rahmen der einfachen Gesellschaft als Beitrag dieselben Leistungen eingebracht worden seien, tue für den vorliegenden Fall rein gar nichts zur Sache. Entscheidend sei, dass sich das Vertragsverhältnis von einem Dienstleistungs- in ein Gesellschaftsverhältnis gewandelt habe. Entgegen der vorinstanzlichen Beurteilung habe die Klägerin somit sehr wohl nachweisen können, dass die Beklagte 1 Mitgesellschafterin der einfachen Gesellschaft der Klägerin und der Beklagten 2 gewesen sei (act. 42 Rz 22).

## **E. 7**

Den Einwendungen der Klägerin kann nicht gefolgt werden.

### **E. 7.1**

Vorab kann auf die einlässlichen und zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_369/2016 vom 27. Januar 2017 E. 3.1 m.w.H.). Einleitend ist zudem darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden, wenn sie (a.) ohne Verzug vorgebracht werden; und (b.) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht

schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Die Rechtsprechung unterscheidet zwischen echten und unechten neuen Vorbringen. Bei den echten Noven geht es um Tatsachen, die (erst) nach dem Ende der Hauptverhandlung des erstinstanzlichen Verfahrens entstanden sind, d.h. nach dem Zeitpunkt, in welchem im erstinstanzlichen Verfahren letztmals neue Tatsachen vorgetragen werden konnten; vorliegend mithin nach dem zweimaligen unbeschränkten Äusserungsrecht an der Hauptverhandlung vom 2. März 2021 (Aktenschluss; vgl. Lienhard, Der Vortrag zu Beginn der Hauptverhandlung, ZZZ 2022 S. 93 ff., 97). Unechte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die bereits bei Ende der erstinstanzlichen Hauptverhandlung entstanden waren. Neu im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO ist eine Tatsache nicht nur dann, wenn sie der Geltendmachung eines gänzlich neuen Standpunkts in tatsächlicher Hinsicht dient, sondern auch dann, wenn die novenwillige Partei

Seite 18/25 damit eine bereits vor erster Instanz vorgetragene Behauptung (nachträglich) substantiiert bzw. substantiiert behauptet. Will eine Partei im Berufungsverfahren unechte Noven vortragen, obliegt es ihr präzise aufzuzeigen, dass sie im erstinstanzlichen Verfahren die ihr zumutbare Sorgfalt hat walten lassen. Sie hat namentlich präzise darzulegen, aus welchen Gründen sie nicht in der Lage gewesen sein soll, die neu behaupteten Tatsachen und Beweismittel bereits in erster Instanz in den Prozess einzubringen. Bei echten Noven ist das Kriterium der Neuheit (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO) ohne Weiteres gegeben. Folglich hat die novenwillige Partei darzutun, dass sie die neue Tatsache im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO "ohne Verzug" vorgebracht hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_763/2018 vom 1. Juli 2019 E. 2.1.3.2 f. m.w.H.).

## **E. 7.2**

In materieller Hinsicht ist festzuhalten, dass die Beklagten die Behauptung der Klägerin, wonach sich aus der Auflistung "Inputs neue Software – D. \_\_\_\_\_/C. \_\_\_\_\_" (act. 7/4) ergebe, dass die Beklagte 1 Mitgesellschafterin gewesen sei, hinreichend bestritten haben (vgl. act. 9 S. 9 [Zu Rz 3 und 4]). Sodann muss eine Beweisofferte nicht bestritten werden, ist diese doch zum Beweis von (bestrittenen) Behauptungen bestimmt (act. 7 Rz 4 [Beweisofferten]). Im Weiteren kann die Klägerin auch aus der angeblichen E-Mail-Korrespondenz zwischen F. \_\_\_\_\_ und M. \_\_\_\_\_ vom 5. Juni 2015, welche die Beklagten ebenfalls hinreichend bestritten haben (act. 9 S. 11 [Zu Rz 12]) und nicht ediert worden ist, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Zwar bestätigte F. \_\_\_\_\_ auf Frage des klägerischen Rechtsvertreters an der Parteibefragung den Inhalt dieser Korrespondenz, doch wurde M. \_\_\_\_\_ hierzu nicht befragt (act. 32 Ziff. 80 und 81). Allein mit der Aussage von F. \_\_\_\_\_ ist der Inhalt der angeblichen E-Mail-Korrespondenz vom 5. Juni 2015 aber nicht nachgewiesen, kommt doch seiner Parteiaussage nur ein äusserst geringer Beweiswert zu. Ferner ist nicht ersichtlich, was die Klägerin aus der Aussage von L. \_\_\_\_\_, er meine, beim initialen Meeting seien nur er, M. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_ dabei gewesen (act. 32 Ziff. 14), für sich ableiten will. Zum einen hat die Klägerin ein solches "initiales Meeting" nicht rechtzeitig – d.h. noch vor Eintritt des Aktenschlusses an der Hauptverhandlung vom 2. März 2021 (vgl. vorne E. 7.1) – behauptet. Andererseits war sich L. \_\_\_\_\_ hinsichtlich dieses Meetings auch nicht mehr sicher ("ich meine"). Im Übrigen wäre der Klägerin selbst dann nicht geholfen, wenn es ein solches Meeting tatsächlich gegeben hätte und dieser Umstand noch berücksichtigt werden könnte. Allein damit wäre nämlich wiederum nicht bewiesen, dass die Beklagte 1 Mitgesellschafterin der einfachen Gesellschaft (geworden) war, wäre doch – entgegen der Auffassung der Klägerin

