



Mitwirkend: Die Oberrichter Dr. George Daetwyler, Präsident, und Prof.  
Dr. Alexander Brunner, die Handelsrichter Hans-Jürg Roth, Peter  
Schweizer und Peter Leutenegger sowie der Gerichtsschreiber  
Rafael Rutgers

**Urteil vom 15. Mai 2017**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**  
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. \_\_\_\_\_  
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X2. \_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**  
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Herausgabe etc.**

## Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren .....	3
Sachverhalt und Verfahren .....	3
A. Sachverhaltsübersicht .....	3
a. Parteien und ihre Stellung .....	3
b. Prozessgegenstand .....	4
B. Prozessverlauf .....	4
Erwägungen .....	5
1. Formelles .....	5
1.1. Örtliche Zuständigkeit .....	5
1.2. Sachliche Zuständigkeit .....	5
1.2.1. Rechtliches .....	5
1.2.2. Parteistandpunkte .....	6
1.2.3. Würdigung .....	7
1.3. Rechtsbegehren .....	9
2. Herausgabeanspruch der Klägerin (Rechtsbegehren Ziffer 1a. und 1b.) .....	11
2.1. Unbestrittener Sachverhalt .....	11
2.2. Parteistandpunkte .....	12
2.3. Vertraglicher Herausgabeanspruch .....	17
2.3.1. Ausgangslage .....	17
2.3.2. Die Regelungen im G. _____ Partner Vertrag .....	17
2.3.3. Vertragsauslegung / Vertragsergänzung .....	18
2.3.4. Vertragsqualifikation .....	19
2.3.5. Vertragslücke .....	19
2.3.6. Vertragsergänzung .....	21
2.4. Ausservertragliche Ansprüche .....	26
2.5. Fazit .....	26
3. Lösungsanspruch (Rechtsbegehren Ziffer 2) .....	27
3.1. Parteistandpunkte .....	27
3.2. Vertraglicher Lösungsanspruch .....	30
3.3. Datenschutzrechtlicher Lösungsanspruch .....	31
3.4. Fazit .....	33
4. Rechenschaftsanspruch (Rechtsbegehren Ziffer 3) .....	33
4.1. Parteistandpunkte .....	33
4.2. Ausgangslage .....	35
4.3. Vertraglicher Rechenschaftsanspruch .....	36
4.4. Datenschutzrechtlicher Anspruch .....	38
4.5. Fazit .....	39
5. Kosten- und Entschädigungsfolgen .....	39
Erkenntnis .....	41

### **Rechtsbegehren:**

(act. 1)

- " 1a. Es sei die Beklagte zu verpflichten, sämtliche auf ihrem Server gespeicherten Daten der Klägerin auf einem Datenträger in einem Standardformat an die Klägerin herauszugeben;
- 1b. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin auf eigene Kosten die Schnittstellen bekannt zu geben, um die Daten für die Klägerin lesbar und übertragbar zu machen;
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, diese Daten nach Herausgabe an die Klägerin auf ihrem Server sowie gegebenenfalls auf anderen Datenträgern, auf welche die Beklagte Zugriff hat, umfassend, unwiderruflich und nachweislich (Bestätigung durch SAP-Spezialist) zu löschen;
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin mittels Zugriffsprotokollen und/oder anderer Dokumente, welche Zugriffe auf die Daten der Klägerin im G.\_\_\_\_\_-System aufzeigen und gegebenenfalls mittels Beizuges eines SAP-Experten, Rechenschaft über ihre Pflichten hinsichtlich Datenschutzes gemäss Vereinbarung und Datenschutzgesetz abzulegen.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer von 8 % zu Lasten der Beklagten."

### **Sachverhalt und Verfahren**

#### A. Sachverhaltsübersicht

##### a. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin handelt es sich um eine im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene GmbH mit Sitz in C.\_\_\_\_\_/ZH, welche die Organisation und Durchführung von Reisen aller Art im In- und Ausland sowie die Vertretung von in- und ausländischen Touristik- oder Reiseorganisationen jeder Art bezweckt (act. 3/2). Zu diesem Zweck betreibt sie drei Reisebüros in C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_. Die Beklagte ist eine Schweizer Aktiengesellschaft mit Sitz in F.\_\_\_\_\_/ZH. Ihr Gesellschaftszweck umfasst die Organisation, Durchführung sowie Vermittlung von Reisen und damit zusammenhängenden touristischen Dienstleistungen aller Art

(act. 3/4). Sie tritt in der Schweiz unter dem Namen B1.\_\_\_\_\_ Suisse auf und gehört zu den ... Schweizer Reiseanbietern.

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin arbeitete nach Abschluss eines entsprechenden Application Service Providing-Vertrags in ihren Reisebüros mehrere Jahre mit dem von der Beklagten entwickelten Buchungssystem "G.\_\_\_\_\_", wobei die dabei von ihr eingegebenen Daten auf den Servern der Beklagten gespeichert wurden. Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten die Herausgabe und anschliessende Löschung sämtlicher ihrer auf den Servern der Beklagten gespeicherten Daten sowie Rechenschaft hinsichtlich des Zugriffs auf diese Daten. Die Beklagte beantragt, auf die Klage sei mangels Erreichens des erforderlichen Streitwertes nicht einzutreten. Eventualiter sei die Klage abzuweisen, da sie alle ihre vertraglichen Pflichten bereits erfüllt habe.

B. Prozessverlauf

Am 4. September 2015 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die Klage mit obigem Rechtsbegehren hierorts ein (act. 1). Den von ihr verlangten Vorschuss für die Gerichtskosten leistete die Klägerin fristgerecht (act. 4; act. 6). In der Folge wurde der Beklagten Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt (act. 7), welche sie mit Datum vom 25. November 2015 erstattete (act. 9). Am 16. Februar 2016 fand eine Vergleichsverhandlung statt, an der keine Einigung erzielt werden konnte. Das Verfahren wurde in der Folge zur Führung aussergerichtlicher Vergleichsgespräche bis zum 31. März 2016 sistiert (Prot. S. 6 ff.). Nachdem die aussergerichtlichen Vergleichsgespräche erfolglos verlaufen waren (vgl. act. 15 und 16), wurde mit Verfügung vom 5. April 2016 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 17). Die Replik datiert vom 26. Mai 2016 (act. 19), die Duplik vom 8. September 2016 (act. 23). Letztere wurde der Klägerin mit Verfügung vom 13. September 2016 am 15. September 2016 zugestellt (act. 25). Gleichentags kündigte die Klägerin an, eine Stellungnahme zu den Dupliknoten einreichen zu wollen und verlangte dafür die Ansetzung einer Frist von 20 Tagen (act. 27). Am 26. September 2016 erfolgte sodann die klägerische Stellungnahme (act. 28). Mit

Verfügung vom 14. März 2017 (act. 29) wurde diese Stellungnahme der Beklagten zugestellt. Gleichzeitig wurde den Parteien Frist angesetzt zur Erklärung, ob sie auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung – vorbehalten der Durchführung eines Beweisverfahrens – verzichteten, was sowohl die Klägerin als auch die Beklagte mit Eingaben vom 17. März 2017 (act. 31) und 27. März 2017 (act. 32) taten. Die Beklagte beantragte sodann in ihrer Eingabe, ihr eine Frist zu einer unaufgeforderten Stellungnahme zur klägerischen Eingabe vom 26. September 2016 einzuräumen (act. 32). Eine formelle Frist wurde unter Hinweis auf das Replikrecht nicht angesetzt (act. 33). Schliesslich ging am 5. April 2017 eine Stellungnahme der Beklagten ein (act. 35), welche der Klägerin am 11. April 2017 zugestellt wurde (act. 36). Der Prozess ist nunmehr spruchreif, weshalb das Urteil zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

## Erwägungen

### 1. Formelles

#### 1.1. Örtliche Zuständigkeit

Die Klägerin stützt ihre Ansprüche auf den G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag Stand Oktober 2008. Darin haben die Parteien gültig F.\_\_\_\_\_/ZH als Gerichtsstand vereinbart (Art. 9 Abs. 2 GestG i.V.m. Art. 406 ZPO; act. 3/5). Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ergibt sich damit aus Art. 17 ZPO. Sie wird denn auch von der Beklagten nicht (explizit) bestritten.

#### 1.2. Sachliche Zuständigkeit

##### 1.2.1. Rechtliches

Gemäss Art. 6 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ist das Handelsgericht des Kantons Zürich für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig. Eine solche ist nach Art. 6 Abs. 2 ZPO gegeben, wenn die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist (lit. a), gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht (lit. b) und die Parteien im schweizerischen Han-

delsregister eingetragen sind (lit. c). Die vorliegende Streitigkeit betrifft offenkundig die geschäftliche Tätigkeit zweier im schweizerischen Handelsregister eingetragener Reiseveranstalter. Damit stellt sich in Bezug auf die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts einzig die Frage, ob gegen den vorliegenden Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offensteht. Diese ist in vermögensrechtlichen Streitigkeiten im Grundsatz zulässig, wenn der Streitwert bei Einreichung der Klage CHF 30'000.– übersteigt (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Für die Streitwertberechnung sind Art. 51 ff. BGG massgeblich. Ausgeschlossen ist die Begründung der Beschwerdefähigkeit mit dem Argument, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (DAETWYLER/STALDER, in: Brunner/Nobel, Festschrift zum 150. Jubiläum des Handelsgerichts des Kantons Zürich, Allgemeiner Verfahrensgang und Zuständigkeit des Handelsgerichts, S. 186 f., mit Hinweisen). Lautet ein Begehren – wie vorliegend – nicht auf die Bezahlung einer bestimmten Geldsumme, so setzt das Bundesgericht den Streitwert nach Ermessen fest (Art. 51 Abs. 1 und 2 BGG). Diese Regelung entspricht vorliegend der Streitwertberechnung im kantonalen Verfahren (Art. 91 Abs. 2 ZPO), da sich die Parteien nicht über den Streitwert geeinigt haben.

### 1.2.2. Parteistandpunkte

Die Klägerin schätzt den Streitwert vorliegend auf CHF 135'000.–. Zur Begründung stützt sie sich auf die Lizenzgebühr, welche sie im Jahr 2012 für die Benutzung des G.\_\_\_\_-Systems, welches den Zugriff auf ihre Daten und die Verknüpfung derer ermöglicht habe, zu entrichten bereit gewesen sei. Rechne man diesen Betrag auf alle G.\_\_\_\_-Vertragsjahre auf, ergebe sich daraus ein Betrag von CHF 135'360.– (12x CHF 1'410.– über eine Zeitdauer von 8 Jahren; act. 1 Rz 5). Der Wert der herauszugebenden Daten übersteige den erforderlichen Streitwert für die Zuständigkeit des Handelsgerichts bei weitem. Es sei allgemein bekannt, dass Daten im heutigen Zeitalter des digitalen Verkehrs für Unternehmen einen enormen Wert aufwiesen und sogar Handel damit getrieben werde (act. 19 Rz 19).

Die Beklagte erklärt hingegen, die Klägerin sei ein kleineres Reisebüro, das geschätzt etwa 5'000 Kundenbeziehungen pflege. Alle strukturierten Daten seien ihr

während der ganzen Vertragszeit in einem Standardformat wie Excel zur Verfügung gestanden. Wenige Daten seien in unstrukturierter Textform notiert und somit nicht standardisiert übertragbar gewesen. Solche Notizen seien branchennotorisch maximal bei 30 % der Kunden ein Thema. Bei 5'000 Kundenbeziehungen brauche es damit höchstens 1'500 Mal je zwei Mausklicks (copy / paste) für die Übertragung / Integration der unstrukturierten Daten. Werde pro Doppelklick die grosszügig bemessene Zeitdauer von 20 Sekunden berücksichtigt, komme der Importaufwand auf maximal 500 Minuten zu stehen. Dies entspreche rund einem Arbeitstag eines Arbeitnehmenden, womit das Interesse der Klägerin (= monierter Importaufwand) mit +/- CHF 1'000.– zu beziffern sei. Daran habe sich der Streitwert zu orientieren. Damit sei die Zuständigkeit des Handelsgerichts mangels Erreichens des Streitwertes von CHF 30'000.– nicht gegeben (act. 9 Rz 7 f.).

