



Mitwirkend: Die Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, und Roland Schmid, die Handelsrichter Thomas Fischer, Hans-Jürg Roth und Urs Stahlberger sowie die Gerichtsschreiberin Katja Diethelm

## Urteil vom 17. November 2014

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X1.\_\_\_\_\_

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

gegen

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

Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 150'000 zuzüglich MWST von 7.6 % von CHF 11'400 und Zins zu 5 % pro Jahr auf CHF 150'000 seit 22. November 2010 zu bezahlen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 114'400 zuzüglich MWST von 7.6 % von CHF 8'694.40 und Zins zu 5 % pro Jahr auf CHF 114'400 seit 22. Januar 2011 zu bezahlen.
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 134'208 zuzüglich MWST von 8% von CHF 10'736.64 und Zins zu 5 % pro Jahr auf CHF 134'208 seit 22. Januar 2011 zu bezahlen.
4. Die Beklagte sei zu verpflichten, jede Nutzung der von der Klägerin gelieferten Softwareprogramme (C2.\_\_\_\_\_ InfoBuilder, C2.\_\_\_\_\_ Administrator inkl. Zusatzuser, C2.\_\_\_\_\_ Configurator inkl. Zusatzuser, C2.\_\_\_\_\_ D.\_\_\_\_\_, C2.\_\_\_\_\_ WebReporter, E.\_\_\_\_\_ Themenprodukt Vertriebscontrolling, E.\_\_\_\_\_ Themenprodukt Nettogeldfluss, E.\_\_\_\_\_ Themenprodukt Kostenmanagement, Standard Adapter Schnittstelle F.\_\_\_\_\_, C2.\_\_\_\_\_ Cost, C2.\_\_\_\_\_ Planner und C3.\_\_\_\_\_ Connector) inkl. Gaps, Patches und Releases bis zur vollumfänglichen Begleichung der unter Ziffer 1 bis 3 geforderten Beträge zu unterlassen, und der Beklagten und ihren Organen sei für den Widerhandlungsfall eine Strafe nach Art. 292 StGB anzudrohen.
5. Die Beklagte sei zu verpflichten, jede Offenlegung der Source Codes sämtlicher von der Klägerin gelieferten Softwareprogramme inkl. Gaps, Patches und Releases gegenüber Dritten zu unterlassen und die Source Codes der von der Klägerin gelieferten Softwareprogramme (E.\_\_\_\_\_ Themenprodukt Vertriebscontrolling, E.\_\_\_\_\_ Themenprodukt Nettogeldfluss, E.\_\_\_\_\_ Themenprodukt Kostenmanagement, Standard Adapter Schnittstelle F.\_\_\_\_\_, C3.\_\_\_\_\_ Connector) inkl. Gaps, Patches und Releases von einer vom Gericht zu bezeichnenden Fachperson innert einer vom Gericht zu setzenden Frist verschlüsseln zu lassen, und der Beklagten und ihren Organen sei für den Widerhandlungsfall eine Strafe nach Art. 292 StGB anzudrohen.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Rechtsbegehren der Klageergänzung:**

(act. 28 S. 2)

- "7. Es sei die Beklagte und Widerklägerin zu verpflichten der Klägerin und Widerbeklagten CHF 25'000 zuzüglich MWST von 7,6% von CHF 1'900 und Zins zu 5% pro Jahr auf CHF 25'000 seit 23. Juni 2010 zu bezahlen.
8. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und Widerklägerin."

**Rechtsbegehren der Widerklage:**

(act. 21 S. 2 f.)

- "1. Es sei die Klägerin und Widerbeklagte (nachfolgend "Klägerin") zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin (nachfolgend "Beklagte") den Betrag von CHF 1'643'053.00 zu bezahlen zzgl. Verzugszins von 5% seit dem 9. März 2011.
2. Es sei die Klägerin und Widerbeklagte (nachfolgend "Klägerin") unter Vorbehalt des Nachklagerechts zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin (nachfolgend "Beklagte") CHF 16'200.00 zu bezahlen zzgl. Verzugszins von 5% seit dem 9. März 2011.
3. Es sei die Klägerin und Widerbeklagte (nachfolgend "Klägerin") zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin (nachfolgend "Beklagte") CHF 137'658.05 zu bezahlen zzgl. Verzugszins von 5% seit dem 15. September 2010.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen und zusätzlich Mehrwertsteuerzusatz zulasten der Klägerin."

## Inhaltsübersicht

<b>I. Sachverhalt und Verfahren</b> .....	<b>6</b>
1. Sachverhaltsübersicht.....	6
1.1. Parteien .....	6
1.2. Prozessgegenstand .....	6
2. Prozessverlauf .....	8
<b>II. Erwägungen</b> .....	<b>10</b>
1. Formelles.....	10
1.1. Zuständigkeit .....	10
1.2. Klageergänzung .....	11
1.3. Widerklage .....	12
2. Materielles .....	13
A. Unbestrittener Sachverhalt.....	13
B. Streitpunkte .....	13
C. Ansprüche der Parteien aus dem Dienstleistungsvertrag .....	14
1. Vertragsqualifizierung .....	14
2. Abnahme des Werkes .....	15
2.1. Standpunkt der Klägerin.....	15
2.2. Standpunkt der Beklagten .....	16
2.3. Vertragliche Regelung der Parteien .....	17
2.4. Rechtliches .....	19
2.5. Subsumtion.....	21
2.5.1. Inhalt der Abnahmeprotokolle vom 18. Dezember 2009 .....	21
2.5.2. Kein Scheitern der Abnahme aufgrund statuerter Vorbehalte.....	22
2.5.3. Kein Scheitern der Abnahme aufgrund fehlender weiterer Abnahmen.....	24
2.5.4. Bonifizierung der Mitarbeiter der Klägerin .....	26
2.5.5. Korrespondenz im Nachgang zum 18. Dezember 2009 .....	27
2.5.6. Fazit.....	31
2.5.7. Spaltung der Rechtsfolgen .....	32
3. Rechtsfolgen in Bezug auf die noch nicht erbrachten Leistungen .....	33
3.1. Standpunkt der Klägerin.....	33
3.2. Standpunkt der Beklagten .....	33
3.3. Rücktritt gestützt auf die vertragliche Regelung .....	34
3.4. Rücktritt gestützt auf Art. 366 OR .....	37
3.4.1. Einleitung .....	37
3.4.2. Rechtliches .....	37
3.4.3. Vorliegen der materiellen und formellen Voraussetzungen .....	39
3.4.4. Fazit.....	42
3.5. Rücktritt gestützt auf Art. 377 OR .....	43
3.5.1. Einleitung .....	43
3.5.2. Parteibehauptungen in Bezug auf die erledigten Vorbehalte.....	44
3.5.3. Rechtliches .....	47
3.5.4. Erledigung der Vorbehalte .....	49
3.5.5. Rücktritt nach Art. 377 OR in Bezug auf die ausgegliederten Werke .....	62
3.5.6. Rücktritt nach Art. 377 OR in Bezug auf die noch nicht abgenommenen Vorbehalte .....	67
4. Rechtsfolgen in Bezug auf die bereits erbrachten Leistungen .....	68
4.1. Einleitung.....	68
4.2. Standpunkt der Parteien .....	68
4.3. Vertragliche Regelung .....	69
4.4. Rechtliches .....	69
4.5. Subsumtion.....	72
4.5.1. Nichteinhaltung der vertraglichen Regelung durch die Beklagte.....	72
4.5.2. Verjährung .....	73
4.5.3. Keine unverzügliche Mängelrüge .....	74
4.5.4. Mangelhafte Substantiierung und fehlende taugliche Beweisofferten .....	75