– weiterhin nicht erstellt, dass M.\_\_\_\_\_ gegebenenfalls als Vertreter der Beklagten 1 gehandelt hat. Im Weiteren hat die Vorinstanz zu Recht auch den Beweiswert der Aussagen von J.\_\_\_\_\_ in Frage gestellt, steht diese doch als Angestellte der Klägerin nahe und kann zufolge möglicher Interessens- oder Loyalitätskonflikte nicht als unbefangen gelten (vgl. Schmid/Baumgartner, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 3. A. 2021, Art. 169 ZPO N 6). Schliesslich vermag die Klägerin nicht darzutun, inwiefern die vage Aussage von J.\_\_\_\_\_, die Beklagten seien für die ganze Programmierung der Software sowie für die Umsetzung der Ideen der Klägerin verantwortlich gewesen (act. 33 Ziff. 14), eine Stellung der Beklagten 1 als Mitgesellschafterin der einfachen Gesellschaft begründen könnte. Insbesondere erwähnt die Zeugin das Hosting – das Kerngeschäft der Beklagten 1 – gar nicht, weshalb die Schlussfolgerung der Vorinstanz, die Aussage mache deutlich, dass an der Besprechung vom 17. Dezember 2015 nicht thematisiert worden sei, ob und inwiefern die Beklagte 1 eine Rolle im gemeinsamen Projekt hätte spielen sollen, nicht zu beanstanden ist.

Seite 19/25 Damit steht – wie die Vorinstanz zu Recht ausführte – fest, dass sich gestützt auf das Treffen vom 17. Dezember 2015 und frühere Unterredungen keine Hinweise auf eine Beteiligung der Beklagten 1 an der einfachen Gesellschaft ergeben.

### **E. 7.3**

Ebenso wenig lässt das Verhalten der Parteien nach dem Treffen vom 17. Dezember 2015 auf eine Beteiligung der Beklagten 1 an der einfachen Gesellschaft schliessen.