### 1.2.3. Würdigung

Ziel der Streitwertbestimmung ist es, dem objektiven Wert der eingeklagten Leistung möglichst nahe zu kommen. Die Klägerin verlangt in Rechtsbegehren Ziffer 1 im Hauptstandpunkt die Herausgabe sämtlicher auf den Servern der Beklagten gespeicherten Daten auf einem Datenträger in einem Standardformat. Dieses Begehren beinhaltet sowohl die Herausgabe der Daten an sich als auch deren allfällige Überführung in ein Standardformat. Es ist demnach sowohl der wirtschaftliche Wert der Daten als auch der Wert der Speicherung dieser Daten in einem Standardformat auf einem Datenträger zu bestimmen und beide Werte zusammenzurechnen. Zudem verlangt die Klägerin die nachweisliche Löschung der Daten (Rechtsbegehren Ziffer 2) sowie Rechenschaftsablage (Rechtsbegehren Ziffer 3).

Der Beklagten kann damit nicht gefolgt werden, wenn sie für die Streitwertberechnung einzig auf die Kosten eines manuellen Kopierens der unstrukturierten Daten abstellt, welches im Rechtsbegehren ohnehin gar nicht verlangt wird. Doch auch die klägerische Herleitung des Streitwerts erscheint willkürlich. Denn die Lizenzgebühr wurde von der Klägerin hauptsächlich für die Nutzung des G.\_\_\_\_\_-Systems bezahlt, welche im vorliegenden Verfahren gerade nicht mehr Thema ist. Immerhin bringt die Klägerin zum Ausdruck, dass ihre Begehren für sie einen Wert von CHF 135'000.– haben.

Im Vordergrund der Streitwertbemessung steht vorliegend der Wert der von der Klägerin herausverlangten Daten. Dazu ist festzuhalten, dass sich die Klage auf die Herausgabe sämtlicher klägerischer Daten von den Servern der Beklagten richtet.

Die Klägerin hält zu dieser Thematik zusammengefasst fest, die Daten seien für sie nach wie vor von existenziellem Wert. Wichtige Informationen, wie Namen von Mitreisenden, Geburtsdaten, Passdaten, personenspezifische Einträge, Vielfliegernummern oder Kreditkartenangaben hätten bis heute nicht übertragen werden können. Daneben hätten sich auch persönliche und vertrauliche Notizen von Kunden, dossier-spezifische Einträge sowie der Email-Verkehr mit den Kunden, mit Tourorganisatoren, Konsulaten oder Fluggesellschaften als nicht übertragbar erwiesen (act. 1 Rz 79). Die fehlende Verwendbarkeit der Daten verunmögliche ihr, Kunden Auskunft über frühere Buchungen zu geben, gezielte Marketingmassnahmen zu ergreifen oder strategische Entscheide aufgrund eines Vergleichs mit früheren Umsatzzahlen zu treffen (act. 1 Rz 9). Es bestünden bezüglich jedes einzelnen ihrer Kunden unstrukturierte Daten, stellten doch nur bereits die Offerte, die Passdaten und Geburtstage solche dar (act. 19 Rz 15).

Die Beklagte stellt sich demgegenüber im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass die freien Notizen/unstrukturierten Daten nicht nur in ihrer Zahl überschaubar, sondern auch sehr rasch nicht mehr aktuell gewesen seien. Alte Freitexte seien von sehr eingeschränktem Wert (act. 23 Rz 14). Einen integrierten Mailclient sowie eine Möglichkeit, Offerten mit Bildern und Katalogseiten zu verbinden, biete das G.\_\_\_\_\_ Partner System nicht an, weshalb entsprechende Archivierungen bzw. Verknüpfungen ausserhalb des Systems erfolgen müssten (act. 23 Rz 46).

Der Wert der herausverlangten Daten kann vorliegend nur geschätzt werden, wobei für die Streitwertberechnung der Wert zum Zeitpunkt der Klageeinleitung wesentlich ist. Auch wenn strittig ist bzw. nicht konkret vorgebracht wird, um wie viele Daten(-sätze) es genau geht, ist doch unbestritten, dass die Klägerin über gewisse Daten betreffend ihre Kunden, wie Geburtstage, Passdaten, Offerten, E-Mailverkehr und weitere Notizen nicht (mehr) verfügt. Solche Daten sind für die Geschäftstätigkeit der Klägerin als Dienstleisterin wichtig. Abgesehen vom Zeit-

aufwand, den die Wiederbeschaffung dieser Daten mit sich bringen würde, bedeutet der fehlende Zugriff auf diese gesammelten Daten auch eine Einschränkung der Geschäftstätigkeit, indem die Klägerin nicht in der Lage ist, ihren Kunden den selben Service zu bieten, wie sie dies bei Kenntnis der geforderten Daten machen könnte. Auch fehlen die Daten für gezielte Marketingmassnahmen. Das Fehlen der genannten Daten dürfte damit insgesamt entweder zu einer spürbaren Umsatzeinbusse oder einem merklichen Mehraufwand der Klägerin führen. Vor dem Hintergrund des Umsatzes, den ein Unternehmen, welches drei Reisebüros betreibt und mehrere Mitarbeiter beschäftigt, notorisch macht (bzw. machen muss), ist damit bereits der Wert der Daten für die Klägerin auf deutlich über CHF 30'000.– zu schätzen. Berücksichtigt man zusätzlich die Werte der verlangten Datenmigration, der Löschung der Daten sowie der Rechenschaftsablage ist vorliegend der Streitwert für die Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen unzweifelhaft gegeben (vgl. dazu ergänzend hinten Ziffer 5.2).

Das Handelsgericht ist damit auch sachlich für die Beurteilung des vorliegenden Streites zuständig.

### 1.3. Rechtsbegehren

Im Rechtsbegehren hat die klagende Partei den Anspruch zu bezeichnen, den sie gegen die beklagte Partei erhebt. Dabei ist das Rechtsbegehren so bestimmt zu formulieren, dass es bei Gutheissung der Klage vom Gericht unverändert zum Urteilsinhalt erhoben und ohne weitere Verdeutlichung vollstreckt werden kann. Unklare Rechtsbegehren sind nach Treu und Glauben auszulegen, wobei nicht nur auf den Wortlaut des Begehrens, sondern auch auf die Klagebegründung abzustellen ist. Auf Klagen mit Rechtsbegehren, die unklar, unvollständig oder unbestimmt sind, ist nicht einzutreten (KILLIAS, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2013, Art. 221 N 8 ff.; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 221 N 24 ff.).

Die Beklagte vertritt den Standpunkt, die Rechtsbegehren der Klägerin erfüllen die Anforderungen an ein genügendes Rechtsbegehren nicht (fehlende Spezifizie-

zung/Bestimmtheit der Daten, Schnittstellen, Löschung, Rechenschaft), ohne dies jedoch näher auszuführen (act. 23 Rz 6).

Die Klägerin bestreitet diese Ausführungen. Sie erklärt, in Ziffer 1a. des Rechtsbegehrens verlange sie alle ihre Daten, welche auf dem Server der Beklagten gespeichert seien, auf einem Datenträger und in einem Standardformat. Art und Umfang der verlangten Handlung sei klar formuliert. Der Antrag Ziffer 1b. beziehe sich auf Daten, welche nicht in lesbarer Form auf einen Datenträger gespeichert werden könnten. Die in Ziffer 2 beantragte nachträgliche Löschung der Daten beziehe sich ausdrücklich auf die Daten gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1a. und sei damit ebenfalls hinreichend konkretisiert. Letztlich behandle auch Ziffer 3 des Rechtsbegehrens die Verpflichtung zu einer sofort vollstreckbaren Handlung, in dem Rechenschaftsablage über den Zugriff auf die Daten der Klägerin mittels Urkunden oder anderen geeigneten Nachweisen beantragt werde (act. 28 Rz 4 f.).

Bereits in der zusammenfassenden Einführung in der Klagebegründung hält die Klägerin fest, sie habe unter dem G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag während Jahren sowohl ihre eigenen als auch sämtliche ihrer Kundendaten in das von der Beklagten entwickelte Buchungssystem auf deren Server gespeichert (act. 1 Rz 9). Gemäss Rechtsbegehren 1a. verlangt sie die Herausgabe sämtlicher dieser Daten. Ihr Herausgabebegehren bezieht sich mit anderen Worten auf alle Daten, welche sie über das G.\_\_\_\_\_ -System auf den Servern der Beklagten gespeichert hat. Damit bezeichnet sie hinreichend, um welche Daten es ihr vorliegend geht. Eine weitere Spezifizierung ist nicht erforderlich. Auch die verlangte Herausgabe auf einem Datenträger in einem Standardformat erfüllt das Bestimmtheitserfordernis, wobei es der Beklagten überlassen ist, was für ein Datenträger und welches Standardformat sie wählen will. Da klar ist, um welche Daten es sich bei Rechtsbegehren 1a. handelt, sind auch die Rechtsbegehren 2. und 3. genügend bestimmt, welche die Löschung dieser Daten bzw. Rechenschaftsablage darüber verlangen.

Damit ist auf die Klage einzutreten.

## 2. Herausgabeanspruch der Klägerin (Rechtsbegehren Ziffer 1a. und 1b.)

### 2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Klägerin arbeitete seit dem Abschluss des G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrages mit der Beklagten im November 2005 mit dem von der Beklagten entwickelten Buchungssystem "G.\_\_\_\_\_". Der ursprüngliche Vertrag wurde von den Parteien im Dezember 2008 angepasst, welche Version für die vorliegende Streitigkeit relevant ist. "G.\_\_\_\_\_" ist eine von B1.\_\_\_\_\_ individuell entwickelte, auf SAP basierende Softwarelösung für Reisebüros, welche die Bereiche Front-Office (Reisebuchungsaktivitäten), Mid-Office (Kundenstamm, Auftragsverwaltung) und Back-Office (Buchführung) enthält. Die Klägerin konnte über eine entsprechende Software (Citrix Receiver) online auf den Front- und Mid-Office Bereich von B1.\_\_\_\_\_ zugreifen. Betreffend Back-Office bestand zudem eine (Daten-)Schnittstelle, welche die Möglichkeit bot, buchhalterisch relevante Daten zu exportieren. Sämtliche Daten, welche die Klägerin in das G.\_\_\_\_\_-System eingab, wurden dabei auf den Servern der Beklagten abgespeichert. Aufgrund eines gerichtlichen Vergleichs vom 12. Juli 2013 wurde der G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag per Ende September 2013 aufgelöst. Ab dann konnte die Klägerin keine Mutationen mehr im G.\_\_\_\_\_-System vornehmen, sie konnte jedoch bis Ende November 2013 im Rahmen des sog. Show Modus noch auf das System zugreifen. Seit Dezember 2013 hat die Klägerin nun keinen Zugang mehr zum System und den auf den beklagtischen Servern gespeicherten Daten.

Das G.\_\_\_\_\_-System besteht aus relationalen Datenbanken, welche B1.\_\_\_\_\_ selbst aufgebaut hat. Darin werden Daten teils strukturiert, teils unstrukturiert abgelegt. Während die Klägerin die strukturierten Daten noch während der Vertragsdauer selber in einem Standardformat (Excel) exportieren konnte, war dies in Bezug auf die unstrukturierten Daten nicht möglich, da sich diese nicht ohne Aufwand übernehmen lassen. Über letztere Daten verfügt die Klägerin bis heute nicht. Der G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag äussert sich nicht (explizit) zur Thematik der Datenmigration bei Beendigung des Vertragsverhältnisses.