4.5.5. Fazit.....	78
D. Ansprüche der Parteien aus dem Wartungs- und Softwarepflegevertrag .....	78
1. Einleitung .....	78
2. Standpunkt der Parteien .....	79
3. Rechtliches.....	80
4. Ausserordentliche Kündigung gestützt auf die vertragliche Regelung .....	82
5. Ausserordentliche Kündigung gestützt auf einen wichtigen Grund .....	83
6. Anspruch auf die Wartungspauschale 2011 .....	85
7. Rückerstattung der Wartungspauschale 2010 .....	86
8. Fazit.....	88
E. Ansprüche der Parteien aus dem Lizenzvertrag .....	88
1. Einleitung .....	88
2. Standpunkt der Parteien .....	89
3. Vertragliche Regelung .....	89
4. Rechtliches.....	90
5. Subsumtion .....	90
F. Verbot der Nutzung der installierten Programme .....	91
1. Standpunkt der Parteien.....	91
2. Vertragliche Regelung.....	92
3. Rechtliches.....	92
4. Subsumtion .....	92
5. Fazit.....	93
G. Löschung der Source Codes .....	94
1. Standpunkt der Parteien .....	94
2. Fehlendes aktuelles Rechtsschutzinteresse.....	94
3. Fazit.....	94
<b>III. Kosten- und Entschädigungsfolgen .....</b>	<b>95</b>

## **I. Sachverhalt und Verfahren**

### 1. Sachverhaltsübersicht

#### 1.1. Parteien

Die Klägerin, welche im Jahre 2008 von "E.\_\_\_\_\_ AG" in "G.\_\_\_\_\_ AG" und per Ende des Jahres 2010 in "A.\_\_\_\_\_ AG" umfirmiert wurde, ist eine im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht mit Sitz in ..., welche die Konzeption, Umsetzung und Einführung von Führungs- und Informationssystemen und Management Accounting Systemen für Banken bezweckt (act. 1 Rz. 6, act. 3/3).

Die Beklagte ist ebenfalls eine im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht mit Sitz in Zürich, welche eine Bank betreibt (act. 21 Rz. 1; act. 3/2).

#### 1.2. Prozessgegenstand

Die Beklagte entschloss sich im Jahre 2008 dazu, eine neue Gesamtsoftwarelösung in ihrer Bank einzuführen. Mit der Implementierung des Basissystems wurde der IT-Dienstleister F.\_\_\_\_\_ betraut. In das Projekt wurden weitere IT-Dienstleister, namentlich die Gesellschaften H.\_\_\_\_\_, I.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_ sowie die Klägerin, miteinbezogen. Die Klägerin wurde involviert, um ihre Softwarelösung namens "C1.\_\_\_\_\_" bei der Beklagten einzuführen.

Für die Einführung einer neuen Steuerung und des Controllings der Bank ("Gesamtbankensteuerung") schloss die Beklagte daher am 20. Februar 2008 bzw. 10. März 2008 einen Dienstleistungsvertrag (act. 3/4 = act. 22/5) mit der Klägerin ab. Die Klägerin verpflichtete sich darin, ihre Software namens "C1.\_\_\_\_\_" bei der Beklagten zu implementieren, d.h. ihre Software den Bedürfnissen der Beklagten anzupassen. Besagter Vertrag sowie der Anhang B vom 20. Februar 2008 bzw. 10. März 2008 (act. 3/5 = act. 22/4) und Anhang C vom 27. Juni 2008 bzw. 30. Juni 2008 (act. 3/56 = act. 22/7) regeln die Implementierung der Softwarepro-

gramme im Bereich Kostenmanagement und Vertriebscontrolling sowie deren Anpassung an die Anforderungen der Beklagten. Im Anhang C sind die spezifischen Anforderungen der Beklagten, beispielsweise im Bereich Kostenmanagement und Vertriebscontrolling, und die in diesem Zusammenhang zu realisierenden Gaps, definiert. Zudem enthält der Anhang C den Zahlungsplan für die Gesamtkosten der angepassten Softwareprogramme in der Höhe von CHF 1'861'400.–. Der Zahlungsplan wurde hinsichtlich der Zahlungstermine mit dem Nachtrag vom 15. April 2009 aktualisiert (act. 3/7 = act. 22/15). In den Anhängen D und E, jeweils datierend vom 18. Februar 2010 bzw. 11. März 2010, regelten die Parteien sodann die Einführung der Module "Prozesskostenrechnung" und "Planner" (act. 3/17 = act. 22/31) sowie die Auslieferung, Installation und Anpassung des "C3.\_\_\_\_\_ Connector" (act. 3/18 = act. 3/32). Damit einhergehend vereinbarten die Parteien eine "Vertragsanpassung Nr. 1" vom 18. Februar 2010 bzw. 11. März 2010 betreffend den "Projekt- und Meilensteinplan" (act. 3/16 = act. 22/30).