#### **E. 7.3.1**

Die von der Beklagten 1 der Klägerin weiterhin fürs Hosting zugestellten Rechnungen zeigen deutlich, dass die Beklagte 1 – wie bis anhin – Dienstleisterin war und blieb und nicht Teil der einfachen Gesellschaft wurde. Konsequenterweise versandte sie die Rechnungen – entsprechend dem mit der Klägerin eingegangenen Vertrag – auch nur an die Klägerin. Entgegen der erstmals in der Berufung und damit ohnehin verspätet vorgetragenen Auffassung der Klägerin (vgl. vorne E. 6.2 und 7.1) bestand kein Anlass, diese auch der Beklagten 2 zukommen zu lassen. Dass die Beklagte 1 der Klägerin auch nach der Hauptverhandlung vom 21. März 2021 noch Rechnungen zusandte, kann ihr sodann nicht vorgehalten werden, war doch der Vertrag aus ihrer Sicht noch nicht beendet (act. 20 Rz 14). Schliesslich vermag die Klägerin auch aus der E-Mail von F.\_\_\_\_\_ an M.\_\_\_\_\_ und N.\_\_\_\_\_ vom 26. Januar 2019 nichts zu ihren Gunsten ableiten. Es trifft zwar zu, dass darin F.\_\_\_\_\_ Folgendes ausführte: "Zudem bekommen wir immer Rechnungen von euch, obwohl eigentlich vereinbart war, dass wir dieses System gemeinsam bis zur Vollendung umsetzen und wir diesbezüglich keine Kosten haben" (act. 7/9 S. 2). Allerdings haben die Beklagten den Inhalt der E-Mail (vgl. act. 9 S. 13 [Zu Rz 25]) – entgegen der Auffassung der Klägerin – bestritten und mit den Rechnungsstellungen – selbst wenn diese automatisiert erstellt worden sein sollten – hinreichend bekräftigt, dass aus ihrer Sicht keine derartige Vereinbarung bestanden hat. Entgegen der Auffassung der Klägerin bedurfte es somit keiner weiteren "klipp und klaren" Reaktion der Beklagten 1 auf die Äusserung von F.\_\_\_\_\_ in der E-Mail vom 26. Januar 2019.

#### **E. 7.3.2**

Auch mit der E-Mail von M.\_\_\_\_\_ an F.\_\_\_\_\_ vom 11. April 2018 (act. 7/6) vermag die Klägerin nicht zu beweisen, dass die Beklagte 1 Teil der einfachen Gesellschaft war. Entgegen den Ausführungen der Klägerin (vgl. vorne E. 6.3) haben die Beklagten

rechtzeitig behauptet, dass "die E-Mail-Korrespondenz zwischen [der Klägerin] und M.\_\_\_\_\_ schon seit jeher (seit 2010) über die C.\_\_\_\_\_ -E-Mail-Adresse lief" (act. 8 Rz 49), weshalb die Vorinstanz die entsprechenden Erkenntnisse ohne Weiteres verwenden durfte. Dass M.\_\_\_\_\_ für sein Antwortschreiben die E-Mail-Adresse der Beklagten 1 und nicht diejenige der Beklagten 2 verwendet hat, ist somit – entsprechend den vorinstanzlichen Ausführungen – nachvollziehbar. Von Rechtsmissbrauch kann jedenfalls keine Rede sein. Wie die Vorinstanz weiter zu Recht festhielt, ergibt sich aus der erwähnten E-Mail, dass M.\_\_\_\_\_ die Produktverantwortung vom für die Beklagte 2 handelnden L.\_\_\_\_\_ zusammen mit dem ebenfalls für die Beklagte 2 handelnden N.\_\_\_\_\_ übernahm. Daraus ergibt sich – wie die Vorinstanz zutreffend folgerte – klarerweise, dass auch M.\_\_\_\_\_ für die Beklagte 2 und nicht für die Beklagte 1 handelte, weshalb sich auch die von M.\_\_\_\_\_ in der E-Mail erwähnte "gemeinsame Lösung" auf das Verhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten 2 bezog. Dies scheint in der Zwischenzeit offenbar auch die Klägerin erkannt zu haben. Anders lässt sich nicht erklären, weshalb sie erstmals in der Berufung vorbringt, dass mit der Übernahme der Produktverantwortung auch ein Schuldbeitritt oder eine

Seite 20/25 Schuldübernahme oder allenfalls eine Patronatserklärung seitens der Beklagten 1 vorliegen könnte. Diese Behauptungen können im Berufungsverfahren indessen nicht mehr berücksichtigt werden, da die Klägerin nicht dargelegt hat, weshalb sie die entsprechenden Einwendungen nicht schon vor erster Instanz hätte vorbringen können (vgl. vorne E. 7.1). Abgesehen davon finden sich diesbezüglich auch keine Hinweise in den Akten, weshalb sich hierzu weitere Ausführungen erübrigen. Nach dem Gesagten fällt nicht weiter ins Gewicht, dass die Vorinstanz die Aussage von M.\_\_\_\_\_, die Beklagte 1 habe klägerische Anfragen jeweils umgehend an die Beklagte 2 weitergeleitet, mangels hinreichender Behauptungen der Beklagten nicht hätte verwenden dürfen. Mit der E-Mail vom 11. April 2018 vermag die Klägerin – so oder anders – offensichtlich kein Gesellschaftsverhältnis zur Beklagten 1 zu begründen.