## 2.2. Parteistandpunkte

Die Klägerin führt in der Klagebegründung im Wesentlichen aus, beim G.\_\_\_\_-Vertrag handle es sich um einen sog. Application Service Providing-Vertrag (nachfolgend ASP-Vertrag; act. 1 Rz 85). Das Abwicklungsverhältnis bei Beendigung desselben beinhalte einerseits die Pflicht des Anwenders, dem Lieferanten alles zurückzugeben, was ihm lediglich für den Zeitpunkt des Vertragsvollzuges überlassen worden sei. Andererseits beinhalte es typischerweise die Pflicht des Lieferanten, dem Anwender die beim ASP verarbeiteten Kundendaten, welche auf seinen Servern gespeichert seien, zurückzugeben. Da die Daten dem Anwender zuzurechnen seien, bestehe ein Anspruch desselben gegenüber dem Lieferanten auf Datenherausgabe. Sofern die Parteien zur Datenherausgabe keine Vereinbarung im ASP-Vertrag getroffen hätten, sei durch Auslegung zu bestimmen, in welchem Format der Lieferant diese zu übergeben habe. Die Daten nützten dem Anwender selbstredend nur etwas, wenn er diese auch lesen und bearbeiten könne. In der Regel sei daher ein aktuelles Standarddatenformat geschuldet. Nötigenfalls müsse der Lieferant auch die Schnittstelleninformationen offenlegen, damit der Anwender die Daten weiterverarbeiten könne. Vorliegend hätten die Parteien im G.\_\_\_\_-Vertrag keine Regelung bezüglich der Datenherausgabe bei Vertragsbeendigung getroffen. Dies ändere jedoch nichts daran, dass die Beklagte die Daten, welche auf ihren Servern gespeichert seien, zurückgeben müsse. Dies ergebe sich im Übrigen auch aus den gesetzlichen Normen, welche zur Ergänzung des Vertrages analog herangezogen werden könnten, insbesondere Art. 475 Abs. 1 OR zum Hinterlegungsvertrag und Art. 400 Abs. 1 OR zum Auftragsrecht. Die Beklagte wäre spätestens im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung per 30. November 2013 verpflichtet gewesen, die Daten in einem Standard-Format auf einem Datenträger oder durch Übertragung über ein Netzwerk herauszugeben (act. 1 Rz 86 ff.). Sie (die Klägerin) habe aufgrund des Inhalts des G.\_\_\_\_-Vertrages nicht davon ausgehen müssen, dass nicht sämtliche Daten bei Vertragsbeendigung übertragen werden könnten und sie auf Teile ihrer Daten nach diesem Zeitpunkt verzichten müsse. Sie habe keinen Einfluss auf den Vertragsinhalt gehabt, da es sich beim G.\_\_\_\_-Vertrag um einen Formularvertrag der Beklagten handle. Selbst wenn somit keine vertragliche Pflicht zur Rückgabe der Da-

ten bestehen würde, wäre eine solche implizite Verzichtsklausel ungewöhnlich und damit in jedem Fall unverbindlich. Dasselbe gelte für Klauseln, aus welchen die Beklagte lesen wolle, dass sie unabhängig von der Übertragbarkeit der Daten, keine Pflicht zur Herausgabe treffe (act. 1 Rz 97).

Die Beklagte führt dagegen in der Klageantwort zusammengefasst aus, der G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag enthalte keine ungewöhnlichen Klauseln. Er entspreche vielmehr den durch die faktischen Gegebenheiten des Prinzips der relationalen Datenbanken geprägten, vernünftigen Erwartungen (act. 9 Rz B 25). Sie habe ihre vertraglichen Pflichten während der ganzen Vertragsdauer zuzüglich Show Modus Phase ohne Einschränkung erfüllt. Die Kunden-/Dossierdaten seien nicht nur allesamt verfügbar gewesen, sondern hätten auch übertragen werden können, strukturierte Daten mit dem SAP Standard "Excel", nicht strukturierte mit "copy" und "paste". Von einer Datenverweigerung könne keine Rede sein. Es habe sehr wohl ein Standarddatenformat bestanden, das für den Datentransfer wie gefordert in der Regel (namentlich bei strukturierten Daten) zur Verfügung gestanden habe. Von der Regel würden die im klägerischen Fokus stehenden Freitexte wesensgemäss abweichen. Weitere rechtliche Pflichten bestünden nicht. Eine generelle nachvertragliche Datenproduktionspflicht – nachdem die Daten allesamt während der ganzen Vertragsdauer und während des zweimonatigen Show Modus umfassend zur Verfügung gestanden hätten – lasse sich weder aus dem G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag noch aus dem Gesetz ableiten (act. 9 Rz B 29 ff.).

In der Replik ergänzt die Klägerin, die Beklagte verkenne, dass sie (die Klägerin) nicht die Übertragung der Daten in ein neues Informationssystem, sondern schlicht die ihr seit Vertragsende zustehende Rückgabe ihrer Daten fordere. Die Berechtigung der Beklagten an diesen Daten habe sich auf die treuhänderische Verwaltung und den Schutz derselben während des laufenden Vertragsverhältnisses beschränkt. Darüber hinaus habe die Beklagte keinerlei Rechte an diesen Daten. Insbesondere stehe ihr unter keinem Titel zu, diese Daten nach Vertragsbeendigung zu behalten (act. 19 Rz 6). Die Übernahme einzelner oder aller Daten in ein neues System entbinde die Beklagte nicht von ihrer Pflicht zur Rückgabe und Löschung der Daten. Es obliege nicht ihr (der Klägerin) die Daten zu über-

nehmen, sondern der Beklagten diese zurückzugeben. Die Beklagte habe ihr Informatiksystem technisch derart auszugestalten, dass sie ihren mit der "Vermietung" dieses Systems verbundenen rechtlichen Pflichten nachkommen könne (act. 19 Rz 8). Der Show Modus sei eine fakultative Verlängerung der Vertragsdauer in Bezug auf einzelne Leistungen unter dem G.\_\_\_\_-Vertrag gewesen, weshalb weiterhin Userkosten verrechnet worden seien. Die Rückgabe der Daten stelle demgegenüber die letzte Vertragshandlung der Beklagten dar, für welche sie (die Klägerin) bereits mit Entrichtung der Nutzungsgebühr bezahlt habe (act. 19 Rz 9). Der mit dem Datenexport verbundene Aufwand könne der Klägerin nicht angelastet werden (act. 19 Rz 22). Die Beklagte sei zur Herausgabe der Daten in einer Form verpflichtet, welche deren Weiterverwendung ermögliche. Mit Copy/Paste genüge die Beklagte dieser Herausgabepflicht klarerweise nicht (act. 19 Rz 28). Im Show Modus wäre es ihr (der Klägerin) höchstens allenfalls noch möglich gewesen, Print Screens zu erstellen. Dies vermöge an der Pflicht der Beklagten zur Rückgabe der Daten bei Vertragsbeendigung nichts zu ändern (act. 19 Rz 34). Die rechtliche Pflicht zur Herausgabe der Daten bei Beendigung des Vertrages bestehe unabhängig davon, ob sie vertraglich vereinbart worden sei oder nicht. Es werde bestritten, dass es möglich gewesen wäre, sämtliche Daten durch Copy/Paste zu übernehmen. Eine solche Übernahme wäre zudem unzumutbar gewesen (act. 19 Rz 45).

In der Duplik führt die Beklagte sodann aus, die Daten seien der Klägerin während der ganzen Vertragszeit und zwei Monate über das Auflösungsdatum hinaus zur Verfügung gestanden. Weitergehende "Rückgabepflichten" seien weder vertraglich noch gesetzlich vorgesehen und hätten von der Klägerin vernünftigerweise auch nicht erwartet werden können. Selbst unter analoger Anwendung der von der Klägerin verwiesenen Regeln zur Hinterlegung ergäbe sich nichts anderes. Art. 477 OR spreche mangels anderer Vereinbarung von einer Holschuld. Es bestehe mithin keine Bring- resp. Transformationsschuld, wie die Klägerin diese beschreibe. Eine solche könne auch aus der von der Klägerin behaupteten "Miete" von Speicherplatz nicht abgeleitet werden (act. 23 Rz 17). Ein Anspruch auf eine Transformation der verschiedenartigen, unstrukturierten Daten in eine einheitliche Standardstruktur sei nicht vereinbart worden und unter keinem Titel ge-

schuldet. Die Datentransformation sei individuell aufgrund der Quell- und Zielapplikation vorzunehmen. Wo eine Standardisierung des Formates mangels Datenstandards nicht existiere (unstrukturierte Daten/Freitexte), gebe es auf dem Markt konsequenter Weise auch verschiedene Zielformate/-applikationen. Es liege in der Natur der Sache, dass im Zeitpunkt des (nicht standardisierten) Imports solcher Daten nicht vorausgesehen werden könne, welches Zielformat / welche Zielapplikation der Vertragspartner bei Beendigung der Rechtsbeziehung wählen werde (act. 23 Rz 18). Bei fehlenden Datenstandards gebe es keine standardisierten Prozesse bzw. keine publizierten Formate, Schnittstellen oder Abmachungen für den Datenaustausch zwischen den verschiedenen Tourismus-Mid-Office-Applikationen. Dass der Export ganzer Applikationen unzumutbar sei, müsse nicht vertieft werden (act. 23 Rz 19). Die Klägerin verwechsle das Handbieten zu ihrem Datentransfer mit der von ihr behaupteten, bestrittenen Bring- und Transformationsschuld. Sie (die Beklagte) habe ihre Pflichten während und am Ende des Vertrages erfüllt. Die Klägerin könne die Daten ohne Unterstützung erhältlich machen (act. 23 Rz 21). Der Show Modus habe der Klägerin im Anschluss an das Ende der Zusammenarbeit während zweier Monate uneingeschränkten Zugriff auf ihre Daten geboten, d.h. mitnichten beschränkt auf Screenshots. Lediglich die Veränderung der Daten im G.\_\_\_\_-System sei nicht mehr möglich gewesen (act. 23 Rz 30). Der G.\_\_\_\_ Partner Vertrag sehe klar vor, was im Rahmen der Beendigung/Auflösung des Vertrages gelte. Wenn die vertraglich vorgesehene dreimonatige Kündigungsfrist abgelaufen sei, habe der Vertragspartner am Ende nochmals zwei Monate Zeit, auf die im bisherigen Zustand zur Verfügung stehenden Daten zuzugreifen. Die Daten seien m.a.W. ohne zusätzliche Mitwirkung der Beklagten übernehmbar (act. 23 Rz 31). Eine Pflicht, restlos alle Daten automatisch übertragbar zu gestalten, bestehe nicht. Sie (die Beklagte) habe der Klägerin mit der Vereinbarung des zweimonatigen Show Modus angeboten, die wenigen eventuell noch nicht übernommenen, unstrukturierten Daten auch nach dem Ende der Systemnutzung noch während zweier Monate zu holen. Dass anschliessend an diese Endleistung noch eine Nach-Endleistungspflicht im Sinne einer bereits abgegoltenen Bringschuld der Beklagten bestünde, sei weder vertrags- noch gesetzesinhärent und überdies auch nicht mit der Show Modus Klausel in Einklang zu

bringen (act. 23 Rz 51). Es bestehe keine Vertragslücke. Der G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag beschreibe in Art./Ziffer 17 Abs. 4, was im Rahmen der Beendigung / Auflösung des Vertrages gelte (act. 23 Rz 60).

Schliesslich bestreitet die Klägerin in ihrer "Novenstellungnahme" vom 26. September 2016, dass keine Bring- bzw. Transformationsschuld bestanden habe. Der Vertrag enthalte keine Abwicklung des Vertragsverhältnisses bei Beendigung. Die Unterscheidung zwischen Hol- und Bringschuld sei sodann selbstredend auf den Ort der Übergabe bzw. der Erfüllung beschränkt. An der Pflicht zur Datenherausgabe ändere sich nichts. Die Frage der Transformation sei von der Frage nach der örtlichen Erfüllung zu trennen. Die Beklagte schulde die Rückgabe in einem Standardformat und daher eine entsprechende Transformation. Dass sie die Daten ohne Unterstützung der Beklagten erhältlich machen könne, werde bestritten. Dies sei bereits mangels Zugriff auf das G.\_\_\_\_\_ -System nicht möglich (act. 28 Rz 10 ff.).

