



Mitwirkend: die Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Prof. Dr. Alexander Brunner, die Handelsrichter Kaspar Wälti, Attila Mathé und Thomas Fischer sowie der Gerichtsschreiber Christian Markutt

**Urteil vom 19. Dezember 2016**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Kläger

gegen

**B1.**\_\_\_\_ **AG**,  
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1.\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2.\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 1)

- "1. Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger CHF 4'200'000 nebst Zinsen zu 5 % p.a. seit dem 16. Februar 2010 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zulasten der Beklagten."

**Geändertes Rechtsbegehren gemäss Replik:**

(act. 34 S. 2)

- "1. Der Verfahrens Antrag der Beklagten sei, sofern überhaupt darauf einzutreten ist, abzuweisen.
- 2a. Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger CHF 4'200'000 nebst Zinsen zu 5 % p.a. seit dem 16. Februar 2010 zu bezahlen.
- 2b. Eventualiter zu 2a: Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger CHF 3'010'000 nebst Zinsen zu 5 % p.a. seit dem 16. Februar 2010 zu bezahlen.
- 2c. Eventualiter zu 2a und 2b: Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger CHF 2'744'000 nebst Zinsen zu 5 % p.a. auf
  - (i) CHF 70'000 jeweils ab dem letzten Bankwerktag der Monate August 2009 bis [jeweils beidseitig inklusive] November 2009 und Mai 2011 bis [jeweils beidseitig inklusive] Dezember 2012,  
sowie
  - (ii) CHF 56'000 jeweils ab dem letzten Bankwerktag der Monate Januar 2013 bis [jeweils beidseitig inklusive] Juli 2014 zu bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zulasten der Beklagten."

**Sachverhalt und Verfahrensgang:**

- A. Sachverhaltsübersicht
  - a. Parteien und Hintergrund

Der Kläger, ehemaliger Mitarbeiter der C.\_\_\_\_\_ Bank mit Sitz in Liechtenstein, war involviert in die Entwicklung und Urheberschaft der Risikomanagement-Software D.\_\_\_\_\_ ("E.\_\_\_\_\_").

Bei der Beklagten handelt es sich um eine zur B.\_\_\_\_\_ -Gruppe gehörende Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, welche im Wesentlichen die betriebswirtschaftliche Unternehmensberatung sowie die Erbringung sonstiger Dienstleistungen organisatorischer, administrativer, wirtschaftlicher, finanzieller, technischer und rechtlicher Art sowie die wissenschaftliche, wirtschaftliche und industrielle Verwertung von immateriellen und gewerblichen Schutzrechten bezweckt (act. 3). Hervorgegangen ist die Beklagte als Rechtsnachfolgerin der F.\_\_\_\_\_ B.\_\_\_\_\_ AG, welche ihrerseits aus F1.\_\_\_\_\_ GmbH bzw. F.\_\_\_\_\_ AG sowie der G.\_\_\_\_\_ AG hervorgegangen ist (act. 13/4 und 13/5). Auf Seiten der Beklagten respektive deren Rechtsvorgängerinnen war insbesondere H.\_\_\_\_\_, seinerseits langjähriger Geschäftspartner des Klägers, in die verschiedenen Geschäftsbeziehungen der Parteien und die Entwicklung und Vermarktung der Risikomanagement-Software D.\_\_\_\_\_ ("E.\_\_\_\_\_") involviert (vgl. act. 2/24).

Nach – bestrittener – klägerischer Auffassung spielte sodann die russische Gesellschaft I.\_\_\_\_\_ und Partner. J.\_\_\_\_\_, K.\_\_\_\_\_, L.\_\_\_\_\_ [Ortschaften in Russland] (nachfolgend: I.\_\_\_\_\_) eine entscheidende Rolle bei der Wartung und dem Hosting von "E.\_\_\_\_\_". Laut Akten stand offenbar I.\_\_\_\_\_ selber mit der C.\_\_\_\_\_ Bank vor Handelsgericht St. Gallen in einem Rechtsstreit bezüglich D.\_\_\_\_\_ ("E.\_\_\_\_\_") (nachfolgend: E.\_\_\_\_\_) (act. 41/61).

Die Rechtsvorgängerin der Beklagten (F1.\_\_\_\_\_ GmbH) wiederum schloss mit der C.\_\_\_\_\_ Bank einen Lizenz- und Wartungsvertrag für E.\_\_\_\_\_ ab (act. 25 Rz. 10 f.; act. 2/5).

#### b. Prozessgegenstand und wesentliche Prozessstandpunkte

Der Kläger schloss mit der F1.\_\_\_\_\_ GmbH am 6. August 2009 bzw. am 16. Februar 2010 folgende Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Lizenzierung, Übertragung und Wartung von E.\_\_\_\_\_:

- **"Softwarekaufvertrag"** (Änderung zum Vertrag Nr. 20060413.1 vom 6. August 2009); 16. Februar 2010; (act. 2/1: S. 1-3)
- **"Softwarekaufvertrag"** Nr. 20060413.1; 6. August 2009; (act. 2/1: S. 1-13)

**"Programmschein"** Anlage 1 zum Softwarekaufvertrag  
Nr. 20060413.1; 6. August 2009; (act. 2/1: S. 7 ff.)

**"Rechnung"** Anlage 2a zum Softwarekaufvertrag  
Nr. 20060413.1; 6. August 2009; (act. 2/1: S. 13/13)

- **"Softwarewartungsvertrag"** Nr. 20060413.2 (Anlage 3 zum Softwarekaufvertrag Nr. 20060413.1); 6. August 2009; (act. 2/1: S. 1-12)

Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, dass die Beklagte – trotz jahrelanger Nutzung von E.\_\_\_\_\_ – ungerechtfertigt die Bezahlung der vertragsgemäss geschuldeten Entschädigung verweigere (act. 1 Rz. 8). Es seien bislang keinerlei anrechenbare Zahlungen der Beklagten erfolgt (act. 34 S. 3 ff.). Mit vorliegender Klage macht der Kläger nun die entsprechende Forderung in Höhe von CHF 4'200'000.– nebst Zins von 5 % seit 16. Februar 2010 geltend.

Die Beklagte stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass die klägerische Forderung nicht mehr im eingeklagten Umfang existiere; es seien im Zusammenhang mit den Vereinbarungen bereits 18 Ratenzahlungen à CHF 70'000.– (=CHF 1'260'000.–) an den Kläger geleistet worden. Im Weiteren sei der klägerische Anspruch infolge Kündigung des Softwarewartungsvertrags Nr. 20060413.2 vom 6. August 2009 um CHF 588'000.– auf höchstens noch CHF 2'352'000.– zu reduzieren (act. 25 Rz.4 und Rz. 21 ff.; act. 50 Rz. 36 ff.). Ein Zinsanspruch des Klägers bestehe generell nicht (act. 25 Rz. 40 ff.; act. 50 Rz. 70 ff.). Nachdem die Beklagte in ihrer Duplik geltend macht, ihr stehe ein verrechenbarer Anspruch aus Darlehensvertrag in Höhe von CHF 2'406'205.– gegen den Kläger zu, hält sie schliesslich dafür, dass die gesamte klägerische Forderung bezüglich "Restkaufpreis" von CHF 2'352'000.– infolge Verrechnung untergegangen sei (act. 50 Rz. 52 ff.).

## B. Prozessverlauf

Am 16. März 2015 (Datum Poststempel) reichte der Kläger hierorts die Klage ein (act. 1 und 2/1-35). Mit Verfügung vom 17. März 2015 wurde dem Kläger in Anwendung von Art. 98 ZPO eine einmalige Frist bis 5. Mai 2015 angesetzt, um für die Gerichtskosten einen Vorschuss von CHF 63'000.– zu leisten (act. 4). Nachdem der Kläger den Gerichtskostenvorschuss rechtzeitig geleistet hatte (act. 8), wurde der Beklagten mit Verfügung vom 25. März 2015 eine Frist angesetzt, um die Klageantwort einzureichen (act. 9). Mit Eingabe vom 5. Juni 2015 stellte die Beklagte den Antrag auf Sistierung des Verfahrens bis zur rechtskräftigen Erledigung des vor dem Handelsgericht St. Gallen pendenten Verfahrens zwischen I.\_\_\_\_\_ und der C.\_\_\_\_\_ Bank (act. 12 und 13/1-5), welcher mit Beschluss vom 9. Juli 2015 abgewiesen wurde (act. 27). Nach weiteren Eingaben der Parteien (act. 17 und 18/36-40; act. 21 und act. 23) erstattete die Beklagte am 6. Juli 2015 – innert Nachfrist – die Klageantwort (act. 25 und 26/6-23). In der Folge wurde am 4. Dezember 2015 eine Vergleichsverhandlung durchgeführt (Prot. S. 11 ff.), anlässlich welcher keine Einigung zustande kam. Mit Verfügung vom 12. Januar 2016 wurde sodann ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und dem Kläger eine Frist bis zum 14. März 2016 angesetzt, um seine Replik einzureichen (act. 32).

Am 18. Januar 2016 (hierorts überbracht) erstattete der Kläger rechtzeitig die Replik samt Beilagen (act. 34 und 35/41-60). In der Folge reichte der Kläger weitere – unaufgeforderte – Eingaben ein (act. 38; act. 40 und 41/61-64; act. 47), welche mit Verfügung vom 23. März 2016 (act. 45) bzw. vom 11. April 2016 (act. 48) teilweise aus dem Recht gewiesen wurden. Die Beklagte erstattete am 25. April 2016 (Datum Poststempel) – innert erstreckter Frist – ihre Duplik samt Beilagen (act. 50 und 51/24-27). Nach Eintritt des Aktenschlusses (vgl. act. 52) erfolgten weitere klägerische Eingaben (act. 54; act. 55; act. 57; act. 62 und 63/65-66) sowie Stellungnahmen der Beklagten (act. 60 und 65). Mit Verfügung vom 14. November 2016 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie auf Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung verzichteten (act. 66; Art. 233 ZPO). Mit Eingabe vom 16. November 2016 (Datum Poststempel) erklärte die Beklagte, dass sie – vorbehältlich eines Beweisverfahrens – auf die Durch-

führung einer Hauptverhandlung verzichte (act. 68). Nachdem die klägerische Eingabe vom 16. November 2016 (Datum Poststempel) (act. 69 und act. 70) mit Verfügung vom 18. November 2016 aus dem Recht gewiesen wurde, wurde dem Kläger eine Nachfrist angesetzt, um zu erklären, ob er auf Durchführung einer Hauptverhandlung verzichte (act. 71). Mit Eingabe vom 21. November 2016 (Datum Poststempel) erklärte der Kläger innert Nachfrist, dass er – vorbehältlich eines Beweisverfahrens – auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichte (act. 73).

### C. Beweisvorbringen der Parteien

Der Kläger offeriert zum Beweis seiner Behauptungen gemäss den Beweismittelverzeichnissen in den Anhängen zu seinen Rechtsschriften diverse Urkunden (act. 2/1-35; 35/41-60) und Zeugen (act. 1 S. 11; act. 34 S. 61) sowie diverse Urkunden zur Edition durch die Beklagte bzw. H.\_\_\_\_\_ (act. 34 S. 60).