### **E. 7.3.3**

Entgegen ihren Ausführungen (vgl. vorne E. 6.4) kann die Klägerin auch aus der Aussage von L.\_\_\_\_\_, dass grundsätzlich alle Software der Beklagten 2 bei der Beklagten 1 gehostet werde (act. 32 Ziff. 23), nichts zu ihren Gunsten ableiten. Diese Antwort gab L.\_\_\_\_\_ zwar auf die Frage, ob vorgesehen gewesen sei, dass auch die Beklagte 1 einen Beitrag im Projekt "O.\_\_\_\_\_" hätte erbringen sollen. Danach fügte er jedoch sogleich an, dass die Beklagte 1 nicht aktiv am Projekt beim Programmieren oder der Softwareentwicklung beteiligt gewesen sei (act. 32 Ziff. 23). Da er eine Beteiligung der Beklagten 1 im Zusammenhang mit dem Projekt verneinte, ist diese zweite Aussage – entgegen der Auffassung der Klägerin – sehr wohl relevant. Die erste Aussage kann damit jedenfalls nicht zur Begründung eines Gesellschaftsverhältnis zur Beklagten 1 herangezogen werden. Dasselbe hat für das später von der Beklagten 1 als "Gesamtlösung" herausgegebene Produkt "T.\_\_\_\_\_" zu gelten. Abgesehen davon, dass fraglich und damit nicht bewiesen ist, ob bzw. dass es sich bei der "Gesamtlösung" um das Produkt handelt, welches entsprechend den klägerischen Behauptungen von der einfachen Gesellschaft hätte konzipiert und aus einer Hand hätte vertrieben werden sollen (vgl. act. 55 Rz 7-15), könnte alleine aufgrund der Tatsache, dass die Beklagte 1 zu einem späteren Zeitpunkt ein ähnliches Produkt anbot, ohnehin nicht auf ein früheres Gesellschaftsverhältnis zur Beklagten 1 geschlossen werden.

#### **E. 7.3.4**

Der Vorwurf der Klägerin, die Vorinstanz habe die E-Mail einer Mitarbeiterin der Beklagten 2 an J. \_\_\_\_\_ vom 16. April 2019 (act. 20/5) zu Unrecht nicht berücksichtigt (vgl. vorne E. 6.5), ist nicht zu beachten. Diese E-Mail brachten die Beklagten erst mit Eingabe vom 6. April 2021 ins Verfahren ein (act. 20; vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 3.5). Da jedoch der Aktenschluss bereits mit der Hauptverhandlung vom 2. März 2021 eintrat (vgl. vorne E. 7.1), durfte die Vorinstanz dieses (unechte und mangels der erforderlichen Sorgfalt unzulässige) Novum nicht mehr berücksichtigen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass F. \_\_\_\_\_ die E-Mail an der Parteibefragung erwähnte (act. 32 Ziff. 75). Abgesehen davon gibt die Klägerin den Inhalt der E-Mail stark verkürzt wieder und verkennt den Zusammenhang, in welchem sie geschrieben wurde. Die von der Klägerin erstmals in der Berufung vorgebrachten und damit ohnehin nicht mehr zulässigen Behauptungen (vgl. vorne E. 7.1) lassen sich der E-Mail jedenfalls nicht in der von ihr beschriebenen Weise entnehmen. Die Beklagte 1 hat somit zu keinem Zeitpunkt auf die Bezahlung ihrer Hosting-Dienstleistungen verzichtet, was auch die teilweise Sperrung des Zugangs zur Anwaltssoftware und IT-Serverinfrastruktur erklärt, welche im Übrigen – entgegen der klägerischen Behauptung – nicht eine Woche nach der Beendigung des Projekts am 13. Februar 2019, sondern erst am 21. Oktober 2019 erfolgte

Seite 21/25 (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 2.2). Dass die Beklagte 1 der Klägerin die Hosting-Dienstleistungen unentgeltlich zur Verfügung stellte, vermag die Klägerin – wie dargelegt – nicht nachzuweisen (vgl. vorne E. 7.3.1; s. dazu auch die sich widersprechenden Aussagen von F. \_\_\_\_\_ und M. \_\_\_\_\_ in act. 32 Ziff. 31, 34, 36, 65, 75 und 94).