Die Beklagte erklärt in ihrer Eingabe vom 4. April 2017, bei der klägerischen Stellungnahme vom 26. September 2016 handle es sich um eine unzulässige Triplik unter dem Deckmantel der "Novenstellungnahme". Sodann führt sie aus, dass die Klägerin explizit einräume, dass im vorliegenden Verfahren die in einem Standardformat übertragbaren Daten nicht Thema seien. Das Interesse der Klägerin richte sich auf die freien Notizfelder, in welchen sie selbst punktuell unstrukturierte Informationen abgelegt habe. Auch diese Daten seien ihr (wie eingespielen) zur Verfügung gestanden, weshalb von einer Verweigerung keine Rede sein könne. Eine Transformationspflicht bestehe hingegen unter keinem Titel. Die Daten seien der Klägerin vertrags- und gesetzeskonform zur Verfügung gestanden, was auch für den Show Modus gelte, welcher nicht die Verfügbarkeit einschränke, sondern lediglich die Veränderung der Daten als solches verhindere. Es gebe keinen Rechtsgrundsatz, der dazu verpflichte, restlos alle von der Klägerin eingegebenen Daten in einem Standardformat verfügbar respektive automatisch übertragbar zu halten. Es gebe keine standardisierten Prozesse / publizierten Formate, Schnittstellen oder Abmachungen für den Datenaustausch zwischen den verschiedenen

Tourismus-Mid-Office-Applikationen und dem Geschäftsführer der Klägerin seien alle Möglichkeiten zum Datenbezug bekannt gewesen (act. 35 Rz 10 ff.).

### 2.3. Vertraglicher Herausgabeanspruch

#### 2.3.1. Ausgangslage

Die Klägerin verlangt in Rechtsbegehren Ziffer 1a. ihrer Klage von der Beklagten die Herausgabe sämtlicher auf ihren Servern gespeicherten Daten auf einem Datenträger in einem Standardformat. Mit diesem Begehren verlangt die Klägerin nicht nur, wieder über ihre Daten verfügen zu können, sondern auch, dass die Beklagte auf eigene Kosten sämtliche Daten der Klägerin, welche sich auf den beklagten Servern befinden, sofern notwendig in ein Standardformat transferiert, auf einen Datenträger abspeichert und ihr den Datenträger übergibt.

#### 2.3.2. Die Regelungen im G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag

Der zwischen den Parteien geschlossene G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag enthält unstrittig keine explizite Regelung zur Datenmigration bei Vertragsbeendigung. Immerhin sieht er unter dem Titel "Vertragsdauer/Standortwechsel/Umzug/Kündigung" vor, dass die Beklagte bei Beendigung der Zusammenarbeit dem Reisebüro weiterhin den Zugriff auf seine Daten im Show Modus während zweier Monate unter Verrechnung der Userkosten und/oder anderen anfallenden Kosten und Gebühren gewähre (act. 3/5 Ziff. 17 Abs. 4). Des Weiteren wird festgehalten, dass Deinstallationskosten und Gebühren der Beklagten und/oder Dritten dem Reisebüro auch bei termingerechter Vertragsauflösung in Rechnung gestellt bzw. weiterbelastet würden (act. 3/5 Ziff. 17 Abs. 8). Zudem sieht der Vertrag unter dem Titel "Servicedesk" insbesondere vor, dass Probleme im Zusammenhang mit dem Datentransfer nicht unterstützt würden (act. 3/5 Ziff. 12 Abs. 1).

Während sich die Beklagte auf den Standpunkt stellt, dass mit der Vereinbarung des zweimonatigen Show Modus über die Datenmigration bei Vertragsbeendigung eine abschliessende Regelung getroffen worden sei, führt die Klägerin aus, dass der Vertrag in dieser Hinsicht eine ergänzungsbedürftige Lücke aufweise.

### 2.3.3. Vertragsauslegung / Vertragsergänzung

Haben die Parteien unterschiedliche Auffassungen über den massgeblichen Inhalt eines Vertrages, ist das Gericht aufgerufen, durch Vertragsauslegung das Vereinbarte zu ermitteln (SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, § 33 Rz 33.01). Ziel der Vertragsauslegung ist es dabei, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Partieverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann höchstens – im Rahmen der Beweiswürdigung – auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 133 III 61 E. 2.2.1; 132 III 626 E. 3.1; 129 III 675 E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 4A\_615/2015 E. 5.1). Haben die Parteien eine Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betrifft, nicht oder nicht vollständig geregelt, liegt eine Vertragslücke vor, welche einer Vertragsergänzung bedarf. Ob dies zutrifft, ist vorerst durch empirische, bei deren Ergebnislosigkeit durch normative Auslegung zu ermitteln (BGE 115 II 484 E. 4a; Urteile des Bundesgerichts 4A\_517/2011 E. 1.7 und 4A\_380/2011 E. 4.3; je mit Hinweisen). Ist ein lückenhafter Vertrag zu ergänzen, hat das Gericht – falls dispositive Gesetzesbestimmungen fehlen – zu ermitteln, was die Parteien nach Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten. Bei der Feststellung dieses hypothetischen Parteiwillens hat es sich am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des Vertrages zu orientieren (BGE 127 III 300 E. 6a und 6b; 115 II 484 E. 4b; Urteile des Bundesgerichts 4A\_696/2015 E. 6.2.1 und 4A\_380/2011 E. 5.1.3; je mit Hinweisen). Vertragsauslegung und Vertragsergänzung lassen sich nur theoretisch unterscheiden und gehen in der Praxis ineinander über (SCHWENZER, a.a.O., § 33 Rz 33.01).

#### 2.3.4. Vertragsqualifikation

Während sich die Beklagte nicht zur Natur des G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrages äussert, qualifiziert ihn die Klägerin als Application Service Providing (ASP) Vertrag. Beim ASP stellt der Lieferant dem Anwender Software zur Nutzung zur Verfügung. Dabei ist das Computerprogramm auf dem Server des Lieferanten installiert und der Anwender nutzt es online über ein Datennetz. Zudem erbringt der Lieferant in der Regel weitere Leistungen, wie z.B. die Speicherung der Daten des Anwenders, deren Sicherung und die Softwarepflege. Meist handelt es sich um eine Standardsoftware des Lieferanten. Typische Applikationen sind Programme für das Online-Banking, E-Mail-Accounts oder E-Shop-Lösungen (FRÖHLICH-BLEUER, Softwareverträge, 2. Aufl., Bern 2014, Rz 2397 ff.). Im Rahmen des G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrages konnte die Klägerin online auf die auf den Servern der Beklagten installierte Software des G.\_\_\_\_\_ -Systems zugreifen und – ebenfalls auf den beklagten Servern – die Kunden- und Dossierdaten speichern und bearbeiten. Die rechtliche Qualifikation des G.\_\_\_\_\_ -Vertrages als ASP-Vertrag trifft somit zu, was auch die Beklagte nicht bestreitet.

In der Schweiz wird der ASP-Vertrag in der Lehre als Innominatkontrakt qualifiziert, auf welchen insbesondere miet- und werkvertragliche Bestimmungen analog angewendet werden können. Weiter weist er auch Wesensmerkmale der Hinterlegung, des Lizenzvertrages und des Auftrages auf (FRÖHLICH-BLEUER, a.a.O., Rz 2438 f.; IMHOF, Der ASP-Vertrag, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 75 ff.; HEUSLER/MATHYS, IT-Vertragsrecht, Praxisorientierte Vertragsgestaltung in der Informationstechnologie, Zürich 2004, S. 49 f.).

#### 2.3.5. Vertragslücke

Bei einem ASP-Vertrag, bei welchem der Lieferant dem Anwender Speicherplatz auf seinen Servern zur Verfügung stellt, stellt sich offensichtlich die Frage, was mit diesen Daten bei Vertragsbeendigung passieren soll. Denn zu diesem Zeitpunkt befinden sich zwangsläufig Daten, welche wirtschaftlich dem Anwender zustehen, auf den Servern bzw. im Machtbereich des Lieferanten. Insbesondere in der vorliegenden Situation, in welcher die Übertragung gewisser Daten schon aus

technischen Gründen nicht ohne Weiteres möglich ist, drängt sich damit eine vertragliche Regelung betreffend Datenmigration geradezu auf. Dabei erscheint insbesondere eine Vereinbarung dazu notwendig, welche Daten in welchem Format auf welchem Weg erhältlich zu machen sind, welche Partei bei der Datenmigration welche Pflichten treffen und nicht zuletzt, wer die dafür entstehenden Kosten zu tragen hat. Ein ASP-Vertrag, der sich zu diesen Punkten nicht äussert, ist lückenhaft.

Die Beklagte macht nun geltend, mit der Vereinbarung des zweimonatigen Show Modus sei eine Regelung für die Datenmigration in dem Sinne getroffen worden, dass es die Pflicht der Klägerin gewesen sei, in dieser Zeit ihre Daten selbständig zu übernehmen, soweit möglich durch Exportieren, ansonsten durch copy/paste. Damit ist die entsprechende Vertragsbestimmung zum Show Modus auszulegen.

Keine Partei hat zu dieser Bestimmung substantiiert einen übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen behauptet und dazu Beweise offeriert. Demnach ist zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Vereinbarung der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durfte und musste.

Aufgrund des Wortlautes der entsprechenden Vertragsklausel betrifft diese einzig den "Zugriff" auf die Daten nach Vertragsbeendigung für zwei Monate. Über die Datenmigration wird nichts ausgeführt. Auch der Name "Show Modus" impliziert keine Regelung betreffend Datenmigration, sondern spricht dafür, dass es um ein reines "Zeigen" der Daten noch für zwei Monate geht. Aus den weiteren Vertragsbestimmungen bzw. Umständen kann sodann ebenfalls nicht darauf geschlossen werden, dass sich die Vereinbarung des Show Modus auf die Datenmigration bezieht. Es ist denn auch notorisch, dass die Umstellung auf ein neues Computersystem kaum je ohne gewisse Startschwierigkeiten verläuft. Es macht also durchaus Sinn, sich – unabhängig von der Datenmigration – den Zugriff auf das alte System noch für eine gewisse Zeit zu sichern, um den Geschäftsgang ununterbrochen aufrecht zu erhalten. Der Show Modus musste sodann von der Klägerin

explizit beantragt werden und wurde nicht automatisch aufgeschaltet, was zusätzlich dagegen spricht, dass dieser für die Datenmigration vorgesehen war.

Damit kann die Vereinbarung des Show Modus nach dem Vertrauensprinzip nicht zugleich als Bestimmung über die Datenmigration verstanden werden. Da dem G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag zu dieser Thematik auch aus keiner anderen Bestimmung etwas zu entnehmen ist, weist er diesbezüglich eine Lücke auf.

### 2.3.6. Vertragsergänzung

Zur Ergänzung des G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrages stellt sich zunächst die Frage, ob die vorliegende Problematik durch die analoge Anwendung von dispositivem Gesetzesrecht gelöst werden kann. In Bezug auf die Datenmigration kommen dafür insbesondere die Bestimmungen von Miete und Pacht, der Hinterlegung oder allenfalls des Auftragsrechts in Frage.

Miet- bzw. Pachtrecht könnte analog zur Anwendung gelangen, da die Beklagte der Klägerin Speicherplatz auf ihren Servern überlassen hat. Nach Art. 267 OR muss der Mieter die Sache in dem Zustand zurückgeben, der sich aus dem vertragsgemässen Gebrauch ergibt. Soweit die Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben, ist die Mietsache gemäss Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR am Ort zurückzugeben, wo sie sich beim Vertragsabschluss befand (WEBER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 267 N 2). Gemäss Art. 299 OR gibt der Pächter die Sache und das gesamte Inventar in dem Zustand zurück, in dem sie sich zum Zeitpunkt der Rückgabe befinden. Auch bei der Pacht bestimmt sich der Ort der Rückgabe nach Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 OR (STUDER/KOLLER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 299 N 2). Der Pächter hat sowohl die Kosten für die Wiederherstellung der vorherigen Ertragskraft als auch die Kosten für die Ertragsausfälle bis dahin zu übernehmen (STUDER/KOLLER, a.a.O., Art. 299 N 2c). Bei analoger Anwendung von Miet- bzw. Pachtrecht, wäre es also an der Klägerin gewesen, der Beklagten ihren Speicherplatz auf eigene Kosten in vertragsgemässigem Zustand zurückzugeben, d.h. ihre Daten von den beklaglichen Servern zu entfernen. Ein Anspruch der Klägerin auf

eine Transformation und Herausgabe der Daten auf einem Datenträger kann aus diesen Bestimmungen jedenfalls nicht abgeleitet werden.