Die Beklagte offeriert zum Beweis ihrer Darstellungen diverse Urkunden gemäss separaten Beilagenverzeichnissen zum Sistierungsantrag (act. 13/1-5), zur Klageantwort (act. 26/6-23) und zur Duplik (act. 51/24-27) sowie den Zeugen H.\_\_\_\_\_ (act. 25 Rz. 19 f.; act. 50 Rz. 19 f., Rz. 59, Rz. 75), einen Augenschein am E.\_\_\_\_\_ -Server der Beklagten und ein gerichtliches Gutachten zum Nachweis dafür, dass auf dem Server die E.\_\_\_\_\_ -Software aufgeladen ist (act. 50 Rz. 46).

Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## **Erwägungen:**

### **I. Formelles**

#### 1. Zuständigkeit

Der geltend gemachte Anspruch basiert auf dem zwischen den Parteien (bzw. dem Kläger und der Rechtsvorgängerin der Beklagten) abgeschlossenen Vertrag vom 16. Februar 2010 (act. 2/1). Dieser Vertrag beinhaltet in Ziff. 3 (Rz. 8) eine

Gerichtsstandsklausel, nach welcher Zürich als ausschliesslicher Gerichtsstand gelten soll. Diese örtliche Zuständigkeit ist nicht bestritten.

Das hiesige Gericht ist für die vorliegende Klage gestützt auf Art. 6 Abs. 3 ZPO sachlich zuständig, da die Beklagte im schweizerischen Handelsregister eingetragen ist, aufgrund des Streitwertes von CHF 4'200'000.– gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht und sich die Streitigkeit auf Vereinbarungen zu einer Software bezieht, welche die geschäftliche Tätigkeit der Beklagten betrifft.

Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist damit sowohl örtlich als auch sachlich zuständig (Art. 17 und Art. 6 Abs. 3 ZPO sowie § 44 lit. b GOG), was im Übrigen unbestritten blieb. Das Verfahren wurde zudem mittels Klage gehörig eingeleitet (Art. 220 ZPO); ein Schlichtungsverfahren entfiel (Art. 198 lit. f ZPO). Eine Vollmacht wurde von der Beklagten beigebracht (act. 11). Der Kläger hat ebenfalls den von ihm geforderten Kostenvorschuss fristgerecht geleistet (act. 8). Auf die Klage ist daher einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

## 2. Klägerische Eingaben und Replikrecht

Der Kläger hat sich in diversen (unaufgeforderten) Eingaben – welche teilweise aus dem Recht gewiesen wurden (vgl. act. 45 und 48) – zum Verfahren geäußert. Nachdem jedoch nicht erkennbar ist, inwiefern eine Berücksichtigung dieser Stellungnahmen entscheidungsrelevant sein könnte (abgesehen von act. 55; dazu sogleich), muss hier nicht entschieden werden, ob die einzelnen klägerischen Eingaben zulässig und beachtlich sind. Zu prüfen ist immerhin, ob die Ausführungen in der Stellungnahme zur Duplik vom 30. Mai 2016 (act. 55), insbesondere die Bestreitungen in Rz. 20 und 21, zu berücksichtigen sind; dies nachdem duplicando neue Einwendungen der Beklagten vorgebracht wurden und der Aktenschluss nach zweifachem Schriftenwechsel bereits eingetreten war (act. 52; vgl. auch BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3).

Dass der Kläger die relevanten Vorbringen (act. 55 Rz. 20 f.) "erst" im Rahmen der Stellungnahme vom 30. Mai 2016 vorbrachte, ist unter dem Aspekt des No-

venrechts (Art. 229 ZPO) nicht zu beanstanden, da sich diese offensichtlich auf Dupliknoten beziehen (vgl. DOMINIK BAERISWYL, Replikrecht, Novenrecht und Aktenschluss – endloser Weg zur Spruchreihe?, SJZ 111 (2015), S. 519). Die Stellungnahme zur Duplik reichte der Kläger am 31. Mai 2016 (Datum Poststempel) und somit rund 30 Tage nach Zugang der Duplik ein (vgl. act. 53/1; act. 54; act. 55). Betreffend Zeitrahmen der zulässigen Wahrnehmung des sog. Replikrechts geht die Rechtsprechung von einer Bandbreite zwischen einer Minimalfrist von 10 Tagen nach Mitteilung einer Eingabe und der Frist von 20 Tagen aus, nach welcher vom Verzicht auf das Replikrecht ausgegangen werden könne (Urteil des Bundesgerichts 5D\_81/2015 vom 4. April 2016 E. 2.3.3.). Die Frist von 20 Tagen ist indessen nicht im Sinne einer zwingenden Maximalfrist zu verstehen, d.h. das Gericht muss nach Ablauf nicht zwingend von einem Verzicht ausgehen. Jedenfalls darf mit der Wahrnehmung des Replikrechts nicht unangemessen lange zugewartet werden (DOMINIK BAERISWYL, a.a.O., S. 516).

Unter Berücksichtigung der "Überschreitung" der praxismässigen Bandbreite um lediglich wenige Tage, der fehlenden anwaltlichen Vertretung des Klägers und der Bedeutung der Zulässigkeit der fraglichen Vorbringen als Bestreitung der Dupliknoten, rechtfertigt es sich vorliegend, die Stellungnahme vom 30. Mai 2016 – soweit relevant – zu berücksichtigen (vgl. unten Ziff. 2.3.1.).

## **II. Materielles**

### **1. Vertragliche Grundlagen**

#### **1.1. Unbestrittener Sachverhalt**

Gemäss unbestrittener Darstellung hat der Kläger mit der F1.\_\_\_\_\_ GmbH am 6. August 2009 Verträge betreffend die Lizenzierung und Wartung der Risikomanagement-Software E.\_\_\_\_\_ geschlossen. Der als "Softwarekaufvertrag Nr. 20060413.1" bezeichnete Vertrag besteht (I.) aus einem Hauptteil (Seiten 1 bis 6), (II.) einem "Programmschein, Anlage 1 zum Softwarekaufvertrag Nr. 20060413.1" (Seiten 7 bis 12) sowie (III.) einer "Rechnung, Anlage 2a zum Softwarekaufvertrag Nr. 20060413.1" (Seite 13). Des Weiteren wurde ein als "Soft-

*warewartungsvertrag Nr. 20060413.2 (Anlage 3 zum Softwarekaufvertrag Nr. 20060413.1)*" bezeichneter Vertrag geschlossen (act. 1 Rz. 4 und 8; act. 2/1; act. 25 Rz. 5 ff.; act. 34 Rz. 20 ff.).

Zwischen den Parteien ist weiter nicht strittig, dass man sich in der Folge einig wurde, nicht nur die Nutzung an E.\_\_\_\_\_, sondern die Eigentumsrechte daran zu übertragen. Unbestrittenermassen wurde deshalb am 16. Februar 2010 eine als "*Softwarekaufvertrag (Änderung zum Vertrag Nr. 20060413.1 vom 6. August 2009)*" bezeichnete Vereinbarung zwischen dem Kläger und der F1.\_\_\_\_\_ GmbH geschlossen, welche auf Seite 3 wiederum auf die bereits geschlossenen Verträge Nr. 20060413.1 sowie Nr. 20060413.2 verweist (act. 1 Rz. 8; act. 2/1; act. 25 Rz. 12 ff.; act. 34 Rz. 52 ff.).

Ausserdem wird von der Beklagten grundsätzlich weder die Gültigkeit der erwähnten Verträge noch die Aktivlegitimation des Klägers oder ihre Passivlegitimation (vgl. act. 50 Rz. 12) bestritten; insbesondere hat sie anerkannt, dass dem Kläger gestützt auf Vertrag Nr. 20060413.1 (ursprünglich) ein Lizenzentgelt in Höhe von insgesamt CHF 4'200'000.-, inklusive monatlicher Entschädigung für die Wartung der Software gemäss Vertrag Nr. 20060413.2, geschuldet war (act. 25 Rz. 7 ff.).

## 1.2. Rechtliches und Vertragsqualifikation

Nachdem die klägerische Forderung gestützt auf die Vertragsgrundlagen im Wesentlichen unbestritten blieb, erübrigt sich die genaue Vertragsqualifikation an dieser Stelle. Immerhin ist dazu Folgendes festzuhalten: Trotz Bezeichnung als "Softwarekaufvertrag" geht die Beklagte für den ursprünglichen Vertrag Nr. 20060413.1 von einem Software-Lizenzvertrag aus. Für den zweiten "Softwarekaufvertrag" vom 16. Februar 2010 gehen die Parteien offenbar übereinstimmend von einem Kaufvertrag im Sinne von Art. 184 ff. OR aus, zur Qualifikation des "Softwarewartungsvertrages" äusserten sich die Parteien nicht.

Zumindest für die Lieferung eines aus Hard- und Software bestehenden EDV-Systems hat das Bundesgericht angenommen, dass die rechtliche Behandlung, je

nach Ausgestaltung, nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zu beurteilen ist. Im Vordergrund stehen hierbei die Anwendung von kauf- und werkvertraglichen Normen sowie das Miet-, Pacht- und Lizenzrecht (vgl. BGE 124 III 456 E. 4b). Bei E.\_\_\_\_\_ handelt es sich um ein Computerprogramm, welches grundsätzlich unter den urheberrechtlichen Werkbegriff im Sinne von Art. 2 Abs. 3 URG fällt und bei individuellem Charakter durch das Urheberrecht geschützt wird. Da im Vertrag Nr. 20060413.1 im Wesentlichen die Einräumung des Nutzungsrechts an E.\_\_\_\_\_ für eine entsprechende Dauer und gegen eine Entschädigung vereinbart wurde, dürfte es sich um einen Lizenzvertrag handeln (vgl. RETO M. HILTY, Lizenzvertragsrecht, 2001, S. 5 ff.; ROLAND VON BÜREN, Der Lizenzvertrag, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/1 [Grundlagen], S. 295 ff.). Beim Vertrag vom 16. Februar 2010 hingegen steht die vollständige Übertragung der Rechte an E.\_\_\_\_\_ im Zentrum, weshalb es sich nicht mehr um einen Lizenzvertrag handelt (vgl. NEFF/ARN, Urheberrechtlicher Schutz der Software, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/2 [Urheberrecht im EDV-Bereich], S. 271). Bei der Globalübertragung von Nutzungsrechten dürften wohl vor allem – je nachdem, ob es sich bei E.\_\_\_\_\_ um "Standardsoftware" handelt oder nicht – kauf- und werkvertragliche Regelungen zur Anwendung kommen (vgl. zur Zulässigkeit der Globalübertragung: JACQUES DE WERRA, in: Müller/Oertli [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2012, N. 6 und 14 zu Art. 16 URG m.w.H.). Im Softwarewartungsvertrag (Nr. 20060413.2) hat sich der Kläger im Wesentlichen zur Wartung, Fehlerbehebung, Bereitstellung von Updates sowie generell zum Support verpflichtet, womit es sich um einen sog. "*Software-Pflegevertrag*" handeln dürfte (vgl. zur Definition: MICHAEL WIDMER, Der Softwarepflegevertrag, 2000, S. 32 f.; GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, 2. Aufl. 2014, N. 3016 ff.).