#### **E. 7.3.5**

Demnach ist das Fazit der Vorinstanz, die Beklagte 1 sei – sowohl nach subjektiver wie auch objektiver Auslegung – nicht Teil der einfachen Gesellschaft zwischen der Klägerin und der Beklagten 2 gewesen, zu bestätigen. Damit entfällt eine Haftung der Beklagten 1 gestützt auf Art. 538 Abs. 2 OR.

#### **E. 7.4**

Im Übrigen wäre der von der Klägerin gegenüber der Beklagten 1 eingeklagte Schadenersatz selbst dann nicht zuzusprechen, wenn zwischen den Prozessparteien eine einfache Gesellschaft bestanden hätte und damit auch die Beklagte 1 Mitgesellschafterin gewesen wäre. Die Klägerin hat nämlich auch hinsichtlich der Beklagten 1 eine Verletzung gesellschaftsvertraglicher Pflichten nicht hinreichend substantiiert (vgl. hinten E. 8). Eine solche Verletzung ist denn auch nicht erkennbar, stellte doch die Beklagte 1 ihre Hosting-Dienstleistungen offensichtlich bis zur Beendigung des Projekts zur Verfügung. Abgesehen davon könnte sie für den angeblich von der Beklagten 2 verursachten Schaden ohnehin nicht verantwortlich gemacht werden, weil sie ihre Dienstleistung erbracht hat und daher von vorneherein als Schädigerin ausser Betracht fiele (vgl. Taormina, a.a.O., N 226). Hinzu kommt, dass die Klägerin von sich aus den Hosting-Anbieter gewechselt hat, weshalb sie auch allfällige hieraus entstandene Mehrkosten zu tragen hätte.

#### **E. 7.5**

Die Vorinstanz hat somit die Klage hinsichtlich der Beklagten 1 zu Recht abgewiesen, zumal klägerische Behauptungen hinsichtlich einer sonstigen vertraglichen Haftung gemäss Art. 97 OR oder hinsichtlich einer unerlaubten Handlung gemäss Art. 41 OR fehlen. Gründe für derartige Haftungen sind im Übrigen auch nicht ersichtlich.

## **E. 8**

Im Zusammenhang mit der von der Klägerin geltend gemachten Verletzung gesellschaftsvertraglicher Pflichten durch die Beklagte 2 bemängelte die Vorinstanz in erster Linie die unzureichende Substanziierung der diesbezüglichen Behauptungen der Klägerin.

### **E. 8.1**

Zur Begründung führte die Vorinstanz zusammengefasst aus, Tatsachenbehauptung müssten so konkret formuliert sein, dass ein substanziiertes Bestreiten möglich sei oder der Gegenbeweis angetreten werden könne. Die behauptungsbelastete Partei könne sich nicht mit allgemeinen, globalen Behauptungen begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunktes werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben, setze doch die Durchführung eines solchen entsprechende Behauptungen der belasteten Partei voraus. Die Substanziierung des Tatsachenfundaments gehöre in die Rechtsschriften oder in die Parteivorträge. Die mit der Substanziierungsobliegenheit belastete Partei habe die prozessualen Folgen ihres Versäumnisses zu tragen. Dies bedeute, dass sie mit einer pauschalen Behauptung nicht gehört werde. Die von der Klägerin im Zusammenhang mit der Verletzung gesellschaftsvertraglicher Pflichten vorgetragenen Tatsachenbehauptungen seien sehr allgemeiner Natur. So habe sie z.B. vorgebracht, dass gewisse Funktionen zusätzlich hätten programmiert werden müssen bzw. die zu ergänzenden Funktionen definiert worden seien oder die Beklagte zugesichert

Seite 22/25 habe, die entsprechenden Funktionen zu programmieren und die Anwaltssoftware "auf die Beine zu stellen". Diese allgemein gehaltenen Behauptungen vermöchten mangels rechtsgenügender Substanziierung keine Verletzung des Gesellschaftsvertrags durch die Beklagte 2 zu begründen. Im Übrigen sei der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass [selbst bei hinreichender Substanziierung] die Klägerin der Beklagten 2 keine schuldhafte Verletzung des Gesellschaftsvertrags habe nachweisen können (act. 41 E. 4.3-4.4.4).