Weiter könnte sich die analoge Anwendung des Hinterlegungsrechts rechtfertigen, da die Klägerin ihre Daten auf den Servern und somit im Machtbereich der Beklagten gespeichert und damit quasi "hinterlegt" hat. Gemäss Art. 475 OR kann der Hinterleger die hinterlegte Sache jederzeit zurückfordern. In Art. 477 OR wird geregelt, dass die hinterlegte Sache auf Kosten und Gefahr des Hinterlegers da zurückzugeben ist, wo sie aufbewahrt werden sollte. Die Rückgabepflicht ist also eine Holschuld. Die Regelung von Art. 477 OR geht Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR als Spezialnorm vor. Unter Kosten der Rückgabe sind Auslagen i.S.v. Art. 473 Abs. 1 OR zu verstehen, die ohnehin zulasten des Hinterlegers gehen. Der Hinterleger hat keine mit der Rückgabe verbundenen Aufwendungen zu ersetzen, die Generalunkosten des Aufbewahrers darstellen, wohl aber solche, die mit der Rückgabe der Sache unmittelbar zusammenhängen (KOLLER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 477 N 2 f. und 6). Sofern vorliegend demnach Hinterlegungsrecht herangezogen würde, wäre die Beklagte zwar jederzeit dazu verpflichtet, der Klägerin ihre Daten zu überlassen, die Klägerin müsste diese jedoch grundsätzlich auf eigene Kosten am Domizil der Beklagten "holen". Zudem hätte die Klägerin ohnehin die Kosten für den Aufwand einer speziellen Herausgabe durch die Beklagte zu bezahlen. Das Recht, Daten zurückzufordern, sagt sodann nichts darüber aus, auf welche Weise die Klägerin wieder an ihre Daten gelangen können muss. Insgesamt legt damit auch das Hinterlegungsrecht nahe, dass die Klägerin ihre Daten selber und auf eigene Kosten vom beklaglichen Server behändigen müsste. Eine Pflicht zur Datentransformation und Herausgabe auf einem Datenträger kann diesen Bestimmungen nicht entnommen werden.

Würde man sodann Auftragsrecht analog anwenden, wäre vorliegend Art. 400 Abs. 1 OR zu beachten. Nach diesem Artikel ist der Beauftragte schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten. Mangels einer Sonderregelung ergibt sich der Ablieferungsort dabei aus

Art. 74 OR (WEBER, a.a.O., Art. 400 N 15). Nach Art. 74 Abs. 1 OR wird der Ort der Erfüllung durch den ausdrücklichen oder aus den Umständen zu schliessenden Willen der Parteien bestimmt. Wo nichts anderes bestimmt ist, gilt nach Art. 74 Abs. 2 OR Folgendes: Geldschulden sind an dem Orte zu zahlen, wo der Gläubiger zur Zeit der Erfüllung seinen Wohnsitz hat (Ziff. 1). Wird eine bestimmte Sache geschuldet, so ist diese da zu übergeben, wo sie sich zur Zeit des Vertragsabschlusses befand (Ziff. 2). Andere Verbindlichkeiten sind an dem Orte zu erfüllen, wo der Schuldner zur Zeit ihrer Entstehung seinen Wohnsitz hatte (Ziff. 3). Die Parteien behaupten nicht, dass ein übereinstimmender Parteiwille in Bezug auf die Datenherausgabe vorgelegen habe. Da es sich bei den von der Klägerin geforderten Daten zudem weder um Geld noch um eine bestimmte Sache handelt, liegt nach der allgemeinen Regel von Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR eine Holschuld vor. Zwar ist der Klägerin dahingehend Recht zu geben, dass Art. 74 OR nur den Ort der Erfüllung regelt und nicht deren Modalitäten, das Vorliegen einer Holschuld spricht aber dennoch dagegen, dass den Schuldner bei der Erfüllung zusätzliche, vertraglich nicht geregelte Pflichten treffen. Auch bei Anwendung von Auftragsrecht bzw. nach der allgemeinen Regel von Art. 74 OR wäre es also eher an der Klägerin, ihre Daten von den Servern der Beklagten zu entfernen, nicht etwa an der Beklagten, diese in der verlangten Art und Weise herauszugeben. Ein solcher Anspruch sieht das Gesetz nicht vor.

Das zur analogen Anwendung in Frage kommende dispositive Gesetzesrecht legt demnach insgesamt einerseits nahe, dass die Klägerin einen Anspruch haben muss, wieder über ihre Daten verfügen zu können. Denn da es vorliegend um Daten geht, welche wirtschaftlich der Klägerin zustehen, jedoch im Machtbereich der Beklagten abgespeichert sind, bestehen hier insbesondere Parallelen zum Hinterlegungsrecht, bei welchem Art. 475 Abs. 1 OR dem Hinterleger einen jederzeitigen zwingenden Rückforderungsanspruch gewährt (KOLLER, a.a.O., Art. 475 N 1). Auch Art. 400 Abs. 1 OR zum Auftragsrecht gewährt dem Auftraggeber ein Erstattungsrecht an allem, was dem Beauftragten infolge der Geschäftsführung zugekommen ist. Andererseits ergibt sich daraus keine Pflicht der Beklagten, die klägerischen Daten zu transformieren, auf einem Datenträger zu speichern und diesen der Klägerin auszuhändigen. Weiter geht daraus hervor, dass die Klägerin für

die Kosten der von ihr verlangten Datenherausgabe zu bezahlen hätte. Es ist jedoch zu beachten, dass die zitierten Bestimmungen vorliegend insofern nicht ohne Weiteres herangezogen werden können, als dass es sich bei Daten nicht um Sachen handelt, bei welchen der Vorgang der Herausgabe in aller Regel einfach ist.

Es stellt sich damit die Frage nach dem hypothetischen Willen redlicher Parteien. Bei dessen Ermittlung ist vorzuschicken, dass bei Nutzung des G.\_\_\_\_-Systems unstrittig gewisse Daten in unstrukturierter Form gespeichert werden und somit bei Vertragsbeendigung nicht ohne grösseren Aufwand übertragen werden können. Auch wenn dies – zumindest aus der Sicht der Klägerin – allenfalls wirtschaftlich betrachtet nicht sinnvoll sein mag, stand es der Beklagten grundsätzlich frei, die von ihr selbst entwickelte Software entsprechend auszugestalten. Insofern die Klägerin geltend macht, die Beklagte treffe eine generelle Pflicht, das G.\_\_\_\_-System so zu gestalten, dass alle Daten einfach exportiert werden können, geht sie daher fehl. Bei der Vertragsergänzung sind demnach die tatsächlichen technischen Gegebenheiten zu berücksichtigen. Ob der Klägerin diese bekannt waren oder sie sogar darüber getäuscht worden sein könnte, ist sodann vorliegend nicht relevant, da die Klägerin keinen Willensmangel geltend macht, sondern sich für den von ihr geltend gemachten Anspruch gerade auf den G.\_\_\_\_ Partner Vertrag stützt.

Vor dem Hintergrund, dass die unstrukturiert abgespeicherten Daten nicht ohne Aufwand exportiert werden können, sind vorliegend insbesondere zwei Varianten der Vertragsausgestaltung denkbar. Die Parteien hätten einerseits im Vertrag festhalten können, dass die Klägerin bei Vertragsbeendigung ihre Daten selbstständig übernehmen muss, strukturiert gespeicherte Daten per Export in ein Standardformat, unstrukturiert gespeicherte Daten manuell. Andererseits hätten sie vereinbaren können, dass sich die Beklagte dazu verpflichtet, alle Daten in einem Standardformat herauszugeben, wobei die unstrukturierten Daten von ihr in das entsprechende Format transferiert werden müssen. Bei letzterer Variante hätten die Parteien sodann mutmasslich vereinbart, dass die Klägerin der Beklagten die Kosten für die Transformation und Herausgabe zu erstatten hat. Dies legt –

wie erwähnt – bereits das dispositive Gesetzesrecht nahe, welches analog herangezogen werden kann. Es erscheint aber auch vor dem Hintergrund sinnvoll und angemessen, wonach die Datenübertragung vorliegend einzig im Interesse der Klägerin liegt. Eine entsprechende Kostenregelung wurde sodann im G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag betreffend Deinstallationskosten und Gebühren der Beklagten bei Vertragsauflösung vereinbart. Diese werden gemäss Ziff. 17 Abs. 8 der Klägerin in Rechnung gestellt. Da betreffend Datenmigration von einer Lücke im Vertrag auszugehen ist, hat die Klägerin diese Kosten auch noch nicht mit der Bezahlung der übrigen Gebühren bereits abgegolten. Die Klägerin argumentiert in dieser Beziehung widersprüchlich, wenn sie einerseits in Bezug auf die Datenmigration selbst von einer Vertragslücke spricht, andererseits jedoch dafür hält, die Kosten seien mit den übrigen Gebühren bereits abgedeckt.

Welche Variante die Parteien mutmasslich gewählt hätten, hängt massgeblich davon ab, was für einen Aufwand die Umwandlung der unstrukturierten Daten in ein Standardformat bedeutet hätte bzw. wie hoch die Kosten dafür ausgefallen wären. Diesbezüglich fehlen konkrete Parteibehauptungen, womit der Sachverhalt nicht eruiert werden kann. Da nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB die Klägerin die Beweislast für Tatsachen trägt, welche den von ihr geltend gemachten Herausgabeanspruch stützen, ist infolge Beweislosigkeit damit davon auszugehen, dass die Transformations- und Herausgabekosten so hoch ausfallen würden, dass die Parteien die erste Variante gewählt hätten, wonach die Klägerin bei Vertragsbeendigung ihre Daten selbständig und ohne vorgängige Datentransformation durch die Beklagte zu übernehmen hat.

Da die Klägerin – wie schon die vorliegende Klage zeigt – ein grosses Interesse daran hat und hatte, alle ihre Daten nach der Vertragsbeendigung weiter verwenden zu können, und die unstrukturiert gespeicherten Daten nur mit einigem Aufwand übernommen werden können, hätten die Parteien demnach nach Treu und Glauben eine Regelung getroffen, welche die Datenübernahme gewährleistet hätte. Sinnvoll erscheint diesbezüglich eine Abmachung, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin bei Vertragsbeendigung den Zugriff auf ihre Daten für eine angemessene Dauer zu gewähren, so dass es der Klägerin möglich ist, diese Da-

ten in irgendeiner Form zu übernehmen (soweit möglich elektronisch, ansonsten manuell), und die Beklagte dazu Support leistet. Dazu hätte z.B. die Beibehaltung des Show Modus vereinbart werden können (sofern dieser eine Datenübernahme ermöglicht), wobei dieser zeitlich zu verlängern gewesen wäre. Vorliegend erscheint ein Zeitraum von rund drei Monaten entsprechend der vertraglich vorgesehenen Kündigungsfrist für die Datenmigration angemessen. Wie dargelegt, hat die Klägerin in analoger Anwendung des dispositiven Gesetzesrechtes (insbesondere Art. 477 OR) sowie der ähnlich gelagerten Vertragsklauseln zum Show Modus sowie zu den Deinstallationskosten der Beklagten die dafür anfallenden Kosten zu ersetzen. In diesem Sinne ist der G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag zu ergänzen.

#### 2.4. Ausservertragliche Ansprüche

Auch das Datenschutzrecht sieht keinen Anspruch der Klägerin auf Transformation und Herausgabe der Daten auf einem Datenträger vor. Da die Klägerin – wie dargelegt – einen vertraglichen Anspruch auf Gewährung des Zugangs zu ihren Daten hat, kann sodann vorliegend offenbleiben, ob auch das Datenschutzrecht oder allenfalls eine analoge Anwendung sachenrechtlicher Bestimmungen einen entsprechenden Anspruch gewähren würden.

#### 2.5. Fazit

Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass die Klägerin aufgrund des ergänzten G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrages einen vertraglichen Anspruch darauf hat, ihre Daten bei Vertragsbeendigung auf eigene Kosten selbst zu behändigen. Dazu hat ihr die Beklagte für drei Monate ab Rechtskraft des Urteils die Datenübernahme zu ermöglichen, indem sie ihr auf Kosten der Klägerin entsprechend Zugang zu den Daten gewährt (z.B. im Show Modus; die Informationen müssen direkt elektronisch verarbeitbar sein) und – soweit nötig – Support leistet, dies alles zu den im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung gültigen vertraglichen Konditionen und systemtechnischen Gegebenheiten. Ein Recht auf eine Transformation der Daten mit anschließender Herausgabe auf einem Datenträger steht der Klägerin dagegen nicht zu. Vielmehr hat sie ihre Daten – sofern dies nicht durch Ex-

portieren möglich ist – manuell zu übernehmen. Da bislang keine "Datenübernahmephase" stattgefunden hat, weil sich die Parteien über deren Modalitäten nicht einig waren, ist das klägerische Rechtsbegehren 1a. im Sinne dieser Erwägungen teilweise gutzuheissen und im Übrigen abzuweisen.