### 1.3. Fazit

Die vertraglichen Grundlagen der Klage sind im Wesentlichen nicht strittig. Es ist somit erstellt, dass die Beklagte dem Kläger (zumindest ursprünglich) gestützt auf die Verträge vom 6. August 2009 (Nr. 20060413.1 bzw. Nr. 20060413.2) und 16. Februar 2010 eine Entschädigung in Höhe von CHF 4'200'000.– schuldete.

Strittig ist freilich, in welchem Umfang die ursprünglich geschuldete Entschädigungsforderung im heutigen Zeitpunkt noch besteht bzw. durch Zahlung oder Verrechnung untergegangen ist und ob gegebenenfalls ein Zins darauf geschuldet ist.

## 2. Einwendungen der Beklagten

### 2.1. Ratenzahlungen

#### 2.1.1. Parteistandpunkte

Die Beklagte lässt ausführen, dass der Kläger im Zusammenhang mit dem Vertrag Nr. 20060413.1 zwischen dem 17. Dezember 2009 und 28. April 2011 insgesamt 18 anrechenbare Ratenzahlungen à CHF 70'000.– (=CHF 1'260'000.–) erhalten haben soll (act. 25 Rz. 19). Diese Zahlungen hätten auf vom Kläger versandten Rechnungen sowie dessen schriftlichen und mündlichen Zahlungsinstruktionen basiert (act. 25 Rz. 17 ff.). Die Beklagte stützt sich hierzu auf verschiedene Rechnungen des Klägers, Belastungsanzeigen und Kontoauszüge sowie den Zeugen H.\_\_\_\_\_ (act. 26/6-13). Ausserdem habe der Kläger den Erhalt von 17 Raten à CHF 70'000.– (=CHF 1'190'000.–) unter dem Softwarekaufvertrag vom 16. Februar 2010 durch seine Anwälte vorbehaltlos anerkannt (act. 25 Rz. 28 ff.). Hierbei stützt sich die Beklagte auf ein Schreiben von Rechtsanwalt Dr. Y.\_\_\_\_\_ vom 6. Oktober 2011 (act. 26/23).

Duplicando führte die Beklagte aus, diese Anerkennungen seien als Quittungen im Sinne von Art. 88 OR anzusehen, was zur Vermutung führe, dass die in der Quittung genannte Schuld bezüglich Softwarekaufvertrag vom 16. Februar 2010 getilgt sei (act. 50 Rz. 14). Die Beklagte bestreitet sodann, dass diese Zahlungen vom Kläger als "Zahlstelle" für eine Drittschuld (I.\_\_\_\_\_) angenommen worden seien (act. 50 Rz. 25). Weiter wird generell bestritten, dass es zwischen der Beklagten und I.\_\_\_\_\_ zu einer "Hosting-Übernahmevereinbarung" gekommen sei (act. 50 Rz. 27 ff.). Insbesondere entbehre ein solcher Vertrag jeder wirtschaftlichen Logik, wenn die Beklagte dem Kläger CHF 70'000.– pro Monat als Kaufpreis für E.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ ebenfalls monatlich CHF 70'000.– für die Wartung hätte

bezahlen müssen, wenn sie selber nur CHF 100'000.– pro Monat an Lizenzgebühren für E.\_\_\_\_\_ von der C.\_\_\_\_\_ Bank erhalte (act. 50 Rz. 30 f.).

Der Kläger bestreitet, von der Beklagten Zahlungen erhalten zu haben, welche an seine Forderung von CHF 4'200'000.– anrechenbar wären (act. 34 Rz. 55). Demgegenüber ist nicht bestritten, dass der Kläger zwischen Dezember 2009 und April 2011 von der Beklagten Zahlungen in Höhe von CHF 1'190'000.– erhalten hat (act. 34 Rz. 65 passim). Hingegen stellt sich der Kläger zusammengefasst auf den Standpunkt, dass er die von der Beklagten an ihn überwiesenen Gelder als so genannte "Zahlstelle" im Auftrag eines Dritten (I.\_\_\_\_\_) treuhänderisch entgegengenommen habe. Zum Hintergrund des Vertrages und der Zahlungen führt der Kläger aus, dass I.\_\_\_\_\_ im Auftrag der Beklagten verschiedene Leistungen bezüglich E.\_\_\_\_\_ zugunsten der C.\_\_\_\_\_ Bank Gruppe übernommen habe; für den Beweis seiner Sachdarstellungen bietet der Kläger diverse Zeugen an (act. 34 Rz. 56, 65 und 89). Im Zusammenhang mit den an den Kläger geleisteten Zahlungen sei es bei der Beklagten zu Verwirrungen gekommen (act. 34 Rz. 60). Nach Rücksprache mit I.\_\_\_\_\_ und unter Beizug von Rechtsanwalt Dr. Y.\_\_\_\_\_ sei man in der Folge überein gekommen, die von der Beklagten geleisteten Zahlungen, welche eigentlich für I.\_\_\_\_\_ bestimmt gewesen seien, temporär als Zahlungen zugunsten des Klägers unter dem Softwarekaufvertrag vom 6. August 2009 bzw. vom 16. Februar 2010 anzuerkennen (act. 34 Rz. 61).

#### 2.1.2. Rechtliches und Beweislast

Gestützt auf die allgemeine Beweislastregel nach Art. 8 ZGB hat die Beklagte als Schuldnerin die Tilgung der Schuld bzw. die Leistung von anrechenbaren Teilzahlungen zu beweisen (vgl. URS LEU, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 1 zu Art. 88 OR). Die Schuldnerin hat hierbei nicht nur die Leistung selber zu beweisen, sondern auch, dass die Leistung in Erfüllung einer bestimmten Verpflichtung erfolgte; zu einer Verschiebung der Beweislast könnte es allenfalls kommen, wenn der Gläubiger die Leistung als Erfüllung vorbehaltlos annimmt (VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl. 1974, § 60 [S. 32]). Die Beklagte bringt vor, es liege für 17 Ratenzahlungen eine Quittung im Sinne von Art. 88 OR vor, was dazu führe, dass

es nun dem Kläger obliege, zu beweisen, dass die Schuld nicht getilgt worden sei. Die Frage, auf welche Weise eine Quittung im Sinne von Art. 88 OR zu einer Umkehr der Beweislast führt, kann allerdings – wie sogleich zu zeigen sein wird – offen bleiben (vgl. zu dieser Frage: Urteil des Bundesgerichts 4A\_426/2013 vom 27. Januar 2014 E. 3.5.2. unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 5A\_316/2009 vom 2. Juli 2009). Zusammengefasst hat die Beklagte zu beweisen, dass die behaupteten Zahlungen in Erfüllung der Verträge vom 6. August 2009 bzw. 16. Februar 2010 erfolgten.

Bezüglich des Schreibens von Rechtsanwalt Dr. Y. \_\_\_\_\_ vom 6. Oktober 2011 (act. 26/23) stützt sich der Kläger auf die Ausführungen des leitenden Staatsanwalts des Kantons St. Gallen in einer Vernehmlassung vom 28. September 2012 (act. 2/30 ["Beilage 61 ...": S. 4 f.]), wonach vorprozessual und im Schlichtungsverfahren gemachte Zusagen gestützt auf Art. 205 ZPO im späteren Entscheidverfahren nicht mehr verwendet werden dürften (act. 34 Ziff. VIc. S. 5 und Rz. 77). Sofern sich der Kläger damit auf den Standpunkt stellen will, das Schreiben von Rechtsanwalt Dr. Y. \_\_\_\_\_ dürfe als Beweismittel nicht verwertet werden, ist dem entgegenzuhalten, dass sich Art. 205 ZPO auf im Rahmen von Schlichtungsverfahren nach Art. 202 ff. ZPO gemachte Parteiaussagen bezieht. Das vorliegende Schreiben wurde jedoch, soweit ersichtlich, weder im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens noch sonstigen Vergleichsgesprächen verfasst. Zudem finden sich keinerlei Vorbehalte, dass die darin gemachten Aussagen als vertraulich, unpräjudiziell oder nicht-bindend zu gelten hätten. Das Schreiben vom 6. Oktober 2011 (act. 26/23) ist somit als Beweismittel zu berücksichtigen.

### 2.1.3. Würdigung

Die Argumentation der Beklagten stützt sich auf das Schreiben vom 6. Oktober 2011 der vormaligen Rechtsvertretung des Klägers an die Rechtsvertretung der Beklagten (act. 26/23):

Zürich, 6. Oktober 2011  
10013805012349

A. \_\_\_\_\_ / F. \_\_\_\_\_ B. \_\_\_\_\_ AG Softwarewartungsvertrag 20060413.2 /  
Softwarekaufvertrag 20060413.1 sowie Softwarekaufvertrag (Änderung zum Vertrag Nr.  
20060413.1 vom 6. August 2009) vom 16. Februar 2010

Sehr geehrte Herren Kollegen

Wir bestätigen den Empfang Ihres Kündigungsschreibens vom 30. September 2011. Wir bestreiten  
namens und im Auftrag unseres Klienten A. \_\_\_\_\_ die Rechtmässigkeit der Kündigung des  
Softwarewartungsvertrags (Nr. 20060413.2) durch Ihre Klientin aus wichtigem Grund mit sofortiger  
Wirkung.

Wie zuvor macht A. \_\_\_\_\_ gegenüber F. \_\_\_\_\_ B. \_\_\_\_\_ AG (früher F1. \_\_\_\_\_ AG GmbH) die  
Fortführung der Ratenzahlungen von CHF 70'000 für den Kauf der Software D. \_\_\_\_\_ ("E. \_\_\_\_\_") im  
Umfang der noch ausstehenden 43 Raten, also CHF 3'010'000, geltend. Von den ursprünglich 60 Raten à  
CHF 70'000 wurden mittlerweile 17 bezahlt.