Die Parteien schlossen des Weiteren am 27. Juni 2006 bzw. 30. Juni 2006 einen Lizenzvertrag, in welchem die Nutzungsrechte der Beklagten an den durch die Klägerin angepassten Softwareprogrammen geregelt wurden (act. 3/8 = act. 22/9). Schliesslich regelten die Parteien im Rahmen eines Wartungs- und Softwarevertrages vom 27. Juni 2006 bzw. 30. Juni 2006 die Modalitäten rund um die Wartung der von der Klägerin implementierten Software (act. 3/9 = act. 22/8). Dabei stehen im Wesentlichen die Behandlung von Fehlermeldungen (sogenannten Patches) und die Aktualisierung der Software (Lieferung von neuen Releases) im Vordergrund. Vereinbart wurde eine jährliche Wartungspauschale im Umfang von CHF 119'916.– für die Softwareprogramme sowie CHF 56'844.– für die vereinbarten Gaps.

Die Klägerin verlangt gestützt auf den Dienstleistungsvertrag für das Grundwerk die von der Beklagten bereits während der Projektphase zurückbehaltenen Beträge im Umfang von CHF 25'000.– (zuzüglich 7,6% MWST) im Zusammenhang mit der produktiven Inbetriebnahme sowie CHF 125'000.– (zuzüglich 7,6% MWST) im Zusammenhang mit der Gesamtabnahme zuzüglich Mehrwertsteuer sowie Zins

im Umfang von 5% seit 22. November 2010 (act. 1 Rz. 61 ff.). Für das Modul "Integration B.\_\_\_\_-Fond" macht sie zudem eine Forderung in der Höhe von CHF 25'000.– (zuzüglich 7,6% MWST) sowie Zins von 5% seit 23. Juni 2010 geltend (act. 28 Rz. 297 ff.). Für die ausgegliederten Teile "Planner", "Prozesskostenrechnung" und "Reportinglösung" fordert die Klägerin CHF 40'000.–, CHF 40'000.– und CHF 34'400.– (zuzüglich 7,6% MWST) sowie Zins von 5% seit 22. Januar 2011 (act. 1 Rz. 68 ff.). Des Weiteren fordert die Klägerin die Bezahlung der Wartungsgebühr für das Jahr 2011 im Umfang von 134'208.– (zuzüglich 8% MWST) samt Zins seit 22. Januar 2011 (act. 1 Rz. 96 ff.). Schliesslich macht sie ein Nutzungsverbot hinsichtlich der von ihr gelieferten Softwareprogramme sowie eine Unterlassungsklage in Bezug auf die Offenlegung der Source Codes der von ihr gelieferten Softwareprogramme geltend.

Die Beklagte fordert demgegenüber die im Zusammenhang mit der Lizenzgebühr sowie der Implementierung der Software geleisteten Zahlungen von insgesamt CHF 1'643'052.– von der Klägerin zurück (vgl. act. 28 Rz. 454; bei der in Ziffer 1 des widerklägerischen Rechtsbegehrens genannten Zahl von CHF1'643'053.00 handelt es sich offenkundig um ein Versehen). Auf den genannten Betrag verlangt sie zudem einen Verzugszins von 5% seit dem 9. März 2011 (act. 28 Rz. 454). Die Beklagte verlangt zudem einen Viertel des Pauschalpreises von insgesamt CHF 64'800.– für die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Anforderungsanalyse zurück; im Ergebnis fordert sie folglich CHF 16'200.– sowie Verzugszins von 5% seit dem 9. März 2011 (vgl. hierzu act. 28 Rz. 455 f.). Im Zusammenhang mit dem Wartungsvertrag fordert die Beklagte überdies die ihrer Ansicht nach nie geschuldete Wartungsgebühr für das Jahr 2010 im Umfang von CHF 137'658.05 von der Klägerin zurück (act. 38 Rz. 458).

## 2. Prozessverlauf

Mit Einreichung der Klageschrift machte die Klägerin die Klage am 9. Februar 2011 (Datum Poststempel) am Handelsgericht des Kantons Zürich rechtshängig und stellte den Antrag auf Erlass einer superprovisorische Massnahme (act. 1; act. 2; act. 3/2-28). Mit Verfügung vom 14. Februar 2011 wurde der Klägerin eine einmalige Frist angesetzt, um den Streitwert der Rechtsbegehren Ziff. 4 und 5 an-

zugeben und ein Verzeichnis der Beweismittel einzureichen. Das Begehren auf Erlass einer superprovisorischen Massnahme wurde aufgrund mangelnder besonderer Dringlichkeit im Sinne von Art. 265 ZPO abgewiesen und der Beklagten gestützt auf Art. 253 ZPO Frist zur schriftlichen Stellungnahme angesetzt (act. 4).

Am 1. März 2011 reichte die Klägerin das Beweismittelverzeichnis sowie ihre Eingabe zwecks Bezifferung des Streitwertes ein (act. 6). Gleichentags nahm die Beklagte Stellung zum klägerischen Begehren auf vorsorgliche Massnahmen und stellte neben ihrem Hauptbegehren verschiedene Eventualbegehren (act. 8). Mit Verfügung vom 3. März 2011 wurde der Klägerin eine einmalige Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten einen Vorschuss von CHF 58'000.– zu leisten. Ferner wurde der Klägerin die Stellungnahme der Beklagten vom 1. März 2011 zugestellt (Prot. S. 4 f.). Mit Eingabe vom 14. März 2011 nahm die Klägerin Stellung zu den beklagischen Begehren und präziserte respektive änderte ihr ursprüngliches Begehren auf vorsorgliche Massnahmen (act. 10). Diese Eingabe wurde der Beklagten mit Verfügung vom 15. März 2011 zugestellt (Prot. S. 6). Die Beklagte reichte ihre Stellungnahme am 25. März 2011 ein (act. 12). Besagte Eingabe wurde der Klägerin mit Verfügung vom 29. März 2011 zugestellt (Prot. S. 7). Der klägerische Kostenvorschuss im Umfang von CHF 58'000.– ging am 31. März 2011 fristgerecht bei der Obergerichtskasse ein (act. 15). Mit Beschluss vom 18. April 2011 wurde das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen abgewiesen (act. 19).

Die Beklagte erstattete am 17. Juni 2011 ihre Klageantwort und erhob Wiederklage (act. 21; act. 22/2-88). Mit Verfügung vom 28. Juni 2011 wurde der Beklagten eine einmalige Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten einen Vorschuss von CHF 24'000.– zu leisten (Prot. S. 12). Die Beklagte zahlte den besagten Vorschuss am 5. Juli 2011 fristgemäss bei der Obergerichtskasse ein (act. 25). Die Klägerin reichte dem Gericht ihre Widerklageantwort und Klageerweiterung am 10. Oktober 2011 ein (act. 28; act. 29/29-53). Besagte Rechtsschrift wurde der Beklagten mit Verfügung vom 12. Oktober 2011 zugestellt (Prot. S. 14). Die Beklagte nahm mit Eingabe vom 22. November 2011 Stellung zur klägerischen Widerklageantwort und Klageerweiterung gemäss Rechtsbegehren Ziff. 7 (act. 32).

