

# ZH\_HANDELSGERICHT HG230066 vom 6. Februar 2025

Zh Handelsgericht, 2025-02-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG230066](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG230066)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG230066 du 6 février 2025

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG230066 del 6 febbraio 2025

## Erwägungen

### E. 1

Formelles

#### E. 1.1

Zuständigkeit Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO (act. 3/2) sowie Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG und ist im Übrigen unbestritten (act. 13 Rz. 7).

#### E. 1.2

Weitere Prozessvoraussetzungen Die übrigen Prozessvoraussetzungen erweisen sich als erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Damit ist auf die Klage einzutreten.

### E. 2

Vertragsverhältnis

#### E. 2.1

Unbestrittener Sachverhalt Unbestritten ist, dass zwischen den Parteien ein Vertragsverhältnis bestand, welches die Rechtsvorgängerin der Klägerin und die Beklagte abgeschlossen hatten (act. 1 Rz. 12; act. 13 Rz. 4). Die Rechtsvorgängerin der Klägerin bzw. hernach die Klägerin verpflichtete sich darin, IT-Leistungen für die Beklagte zu erbringen (act. 13 Rz. 4; act. 22 Rz. 11-18). Der Schwerpunkt lag dabei auf der Fernwartungsunterstützung für die bei der Beklagten bereits existierende Office 365-Umgebung (act. 22 Rz. 12-14, 16). Im Gegenzug hatte die Beklagte eine monatliche, jeweils im Voraus zu zahlende Pauschalentschädigung zu leisten (act. 13 Rz. 4; act. 22 Rz. 16 f.).

#### E. 2.2

Parteistandpunkte Die Beklagte führt aus, das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien sei als entgeltlicher einfacher Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR zu qualifizieren, was die jederzeitige Möglichkeit zur Kündigung miteinschliesse (act. 13 Rz. 15; act. 26 Rz. 61).

- 5 - Demgegenüber macht die Klägerin geltend, es handle sich beim vorliegenden Vertragsverhältnis im Kern, d.h. in Bezug auf die Remote-Support-Services, um einen Innominatvertrag, weshalb Art. 404 OR keine Anwendung finde (act. 22 Rz. 83).

#### E. 2.3

Rechtliches

##### E. 2.3.1

Abgrenzung Auftrag (Art. 394 ff. OR) und Werkvertrag (Art. 363 ff. OR) Während sich der Unternehmer durch den Werkvertrag zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur

Leistung einer Vergütung verpflichtet (Art. 363 OR), hat der Beauftragte die ihm übertragenen Geschäfte vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR). Das Hauptabgrenzungskriterium zwischen Auftrag und Werkvertrag bildet der Arbeitserfolg, den der Unternehmer im Gegensatz zum Beauftragten schuldet (BGE 127 III 328 E. 2a). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung können sowohl körperliche wie auch unkörperliche Arbeitsergebnisse Gegenstand eines Werkvertrages bilden (BGE 109 II 34 E. 3; BGE 119 II 40 E. 2e; BGE 115 II 50 E. 1; BGE 112 II 41 E. 1a/aa S. 46). Lässt sich ein Arbeitsergebnis bzw. Resultat nach objektiven Kriterien auf seine Vertragskonformität überprüfen, kann es vom Leistungserbringer als Erfolg versprochen werden (ZINDEL/SCHOTT, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020, Vor Art. 363 – 379 OR N 8). Bei IT-Verträgen stellt die Pflicht zur Behebung von Softwarefehlern eine werkvertragliche Leistung dar. Demgegenüber ist von einer auftragsrechtlichen Leistung auszugehen, wenn sich der Lieferant nur zu einem Tätigwerden verpflichtet und damit keinen Erfolg schuldet (FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, 2. Aufl., 2014, S. 789). Das Bundesgericht bestätigte in seinem Entscheid 4A\_573/2020 vom 11. Oktober 2021 die Qualifikation eines IT-Vertrages betreffend die Installation und Wartung eines Unterhaltungssystems (Überlassung von Hardware, Lieferung von Software mit Nutzungslizenzen, die Installation eines Systems im Hotel sowie einen Wartungsservice in Form eines Call-Centers und Vor-Ort-Einsätzen des technischen Personals) in einem Hotel als gemischten Vertrag mit Elementen aus Miet-, Lizenz-, Werk- und Wartungsvertrag (BGer 4A\_573/2020 vom 11. Oktober 2021).

### **E. 2.3.2**

#### **Innominatverträge**

- 6 - Unterschieden wird zwischen den im Besonderen Teil des OR oder in einem Spezialgesetz spezifisch geregelten Verträgen (sog. Nominatverträge) und den Innominatverträgen (vgl. BGE 129 III 604 E. 2.2 = Pra. 2004 Nr. 100). Die Innominatverträge werden in gemischte Verträge (mixti generis) und Verträge eigener Art (sui generis) unterteilt (AMSTUTZ/MORIN, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020, Einl. vor Art. 184 ff. OR N 8). Gemischte Verträge sind einheitliche Verträge, in denen Tatbestandsmerkmale verschiedener Vertragstypen kombiniert werden. Massgebend ist, dass die verschiedenen Teilleistungen zusammengehören und in Verbindung miteinander geschuldet werden (AMSTUTZ/MORIN, a.a.O., Einl. vor Art. 184 ff. OR N 9).

### **E. 2.3.3**

**Dauerschuldverhältnis** Ein Dauerschuldverhältnis ist ein Vertrag, der nicht durch den einmaligen Austausch von Leistung und Gegenleistung erfüllt wird, sondern der durch einen fortlaufenden Leistungsaustausch charakterisiert ist. Die typische Hauptleistungspflicht ist dauernd bzw. eine Dauerschuld (GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. 1968, S. 5 u. 8). Der Umfang der Gesamtleistung hängt von der Erfüllungsdauer des Rechtsgeschäfts ab (HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., 2019, N 59). Während die sogenannte einfache Schuld eine gezahlte (häufig einmalige) Leistung zum Gegenstand hat und mit ihrer Erfüllung erlischt, verlangt die Dauerschuld ein fortdauerndes oder wiederholtes Leistungsverhalten, mit dem der Schuldner solange fortzufahren hat, als die Schuld besteht

(GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., 2020, N 94). Deshalb erlischt die Dauerschuld nicht durch Erfüllung, sondern muss erfüllt werden, bis sie durch Zeitablauf oder aus einem bestimmten Grund (z.B. infolge Kündigung) erlischt (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N 94). Es ist hingegen zivilrechtlich ausgeschlossen, obligatorische Verträge auf «ewige» Zeiten abzuschliessen und aufrechtzuerhalten (BGE 131 I 321 E. 5.5; GAUCH, a.a.O., S. 24).

