
Datum: 11.01.2013
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 81/07
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2013:0111.19U81.07.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 41 O 105/06

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin gegen das am 22.05.2007 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Aachen – 41 O 105/06 – wird das Urteil teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an die Beklagte zu 1.) 699.259,45 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 08.10.2005 zu zahlen, Zug-um-Zug gegen Herausgabe folgender Hard- und Softwarekomponenten:

	Bezeichnung	CSB Art.- Nr.	PE Seriennummer
	A. Hardware		
1	Monitor HP V7550 (TC099) 17"	7245	SCNN341075K
1	Monitor HP S5500 15"	7249	307BP76KA050

14	Festplatten HP HD 36, 4 GB U320SCSI HPlug 15	7351	3HX1L6KA, 3HX1LHKH, 3HX1PYWJ, 3HX1R4JZ, 3HX1S5JA, 3HX1SE7C, 3HX1SQHT, 3HX1SRWT, 3HX1ST0X, 3HX1SV8Y, 3HX1T54Y, 3HX1T9EF 3HX1THAW, A0A1P3C05G52
18	Festplatten 18, 2GB U320 SCSI Compaq	7352	A0L1P3702A30, A0L1P3702A3D, A2L1P38001R0, A2L1P3800336, A2L1P38003CY, A2L1P38004M7 A2L1P38004W7, A2L1P38007DS, A2L1P38009UJ, A2L1P38009V2, A2L1P38009Y3, A2L1P3800BGY A2L1P3800BH6, A2L1P3900CBS, A2L1P3900G5C, A2L1P3900GA8, A2L1P3900HFK, A2L1P3A00NCA

7	Festplatten HP HD 72, 8GB U320 SCSI HPlug 15	7353	3HW0TM64, 3HW0TRWG, A001P3600P2U, A001P3600PH5, A001P3600PN5, A001P3600PN6, A001P3600PPK
1	Externes SCSI-Kabel von Compaq Int->Ext. ML350G2	7642	
4	Prozessor X2800MHz für DL360G3	7644	
2	Prozessor X2800MHz für DL380G3	7646	
14	Anschlusskabel HP/Cpq USV-Server 2,4m	7707	
4	USV Anlage HP 19" R3000XR	7713	YOB3JTJ50P, YOBCJTJ50P, YBSXJTJ51T, Y- JAHJTJ525
2	Lüfter HP Redund. DL 380 G3/G4	7726	
2	Netzteil Compaq Red.Power Supply DL380 G3	7727	
1	StreamerHP SDLT 160/320GB ext.	7776	RBD0900301
2	Serverschrank 19" HP/Cpq 42 HE	7822	
2	Seitenwand für Rack HP/Cpq 19" 42HE	7823	
2	Gehäuselüfterzusatz 19" HP/Cpq Lüfter-Kit	7824	

1	Tastatur HP 19" DIN Trackball	7830	9Y37LD818005
1	Stromverteilereinheit Compaq Power Distribution Unit	7833	
1	Monitor-Schubfach 19" HP/Compaq	7863	
2	Einbau-Kit Schaltbox 19" Compaq	7873	
15	Schaltboxkabel 4m Compaq 19"	7874	
1	Schaltbox 19" Comp. 8x Server	7876	K254AACRKPGF02
2	Stabilisierungs-Kit 19" HP/Compaq	7882	
1	Switchbox 10" HP 8x Cat5	7885	65TR748A23
8	Switchboxadapter HP RJ45/2xPS	7886	
6	Speichermodule Compaq 2GB DDR-SDRAM	8150	
2	Speichermodule Compaq 1GB DDR-SDRAM	8153	
1	Speichermodule Compaq 2GB DDR-SDRAM	8154	
1	Speichermodule Compaq 2GB DDR-SDRAM	8155	
4	Speichermodule Compaq 4GB DDR-SDRAM	8165	
2	Speichermodule HP 512 MB DDR-RAM	8169	

1	StorageWorks HP FibreCh. MSA10	8419	GB203PO0D4
1	Red.Controller HP/Com. F. MSA1	8420	
4	Kabel 5m FibreCh. HP/Compaq (MultiM)	8423	
2	Kabel 5m FibreCh. HP (MultiM)	8430	
3	Controller SCSI Compaq SA5302/128Arr	8431	6E2CKJP9Z223, 9BLSKJP91V, 9BPPKJP91V
4	Backup-Batterie Compaq WriteCache OptionKit	8434	P52890BMQPI6IL, P52890BMQPIF1Z P52890BMQPKEDO, P52H90BMQPI6LY
4	Netzwerkkarte HP FibreChannel Contr. PCI- X	8444	P59250BRAPKHT9, P59250BRAPL0IT, P59250BRAPL0LA, P59250BRAPL0LH
2	Speicher HP/Compaq 256 MB Cacheaufr. SA53	8446	P53620FDAPNCEH, P53620FFGPH08S
1	Netzwerkkarte HP NC7770 64/133PCI-X RJ45 100	8453	
2	Switch HP FibreCh MSA 1000 2/8	8455	S3A3CLXC1808Y, S3A3CLXC18094
1	Server HP ProLi ML530R02 2x X2800 1GB	8500	

6	Server HP ProLi DL360G3 X2800 1GB RAM	8501	J01LLGP126, J02DLGP125, J02KLGP126 J02PLGP126, J04FLGP126, J04WLGP126
1	Desktop HP D330µT P4/2.6GHz 256MB XPP	8536	CZC3511QFM
2	Server HP ProLi DL380G3 X2800/1GB	8549	805FLDN725, 805PLDN725
1	HardlockUSB 128 Byte Memory 1	19957	151
4	Kabel STP Cat.5e Patch 2,0m gr	22450	
4	LWL Kupplung SC Duplex	22458	
3	Hardlock USB Linux- Server	31002	SU0138, SU0176, SU0177
20	Streamer Band SDLT 160/320GB	45155	
	B. Software		
1	MS Windows XP pro. dt. CD SB	47971	CD
2	Pervasive SQL V8 Linux OEM +10	48760	Key
3	MS Windows 2003 Sv.+5CL (SB)	48762	CD
17	MS Windows 2003 1 DeviceCL. dt.	48763	CD
2	Pervasive SQL UP 7.9- >V8 Linux	48770	Key

2	Pervasive SQL V8 Linux OEM	48771	Key	
1	Pervasive SQL V8 Linux OEM	48772	Key	
100	MS Win.2003 Terminal-Sv.Device	48776	Key	
1	Linux 9.0 prof. Red Hat UK	49075	CD	
1	ARCserve 9.0 Linux UK CD	49076	CD	3BA800004494
1	Linux Red Hat Enterprise AS	49077	CD	
1	ARCserve Univ.Cl.Agent Linux	49086	CD	72478003
1	ARCserve 9 Univ.Cl.Agent Linux	49093	CD	3BAL0058012
1	Tarantella 3.40 Act. Win/Unix	49095	CD	
1	Tarantella 3.40 Adv. LoadBal.	49096	CD	
6	Linux Red Hat 3.0 Standard ES	49108	CD	
2	Linux Red Hat 3.0 Cluster-Serv	49110	CD	
1	ARCserve UP LinuxSv 9.0->R11	49131	CD	73693208

Es wird festgestellt, dass die Klägerin mit der Annahme der vorgenannten Hard- und Softwarekomponenten im Verzug ist.

Die Klage und die weitergehende Widerklage werden abgewiesen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, die gegen sie gerichtete Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin entwickelt Software, vertreibt Soft- und Hardware und erbringt in diesem Zusammenhang Dienstleistungen. Die Beklagte zu 1.) ist die Holding der X-Gruppe, eines Großhandelsunternehmens für den Vertrieb von Weinen. Die Beklagte zu 2.) ist die persönlich haftende Gesellschafterin der Beklagten zu 1.)

Im Jahr 2003 entschloss sich die Beklagte zu 1.) in ihrem Unternehmen ein neues ERP- (Enterprise Resource Planning) System einzuführen. Am 31.07.2003 schlossen die Klägerin und die Beklagte zu 1.) einen Mantelvertrag (Anlage K1) über die Lizenzierung und Einführung des ERP-Systems der Klägerin. Darin heißt es unter anderem:

„1. Präambel / Vertragsgegenstand

[...Abs. 1:]

Ziel der Zusammenarbeit der Vertragspartner ist die Lizenzierung und Einführung eines CSB ERP-Systems. Zu diesem Zweck werden die Vertragspartner verschiedene Verträge mit unterschiedlichen Regelungsinhalten abschließen, nämlich:

- die kompletten Produktscheine (Hardware, Software, Projektleitung und Beratung Punkt 4.3)*
- die detaillierten Leistungsbeschreibung (Punkt 3.4.3.)*
- die Lieferungs- und Zahlungsbedingungen (Punkt 4.2.2)*
- die Bedingungen für die Wartungsleistungen (Hard- und Software Punkt 4.2.3)*
- die allgemeinen Geschäftsbedingungen*
- „Anhang bezüglich FIBU“*

2. Vertragsumfang / Zielsetzung

Die Einführung der Software umfasst die zeitlich unbegrenzte Einräumung der Nutzungsrechte an dieser Software und die notwendigen Leistungen zur Einführung der Standardsoftware beim Auftraggeber unter Berücksichtigung der Mitwirkungspflichten des Auftraggebers. Die Mitwirkungspflichten ergeben sich aus dem zwischen den Parteien erarbeiteten Projektplan. Einzelheiten zu den Anforderungen an die Software und dem Projektvorgehen sind in den Anlagen dieses Vertrages definiert.

Vertragsziel ist ein komplett einsatzfähiges ERP-System mit allen vereinbarten Leistungsmerkmalen (s. auch Punkt 4.). Zusätzlich wird hiermit auf die als Anlage FIBU geregelten Vereinbarungen zum Thema „Finanzbuchhaltung“ verwiesen, die Vertragsbestandteile sind.

3. Modulumfang Software 17

Der Auftragsnehmer bestätigt, dass der vertraglich zugesicherte Lieferumfang der einzelnen Standardmodule von CSB alle zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses von CSB freigegebenen Standardmodule umfasst, die für die Vertragszielerreichung erforderlich sind. 18

Entgegen der in den einzelnen Produktscheinen aufgeführten Version 3.90 sind sich die Vertragsparteien einig, dass die beim Auftraggeber zum Einsatz kommende Software ausschließlich die aktuelle offene Version 4.2 ist. Die unter 3.4.5 befindlichen Leistungsbeschreibungen beziehen sich inhaltlich ebenfalls auf die Version 4.2. Die Version 3.9.1 wird vorab ausgeliefert, damit eine Einführung ohne Zeitverlust erfolgen kann. Im Rahmen der Installation der Version 4.2 werden die unter der Version 3.9.1 erfassten/übernommenen Daten in das Format der Version 4.2 konvertiert. Die Hardware ist im Angebot vom 14.07.03 für die Version 4.2 bereits konzipiert worden. 19

Die CSB-Version 4.2 wird im Rahmen eines Upgrades den CSB-Kunden im letzten Quartal des Jahres 2003 zur Verfügung gestellt. 20

4. Pflichten der Parteien/Pflichtenheft/Haftung der Parteien 21

[...Abs. 5:] 22

Der Auftragnehmer bestätigt, dass die vom Auftraggeber zu erwerbenden Standard-Software-Module für die in den erfolgten Vorprojekten mit dem Auftraggeber geklärten grundsätzlichen Vertragsziele geeignet sind. Die Ergebnisse der Vorprojekte werden als Vertragsbestandteil definiert und als zusätzliche Anlagen neben der s.g. „Lieferkettenstudie“ des Auftraggebers in dieses Vertragswerk aufgenommen. 23

[...Abs. 7 Satz 2:] 24

Droht der Vertrag an einer schwerwiegenden Vertragspflichtverletzung eines Vertragspartners zu scheitern, so ist der andere Vertragspartner berechtigt, nach Setzung einer angemessenen Frist mit Ablehnungsandrohung vom Vertrag zurückzutreten und Schadensersatz zu verlangen. 25

[Abs. 8:] 26

Sollte es zwischen den Vertragsparteien über die von CSB geschuldete Lieferung und Leistung zu Meinungsverschiedenheiten kommen, über die die Parteien keine gütliche Einigung finden können, ist zwingend vor einer eventuellen gerichtlichen Auseinandersetzung ein Schiedsgutachten eines vereidigten Sachverständigen für EDV-Fragen einzuholen, soweit auch nur eine Partei dies verlangt. 27

[...Abs. 10:] 28

Soweit zwischen den Parteien streitig, trifft der Schiedsgutachter Feststellungen dazu, welche Leistungen von CSB nach den zugrundeliegenden Verträgen geschuldet sind und welche dieser Leistungen bereits erbracht worden sind. 29