Rechtsbegehren Ziffer 1b. hat die Klägerin sodann nur eventualiter für den Fall gestellt, dass die Daten nicht von der Beklagten übertragen werden könnten. Da dies keine der Parteien behauptet und Rechtsbegehren Ziffer 1a. teilweise gutzuheissen ist, ist dieses Rechtsbegehren abzuweisen.

### 3. Löschungsanspruch (Rechtsbegehren Ziffer 2)

#### 3.1. Parteistandpunkte

Zu ihrem Lösungsbegehren erklärt die Klägerin in der Klagebegründung, der Lieferant sei beim ASP-Vertrag verpflichtet, die Kundendaten nach Beendigung soweit möglich zu löschen. Dies sei vorliegend vor allem von Bedeutung, da es sich bei der Beklagten bzw. bei den von B1.\_\_\_\_\_ betriebenen Reisebüros um Konkurrenten von ihr handle, wobei sich die Beklagte in der Vergangenheit offenbar nicht gescheut habe, auch in Verletzung des Datenschutzgesetzes selbst auf ihre Daten zuzugreifen. Aus diesem Grund sollten ihre Daten auf den Servern der Beklagten nach erfolgter Übertragung bzw. Herausgabe umfassend gelöscht werden. Sollte dies aus irgendwelchen Gründen nicht möglich sein, sei der Beklagten ausdrücklich zu verbieten, auf ihre Daten in irgendeiner Form zuzugreifen bzw. diese für sich oder Dritte zu verwenden. Ebenso solle die Beklagte verpflichtet werden, sicherzustellen, dass keine Dritte darauf Zugriff habe (act. 1 Rz 98).

Die Beklagte führt dagegen in der Klageantwort aus, es sei unzutreffend, dass sie aktiv in die Buchungsdaten im G.\_\_\_\_\_ System eingegriffen habe. Es sei betont, dass sie grossen Wert darauf lege, dass betreffend die Daten Vertrags- und Gesetzeskonformität herrsche. Die hier interessierenden Kundendaten seien nicht nur mit der Klägerin, sondern auch mit anderen Veranstaltern verknüpft. So unter anderem auch mit ihr (der Beklagten bzw. B1.\_\_\_\_\_ Suisse). Die Klägerin vermittele Reisearrangements, welche durch andere Veranstalter wie etwa B1.\_\_\_\_\_

ausgerichtet würden. Sie (die Beklagte) sei sowohl vertraglich als auch gesetzlich involviert und verpflichtet. Es handle sich somit um Daten, deren Löschung nicht angehe respektive nicht gerechtfertigt sei. Überwiegende private Interessen, gesetzliche Pflichten (wie z.B. die Pflicht zur Aufbewahrung) wie auch öffentliche Interessen stünden dem klägerischen Begehren, die Daten umfassend und unwiderruflich zu löschen, entgegen. So seien die klägerischen Daten auch im Strafverfahren gegen den Geschäftsführer der Klägerin relevant (act. 9 Rz 37 ff.).

In der Replik bestreitet die Klägerin die entsprechenden Ausführungen der Beklagten in der Klageantwort. Sie ergänzt zudem, dass sich der Anspruch auf weitest mögliche Löschung der Daten aus der Beendigung des Vertragsverhältnisses und aus datenschutzrechtlichen Grundsätzen ergebe. Das Recht der Beklagten an den Daten beschränke sich auf die treuhänderische Verwaltung der von der Klägerin im G.\_\_\_\_\_ erfassten Daten. Es bestehe weder eine Rechts- noch sonst eine Grundlage, gestützt auf welche die Beklagte die Daten behalten dürfte. Entsprechend seien sie nach erfolgter Überspielung zu löschen. Soweit die Daten auf dem zentralen Informatiksystem der Beklagten selbst betroffen seien, müsse die Löschung problemlos möglich sein, da auf die Kundendatenbank gemäss eigenen Aussagen der Beklagten nur der jeweilige Kunde Zugriff habe (act. 19 Rz 51). Die von der Beklagten behaupteten Interessen und Pflichten bestünden selbstredend nur bezüglich denjenigen Daten, welche im Rahmen eines vermittelten Reisearrangements der Beklagten an diese übermittelt worden seien. Diese Daten seien aber aufgrund der Übermittlung ohnehin bei der Beklagten vorhanden und blieben dies auch, unabhängig davon, ob ihr gesamter Kunden- und Dossierstamm im G.\_\_\_\_\_ gelöscht werde. Bezüglich Daten, welche von ihr (der Klägerin) an andere Reiseanbieter etc. übermittelt worden seien, sei nicht ersichtlich, wie die Beklagte daran in irgendeiner Form gesetzlich oder vertraglich verpflichtet sein solle. Auf welche gesetzliche Grundlage die Beklagte ihre Aufbewahrungspflicht stützen wolle, sei – mangels Bestehens einer solchen Pflicht in diesem Bereich – ohnehin nicht ersichtlich. Entsprechend stünden weder irgendwelche Interessen, noch gesetzliche Pflichten der Beklagten der Löschung entgegen (act. 19 Rz 56). Das Strafverfahren gegen Herrn I.\_\_\_\_\_ ändere nichts daran, dass die Beklagte zur Herausgabe der Daten mit anschliessender Löschung derselben auf ihrem Server

verpflichtet sei. Die Daten, auf welche die Beklagte ihre Anschuldigungen stütze, seien längst bei der Staatsanwaltschaft und darüber hinaus ebenfalls durch unberechtigten Zugriff durch die Beklagte beschafft worden. Der Parteimitteilung, welche die Beklagte mit KAB 9 ins Recht lege, lasse sich sodann entnehmen, dass das Strafverfahren gegen Herrn I.\_\_\_\_\_ abgeschlossen sei (act. 19 Rz 57).

In der Duplik bestreitet die Beklagte pauschal die diesbezüglichen klägerischen Ausführungen in der Replik und führt aus, sie sei nicht verpflichtet, Daten im Rahmen des klägerischen Rechtsbegehrens Nr. 2 zu löschen. Eine Löschung wäre überdies mit unzumutbarem Aufwand verbunden respektive nicht möglich z.B. Löschung des Archivs / der Backups (act. 23 Rz 38 und 61). Weiter ergänzt sie, sie verwende die Daten ihrer G.\_\_\_\_\_ Vertragspartner nicht unrechtmässig. Das Strafverfahren gegen Herrn I.\_\_\_\_\_ sei derzeit am KG Schaffhausen rechtshängig. Die Daten der Klägerin seien für das Verfahren relevant und würden dies auch in Zukunft sein. Die Daten, die aktuell dem KG Schaffhausen vorlägen, seien nach Aufforderung der Staatsanwaltschaft rechtmässig vorgelegt worden. Bestritten werde, dass längst alle Daten, welche die Anschuldigungen gegen Herrn I.\_\_\_\_\_ stützten, im Recht lägen. Schon allein die Tatsache, dass Beweisanträge weiterhin möglich seien, widerlege dies (act. 23 Rz 37).

Im Rahmen ihrer "Novenstellungnahme" vom 26. September 2016 bestreitet die Klägerin schliesslich wiederum die beklagtischen Vorbringen in der Duplik pauschal. Zudem ergänzt sie, dass selbst wenn die neue Behauptung der Beklagten, es lägen nicht alle relevanten Daten im Strafverfahren vor, weil noch Beweisanträge möglich seien, zutreffen würde, ziele dieser Versuch, die Daten nicht löschen zu müssen, bereits deshalb ins Leere, weil solche Beweise auch von einer Drittpartei, sprich der Klägerin, eingefordert werden könnten (act. 28 Rz 22 f.).

Die Beklagte bestreitet sodann in ihrer Eingabe vom 4. April 2017 pauschal die klägerischen Ausführungen und erklärt, an ihren Behauptungen festzuhalten (act. 35 Rz 19).

### 3.2. Vertraglicher Lösungsanspruch

Die Klägerin leitet den von ihr geltend gemachten Lösungsanspruch in erster Linie aus dem G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag ab. Da sie diesbezüglich weder substantiiert behauptet, dass sich die Parteien bei Vertragsschluss über die Datenlöschung einig gewesen wären, noch ausführt, dass der Vertrag in dieser Hinsicht eine Lücke aufweise, ist durch Vertragsauslegung zu bestimmen, ob die Klägerin einen vertraglichen Anspruch auf Löschung ihrer Daten durch die Beklagte hat.

Im G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag haben die Parteien in Ziffer 8 die Pflichten der Beklagten in Bezug auf die Datensicherheit geregelt. Darin haben sie insbesondere vereinbart, dass sich die Beklagte verpflichte, die im zentralen Informatiksystem gespeicherten Daten der Klägerin treuhänderisch zu verwalten und in keiner Weise zu missbrauchen. Daten würden Dritten nur soweit dies für die vertraglich erwähnten Funktionen notwendig sei, weitergegeben (act. 3/5 Ziffer 8). Über die Löschung der Daten nach Vertragsbeendigung enthält die Ziffer dagegen keine explizite Bestimmung. Weiter enthält der Vertrag in Ziffer 17 unter dem Titel "Vertragsdauer/Standortwechsel/Umzug/Kündigung" die Klausel, dass die Rechte und Pflichten der Vertragspartner im Zusammenhang mit Daten, die vor der Kündigung beziehungsweise bis zum Ablauf des Vertragsverhältnisses übermittelt worden seien, von der Vertragsbeendigung unberührt blieben (act. 3/8 Ziffer 17). Weitere unter diesem Gesichtspunkt relevante Bestimmungen sind nicht ersichtlich.

Damit sind die genannten Vertragsbestimmungen aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei ist zunächst die Vereinbarung relevant, wonach die Rechte und Pflichten der Vertragspartner im Zusammenhang mit übermittelten Daten auch nach Vertragsbeendigung unberührt bleiben. Dies spricht dafür, dass es auch nach Vertragsbeendigung Daten geben muss, welche bei der jeweiligen Gegenpartei verbleiben und damit gegen einen automatischen Lösungsanspruch. Diese Bestimmung dürfte sodann insbesondere zur Sicherstellung des Datenschutzes getroffen worden sein.

Weiter ist insbesondere zu bestimmen, was mit "treuhänderischer" Datenverwaltung genau gemeint war bzw., ob dieser Formulierung ein Löschungsanspruch der Klägerin inhärent ist. Dazu führen die Parteien nichts Konkretes aus. Das Wesen der Treuhand besteht darin, dass der Treugeber dem Treuhänder Sachen, Werte oder Forderungen zu Eigentum überträgt und sich der Treuhänder vertraglich verpflichtet, das Treugut gemäss der Vereinbarung mit dem Treugeber zu verwenden. Im internen Verhältnis ist er an die Weisungen des Treugebers gebunden und muss vertragsgemäss und sorgfältig tätig werden. Gegenüber Dritten kann er jedoch über ein Recht bzw. eine Sache beliebig verfügen. Es kommt ihm eine überschüssende Rechtsmacht zu (GEHRER CORDEY/GIGER, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 394 OR N 12; WEBER, a.a.O., Art. 394 N 11). Die getroffene Regelung der Parteien bringt damit zum Ausdruck, dass das Recht an den klägerischen Daten vollumfänglich auf die Beklagte übergegangen ist, diese jedoch verpflichtet ist, sie gemäss den Vereinbarungen im G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag zu verwalten. Diesbezüglich kamen die Parteien – wie dargelegt – überein, dass die Beklagte die Daten in keiner Weise missbrauchen und nur an Dritte weitergeben dürfe, soweit es für die vertraglich erwähnten Funktionen notwendig sei. Diese Abmachungen und der Umstand, dass die Bestimmung unter dem Titel "Datensicherheit" steht, zeigt, dass die Beklagte damit verpflichtet werden sollte, sich an die datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu halten. Über die datenschutzrechtlichen Bestimmungen hinausgehende Abmachungen, insbesondere eine vertragliche Datenlöschungspflicht bei Vertragsbeendigung, wurden dagegen nicht vereinbart. Damit stellt sich vorliegend einzig die Frage nach einem datenschutzrechtlichen Löschungsanspruch.