#### **E. 2.3.4**

Anwendbarkeit von Art. 404 OR

- 7 - Gemäss Art. 404 Abs. 1 OR kann ein Auftrag jederzeit widerrufen oder gekündigt werden. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist dieses Beendigungsrecht zwingend und darf weder vertraglich wegbedungen noch eingeschränkt werden. Es besteht auch, wenn ein Auftrag mit einer festen Dauer vereinbart wurde (BGE 104 II 108 E. 4). Das zwingende jederzeitige Beendigungsrecht gilt sowohl für reine Auftragsverhältnisse als auch für gemischte Verträge, für welche hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien die Bestimmungen des Auftragsrechts als sachgerecht erscheinen (BGer 4A\_542/2020 vom 3. März 2021 E. 3.3.1; BGE 110 II 389 E. 2 S. 382, BGE 109 II 362 E. 3d S. 466). Auch auf atypische Auftragsverhältnisse findet es Anwendung. Das Bundesgericht hat trotz Kritik der Lehre an dieser Praxis festgehalten (BGE 115 II 464 E. 2a; BGer 4A\_680/2016 vom 12. Juli 2017 E. 3.1; 4A\_141/2011 vom 6. Juli 2011 E. 2.2 und 2.3; 4A\_437/2008 vom 10. Februar 2009 E. 1.4 ff.; je mit Hinweisen; 4A\_213/2008 vom 29. Juli 2008 E. 5.2). Für die Frage, ob hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien die Bestimmungen des Auftragsrechts als sachgerecht erscheinen, wird vor allem darauf abgestellt, ob nach Art des Vertrages ein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien unerlässlich ist und ihm besondere Bedeutung zukommt (BGer 4A\_542/2020 vom 3. März 2021 E. 3.3.1; 4A\_686/2016 vom 12. Juli 2017 E. 3.1, 4A\_284/2013 vom 13. Februar 2014 E. 3.5.1, 4C.24/1989 vom 24. April 1990 E. 2c). Hingegen schliesst das Bundesgericht die analoge Anwendung des zwingenden Kündigungsrechts auf Dauerschuldverträge aus, wobei es in der Vergangenheit wiederholt einfache Aufträge als Dauerschuldverträge qualifiziert hat. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts steht somit in einem gewissen Widerspruch, weil das freie Widerrufs- und Kündigungsrecht auf Dauerverträge angewandt wird, wenn es sich um einen einfachen Auftrag handelt, jedoch die analoge Anwendung auf andere Dauerschuldverträge nicht zulässt mit dem Hinweis auf deren Dauerschuldcharakter (OSER/WEBER, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020, Art. 404 OR N 9 m.w.H.).

#### **E. 2.4**

Würdigung Mit dem Abschluss des vorliegenden Wartungsvertrags haben die Parteien keinen einmaligen Austausch einer Leistung und Gegenleistung vereinbart, sondern einen

- 8 - fortlaufenden Leistungsaustausch für eine zunächst feste Vertragsdauer von zwölf Monaten und eine anschliessend unbefristete Dauer mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten auf das Ende eines Quartals (act. 3/4 Ziffer 5). Vor diesem Hintergrund ist von einem Dauerschuldverhältnis auszugehen. Inhaltlich haben die Parteien verschiedene IT-Leistungen im Vertrag festgehalten, welche die Klägerin zu erbringen hatte (vgl. act. 3/4 Ziff. 3): aktive Überwachung aller Dienste, um eine proaktive Kontrolle der Kapazität, des Speicherplatzes und der Verfügbarkeit der Anwendungen zu gewährleisten, Wartung

(regelmäßige Aktualisierungen des Betriebssystems, der Firmware und der Software), Sicherungen (tägliche Überprüfung der Sicherungen), Helpdesk (Ticketsystem, Unterstützung per Telefon/E-Mail). Die aufgezählten Leistungen stellen Fremdleistungen im IT-Bereich dar. Bei der Wartung und der Sicherung ist ein Erfolg geschuldet – die tatsächliche Aktualisierung des Betriebssystems, der Firmware und der Software sowie die Erstellung der Backups. Dies stellt ein werkvertragliches Element dar. Indessen handelt es sich insbesondere beim finanziell wichtigsten Punkt "Support" um eine Verpflichtung zum (sorgfältigen) Tätigwerden und Zurverfügungstellen von Fachwissen und damit ein auftragsrechtliches Element. Folglich ist die streitgegenständliche Vereinbarung als gemischter Vertrag zu qualifizieren, wobei der Schwerpunkt bei der auftragsrechtlichen Komponente liegt. Mithin erscheint die Anwendung von Auftragsrecht grundsätzlich als angemessen, zumal gemäss Art. 394 Abs. 2 OR alle Verträge, die keiner besonderen Vertragsart des OR entsprechen, unter den Vorschriften über den Auftrag stehen. Beim Vorliegen eines gemischten Vertrages hängt die Anwendbarkeit des jederzeitigen Kündigungsrechts nach Art. 404 Abs. 1 OR vom Vorliegen der zusätzlichen Bedingung des besonderen Vertrauensverhältnisses ab, was nachfolgend zu prüfen ist. In den Rechtsschriften der Beklagten ist zwar verschiedentlich, konkret im Zusammenhang mit der Vertragsbeendigung, von einem Vertrauensverhältnis die Rede (vgl. act. 13 Rz. 16; act. 26 Rz. 29, 50, 54, 63, 76), wobei die Beklagte nicht geltend macht, es handle sich um ein spezifisches, einem Auftrag inhärentes Vertrauensverhältnis. Ein ausgeprägtes Vertrauenselement, wie es bei einem Arzt, Anwalt