Aus dem Rubrum geht ohne Weiteres hervor, dass sich das Schreiben auf die Verträge vom 6. August 2009 und 16. Februar 2010 bezieht. Der darauf folgende Inhalt des Schreibens lässt sich folglich der individualisierten Verpflichtung der Beklagten aus den Softwareverträgen (vgl. oben Ziff. 1.3.) zuordnen. Wörtlich heisst es in dem Schreiben: "[...] **Fortführung der Ratenzahlungen von CHF 70'000.– für den Kauf der Software D. \_\_\_\_\_ ("E. \_\_\_\_\_") im Umfang der noch ausstehenden 43 Raten, also CHF 3'010'000.–, geltend. Von den ursprünglich 60 Raten à CHF 70'000.– wurden mittlerweile 17 bezahlt**" (Hervorhebungen hinzugefügt). Der Inhalt des Schreibens deckt sich mit den Ausführungen der Beklagten und lässt darauf schliessen, dass die Beklagte dem Kläger im Zusammenhang mit den genannten Softwareverträgen effektiv bereits 17 Raten à CHF 70'000.– (=CHF 1'190'000.–) bezahlt hatte, was zu einer teilweisen Tilgung der ursprünglichen Forderung (Reduktion: CHF 4'200'000.– auf CHF 3'010'000.–) geführt hat. Dem Schreiben lässt sich keinerlei Hinweis auf eine andere Vertragsgrundlage, namentlich die Tätigkeit des Klägers als "Zahlstelle" für Dritte (I. \_\_\_\_\_), entnehmen. An anderer Stelle erwähnt der Kläger, das Schreiben sei im Zusammenhang mit dem Schreiben von Rechtsanwalt Dr. Y. \_\_\_\_\_ vom 4. August 2010 zu würdigen (act. 34 Rz. 73; act. 35/51). Nun wird in jenem Schreiben aber ebenso explizit auf die Verträge vom 6. August 2009 und 16. Feb-

ruar 2010 Bezug genommen und auf noch ausstehende Zahlungen hingewiesen (act. 35/51). Hierbei fällt auf, dass schon im damaligen Zeitpunkt von tatsächlich an den Kläger geleisteten Zahlungen (zu diesem Zeitpunkt offenbar CHF 420'000.–) die Rede war und wiederum nichts darauf hinweist, dass diese Zahlungen eine andere Grundlage gehabt hätten oder nicht etwa an die klägerische Forderung hätten angerechnet werden sollen. Nachdem der Kläger weder die Echtheit des Schreibens noch die gültige Vertretungswirkung durch seine damalige Rechtsvertretung bestritt, ist der entsprechende Sachverhalt erstellt und der Beklagten gelingt der Beweis, dass anrechenbare Teilzahlungen in Form von 17 Raten à CHF 70'000.– geleistet worden sind. Somit erübrigt sich die Frage, ob eine Quittung im Sinne von Art. 88 OR vorliegt.

Unbehelflich ist sodann die teilweise umständliche und nicht schlüssige klägerische Schilderung zum Hintergrund des Schreibens vom 6. Oktober 2011. Selbst falls der Kläger tatsächlich als "Zahlstelle" für I.\_\_\_\_\_ Zahlungen der Beklagten entgegengenommen hätte, so spricht nichts dafür, dass sich das fragliche Schreiben auf solche Zahlungen bezogen hätte. Das klare Ergebnis der Auslegung des Schreibens vom 6. Oktober 2011 wäre somit auch nicht durch die Berücksichtigung der vom Kläger angeführten Zeugen und allfällig abweichende Darstellungen zu erschüttern. Nebenbei ist schon fraglich, ob sich aus den klägerischen Darstellungen genügend klar ergibt, welche Tatsache durch welchen Zeugen bewiesen werden sollte. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass für die Zeugen, welche der Seite I.\_\_\_\_\_ zuzurechnen sind, ein offensichtlich erhebliches Eigeninteresse an der Feststellung einer vertraglichen Forderungsgrundlage gegenüber der Beklagten besteht, was zu berücksichtigen wäre. Zusammengefasst kann darauf verzichtet werden, die angeführten Zeugen einzuvernehmen.

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass neben den 17 anerkannten Ratenzahlungen noch eine weitere in Höhe von CHF 70'000.– (insgesamt 18 Ratenzahlungen) erbracht worden sei, was im Folgenden zu prüfen ist. Hierfür obliegt der Beweis der Beklagten, welche es dagegen schon unterlässt, in ihren Behauptungen und eingereichten Unterlagen zwischen den 17 anerkannten Ratenzahlungen und der "18. Ratenzahlung", welche nicht anerkannt worden sei, zu unter-

scheiden. Weder der von der Beklagten erstellten Zahlungsübersicht noch den Belastungsanzeigen oder Kontoauszügen lässt sich nachvollziehbar entnehmen, inwiefern eine weitere Ratenzahlung erfolgt sein soll (vgl. act. 25 Rz. 19; act. 26/9-13). Folglich kann auch nicht beurteilt werden, ob die fragliche Rate bezahlt wurde oder nicht. Der Beklagten misslingt der Beweis, dass eine (weitere) 18. Ratenzahlung in Höhe von CHF 70'000.– an den Kläger erbracht worden ist.

#### 2.1.4. Fazit

Die Beklagte hat nachgewiesen, dass sie in Erfüllung der Verträge vom 6. August 2009 bzw. 16. Februar 2010 bereits 17 Ratenzahlungen à CHF 70'000.– an den Kläger bezahlt hat, womit die ursprüngliche Forderung des Klägers um CHF 1'190'000.– auf noch CHF 3'010'000.– zu reduzieren ist. Nicht erstellt ist demgegenüber, dass eine weitere Ratenzahlung in Höhe von CHF 70'000.– erfolgte.

## 2.2. Kündigung Wartungsvertrag

### 2.2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Nach unbestrittener Darstellung der Beklagten wurde dem Kläger von der Beklagten ein Kündigungsschreiben, datierend vom 30. September 2011 (act. 26/14), bezüglich Softwarewartungsvertrag Nr. 20060413.2 vom 6. August 2009 zugestellt (act. 25 Rz. 21; act. 34 Rz. 67). Im Grundsatz ist weiter nicht bestritten, dass es zwischen dem Kläger und der C.\_\_\_\_\_ Bank zu Meinungsverschiedenheiten im Zusammenhang mit einem Softwarekauf- und Softwarewartungsvertrag (Nr. 20091031.1 bzw. Nr. 20091031.2) gekommen ist (act. 34 Rz. 69).

### 2.2.2. Parteistandpunkte

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass sie mit dem Schreiben vom 30. September 2011 eine gültige Kündigung des Softwarewartungsvertrages mit sofortiger Wirkung aus wichtigem Grund vorgenommen habe (act. 25 Rz. 21). Da sich die Wartungsgebühr auf CHF 14'000.– pro Monat belaufe und ab Oktober 2011 keine Vergütungen mehr geschuldet gewesen seien, führe dies zu einer

Reduktion des klägerischen Anspruchs im Umfang der 42 noch ausstehenden Raten à CHF 14'000.–, d.h. insgesamt CHF 588'000.– (act. 25 Rz. 4 und 35; act. 50 Rz. 50 f.). Den *wichtigen Grund* will die Beklagte darin sehen, dass aufgrund der vom Kläger verschuldeten Zerrüttung zwischen ihr und der C.\_\_\_\_\_ Bank eine Fortführung des Vertrages mit dem Kläger unzumutbar geworden sei (act. 25 Rz. 22; act. 50 Rz. 43 ff.). Zum Hintergrund der Zerrüttung brachte die Beklagte vor, dass der Kläger mit der C.\_\_\_\_\_ Bank im Streit bezüglich E.\_\_\_\_\_ gelegen sei, was schliesslich sogar zu einer Strafanzeige geführt haben soll (act. 25 Rz. 23 f.). Im Folgenden habe die C.\_\_\_\_\_ Bank mit Schreiben vom 9. Mai 2011 die mit der Beklagten geschlossenen Verträge als nicht verbindlich erklärt und sie eventualiter aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung gekündigt, sodass als Konsequenz die monatlichen Zahlungen von CHF 100'000.– eingestellt worden seien (act. 25 Rz. 10 f. und 25; act. 26/22; act. 2/5). Dies alles habe dazu geführt, dass die Beklagte keine Verwendung mehr für die Wartungsarbeiten des Klägers gehabt habe, welche sich durch die Kündigung der C.\_\_\_\_\_ Bank erübrigt hätten. Es habe ihr demzufolge nicht zugemutet werden können, weiterhin Vergütungen für nicht mehr zu erbringende Wartungsarbeiten zu leisten (act. 25 Rz. 26).

Demgegenüber hält der Kläger dafür, dass infolge des Vertragsschlusses zwischen der C.\_\_\_\_\_ Bank und der Beklagten am 2./3. Dezember 2009 das gesamte Lizenzentgelt von CHF 4'200'000.– fällig geworden sei, womit weder eine Kündigung aus wichtigem Grund vor dem 31. Juli 2014 noch eine ordentliche Kündigung vor dem 31. Dezember 2014 hätte vorgenommen werden können (act. 34 Rz. 38). Der Kläger bringt sinngemäss vor, es handle sich beim Betrag von CHF 4'200'000.– um eine pauschale Entschädigung und es sei für die Wartung von E.\_\_\_\_\_ gar kein zusätzliches Entgelt geschuldet gewesen, welches abgezogen werden könnte (act. 34 Rz. 89 [II.] und Rz. 115). Weiter bestreitet der Kläger generell die beklagtische Darstellung, dass sich die monatlichen Ratenzahlungen für E.\_\_\_\_\_ in Höhe von jeweils CHF 70'000.– aus CHF 56'000.– für das Nutzungsrecht und CHF 14'000.– für die Wartung zusammengesetzt hätten (act. 34 Rz. 113 ff.).

Im Übrigen liege auch kein *wichtiger Grund* vor (act. 34 Rz. 73 und 111). Die Beklagte mache weder eine – wie in § 2 Ziff. 3 des Softwarewartungsvertrages Nr. 20060413.2 vorgesehene – Vertragsverletzung des Klägers geltend, welche zu einer fristlosen Kündigung berechtige noch lege sie erforderliche schriftliche Abmahnungen vor (act. 34 Rz. 67). Es sei unklar, weshalb er für Meinungsdivergenzen zwischen der Beklagten und der C.\_\_\_\_\_ Bank verantwortlich sein soll, sei er doch weder in die Vertragsgestaltung noch die Vertragsverhandlungen oder die Gespräche zur Lösung der Kontroverse involviert gewesen (act. 34 Rz. 70).

### 2.2.3. Rechtliches und Beweislast

Dauerschuldverhältnisse sind dadurch gekennzeichnet, dass die Parteien nicht durch einmaligen Austausch von Leistungen erfüllen (wie z.B. beim Kaufvertrag), sondern über einen längeren Zeitraum hinweg verpflichtet sind. Keine Dauerschuldverhältnisse sind Ratenverträge, wo der Vertrag an sich auf einen einmaligen, klar umschriebenen Leistungsaustausch gerichtet ist, einer Partei jedoch vertraglich die Befugnis eingeräumt wird, ihre Leistung in Form von Teilleistungen (Raten) zu erbringen (INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 3.25 ff.; vgl. auch BGE 128 III 428 E. 3b S. 430). In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass es sich beim Software-Pflegevertrag prinzipiell um ein Dauerschuldverhältnis handelt, da in der Regel die regelmässige Leistungserbringung auf unbestimmte Zeit vereinbart wird (vgl. GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., N. 3056 ff.; differenzierend MICHAEL WIDMER, a.a.O., S. 55 ff.). Im Übrigen wird bezüglich Softwarepflegevertrag die Anwendung von Art. 404 Abs. 1 OR (sowie Art. 377 OR) abgelehnt, wobei vorliegend auch kein besonderes Vertrauensverhältnis ersichtlich wäre, welches eine entsprechende Anwendung sachgerecht erscheinen liesse (GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., N. 3367; MICHAEL WIDMER, a.a.O., S. 192 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4A\_284/2013 vom 13. Februar 2014 E. 3.5.1).

Handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis, anerkennt die Rechtsprechung und Lehre allgemein die Möglichkeit der ausserordentlichen Kündigung bei Vorliegen von wichtigen Gründen und bei Unzumutbarkeit der Vertragserfüllung; bei weniger gravierenden Vertragsverletzungen unter Umständen erst nach vor-

gängiger Verwarnung oder Abmahnung (BGE 128 III 428 E. 3c S. 431; BGE 138 III 304 E. 7 S. 319; Urteil des Bundesgerichts 4A\_148/2011 vom 8. September 2011 E. 4.3.1; MEINRAD VETTER/ROMAN S. GUTZWILLER, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der ausserordentlichen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, AJP 2010, S. 703 ff.). Ob im Einzelfall ein wichtiger Grund vorliegt, entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen im Sinne von Art. 4 ZGB (BGE 128 III 428 E. 3c S. 432). Falls der erforderliche *wichtige Grund* bzw. die *Unzumutbarkeit* der Vertragsfortführung vorliegt, handelt es sich um eine gerechtfertigte ausserordentliche Beendigung des Dauerschuldverhältnisses, welches hierdurch in aller Regel unmittelbar, sofort und *ex nunc* zu Ende geht. Die Kündigung ist unmittelbar nach dem Vorfall des wichtigen Grundes auszusprechen, ansonsten von einer Verwirkung des Beendigungsrechts ausgegangen werden kann (MEINRAD VETTER/ROMAN S. GUTZWILLER, a.a.O., S. 705 f.). Sollte hingegen kein *wichtiger Grund* gegeben sein, stellt sich die Frage der Rechtsfolge, d.h. ob es im Sinne einer Konversion zu einer ordentlichen Kündigung kommt oder allenfalls Nichtigkeit der Kündigung anzunehmen ist (MEINRAD VETTER/ROMAN S. GUTZWILLER, a.a.O., S. 709). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird eine unwirksame ausserordentliche Kündigung grundsätzlich nicht in eine ordentliche Kündigung konvertiert (BGE 138 III 304 E. 11 sowie BGE 133 III 360 E. 8.1.2.=PRA 97 (2008) Nr. 6). Bei befristeten Verträgen, wo keine ordentliche Kündigungsfrist vereinbart wurde, bleibt das Dauerschuldverhältnis, bei Fehlen wichtiger Gründe, die eine ausserordentliche Kündigung rechtfertigen würden, bis zum Ende der Vertragslaufzeit aufrecht (MEINRAD VETTER/ROMAN S. GUTZWILLER, a.a.O., S. 710).

Gestützt auf Art. 8 ZGB obliegt es der Beklagten darzulegen, dass ein wichtiger Grund vorgelegen hat, welcher zu einer ausserordentlichen Vertragskündigung berechtigt. Ebenso obliegt ihr die Beweislast, dass die Kündigung zu einer Reduktion der klägerischen Forderung um insgesamt CHF 588'000.– (42 Raten à CHF 14'000.–) geführt hat.

#### 2.2.4. Würdigung zum "*Dauerschuldverhältnis*"

Mit Vertragsschluss am 16. Februar 2010 haben die Parteien die vertraglichen Grundlagen ihrer Geschäftsbeziehung angepasst. In welcher Hinsicht die vorheri-

gen Vereinbarungen – insbesondere bezüglich Softwarewartung – hätten modifiziert bzw. übernommen werden sollen, ist nicht ohne Weiteres erkennbar. Einerseits wird der neue Vertrag lediglich als Änderung bezeichnet und festgehalten, dass die Parteien die bestehenden Verträge *ergänzen* möchten, andererseits finden sich im neuen Vertrag jeweils ausdrückliche Verweise auf die ursprünglichen Bestimmungen, welche explizit weitergelten sollten wie zum Beispiel den Verweis bezüglich Kaufpreis (vgl. unten Ziff. 3.3.). Jedenfalls wurde der ursprüngliche Softwarewartungsvertrag weder explizit aufgehoben noch eine neue (separate) Vereinbarung geschlossen; es findet sich einzig folgende Bestimmung in Ziff. 2 "Kaufpreis" (6) (act. 2/1): "*Der im Wartungsvertrag gemäss Anhang 3 zu Anhang A vereinbarte Wartungspreis pro Monat ist im Kaufpreis enthalten*".

Damit überhaupt eine ausserordentliche Kündigung aus wichtigem Grund in Betracht kommt, müsste gemäss Vertrag vom 16. Februar 2010, neben der Globalübertragung von Nutzungsrechten an E.\_\_\_\_\_, welche auf einen einmaligen Leistungsaustausch ausgerichtet ist (vgl. oben Ziff. 1.2.), Raum bestehen für eine regelmässige Leistungserbringung (i.c. Softwarewartung) auf unbestimmte Zeit oder zumindest für eine gewisse Dauer. Die Parteien äusserten sich hierzu nicht eindeutig. Ebenso wenig lässt sich den Vorbringen und Unterlagen klar entnehmen, ob der Kläger nach dem 16. Februar 2010 (bis zur Kündigung Ende September 2011) tatsächlich Wartungsleistungen für die Beklagte erbracht hat. Der Kläger scheint dies zu bejahen, die Beklagte tendenziell zu bestreiten (vgl. act. 34 S. 54 f. Fn. 60; act. 50 Rz. 41). Unter Berücksichtigung der nachfolgenden Erwägungen in Ziff. 2.2.5., wo das Vorhandensein eines Dauerschuldverhältnisses unterstellt wird, kann die Frage indessen offen bleiben. Dementsprechend muss nicht entschieden werden, ob sich die monatlich geschuldete Wartungsgebühr, wie von der Beklagten behauptet, so aufschlüsseln lässt, dass für die Wartungsleistungen jeweils CHF 14'000.– pro Monatsrate zu berechnen sind.

#### 2.2.5. Würdigung zur "*ausserordentlichen Kündigung*"

Dass eine, wie im ursprünglichen Softwarewartungsvertrag Nr. 20060413.2 § 2 Ziff. (3) vorgesehene und von der Rechtsprechung für weniger gravierende Vertragsverletzungen vorausgesetzte Verwarnung oder Abmahnung stattgefunden

hätte, wird von der Beklagten nicht behauptet. Folglich müsste eine besonders schwere Vertragsverletzung vorliegen. Welche vertragliche Pflicht der Kläger verletzt haben soll, bleibt hingegen unklar. Der Kläger bringt zu Recht vor, dass die Beklagte keine – zumindest substantiierte – Vertragsverletzung darlegt. Der pauschale Verweis auf die angeblich vom Kläger verschuldete Zerrüttung der Geschäftsbeziehung zur C.\_\_\_\_\_ Bank kann hierfür jedenfalls nicht genügen. Immerhin ist noch zu prüfen, ob eventuell ein anderer wichtiger Grund vorliegt, welcher einer schweren Vertragsverletzung entspricht.

Den Akten lässt sich zwar entnehmen, dass es zwischen dem Kläger und der C.\_\_\_\_\_ Bank zu einer Auseinandersetzung gekommen ist, wobei nicht belegt ist, dass der Kläger hierfür letztlich die (alleinige) Verantwortung trägt. Zumindest ist nicht ersichtlich, dass die vom Kläger gegenüber der C.\_\_\_\_\_ Bank erhobenen Ansprüche offensichtlich unberechtigt oder sogar unhaltbar wären, zumal die entsprechenden strafrechtlichen Untersuchungen gegen den Kläger nichts dergleichen zu Tage förderten. Ausserdem lässt sich dem Kündigungsschreiben der C.\_\_\_\_\_ Bank vom 9. Mai 2011 nicht entnehmen, dass der Kläger für ihre Entscheidung verantwortlich gemacht würde (act. 26/22). Ferner stellte offenbar selbst die Beklagte – zumindest bis März 2011 – den Anspruch des Klägers gegenüber der C.\_\_\_\_\_ Bank nicht in Abrede (act. 26/16 S. 2; act. 26/21). Und selbst wenn der Kläger eine "Zerrüttung" oder "Eskalation" zwischen ihm und der C.\_\_\_\_\_ Bank verschuldet hätte, fehlt ein eindeutiger Zusammenhang zur Vertragsauflösung sowohl im Verhältnis C.\_\_\_\_\_ Bank/Beklagte als auch im Verhältnis Kläger/Beklagte.

Nachvollziehbar ist zwar generell, dass die Beklagte den Vertrag mit der C.\_\_\_\_\_ Bank und die monatlichen Zahlungen als Voraussetzung für den Vertrag mit dem Kläger erachtete, allein der Bestand dieses Vertrages liegt in ihrer Risikosphäre. Es sind weder Gründe ersichtlich, welche die Überwälzung dieses Risikos auf den Kläger rechtfertigen würden, noch hat sich ergeben, dass der Kläger die Vertragskündigung der C.\_\_\_\_\_ Bank zu verantworten hat. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass *kein wichtiger Grund* vorliegt, welcher die Beklagte zur ausserordentlichen Kündigung berechtigt hätte.

Überdies ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte vom Zeitpunkt des geltend gemachten wichtigen Grundes (Kündigung der C.\_\_\_\_\_ Bank am 9. Mai 2011) bis zum Aussprechen der Kündigung (30. September 2011) über vier Monate zugewartet hat. Von einer angemessenen Bedenkfrist und unverzüglichen Kündigung kann somit keine Rede mehr sein, womit das ausserordentliche Kündigungsrecht als verwirkt gilt.

Eine Konversion in eine ordentliche Kündigung ist in zweifacher Hinsicht ausgeschlossen: Einerseits ist im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung davon auszugehen, dass der ungerechtfertigten ausserordentlichen Kündigung grundsätzlich keine Rechtswirkung zukommt, andererseits geht die Beklagte selber vom Wegfall von 42 Raten aus, m.a.W. also von einem befristeten Vertrag, wo bei Fehlen wichtiger Gründe, die eine ausserordentliche Kündigung rechtfertigen würden, davon ausgegangen wird, das Dauerschuldverhältnis bliebe bis zum Ende der Vertragslaufzeit aufrecht (vgl. oben Ziff. 2.2.3.).

#### 2.2.6. Fazit

Nachdem bereits fraglich ist, ob überhaupt ein Dauerschuldverhältnis vorliegt, ist jedenfalls kein wichtiger Grund für eine ausserordentliche Kündigung gegeben und ausserdem das Kündigungsrecht selbst – infolge längeren Zuwartens – verwirkt. Folglich ist keine Reduktion des klägerischen Anspruchs um CHF 588'000.– vorzunehmen.

### 2.3. Verrechenbare Darlehensforderung

#### 2.3.1. Parteistandpunkte

Die Beklagte verweist auf das als Darlehensvertrag Nr. 20051230.1 benannte Dokument vom 22. Oktober 2004 (act. 2/17) und stellt sich auf den Standpunkt, es liege ein Darlehensvertrag mit dem Kläger vor. Vorgesehen gewesen sei ein Darlehensbetrag in Höhe von CHF 1'750'000.–, ein Zinssatz von 7.5 % p.a. sowie eine Laufzeit vom 22. Oktober 2004 bis zum 30. Dezember 2010 (act. 50 Rz. 52 ff.).