[...Abs. 13:]	30
<i>Die Feststellungen des Schiedsgutachtens sind für beide Parteien verbindlich. Der Rechtsweg steht nach Abschluss des Schiedsgutachtenverfahrens beiden Parteien offen. Die ordentlichen Gerichte sind zur Nachprüfung der Feststellungen nur insoweit befugt, als das Gutachten offenbar unbillig ist.“</i>	31
Die Vertragsparteien verzichteten auf die Erstellung eines Pflichtenheftes und vereinbarten, dass sich weitere Konkretisierungen der Leistungen aus der Zusammenarbeit während der Implementierungsphase ergeben sollten. Die Beklagte zu 1.) stellte der Klägerin eine Lieferkettenstudie zur Verfügung, welche einen Überblick über ihre Arbeitsweise bieten sollte.	32
Vor dem Abschluss des Vertrages hatte die Beklagte zu 1.) von der Klägerin einen „Angebotsordner“ erhalten. In diesem befanden sich unter anderem folgende Angaben zum Projektmanagement der Klägerin:	33
„2.3.2 Das CSB-Projektmanagement	34
Werkzeug zur erfolgreichen Rationalisierung und Optimierung aller Unternehmensprozesse!	35
Das gesamte Rationalisierungskonzept wird über das CSB-Projektmanagement gesteuert und in Stufen abgewickelt.	36
<u>Das CSB-Projektmanagement umfasst:</u>	37
• Projektleiter-Zuordnung	38
• Bereichsberater-Zuordnung	39
- Beraterplanung	40
- Einsatzpläne und Termine	41
• Aufgaben-Zuordnung	42
- Rationalisierungsschablonen	43
- E-Service-Kommunikation	44
• Aufgabenverwaltung	45
• Echtlauf-Protokoll-Erstellung	46
• Projektnetzplanung über den gesamten Projektverlauf	47
Die Projektleitung wird im Angebot als eigenständige Beratungsleistung ausgewiesen.	48
<u>Die Projektleitungsaufgaben umfassen:</u>	49
• Projektlenkungssitzungen (beim Kunden)	50
• Projektsteuerung- und Projektüberwachung (intern und extern)	51
• Projektkoordination über die gesamte Projektdauer	52
	53

• Bereichsprojektleiter und Beraterplanung	
• Abstimmungsarbeiten mit externen Partnern im Projekt	54
• Key-User-Schulungsüberwachung	55
• Überwachung der Stammdateneinrichtung (termingerechte Einrichtung für den geplanten Echtlaufstart“	56

Wegen der weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf die Anlagen zum Schriftsatz der Beklagten vom 08.03.2007 (Bl. 296 bis 302 GA). 57

Neben dem Mantelvertrag unterschrieben die Verantwortlichen der Vertragsparteien eine Vielzahl von Einzelverträgen (Produktscheine). Wegen des Inhalts der Produktscheine wird auf die Anlagen K 3 bis K 33 zur Klageschrift verwiesen. In dem Produktschein mit der Nummer 22xxxx (Anlage K 27) wurde für die Beratungsleistungen der Klägerin ein Budget von 99.000 € vereinbart. Gemäß Ziffer 15 des Mantelvertrages garantierte die Klägerin die Einhaltung dieses Budgets zur Installation, Projektarbeit, Schulung der Programme für Key-User unter der Voraussetzung, dass ein qualifizierter Beauftragter der Beklagten zu 1.) zu den Beratungsterminen zur Verfügung steht und diese in ausreichendem Maße vor- und nachbereitet werden sowie eine Begleitung des Echtbetriebs wie im Projektplan verabschiedet erfolgt. 58

Noch am 31.07.2003 erstellte die Klägerin eine Auftragsbestätigung (Anlage K 34). Mit einem Schreiben vom 06.08.2003 an die Klägerin, dessen Zugang streitig ist, widersprach die Beklagte zu 1.) der Auftragsbestätigung, da diese in einzelnen Teilen von den Vereinbarungen abweiche. Zu diesem Schreiben legt die Beklagte zu 1.) einen Einlieferungsbeleg und einen Auslieferungsbeleg als Einschreiben von der E und einen Telefax-Übertragungsbericht vom gleichen Tag vor. 59

Im August 2003 übergab die Klägerin einen Projektplan (Anlage K 35), der vorsah, dass das System am 01.07.2004 in den Echtlaufbetrieb gehen sollte. In einem „Anhang bezüglich FIBU“ (Anlage K 2) wurden die Implementierungsfristen näher definiert. Danach sollten zunächst sämtliche Module bis auf die Finanzwirtschaftsmodule mit einem geplanten Termin für den Echtbetrieb zum 01.07.2004 implementiert werden. Die Beklagte zu 1.) erklärte sich gleichzeitig bereit, für die Dauer von maximal einem Jahr mit den bisherigen FIBU-Programmen weiter zu arbeiten. Spätestens zum 01.07.2005 sollte dann der Umstieg auf die neue FIBU der Klägerin erfolgen. 60

Im Rahmen der Umsetzung des Vertrags wurde die Standardsoftware der Klägerin in zahlreichen Punkten an die Bedürfnisse der Beklagten zu 1.) angepasst. Es kam zu mehreren hundert Programmieraufträgen („VVPs“). Den Mehraufwand, welchen die Klägerin mit einem Betrag von 240.000 € beziffert, hat sie nicht gegenüber der Beklagten zu 1.) geltend gemacht. 61

Mit einem Schreiben vom 29.10.2003 (Anlage B 13) teilte der Vorstand der Klägerin der Beklagten zu 1.) mit, dass in der jetzigen Phase der Implementierung keine erkennbaren zusätzlichen Projektanforderungen an das CSB-Warenwirtschaftssystem vorhanden seien, die eine Projektverzögerung anzeigten, und stellte in Aussicht, dass alle Anforderungen gelöst werden könnten, damit der Echtlauftermin 01.07.2004 in der Warenwirtschaft eingehalten werden könne. 62

Im weiteren Verlauf kam es zu Schwierigkeiten, welche die Klägerin in einem Protokoll vom 10.02.2004 (Anlage B 15), das den Inhalt eines Treffens bei der Beklagten zu 1.) beschreibt, festhielt. Gemäß diesem Protokoll äußerte der Projektverantwortliche bei der Beklagten zu 1.) gegenüber der Klägerin Zweifel daran, dass der Termin vom 01.07.2004 zu halten sei. Er wolle verbindlich wissen, wann der Echtlauftermin möglich sei, bestehe aber wegen der erkennbaren Probleme nicht auf dem 01.07.2004. Diese Aussage kommentierte der Projektleiter T der Klägerin im Protokoll wie folgt: *„Meine persönliche Meinung: Ich habe auch ein ungutes Gefühl. Die Masse der Einsätze der Berater lässt zu wünschen übrig. Aufgrund großer Terminschwierigkeiten finden die Berater des Projektes zu wenig Zeit um X ausreichend zu betreuen. Alle drei oder vier Wochen ein Termin ist zu wenig. Es reicht nicht aus die Todo's an B weiterzugeben. Die Programmierung der Erweiterung ist zu langsam. Die Umstellung auf die Version 4.20 wird die Hoffnung von Herrn T2 nicht erfüllen. Die Powertools werden nach der Umstellung auch nicht mehr laufen.“*

Wenige Tage später, am 27.02.2004, wurde die im Mantelvertrag genannte Version 4.2 bei der Beklagten zu 1.) installiert. 64

Nachdem es am 01.07.2004 nicht zum Echtlauf gekommen war, ging man bei der Beklagten zu 1.) ab Mitte Juli 2004 davon aus, dass der Echtlauf am 01.02.2005 starten könne. Mit einer E-Mail vom 14.07.2004 wurde deshalb für Januar und Februar 2005 im Betrieb der Beklagten zu 1.) eine Urlaubssperre verhängt (Anlage B 16). Zum genannten Termin kam es nicht zum Echtlauf. Vielmehr gelangte man zunächst zu einer Verlegung auf den 01.07.2005, später auf den 01.02.2006. Im Anschluss an eine gemeinsame Besprechung vom 13.06.2005 bezeichnete die Beklagte zu 1.) in einem Schreiben vom selben Tag (Anlage B 18) den 01.02.2006 als den letztmöglichen Termin zum Start des Echtbetriebes. Gleichzeitig übersandte sie dem Vorstand der Klägerin einen Punktekatalog mit Fristsetzungen zur Erledigung der offenen Punkte und erklärte, sie sehe eine komplette und fristgemäße Abarbeitung des Kataloges als Grundvoraussetzung für die Fortsetzung des Projekts an. Zu einem der offenen Punkte („Aktionen“) kam es später zu einer Fristverlängerung bis zum 16.09.2005 (Anlage B 21). 65

Auf das Schreiben vom 13.06.2005 reagierte der Vorstand der Klägerin am Folgetag mit der Übersendung eines Besprechungsprotokolls vom 13.06.2005 (Anlage B 19), welches Einzelpunkte nebst beabsichtigten Maßnahmen und neue Produktscheine aufzählt und die Zusicherung enthält, man werde dafür Sorge tragen, dass es aus Gründen, welche die Klägerin zu vertreten habe, zu keinen Verzögerungen komme. 66

Mit einem Schreiben vom 05.08.2005 (Anlage B 20) rügte die Beklagte zu 1.) bei der Klägerin, dass ihr Berater für den Bereich Absatz, in dem noch die meisten Punkte offen seien, und der Projektleiter T im Urlaub seien. 67

Bei einem Treffen am 02.09.2005 teilte die Klägerin mit, dass ihr bisheriger Projektleiter T, dessen Leistungen schlecht gewesen seien, gekündigt habe und nicht mehr zur Verfügung stehe. Die Klägerin kündigte an, einen neuen Projektleiter einsetzen zu wollen. Es wurde festgestellt, dass die in dem Schreiben der Beklagten zu 1.) vom 13.06.2005 angeführten Punkte nur teilweise erledigt waren. Der Vorstand der Klägerin sagte zu, bis zum 06.09.2005 Vorschläge zu den offenen Punkten, auch aus Zeit- und Kostenaspekten, zu machen. Ein Schreiben des Vorstands der Klägerin vom gleichen Tag (Anlage B 22) enthielt eine Projektplanung, welche unter anderem als Leiter für den Bereich Produktion weiterhin Herrn T auswies. 68

Mit einem Schreiben vom 06.09.2005 (Anlage B 23), welches mit der Bezeichnung „*Letzte Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung*“ überschrieben ist, fasste die Beklagte zu 1.) die Ergebnisse der Besprechung vom 02.09.2005 aus ihrer Sicht zusammen. Sie verwies darauf, dass sie in dem Gespräch die Auffassung vertreten habe, die Voraussetzungen für einen Rücktritt vom Vertrag würden bereits vorliegen. Die Vertragsparteien hätten sich darauf verständigt, dass die Beklagte zu 1.) bis zum 06.09.2005 konkrete Vorschläge zu den von ihr erhobenen Forderungen auch unter Berücksichtigung von Zeit- und Kostenaspekten erhalte. Das Schreiben der Klägerin vom 02.09.2005 werde diesen Anforderungen nicht gerecht, da es keinen einzigen Punkt enthalte, der so konkret gefasst sei, dass damit auch eindeutige Verpflichtungen, auch in zeitlicher Hinsicht, fixiert wären. Dies sei für die Beklagte zu 1.) aber unabdingbar, da sie bereits jetzt den vereinbarten Termin für den Echtbetrieb als gescheitert ansehen müsse. Es sei für sie nicht erkennbar, wie bis zum 01.02.2006 die zahlreichen noch offenen Punkte abgearbeitet werden sollten, danach die erforderlichen Tests in den Fachabteilungen und Schulungen durchgeführt werden sollten, um die Voraussetzungen für den Echtbetrieb zu schaffen. Sie sei deshalb mit Formulierungen allgemeiner Art, wie „*zeitnahe Umsetzung*“ nicht einverstanden. Die Beklagte zu 1.) forderte die Klägerin auf, bis zum 13.09.2005 einen verbindlichen Termin und einen Fristenplan für alle Einzelschritte vorzulegen, die bis zum Echtlauftermin 01.02.2006 noch zu durchlaufen seien. Nur so sei sie davon zu überzeugen, dass der zum dritten Mal verschobene Echtlauftermin eingehalten werden könne. Sie bat um klarstellende Äußerung innerhalb der bis zum 13.09.2005 gesetzten Frist, falls die Klägerin erkennen sollte, dass der Echtlauf zum 01.02.2006 nicht möglich sei. Sie (die Beklagte zu 1.) werde dann vom Vertrag zurücktreten und Schadensersatz verlangen.