Am 5. April 2012 fand eine Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher ein Vergleich mit Widerrufsvorbehalt zwischen den Parteien vereinbart wurde (Prot. S. 18 f.). Die Parteien kamen in der Folge überein, aussergerichtlich eine Verlängerung der Widerrufsfrist bis zum 30. Juni 2012 zu beantragen und ersuchten das Gericht dementsprechend gemeinsam um die Aussetzung des Verfahrens (act. 38). Die Vereinbarung der Parteien betreffend die Verlängerung der Widerrufsfrist wurde mit Verfügung vom 8. Mai 2012 vorgemerkt (Prot. S. 20). Der Vergleich wurde in der Folge von der Klägerin mit Eingabe vom 5. April 2012 innert erstreckter Frist widerrufen (act. 40; Prot. S. 21).

In der Folge reichte die Klägerin mit Eingabe vom 5. Oktober 2012 ihre Replik (act. 42; act. 43/54) und nach entsprechender Fristansetzung durch das Gericht (Prot. S. 22) die Beklagte mit Eingabe vom 14. Dezember 2012 ihre Duplik und Widerklagereplik ein (act. 48). Die Widerklageduplik datiert vom 4. März 2013 (act. 52). Mit Eingabe vom 6. Mai 2013 reichte die Beklagte ihre Stellungnahme zu den Dupliknoven und zu den Noven in der Widerklageduplik ein (act. 59; act. 60/89). Besagte Stellungnahme der Beklagten wurde der Klägerin am 7. Mai 2013 zugestellt (Prot. S. 27). Mit Verfügung vom 18. Juli 2014 wurde den Parteien eine einmalige Frist angesetzt, um sich zu der Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung zu äussern (act. 64). Mit jeweiliger Eingabe vom 25. August 2014 erklärten die Parteien ihren diesbezüglichen Verzicht (act. 66; act. 67).

## **II. Erwägungen**

### **1. Formelles**

#### **1.1. Zuständigkeit**

Die Beklagte hat ihren Sitz in Zürich, weshalb die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO zu bejahen ist. Die sachliche Zuständigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 2 ZPO liegt ebenfalls vor. Ein Schlichtungsverfahren entfällt im vorliegenden Fall gemäss Art. 198 lit. f ZPO.

Die örtliche, sachliche sowie funktionelle Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist nach dem Gesagten zu bejahen und blieb im Übrigen auch unbestritten (act. 1 Rz. 2 ff.; act. 28 Rz. 145).

## 1.2. Klageergänzung

1.2.1. Gemäss Art. 227 Abs. 1 ZPO ist eine Klageänderung vor der Hauptverhandlung zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und entweder mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder die Gegenpartei zustimmt. Art. 227 Abs. 2 ZPO nennt zwei unterschiedliche Erscheinungsformen der Anspruchsänderung. Wenn der Kläger im Vergleich zum bisherigen Rechtsbegehren die Klage erweitert, ohne den Klagegrund zu verändern, liegt eine Klageerweiterung vor. Das Klagebegehren wird abgeändert, indem ein bereits erhobenes Begehren (quantitativ) erweitert oder durch Beistellung eines neuen Begehrens (qualitativ) ergänzt wird. Eine solche Klageerweiterung erfolgt namentlich durch eine Erhöhung der Klagesumme, den Einbezug einer weiteren verfallenen Hauptforderung oder Ergänzung der Klage durch ein zusätzliches Haupt- oder Eventualbegehren (WILLISEGGER, BSK ZPO, 2. Aufl., N 25 zu Art. 227 ZPO).

Das Erfordernis der gleichen Verfahrensart können die Parteien nicht durch Parteivereinbarung aushebeln. Auch wenn die Gegenpartei der Klageänderung zustimmt, muss der geänderte oder neue prozessuale Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie der bisherige zu behandeln sein. In Bezug auf das Kriterium der gleichen Verfahrensart ist grundsätzlich für beide prozessuale Ansprüche (vor und nach der Klageänderung) die Verfahrensart separat zu prüfen, bei einer Klageerweiterung indessen aber hernach auf den Gesamtstreitwert abzustellen, wie er sich nach der Erhöhung des Streitwertes ergibt (WILLISEGGER, a.a.O., N 38 zu Art. 227 ZPO).

1.2.2. Die Klägerin stellt in ihrer Widerklageantwort vom 10. Oktober 2011 ein zusätzliches Hauptbegehren (vgl. act. 28 S. 2, Ziff. 7), in welchem sie den Betrag von CHF 25'000.– zuzüglich Mehrwertsteuer von 7,6% (CHF 1'900.–) und Zins geltend macht. Der neue Gesamtanspruch der Klägerin berechnet sich, indem die

bisherigen Forderungen im Umfang von CHF 2'254'506.90 mit der neuen Forderung (CHF 25'000.–) zusammengerechnet wird (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Sowohl vor als auch nach der Klageerweiterung lag der Gesamtstreitwert der klägerischen Forderungen über CHF 30'000.–. Damit gelangt auf den bisherigen und auch auf den geänderten neuen Anspruch das ordentliche Verfahren zur Anwendung, weshalb das Erfordernis der gleichen Verfahrensart zu bejahen ist.

Bei der vorliegenden Forderung handelt es sich sodann um eine zurückbehaltene Teilzahlung aus dem gleichen Sachverhalt wie die restlichen verlangten Beträge, weshalb die Konnexität der Ansprüche gemäss Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO zu bejahen ist. Die Klageerweiterung im Sinne von Art. 227 Abs. 1 ZPO ist daher als zulässig zu erachten. Die Beklagte bestreitet die Zulässigkeit im Übrigen auch nicht, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass sie der Klageänderung zustimmt (vgl. Art. 227 Abs. 2 lit. b ZPO). Folglich erscheint diese auch unter diesem Aspekt als zulässig.