- 9 - oder Treuhänder in der Regel angenommen wird und sich durch die Personenbezogenheit auszeichnet, ist damit nicht dargetan. Vorliegend stand nicht ein besonderes Vertrauen in eine bestimmte Person, welche die Dienstleistungen erbringt, im Vordergrund, sondern vielmehr die technische Unterstützung, welche die Klägerin anbietet. Richtig ist zwar, dass der Vertrag aufgrund seines Inhalts und der damit verbundenen Möglichkeit des Zugriffs auf besonders sensitive Daten durchaus Vertrauen in die Seriosität der Klägerin voraussetzte. Diese Art von Vertrauen kann jedoch nicht gleichgesetzt werden mit einem Vertrauensverhältnis, das infolge Personenbezogenheit des Vertrages unerlässlich ist und dem besondere Bedeutung zukommt. Die Beklagte legt auch nicht dar, inwiefern die Personenbezogenheit das vorliegende Vertragsverhältnis massgeblich ausgezeichnet haben soll. Ein entsprechendes gesteigertes Vertrauensverhältnis kann vorliegend nicht bejaht werden, weshalb Art. 404 OR auf das vorliegende Vertragsverhältnis keine Anwendung findet, zumal es sich nicht um einen "typischen" Auftrag handelt. Dies entspricht überdies auch dem Sinn und Zweck des Vertrags: Zur Gewährleistung, dass die vereinbarten (Support-)Leistungen bei Bedarf auch erbracht werden konnten, musste die Klägerin die notwendigen Ressourcen bereitstellen. Deshalb ist das Vereinbaren einer Kündigungsfrist zur notwendigen Anpassung der Ressourcen sachgerecht.

## **E. 2.5**

Fazit Es handelt sich vorliegend um einen gemischten Vertrag mit werkvertraglichen und auftragsrechtlichen Elementen. Art. 404 OR findet auf das vorliegende Vertragsverhältnis keine Anwendung. Nachfolgend ist zu prüfen, ob eine Vertragsverletzung vorliegt.

## **E. 3**

Vertragsverletzung

### **E. 3.1**

## Unbestrittener Sachverhalt

- 10 - Unbestritten ist, dass E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ am 22. Februar 2022 Daten der Beklagten heruntergeladen haben (act. 13 Rz. 6 f.; act. 22 Rz. 33 ff.).

### **E. 3.2**

Parteistandpunkte Die Beklagte macht geltend, E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ seien am 11. Februar 2021 als Mitglied der Geschäftsleitung sowie des Verwaltungsrates der Beklagten abgewählt worden und hätten damit keinerlei Berechtigung mehr gehabt, für die Beklagte zu handeln. Gleichwohl habe die Klägerin diese unterstützt, sämtliche der Beklagten gehörenden Daten herunterzuladen (act. 13 Rz. 6 f.). Nach der am 24. Februar 2021 erfolgten Mitteilung von G.\_\_\_\_\_ in ihrer Funktion als Verwaltungsrätin der Beklagten, wonach der Klägerin jede Kommunikation mit E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ ab sofort untersagt sei, habe es die Klägerin trotz Nachfrage unterlassen, sie (die Beklagte) darüber zu informieren, dass zwei Tage zuvor sämtliche der Beklagten gehörenden Daten von diesen Personen heruntergeladen worden seien (act. 13 Rz.

### **E. 3.3**

#### Rechtliches

#### **E. 3.3.1**

Beweislast Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, jene Partei das Vorhandensein einer Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Grundsätzlich ist das Verhältnis der anwendbaren materiellen Normen für die Beweislastverteilung massgebend. Dieses bestimmt im Einzelfall, ob eine rechtsbegründende, rechtsaufhebende bzw. rechtsvernichtende oder rechtshindernde Tatsache zu be-

- 11 - weisen ist. Wer einen Anspruch geltend macht, hat die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen. Demgegenüber liegt die Beweislast für rechtsvernichtende oder rechtshindernde Tatsachen bei der Partei, welche den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet (BGE 128 III 271 E. 2aa). Der Nachweis der (quantitativ und qualitativ) richtigen Erfüllung des Vertrags obliegt zwar grundsätzlich dem Schuldner, wobei bei vorbehaltloser Annahme der Leistung durch den Gläubiger aber eine Beweislastumkehr erfolgt (BGer 4C.131/2000 vom 24. April 2001 E. 4b; WEBER/EMMENEGGER, in: Berner Kommentar, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Art. 97 OR N 518 ff.; OSER/WEBER, a.a.O., Art. 394 OR N 41 mit Verweis auf SJZ 1996, 441; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2016, N 76.01 f.). Bei Vertragsverletzungen gelten indessen – abgesehen vom Exkulpationsbeweis des Schuldners (Art. 97 Abs. 1 OR) – die Beweislastregeln des Deliktsrechts (Art. 99 Abs. 3 OR), weshalb das Vorliegen einer Vertragsverletzung bzw. einer Sorgfaltswidrigkeit durch den Gläubiger zu behaupten und zu belegen ist (Urteil des Handelsgerichts HG110215 vom 27. April 2015 E. 2.3.4. m. H. auf OSER/WEBER, a.a.O., Art. 398 OR N 32 m.w.H.).

#### **E. 3.3.2**

Verletzung des Vertrags Der Beauftragte haftet dem Auftraggeber für die getreue und sorgfältige Ausführung des übertragenen Geschäfts (Art. 398 Abs. 2 OR). Falls das Mandat nicht korrekt erfüllt wird, hat der Beauftragte gegebenenfalls für die Folgen einzustehen und schuldet dem Auftraggeber Ersatz des aus der Vertragsverletzung erwachsenen Schadens. Massgebend für die Schadenersatzpflicht sind (mangels besonde-

rer Vorschriften) die Art. 97 ff. OR. Der Beauftragte ist gemäss Art. 400 Abs. 1 OR schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten. Die auftrags- rechtliche Informationspflicht umfasst sowohl eine Pflicht zur Berichterstattung über die gesamte Auftragsausführung (Zwischen- oder v.a. Schlussbericht) als auch

- 12 - eine Pflicht zur Einzelauskunftserteilung auf jederzeitiges Verlangen. Unter Art. 400 OR ist nur die Information auf Verlangen des Auftraggebers zu subsumieren, während die Pflicht zur unaufgeforderten Information Teil der gemäss Art. 398 OR geschuldeten Treuepflicht ist (FELLMANN, in: Hausheer [Hrsg.], Berner Kommentar, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Art. 400 OR N 19 ff., 53 f.).