Der Kläger habe weder das Darlehen jemals zurückbezahlt noch entsprechend geschuldete Zinsen entrichtet (act. 50 Rz. 58). Wohl sei in einem Dokument vom 14. April 2010 zwischen dem Kläger und H.\_\_\_\_\_ (act. 18/39) ein Erlass der Darlehensrückzahlung in Aussicht gestellt worden, allein ein solcher sei nie gültig zustandegekommen, wobei H.\_\_\_\_\_ mit lediglich Kollektivzeichnungsberechtigung gar nicht wirksam für die F.\_\_\_\_\_ AG hätte handeln können (act. 50 Rz. 61; act. 51/27). Weil die Rückzahlung des Darlehens am 30. Dezember 2010 fällig geworden sei, bringe sie die Darlehensschuld in Höhe von CHF 1'750'000.– sowie die fünf ausstehenden Zinszahlungen à CHF 131'250.– (=CHF 2'406'205.–) zur Verrechnung, was bei einer Kaufpreisschuld von noch CHF 2'352'000.– einen Überschuss von CHF 54'205.– zu ihren Gunsten ergebe (act. 50 Rz. 69).

Der Kläger bestreitet, dass eine offene Darlehensschuld gegenüber der Beklagten besteht (act. 55 Rz. 20 f.; vgl. die Erwägungen in Ziff. 2. S. 7 oben). Unter Verweis auf diverse Beilagen führte er hierzu aus, weder habe die Beklagte die am 22. Oktober 2004 offerierten Projektarbeiten selber ausgeführt noch sei überhaupt jemals ein Darlehen gewährt worden oder irgendeine Softwarewartung von der Beklagten für den Kläger vorgenommen worden (act. 55 Rz. 20; act. 2/15-17; act. 2/33; act. 18/39; act. 35/44). Andernfalls wären sämtliche Rechte an E.\_\_\_\_\_ bereits am 3. Januar 2007 auf die Beklagte übergegangen und die beiden Softwareverträge vom 6. August 2009 und 16. Februar 2010 nicht abgeschlossen worden. Ferner wäre mit dem Abschluss des am 2./3. Dezember 2009 unterzeichneten Softwarewartungsvertrages vom 6. November 2009 die ausstehende Darlehensschuld samt Zins getilgt worden (act. 55 Rz. 20).

### 2.3.2. Rechtliches und Beweislast

Der Darlehensvertrag beinhaltet, dass sich der Darleiher zur Übertragung des Eigentums an Geld (oder einer anderen vertretbaren Sache) auf den Borger und letzterer sich zur Rückerstattung des Betrages verpflichtet (Art. 312 OR). Wesentliche Pflicht des Darleihers ist die Eigentumsverschaffung an der Darlehenssumme (sog. *Aushändigungspflicht*) und die Verpflichtung, dem Borger den Wertgebrauch an der Darlehenssumme während der Dauer des Vertrages zu erhalten (sog. *Belassungspflicht*) (SCHÄRER/MAURENBRECHER, in: Basler Kommentar, Obli-

gationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 6 zu Art. 312 OR). Die Rückerstattungspflicht entsteht grundsätzlich bereits mit dem Vertragsabschluss, jedoch nur unter der aufschiebenden Bedingung, dass die Auszahlung der Darlehensvaluta erfolgt (ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, Das Darlehen, Bern 2013, N. 27 zu Art. 312 OR; SCHÄRER/MAURENBRECHER, a.a.O., N. 11a zu Art. 312 OR). M.a.W. ist die Verschaffung von Geld oder anderen Sachen zu Eigentum (tatsächliche) Voraussetzung der Rückerstattungspflicht des Borgers (PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Die Leihe, 3. Aufl. 2003, N. 5 Vorbem. zu Art. 312-318 OR sowie N. 85 zu Art. 312 OR). Der Darleiher ist vorleistungspflichtig, wobei auch die Zinsleistungspflicht des Borgers im Grundsatz erst mit der Aushändigung der Valuta entsteht (PETER HIGI, a.a.O., N. 45 und 70 zu Art. 312 OR). Den Beweis für das Vorliegen eines Darlehens hat der Darleiher zu erbringen. Er hat sowohl die Auszahlung der Darlehensvaluta als auch das Bestehen einer Rückzahlungsverpflichtung zu beweisen (ROLF H. WEBER, a.a.O., N. 90 zu Art. 312 OR; PETER HIGI, a.a.O., N. 127 ff. zu Art. 312 OR).

### 2.3.3. Würdigung

Wie gesehen obliegt es der Beklagten als Darleiherin den – vom Kläger bestrittenen – Bestand einer verrechenbaren Rückerstattungsforderung zu beweisen. Hierzu lässt sie auf die als Darlehensvertrag bezeichnete Vereinbarung vom 22. Oktober 2004 samt Bestimmungen zu Darlehensbetrag, Zinssatz, etc., verweisen, legt allerdings nicht dar, auf welche Weise dem Kläger überhaupt eine Darlehenssumme verschafft worden sein soll. Zumal aber die Aushändigung einer Darlehenssumme an den Borger grundlegende Anspruchsvoraussetzung für die Rückerstattung im Sinne von Art. 312 OR bildet, wären hierzu von der Beklagten notwendigerweise entsprechende Angaben bzw. Beweismittel anzuführen gewesen.

Ebensowenig führte die Beklagte aus, dass die spezifisch vereinbarten Vertragsbestimmungen im Zusammenhang mit der Darlehensgewährung (act. 2/17: § 1 Ziff. 2 ff.) zur Anwendung gelangten bzw. effektiv umgesetzt wurden. Gemäss Vereinbarung sollte die für Verhandlungen zwischen dem Kläger und dem Bankhaus M.\_\_\_\_\_ notwendige Implementierung von E.\_\_\_\_\_ durch die Beklagte zum

Pauschalbetrag von CHF 1'750'000.– übernommen werden. Eine Darlehensgewährung in derselben Höhe wurde dabei davon abhängig gemacht, ob das Bankhaus M.\_\_\_\_\_ in der Folge von ihrer Kaufoption für E.\_\_\_\_\_ Gebrauch machen würde: Bei Wahrnehmung der Kaufoption (was offenbar nicht erfolgte; vgl. act. 2/15 [Aufhebungsvereinbarung]) war vorgesehen, dass dem Kläger für die Implementierung ein Betrag von CHF 1'750'000.– in Rechnung gestellt würde (vgl. act. 2/17: § 1 Ziff. 2). Bei Nicht-Wahrnehmung der Kaufoption sollte hingegen vom Kläger, aufgrund mangelnder finanzieller Mittel, der ausstehende Rechnungsbetrag nicht eingefordert werden, sondern in Form eines Darlehens gewährt werden (vgl. act. 2/17: § 1 Ziff. 3 f.).

Diese Vertragsbestimmungen lassen jedenfalls darauf schliessen, dass die Darlehensgewährung massgeblich an das Erbringen von Implementierungsleistungen gekoppelt war und zwar nur im Sinne einer Absicherung, falls diese Leistungen nicht im Rahmen eines Vertragsschluss mit M.\_\_\_\_\_ in Rechnung gestellt werden könnten. Mangels entsprechender Ausführungen kann indessen nicht geprüft werden, ob die Beklagte tatsächlich Implementierungsleistungen im Sinne der Vertragsbestimmungen erbracht hat oder nicht. Sodann ist unklar, ob nach Auffassung der Parteien die Entschädigung für die Implementierungsleistungen hätte in ein Darlehen "umgewandelt" werden sollen oder ob allenfalls sogar eine separate Leistung in Höhe von CHF 1'750'000.– vorgesehen gewesen wäre. In jedem Fall ist weder ersichtlich noch nachgewiesen, dass dem Kläger eine Darlehenssumme in Form einer Übertragung von CHF 1'750'000.– noch einer anderen Leistung verschafft worden wäre.

Weiter überzeugt die beklagtische Argumentation auch insofern nicht, als dass sie sich in Bezug auf den (Erlass-)Vertrag vom 14. April 2010 darauf stützt, dass H.\_\_\_\_\_ infolge Kollektivzeichnungsberechtigung alleine gar nicht wirksam für die F.\_\_\_\_\_ AG hätte handeln können, sich auf der anderen Seite aber auf die allein von H.\_\_\_\_\_ unterzeichnete Vereinbarung vom 22. Oktober 2004 stützt, wohingegen sich aus den (gelöschten) Handelsregisterauszügen von G.\_\_\_\_\_ ... (HR) AG ergibt, dass H.\_\_\_\_\_ diesbezüglich ebenfalls lediglich über Kollektivzeichnungsberechtigung verfügt hatte (act. 51/26-27). Im Übrigen findet sich im "Darle-

hensvertrag" § 4 Ziff. 2 ein Vorbehalt "*des zustimmenden Beschlusses des gesellschaftsrechtlich hierzu berufenen Organs der Darlehensgeberin*". Dass ein solcher zustimmender Beschluss gefasst worden wäre, wird von der Beklagten nicht behauptet. Folglich ist auch die Gültigkeit der Vereinbarung vom 22. Oktober 2004 in Frage gestellt (act. 2/17).

Dass jemals eine Mahnung oder Zinszahlung – als Indiz für eine Darlehensgewährung – erfolgt wäre, wird von der Beklagten nicht behauptet. Ebensovienig wird in den Verträgen vom 6. August 2009 und 16. Februar 2010 eine Darlehensforderung erwähnt. Nicht nachvollziehbar ist sodann, dass die von der Beklagten ins Recht gelegte Bilanz vom 10. November 2010 (act. 51/24), neben der Vertragsbeziehung mit der C.\_\_\_\_\_ Bank als Hauptaktivum (vgl. act. 50 Rz. 46), lediglich Aktiven von rund CHF 170'000.– aufweist, wo doch gemäss beklagtischer Darstellung eine Darlehensforderung in Höhe von CHF 1'750'000.– (zuzüglich Zinsforderungen) hätte vorhanden sein müssen.

Fraglich ist, wie die bei den Akten liegende Vereinbarung vom 14. April 2010 – deren Gültigkeit von der Beklagten bestritten ist – interpretiert werden soll (act. 18/39). Es wird darin zwar der Darlehensvertrag Nr. 20051230.1 erwähnt, inwiefern deshalb auf das effektive Bestehen eines gültigen Darlehensvertrages bzw. Rückerstattungsanspruchs geschlossen werden soll, lässt sich jedoch mangels relevanter Parteivorbringen nicht entscheiden. Jedenfalls vermag das Dokument alleine nichts daran zu ändern, dass weder das Bestehen eines gültigen Darlehensvertrages noch eines Rückerstattungsanspruchs nachgewiesen ist.