### 1.3. Widerklage

1.3.1. Die örtliche Zuständigkeit für die Widerklage beurteilt sich nach Art. 14 ZPO. Gemäss dieser Bestimmung kann die Widerklage beim für die Hauptklage örtlich zuständigen Gericht erhoben werden, wenn die Widerklage mit der Hauptklage in einem sachlichen Zusammenhang steht (Art. 14 Abs. 1 ZPO). Dieser Gerichtsstand bleibt auch bestehen, wenn die Hauptklage aus irgendeinem Grund dahinfällt (Art. 14 Abs. 2 ZPO). Die Widerklage und die Klage weisen im vorliegenden Fall einen engen Sachzusammenhang auf, da beide Klagen auf einem identischen Lebensvorgang beruhen und auf dieselben Verträgen zurückzuführen sind. Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich für die Widerklage ist damit zu bejahen. Die sachliche Zuständigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 ZPO liegt ebenfalls vor.

1.3.2. Die Widerklage kann gemäss Art. 224 ZPO mit der Klageantwort erhoben werden, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist. Sowohl die Klage als auch die Widerklage

sind vorliegend im ordentlichen Verfahren zu beurteilen, weshalb letztere zulässig ist.

## 2. Materielles

### A. Unbestrittener Sachverhalt

Der Abschluss der verschiedenen Verträge (vgl. hierzu I./1.2.), welche allesamt den Akten beiliegen, ist unbestritten. Unbestritten ist sodann, dass die Beklagte der Klägerin am 2. September 2009 ein Schreiben betreffend die "Mängel in der Gesamtbankensteuerung" zusandte (act. 3/20 = act. 22/44). In diesem bezeichnete die Beklagte vergangene Verzögerungen und hielt fest, dass auch "gegenüber dem neuen Einföhrungstermin per Ende November 2010 ein Verzug von mehreren Monaten zu erwarten" sei. Ferner wurden diverse ungelöste Probleme benannt. Schliesslich erklärte die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 15. September 2010 die ausserordentliche Kündigung betreffend "sämtliche betroffenen Verträge (Lizenzvertrag, Wartungs- und Softwarepflegevertrag, Dienstleistungsvertrag sowie die darauf referenzierten Nachträge) per sofort". Sie teilte der Klägerin zudem mit, dass sie keine weiteren Rechnungen bezahlen werde und die bereits bezahlten Beträge von ihr zurückfordere (act. 3/22 = act. 22/45).

### B. Streitpunkte

Die Parteien sind sich zunächst nicht einig in Bezug auf die Frage, ob am 18. Dezember 2009 eine Gesamtabnahme stattgefunden hat. Während sich die Klägerin auf den Standpunkt setzt, dass das Werk zu diesem Zeitpunkt vollendet gewesen sei und die Gesamtabnahme folglich an diesem Datum stattgefunden habe, beruft sich die Beklagte darauf, dass an besagtem Datum gar keine Abnahme erfolgt sei, da das Werk noch nicht fertiggestellt gewesen sei. Uneinigkeit besteht des Weiteren hinsichtlich der erfolgreichen Erledigung der am 18. Dezember 2009 angebrachten Vorbehalte. So ist strittig, ob nach dem 18. Dezember 2009 die Bearbeitung der sogenannten offenen "Tickets", d.h. die (erfolgreiche) Beseitigung von bestehenden fehlerhaften Elementen, zur Zufriedenheit der Beklagten erfolgt war. Strittig ist sodann, ob die Gesamtprojektverantwortung bei der Klägerin lag,

wer die Verantwortung für die Parametrierung trug und ob die technischen Probleme durch die Klägerin allein oder durch weitere Beteiligte, insbesondere durch die Gesellschaften F.\_\_\_\_\_, .../H.\_\_\_\_\_ bzw. durch die Beklagte selber, verursacht worden waren. Auf diese strittigen Punkte ist im Folgenden einzugehen, soweit sie sich als entscheiderelevant erweisen.

### C. Ansprüche der Parteien aus dem Dienstleistungsvertrag

#### 1. Vertragsqualifizierung

1.1. Die Verträge im Zusammenhang mit der Erstellung sowie Anpassung von Software sind gesondert zu charakterisieren (vgl. BGE 124 III 456 E. 4 b). Einen typischen Softwarevertrag gibt es nicht. Die Vertragsqualifizierung hängt vom vereinbarten Inhalt, dem Schwerpunkt und dem Leistungsumfang ab.

Der Vertrag über die Lieferung eines aus Hard- und Software bestehenden EDV-Systems kann verschiedenartig ausgestaltet sein, weshalb seine rechtliche Behandlung nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zu beurteilen ist (vgl. SCHLUEP, Innominatverträge, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VII/2, S. 964). Keine Werkleistung erbringt, wer vorgefertigte Computer-Standardsoftware liefert. Bei entgeltlicher Überlassung dieser Software handelt es sich um einen Kaufvertrag, bei dessen Überlassung auf Zeit um eine Miete, Verpachtung, eine Lizenzierung oder um ein Leasing (GAUCH, a.a.O., N 35). Demgegenüber kommen nach der Ansicht von GAUCH die Regeln des Werkvertragsrecht bei demjenigen zur Anwendung, der gegen eine entgeltliche Bestellung eine Computer-Individualsoftware herstellt, d.h. für die speziellen Bedürfnisse des Anwenders eine Software entwickelt. Das geistige Werk besteht hierbei in der massgeschneiderten Lösung, das der Unternehmer auf Geheiss des Bestellers zu entwickeln hat (GAUCH, a.a.O., N 334).

Gegenstand eines Werkvertrages ist die Erstellung eines individuell bestimmten Arbeitsergebnisses (GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011, S. 5 ff.; ZINDEL/PULVER, BSK OR I, Basel 2011, N 1 zu Art. 363-379 OR). Demgegenüber bezweckt der Kauf die Übereignung einer in der Regel bereits bestehenden und

nicht speziell für die individuellen Bedürfnisse des Käufers fabrizierten Sache (GAUCH, a.a.O., S. 37 f.; ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 9 zu Art. 363-379 OR).

1.2. Der vorliegende Dienstleistungsvertrag (act. 22/5) hat in erster Linie die Implementierung und die Anpassung der Software zum Inhalt (so die Klägerin; vgl. act. 1 S. 14 f.; vgl. auch act. 22/7 S. 5; act. 21 S. 56 ff.). Die Klägerin unterstellt ihn dem Werkvertragsrecht. Auch die Beklagte ist der Ansicht, dass diesbezüglich (jedenfalls analog) die werkvertraglichen Bestimmungen anzuwenden sind (act. 21 Rz. 279).