### **E. 3.4**

Würdigung Gemäss Ziff. 12 des Vertrags verpflichten sich die Vertragsparteien, über alle Kundendaten sowie über alle Erkenntnisse und Unterlagen, die zur betrieblichen Vertraulichkeitssphäre der anderen Vertragspartei gehören, Stillschweigen zu bewahren. Die Parteien haben durch geeignete Massnahmen sicherzustellen, dass vertrauliche Informationen nicht an Dritte weitergegeben und nicht öffentlich gemacht werden (vgl. act. 3/4). Festzuhalten ist zunächst, dass die Klägerin für den internen Zuständigkeitskonflikt bei der Beklagten nicht verantwortlich ist. Die auftragsrechtliche Auskunft- und Informationspflicht kann sich denn auch nur auf den tatsächlich vereinbarten Inhalt des Vertrags beziehen. Die Klägerin war weder vertraglich noch auftragsrechtlich dazu verpflichtet, allfällige unberechtigte Handlungen von Personen, die bei der Beklagten eine Organfunktion wahrnehmen, aufzuklären. Wie die Klägerin zu Recht ausführt, war der Klägerin die Abwahl von E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ am 22. Februar 2021 noch nicht bekannt und diese hätte ihre auch nicht bekannt sein müssen: Zum einen hat die Beklagte die Klägerin unbestrittenermassen erst später darüber informiert (vgl. act. 13 Rz. 8 ff.) und zum anderen erfolgte die entsprechende Mutation im Handelsregister erst am 25. Februar 2021 (Tagesregister-Datum) bzw. 2. März 2021 (SHAB-Datum) (vgl. act. 22 Rz. 35.e, 36; act. 3/2). Auch in dieser Hinsicht behauptet die Beklagte nichts anderes. Ferner erfolgte die Installation der MS SharePoint-Lösung bei der Beklagten durch diese selbst, was auch die Definition der Administratoren- und Zugangsrechte beinhaltete (vgl. act. 22 Rz. 35.c; wird nicht bestritten in act. 26 Rz. 32 ff.). F.\_\_\_\_\_ war zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung einer der IT-Kontaktpersonen für die Klägerin und hatte volle IT-Weisungsbefugnisse (vgl. act. 22 Rz. 35.f; wird nicht bestritten

- 13 - in act. 26 Rz. 32 ff.). Vor diesem Hintergrund hatte die Klägerin keinen Anlass E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ Informationen zu verweigern, zumal es sich bei der angefragten Funktion um eine Standard-Microsoft-Funktion handelte. Zu prüfen ist sodann, ob die Klägerin vertragswidrig handelte, nachdem sie von der genannten Abwahl Kenntnis erlangt hatte. Unbestrittenermassen informierte G.\_\_\_\_\_ die Klägerin am 24. Februar 2021 per E-Mail dahingehend, dass fortan jeglicher Kontakt mit E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ zu unterlassen sei (vgl. act. 15/5). Dass sich die Klägerin dieser Anordnung widersetzt habe, macht die Beklagte nicht geltend. Sie führt aber an, die Klägerin habe der neuen Führung der Beklagten den Download trotz ausdrücklicher Frage vom 24. Februar 2021 nicht zur Kenntnis gebracht (vgl. act. 13 Rz. 9). Entgegen der Behauptung der Beklagten wurde der Download nicht erst im Dezember 2021 zwischen den Parteien thematisiert, sondern spätestens im März und Juni 2021 (vgl. act. 22 Rz. 48 m.w.H., Rz. 44 f.; act. 23/15 f.). Entgegen der Auffassung der Beklagten ist sodann nicht davon auszugehen, dass die

Klägerin aufgrund der allgemeinen auftragsrechtlichen Informationspflicht verpflichtet gewesen wäre, die Beklagte im Nachhinein über die Anfrage von E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ zu informieren, zumal die Beklagte anscheinend am 24. Februar 2021 bereits Kenntnis vom Download hatte (vgl. act. 15/5). So wie die Frage von G.\_\_\_\_\_ formuliert ist ("Why did you give them personal copies of B.\_\_\_\_\_ Sharepoint information and their entire inboxes on the 16th of February"?), war der Gegenstand des Datenzugriffs bereits damals bekannt und umfasste sämtliche Informationen auf dem Sharepoint der Beklagten sowie die jeweils eigene "Inbox" der genannten Herren. Es überzeugt vor diesem Hintergrund denn auch nicht, wenn die Beklagte geltend macht, sie habe erst am 10. Dezember 2021 vom Ausmass der Handlung von E.\_\_\_\_\_ Kenntnis erlangt (vgl. 26 Rz. 45), zumal es sich um eigene Daten der Beklagten handelte und sie jederzeit hätte darauf zugreifen bzw. sich entsprechend informieren können. Selbst wenn die Klägerin auf die Frage gemäss E-Mail-Nachricht vom 24. Februar 2021 (vgl. act. 15/5 sowie obenstehendes Zitat) nicht (sofort) geantwortet hat, stellte dies per se keine Vertragsverletzung dar. Die Beweggründe einzelner Handlungen der Beauftragten ist nicht von der auftragsrechtlichen Informationspflicht