Nach dem klaren Ergebnis der Würdigung ist ferner von der Berücksichtigung von H.\_\_\_\_\_ als Zeugen abzusehen (vgl. act. 50 Rz. 59). Gemäss Duplik scheint die Beklagte mit dem Zeugen H.\_\_\_\_\_ allein ihre Behauptungen in Rz. 59 (Parteiwille bezüglich Darlehensrückzahlung) nachweisen zu wollen. Inwiefern die entsprechenden Tatsachen entscheiderelevant sein sollen, ist freilich nicht erkennbar, stellt die Beklagte doch lediglich dar, in welchem Fall das Darlehen hätte zurückgezahlt werden sollen. Sie legt dann aber weder substantiiert dar, dass eine Rückerstattungspflicht besteht, noch, dass die vorausgesetzte Bedingung (erfolgreiche Platzierung der Software bei einem Kunden) überhaupt eingetreten ist. Es

ist auch nicht ohne Weiteres erkennbar, welche erfolgreiche Software-Platzierung gemeint sein könnte, zumal sich die Vereinbarung vom 22. Oktober 2004 allein auf eine Platzierung der Software bei der Bank M.\_\_\_\_\_ bezog, was aber offensichtlich nicht erfolgte. Im Übrigen kann das Fehlen von substantiierten Behauptungen (zum Rückerstattungsanspruch) nicht durch eine Zeugeneinvernahme im Beweisverfahren geheilt werden (Urteil des Bundesgerichts 4A\_504/2015 vom 28. Januar 2016 E. 2.4.). Schliesslich wäre ein Zeugnis von H.\_\_\_\_\_ – aufgrund seiner offenkundigen Eigeninteressen als früheres Organ der Beklagten – mit Zurückhaltung zu würdigen und das alleinige Abstellen auf dessen Aussagen dürfte kaum in Betracht kommen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4P.143/2005 vom 18. August 2005 E. 2.2).

#### 2.3.4. Fazit

Aufgrund dessen, dass die Beklagte weder die Darlehensgewährung noch einen Rückerstattungsanspruch genügend behauptet, erübrigt sich die Frage bezüglich Darlehenszinsen und Verrechnung. Es besteht keine Forderung der Beklagten gestützt auf ein Darlehen, welche verrechnungsweise der klägerischen Forderung entgegengehalten werden könnte.

### 3. Zinsforderung

#### 3.1. Parteistandpunkte

Die Beklagte bestreitet einen Zinsanspruch des Klägers (act. 25 Rz. 40). Damit Zinsen für einen Kaufpreisanspruch geschuldet seien, müsse sich der Käufer im Verzug befinden. Gestützt auf den Softwarevertrag vom 16. Februar 2010 sei der Kaufpreis aber in 60 monatlichen Raten zu bezahlen gewesen (act. 25 Rz. 41). Der Zinsanspruch sei vom Kläger weder schlüssig behauptet noch bewiesen. Duplicando verweist die Beklagte sodann darauf, dass sich die im Softwarekaufvertrag vom 16. Februar 2010 vorgesehene Entschädigung nach den gleichen Konditionen richte wie die Lizenzzahlungen unter dem Softwarekaufvertrag vom 6. August 2009. Dies bedeute, dass die Zahlung von Raten vereinbart worden sei,

was folglich ein Verzug am Tag des Vertragsschlusses ausschliesse (act. 50 Rz. 72). Weiter setze sich der Kläger in Widerspruch zum tatsächlichen Parteiverhalten, wenn er jetzt behaupte, die Fälligkeit sei am Tag des Vertragsschlusses eingetreten, denn sie habe stets, wie vom Kläger verlangt, Ratenzahlungen geleistet (act. 50 Rz. 73). Schliesslich hätte die Beklagte, was dem Kläger bestens bekannt gewesen sei, nicht über genügend Liquidität verfügt, um am Tag des Vertragsschlusses CHF 4'200'000.– zu bezahlen, wäre sie doch sogleich zahlungsunfähig und verschuldet gewesen (act. 50 Rz. 74). Dementsprechend sei nicht eine sofortige Fälligkeit im Zeitpunkt der Gewährung eines Nutzungsrechts der Beklagten gegenüber der C.\_\_\_\_\_ Bank vereinbart worden. Vielmehr habe es dem gemeinsamen tatsächlichen Verständnis der Parteien entsprochen, dass Zahlungen an den Kläger erst bei Eingang von Zahlungen der C.\_\_\_\_\_ Bank an die Beklagte hätten erfolgen sollen (act. 50 Rz. 75 f.).

Zur Bestreitung der Zinsforderung führte der Kläger aus, zwischen der Beklagten und der C.\_\_\_\_\_ Bank sei mit Software-Kaufvertrag Nr. 20091031.1 vom 2./3. Dezember 2009 die Übertragung eines sofort gültigen und rückwirkenden Nutzungsrechts an E.\_\_\_\_\_ vereinbart worden. Gestützt auf diese sofortige Nutzungsübertragung sei sogleich das gesamte Lizenzentgelt aus dem Softwarekaufvertrag Nr. 20060413.1 in Höhe von CHF 4'200'000.– fällig geworden, die Beklagte habe dies indessen nie bezahlt (act. 34 Ziff. II. S. 3 sowie Rz. 20 ff. und Rz. 119 f. passim). Die Beklagte hätte bis zur Überweisung des gesamten Lizenzentgeltes von CHF 4'200'000.– die Software E.\_\_\_\_\_ weder nutzen dürfen noch entsprechende Rechte daran übertragen, was durch technische Massnahmen sichergestellt worden sei (act. 34 Ziff. IIIa. S. 3 sowie Rz. 13 und 28 passim). Wohl sei auf Wunsch der Beklagten – entgegen üblicher Standardlizenzverträgen, bei welchen das gesamte Lizenzentgelt unmittelbar nach Vertragsunterzeichnung fällig würde – Ratenzahlung vereinbart worden, wobei ein "Abstottern" des Lizenzentgeltes *und* gleichzeitige Nutzung oder Übertragung der Software ausgeschlossen gewesen sei (act. 34 Rz. 31 f.).

### 3.2. Rechtliches und Beweislast

Verzugszinsen im Sinne von Art. 104 Abs. 1 OR sind geschuldet, wenn sich der Schuldner mit der Zahlung eines geschuldeten Betrages in Verzug befindet. Verzug liegt unter anderem vor, wenn der geschuldete Geldbetrag zur Zahlung fällig ist und der Gläubiger den Schuldner mahnt, d.h. ihn unmissverständlich zur Zahlung der Geldsumme auffordert (Art. 102 OR; BGE 130 III 591 E. 3 S. 597). Nach Art. 102 Abs. 2 OR fällt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet wurde oder sich ein solcher infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung ergibt. Die allgemeinen Voraussetzungen des Verzugseintritts nach Art. 102 OR gelten grundsätzlich auch für Innominatverträge, wobei es sich um dispositives Recht handelt (ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, Die Folgen der Nichterfüllung, Bern 2000, N. 8 bzw. N. 32 zu Art. 102 OR). Die Fälligkeit wiederum richtet sich allgemein nach Art. 75 OR bzw. bei Anwendbarkeit der kaufrechtlichen Bestimmungen nach Art. 213 OR. Hierbei handelt es sich ebenso um dispositives Recht, d.h. der Zeitpunkt der Fälligkeit wird in erster Linie durch die von den Parteien getroffene Vereinbarung bestimmt (BGE 129 III 535 E. 3.2.1 S. 541). Die Beweislast für den Eintritt des Schuldnerverzugs obliegt dem Gläubiger, d.h. vorliegend dem Kläger (ROLF H. WEBER, a.a.O., N. 170 zu Art. 102 OR).

### 3.3. Würdigung

Wie gesehen handelt es sich bei den Verzugsregeln um dispositives Recht, womit in erster Linie auf die vereinbarten Bestimmungen abzustellen ist. Mit Softwarekaufvertrag vom 16. Februar 2010 vereinbarten die Parteien, dass nicht nur eine Softwarelizenz zu gewähren sei, sondern gegen Zahlung einer Pauschale von CHF 4'200'000.– alle Rechte an E.\_\_\_\_\_ global an die Beklagte übertragen werden sollten (vgl. oben Ziff. 1.2. S. 9). Der Vertrag vom 16. Februar 2010 enthält selber keine Bestimmungen betreffend Fälligkeit oder Verzug, sondern verweist in Ziff. 2 [Kaufpreis] Rz. 5 auf den Vertrag vom 6. August 2009 (Softwarekaufvertrag Nr. 20060413.1; act. 2/1), insbesondere § 6 ("Kaufpreis") sowie Ziff. (7) von Anla-

ge 1 zum Softwarekaufvertrag Nr. 20060413.1. Für die Parteien bestand trotz Änderung der vertraglichen Grundlagen am 16. Februar 2010 offensichtlich das Bedürfnis, die Bestimmungen des ursprünglichen Vertrages (Softwarekaufvertrag Nr. 20060413.1) im Wesentlichen beizubehalten, was sich in einem klaren Verweis im Vertrag manifestierte und im Übrigen nicht strittig ist (vgl. act. 34 Rz. 121; act. 50 Rz. 72).

In § 6 Ziffer (1) wird bezüglich Kaufpreis auf den Programschein (Anlage 1) verwiesen. In Ziffer (2) wird sodann festgehalten: "*Der Kaufpreis ist gemäss Anlage 2 nach Rechnungseingang bei der Käuferin fällig [...]*". Weiter lässt sich Ziffer (7) entnehmen:

<b>(7)</b>	<b>Kaufpreis/Lizenzentgelt der Software und Dokumentation (§ 6 Abs. 1):</b>
<b>a.</b>	
	Monatlich fällige Zahlungen von je CHF 70'000.00 („Siebzigtausend Schweizer Franken“), pro rata temporis, netto, gemäß Anlagen 2a und 3, die ebenfalls Vertragsbestandteil sind.
Fälligkeit der ersten Zahlung:	nach Vertragsunterzeichnung gemäß Anlage 2a
Anzahl der Zahlungen:	60 („Sechzig“) gemäß Anlage 2a

Zudem ist in Anlage 2a (act. 2/1: S. 13) als Vertragsbestandteil eine Musterrechnung des Klägers beigefügt, welcher sich unter anderem Folgendes entnehmen lässt: "*Lizenzperiode: ab Rechnungsdatum nach Eingang aller Zahlungen gemäss Programschein 7*".

Gemäss klarem Wortlaut der vertraglichen Bestimmungen wurde zwischen den Parteien die Zahlung von 60 monatlichen Raten à CHF 70'000.– vereinbart. Für die Fälligkeit der einzelnen Raten sollte dabei gemäss Ziffer (2) jeweils auf den Rechnungseingang bei der Käuferin abgestellt werden. Die Raten sollten monatlich in Rechnung gestellt werden, wobei der genaue Zeitpunkt nicht definiert wurde und offenbar variierte, was sich den eingereichten Rechnungen entnehmen lässt (act. 26/6-8). Im Einklang mit den vertraglichen Bestimmungen lässt sich das

Parteiverhalten einordnen, wonach in der Korrespondenz zwischen den Parteien konstant von Ratenzahlungen die Rede war (vgl. beispielsweise act. 26/23). Nachvollziehbar ist sodann, dass der Beklagten ursprünglich die Liquidität fehlte, um im damaligen Zeitpunkt unmittelbar die gesamte Entschädigung von CHF 4'200'000.– für E.\_\_\_\_\_ aufbringen zu können, weshalb gerade die Bezahlung von monatlichen Raten vereinbart wurde (act. 50 Rz. 73 f.; act. 34 Rz. 13 und 32).