Die vertragliche Verpflichtung der Klägerin war es, eine für die Beklagte massgeschneiderte Softwarelösung in Bezug auf deren Bankensteuerung abzuliefern. Die Klägerin hatte mithin gegen Entgelt auf Geheiss der Beklagten eine Individualsoftware herzustellen bzw. diese auf die speziellen Bedürfnisse der Beklagten abzustimmen. Es gelangen daher die Bestimmungen des Werkvertragsrechts (Art. 363 ff. OR) zur Anwendung.

## 2. Abnahme des Werkes

### 2.1. Standpunkt der Klägerin

Die Klägerin stellt sich zusammengefasst auf den Standpunkt, dass die Abnahme der produktiven Inbetriebnahme, die Gesamtabnahme der angepassten Softwareprogramme sowie die Abnahme "Integration" durch die Beklagte am 18. Dezember 2009 erfolgt sei. Die ausgegliederten Module "Planner", "Prozesskostenrechnung" sowie die Reportinglösung seien davon wie vereinbart ausgenommen worden (act. 1 Rz. 14 mit Hinweis auf act. 3/10-11; act. 28 Rz. 297). Die Beklagte habe das Grundwerk am 18. Dezember 2009 *als vollendetes Werk abgenommen*, wobei die anlässlich der Gesamtabnahme angebrachten Vorbehalte daran nichts zu ändern vermöchten (act. 1 Rz. 50; act. 28 Rz. 144 ff.). Die Abnahmeprotokolle würden keine Hinweise darauf enthalten, dass Fehler vorgelegen seien, welche die Abnahme verhindert hätten. In den Protokollen sei im Gegenteil explizit die Abnahme erteilt worden. Auch den im Falle von abnahmeverhindernden Fehlern

nötigen Einschreibebrief habe die Beklagte nie geschrieben (act. 1 Rz. 54; act. 42 Rz. 58).

Die Beklagte habe das vollendete Grundwerk am 18. Dezember 2009 unter Vorbehalt der Bearbeitung der Liste der offenen Tickets abgenommen. Aufgrund der vertraglichen Regelungen (Ziffer 7.1 i.V.m. Ziffer 6.2.2. Dienstleistungsvertrag, Ziffer 7.3 Anhang C zum Dienstleistungsvertrag) könne diese Liste der offenen Tickets – wenn überhaupt – lediglich als "Fehlerliste" verstanden werden, welche die Abnahme nicht hindere und im Rahmen des Wartungsvertrages bearbeitet werde (act. 1 Rz. 54). Die Beklagte habe das System sodann sowohl produktiv eingesetzt als auch ab dem 1. Januar 2010 Wartungsdienstleistungen bezogen und fristgerecht vergütet (act. 1 Rz. 56 f.). Schliesslich habe die Beklagte in ihren Schreiben vom 2. September 2010, 15. September 2010 sowie 21. Januar 2011 auf (unbegründete) Mängel hingewiesen. Da Mängel definitionsgemäss ein vollendetes Werk voraussetzen würden, sei das Grundwerk auch deshalb von der Beklagten am 18. Dezember 2009 als vollendetes Werk abgenommen worden (act. 1 Rz. 58; act. 42 Rz. 59). Die bei der Klägerin anhängigen Tickets der Gesamtabnahme seien im Übrigen bis zum 31. August 2010 im Rahmen des Wartungs- und Softwarepflegevertrags behoben gewesen. Selbst wenn das Werk erst mit Erledigung der in den Protokollen erwähnten Vorbehalten als abgenommen gelten würde (was indes nicht zutrefte), so sei die Abnahme spätestens am 31. August 2010, mithin vor dem Kündigungsschreiben der Beklagten vom 15. September 2010, erfolgt (act. 1 Rz. 59 ff.; act. 42 Rz. 60).

## 2.2. Standpunkt der Beklagten

In Bezug auf die Rückbehalte im Zusammenhang mit dem Grundwerk führt die Beklagte an, dass am 18. Dezember 2009, als die Protokolle (act. 22/25-27) unterzeichnet worden seien, keine Abnahme erfolgt sei (act. 21 Rz. 108; Rz. 164; Rz. 172; Rz. 286 ff.). Die Klägerin verkenne, dass die von ihr erwähnten Abnahmeprotokolle vom 18. Dezember 2009 (vgl. act. 3/10-11) nicht relevant seien, da die Parteien nach dem besagten Datum die Vertragsanpassung Nr. 1 zu Anhang C abgeschlossen hätten. Darin hätten die Parteien den Meilenstein- und Zahlungsplan abgeändert und vereinbart, dass CHF 25'000.– respektive

CHF 125'000.– noch nicht ausgerichtet bzw. zurückbehalten werden sollten. Der einzige Sinn, der dieser Regelung entnommen werden könne, sei, dass diese Zahlungen erst ausgerichtet werden sollten, wenn diese Meilensteile, bzw. die Arbeitsergebnisse abgenommen würden (act. 21 Rz. 287 f.). Davon zeuge auch die zwischen den Parteien ausgetauschte Korrespondenz, insbesondere das E-Mail von K.\_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Beklagten) vom 15. März 2010 (act. 21 Rz. 289 mit Hinweis auf act. 22/34). Gemäss der Vereinbarung zwischen den Parteien hätten die drei "Resultate", in der Terminologie der Klägerin "Grundwerk" genannt, somit erst noch abgenommen werden sollen (act. 21 Rz. 290). Nach Abschluss der Vertragsanpassung Nr. 1 sei seitens der Beklagten nie ein Abnahmeprotokoll unterzeichnet worden (act. 21 Rz. 291). Eine Abnahme könne der Beklagten sodann weder nach Treu und Glauben noch gemäss den vertraglichen Bestimmungen, insbesondere der Bestimmung im Dienstleistungsvertrag (vgl. act. 21 Rz. 294, wo Bezug auf Ziffer 7.1 des Dienstleistungsvertrags genommen wird; act. 22/5 S. 10) und gemäss Ziffer 7.3 des Anhangs C, angerechnet werden. Die in Ziffer 7.3 des Anhangs C definierten Kriterien einer erfolgreichen Abnahmen seien allesamt nicht erfüllt gewesen (act. 21 Rz. 292 ff.).

Die Voraussetzungen für eine Abnahme seien ferner nicht erfüllt gewesen, da die Beklagte in sämtlichen der drei Protokolle Vorbehalte angebracht habe. Die Testdaten hätten nicht bearbeitet werden können, da die Verarbeitungsabläufe zusammengebrochen seien. Folglich sei ein Abnahmetest gar nicht möglich gewesen (act. 21 Rz. 309 f.). Zudem ergebe sich aus den jeweiligen Protokollen selbst, dass die Voraussetzungen für die Abnahme des jeweiligen Arbeitspakets nicht vorgelegen seien (act. 21 Rz. 311 ff.)

