

ZH_HANDELSGERICHT HG140260 vom 19. Januar 2017

Zh Handelsgericht, 2017-01-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG140260

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG140260 du 19 janvier 2017

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG140260 del 19 gennaio 2017

Erwägungen

E. 1

Formelles

E. 1.1

Sachurteilsvoraussetzungen

E. 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).

- 11 - 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.

E. 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.

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

E. 1.1.3

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

E. 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.

- 13 -

E. 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.

E. 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 Voraus- setzung von Art. 227 Abs. 1 ZPO erfüllt ist.

E. 1.3.2

Sachlicher Zusammenhang

E. 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).

E. 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 Para- metrisierungslösung der Klägerin gewährt (act. 19 Rz. 4). Damit habe die Beklag-

- 14 - te erneut eine identische Verletzung des Implementierungsvertrags begangen, für den bereits mit der ursprünglichen Klage die Zahlung der vereinbarten Konventio- nalstrafe 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 Parametrisierungslö- sung der Klägerin gewährt, bestünde aufgrund neuer Beteiligter ein neuer Le- bensvorgang, weshalb dann grundsätzlich kein sachlicher Zusammenhang zwi- schen den beiden von der Klägerin geltend gemachten Ansprüchen gegeben wä- re (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 ge- schuldet. "Unter dieser Prämisse" sei auf die Klageerweiterung aufgrund der Fort- setzung des in der Klage behaupteten identischen Lebensvorgangs einzutreten (act. 23 Rz. 5).

E. 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: Spüh- ler/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 (DOL- GE, 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 unbegrün- det, 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.

- 15 - Die Zulässigkeit der Klageänderung kann allerdings nicht mit der Unbegründetheit der Klageerweiterung begründet werden. Die Frage der Zulässigkeit der Klageän- derung ist vor einer Entscheidung über die Sache im Rahmen der Sachurteilsvor- aussetzungen 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.

E. 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,

E. 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

- 17 - 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.

E. 1.3.4

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

E. 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 Liefere-

- 18 - 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 Programmpaket 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 SLONGO WAGEN, Der Softwareherstellungvertrag, 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.

- 19 - 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

- 20 - 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-

- 21 - 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.

E. 3

August 2015 (Zustellung der Replik/Widerklageantwort vom 14. Juli 2015 an die Beklagte; act. 22/2) zuzusprechen.

E. 3.1

Anspruchsgrundlage Mit der Hauptklage verlangt die Klägerin von der Beklagten die Leistung der mit dem Implementierungsvertrag vom 6./8. Dezember 2011 vereinbarten Vertrags- strafe. 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) Si- cherung der Verpflichtung durch eine Konventionalstrafe, (iii) Verletzung der Ver- pflichtung, (iv) Vertretenmüssen der Pflichtverletzung. Nachdem die Beklagte im Eventualstandpunkt die Übermässigkeit der Vertragsstrafe geltend macht, ist wei- ter zu prüfen, ob diese nach Art. 163 Abs. 3 OR herabzusetzen ist.

E. 3.2

Verpflichtung

E. 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 gesetz- liche Pflichten durch die Verabredung einer Vertragsstrafe sichern (PETER

- 22 - GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationen- recht, Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl. 2014, N 3786). Die Parteien können in den Schranken der Rechtsordnung beliebige Verpflichtungen sichern (EHR- AT/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 auszu- legen, 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).

E. 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 er- wirbt der Kunde keinerlei weitere Rechte. Der Kunde ist insbesondere nicht berechtigt, die Standard-G'._____™ und deren Anpassungen o- der die Anwenderdokumentation ganz oder teilweise zu kopieren, Drit- ten 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 tatsächli- cher 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

- 23 - 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).

E. 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-

- 24 - terstellt. Die Implementierung einer Geschäftssoftware beinhaltet stets die Pflege betriebspezifischer 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 betriebspezifische 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.

E. 3.3

Vereinbarung einer Konventionalstrafe

E. 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-

- 25 - 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).