- 14 - umfasst. Ferner musste auch für die Beklagte offensichtlich sein, dass die Klägerin die Anfrage von E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ beantwortet hatte, weil sie zu diesem Zeitpunkt noch keine Kenntnis von deren Abwahl und damit keinen Anlass gehabt hatte, entsprechende Informationen zu verweigern. Die Klägerin durfte in guten Treuen annehmen, dass die Beklagte vom Datendownload oder zumindest von der Möglichkeit der beiden ehemaligen Vertretungsberechtigten E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_, auf Daten der Beklagten zuzugreifen, wusste. Daran ändern auch die Ausführungen der Beklagten nichts, wonach E.\_\_\_\_\_ die Daten bzw. den Download für sich persönlich verlangt habe (vgl. act. 26 Rz. 6; act. 13 Rz. 6 m.H.a. act. 15/3). Im Zeitpunkt der Anfrage von E.\_\_\_\_\_ fehlte auf Seiten der Klägerin jeglicher Anlass, an dessen Berechtigung in Bezug auf die Daten der Beklagten zu zweifeln. Gerade in Zeiten von Homeoffice bzw. ortsunabhängigem Arbeiten ist die Anfrage von E.\_\_\_\_\_ nicht aussergewöhnlich, geschweige denn per se verdächtig. Daran ändert auch die Mitteilung vom 24. Februar 2021 (vgl. act. 15/5), dass es sich bei E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ um ehemalige Mitarbeitende der Beklagten handle, mit welchen die Klägerin nicht mehr kommunizieren dürfe, nichts, zumal die Klägerin lediglich über eine bei der Beklagten offen verfügbare Funktion, welche überdies für Datensicherungen allgemein üblich und bekannt ist, informiert hat (vgl. act. 22 Rz. 34; act. 31 Rz. 7). Auch geht aus der genannten Mitteilung der Beklagten nicht etwa hervor, dass besondere Vorsicht geboten oder namentlich ein "Datendiebstahl" zu erwarten sei. Es handelt sich lediglich um einen neutralen Hinweis ohne besondere Grundangabe. Auch aufgrund des der Klägerin bzw. I.\_\_\_\_\_ vorgeworfenen passiven Verhaltens (vgl. act. 26 Rz. 11 ff.) ist eine Vertragsverletzung nicht erstellt. Die Beklagten tut eine solche nicht konkret dar. Insbesondere führt die Beklagte nicht aus, welche Unterlassungen den Vertrag konkret verletzt haben sollen und inwiefern die Klägerin gemäss Vertrag verpflichtet gewesen sein soll, aktiv an der Aufklärung eines behaupteten "Datendiebstahls" mitzuwirken. Die vertraglichen Pflichten der Klägerin beschränken sich auf die im Vertrag geregelten Dienstleistungen (aktive Überwachung aller Dienste, Wartung, Sicherungen und Helpdesk). Im Übrigen geht es nicht an, die auftragsrechtlichen Informations- und Auskunftspflichten derart weit

- 15 - auszudehnen, dass eine solche Verpflichtung der Klägerin zur aktiven Mitwirkung an der Aufklärung eines behaupteten "Datendiebstahls" bestünde. Schliesslich ist auf den von der Beklagten behaupteten Zugriff von F.\_\_\_\_\_ auf den persönlichen OneDrive-Ordner von G.\_\_\_\_\_ einzugehen. Die Beklagte behauptet nicht einmal explizit, dass die Klägerin für diesen Zugriff verantwortlich sei (vgl. act. 26 Rz. 8). Eine entsprechende Verantwortlichkeit der Klägerin ist auch nicht ersichtlich, zumal die Klägerin unbestrittenermassen nie Zugriff auf oder Verantwortung für den persönlichen OneDrive-Ordner von G.\_\_\_\_\_ und keine Kenntnis von dessen Verlinkung mit der beklagten IT-Infrastruktur hatte (vgl. act. 31 Rz. 11).

### **E. 3.5**

Fazit Zusammenfassend gelingt es der Beklagten nicht, eine Vertragsverletzung durch die Klägerin darzutun. Nachfolgend ist zu prüfen, wie und wann das Vertragsverhältnis beendet wurde. 4. Beendigung des Vertrags 4.1. Parteistandpunkte Die Klägerin macht geltend, sie habe das Vertragsverhältnis mit Schreiben vom 28. Juni 2022 per Ende 2022 beendet, weil die Beklagte verschiedene Rechnungen unbezahlt gelassen oder diese teilweise nur schleppend bezahlt habe (act. 1 Rz. 15; act. 3/5). Die Beklagte habe den Vertrag in den Jahren 2021, 2022 und 2023 weder explizit noch implizit gekündigt, weshalb sie (die Klägerin) ihre Infrastruktur und Ressourcen für die vertraglichen Leistungen bis Ende 2022 bereitstellt und zugunsten der Beklagten aufrechterhalten habe (act. 22 Rz. 23). Demgegenüber behauptet die Beklagte, sie habe die Zusammenarbeit aufgrund der offensichtlichen Vertragsverletzung bzw. Nichterfüllung einer aus ihrer Sicht wesentlichen vertraglichen Verpflichtung als beendet erachtet und die Zahlungen an die Klägerin eingestellt (act. 13 Rz. 11). Sie bestreitet, dass der Vertrag zwischen den Parteien bis Ende 2022 aufrechterhalten worden sei. Die Tätigkeit der Klägerin sei für sie (die Beklagte) faktisch nutzlos gewesen, weshalb sie darauf

- 16 - verzichtet habe. Es habe für die Klägerin offensichtlich sein müssen, dass sie (die Beklagte) deren Dienste nicht länger in Anspruch genommen und den Vertrag somit im Dezember 2021 konkludent faktisch beendet habe (act. 13 Rz. 12 f.; act. 26 Rz. 29). 4.2. Rechtliches 4.2.1. Widerruf bzw. Kündigung nach Art. 404 OR Widerruf und Kündigung sind einseitig ausübbar, auflösende Gestaltungsrechte. Die Widerrufs- bzw. Kündigungserklärung ist – vorbehaltlich einer anderslautenden Abrede – nicht an eine bestimmte Form gebunden. Sie kann auch konkludent erfolgen oder in eine Bitte gekleidet sein, sofern der Auflösungswille erkennbar wird (BGer 4A\_256/2011 vom 23. September 2011 E. 3.3; OSER/WEBER, a.a.O., Art. 404 N 6 m.H.a. BGE 57 II 190). 4.2.2. Kündigung von Dauerschuldverhältnissen Es entspricht einem allgemeinen Grundsatz, dass Dauerschuldverhältnisse von einer Partei bei Vorliegen von wichtigen Gründen, welche die Vertragserfüllung für sie unzumutbar machen, vorzeitig gekündigt werden können. Ein wichtiger Grund zur Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn die Bindung an den Vertrag für die Partei wegen veränderter Umstände ganz allgemein unzumutbar geworden ist, also nicht nur unter wirtschaftlichen, sondern auch unter anderen die Persönlichkeit berührenden Gesichtspunkten. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, nach dem einer Partei eine Weiterführung des Vertrags nicht mehr zugemutet werden kann, besteht ohne weiteres ein Recht dieser Partei auf eine sofortige Auflösung eines Dauervertrages. Es muss ihr unter dieser Voraussetzung möglich sein, sich vom Vertrag zu lösen. Bei besonders schweren Vertragsverletzungen ist ein wichtiger Grund regelmässig zu bejahen. Auch weniger gravierende Vertragsverletzungen

können aber eine Fortsetzung des Vertrags für die Gegenpartei unzumutbar machen, wenn sie trotz Verwarnung oder Abmahnung immer wieder vorgekommen sind, so dass nicht zu erwarten ist, weitere Ver-