### 2.3. Vertragliche Regelung der Parteien

Der Dienstleistungsvertrag vom 11. Februar 2008 (act. 3/4 =act. 22/5) enthält in Ziffer 7 ausführliche Bestimmungen zur Abnahme. In Absatz 1 von Ziffer 7.1 heisst es, dass die betroffenen Arbeitsergebnisse dann als abgenommen gelten, wenn (a) die Beklagte nach Durchführung der Abnahmetests das Abnahmeprotokoll, samt allfälliger, die Abnahme nicht verhindernder Fehlerliste unterzeichnet, oder (b) wenn die Beklagte vor Ablauf der Abnahmepériode die Funktionalitäten

nicht schriftlich und dokumentiert beanstandet, oder (c) wenn die von der Beklagten für die Durchführung der Abnahme zu liefernden Testdaten und Testfälle fehlen oder so fehlerhaft oder unvollständig sind, dass die Abnahme nicht durchgeführt werden kann, oder (d) sobald die Beklagte die Arbeitsergebnisse produktiv in Gebrauch nimmt. Weiter wird in Absatz 2 und 3 von Ziffer 7.1 festgehalten, wie im Falle von Fehlern im Rahmen des Abnahmetests, welche die Abnahme verhindern, vorgegangen wird. So heisst es in diesen Absätzen, dass im Falle des Auftretens von Fehlern, welche die Abnahme im Rahmen der Abnahmetests verhindern, die Beklagte die Klägerin im Abnahmeprotokoll darüber informiere. Die Beklagte werde der Klägerin diesfalls mit eingeschriebenem Brief einer der Dringlichkeit und Komplexität angemessene Frist zur Behebung dieser Mängel setzen, wobei die Klägerin der Beklagten ihrerseits innerhalb einer angemessenen Frist mitteilt, ob sie die von der Beklagten festgelegte Nachbesserungsfrist einhalten kann. Ziffer 7.2 regelt sodann die Folgen des Scheiterns der Abnahme.

Der Anhang C zum Dienstleistungsvertrag vom 27. Juni 2008 (act. 22/7) enthält ebenfalls Bestimmungen zur Abnahme, die (falls widersprüchlich) den Regelungen des Dienstleistungsvertrages vorgehen (vgl. Ziffer 2 Absatz 3 des Anhangs C). Im Anhang C wird unter der Ziffer 7.1 mit dem Titel "Abnahmeverfahren" insbesondere das Testverfahren (vgl. Ziffer 7.1.2) definiert und die Fehlerklassifizierung, die Teilabnahmen sowie die erfolgreiche Abnahme geregelt (Ziffer 7). In Bezug auf Teilabnahmen geht aus Ziffer 7.2 folgendes hervor: "E.\_\_\_\_\_ ist berechtigt, Abnahmen für Teilleistungen (wie insbesondere für einzelne Gaps oder Implementierungsleistungen eines bestimmten Moduls) zu verlangen. Sämtliche Ausführungen in diesem Vertrag bezüglich der Abnahme gelten für die Teilabnahmen entsprechend." In Ziffer 7.3 heisst es in Bezug auf eine erfolgreiche Abnahme, dass die lizenzierten Softwareapplikationen sowie die gemäss des vorliegenden Vertrages erbrachten Dienstleistungen dann als abgenommen gelten, wenn (a) die Beklagte nach Durchführung der Abnahmetests gemäss den vorliegenden Vertragsbestimmungen das Abnahmeprotokoll, samt allfälliger, die Abnahme nicht verhindernder Fehlerliste unterzeichnet, oder (b) wenn die Beklagte vor Ablauf der Abnahmeperiode die Funktionalitäten nicht schriftlich oder dokumentiert beanstandet oder (c) sobald die Beklagte die lizenzierte Software pro-

duktiv in Gebrauch nimmt.

#### 2.4. Rechtliches

Die Ablieferung des Werks (durch den Unternehmer) entspricht der Abnahme des Werks (durch den Besteller) zwecks Prüfung der Beschaffenheit (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 3 zu Art. 370 OR). Die Begriffe Ablieferung und Abnahme bezeichnen denselben Vorgang und sind damit korrelativer Natur (GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., N 97). Besagter Vorgang setzt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und einem Teil der Lehre grundsätzlich voraus, dass sämtliche vereinbarten Arbeiten ausgeführt, das Werk mithin fertiggestellt bzw. vollendet ist (Urteil 4C.469/2004 vom 17. März 2005, E. 2.2; BGE 129 III 748; BGE 118 II 149 E. 4; BGE 115 II 456 E. 4; BGE 97 II 350 E. 2c; GAUCH, a.a.O., N 101 ff.). In der neueren Lehre besteht demgegenüber die Tendenz, auch unvollendete Werke der Ablieferung zugänglich zu machen. Der Besteller kann gemäss dieser Lehrmeinung auch ein unvollendetes (oder auch mangelbehaftetes) Werk als Gegenstand der Erfüllung akzeptieren (vgl. hierzu ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 3 zu Art. 367, m.w.H.).

Eine Abnahme kann sodann auch stillschweigend dadurch erfolgen, dass das Werk gemäss seinem Zweck gebraucht wird (BGE 113 II 267 E. 2b mit Hinweisen). Ein besonderer Abnahmewille des Bestellers oder seines Vertreters ist deshalb nicht erforderlich. Das Vollendungsprinzip findet seine Grenzen sodann auch im Prinzip von Treu und Glauben. Den Vertragsparteien ist es verwehrt, die Ablieferung respektive die Abnahme mit dem Einwand der Nichtvollendung entgegenzutreten, soweit diese Bestreitung dem besagten Grundsatz widerspricht (GAUCH, a.a.O., N 103 f.). Liefert der Unternehmer das von ihm hergestellte Werk in erkennbarer Erfüllungsabsicht ab, so muss er sich bei diesem Verhalten behaften lassen, auch wenn zur Vollendung des Werks noch einzelne Arbeiten von Nöten sind. Der Unternehmer kann diesfalls dem Besteller, welcher sich auf die erfolgte Ablieferung beruft, indem er beispielsweise Mängelrechte geltend macht, nicht entgegenhalten, dass die Wirkungen der Ablieferung (respektive Abnahme) mangels Vollendung des Werks ausgeblieben seien. Demgegenüber kann sich aber auch der Besteller nicht auf den Einwand der Nichtvollendung berufen, wenn er durch eine ausdrückliche Erklärung, durch sein Schweigen oder sein sonstiges

Verhalten das berechnigte Vertrauen des Unternehmers erweckt hat, dass er das Werk als abgeliefert anerkenne (FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, Bern 2014, 2. Aufl., N 995 ff. mit Fallbeispielen; GAUCH, a.a.O., N 104).