E. 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).

E. 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

- 26 - 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.

E. 3.4

Pflichtverletzung betreffend C._____ AG

E. 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 Beweismit-

- 27 - 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), Kurzkomentar, 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 behauptungslastete 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.

- 28 - 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 Fällen 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).

E. 3.4.2

Streitpunkte

E. 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.

E. 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-

- 30 - 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'. _____

einzuzeigen, 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,

- 31 - 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.

E. 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.

E. 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-

- 32 - rung, 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.

Da- zu nennt sie die in der Konfigurationsbeschreibung unter "Automatische Buchun- gen" (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 an- derer Stelle bemängelt die Beklagte denn auch, die Klägerin erfinde mit ihrer Pa- rametrisierungslösung 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.

- 33 - 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 Konso- lidierungsregeln vorzunehmen gehabt habe. Diese Regeln bestünden in dem von der Klägerin mit ihrer Parametrisierungslösung in die SAP FC der Beklagten inte- grierten 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). Dar- über hinaus habe C._____ AG keine Berechtigungen erhalten, um die Parametri- sierungslösung 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 Ein- blick 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 äquiva- lenter Weise vordefiniert seien und daher keinen Geheimnischarakter hätten oder (b) proprietäre Informationen der Beklagten über ihre Berichtseinheiten sowie Be- richts- 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-

- 34 - 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 "Daten- basis" 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 Einsicht-nahme 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.

E. 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).

- 35 - 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 entfielen 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. In dem die C._____ AG Anpassungen an den Eingabeberichten vorgenommen ha-

- 36 - 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 blosser Gestattung des Einblicks bereits eine Offenlegung dar. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Beklagte die eingebauten Erfassungsberichte der C._____ AG offengelegt hat.

E. 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

- 37 - 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 Substantiiierungsobliegenheit 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

- 38 - 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.

E. 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-

- 39 - 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 Substantiierungsobliegenheit (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.

E. 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.

- 40 - 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-

- 41 - 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.

E. 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-

- 42 - 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).

E. 3.5

Pflichtverletzung betreffend D._____ Group AG

E. 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).

E. 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).

- 43 - 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).

E. 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 schwergewichtig 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

- 44 - selbst eine bloße 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 unstreitig 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).

E. 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.

E. 3.6

Vertretenmüssen

E. 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).

- 45 -

E. 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.

E. 3.6.3

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

E. 3.7

Ungültigkeit der Konventionalstrafe

E. 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).

E. 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).

- 46 - 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).

E. 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.

- 47 - 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

- 48 - 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.

E. 3.8

Herabsetzung der Konventionalstrafe

E. 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

- 49 - 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.

E. 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

- 50 - 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 in- zwischen 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).

E. 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 regulato- rischen und technologischen Anforderungen bedarf. Dasselbe gilt auch, wenn die geltend gemachte Zahl als kumulativer Aufwand bis zur Klageeinleitung zu ver- stehen 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 offen- gelegt hat. Dieser Umstand ist allerdings in der eher hohen Konventionalstrafe be-

- 51 - reits berücksichtigt. Eine Offenlegung der Parametrisierungslösung an nicht fach- kundige Personen könnte die Klägerin mit einer gewissen Gelassenheit zur Kenntnis nehmen, weil solche Personen mit diesen Informationen gar nichts an- zufangen wüssten. Naturgemäss kann die Geheimhaltungsverpflichtung nur im Hinblick auf potenzielle Konkurrenten abgefasst sein. Deshalb vermag die objekti- ve Schwere der Vertragsverletzung allfällige Herabsetzungsgründe nur be- schränkt zu kompensieren. Subjektiv hat die Beklagte zwar vorsätzlich gegen die Geheimhaltungsverpflich- tung 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 Ge- heimhaltungsverpflichtung 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 Konsolidie- rung 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 gewe- sen wäre, befand sie sich doch faktisch in einer Abhängigkeit von der Klägerin, da ein Wechsel die Weiterführung der bestehenden Parametrisierungslösung verun- möglicht und eine vollkommen neue Parametrisierung bedingt hätte. Zudem si- cherte sich die Beklagte bei der neuen Partnerin mit einer Geheimhaltungsverein- barung ab. Ein Eigeninteresse an der Offenlegung konnte sie jedenfalls nicht ha- ben, 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 Be- klagten und der C._____ AG bzw. später auch der D._____ Group AG das Inte- resse der Klägerin an der Einhaltung ihrer Geheimhaltungserklärung mit der Be- klagten auch nicht einfach dahinfallen. Die Klägerin ist an der Vereinbarung zwi- schen der Beklagten und den Drittunternehmen nicht beteiligt. Sie kann aus die- ser weder Rechte ableiten noch deren Einhaltung überprüfen oder eine spätere