- 17 - warnungen würden den Vertragspartner von neuen Vertragsverletzungen abhalten (BGE 138 III 304 E. 7 S. 319). 4.3. Würdigung Die Beklagte behauptet nicht, sie habe den Vertrag entsprechend der vertraglichen Regelung, wonach dieser nach Ablauf der Minimaldauer von zwölf Monaten mit einer sechsmonatigen Kündigungsfrist quartalsweise gekündigt werden kann und wonach Änderungen schriftlich erfolgen müssen (vgl. act. 3/4 Ziff. 5 und 12), gegenüber der Klägerin explizit geschweige denn schriftlich gekündigt. Selbst wenn sich die Beklagte nicht an die vertraglich vereinbarten Kündigungsmodalitäten halten müsste, sondern sich auf Art. 404 Abs. 1 OR berufen und jederzeit kündigen könnte, wäre nach den allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsätzen zumindest erforderlich, dass sie ihren Auflösungs Willen konkludent geäußert hat und die Beendigungsabsicht für den Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben erkennbar war. Ersteres macht sie zwar geltend (vgl. act. 26 Rz. 29); es überzeugt allerdings aufgrund der dargestellten und aus den Akten ersichtlichen Abläufen nicht. Insbesondere bezahlte die Beklagte bereits vor der behaupteten Vertragsbeendigung ihre Rechnungen nicht (zuverlässig), so dass für die Klägerin ■ entgegen der Behauptung der Beklagten (vgl. act. 13 Rz. 13) ■ aufgrund dieses Umstands gerade nicht offensichtlich war, dass die Beklagte die Zusammenarbeit beenden wollte, zumal die Beklagte noch im November 2021 in Aussicht stellte, alle ausstehenden Rechnungen umgehend zu bezahlen (vgl. act. 22 Rz. 59; act. 23/20 f.). Die Beklagte führt ferner selbst auch aus, sie habe am 4. November 2021 einen Betrag von CHF 14'500.– an die Klägerin bezahlt (act. 13 Rz. 19). Somit ging sie damals von offenen Forderungen der Klägerin aufgrund erbrachter Dienstleistungen aus. Sogar im Laufe des Jahres 2022 hat die Beklagte anscheinend noch die Begleitung offener Rechnungen in Aussicht gestellt (vgl. act. 22 Rz. 73; wird nicht bestritten in act. 26 Rz. 56 f.). Auch die behauptete Nichtinanspruchnahme der klägerischen Leistungen stellt per se keine konkludente Beendigung des Vertrags dar, zumal für den hauptsächlich geschuldeten Support gerade typisch ist, dass er nicht gleichmässig beansprucht bzw. für eine gewisse Zeit auch einmal nicht benötigt

- 18 - wird. Entgegen den Behauptungen der Beklagten hat diese die Leistungen der Klägerin anscheinend weiterhin in Anspruch genommen (vgl. act. 22 Rz. 68 m.H.a. act. 23/25). Im Falle einer konkludenten Vertragsauflösung ist ferner nicht davon auszugehen, dass nach diesem Zeitpunkt gestellte Rechnungen einfach kommentarlos nicht mehr bezahlt werden, sondern es wäre zeitnah ein gewisser Widerspruch zu erwarten (vgl. act. 22 Rz. 59). Eine dahingehende Äusserung der Beklagten wird nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. Im Übrigen erscheint es lebensfremd, anzunehmen, dass eine derart gravierende Willenserklärung, welche die sofortige Vertragsauflösung zur Folge hätte, stillschweigend erfolgt, zumal es sich vorliegend um geschäftserfahrene Parteien handelt. Da es sich vorliegend um ein Dauerschuldverhältnis handelt, wäre gegebenenfalls auch eine fristlose Kündigung denkbar. Ein wichtiger Grund, namentlich eine Vertragsverletzung, welcher eine fristlose Kündigung rechtfertigen würde, liegt vorliegend allerdings nicht vor. Selbst wenn ein wichtiger Grund vorliegen würde, setzte die entsprechende Beendigungserklärung nach den allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsätzen zumindest voraus, dass der Kündigungswillen konkludent geäußert wird und die Beendigungsabsicht für den Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben erkennbar ist.

Dies ist vorliegend wie obenstehend in Bezug auf die Beendigung nach Art. 404 OR ausgeführt, nicht der Fall. Die Ausführungen gelten sinngemäss für eine fristlose Kündigung. Vor diesem Hintergrund geht das Gericht nicht von einer konkludenten Beendigung des streitgegenständlichen Vertrags durch die Beklagte per Ende 2021 aus. Mithin lief der Vertrag aufgrund der von der Klägerin ausgesprochenen Kündigung bis Ende 2022. 4.4. Fazit Der streitgegenständliche Vertrag endete aufgrund der von der Klägerin ausgesprochenen Kündigung per Ende 2022.