Der Vorstand der Klägerin antwortete mit einem Schreiben vom 09.09.2005 (Anlage B 24). Er nahm darin Bezug auf ein Treffen zwischen den Mitarbeitern F und B der Klägerin und F2 und X2 der Beklagten vom Vortag (wobei versehentlich das Datum mit 08.08.2005 anstelle von 08.09.2005 angegeben wurde). Bei dem Treffen sei vereinbart worden, alle Themen bzw. Prozesse aufzustellen, was noch am selben Tag geschehen sei. Des Weiteren heißt es: „*Für den genauen Projektverlauf wurde gleichzeitig vereinbart, dass dieser am 15.09.2005 vorgelegt wird. Diesen noch von uns gemeinsam zu erstellenden Terminplan sehen wir als verpflichtende Zeitvorgaben für beide Projektparteien an.*“ 70

Ein Projektverlauf wurde am 15.09.2005 nicht vorgelegt. Stattdessen schrieb der Vorstand der Klägerin am 23.09.2005 (Anlage B 26) an die Beklagte zu 1.) und erklärte, das Projektreview werde am gleichen Tag abgeschlossen werden. Aufgrund der daraus resultierenden Punkte werde der neue Projektleiter, wie abgesprochen, den neuen Projektplan entwickeln und vorstellen. 71

Mit einem Schreiben vom 27.09.2005 (Anlage K 50) erklärte die Beklagte zu 1.) den Rücktritt vom Vertrag einschließlich der inzwischen geschlossenen Einzelverträge (Produktscheine), den sie unter anderem damit begründete, dass für sie in keiner Weise absehbar sei, in welchem zeitlichen und kostenmäßigen Rahmen das Projekt erfolgreich abgeschlossen werden könne. Auch auf das Schreiben vom 06.09.2005 unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung und der Aufforderung einen verbindlichen Termin- und Fristenplan für alle Einzelschritte vorzulegen, die bis zu dem geplanten Echtlauftermin am 01.02.2006 noch zu durchlaufen seien, habe die Beklagte zu 1.) nichts derartiges erhalten. Auch fehle noch ein stets versprochenes Gutachten zur Transaktionssicherheit, das für die Beklagte zu 1.) von essentieller Bedeutung sei. Gleichzeitig verlangte sie unter Fristsetzung vom zum 07.10.2005 die Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 749.259,45 €. In dieser Summe waren neben Hard- und Softwarekosten, die die Beklagte zu 1.) einschließlich der Kosten für den bei der 72

Beklagten zu 1.) eingesetzten Berater der Klägerin B auf 699.259,45 € beziffert, auch 50.000 € pauschalierter Schadensersatz entsprechend Nr. 6 des Anhangs zum Mantelvertrag. Die Beklagte zu 1.) erklärte, dass die von der Klägerin „gelieferte Hard- und Software Zug um Zug gegen Zahlung des oben genannten Betrages“ zur Abholung bereit stehe.

In einem Anhang zum Rücktrittsschreiben (Anlage B 27) führte die Beklagte zu 1.) 15 allgemeine Punkte und weitere 17 bereichsspezifische Hauptpunkte auf, die nach Ansicht der Beklagten zu 1.) Vertragspflichtverletzungen/Mängel der Klägerin darstellten. Unter Ziffer 7 teilt sie mit, dass nach ihrer Ansicht der Echtlauftermin zum 01.02.2006 auf keinen Fall gehalten werden könne, sondern wahrscheinlich ein halbes Jahr mehr benötigt werde. 73

Die Klägerin reagierte mit einem im Briefkopf auf den 29.09.2005, in der Fußzeile auf den 30.09.2005 datiertem Schreiben (Anlage K 51), mit dem sie weder den Rücktritt noch die geltend gemachten Schadensersatzansprüche akzeptierte. Sie vertrat die Auffassung, eine Fristversäumnis bezüglich des neuen Projektplans bestehe nicht, da zuvor Projekt-Reviews hätten durchgeführt werden sollen. Der Echtlauftermin zum 01.02.2006 sei zu halten. Es sei nicht nachvollziehbar, worauf sich die Meinung des Teams der Beklagten zu 1.) stütze. 74
Gleichzeitig übersandte sie ein Gutachten vom 28.09.2005 (Anlage B 27a) des Sachverständigen S, von der IHK P öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Organisation und DV-Anwendungen in der Produktionsplanung, -steuerung und -logistik, aus dem hervorgehen soll, dass die Transaktionssicherheit des Systems gewährleistet ist.

Nachdem in einem persönlichen Gespräch zwischen den Vertragsparteien am 04.10.2005 keine einvernehmliche Lösung gefunden werden konnte, leitete die Klägerin am 06.10.2005 das im Vertrag vorgesehene Schiedsgutachtenverfahren ein, indem sie die IHK B2 um Benennung eines geeigneten Sachverständigen ersuchte und die Beklagte zu 1.) davon informierte. Mit Schreiben vom 12.10.2005 (Anlage K 55) beauftragte die Klägerin den von der IHK B2 benannten Gutachter Prof. Dr. H, von der IHK B2 öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Anwendungen in der Informationsverarbeitung im kaufmännisch-administrativen Bereich (außer Großrechner) und Personalcomputer, mit der Erstattung eines Schiedsgutachtens. Zum Umfang der Beauftragung hieß es in einem Schreiben vom 12.10.2005 an den Gutachter: *„Der Umfang der Aufgabenstellung ergibt sich aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Mantelvertrag vom 31.07.2003. Auf Seite 5, Abs. 2, wurde festgelegt, dass die Benennung des Gutachters durch die IHK B2 erfolgt. Die Auftragserteilung erfolgt jedoch durch einen der Vertragsparteien, soweit auch nur eine Partei dies verlangt (Seite 5 Absatz 1).“* 75

Der Sachverständige erstellte ein Schiedsgutachten vom 24.06.2006 (Anlage K 59). Darin kam er zu dem Schluss, dass der Rücktritt vom Vertrag nicht gerechtfertigt gewesen sei, weil das CSB-System „CSB-Retail“ Version 4.2 für einen Echtlaufer zum 01.02.2006 geeignet gewesen sei. Seiner Begutachtung hatte er eine von den Parteien als „Oktoberversion“ bezeichnete Softwareversion zu Grunde gelegt, bei der es sich um ein Update der Software CSB-Retail Version 4.2 handelt, das allerdings trotz der Bezeichnung nicht vor dem 14.11.2005 zur Verfügung stand. Die Vorversion bezeichnen die Parteien zur einfachen Unterscheidbarkeit übereinstimmend als „September-Version“. Im Vorfeld der Untersuchung hatte sich die Beklagte zu 1.) gegenüber dem Schiedsgutachter gegen die Bewertung des Systems der Klägerin auf Basis der Oktoberversion gewandt und darauf hingewiesen, dass eine Untersuchung der geschuldeten und bisher erbrachten Leistungen der Klägerin die Berechtigung des von ihr erklärten Rücktritts wegen Vertrauensverlustes nach schwerwiegenden Vertragsverletzungen nicht abschließend klären könne. 76

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, der Rücktritt vom 27.09.2005 sei nicht gerechtfertigt gewesen. Hierzu hat sie unter Berufung auf ein Privatgutachten vom 19.01.2007 (Anlage K 63, Bl. 169 ff. GA) des Sachverständigen Dipl.-Ing. I, von der IHK E2 öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Informationsverarbeitung im kaufmännischen und administrativen Bereich, behauptet, die Aussagen im Schiedsgutachten des Prof. Dr. H seien nicht offenkundig unrichtig. Der Eintritt der Rücktrittsvoraussetzungen sei am 27.09.2005 nicht offensichtlich gewesen. Die Prüfung der Oktoberversion durch den Schiedsgutachter Prof. Dr. H sei folgerichtig gewesen. Das Schiedsgutachten sei deshalb bindend.

Sie sei auch bis zum 27.09.2005 nicht zur Vorlage eines Projektplans verpflichtet gewesen. Die hierzu erforderlichen, nach ihrer Meinung am 08.09.2005 bindend vereinbarten Reviews seien zu diesem Zeitpunkt noch nicht durchgeführt gewesen. Projektverzögerungen seien im Verantwortungsbereich der Beklagten zu 1.) zu finden. Diese habe zahlreiche Zusatzwünsche geäußert, die einen hohen Programmieraufwand erfordert hätten. Auch sei es bei der Beklagten zu 1.) zu personellen Engpässen gekommen. Mehrfach hätten Key-User abgestimmte Termine nicht wahrgenommen. Der Austausch zweier Key-User im Bereich Einkauf wegen Mutterschutzes habe ebenfalls zu Verzögerungen geführt. Der nachfolgende Key-User in diesem Bereich sei mit dem Projekt überfordert gewesen. 78

Mangels Rücktrittsrechts der Beklagten zu 1.) seien die Beklagten verpflichtet, die noch nicht ausgeglichenen vertraglichen Leistungen für Beratung, Wartung und Lieferung neben den Kosten des Schiedsgutachtens, insgesamt beziffert auf 548.430,31 €, zu erstatten. 79

Die Klägerin hat erstinstanzlich beantragt, die Beklagten zu verurteilen, an sie als Gesamtschuldner 548.430,31 € nebst Zinsen in Höhe von monatlich 1 % seit dem 25.07.2006 zu zahlen. Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen. Widerklagend hat die Beklagte zu 1.) beantragt, die Klägerin zu verurteilen, an sie 749.259,45 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 08.10.2005 zu zahlen. Dieser Betrag setzt sich aus den an die Klägerin unstreitig gezahlten Beträge in Höhe von 699.259,45 € sowie einem pauschalisierten Schadensersatz in Höhe von 50.000,00 € zusammen. Die Klägerin hat beantragt, die Widerklage abzuweisen. 80

Die Beklagten haben unter Bezugnahme auf ein Privatgutachten vom 08.11.2006 (Anlage B 42) des Sachverständigen Thomas P. Schneider, von der IHK L öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Systeme der Informationsverarbeitung, Einsatz und Betrieb von PC- und verteilten Systemen, behauptet, eine angemessene Fachkonzeption der Klägerin habe weder zu Beginn noch später vorgelegen. Auch sei eine Transaktionssicherheit gemäß den einschlägigen Kriterien des ACID-Modells nicht gegeben. Bei Abbruch des Projekts Ende September 2005 sei erst ein Fertigstellungsgrad von ca. 34 % erreicht worden. Ein erfolgreicher Projektabschluss zum 01.02.2006 sei aufgrund der Projekthistorie und des Bearbeitungsstandes zum Projektabbruch mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschließen gewesen. 81

Die Beklagten haben die Ansicht vertreten, das Schiedsgutachten sei wegen schwerer Mängeln nicht bindend. Der Rücktritt sei gerechtfertigt gewesen sei, weil die Klägerin das versprochene Projektmanagement nicht geleistet und keinen Projektplan erstellt habe. Zusätzlich hätten die Voraussetzungen des § 323 Abs. 4 BGB vorgelegen. 82

Das Landgericht Aachen hat die Klage mit Urteil vom 22.05.2007 abgewiesen und die Klägerin auf die Widerklage verurteilt, an die Beklagte zu 1.) 699.259,45 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 08.10.2005 zu zahlen. Die weitergehende Widerklage hat das Landgericht abgewiesen. 83

- Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, die Beklagte zu 1.) sei wirksam vom Vertrag zurückgetreten, so dass die Klägerin aus diesem keine Zahlungsansprüche geltend machen könne. Ein Rücktrittsrecht ergebe sich aus § 323 Abs.1 BGB, nachdem die Klägerin eine nicht unerhebliche vertragliche Nebenpflicht verletzt habe, indem sie entgegen einer Zusage bis zum 15.09.2005 keinen neuen Projektplan vorgelegt habe. Aufgrund der Aussagen der Klägerin zu ihrem Projektmanagement und den Vereinbarungen im Mantelvertrag sei die Klägerin zur Vorlage verpflichtet gewesen. Angeblich erforderliche Mitwirkungshandlungen der Beklagten zu 1.) habe die Klägerin nicht konkret vorgetragen. Dass angeblich noch als „Reviews“ bezeichnete Absprachen hätten stattfinden müssen, wirke sich wegen der Zusage der Klägerin zur Vorlage eines Plans bis zum 15.09.2005 nicht aus. Zu der Frage eines Rücktritts nach § 323 Abs.1 BGB sei das Schiedsgutachten jedenfalls nicht bindend, da es hierzu keine Aussagen treffe. Der Rücktritt umfasse den gesamten Vertrag. Zusätzlich sei ein Rücktritt vom Vertrag auch gemäß §§ 324, 241 Abs. 2 BGB gerechtfertigt gewesen. 84
- Gegen die Entscheidung des Landgerichts richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung der Klägerin, mit welcher sie ihr erstinstanzliches Vorbringen wiederholt und vertieft. 85
- Die Klägerin behauptet, sie habe keine einseitige Verpflichtung zur Vorlage eines neuen Projektplans innerhalb der von der Beklagten zu 1.) gesetzten Frist gehabt. Am 08.09.2005 sei vereinbart worden, dass zunächst die Reviews abgeschlossen werden sollten und erst dann ein Projektplan erstellt werden würde. Im Übrigen handele es sich bei den Angaben aus ihren Angebotsordnern, insbesondere auch der Ziffer 2.3.2. zum Projektmanagement, nicht um Vertragsbestandteile. Unabhängig davon verwiesen diese auf eine gemeinsame Projektlenkungsverantwortung durch Teams aus dem Projektleiter der Klägerin und einem Mitglied der Geschäftsleitung des Auftraggebers bzw. dem bereichsleitenden Berater der Klägerin und einem Bereichsleiter des Auftraggebers (Key User). Dies spiegele sich auch in Ziffer 2 des Mantelvertrages wider, worin Bezug auf einen gemeinsam erarbeiteten Projektplan genommen werde. Die Erstellung eines Projektplans sei daher gemeinsame Aufgabe der Parteien gewesen. Entsprechendes sei noch bei dem Treffen am 02.09.2005 und in dem Schreiben vom gleichen Tag (Anlage B 22) festgehalten worden. 86
- Das Schreiben vom 09.09.2005 sei nicht so zu verstehen, dass ihr Vorstand eine Verbindlichkeit habe begründen wollen. Er habe lediglich die am 08.09.2005 getroffenen Vereinbarungen wiedergeben wollen. Inhaltlich enthalte das Schreiben einen Fehler, da die Reviews nicht bis zum 13.09.2005 abgeschlossen sein konnten. Der Aussageinhalt, dass zunächst alle Reviews abgeschlossen sein sollten, sei eine zutreffende Wiedergabe des Ergebnisses der Besprechung der Projektleiter vom 08.09.2005. 87
- Im Übrigen hätte ein von der Beklagten zu 1.) nachträglich beauftragtes Aktionsmanagements ohnehin eine Verschiebung des Echtlauftermins vom 01.02.2006 erforderlich gemacht. Soweit ursprünglich vereinbart gewesen sei, die Software habe auf dem Betriebssystem LINUX laufen sollen, so sei nachträglich Windows als Betriebssystem vereinbart worden. 88
- Sie ist der Ansicht, das Landgericht habe die Voraussetzungen für einen Rücktritt der Beklagten zu 1.) vom Vertrag zu Unrecht bejaht. Die Entscheidung über eine Verletzung der Vertragspflichten und eine Berechtigung zum Rücktritt sei dem Landgericht entzogen gewesen, da die Parteien die Entscheidung in bindender Weise dem Schiedsgutachter überlassen hätten. 89

Ein Rücktritt nach § 323 Abs.1 BGB aufgrund des Schreibens der Beklagten zu 1.) vom 06.09.2005 scheitere zudem daran, dass eine Ablehnungsandrohung fehle und keine wirksame Nachfrist gesetzt worden sei. Jedenfalls sei die Annahme des Landgerichts falsch, die Beklagte zu 1.) könne vom gesamten Vertrag zurücktreten. Ein Interessenwegfall sei nicht dargelegt worden. Ein Rücktrittsrecht aus §§ 324, 241 Abs. 2 BGB bestehe nicht, da Schutzzweck des § 241 Abs. 2 BGB nur das Integritätsinteresse der anderen Partei sei.

Schließlich macht sie für den Fall, dass entgegen ihrer Ansicht ein wirksamer Rücktritt vom Vertrag erklärt worden sei, gegen etwaige Zahlungsansprüche der Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht geltend, das sie auf Herausgabeansprüche an den gelieferten Hard- und Softwarekomponenten stützt. 91

Die Klägerin beantragt, 92

unter Abänderung des angefochtenen Urteils 93

- 1 die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 548.430,31 € nebst Zinsen in Höhe von monatlich 1 % seit dem 25.07.2006 zu zahlen, und 95

- 2 die Widerklage abzuweisen. 96

Hilfsweise beantragt sie für den Fall, dass der Widerklage ganz oder teilweise stattgegeben wird und ein Zurückbehaltungsrecht der Klägerin an den nachfolgenden Hard- und Softwarekomponenten verneint wird, 97

die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an sie folgende Hard- und Softwarekomponenten herauszugeben: 98

	Bezeichnung	CSB Art.-Nr.	PE Seriennummer	99
	A. Hardware			
1	Monitor HP V7550 (TC099) 17"	7245	SCNN341075K	
1	Monitor HP S5500 15"	7249	307BP76KA050	

14	Festplatten HP HD 36, 4 GB U320SCSI HPlug 15	7351	3HX1L6KA, 3HX1LHKH, 3HX1PYWJ, 3HX1R4JZ, 3HX1S5JA, 3HX1SE7C, 3HX1SQHT, 3HX1SRWT, 3HX1ST0X, 3HX1SV8Y, 3HX1T54Y, 3HX1T9EF 3HX1THAW, A0A1P3C05G52
18	Festplatten 18, 2GB U320 SCSI Compaq	7352	A0L1P3702A30, A0L1P3702A3D, A2L1P38001R0, A2L1P3800336, A2L1P38003CY, A2L1P38004M7 A2L1P38004W7, A2L1P38007DS, A2L1P38009UJ, A2L1P38009V2, A2L1P38009Y3, A2L1P3800BGY A2L1P3800BH6, A2L1P3900CBS, A2L1P3900G5C, A2L1P3900GA8, A2L1P3900HFK, A2L1P3A00NCA
7	Festplatten HP HD 72, 8GB U320 SCSI HPlug 15	7353	3HW0TM64, 3HW0TRWG, A001P3600P2U, A001P3600PH5, A001P3600PN5, A001P3600PN6, A001P3600PPK
1	Externes SCSI-Kabel von Compaq Int- >Ext. ML350G2	7642	
4	Prozessor X2800MHz für DL360G3	7644	
2	Prozessor X2800MHz für DL380G3	7646	
14	Anschlusskabel HP/Cpq USV-Server 2,4m	7707	

4	USV Anlage HP 19" R3000XR	7713	YOB3JTJ50P, YOBCJTJ50P, YBSXJTJ51T, Y-JAHJTJ525
2	Lüfter HP Redund. DL 380 G3/G4	7726	
2	Netzteil Compaq Red.Power Supply DL380 G3	7727	
1	StreamerHP SDLT 160/320GB ext.	7776	RBD0900301
2	Serverschrank 19" HP/Cpq 42 HE	7822	
2	Seitenwand für Rack HP/Cpq 19" 42HE	7823	
2	Gehäuselüfterzusatz 19" HP/Cpq Lüfter-Kit	7824	
1	Tastatur HP 19" DIN Trackball	7830	9Y37LD818005
1	Stromverteilereinheit Compaq Power Distribution Unit	7833	
1	Monitor-Schubfach 19" HP/Compaq	7863	
2	Einbau-Kit Schaltbox 19" Compaq	7873	
15	Schaltboxkabel 4m Compaq 19"	7874	
1	Schaltbox 19" Comp. 8x Server	7876	K254AACRKPGF02
2	Stabilisierungs-Kit 19" HP/Compaq	7882	
1	Switchbox 10" HP 8x Cat5	7885	65TR748A23
8	Switchboxadapter HP RJ45/2xPS	7886	
6	Speichermodule Compaq 2GB DDR- SDRAM	8150	
2	Speichermodule Compaq 1GB DDR- SDRAM	8153	
1	Speichermodule Compaq 2GB DDR- SDRAM	8154	

1	Speichermodule Compaq 2GB DDR-SDRAM	8155	
4	Speichermodule Compaq 4GB DDR-SDRAM	8165	
2	Speichermodule HP 512 MB DDR-RAM	8169	
1	StorageWorks HP FibreCh. MSA10	8419	GB203PO0D4
1	Red.Controller HP/Com. F. MSA1	8420	
4	Kabel 5m FibreCh. HP/Compaq (MultiM)	8423	
2	Kabel 5m FibreCh. HP (MultiM)	8430	
3	Controller SCSI Compaq SA5302/128Arr	8431	6E2CKJP9Z223, 9BLSKJP91V, 9BPPKJP91V
4	Backup-Batterie Compaq WriteCache OptionKit	8434	P52890BMQPI6IL, P52890BMQPIF1Z P52890BMQPKEDO, P52H90BMQPI6LY
4	Netzwerkkarte HP FibreChannel Contr. PCI-X	8444	P59250BRAPKHT9, P59250BRAPL0IT, P59250BRAPL0LA, P59250BRAPL0LH
2	Speicher HP/Compaq 256 MB Cacheaufr. SA53	8446	P53620FDAPNCEH, P53620FFGPH08S
1	Netzwerkkarte HP NC7770 64/133PCI-X RJ45 100	8453	
2	Switch HP FibreCh MSA 1000 2/8	8455	S3A3CLXC1808Y, S3A3CLXC18094
1	Server HP ProLi ML530R02 2x X2800 1GB	8500	

6	Server HP ProLi DL360G3 X2800 1GB RAM	8501	J01LLGP126, J02DLGP125, J02KLGP126 J02PLGP126, J04FLGP126, J04WLGP126
1	Desktop HP D330µT P4/2.6GHz 256MB XPP	8536	CZC3511QFM
2	Server HP ProLi DL380G3 X2800/1GB	8549	805FLDN725, 805PLDN725
1	HardlockUSB 128 Byte Memory 1	19957	151
4	Kabel STP Cat.5e Patch 2,0m gr	22450	
4	LWL Kupplung SC Duplex	22458	
3	Hardlock USB Linux-Server	31002	SU0138, SU0176, SU0177
20	Streamer Band SDLT 160/320GB	45155	
	B. Software		
1	MS Windows XP pro. dt. CD SB	47971	CD
2	Pervasive SQL V8 Linux OEM +10	48760	Key
3	MS Windows 2003 Sv.+5CL (SB)	48762	CD
17	MS Windows 2003 1 DeviceCL. dt.	48763	CD
2	Pervasive SQL UP 7.9->V8 Linux	48770	Key
2	Pervasive SQL V8 Linux OEM	48771	Key
1	Pervasive SQL V8 Linux OEM	48772	Key
100	MS Win.2003 Terminal-Sv.Device	48776	Key
1	Linux 9.0 prof. Red Hat UK	49075	CD
1	ARCserve 9.0 Linux UK CD	49076	CD 3BA800004494
1	Linux Red Hat Enterprise AS	49077	CD
1	ARCserve Univ.Cl.Agent Linux	49086	CD 72478003

1	ARCserve 9 Univ.Cl.Agent Linux	49093	CD	3BAL0058012
1	Tarantella 3.40 Act. Win/Unix	49095	CD	
1	Tarantella 3.40 Adv. LoadBal.	49096	CD	
6	Linux Red Hat 3.0 Standard ES	49108	CD	
2	Linux Red Hat 3.0 Cluster-Serv	49110	CD	
1	ARCserve UP LinuxSv 9.0->R11	49131	CD	73693208

Die Beklagten beantragen, 100

die Berufung zu den Anträgen zu 1. und 2. zurückzuweisen, 101

mit der Maßgabe, dass sie auf den Hilfsantrag der Klägerin die Verpflichtung anerkennen, an 102
die Klägerin die im Antrag der Klägerin näher bezeichneten Hard- und Softwarekomponenten
herauszugeben, Zug-um-Zug gegen Zahlung von 699.259,45 EUR nebst jährlicher Zinsen in
Höhe von 8 % über dem Basiszinssatz ab dem 08.10.2005 an die Beklagte zu 1.),

sowie festzustellen, dass die Klägerin sich im Verzug mit der Annahme der Hard- und 103
Softwarekomponenten befindet.

Sie verteidigen das erstinstanzliche Urteil und behaupten, der Echtlauftermin zum 01.02.2006 104
sei mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht zu halten gewesen. Die
Transaktionssicherheit des Systems sei nach wie vor nicht sichergestellt und hätte auch nicht
mehr rechtzeitig bis zum Echtlauftermin realisiert werden können. Die vertraglich geschuldete
Lauffähigkeit des Systems auf dem Betriebssystem Linux (Punkt „SY 01 LINUX-Version“) *hätte*
ebenfalls nicht fristgerecht erstellt werden können. Auch weitere Punkte wie „BA 03
Auswertungen/Power tools“ oder „PM 03 Offene Punkte Reviews“ hätten nicht innerhalb der
bis zum vereinbarten Echtlauftermin verbleibenden Zeit fertig gestellt werden können. Das
beauftragte Aktionsmanagement sei von der Klägerin bereits fertig gestellt worden und
funktioniere. Es hätte deshalb wegen dieses Bausteins keine weitere Verzögerung im
Projektablauf eintreten können.

Des Weiteren sei die Klägerin verpflichtet gewesen, einen Termin- und Fristenplan 105
vorzulegen. Erst nach der Vorlage sei die Beklagte zu 1.) im Rahmen ihrer
Mitwirkungspflichten gehalten gewesen, eine Freistellung ihrer Key-User zu den von der
Klägerin angesetzten Terminen zu klären. Mitwirkungspflichten der einzelnen Key-User
hätten dann gegebenenfalls gemeinsam im Projektnetzplan festgelegt werden sollen. Erst
dann habe die Projektnetzplanung über den gesamten Projektverlauf gemeinsam
verabschiedet werden sollen. Reviews wären nicht erforderlich gewesen, wenn die Klägerin
den Projektstand ordnungsgemäß erfasst und dokumentiert hätte.