### **E. 8.2**

In der Berufung wendet sich die Klägerin lediglich gegen die Eventualbegründung der Vorinstanz, wonach die Klägerin eine Verletzung des Gesellschaftsvertrags nicht habe nachweisen können. Mit der offenkundig zutreffenden Hauptbegründung, wonach die Klägerin die der Beklagten 2 vorgeworfene Verletzung gesellschaftsvertraglicher Pflichten nicht hinreichend substanziiert behauptet habe, befasst sich die Klägerin hingegen mit keinem Wort (act. 42 Rz 23-28). Damit hat sie von den zwei selbständigen Begründungen, auf denen der angefochtene Entscheid beruht, nur eine angefochten, weshalb insoweit auf die Berufung nicht einzutreten ist (vgl. vorne E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4A\_583/2021 vom 23. Mai 2022 E. 4; 4A\_436/2021 vom 22. März 2022 E. 4; 4A\_103/2019 vom 13. März 2019 E. 2.). Lediglich der Vollständigkeit halber bleibt festzuhalten, dass auch die Eventualbegründung der Vorinstanz offensichtlich zutrifft und die von der Klägerin in der Berufung angeführten Einwendungen (act. 42 Rz 23-28) an diesem Ergebnis nichts zu ändern vermöchten, weshalb ohne Weiteres auf die diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_369/2016 vom 27. Januar 2017 E. 3.1 m.w.H.). So lässt sich weder der Auflistung "Inputs neue Software – D. \_\_\_\_\_/C. \_\_\_\_\_" (act. 7/4) noch der von der Beklagten 2 schriftlich verfassten Chronologie zu den Geschehnissen (act. 7/3 bzw. 8/17) ein konkret vereinbarter, von der Beklagten 2 geschuldeter und fristgebundener

Arbeitserfolg entnehmen. Dass gemäss der Chronologie am 17. Dezember 2015 die "zu ergänzen[den] Funktionen für die 1. Version" definiert wurden, vermag – auch unter Einbezug der Aussagen von L.\_\_\_\_\_ (act. 32 Ziff. 27) – keine Zusicherungen hinsichtlich des Endprodukts zu begründen. Die klägerische Behauptung, die Beklagte 2 habe anerkannt, "nicht fähig zu sein, die Software zu programmieren", wurde von den Beklagten bestritten (vgl. act. 7 Rz 28; act. 8 Rz 65; act. 9 S. 14 [Zu Rz 28]) und blieb unbewiesen, zumal auch die entsprechende Aussage von J.\_\_\_\_\_ (act. 33 Ziff. 36), welche als Angestellte der Klägerin befangen ist (vgl. vorne E. 7.2), nicht berücksichtigt werden kann.

### **E. 8.3**

Nach dem Gesagten ist eine Haftung der Beklagten 2 gestützt auf Art. 538 Abs. 2 OR bzw. Art. 97 Abs. 1 OR zu verneinen. Im Weiteren fehlen klägerische Behauptungen hinsichtlich einer unerlaubten Handlung gemäss Art. 41 OR; Gründe für eine solche sind im Übrigen auch nicht ersichtlich. Mithin hat die Vorinstanz auch die von der Klägerin gegenüber der Beklagten 2 erhobene Klage zu Recht abgewiesen.

### **E. 9**

Im Weiteren kritisiert die Klägerin, dass die Vorinstanz auf die Befragungen von N.\_\_\_\_\_ und U.\_\_\_\_\_ verzichtet hat (act. 42 Rz 29). Auf diese Kritik braucht nicht näher eingegangen zu werden, wäre doch die Klägerin gehalten gewesen, diese Beweisanträge im Berufungsverfahren erneut zu stellen, was sie jedoch nicht getan hat (vgl. BGE 144 III 394 E. 4.2 m.w.H.; Sutter-Somm/Seiler, in: Sutter-Somm/Seiler [Hrsg.], Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2021, Art. 311 ZPO N 7). Lediglich der Vollständigkeit