Ein vertraglicher Löschungsanspruch wäre sodann aktuell nicht fällig, da ihn die Klägerin von der Herausgabe ihrer Daten abhängig macht, welches Begehren teilweise abzuweisen ist (vgl. dazu sogleich Ziff. 3.3.)

### 3.3. Datenschutzrechtlicher Löschungsanspruch

Das Datenschutzgesetz (DSG) gilt für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch private Personen und Bundesorgane (Art. 2 Abs. 1

DSG). Es definiert als Personendaten alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbar Person beziehen, wobei betroffene Personen natürliche oder juristische Personen sein können, über die Daten bearbeitet werden (Art. 3 lit. a und b DSG). Dabei gilt als Bearbeiten jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten (Art. 3 lit. e DSG).

Unbestrittenermassen verfügt die Beklagte nach wie vor über die Daten, welche von der Klägerin im Verlaufe der G.\_\_\_\_\_ Partner Beziehung auf den Servern der Beklagten gespeichert wurden. Bei diesen Daten handelt es sich um Kunden- und Buchungsdaten der Klägerin. Diese stellen einerseits Personendaten der Kunden der Klägerin dar, welche die Beklagte gestützt auf Art. 10a DSG als Dritte bearbeitet. Es handelt sich jedoch andererseits ebenfalls um Personendaten der Klägerin selber, da es sich um Angaben über ihre Geschäftstätigkeit handelt, welche ihr ohne Weiteres zugeordnet werden können. Diese Daten werden aktuell von der Beklagten aufbewahrt, was per Definition im Datenschutzgesetz als Bearbeiten der entsprechenden Daten gilt.

Nach Art. 12 DSG darf, wer Personendaten bearbeitet, die Persönlichkeit der betroffenen Personen dabei nicht widerrechtlich verletzen. Insbesondere darf er ohne Rechtfertigungsgrund keine Daten einer Person gegen deren ausdrücklichen Willen bearbeiten. Sodann dürfen Personendaten generell nur rechtmässig bearbeitet werden (Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 2 lit. a DSG). Klagen zum Schutz der Persönlichkeit richten sich nach den Artikeln 28, 28a sowie 28I des Zivilgesetzbuches (ZGB), wobei die klagende Partei insbesondere verlangen kann, dass die Datenbearbeitung gesperrt wird, keine Daten an Dritte bekannt gegeben oder die Personendaten berichtigt oder vernichtet werden (Art. 15 Abs. 1 DSG). Eine Verletzung der Persönlichkeit ist jedoch nur dann widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 13 Abs. 1 DSG).

Die Klägerin verlangt in ihrem Rechtsbegehren Ziffer 2, die Beklagte sei zu verpflichten, die Daten nach Herausgabe an die Klägerin zu löschen. Damit bringt sie

zum Ausdruck, dass sie ihre Einwilligung zur Datenbearbeitung durch die Beklagte erst für die Zeit nach der Datenherausgabe widerrufen will. Es ist damit davon auszugehen, dass die Beklagte die klägerischen Daten aktuell mit Zustimmung der Klägerin bearbeitet. Zum jetzigen Zeitpunkt ist es somit nicht widerrechtlich, dass die Beklagte die klägerischen Daten nach wie vor auf ihren Servern hat. Die Klägerin macht ihren Widerruf der Einwilligung zur Datenbearbeitung mit anderen Worten von der Suspensiv-Bedingung der Herausgabe aller ihrer Daten in einem Standardformat auf einem Datenträger abhängig. Eine solche hat jedoch – wie dargelegt – vorliegend nicht zu erfolgen, womit die genannte Bedingung nicht eintreten wird. Vielmehr hat die Klägerin ihre Daten selbständig von den beklagti-schen Servern zu kopieren. Heute kann noch nicht gesagt werden, ob die Kläge-rin überhaupt den Aufwand betreiben wird, sämtliche Daten auf ihre eigenen Ser-ver zu übertragen, und wenn ja, zu welchem Zeitpunkt genau sie das machen wird. Damit ist zum aktuellen Zeitpunkt nicht klar, ob die Klägerin ohne Gutheis-sung des Herausgabeanspruches in der gestellten Form überhaupt dereinst die Löschung sämtlicher Daten verlangen wird oder nicht.

#### 3.4. Fazit

Nach dem Gesagten ist das klägerische Rechtsbegehren Ziffer 2 vor dem Hinter-ground der (teilweisen) Abweisung des klägerischen Herausgabeanspruches aktuell abzuweisen. Auch die Aussprechung eines Verbotes für die Beklagte, auf die klä-gerischen Daten zuzugreifen (vgl. act. 1 Rz 98), welches Begehren ohnehin nicht von den klägerischen Rechtsbegehren umfasst ist, kommt somit nicht in Frage. Damit kann offenbleiben, ob sich die Beklagte auch nach einem Widerruf der Einwilligung zur Datenbearbeitung durch die Klägerin auf einen Rechtfertigungs-grund zur Datenbearbeitung berufen könnte.

#### 4. Rechenschaftsanspruch (Rechtsbegehren Ziffer 3)

##### 4.1. Parteistandpunkte

Zum von ihr geltend gemachten Rechenschaftsanspruch erklärt die Klägerin in der Klage, die Parteien hätten vereinbart, dass die Beklagte ihre Daten während

der Vertragsdauer treuhänderisch verwalten und in keiner Weise missbrauchen solle. Weil die Daten noch immer auf den Servern der Beklagten gespeichert seien, dauere diese Pflicht der Beklagten weiterhin an. Aufgrund der Tatsache, dass sich die Beklagte noch immer kategorisch weigere, zur Übertragung der Daten Hand zu bieten und des Umstandes, dass noch während der Laufzeit des G.\_\_\_\_-Vertrages Rechnungen der Klägerin plötzlich B1.\_\_\_\_-Emailadressen aufgewiesen hätten, hege sie den Verdacht, dass die Beklagte die Daten für eigene Zwecke und zu ihrem Vorteil verwendet habe. In diesem Zusammenhang sei sie im Rahmen des DSG berechtigt, von der Beklagten Auskunft über die Befolgung der Weisungen zu verlangen. Die Beklagte habe demnach Rechenschaft über die Befolgung des vertraglich vereinbarten Rahmens der Datenverwaltung abzulegen. Dieser Anspruch ergebe sich im Übrigen auch aus (direkter oder analoger) Anwendung von Art. 400 Abs. 1 OR. Entsprechend verlange sie von der Beklagten, ihr mittels Zugriffsprotokollen und/oder anderen Dokumenten, welche die Überprüfung der Einhaltung des vertraglich vereinbarten Rahmens der Datenverwaltung erlaube, bzw. gegebenenfalls mittels Beizugs eines SAP-Experten, Rechenschaft abzulegen (act. 1 Rz 99).

Die Beklagte führt zu dieser Thematik in der Klageantwort aus, es sei unzutreffend, dass sie aktiv in die Buchhaltungsdaten der Klägerin eingegriffen habe. Sie lege grossen Wert darauf, dass betreffend die Daten Vertrags- und Gesetzeskonformität herrsche (act. 9 Rz 37). Es sei weder eine datenschutzrechtliche Verletzungen erfolgt, noch habe sie Daten für eigene Zwecke und Vorteile missbraucht (act. 9 Rz 61).

In der Replik hält die Klägerin daran fest, dass sich die Rechenschaftspflicht ohne Weiteres aus dem Vertragsverhältnis und den darauf anwendbaren Rechtsnormen ergebe. Zudem ergänzt sie, es treffe nicht zu, dass sie die Pflichten zur Löschung und zur Rechenschaftsablage aus dem Vorfall mit den Emailadressen herleite. Vielmehr bestünden diese Ansprüche in jedem Fall. Der Email-Vorfall habe jedoch den Verdacht bestärkt, dass die Beklagte nicht nur ihr (der Klägerin) und ihren Mitarbeitern Zugriff auf die Daten gewähre, sondern auch ihren eigenen

Mitarbeitern, wobei ihre Daten offensichtlich unberechtigterweise bearbeitet worden seien (act. 19 Rz 52).

Die Beklagte bestätigt demgegenüber auch in der Duplik, dass sie keine Daten ihrer G.\_\_\_\_\_ Vertragspartner unrechtmässig für eigenen Zwecke und zu ihrem Vorteil verwende. Es bestehe weder eine Rechtsgrundlage noch ein Rechtsschutzinteresse betreffend das klägerische Rechtsbegehren Ziffer 3. Dieses sei abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten sei. Die Formulierung, dass sie mittels Dokumenten "[...] Rechenschaft über ihre Pflichten hinsichtlich Datenschutzes gemäss Vereinbarung und Datenschutzgesetz [...]" abzulegen habe, sei nicht genügend bestimmt (act. 23 Rz 34 f.).

In ihrer Stellungnahme vom 26. September 2016 erklärt die Klägerin sodann, ihr Rechtsbegehren Ziffer 3 mit der Forderung nach Rechenschaft mittels Zugriffsprotokollen und/oder Dokumenten, welche Zugriffe auf die Daten der Klägerin im G.\_\_\_\_\_ -System aufzeige, und gegebenenfalls mittels Beizuges eines SAP-Experten könne kaum bestimmter gestellt werden (act. 28 Rz 22).

Die Beklagte bestreitet schliesslich in ihrer Eingabe vom 4. April 2017 pauschal die klägerischen Ausführungen und erklärt, an ihren Behauptungen festzuhalten (act. 35 Rz 19).

#### 4.2. Ausgangslage

Mit ihrem Rechtsbegehren Ziffer 3 verlangt die Klägerin von der Beklagten Rechenschaft über den Zugriff auf die von ihr auf den beklagtischen Servern gespeicherten Daten mittels Zugriffsprotokollen und oder anderen Dokumenten sowie gegebenenfalls mittels Beizuges eines SAP-Experten. Dieses Rechtsbegehren dient damit einzig der Feststellung, ob die Datenbearbeitung durch die Beklagte allenfalls gegen das DSG oder den G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag verstossen haben könnte. Ansprüche für den Fall einer widerrechtlichen/vertragswidrigen Datenbearbeitung durch die Beklagte erhebt die Klägerin nicht.

#### 4.3. Vertraglicher Rechenschaftsanspruch

Die Klägerin, welche einen Rechenschaftsanspruch geltend macht, trägt nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen einer vertraglichen Grundlage ihres Anspruches. Da die Beklagte dies bestritt, hätte die Klägerin detailliert darzulegen gehabt, aus welcher vertraglichen Regelung sich ihr Rechenschaftsanspruch herleitet und wie diese Regelung zustande gekommen ist (vgl. dazu WALTER, in: Berner Kommentar, Bd. I/1, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012, Art. 8 N 199 f.). Dies hat sie nicht gemacht. Vielmehr verweist sie lediglich pauschal auf den G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag und die auf diesen anwendbaren Regelungen bzw. auf eine direkte oder analoge Anwendung von Art. 400 Abs. 1 OR. Damit führt die Klägerin weder aus, dass sich die Parteien im G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag über eine Rechenschaftspflicht der Beklagten bezüglich Datenzugriffs tatsächlich geeinigt hätten, noch behauptet sie, dass hinsichtlich dieser Frage wenigstens ein normativer Konsens vorliegen würde. Sie nennt vielmehr gar keine konkrete Vertragsbestimmung. Eine solche ist denn auch nicht ersichtlich.