- 19 - 5. Nichterfüllung des Vertrags 5.1. Parteistandpunkte Die Beklagte erhebt in Bezug auf das Honorar vom 24. Februar 2021 bis 10. Dezember 2021 die Einrede des nichterfüllten Vertrags und macht geltend, sie sei berechtigt gewesen, ihre Zahlungen während zehn Monaten einzustellen, weil die Klägerin einer wesentlichen Vertragspflicht nicht nachgekommen sei (act. 13 Rz. 14 f.). Die Klägerin bestreitet dies und entgegnet, dass die Parteien im Kern Remote-Support-Leistungen vereinbart hätten, wobei nicht massgeblich sei, ob die Beklagte diese tatsächlich in Anspruch genommen habe (act. 22 Rz. 78 ff.). 5.2. Rechtliches Wer bei einem zweiseitigen Vertrag den andern zur Erfüllung anhalten will, muss entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat (Art. 82 OR). Die Norm begründet ein Leistungsverweigerungsrecht. Es handelt sich um eine aufschiebende Einrede des Schuldners mit der Wirkung, dass dieser die von ihm geforderte Leistung bis zur Erbringung oder Anbietung der Gegenleistung zurückhalten darf (Einrede des nicht erfüllten Vertrages) (SCHROETER, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020, Art. 82 OR N 2). Das Eingreifen von Art. 82 OR setzt voraus, dass ein vollkommen zweiseitiger (synallagmatischer) Vertrag vorliegt, dass die Leistungen der beiden Parteien in einem Austauschverhältnis zueinander stehen und dass keine der Parteien vorleistungspflichtig ist (SCHROETER, a.a.O., Art. 82 OR N 9, 24). Art. 82 OR ist nicht per se auf Hauptleistungspflichten beschränkt, sondern kann auch auf Nebenpflichten anwendbar sein, wenn die Hauptleistungspflicht ohne diese praktisch wertlos ist (SCHROETER, a.a.O., Art. 82 OR N 25). 5.3. Würdigung und Fazit Eine Vertragsverletzung liegt wie bereits dargelegt nicht vor. Insbesondere gelingt es der Beklagten nicht, einen Verstoss gegen die auftragsrechtliche Auskunfts- und

- 20 - Informationspflicht darzutun. Wie die Klägerin zu Recht ausführt, war sie gemäss Vertrag mit der Beklagten vor allem verpflichtet, Remote-Support-Leistungen zu erbringen, welche auf Anfrage der Beklagten in Anspruch genommen werden können, aber nicht müssen. Ob die Beklagte die Leistungen tatsächlich in Anspruch genommen hat, ist nicht massgeblich (vgl. act. 22 Rz. 78). Inwiefern die Klägerin abgesehen davon gemäss Vertrag zu erbringende Leistungen nicht erfüllt haben soll, macht die Beklagte nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Nach dem Gesagten hat die Beklagte kein Leistungsverweigerungsrecht gestützt auf Art. 82 OR und ist folglich nicht berechtigt, die Honorarzahlungen an die Klägerin zu verweigern. Es kann daher offen bleiben, ob und wie die Einrede des nicht erfüllten Vertrages auf das vorliegende Dauerschuldverhältnis anzuwenden wäre. 6. Honoraranspruch 6.1. Unbestrittener Sachverhalt Unbestritten ist, dass die Parteien einerseits ein monatlich geschuldetes Pauschalhonorar und andererseits eine Entschädigung nach Aufwand bei zusätzlichen Leistungen nach entsprechender Instruktion der Beklagten vereinbart haben (act. 13 Rz. 4; act. 3/4; act. 22 Rz. 16 u. 18). 6.2. Parteistandpunkte Die Klägerin führt aus, die Beklagte habe verschiedene Rechnungen der Klägerin nicht bezahlt. Der aktuelle Ausstand betrage CHF 39'264.05 (act. 1 Rz. 15-17

m.H.a. act. 3/6 f.). In Bezug auf die Mehrwertsteuer vertritt die Klägerin die Auffassung, diese sei im vertraglichen Pauschalbetrag von CHF 2'388.75 nicht mitenthalten gewesen (act. 22 Rz. 24). Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, in dem monatlich geschuldeten Pauschalhonorar von CHF 2'288.75 sei die Mehrwertsteuer nach ihrem Verständnis mitenthalten gewesen (act. 13 Rz. 4). Ferner macht sie sinngemäss

- 21 - geltend, sie habe Anspruch auf eine Honorarkürzung infolge unsorgfältiger Auftragsausführung (act. 26. Rz. 15 f). 6.3. Würdigung Bei Gütern und Dienstleistungen, die direkt an die Konsumenten gehen, muss die Mehrwertsteuer zwar ausgewiesen, im angeschriebenen Endpreis aber bereits inbegriffen sein. Hingegen sind im Geschäftsverkehr Nettopreise zuzüglich Mehrwertsteuer üblich. Vorliegend war die Mehrwertsteuer in allen Rechnungen jeweils separat ausgewiesen und die Beklagte hat diese Rechnungen über mehrere Monate vorbehaltlos bezahlt (vgl. act. 22 Rz. 26; act. 3/7; act. 23/10-14). Vor diesem Hintergrund durfte und musste die Beklagte nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, dass die Mehrwertsteuer bereits im monatlichen Pauschalhonorar enthalten ist, sondern schuldet diese zusätzlich. Eine Vertragsverletzung liegt wie bereits dargelegt nicht vor. Insbesondere gelingt es der Beklagten nicht, einen Verstoß gegen die auftragsrechtliche Auskunft- und Informationspflicht darzutun. Inwiefern die Klägerin abgesehen davon gemäss Vertrag zu erbringende Leistungen nicht korrekt bzw. sorgfältig erfüllt haben soll, macht die Beklagte nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Eine Honorarkürzung ist folglich nicht angezeigt. 6.4. Fazit Die Mehrwertsteuer ist im vertraglichen Pauschalbetrag von CHF 2'388.75 nicht mitenthalten und daher von der Beklagten zusätzlich geschuldet. Eine Honorarkürzung rechtfertigt sich vorliegend nicht. Die Klägerin hat Anspruch auf Zahlung der offenen Rechnungen in der Höhe von 39'264.05. 7. Verrechnungseinrede der Beklagten 7.1. Parteistandpunkte Die Beklagte macht einredeweise die Verrechnung mit ihrem behaupteten Schadenersatzanspruch in der Höhe von CHF 37'088.66 geltend (act. 13 Rz. 17 f).