Seite 23/25 halber bleibt festzuhalten, dass die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Klägerin verletzt hat, indem sie den Verzicht auf die Zeugenbefragung von U.\_\_\_\_\_ – im Gegensatz zum Verzicht hinsichtlich der Zeugenbefragung von N.\_\_\_\_\_ (act. 61 E. 4.5) – nicht begründet hat (Art. 29 Abs. 2 BV, vgl. Sogo/Naegeli, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], a.a.O., Art. 239 ZPO N 5 f. m.H.). Die Verletzung kann jedoch als geheilt gelten, da sich die Klägerin vor Obergericht, das sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüft, äussern konnte. Zudem ist die Klage ohnehin abzuweisen, weil die Klägerin hinsichtlich der Verletzung des Gesellschaftsvertrags keine substantiierten Tatsachenbehauptungen aufgestellt hat. Eine – im Übrigen von der Klägerin nicht beantragte – Rückweisung käme daher einem unnötigen formalistischen Leerlauf gleich, weshalb in jedem Fall davon abzusehen ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_1022/2015 vom 29. April 2016 E. 5.3 m.H.; act. 61 E. 4.5; vorne E. 7.4 und 8).

### **E. 10**

Abschliessend rügt die Klägerin die Höhe der der Beklagten 2 vorinstanzlich zugesprochenen Parteientschädigung, konkret die von der Vorinstanz gestützt auf § 5 Abs. 1 Ziff. 1 und 3 AnwT infolge mehrerer Verhandlungen und umfangreichen Aktenmaterials gewährten Zuschläge zum Grundhonorar (= CHF 5'000.00) von insgesamt 75 % (= CHF 3'750.00), was ein Honorar von CHF 8'750.00 und nach der Hinzurechnung von Auslagen und MWST eine Parteientschädigung von CHF 9'706.45 ergab (vgl. act. 41 E. 6). Die Klägerin weist darauf hin, dass sie eine unbegründete Klage eingereicht habe, weshalb den Parteien weitaus weniger Aufwand entstanden sei, als dies beispielsweise bei einem doppelten Schriftenwechsel der Fall gewesen wäre. Ausserdem habe sie lediglich 37 Seiten

Plädoyernotizen und 67 Seiten Beilagen eingereicht, womit die von ihr eingereichten Akten nicht umfangreich seien. Demgegenüber hätten die Beklagten umfangreiche Akten eingereicht. Dieser Umstand könne aber nicht der Klägerin angelastet werden (act. 42 Rz 30).

### **E. 10.1**

Nachdem die Parteien anwaltlich vertreten sind, ist die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung des Obergerichts über den Anwaltstarif (AnwT) festzusetzen. Beim vorliegend massgebenden Streitwert von CHF 30'000.00 (vgl. act. 41 E. 6.2) beträgt das Grundhonorar der Rechtsanwälte CHF 5'000.00 (§ 3 Abs. 1 AnwT). Dieses Grundhonorar kann unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des einzelnen Falles, namentlich der Verantwortung des Rechtsanwaltes oder der Rechtsanwältin, der Schwierigkeit des Falles und des notwendigen Zeitaufwandes, um höchstens einen Drittel über- oder unterschritten werden. Zudem sind Missverhältnisse zwischen Streitwert und Interesse der Parteien oder Bemühungen des Rechtsanwalts bzw. der Rechtsanwältin entsprechend durch Erhöhung bzw. Herabsetzung des Honorars zu berücksichtigen (§ 3 Abs. 3 und 5 AnwT). Gemäss § 5 Abs. 1 AnwT dürfen zum Grundhonorar sodann Zuschläge berechnet werden, wenn das Hauptverfahren mehrere Verhandlungen erforderte: für jede weitere Verhandlung (Ziff. 1), wenn nach der Einreichung der Klageantwort ein weiterer Schriftenwechsel stattfand: für jede zusätzliche Rechtschrift (Ziff. 2) oder in Rechnungsprozessen, Prozessen mit unverhältnismässig grossem oder fremdsprachigem Aktenmaterial, mit Studium fremden Rechtes, mit umfangreicher Korrespondenz oder sonst bei komplizierten Prozessen (Ziff. 3). Treffen mehrere dieser Voraussetzungen zu, so kann mit Rücksicht auf jede derselben ein besonderer Zuschlag berechnet werden (Abs. 2). Der einzelne Zuschlag darf bis 50 % des Grundhonorars, alle Zuschläge zusammen sollen in der Regel nicht mehr als das Grundhonorar betragen (Abs. 3).