Damit könnte sich ein vertraglicher Rechenschaftsanspruch einzig aus einer Anwendung von Art. 400 Abs. 1 OR ableiten, gemäss welcher Bestimmung der Beauftragte insbesondere schuldig ist, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen. Die Klägerin legt jedoch keine Tatsachen dar, aufgrund welcher Art. 400 Abs. 1 OR auf die vorliegende Frage überhaupt Anwendung finden könnte. Beim G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag handelt es sich – auch nach den Ausführungen der Klägerin – nicht um einen Auftrag, sondern um einen ASP- und damit einen Innominatvertrag, bei welchem auftragsrechtliche Elemente lediglich eine untergeordnete Rolle spielen. Eine direkte bzw. zwingende Anwendung von Art. 400 Abs. 1 OR auf den G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag scheidet damit aus. Weiter ist aufgrund der klägerischen Vorbringen auch nicht ersichtlich, inwiefern die genannte Bestimmung auf die vorliegende Frage analog Anwendung finden könnte. Denn die Klägerin erklärt weder, dass der G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag in Bezug auf die Rechenschaftsablage bzw. den Datenzugriff auslegungsbedürftig sei, noch behauptet sie, dass eine Vertragslücke vorliege. Auch die Beklagte

bringt nichts Entsprechendes vor. Damit ist davon auszugehen, dass der G.\_\_\_\_\_ Partnervertrag in Bezug auf die vorliegend relevante Frage weder auslegungs- noch ergänzungsbedürftig ist. Da sodann weder eine Art. 400 Abs. 1 OR entsprechende Regelung getroffen noch im Vertrag auf diese Bestimmung verwiesen wurde, findet sie keine Anwendung.

Selbst wenn man die klägerischen Ausführungen zu Art. 400 OR dahingehend interpretieren wollte, dass sie damit implizit das Vorliegen einer Vertragslücke behauptet habe, fiel eine analoge Anwendung von Art. 400 OR auf den G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag ausser Betracht. Denn die Parteien haben darin unter dem Titel Datensicherheit explizit die Pflichten der Beklagten in dieser Hinsicht geregelt (act. 3/5 Ziff. 8). Eine Pflicht, mittels Zugriffsprotokollen oder Berichten bzw. unter Beizug eines SAP-Experten Rechenschaft über den Zugriff auf die klägerischen Daten abzulegen, findet sich in dieser Bestimmung nicht. Vielmehr wurde an keinem Ort im G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag eine Rechenschaftspflicht einer Partei vereinbart. Der entsprechende Vertragstext ist klar und nicht auslegungsbedürftig. Auch eine Vertragslücke liegt nach normativer Auslegung nicht vor. Denn da die Parteien in Bezug auf die Datensicherheit und damit im weiteren Sinne auch auf den Zugriff auf die Daten explizite Regelungen vereinbart haben, ist davon auszugehen, dass sie diese Thematik bewusst und abschliessend im G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag geregelt haben. Die Vereinbarung einer entsprechenden Rechenschaftspflicht drängt sich denn vorliegend auch nicht auf. Diese folgt beim einfachen Auftrag nämlich aus der Tatsache, dass der Beauftragte bei der Ausführung des Auftrages fremde Interessen wahrnimmt (FELLMANN, in: Berner Kommentar, Der einfache Auftrag, Bern 1992, Art. 400 N 13). Eine solche Fremdnützigkeit liegt dem G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag jedoch nicht zu Grunde, welcher vor allem lizenz- und mietvertragliche Komponenten aufweist. Es wäre damit selbst bei Vorliegen einer Vertragslücke nicht davon auszugehen, dass die Parteien die allgemeine Regelung von Art. 400 OR vereinbart und damit die Auskunftspflicht über einen einzelnen Vertragspunkt abweichend von den übrigen Bestimmungen geregelt hätten.

Der von der Klägerin geltend gemachte Rechenschaftsanspruch hat damit keine vertragliche Grundlage.

#### 4.4. Datenschutzrechtlicher Anspruch

Die datenschutzrechtlichen Rechtsansprüche sind – wie dargelegt – in Art. 15 DSG festgehalten, wobei die klagende Partei insbesondere verlangen kann, dass die Datenbearbeitung gesperrt, keine Daten an Dritte bekannt gegeben oder die Personendaten berichtigt oder vernichtet werden. Eine Klage auf Rechenschaftsablage über eine konkrete Datenbearbeitung ist nicht explizit vorgesehen. Nach Art. 8 DSG kann jedoch jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden. Der Inhaber der Datensammlung hat dabei insbesondere auch den Zweck der Datenbearbeitung sowie die Kategorie der Datenempfänger mitzuteilen (Art. 8 Abs. 2 lit. b DSG). Damit scheint das klägerische Begehren auf Rechenschaft über den Datenzugriff am ehesten unter diese Bestimmung subsummiert werden zu können. Ob diese Bestimmung jedoch tatsächlich eine Auskunftspflicht in der Form, wie sie von der Klägerin verlangt wird, beinhaltet, erscheint fraglich, kann vorliegend jedoch nicht beantwortet werden. Denn da nach Art. 15 Abs. 4 DSG über Klagen zur Durchsetzung des Auskunftsrechts im vereinfachten Verfahren zu entscheiden ist, erweist sich das hiesige Gericht dafür als nicht zuständig (Art. 243 Abs. 3 ZPO; vgl. BGE 139 III 457 E. 4.4.3.3).

Die Klägerin scheint ihren Anspruch denn auch auf Art. 10a DSG zu stützen – zumindest zitiert sie eine Kommentarstelle zu dieser Bestimmung. Nach Art. 7 DSG müssen Personendaten durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen gegen unbefugtes Bearbeiten geschützt werden. Art. 10a Abs. 2 DSG hält fest, dass sich ein Auftraggeber, welcher das Bearbeiten von Personendaten an einen Dritten überträgt, insbesondere vergewissern muss, dass auch der Dritte die Datensicherheit gewährleistet. Das in dieser Bestimmung umschriebene Gebot ist eine Sorgfaltspflicht des Auftraggebers, also keine Pflicht im eigentlichen Sinne. Wie dieser Sorgfaltspflicht nachzukommen ist, legt das Gesetz nicht fest. Dies ist von den konkreten Umständen abhängig (ROSENTHAL, in: Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, Art. 10a N 118 ff.). Der

Auftraggeber hat gegebenenfalls Weisungen zu erteilen und sich gewisse Kontrollrechte auszubedingen. So kann es unter Umständen angezeigt sein, den Dritten zu verpflichten, über die von ihm getroffenen Massnahmen im Bereich der Datensicherheit Bericht zu erstatten. Solches muss jedoch vertraglich vereinbart werden und ergibt sich nicht automatisch aus Art. 10a DSG (ROSENTHAL, a.a.O., Art. 10a N 123). Eine entsprechende Regelung haben die Parteien im G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag – wie dargelegt – jedoch keine getroffen.

Es kommt hinzu, dass das klägerische Rechenschaftsbegehren bei genauer Betrachtung gar nicht auf die Überprüfung der Datensicherheit abzielt. So führt die Klägerin nicht aus, dass die Daten bei der Beklagten technisch nicht genügend geschützt seien. Vielmehr geht es ihr darum herauszufinden, wie die Beklagte selber bzw. deren Mitarbeiter auf die Daten zugegriffen haben. Dies ist jedoch kein Problem der Datensicherheit, sondern betrifft die Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung durch die Beklagte. Darüber sagt Art. 10a DSG nichts aus. Schliesslich würde eine nachträgliche Rechenschaftsablage über Datenzugriffe, nachdem der G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag bereits gekündigt und die Löschung der Daten verlangt worden ist, ohnehin nicht mehr der Gewährleistung der Datensicherheit dienen, sondern sich darauf richten, Grundlagen für die Geltendmachung eines allfälligen anderen Anspruches zu sammeln. Die Beschaffung von Beweismitteln für einen zukünftigen Prozess hat jedoch grundsätzlich innerhalb dieses Prozesses, allenfalls mittels vorsorglicher Beweisführung zu erfolgen.

#### 4.5. Fazit

Die Klägerin hat damit weder aus dem G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrag noch nach dem Datenschutzrecht einen Anspruch auf die von ihr verlangte Rechenschaftsablage durch die Beklagte. Damit ist Rechtsbegehren Ziffer 3 abzuweisen.

### 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Die Prozesskosten sind grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Hat keine Partei vollständig obsiegt, sind sie nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen (Art. 106 Abs. 1 und 2). Die Klägerin unterliegt mit ihren Lö-

schungs- und Rechenschaftsbegehren sowie teilweise mit ihrem Herausgabeanspruch. Insbesondere schuldet die Beklagte keine Transformation der Daten in ein Standardformat, welchem Begehren vorliegend zentrale Bedeutung zukommt. Die Klägerin obsiegt jedoch insofern, als die Beklagte zu verpflichten ist, ihr den Zugang zu ihren Daten wieder zu gewährleisten. Damit erscheint es angemessen, die Prozesskosten zu zwei Dritteln der Klägerin und zu einem Drittel der Beklagten aufzuerlegen.

5.2. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (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 GebV OG). Wie vorstehend unter Ziffer 1.2. dargelegt, ist der Streitwert vorliegend durch das Gericht festzusetzen. Im Falle widersprechender Parteiangaben ist regelmässig auf den höheren Wert abzustellen, dies jedenfalls dann, wenn dieser – wie vorliegend – mit dem klägerischen Interesse übereinstimmt. Die Klägerin beziffert den Streitwert auf CHF 135'000.–. Dies erscheint aufgrund des wirtschaftlichen Wertes der Daten für die Klägerin – welchen diese wohl am besten abschätzen kann – sowie des Löschungs- und Rechenschaftsbegehrens angemessen. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf rund 4/3 der vollen Grundgebühr festzusetzen. Sie ist ausgangsgemäss der Klägerin zu zwei Dritteln und der Beklagten zu einem Drittel aufzuerlegen und – soweit möglich – vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO); der Klägerin ist für den der Beklagten auferlegten und aus dem klägerischen Vorschuss bezogenen Anteil das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

5.3. Ausserdem hat die Klägerin als mehrheitlich unterliegende Partei der Beklagten eine auf einen Drittel reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Höhe der Entschädigung für die Parteivertretung durch Anwältinnen und Anwälte wird nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) festgesetzt (Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO). Die Grundgebühr ist mit der Begründung oder Beantwortung der Klage verdient, wobei auch die Teilnahme an einer allfälligen Hauptverhandlung abgedeckt ist. Für

die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für jede weitere notwendige Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu berechnen (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). In Anbetracht der eingereichten Rechtsschriften und der durchgeführten Vergleichsverhandlung (Prot. S. 6 ff.) ist die Parteientschädigung in Anwendung von §§ 2, 4 und 11 AnwGebV auf rund 140 % der ordentlichen Gebühr festzusetzen.

Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen (Praxisänderung des Kassationsgerichts des Kantons Zürich, Entscheid vom 19. Juli 2005; ZR 104 [2005] Nr. 76, SJZ 101 [2005] 531 ff, vgl. auch BGer 4A\_552/2015 E. 4.5).

### **Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für drei Monate ab Rechtskraft des Urteils die Datenübernahme zu ermöglichen, indem sie ihr auf Kosten der Klägerin entsprechend Zugang zu den von der Klägerin im Rahmen des G.\_\_\_\_\_ Partner Vertrages auf den beklagtischen Servern gespeicherten Daten gewährt (z.B. im Show Modus; die Informationen müssen direkt elektronisch verarbeitbar sein) und – soweit nötig – Support leistet, dies alles zu den im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung gültigen vertraglichen Konditionen und systemtechnischen Gegebenheiten.  
Im Übrigen wird das Begehren um Datenherausgabe (Rechtsbegehren Ziffern 1a. und 1b.) abgewiesen.
2. Das Begehren um Datenlöschung (Rechtsbegehren Ziffer 2) wird abgewiesen.
3. Das Begehren um Rechenschaftsablage (Rechtsbegehren Ziffer 3) wird abgewiesen.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 13'500.–.
5. Die Kosten werden der Klägerin zu zwei Dritteln und der Beklagten zu einem Drittel auferlegt und – soweit möglich – vorab aus dem von der Klägerin ge-

leisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der nicht gedeckte Betrag (CHF 3'500.-) wird direkt von der Beklagten bezogen. Für die der Beklagten auferlegten und (teilweise) aus dem klägerischen Vorschuss bezogenen Kosten in der Höhe von CHF 1'000.- wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.

6. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 6'000.- zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
8. 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 135'000.-.

Zürich, 15. Mai 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Dr. George Daetwyler

Rafael Rutgers