Nachdem sich die Parteien aber sowohl unter dem Vertrag vom 6. August 2009 als auch vom 16. Februar 2010 auf periodische Zahlungen einigten, erscheint widersprüchlich, dass sich die Beklagte bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 16. Februar 2010 für den Gesamtbetrag (60 Raten à CHF 70'000.–) in Verzug hätte befinden sollen. Vielmehr war auch noch unter dem Vertrag vom 16. Februar 2010 gleichermassen vorgesehen, dass sich die Fälligkeit für jede Rate individuell gemäss Rechnungsstellung bemisst. Entgegen der klägerischen Argumentation (vgl. act. 34 Rz. 66) haben die Parteien somit vereinbart, dass der Kläger nicht unverzüglich den ganzen Betrag von CHF 4'200'000.– fordern kann, sondern nur periodisch die Leistung von Zahlungen in Höhe von jeweils CHF 70'000.–. Entsprechend finden sich auch in den Akten drei Monatsrechnungen des Klägers, deren Echtheit nicht bestritten wurde (act. 26/6-8). Somit hätte der Kläger aber – gestützt auf die ihm obliegende Behauptungs- und Beweislast – im Einzelnen darzustellen gehabt, dass die periodischen Ratenzahlungen effektiv in Rechnung gestellt und fällig wurden. Der Kläger machte hierzu weder einschlägige Angaben noch Beweisofferten. Obwohl der Kläger lediglich Zins ab dem 16. Februar 2010 fordert, will er für den Zeitpunkt der Fälligkeit des gesamten Lizenzentgelts auf den Vertragsschluss am 2./3. Dezember 2009 zwischen der Beklagten und der C.\_\_\_\_\_ Bank abstellen. Auf welche (vertragliche) Grundlage er sich genau stützt, bleibt unklar. Der Kläger scheint jedenfalls davon auszugehen, dass im genannten Zeitpunkt ohne Weiteres das gesamte Lizenzentgelt fällig wurde. Zumindest in den zugrundeliegenden Verträgen findet diese Interpretation aber keine Stütze. Selbst wenn man sinngemäss von einer Vertragsverletzung der Beklagten ausginge – nachdem der Kläger argumentierte, vor Bezahlung der gesamten Entschädigung hätte gar kein Nutzungsrecht an E.\_\_\_\_\_ auf die

C.\_\_\_\_\_ Bank übertragen werden dürfen – ist nicht ersichtlich, inwiefern dies zur Fälligkeit der Gesamtforderung bzw. zu Schuldnerverzug am 16. Februar 2010 geführt haben soll. Auch diesbezüglich unterlässt der Kläger substantiierte Vorbringen. Es ist generell nicht Aufgabe des Gerichts, den Sachverhalt anhand der Unterlagen zusammenzutragen. Ebenso wenig obliegt es dem Gericht, für den klägerischen Anspruch eine vertragliche Grundlage zu suchen oder in den vorliegenden Akten nach (Eventual-)Gründen zu forschen, welche eine Verzugszinspflicht der Beklagten begründen könnten.

Gleichwohl sind in diesem Zusammenhang die klägerischen Tatsachenbehauptungen in der Klageschrift sowie die dazugehörige Beweismittellofferte nicht zu übergehen, wo der Kläger insofern seiner Behauptungs- und Beweislast nachkommt, als dass er darstellt, inwiefern er die Beklagte zur Zahlung der geschuldeten Leistung aufgefordert hatte (act. 1 Rz. 8; act. 2/27). Aus dem klägerischen Schreiben vom 18. November 2014 ergibt sich eine unmissverständliche Aufforderung an die Beklagte zur Zahlung des geschuldeten und genügend bezeichneten Betrages bis zum 19. Dezember 2014 (act. 2/27). Dass diese Mahnung der Beklagten effektiv zugegangen ist, wurde von der Beklagten nicht bestritten, ergibt sich aber auch aus dem beiliegenden Antwortschreiben der Beklagten (act. 2/27 [Schreiben von N.\_\_\_\_\_ und O.\_\_\_\_\_]). Gestützt auf Art. 102 Abs. 2 OR befindet sich die Beklagte folglich nach Ablauf der bis zum 19. Dezember 2014 eingeräumten Zahlungsfrist, seit 20. Dezember 2014 in Verzug, wodurch ein Verzugszins von 5 % auf der klägerischen Forderung geschuldet ist.

#### 3.4. Fazit

Die Beklagte hat für die klägerische Forderung Verzugszinsen von 5 % seit 20. Dezember 2014 zu bezahlen.

#### 4. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Gestützt auf die Softwareverträge im Zusammenhang mit E.\_\_\_\_\_ stand dem Kläger gegenüber der Beklagten ursprünglich eine Forderung in Höhe von CHF 4'200'000.– zu. Da die Beklagte nachgewiesen hat, dass sie die Forderung

im Umfang von CHF 1'190'000.– bereits bezahlt hat, besteht noch eine klägerische Forderung in Höhe von CHF 3'010'000.–. Nicht ergeben hat sich demgegenüber, dass weitere Einwendungen gegen die klägerische Forderung bestehen. So hat die Beklagte weder nachgewiesen, dass eine (weitere) Ratenzahlung in Höhe von CHF 70'000.– bezahlt wurde, noch, dass eine gültige Kündigung des Wartungsvertrages vorliegt oder das Bestehen einer verrechenbaren Darlehensforderung. Ausserdem ist ein Verzugszins von 5 % geschuldet, allerdings nicht bereits seit 16. Februar 2010, sondern erst seit 20. Dezember 2014.

## 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### 5.1. Gerichtskosten

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess festzulegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Auch (nur) teilweise obsiegt diejenige Partei, deren Hauptbegehren zwar abgewiesen, das Eventualbegehren aber gutgeheissen wird (URWYLER/GRÜTTER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 6 zu Art. 106; MARTIN H. STERCHI, in: Berner Kommentar, Band I, Art. 1-149 ZPO, Bern 2012, N. 4 zu Art. 106 ZPO). Der Kläger obsiegt im Betrag von CHF 3'010'000.– und unterliegt im Betrag von CHF 1'190'000.– (bereits erfolgte Zahlungen der Beklagten). Somit obsiegt der Kläger zu rund 70 % und unterliegt zu rund 30 %. Die Kosten des Verfahrens sind demnach zu rund 30 % (CHF 25'200.–) dem Kläger sowie zu rund 70 % (CHF 58'800.–) der Beklagten aufzuerlegen. Die Kosten sind vorab aus dem vom Kläger geleisteten Vorschuss zu decken. Für die der Beklagten auferlegten und aus dem klägerischen Vorschuss bezogenen Kosten ist dem Kläger das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen. Der Fehlbetrag ist von der Beklagten zu beziehen.

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Die Gerichtsgebühr richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem

Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der massgebende Streitwert beträgt CHF 4'200'000.–. In Anbetracht des Schwierigkeitsgrades und des Aufwandes rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr gemäss § 4 Abs. 1 GebV OG auf CHF 84'000.– zu erhöhen (§ 4 Abs. 2 GebV OG).

## 5.2. Parteientschädigungen

Bei teilweisem Obsiegen erfolgt gleichermassen die Zusprechung einer Parteientschädigung nach den Regeln von Art. 106 Abs. 2 ZPO, d.h. die gegenseitigen Entschädigungspflichten sind einander in Bruchteilen gegenüberzustellen und bis zum kleineren Bruchteil zu verrechnen. Die Obsiegensquoten sind dabei auch zu verrechnen, wenn nur eine der Parteien anwaltlich vertreten ist (HANS SCHMID, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 4. Aufl. 2014, N. 4 zu Art. 106 ZPO). Dies bedeutet, dass – unabhängig von der effektiv zuzusprechenden Parteientschädigung – vorab die Quoten des Obsiegens zu verrechnen sind und nur dort effektiv die Zusprechung einer Parteientschädigung in Betracht kommt, wo nach Verrechnung ein Überschuss vorhanden ist. Wie gesehen obsiegt der Kläger zu rund 70 % und die Beklagte zu rund 30 %. Verrechnet man die prozentualen Ansprüche der Parteien auf eine Parteientschädigung, so erhielte der Kläger noch rund 40 % der Parteientschädigung, die Beklagte erhält zufolge Verrechnung der Obsiegensquoten keine Parteientschädigung. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass der Kläger nicht anwaltlich vertreten ist, womit allein die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO in Betracht kommt.

Gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO ist in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung zuzusprechen, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist. Ebenso wie für die Parteientschädigung gilt für die Umtriebsentschädigung der Dispositionsgrundsatz, d.h. zu entschädigende Kosten bzw. Umtriebe sind grundsätzlich zu substantiieren und gegebenenfalls auch zu belegen (SUTTER/VON HOLZEN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N 30 zu Art. 95 ZPO). In der Regel wird der nicht anwaltlich vertretenen Partei keine Entschädigung zugesprochen. Eine ausnahmsweise Entschädigung kommt beispielsweise in Betracht,

wenn bei einer selbständigerwerbenden Partei ein Erwerbsausfall verursacht wird (URWYLER/GRÜTTER, a.a.O., N. 25 zu Art. 95; Urteil des Bundesgerichts 4A\_335/2011 vom 16. April 2012 E. 3.3; ebenso schon Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBI 2006 7293). Das Bundesgericht scheint zumindest von der Notwendigkeit der Bezifferung des Antrags absehen zu wollen (vgl. BGE 140 III 444 E. 3.2.2 S. 448).

Der nicht anwaltlich vertretene Kläger beantragte – ohne nähere Begründung und Bezifferung – eine Parteientschädigung inkl. Mehrwertsteuer bzw. (sinngemäss) eine Umtriebsentschädigung (vgl. act. 1 S. 1 bzw. act. 34 S. 2). Selbst falls man aber von der Notwendigkeit der Bezifferung des Antrags absieht, ist vom Antragsteller immerhin zu verlangen, dass er darlegt, weshalb ein begründeter Fall im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO vorliegen soll, was der Kläger indessen unterlässt. Zu berücksichtigen ist hier insbesondere die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Substantiierungspflicht, wo selbst der Hinweis einer Partei auf ein komplexes und zeitaufwendiges Verfahren nicht gleichzeitig die Behauptung beinhalten sollte, es seien besondere Umtriebe und daher ersatzfähige Kosten entstanden (Urteil des Bundesgerichts 4A\_355/2013 vom 22. Oktober 2013 E. 4.2.). Folglich vermag auch der dem Kläger offenkundig angefallene Aufwand (Ausarbeitung der beiden Rechtsschriften) nichts daran zu ändern, dass dies vom Gericht nicht – ohne adäquate Begründung – zu berücksichtigen ist. Demzufolge rechtfertigt es sich nicht, dem Kläger eine Partei- bzw. Umtriebsentschädigung zuzusprechen.

#### **Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger CHF 3'010'000.– zuzüglich Verzugszinsen von 5 % seit dem 20. Dezember 2014 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 84'000.–.

3. Die Kosten werden zu 70 % (CHF 58'800.–) der Beklagten und zu 30 % (CHF 25'200.–) dem Kläger auferlegt und teilweise vorab aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss (CHF 63'000.–) gedeckt. Für die der Beklagten auferlegten und aus dem vom klägerischen Vorschuss bezogenen Kosten (CHF 37'800.–) wird dem Kläger das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt. Im nicht gedeckten Betrag (CHF 21'000.–) werden die Kosten direkt von der Beklagten bezogen.
4. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 4'200'000.–.

Zürich, 19. Dezember 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Christian Markutt