Seite 24/25

### **E. 10.2**

Die Höhe der von der Vorinstanz der Beklagten 2 zugesprochenen Parteientschädigung ist nicht zu beanstanden. Zum einen ist zu beachten, dass es sich vorliegend um eine Teilklage hinsichtlich einer Gesamtforderung von CHF 34'515'064.45 handelt, der Fall – vor allem im Zusammenhang mit der einfachen Gesellschaft – einige Schwierigkeiten bot und der (notwendige) Zeitaufwand für die Bearbeitung offenkundig gross war, was gemäss § 3 Abs. 3 und 5 AnwT in jedem Fall eine Erhöhung des Grundhonorars um einen Drittel auf gerundet CHF 6'667.00 rechtfertigt. Zum anderen stellte die Klägerin zu Recht nicht in Abrede, dass zwei Verhandlungen durchgeführt wurden (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 3.2 und 3.6), weshalb gemäss § 5 Abs. 1 Ziff. 1 AnwT ein weiterer Zuschlag von bis zu 50 % zum Grundhonorar berechnet werden könnte, womit ein Honorar von CHF 10'000.00 resultieren würde. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass Rechtsanwalt E. \_\_\_\_\_ zwei beklagte Parteien vertrat und daher beachtliche Mehrarbeit leisten musste (vgl. § 12 Abs. 1 AnwT), was sich bereits darin zeigt, dass die Klage gegen die zwei Beklagten aus unterschiedlichen Gründen abgewiesen wurde. Im Ergebnis ist der Ermessensentscheid der Vorinstanz mithin nicht zu beanstanden, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist, ob es sich vorliegend um ein Verfahren mit "unverhältnismässig grossem [...] Aktenmaterial" (§ 5 Abs. 1 Ziff. 3) handelt und wer dieses Aktenmaterial produziert hat. Dies gilt umso mehr, als die Zivilabteilungen und die II. Beschwerdeabteilung des Obergerichts Zug bei der

Überprüfung von Ermessensentscheiden nach ständiger Praxis zwar von einer umfassenden Kognition auch bezüglich der Angemessenheit ausgehen. In einen wohl durchdachten und vertretbaren Ermessensentscheid der ersten Instanz greifen sie aber nur mit einer gewissen Zurückhaltung ein (vgl. Urteil des Obergerichts Zug Z1 2019 33 vom 16. Juni 2020 E. 3.2 m.H.). Für einen solchen Eingriff besteht im vorliegenden Fall kein Anlass.

#### **E. 11**

Zusammenfassend erweist sich die Berufung als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist. Zugleich ist der erstinstanzliche Entscheid vollumfänglich zu bestätigen.

#### **E. 12**

Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beklagte auch die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen und der Klägerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

##### **E. 12.1**

Ausgehend vom massgebenden Streitwert von CHF 30'000.00 rechtfertigt es sich, die Entscheidungsgebühr für das Berufungsverfahren auf CHF 3'600.00 festzusetzen (§ 15 Abs. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 und § 3 KoV OG).

##### **E. 12.2**

Bei einem Streitwert von CHF 30'000.00 beträgt das Grundhonorar der Rechtsanwälte CHF 5'000.00 (§ 8 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 AnwT). In Rechtsmittelverfahren sind gemäss § 8 Abs. 1 AnwT im Regelfall ein bis zwei Drittel des Grundhonorars zu berechnen, wobei in besonderen Fällen ausnahmsweise das volle Grundhonorar zugesprochen werden darf. Im vorliegenden Fall rechtfertigt es sich, infolge der besonderen Schwierigkeit des Falls, der umfangreichen Berufung und dem Missverhältnis zwischen Streitwert und Interesse der Parteien bzw. Bemühungen der Rechtsanwälte (vgl. § 3 Abs. 3 und 5 AnwT), ausnahmsweise das volle Grundhonorar zuzusprechen. Für weitere Zuschläge besteht kein Anlass. Hinzuzurechnen bleibt die von der Klägerin beantragte

Seite 25/25 Mehrwertsteuer von 7,7 % (= CHF 385.00; § 25a Abs. 1 AnwT), was eine Parteientschädigung von CHF 5'385.00 ergibt. Urteilsspruch

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