Schließlich liege keine Teilleistung der Klägerin vor, so dass sich die Frage nach dem 106
Ausmaß des Rücktrittsrechts nicht stelle. Da die Software der Klägerin nur zu Testzwecken
aufgespielt worden sei, seien auch Wartungsgebühren nicht angefallen.

107

Der Senat hat Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 14.12.2007 und der klarstellenden Hinweise in der mündlichen Verhandlung vom 28.11.2008 sowie gemäß Beweisbeschluss vom 27.11.2009 durch Einholung von Sachverständigengutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. A und Ergänzung durch mündliche Anhörung des Sachverständigen in den Terminen vom 06.11.2009 und vom 06.12.2012. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Gutachten des Sachverständigen A vom 17.03.2009 und vom 20.10.2011 sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 06.11.2009 und vom 06.12.2012 verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten und der tatsächlichen Feststellungen wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf das angefochtene Urteil Bezug genommen. Des Weiteren wird Bezug genommen auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze samt Anlagen und den Inhalt der Gerichtsakte. 108

II. 109

Auf die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung war das erstinstanzliche Urteil teilweise abzuändern. Unter Abweisung der Klage war auf die Widerklage eine Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von 548.430,31 € nebst Zinsen Zug-um-Zug gegen Herausgabe der im Tenor bezeichneten Hard- und Softwarekomponenten bei gleichzeitiger Feststellung des Annahmeverzugs auszusprechen. 110

- 1 Der Klägerin steht gegen die Beklagten aus dem Mantelvertrag vom 31.07.2003 111112
nebst Antrag bezüglich FIBU und den in Ausführung des Vertrags vorgenommenen
Bestellungen (Produktscheine), gegen die Beklagte zu 2.) in Verbindung mit §§ 161 Abs.
2, 128 HGB, kein Anspruch auf Zahlung von 548.430,31 € nebst Zinsen zu. Der Vertrag
ist durch den von der Beklagten zu 1.) mit Schreiben vom 27.09.2005 ausgesprochenen
Rücktritt wirksam beendet worden. Die Beklagte zu 1.) ist berechtigterweise aus
wichtigem Grund vom Vertrag zurückgetreten. In Folge dessen können beide
Vertragsparteien gemäß §§ 363 Abs. 4, 346 BGB das Geleistete zurückverlangen.

a) Dem Rücktritt stehen nicht die Feststellungen des Schiedsgutachters Prof. Dr. H in 113
seinem Gutachten vom 24.06.2006 entgegen, denn das Schiedsgutachten ist für die Parteien
und das Gericht nicht bindend.

Der Schiedsgutachter hat festgestellt, dass der Echtlauftermin zum 01.02.2006 möglich und 114
die Beklagte zu 1.) nicht zum Rücktritt berechtigt gewesen sei. Nach Ziffer 4 des
Mantelvertrags trifft der Schiedsgutachter grundsätzlich für beide Parteien verbindliche
Feststellungen dazu, welche Leistungen von der Klägerin geschuldet sind und welche bereits
erbracht worden sind. Nach Abschluss des Schiedsgutachtenverfahrens steht beiden
Parteien aufgrund der weiteren vertraglichen Vereinbarungen der Rechtsweg offen, wobei die
Gerichte zur Nachprüfung der Feststellungen nach § 319 Abs. 1 BGB und Ziffer 4
Abs. 13 S. 3 des Mantelvertrags nur insoweit befugt sind, als das Gutachten offenbar unbillig
ist. An den Nachweis der offenbaren Unrichtigkeit sind grundsätzlich hohe Anforderungen zu
stellen, um den Zweck der Vereinbarung eines Schiedsgutachtens, Streitigkeiten schnell und
kostengünstig beizulegen, nicht zu vereiteln (Senat, Urteil vom 29.11.1996 - 19 U 59/96,
NJW-RR 1997, 1412, 1413). Allerdings ist auch anerkannt, dass eine offenbare Unrichtigkeit
nicht nur dann vorliegt, wenn sich offensichtliche, das Gesamtergebnis verfälschende Fehler
der Leistungsbestimmung aufdrängen, sondern auch, wenn die Ausführungen des
Sachverständigen so lückenhaft sind, dass selbst der Fachmann das Ergebnis aus dem

Zusammenhang des Gutachtens nicht überprüfen kann (BGH, Urteil vom 24.09.1990 - II ZR 191/89, NJW-RR 1991, 228f.; BGH, Urteil vom 17.05.1991 - V ZR 104/90, NJW 1991, 2698 f.; Senat, a.a.O.). Ob eine offenbare Unrichtigkeit vorliegt, ist nach dem Sachverhalt zu beurteilen, den die Parteien dem Schiedsgutachter unterbreitet haben (BGH, Urteil vom 17.05.1991 - V ZR 104/90, NJW 1991, 2698 f.).

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass das Schiedsgutachten des Prof. Dr. H in technischer, methodischer und verfahrensmäßiger Hinsicht mehrere schwerwiegende Fehler und Mängel aufweist, die jedenfalls in der Summe eine offenbare Unbilligkeit darstellen. Der Senat folgt nach eigener kritischer Würdigung den Ausführungen des Sachverständigen A in seinem Gutachten vom 17.03.2009 sowie der ergänzenden mündlichen Erläuterung im Verhandlungstermin vom 06.11.2009. An der Qualifikation des Sachverständigen A als von der IHK Region T3 öffentlich bestelltem und vereidigtem Sachverständigen für Technik, Systeme und Anwendungen der Informationsverarbeitung sowie Bewertung von Hard- und Software besteht kein Zweifel. Das Gutachten selbst ist in sich schlüssig, widerspruchsfrei und in allen Teilen überzeugend. 115

Ein methodischer Fehler des Schiedsgutachters liegt darin, dass er sich bei der Beantwortung von Rechtsfragen nicht darauf beschränkt hat Rechtstatsachen festzustellen, sondern darüber hinaus reine Rechtsfragen beantwortet hat (vgl. Punkt 2 des Gutachtens vom 17.03.2009, S. 18 f.). So stellt der Schiedsgutachter etwa fest, dass die Rücktrittsdrohung unwirksam sei (Schiedsgutachten, S. 34, 3. Absatz) und Vertragsrücktrittsgründe nicht gegeben seien (Schiedsgutachten S. 107, Abs. 2). Des Weiteren bestätigt er einen generellen Anspruch der Klägerin auf Schadensersatz (Schiedsgutachten, S. 111 unten). 116

Ein schwerer Fehler des Schiedsgutachtens, der für sich allein bereits die Unbilligkeit des Schiedsgutachtens begründet, liegt in einem Verfahrensverstoß des Schiedsgutachters. Der Schiedsgutachter hat es - wie sich im Zuge der Begutachtung ergeben hat (vgl. Punkt 3 und 5 des Gutachtens vom 17.03.2009, S. 20, 22 f.) - unterlassen, die Beklagte zu 1.) zu den Ortsterminen am 20.02.2006, 24.02.2006 und 02.03.2006 zu laden und damit ihren Anspruch auf rechtliches Gehör erheblich verletzt. Auch wenn die Beklagte zu 1.) wegen des Streits über die Frage, ob die Prüfung überhaupt anhand der Oktoberversion erfolgen durfte, den Termin möglicherweise nicht wahrgenommen hätte und insoweit bereits zuvor erklärt hatte, sie sei mit einer Prüfung der Oktoberversion nicht einverstanden und würde an der Prüfung dieser Version nicht mitwirken, hätte der Schiedsgutachter die Beklagte zu 1.) jedenfalls im Vorfeld über die weiteren Ortstermine informieren und ihr Gelegenheit geben müssen, an ihnen teilzunehmen. 117

Ein systematischer Fehler im Schiedsgutachten, den der Sachverständige A in der Gewichtung hingegen als nicht ausschlaggebend ansehen würde, ist die mangelnde Nachvollziehbarkeit, welchen exakten Versionsstand der Schiedsgutachter geprüft hat (vgl. Punkt 4 des Gutachtens vom 17.03.2009, S. 21). Es ist aus dem Schiedsgutachten nicht zu ersehen, ob das Update auf die Oktoberversion durch die normalen Update-CDs, die auch an andere Kunden versandt wurden, erfolgt ist, ob eine komplette Neuinstallation erfolgt ist oder ob zusätzlich manuelle Eingriffe in das System erfolgt sind und was ggf. sonst am Softwarestand verändert wurde (Gutachten vom 17.03.2009, S. 21, sowie Protokoll vom 06.11.2009, S. 3). Mangels Nachvollziehbarkeit der geprüften Version ist die Kontrolle der Gutachtenergebnisse jedenfalls erschwert. 118

Ein erheblicher methodischer Fehler des Schiedsgutachtens liegt darin, dass der Schiedsgutachter das System lediglich auf einem isolierten Notebook überprüft hat (vgl. 119

Punkt 6 des Gutachtens vom 17.03.2009, S. 24 ff.). Der Sachverständige A hat dazu überzeugend und nachvollziehbar ausgeführt, dass die Prüfung auf einem isolierten Notebook nicht hinreichend geeignet ist, um überprüfen zu können, ob das System funktionale Mängel hat. Denn dort sind ein anderes Betriebssystem, andere Datenbanken und andere Software aufgespielt. Die Prüfung hätte in der Zielumgebung stattfinden müssen, unter Einsatz der dort befindlichen Hardware und der Zieldatenbank. Denn für das Prüfergebnis relevant ist auch das Nutzerverhalten, verbunden damit Performance- und Stabilitätsfragen, wie der Sachverständige in seiner mündlichen Anhörung nachvollziehbar und überzeugend ergänzend erläutert hat (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 06.11.2009, S. 4). Den Ausführungen des Sachverständigen A folgend kann – nicht muss – es sein, dass in der Echtumgebung Fehler auftreten, die auf dem Notebook nicht aufgetreten sind. Tatsächlich hat der Schiedsgutachter selbst ein unterschiedliches Verhalten der Systemumgebungen festgestellt, wenn er in einem Schreiben vom 03.06.2008 (Anlage 9 zum Gutachten vom 17.03.2009) ausführt, dass *„sich beide Systeme identisch verhielten abgesehen von den „Abstürzen“, die beim X-System zu verzeichnen waren“* (vgl. Gutachten vom 17.03.2009, S. 25). Wenn aber möglich bleibt, dass in der Echtumgebung Fehler auftreten können, die auf dem Notebook nicht erkennbar sind, so ist eine Aussagekraft des Gutachtens hinsichtlich einer Fehlerfreiheit des Programms praktisch nicht gegeben. Die Überprüfung der Oktoberversion alleine auf dem von der Klägerin zur Verfügung gestellten Notebook war aus technischer Sicht letztlich völlig ungeeignet, um irgendwelche Aussagen bezüglich der Fehlerfreiheit der Software zu treffen, die hingegen im Schiedsgutachten, mit Ausnahme von zwei Punkten, bei allen überprüften Punkten durch ein „ok“ bestätigt wurde (vgl. Gutachten vom 17.03.2009, S. 25).

Ein nächster methodischer Fehler im Schiedsgutachten liegt darin, dass der Schiedsgutachter nicht überprüft hat, ob in der Oktoberversion Fehler auftreten, die in der Septemberversion noch nicht vorhanden waren (vgl. Punkt 7 des Gutachtens vom 17.03.2009, S. 26 ff.). Da vielfach in neuen Versionen Fehler auftreten, die in der Vorversion noch nicht vorhanden waren, ist eine Überprüfung der Fehlerfreiheit der Oktoberversion nur anhand der in der Septemberversion gerügten Fehler nach den überzeugenden und ohne weiteres nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen A nicht geeignet, Aussagen über die Fehlerfreiheit der Oktoberversion zu treffen. Der Sachverständige hat auf entsprechenden Einwand der Klägerin überzeugend dargelegt, dass das Vorgehen des Schiedsgutachters, ganzheitliche Workflows als Prozesse zu überprüfen, nicht ausreichend war. Denn mit Hilfe der Workflows kann gerade nicht jeder Fehler eines Programms erkannt bzw. festgestellt werden. Insbesondere können neue Fehler, die zwar nicht zwingend, aber erfahrungsgemäß häufig in einer neuen Programmversion auftauchen, nicht durch eine schlichte Überprüfung des Programms festgestellt werden. Zur Prüfung der Fehlerfreiheit bedarf es vielmehr eines Rückgriffs auf die Erfahrung der Anwender, die einzelne potenzielle Fehler benennen müssen, denen dann nachgegangen werden kann (vgl. Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 06.11.2009, S. 4, 5).