- 22 - Die Klägerin bestreitet die Gegenforderung der Beklagten vollumfänglich (act. 22 Rz. 97). Sie führt zudem aus, die Beklagte erkenne die Forderung der Klägerin mit der Verrechnungserklärung explizit an (act. 22 Rz. 19-21). 7.2. Rechtliches Infolge Verrechnung (Art. 120 ff. OR) wird eine fremde Forderung durch das Opfern einer eigenen Forderung getilgt. Der Verrechnende muss der Verrechnungsgegnerin durch eine einseitige Gestaltungserklärung (Art. 124 Abs. 1 OR) bekannt geben, dass er die Hauptforderung mit einer Verrechnungsforderung kompensiert (MÜLLER: in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020, Vor Art. 120 – 126 N 1). 7.3. Würdigung und Fazit Da eine Vertragsverletzung durch die Klägerin vorliegend nicht erstellt ist (vgl. E. 3), schuldet die Klägerin keinen Schadenersatz und kann die Beklagte die geltend gemachten Aufwendungen im Zusammenhang mit dem behaupteten Datendiebstahl nicht zur Verrechnung bringen.

## **E. 8**

### Zins

#### **E. 8.1**

Parteistandpunkte Die Klägerin führt schliesslich an, alle ihre Rechnungen seien mit einer Zahlungsfrist von 30 Tagen versehen und der offene, eingeklagte Saldo sei zur Zahlung fällig (act. Rz. 19 u. 23). Am 1. März 2023 sei eine letzte Mahnung erfolgt (act. 1 Rz. 21). In Bezug auf das Fälligkeitsdatum werde pauschal auf den 13. März 2023 abgestellt (act. 1

Rz. 24). Die Beklagte bestreitet die entsprechenden Ausführungen, ohne im Einzelnen darauf einzugehen (act. 13 Rz. 27).

### **E. 8.2**

Rechtliches Ist der Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug, so hat er Verzugszinsen von 5% zu bezahlen (Art. 104 Abs. 1 OR). Der Schuldner einer fälligen Ver-

- 23 - bindlichkeit wird grundsätzlich durch Mahnung in Verzug gesetzt. Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet, so kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug (Art. 102 OR). Stellt der Gläubiger dem Schuldner nach unbenutzt verstrichener Zahlungsfrist eine weitere Mahnung mit einer erneuten Zahlungsfrist zu, so hebt dies den bereits eingetretenen Verzug nicht auf. Der Gläubiger gibt jedoch konkludent zu verstehen, dass er für den Fall, dass die Leistung innerhalb der weiteren Frist erbracht wird, auf die ab Verzugseintritt geschuldeten Verzugszinsen verzichtet (WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020, Art. 102 OR N 9b).

### **E. 8.3**

Würdigung und Fazit Sämtliche Rechnungen der Klägerin sind mit einer Zahlungsfrist von 30 Tagen versehen. Die letzte Rechnung stammt vom 1. Dezember 2022 (act. 3/7.29). Alle streitgegenständlichen Rechnungen waren damit spätestens per 1. Januar 2023 zur Zahlung fällig. Mit Schreiben vom 1. März 2023 erfolgte eine letzte Mahnung in Bezug auf sämtliche Ausstände (vgl. act. 3/8). Die Klägerin verlangte darin eine umgehende Bezahlung der offenen Rechnungen in der Höhe von insgesamt CHF 39'264.05 bis spätestens 8. März 2023. Da die Zahlung ausblieb war die Beklagte spätestens ab dem 9. März 2023 in Verzug und schuldet daher Verzugszins. Der Klägerin ist der ab 13. März 2023 verlangte Zins von 5% pro Jahr zuzusprechen.

### **E. 9**

Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen Die materielle Prüfung hat ergeben, dass ein gemischter Vertrag mit auftragsrechtlichen und werkvertraglichen Elementen vorliegt. Die Qualifikation als gemischter Vertrag führt dazu, dass die Anwendbarkeit des zwingenden, jederzeitigen Kündigungsrechts nach Art. 404 Abs. 1 OR an das Vorliegen eines unerlässlichen besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien geknüpft ist. Ein entsprechendes Vertrauensverhältnis ist im vorliegenden Fall nicht gegeben, weshalb das zwingende, jederzeitige Kündigungsrecht nicht zur Anwendung gelangt. Eine Vertragsverletzung liegt nicht vor, weshalb keine fristlose Kündigung erfolgen darf.

- 24 - Selbst wenn die Beklagte das Recht gehabt hätte, den Vertrag (fristlos) zu kündigen, fehlt es an einer entsprechenden (konkludenten) Willensäußerung. Der streitgegenständliche Vertrag endete somit erst aufgrund der von der Klägerin ausgesprochenen Kündigung Ende 2022. Bis zu diesem Zeitpunkt hat die Klägerin Anspruch auf Bezahlung des monatlichen Pauschalhonorars zuzüglich Mehrwertsteuer. Auch aus Art. 82 OR ergibt sich kein Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten. Die offene Honorarforderungen beträgt insgesamt CHF 39'264.05 zuzüglich Verzugszins. Die Klage ist demzufolge gutzuheissen.

### **E. 10**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

### **E. 10.1**

**Verteilungsgrundsätze** Die Prozesskosten bestehen aus Gerichtskosten und Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Beklagte unterliegt vorliegend vollständig, weshalb sie kosten- und entschädigungspflichtig wird.

### **E. 10.2**

**Gerichtskosten** Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebVOG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebVOG). Der Streitwert beträgt vorliegend CHF 39'264.05. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 GebVOG ist die Gerichtsgebühr auf rund die Höhe der Grundgebühr und damit auf CHF 4'700.– festzusetzen. Sie ist ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen und vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 und Abs. 2 aZPO i.V.m. Art. 407f ZPO).

### **E. 10.3**

**Parteientschädigung** Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu bemessen (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr - 25 - ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient und deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an einer allfälligen Hauptverhandlung ab. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Zuschlag von je höchstens der Hälfte der Grundgebühr berechnet (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). Bei der Festsetzung der Parteientschädigung ist vorliegend zu berücksichtigen, dass die Parteien eine zweite Rechtsschrift verfassten und an einer Vergleichsverhandlung teilnahmen. In Anwendung von §§ 4 und 11 AnwGebV ist der Klägerin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 10'000.– zuzusprechen. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.). Die Klägerin verlangt eine Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer (act. 1 S. 2). Sie behauptet aber keine für die Zuspreehung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände. Daher ist der Klägerin die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen. Das Handelsgericht erkennt:

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