- 52 - Abänderung verhindern. Mit diesem Vorgehen könnte durch eine Kette von Ge- heimhaltungserklärungen die Geheimhaltungsvereinbarung zwischen den Partei- en ad absurdum geführt werden. Es wäre indessen reine Spekulation, der Beklag- ten eine solche Absicht zu unterstellen. In diesem Zusammenhang ist es auch von untergeordneter

Bedeutung, ob die Geheimhaltungserklärung rechtsgültig un- terzeichnet und mit einer Konventionalstrafe bewehrt ist oder nicht. Es kommt selbst unter rechtlich versierten Leuten vor, dass sie der Unterschriftsberechtig- ung 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 zu- sammen 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 pflichtgemäßem Ermessen zu bestimmen (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., N 3824). Ausschlaggebend für die Reduktion der Konventionalstrafe ist die Vereinbarung, dass diese erneut ver- fällt, wenn die Geheimhaltungsvereinbarung gegenüber weiteren Personen ver- letzt wird, obwohl konkret eine personelle Identität zwischen bisherigen und neu- en die Kenntnis erlangenden Beratern besteht. Dieser Umstand muss auch für die Bestimmung des Umfangs der Reduktion wegleitend sein. Den massgeblichen

- 53 - 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.

E. 3.9

Nebenforderung

E. 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).

E. 3.9.2

Für die aufgrund der Pflichtverletzung betreffend die C._____ AG verfallene Konventionalstrafe verlangt die Klägerin Zins seit dem 11. Juli 2014. Zur Begrün- dung 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 / Widerkla- geantwortet mit der geänderten Klage vom 14. Juli 2015 (act. 19 Rz. 51). Die Be- klagte bestreitet zwar die Pflichtverletzung, zu Recht jedoch nicht die Zinsberech- nung (act. 23 Rz. 72-76).

E. 3.9.3

Der Klägerin ist antragsgemäss Zins ab dem 11. Juli 2014 bzw. ab dem

E. 3.10

Ergebnis Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin CHF 410'000.00 zuzüglich Zins zu

E. 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.

- 54 - 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 CHF 23'760.00 Erstellung von Finanzberichten 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

- 55 - 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 (Leistungskondiktion), (ii) die in Wirklichkeit nicht bestand (Rechtsgrundlosigkeit) und (iii) die leistende

- 56 - 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

- 57 - 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 re- gulären Bedienung der Parametrisierungslösung betroffen (act. 19 Rz. 97). Dar- über 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 re- ge benutzt. Auch habe N._____ in der Zeit von Mai bis Ende Oktober 2013 Fra- gen von Seiten von S._____ im Zusammenhang mit der Bedienung der Paramet- risierungslösung beantwortet und diese Stunden in der Mandatsbuchhaltung aus- schliesslich der Klägerin belastet (act. 19 Rz. 100). 4.2.3.3. Die Beklagte substantiiert weder, welche ihr unter dem Titel einer der En- gagement 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 ledig- lich, der Hotline-Vertrag vom 21. Dezember 2011 "sollte die Beantwortung einfa- cher Nutzeranfragen sicherstellen" (act. 10 Rz. 19). Bereits

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