Dieser methodischer Fehler (Punkt 7) ist jedenfalls in Verbindung mit der erfolgten Überprüfung der Version in einer nicht geeigneten Umgebung (Punkt 6) geeignet, aus technischer Sicht die Unbilligkeit des Schiedsgutachtens zu begründen, da die durchgeführten Prüfungen nicht geeignet waren, für die Oktoberversion Aussagen bezüglich der Vollständigkeit und Fehlerfreiheit zu machen. Insoweit folgt der Senat den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen A (vgl. Gutachten vom 27.03.2009, S. 27, 35).

120

121

122

Ein weiterer, schwerer methodischer Fehler des Schiedsgutachtens liegt in der fehlenden Nachvollziehbarkeit der getroffenen Feststellungen, und zwar in formaler Sicht aufgrund unklarer Verweisungen (vgl. Punkt 8a des Gutachtens vom 17.03.2009, S. 28 ff.) und in technischer Sicht aufgrund mangelnder und teilweise fehlender Dokumentation der Prüfung (vgl. Punkt 8 b). Der Sachverständige A führt überzeugend und nachvollziehbar aus, dass für die technische Dokumentation die schlichte Angabe „ok“ oder „fehlerhaft“ oder „Fehler festgestellt“ ohne nähere Erläuterung nicht ausreichend ist. Genau hierauf hat sich der Schiedsgutachter aber beschränkt. Es wurde bei keinem der geprüften Punkte angegeben, wie die Prüfung im Einzelnen erfolgte (Testfälle), welche Ergebnisse dabei erzielt wurden und wie das Ergebnis zu bewerten war. Es hätte für einen Leser nachvollziehbar dargelegt und dokumentiert werden müssen, was geprüft worden ist. Der Schiedsgutachter hätte zu jedem Punkt schreiben müssen, was zu machen war, was tatsächlich gemacht worden ist und was das Ergebnis war. Er hätte dies belegen müssen, etwa durch Bildschirmausdrucke. Auch erläuternde Ausführungen wären erforderlich gewesen, etwa „16“ war zu machen, „15“ ist aber gemacht worden (Protokoll vom 06.11.2009, S. 7). Des Weiteren wäre es aus technischer Sicht erforderlich gewesen, eine Kategorisierung der Fehler nach Schweregrad vorzunehmen. Eine solche hatte der Schiedsgutachter zwar vorgesehen, aber nicht vorgenommen. Die fehlende technische Dokumentation sowie die fehlende Kategorisierung der Fehler ist nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen A ein wesentlicher Punkt, der die Unbilligkeit des Schiedsgutachtens begründet. Denn aufgrund der mangelnden Dokumentation ist das Schiedsgutachten nicht, auch nicht für einen Fachmann, in hinreichendem Umfang technisch nachvollziehbar, und damit prüfbar. Es ist insbesondere nicht nachvollziehbar, wie und mit welchem Ergebnis geprüft wurde, zumal keine Bewertung der getroffenen Feststellungen erfolgte (vgl. Gutachten vom 17.03.2009, S 30).

Schließlich finden sich im Schiedsgutachten an verschiedenen Stellen unzutreffende, widersprüchliche oder ungeprüfte Angaben zu technischen Sachverhalten (vgl. Punkt 9 des Gutachtens vom 17.03.2009, S. 31 ff.), die Zweifel an der Gründlichkeit und ordnungsgemäßen Ermittlung des Sachverhalts durch den Schiedsgutachter begründen können. 123

Wenn man nicht bereits die besonders gravierenden Fehler des Schiedsgutachtens für sich genommen, insbesondere den Verstoß gegen das rechtliche Gehör, Punkte 3 und 5, die methodischen Fehler, Punkte 6 und 7, sowie die unzureichende technische Dokumentation, Punkt 8b, als ausreichend ansehen, die Unbilligkeit des Gutachtens zu begründen, so sind die Fehler jedenfalls in der Gesamtheit derart gravierend, dass das Gutachten sich als hochgradig mangelhaft und für den erstellten Zweck unbrauchbar darstellt. Ein solches Gutachten ist unbillig und deshalb für Parteien und Gerichte nicht bindend. 124

b) Ein Rücktritt der Beklagten zu 1.) vom Vertrag ist nach § 323 Abs. 4 BGB gerechtfertigt. Nach § 323 Abs. 4 BGB ist ein Rücktritt möglich, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass der Schuldner die Leistung bis zum Ende der nach Fälligkeit zu setzenden Nachfrist nicht erbringen kann. Insoweit genügen keine bloßen Zweifel des Gläubigers. Es muss mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehen, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden (Grüneberg in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, § 323 Rn. 23). Diese Voraussetzungen liegen vor. 125

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung der Beklagten zu 1.) am 27.09.2005 unter besonderer Berücksichtigung der vertraglichen Vereinbarungen, des damaligen Bearbeitungsstandes und der unterschiedlichen Versionen der Software „CSB-Retail“ der bereits mehrfach 126

verschobene, zuletzt auf den 01.02.2006 vereinbarte Echtlauftermin mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht hätte eingehalten werden können und eine erneute, erhebliche Verschiebung erforderlich gewesen wäre.

Der Senat folgt nach eigener kritischer Würdigung den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen A in seinem Gutachten vom 20.10.2011 sowie der mündlichen Anhörung im Verhandlungstermin vom 06.12.2012. Das Gutachten ist in sich geschlossen, widerspruchsfrei und in allen Teilen überzeugend. Der Sachverständige hat auf Basis der ihm zugänglichen Informationen festgestellt, dass unter Zugrundelegung realistischer Annahmen ein Echtlaufer erst in der 22. Kalenderwoche, also ab dem 29.05.2006 und somit fast vier Monate nach dem vereinbarten Echtlauftermin vom 01.02.2006 hätte erfolgen können. Zur Ermittlung dieses Ergebnisses hat der Sachverständige in Abstimmung mit den Parteien eine Liste von 42 noch offenen und abzuarbeitenden Einzeltätigkeiten erstellt (vgl. Gutachten vom 20.10.2011, S. 11). Jede dieser Einzeltätigkeiten hat er unter Berücksichtigung der von den Parteien mitgeteilten Informationen und seinen Feststellungen bei mehreren Ortsterminen ausführlich beschrieben und beurteilt (vgl. dazu Gutachten vom 20.10.2011, Anlage 4). Auf dieser Grundlage hat der Sachverständige A sodann zu jeder Einzeltätigkeit im Wege einer Schätzung den erforderlichen Zeitbedarf anhand eines vergrößernden Schemas ermittelt, wobei er folgende Einteilung genutzt hat:

A: sehr geringer Aufwand, durchschnittlich 1 Tag 128

B: geringer Aufwand, durchschnittlich ca. 2 bis 3 Tage 129

C: mäßiger Aufwand, durchschnittlich ca. 4 bis 5 Tage 130

Darüber liegende Aufwände hat der Sachverständige in Wochen angegeben. 131

Wenn kein Aufwand der Klägerin anzusetzen war, hat der dies mit 0 angegeben. 132

Diese so individuell bewerteten Einzeltätigkeiten wiederum hat der Sachverständige auf Grundlage der von den Parteien überreichten Unterlagen und den in den Ortsterminen mitgeteilten Informationen sieben Projektphasen (A – G) zugeordnet. Auf Basis der Zeitermittlung für jede der den einzelnen Phasen zugeordneten Einzeltätigkeiten hat der Sachverständige sodann den geschätzten Zeitbedarf je Phase ermittelt (Gutachten vom 20.10.2011, S. 14, 15). Dabei hat er im Rahmen seiner Schätzung keine bloße Addition der sich aus den jeweiligen Einzeltätigkeiten ergebenden Zeiten vorgenommen, sondern teils deutliche Abschläge gemacht, die dem Umstand Rechnung tragen, dass verschiedene Arbeiten parallel durchgeführt werden können (vgl. Gutachten vom 20.11.2011, S. 12).

Phase A umfasst dabei Arbeiten, die in der Zeit zwischen der Rücktrittserklärung und der tatsächlichen Verfügbarkeit der Oktoberversion am 14.11.2005 hätten erbracht werden können. Den Zeitbedarf für die Einzeltätigkeiten hat der Sachverständige auf Grundlage seines Schemas mit C, C, B, A, B sowie zusätzlich zwei Wochen für Tests ermittelt. Dies entspricht einem Zeitaufwand von 13 Tagen zzgl. 2 Wochen. Den für die Phase insgesamt erforderlichen Aufwand hat er sodann auf 5 Wochen geschätzt. Da aber ohnehin sechs Wochen bis zur Verfügbarkeit der Oktoberversion zur Verfügung standen, hat der Sachverständige in seine Gesamtprognose insoweit überhaupt keinen Zeitbedarf eingestellt.

Phase B umfasst notwendige Arbeiten im Zusammenhang mit der Freigabe und Installation der Oktoberversion sowie insoweit notwendiger Korrekturarbeiten. Für diese Phase hat der Sachverständige insgesamt **1 Woche** angesetzt. 135

Phase C umfasst die Korrektur bereits festgestellter Fehler und die Fertigstellung von bisher unvollständigen Funktionen durch die Klägerin. Den Zeitbedarf der in dieser Phase abzuarbeitenden Einzeltätigkeiten hat der Sachverständige mit 2 Wochen für den Test der Oktoberversion durch die Beklagte zu 1.), die weiteren der Phase zugeordneten Einzeltätigkeiten mit B, C, C, A, A, B, B, B, C, C, B geschätzt, was rechnerisch 28 – 37 Tagen (rund 5 ½ - 7 ½ Wochen) entspricht. Da hier aber viele Arbeiten parallel durchgeführt werden können, hat er den gesamten Zeitbedarf für diese Phase mit **2 Wochen** angesetzt. 136

Phase D betrifft vor allem die ausstehenden Bereiche FIBU und Produktion Ziegler, zu denen noch nicht alle Details festgelegt waren und die von der Beklagten zu 1.) noch ausführlich hätten getestet werden müssen. Den Zeitbedarf für die in dieser Phase abzuarbeitenden Einzeltätigkeiten hat der Sachverständige mit B, B, B, 0, 0, A, A, A, B, B, also 13 – 18 Tagen, zuzüglich 4 - 6 Wochen, nochmals 3 - 4 Wochen sowie weiteren 2 Wochen Test Produktion Ziegler geschätzt. Die sich rechnerisch ergebenden insgesamt 13 – 18 Tage (entsprechend rund 2 ½ - 3 ½ Wochen) sowie 9 - 12 Wochen hat er im Wege einer Gesamtschätzung der Phase D auf insgesamt **8 Wochen** reduziert und diese in seine Gesamtprognose eingestellt. 137

Phase E umfasst den Integrationstest, der erst erfolgen kann, wenn alle Funktionen verfügbar sind und in Einzeltests ausreichend als fehlerfrei getestet wurden. Für die Einzeltätigkeiten dieser Phase hat der Sachverständige 2-3 Wochen und weitere 3 Wochen angesetzt. Hieraus hat er für die Gesamtphase einen Zeitbedarf von **4 Wochen** im Schätzwege abgeleitet. 138

Phase F betrifft die Altdatenübernahme. Für diese Phase hat Sachverständige insgesamt **1 Woche** veranschlagt. 139

Phase G betrifft den parallelen Echtbetrieb. Für die Einzelpunkte dieser Phase hat der Sachverständige 8 + 2 Wochen veranschlagt. Dabei hat er sich an den ursprünglichen, nicht mehr aktuellen Projektplänen der Klägerin orientiert und gleichzeitig berücksichtigt, dass einige Aktivitäten, die aus zuvor bemängelten Punkten folgen, noch in dieser Phase bearbeitet werden können und müssen. Im Rahmen der Gesamtschätzung hat der Sachverständige für diese Phase **8 Wochen** angesetzt. 140

Insgesamt hat der Sachverständige auf diese Art und Weise für die Phasen B – G einen Zeitbedarf von 24 Wochen ermittelt, wobei der rechnerische Zeitbedarf der Einzeltätigkeiten in den Phasen B - G sich auf 41 - 55 Tage (entsprechend rund 8 - 11 Wochen) und weitere 28 - 32 Wochen belaufen hätte. 141

Für Projektbesprechungen, Erstellung Terminplan, Erledigung neu aufgetretener Fehler/Probleme, unvorhergesehene Verzögerungen (z.B. Personal) hat der Sachverständige einen pauschalen Zuschlag von 4 Wochen angesetzt, so dass er insgesamt einen Zeitbedarf von noch **28 Wochen** ermittelt hat. 142

Der Sachverständige ist sodann davon ausgegangen, dass diese 28 Wochen erst ab dem 14.11.2005 geleistet werden konnten. Dies ist das Datum, zu dem die Oktoberversion der geschuldeten Software CSB-Retail, Version 4.2, zur Verfügung stand. Ab dem 14.11.2005 verblieben für die erst ab diesem Zeitpunkt möglichen Arbeiten an den Phasen B - G bis zum vereinbarten Echtlauftermin vom 01.02.2006 noch 11 Kalenderwochen, und zwar im Jahre 2005 noch 7 Kalenderwochen (KW 46 bis 52) und im Jahre 2006 noch 4 Kalenderwochen (KW 1 bis 4). Es wären somit nach dem 01.02.2006 noch weitere 17 Wochen benötigt worden, bevor der Echtlauf hätte erfolgen können, sodass dieser erst in der 22. Kalenderwoche, somit ab dem 29.05.2006 möglich gewesen wäre. 143

Der methodische Ansatz des Sachverständigen überzeugt und ist nicht zu beanstanden. Der Sachverständige hat aus den ihm zur Verfügung stehenden Informationen in Absprache mit den Parteien einen möglichst genauen Plan der noch abzuarbeitenden Arbeiten erstellt und diese sodann in zeitlicher Hinsicht einer wertenden Schätzung unterzogen. Ein solches Vorgehen ist im vorliegenden Fall auch sachgerecht. Insbesondere war es ausreichend, auf Grundlage der ermittelten Informationen im Folgenden eine Schätzung vorzunehmen. Der Sachverständige war nicht gehalten, im Rahmen seiner Bewertung weitere Detailinformationen zu den einzelnen Arbeitsschritten einzuholen, etwa was die Anzahl der verfügbaren Mitarbeiter bei der Klägerin betrifft. Denn solche Angaben, so diese denn für den Sachverständigen überhaupt verfügbar gewesen wären, hätten zu keinem anderen Ergebnis geführt, wie der Sachverständige überzeugend dargelegt hat. Insoweit ist zu beachten, dass es sich um Schätzwerte des Sachverständigen handelt, die dieser auf Grundlage der einzelnen, näher definierten 42 Arbeitsschritte ermittelt hat und sodann zu Gunsten der Klägerin in erheblichem Maße („sehr optimistisch“, Gutachten vom 20.10.2011, S. 13) reduziert hat. Da verschiedene Arbeiten aufeinander aufbauen bzw. teilweise nur von einzelnen Personen ausgeführt werden können, etwa bestimmte Programmierarbeiten, ist eine solche Schätzung auf Grundlage der durchzuführenden, detailliert beschriebenen Einzeltätigkeiten innerhalb der Phasen nicht zu beanstanden.

Der Sachverständige hat auch die nötige Sach- und Fachkunde, um ohne weitere Grundlagenermittlung eine hinreichend genaue Schätzung vornehmen zu können. Der Sachverständige verfügt im Bereich der ERP-Systeme über eine langjährige, ausgesprochen umfangreiche Projekterfahrung. Er ist seit 1966 in der EDV-Branche im Bereich der Soft- und Hardwareentwicklung tätig. Zuletzt war er geschäftsführender Gesellschafter eines großen Softwarehauses (Gesellschaft für elektronische Informationsverarbeitung in B2) und hat in dieser Funktion diverse Projekte begleitet und an ihnen mitgearbeitet. Daneben ist er seit rund 20 Jahren als Sachverständiger hauptberuflich tätig. Zuvor war er 10 Jahre nebenberuflich als Sachverständiger tätig. Teils hat er Projekte während der Projektphase begleitet, teils hat er nach Abschluss der Projekte Begutachtungen vorgenommen. Dabei handelt es sich um Projekte in allen Größenordnungen, „zwischen 99,00 € und rund 30 Millionen“. Insgesamt hat der Sachverständige aus den verschiedenen Sichtweisen mit weit über 1.000 Projekten zu tun gehabt, wovon etwa die Hälfte ERP-Projekte waren. Etwa 100 der vom Sachverständigen begleiteten Projekte haben sich in einer vergleichbaren Größenordnung wie das streitgegenständliche bewegt.

145

Es ist nachvollziehbar, wenn ein dermaßen ausgewiesener und erfahrener Fachmann erklärt, dass eine rechnerisch mögliche Verfeinerung der von ihm gefundenen Ergebnisse (etwa durch Befragung der Projektmitarbeiter von CSB zu den Einsatzmöglichkeiten), bezogen auch auf die Einzeltätigkeiten, sich auf das Ergebnis nicht ausgewirkt hätte. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der großen fachlichen Erfahrung des Sachverständigen war deshalb die Ermittlung weiterer Grundlagen entbehrlich, zumal ohnehin letztlich eine wertende Prognose zu erfolgen hat. Abgesehen davon hat der Sachverständige tatsächlich das Ergebnis seiner Begutachtung anhand solcher Informationen zumindest verifiziert, indem er die von der Klägerin erst in der Berufungsinstanz mit Schriftsatz vom 31.01.2012 gemachten Angaben zu der Frage, welche Mitarbeiter der Klägerin wann und in welchem Umfang für das Projekt tatsächlich hätten eingesetzt werden können - unabhängig von der Frage der Zulassungsfähigkeit dieses Vortrags gemäß § 531 Abs. 2 ZPO – inhaltlich bewertet hat. Der Sachverständige hat nämlich zu dem auf Basis dieses Vortrags erstellten, dem Sachverständigen am 10.10.2011 per Email übermittelten, zur Gerichtsakte erst mit Schriftsatz vom 31.01.2012 gereichten Projektplan erklärt, er habe diesen bei der Erstellung seines Gutachtens durchaus gewürdigt, wenn auch nicht in allen Details. Ergänzend hat er

146

ausgeführt, in diesem Projektplan weder vor Erstellung seines Gutachtens vom 20.10.2011 noch zu einem späteren Zeitpunkt (etwa anlässlich der Terminsvorbereitung) Punkte gefunden zu haben, die eine Abweichung von seinem Begutachtungsergebnis mit sich gebracht hätten. Insoweit ist nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen zu beachten, dass der nunmehr vorgelegte Projektplan sich in einzelnen Punkten nicht mit dem deckt, was in den bis dato vorhandenen Projektplänen vorgesehen war und Grundlage der bisherigen Planung der Parteien war. So weicht der Projektplan vom 10.10.2011, etwa bezogen auf den Beginn oder die Definition einzelner Phasen und den parallelen Echtbetrieb, von den bisherigen Projektplänen ab. Eine realistische Begutachtung muss aber an das von den Parteien im Jahre 2005 vorgesehene und geplante anknüpfen und nicht an ein mögliches anderes Vorgehen, das die Klägerin 5 Jahre später im Jahre 2010 als Alternative vorstellt.

Auch die weiteren Einwendungen der Klägerin gegen die zeitlichen Ansätze des Gutachtens greifen nicht durch. So ist es zwar zutreffend, dass der Integrationstest zumindest teilweise mit der Schulung der Anwender und dem parallelen Echtbetrieb überlappen kann, wie es der Projektplan vom 10.10.2011 vorsieht und wie die Klägerin auch unter Verweis auf ein von ihr vorgelegtes Privatgutachten vom 26.01.2012 (Anlage zum Schriftsatz vom 31.01.2012) des Sachverständigen Prof. Dr. K, von der Handelskammer C öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Systeme und Anwendungen der Informationsverarbeitung, eingewandt hat. Nach den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen A werden in der Praxis dann, wenn es zur zeitlichen Enge kommt, schon mal Kompromisse gefunden. Es sei dann durchaus auch möglich, dass unter dem Zeitdruck einzelne Teile aus dem Integrationstest herausgenommen und dem parallelen Echtbetrieb überlassen werden oder gegebenenfalls sogar auf einen späteren Zeitpunkt verlegt werden. Ein typisches Beispiel sei die Jahresabschlussinventur. Ein solches Vorgehen, das selbst der klägerische Privatsachverständige Prof. Dr. K, als vom idealtypischen, in Lehrbüchern beschriebenen Projektvorgehen abweichend beschreibt (Gutachten vom 26.01.2012, S. 6), entsprach im vorliegenden Fall hingegen nicht der bisherigen gemeinsamen Planung, nach der ein paralleler Echtbetrieb erst nach Abschluss sämtlicher Einzeltests und eines abschließenden Integrationstests stattfinden sollte, wie der Sachverständige A nach Auswertung der früheren Projektpläne und dem Inhalt der Gespräche in den mehreren Ortsterminen feststellen konnte. Eine gleichzeitige Durchführung von Integrationstest, Schulung und parallelem Echtbetrieb vermag deshalb, ebenso wie Wochenend- und Feiertagsarbeit, geeignet sein, ein Zurückbleiben hinter der zeitlichen Planung zu verhindern oder einen Zeitverzug aufzuholen. Sie ist jedoch im vorliegenden Fall aufgrund der anderweitigen Planungsvorgaben nicht geeignet, von vornherein eine kürzere Projektzeit zu begründen. Die Beklagte zu 1.) musste sich auch nicht aus Rechtsgründen auf ein solches Vorgehen, das nicht nur vom bislang übereinstimmend vorausgesetzten abweicht, sondern darüber hinaus nicht idealtypisch, sondern ein Kompromiss ist, einlassen. Vielmehr konnte und durfte die Beklagte zu 1.) redlicherweise auf einer ausführlichen und umfassenden Prüfung des Gesamtsystems bestehen, wie sie vom Sachverständigen A seiner Begutachtung zugrunde gelegt wurde. Dies gilt nicht zuletzt, da es sich bei der geschuldeten Softwareversion 4.2 um ein neues Produkt gehandelt hat, das folglich noch nicht langjährig durch die Klägerin und andere Kunden getestet werden konnte. Aber selbst wenn man dies anders sehen wollte, würde auch eine (teilweise) gleichzeitige Durchführung von Integrationstest und parallelem Echtbetrieb nicht zu grundlegend anderen Ergebnissen führen. Denn der Sachverständige A hat für den Integrationstest (Phase E) insgesamt lediglich 4 Wochen veranschlagt. Bei einer festgestellten Überschreitung des Echtlauftermins von 17 Wochen wäre selbst bei einer vollständigen gleichzeitigen Durchführung von Integrationstest und parallelem Echtbetrieb eine erhebliche Überschreitung des vereinbarten Termins nicht zu vermeiden.

Ebenso wenig vermögen die sonstigen Einwendungen der Klägerin weder für sich genommen noch in ihrer Gesamtschau Zweifel an der Richtigkeit der Feststellungen des Sachverständigen A zu begründen. Es ist zwar zutreffend und vom Sachverständigen ohne weiteres zugestanden worden, dass man die Zeitdauer einzelner Arbeitsschritte durchaus anders bewerten kann. Auch ist die vom Sachverständigen vorgenommene Zuordnung der Einzeltätigkeiten zu den jeweiligen Phasen nicht zwingend, wobei allerdings die Arbeiten auch nicht beliebig anderen Phasen zugeordnet werden können. So wäre etwa ein Testen der FIBU-Schnittstelle parallel zur Weiterbearbeitung der Bereiche „Einkauf“ und „Verkauf“ kritisch, da der Einkauf und der Verkauf zwingend mit der FIBU-Schnittstelle verbunden sind (vgl. Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 06.12.2012, S. 12). Die sich ergebenden zeitlichen Unschärfen mögen dazu führen, dass einzelne Arbeitsschritte schneller abgearbeitet werden können, als vom Sachverständigen geschätzt. Dies fällt hingegen aufgrund der vom Sachverständigen vorgenommenen Abschätzung des erforderlichen Gesamtbedarfs und der deutlichen Abrundung der geschätzten Zeiten nicht ins Gewicht. Dies gilt insbesondere nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund, dass nach den Feststellungen des Sachverständigen von einer Überschreitung des Echtlauftermins um 17 Wochen auszugehen ist. Selbst eine mögliche frühere Fertigstellung des Werks um einzelne Wochen würde eine andere rechtliche Bewertung nicht rechtfertigen, da es jedenfalls dabei verbleiben würde, dass eine deutliche Überschreitung des geplanten Echtlauftermins mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erfolgt wäre.

Aus diesem Grund kommt es auch nicht darauf an, ob das von der Beklagten zu 1.) gewünschte Aktionsmanagement zu einer von der Beklagten zu 1.) hinzunehmenden weiteren Verschiebung des Echtlauftermins hätte führen müssen, wie die Klägerin einwendet, wobei Zweifel an der Notwendigkeit einer solchen Verschiebung sich schon aus dem eigenen Vortrag der Klägerin ergeben. Wenn nämlich die Klägerin im Schreiben vom 29./30.09.2005 (Anlage K51) selbst erklärt, der Echtlauftermin vom 01.02.2006 wäre zu halten gewesen, so muss dies notwendigerweise auch unter Berücksichtigung des im Zeitpunkt der Erstellung dieses Schreibens schon lange beauftragten Aktionsmanagements gelten. Aber selbst wenn man mit dem, auf das Privatgutachten des Prof. Dr. K gestützten Vortrag der Klägerin einen zusätzlichen Zeitbedarf von 20 bis 30 Tagen (entsprechend 4 bis 6 Wochen), den auch der Sachverständige A als realistisch ansieht, annehmen wollte, würde ein Verschieben des Echtlauftermins um 4 bis 6 Wochen nicht dazu führen, dass innerhalb dieser Zeit das Projekt hätte abgeschlossen werden können. Es kommt deshalb auch nicht darauf an, ob im Zeitpunkt der Kündigung das Aktionsmanagement bereits fertig gestellt war, wie die Beklagten unter Berufung auf die Anlage LS 3 (Bl. 1133 GA) behaupten. Auch kommt es nicht darauf an, ob die Klägerin eine Nebenpflicht getroffen hat, über die Folgen von umfangreichen Nachtragsaufträgen, auch in Bezug auf den geplanten Echtlauftermin, aufzuklären und welche Konsequenzen aus einer etwaigen Nebenpflichtverletzung zu ziehen sind.

Es kommt nach alledem auch nicht mehr darauf an, ob eine weitergehende Transaktionssicherheit und Clusterfähigkeit des Systems geschuldet war und deren Erstellung zu einer nicht hinzunehmenden weiteren Verzögerung des Echtlaufs geführt hätte, wie die Beklagte zu 1.) meint, oder ob sie sich mit den vorhandenen Lösungen hätte zufrieden geben müssen, da Transaktionssicherheit und Clusterfähigkeit keine funktionale Voraussetzungen für den Start des Echtbetriebs sind und mit den vorhandenen Lösungen unter Inkaufnahme reduzierter Sicherheit bzw. mit einem erhöhten Risiko für einen Datenverlust und langen Unterbrechungszeiten im Störfall der Echtbetrieb möglich ist, wie der Sachverständige A ausführt (Gutachten vom 20.10.2011, Anlage 4, S. 80).

149

150

151

Da feststeht, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eine Fertigstellung zum vereinbarten Termin 01.02.2006 nicht erfolgen konnte und auch nicht nur eine unwesentliche Überschreitung des Termins, etwa um wenige Tage oder einzelne Wochen, zu erwarten war, war die Beklagte zu 1.) zur Kündigung des Vertrages gemäß § 323 Abs. 4 BGB ohne eine weitere Fristsetzung berechtigt. Die Beklagte zu 1.) hat ein berechtigtes und schützenswertes Interesse an der Einhaltung des vereinbarten Einführungstermins. Steht fest, dass sich dieser um mehrere Wochen oder gar Monate verzögert, hat sie das Recht zum sofortigen Rücktritt vom Vertrag ohne weitere Fristen setzen und deren Ablauf abwarten zu müssen. Dies gilt umso mehr, als dass die Projekteinführung bereits mehrfach verschoben worden war und die Vorbereitung des Einführungstermins mit erheblichem Organisationsaufwand auch für die Beklagte zu 1.) verbunden ist. So müssen vielfältige Geschäftsabläufe bei der Beklagten zu 1.) auf die Einführung abgestimmt werden, um die Anwesenheit der zur Projekteinführung erforderlichen Mitarbeiter (etwa zur Mitarbeiterschulung oder Datenmigration) sicherstellen zu können. Einen solchen Aufwand hat die Beklagte zu 1.) etwa anlässlich der vorgesehenen Einführung zum 01.02.2005 betrieben, als sie sogar eine Urlaubssperre für ihre Mitarbeiter verhängt hat.

c) Der von der Beklagten zu 1.) erklärte Rücktritt wirkt sich auf den gesamten Vertrag aus. 152

Ein Recht zum Rücktritt vom gesamten Vertrag ist anzunehmen, wenn die Gesamtleistung nach dem Willen der Vertragsparteien als unteilbar anzusehen ist. Im Falle einer Vereinbarung über die Beschaffung einer Computeranlage ist relevant, ob ein einheitlicher Vertrag vorliegt, innerhalb dessen die Leistungen miteinander stehen oder fallen sollten (BGH, Urteil vom 25.03.1987 - VIII ZR 43/86, NJW 1987, 2004, 2007; Urteil vom 07.03.1990 - VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011, 3012; Senat, Urteil vom 12.07.1991 - 19 U 49/91, NJW-RR 1991, 1463). Erforderlich ist der Wille zur rechtlichen Einheit, nicht nur zur wirtschaftlichen Verknüpfung, jedoch genügt es, wenn dieser Wille nur bei einem Partner vorhanden, dem anderen jedoch erkennbar geworden und von ihm hingenommen worden ist. Da es nahe liegt, dass der Grund für die gleichzeitige Regelung verschiedener Gegenstände in ihrem sachlichen Zusammenhang zueinander zu suchen ist, kann der Einheitlichkeitswille vermutet werden, wenn die beiden Geschäfte in derselben Urkunde niedergelegt sind (BGH, a.a.O., NJW 1987, 2004). Der zwischen den Parteien geschlossene Mantelvertrag sieht keine ausdrückliche Unteilbarkeit der Leistung der Klägerin bezüglich der Hardwarelieferung und der Softwarelieferung und -anpassung vor. Alle Leistungen sind aber in einem einheitlichen Vertragswerk niedergelegt. Der Beklagten zu 1.) kam es auf eine Gesamtlösung durch die Einrichtung eines neuen ERP-Systems an, was der Klägerin bekannt war. Hinzu kommt, dass die Hardware für die CSB-Version 4.2 konzipiert wurde (Ziffer 3 Abs. 2 Satz 4 des Mantelvertrags). Vor diesem Hintergrund greift die Vermutung für einen einheitlichen Vertrag ein und ist es entgegen der Ansicht der Klägerin nicht erforderlich, dass die Beklagte gesondert darlegt, dass sie an der teilweise erfolgten Erfüllung in Form der Lieferung der Hardware durch die Klägerin kein Interesse mehr hat. 153

d) Der Rücktritt ist darüber hinaus nach Ziffer 4 Absatz 7 des Mantelvertrages gerechtfertigt. Nach dieser Regelung ist jede Vertragspartei berechtigt, nach Setzung einer angemessenen Frist mit Ablehnungsandrohung vom Vertrag zurückzutreten, wenn der Vertrag wegen einer schwerwiegenden Vertragsverletzung einer Partei zu scheitern *droht*. Die Voraussetzungen des vertraglichen Rücktrittsrechts bleiben damit hinter den gesetzlichen Anforderungen zurück, da nicht offensichtlich sein muss, dass der Vertrag scheitert. Unter einem drohenden Scheitern ist ein nach einer Prognose im Zeitpunkt der Kündigung zu erwartendes Scheitern zu verstehen. Diese Voraussetzungen liegen vor, nachdem das 154

Scheitern des Echtlauftermins zum 01.02.2006 nicht nur zu erwarten war, sondern sogar mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststand. Im Übrigen ist die Vertragsregelung dahingehend auszulegen, dass insoweit eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung jedenfalls dann entbehrlich ist, wenn sie eine bloße Förmelerei wäre, da innerhalb der Frist ohnehin keine vertragsgemäße Leistung hätte erbracht werden können.

e) Da der von der Beklagten zu 1.) erklärte Rücktritt bereits nach § 323 Abs. 4 BGB und Ziffer 4 Absatz 7 des Mantelvertrages wirksam ist, kann offen bleiben, ob dieser Rücktritt der Beklagten zu 1.) auch auf die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten gestützt werden kann. Es kann deshalb insbesondere auch offen bleiben, ob die Klägerin eine Pflicht zur Vorlage eines Projektplans verletzt hat und ob allein diese Nebenpflichtverletzung zum Rücktritt vom gesamten Vertrages berechtigt hat. 155

f) Weitere Anspruchsgrundlagen kommen nach dem Vorstehenden nicht in Betracht. 156

- 2 Die Widerklage ist mit der Einschränkung der Verurteilung Zug-um-Zug gegen Herausgabe der im Tenor näher bezeichneten Hard- und Softwarekomponenten begründet, wobei ergänzend festzustellen war, dass sich die Klägerin im Annahmeverzug befindet. Dabei folgt der einschränkende Ausspruch der Zug-um-Zug-Verurteilung bereits aus dem von den Beklagten insoweit in der Berufungsinstanz erklärten Anerkenntnis, das gleichzeitig eine Beschränkung des Widerklageantrags darstellt. 158

Aufgrund des von der Beklagten zu 1.) erklärten Rücktritts sind die gewährten Leistungen gemäß § 346 Abs. 1 BGB zurück zu gewähren. Diese jeweiligen Pflichten sind gemäß § 348 BGB Zug-um-Zug zu erfüllen. Der Beklagten zu 1.) steht ein Anspruch auf Erstattung der bereits gezahlten 699.259,45 € zu, während die Klägerin ihrerseits einen Anspruch auf Rückgabe der an die Beklagte zu 1.) bereits gelieferten Hard- und Softwarekomponenten hat. 159

Des Weiteren war die Feststellung des Annahmeverzugs auszusprechen. Bei dem von den Beklagten mit Schriftsatz vom 04.10.2007 in Reaktion auf den neuen Hilfsantrag der Klägerin in den Rechtsstreit eingeführten Antrag, den Annahmeverzug der Klägerin festzustellen, handelt es sich um eine zulässige, nach § 533 Nr. 2 ZPO sachdienliche Klageänderung, die ihren Ursprung in dem von der Klägerin erstmals mit der Berufung durch Benennung der einzelnen herauszugebenden Hard- und Softwarekomponenten geltend gemachten Zurückbehaltungsrecht hat. Dieser Klageantrag ist auch begründet. Da die Beklagte zu 1.) bereits mit der Rücktrittserklärung die Herausgabe der Komponenten angeboten hat, ist die Klägerin gemäß §§ 293, 298 BGB im Annahmeverzug. Dem steht nicht entgegen, dass die Beklagte zu 1.) die Herausgabe vorgerichtlich noch von der Zahlung von 749.259,45 €, einschließlich eines pauschalisierten Schadensersatzes in Höhe von 50.000,00 €, anstatt der ihr lediglich zustehenden 699.259,45 €, abhängig gemacht hat. Denn die Klägerin hat zu keiner Zeit zu erkennen gegeben, dass sie bereit wäre, jedenfalls diesen geringeren Betrag zu zahlen. Das Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 ZPO besteht aufgrund der vollstreckungsrechtlichen Vorschriften der §§ 756, 765 ZPO. 160

- 3 Die zugesprochenen Zinsen stehen der Beklagten zu 1.) unter dem Gesichtspunkt des Verzugs nach §§ 286 Abs. 2 Nr. 1, 288 Abs. 2 BGB zu. Nachdem die Klägerin auf die von der Beklagten zu 1.) mit Schreiben vom 27.09.2005 gesetzte 162

Zahlungsfrist bis zum 07.10.2005 bei gleichzeitigem Angebot zur Rückgabe der Hard- und Software nicht reagiert hat, ist sie seit dem 08.10.2005 mit der Zahlung in Verzug.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1, 93, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Soweit in der Berufungsinstanz auf den Widerklageantrag einschränkend eine Verurteilung Zug-um-Zug erfolgt ist, waren die Kosten gleichwohl der Klägerin aufzuerlegen. Denn die Beklagten haben den Herausgabeanspruch und damit auch die Einschränkung des Widerklageantrags sofort anerkannt im Sinne des § 93 ZPO. Die Klägerin hat erstmals in der Berufung einen Herausgabeanspruch geltend gemacht und dem Zahlungsanspruch der Beklagten zu 1.) entgegen gehalten, während die Beklagte zu 1.) bereits vorgerichtlich eine Herausgabe der Hard- und Softwarekomponenten angeboten hat. Soweit die Beklagten im Termin vom 28.11.2008 erklärt haben, dass sie ihr Anerkenntnis dahingehend verstanden wissen wollen, dass sie die Herausgabepflicht „nach erfolgter Zahlung“ anerkennen, so haben sie im Termin vom 06.12.2012 hierzu klargestellt, dass sie ihren Widerklageantrag auch hilfsweise gerichtet auf eine „Zug-um-Zug-Verurteilung“ verstanden wissen wollen. Aus der Gesamtschau dieser Erklärungen ergibt sich eindeutig, dass die Beklagten die sie betreffende Herausgabepflicht anerkennen, sie diese allerdings dem Zahlungsantrag der Beklagten zu 1.) aufgrund des Annahmeverzugs der Klägerin nicht entgegenhalten lassen wollen. Das Anerkenntnis – und damit auch der Antrag auf Zurückweisung der Berufung im Übrigen - ist deshalb verständigerweise in dem Sinne zu verstehen, dass die Beklagten eine Zug-um-Zug-Verurteilung bei gleichzeitiger Feststellung des Annahmeverzugs anerkennen. Auf die sich aus § 93 ZPO ergebende Kostenfolge hat dies für die Beklagten keine nachteiligen Auswirkungen.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision sind nicht erfüllt. Weder hat die Rechtssache über die Rechtsanwendung im Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO).

Wert des Berufungsverfahrens: 1.247.689,76 €