Die Parteien sind frei, vertragliche Regelungen in Bezug auf die Ablieferung und die Abnahme zu vereinbaren. Sie können insbesondere regeln, dass das Werk in Teilen ablieferbar ist. Besteht eine derartige Regelung, wird die Regel durchbrochen, wonach vor Vollendung des Werkes eine Ablieferung respektive Abnahme ausgeschlossen ist. Die Teilablieferung bzw. Teilabnahme setzt aber dennoch voraus, dass der jeweils abzuliefernde Werkteil vollendet ist (FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., N 1005; GAUCH, a.a.O., N 107 f.). In spezifischen Konstellationen kann eine Ablieferung auch trotz fehlender Fertigstellung zuzulassen sein, wenn die ausstehenden Arbeiten im Vergleich zu den Gesamtkosten ausserordentlich gering sind. Die Berufung des Bestellers auf ein unvollendetes Werk wäre diesfalls als missbräuchlich einzustufen. Die Unterscheidung zwischen einem fertiggestellten und einem mangelhaften Werk kann mitunter schwierig sein. Als elementares Kriterium gilt, ob der Unternehmer ein fertiges, gebrauchsfähiges Werk abgeliefert hat und der Besteller erkennen konnte, dass die Arbeiten beendet sind und er demzufolge gehalten ist, das Werk zu prüfen (ZINDEL/PULVER, BSK OR I, a.a.O., N 3 zu Art. 367 OR).

Die Vollendung des Werkes ist von dessen Mängelfreiheit zu unterscheiden (GAUCH, a.a.O., N 101; N 106). Der Besteller kann die Abnahme nicht verweigern, wenn eine Software Fehler aufweist. Bestehen indessen so viele oder schwerwiegende Mängel, dass die Abnahmeprüfung durch den Besteller nicht durchgeführt werden kann, so ist die Software nicht vollendet (FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., N 1002). Die Abnahme und die Genehmigung des Werkes sind sodann ebenfalls klar auseinanderzuhalten (BGE 115 II 456 E. 4). Dieser Umstand ergibt sich nur bereits schon aus dem Wortlaut von Art. 370 Abs. 1 OR, welcher die Genehmigung der Abnahme zeitlich folgen lässt (GAUCH, a.a.O., N 99). Die Abnahme kann mit Mängelrügen oder sogenannten Vorbehalten durch den Besteller verbunden sein. Sie kann aber auch vorbehaltlos erfolgen; erst dann handelt es sich um eine "Genehmigung" des Werkes. Erst die Genehmigung bedeutet die vorbehaltlose

Abnahme des Werkes durch den Besteller (BÜHLER, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl., N 11 zu Art. 370 OR). Die Genehmigungserklärung ist an keine spezielle Form gebunden und erfolgt unwiderruflich (BÜHLER, a.a.O. N 12 f. zu Art. 370 OR; GAUCH, a.a.O. N 2071). Sie kann jedoch auch bedingt erklärt werden. Als solche Bedingung ist die Behebung der sogenannten "Vorbehalte" in den Abnahmeprotokollen der Bau- und Investitionsgüterindustrie zu betrachten (BÜHLER, a.a.O., N. 13 zu Art. 370 OR, m.w.H.).

Die Vergütung des Bestellers wird nach Art. 372 Abs. 1 OR mit der Ablieferung des beendeten Werkes fällig, d.h. nicht schon mit der Fertigstellung des Werkes, aber auch nicht erst nach der ordnungsgemässen Prüfung des abgelieferten Werkes durch den Besteller (ZINDEL/PULVER, N 2 zu Art. 372 OR).

## 2.5. Subsumtion

### 2.5.1. Inhalt der Abnahmeprotokolle vom 18. Dezember 2009

Die Beklagte nahm im April 2009 sowie Juni 2009 verschiedene Arbeitspakete ab (vgl. act. 22/16, act. 22/17, act. 22/18, act. 22/19, act. 22/20). Diese Abnahmen sind als Teilabnahmen im Sinne der vertraglichen Regelung in Ziffer 7.2 des Anhangs C zum Dienstleistungsvertrag zu qualifizieren. Sodann erfolgte am 18. Dezember 2009 die Gesamtabnahme L. \_\_\_\_\_ mit der Erklärung "Gesamtabnahme kann gegeben werden mit Vorbehalt – siehe Anlage 1." (act. 22/25). Als Vorbehalt wurde unter dem Titel "Ergebnis" die "Liste der noch offenen Tickets aus dem Projekt L. \_\_\_\_\_ und Service Buero" genannt. Diese noch offenen Punkte seien spätestens mit dem Verarbeitungslauf "Monatsendeverarbeitung Februar" in der ersten Hälfte des Monats März 2010 zu implementieren, zu testen und produktiv einzusetzen.

Ebenfalls am 18. Dezember 2008 fand die Abnahme der Arbeitsprojekte "Integration" sowie "Produktive Inbetriebnahme" statt. Die Abnahmen der unter diese Kategorien fallenden Arbeitsresultate wurden mit den Bemerkungen "Die Abnahme Integration wird gegeben mit Vorbehalt (siehe Anlage)." sowie "Die produktive Inbetriebnahme kann abgenommen werden - mit Vorbehalt (siehe oben)." versehen

(act. 22/26-27). In Bezug auf das Arbeitspaket "Integration" bezeichneten die Parteien die Umsetzung und die vollständige Integration "B.\_\_\_\_-Fond" nach den Anforderungen der Beklagten bis zum 27. Januar 2010 als Vorbehalt. Der Vorbehalt hinsichtlich des Arbeitspakets "Produktive Inbetriebnahme" beinhaltete, dass die Analyse und Beseitigung der aktuellen Problematik der noch ausstehenden Verarbeitungsabläufe November noch bis zum 23. Dezember 2009 durchlaufen und verarbeitet werden könne (vgl. die Rubrik "Ergebnis" in act. 22/27). Die drei Abnahmen sind allesamt mit dem 18. Dezember 2009 datiert und durch M.\_\_\_\_ (Mitarbeiterin der Klägerin), N.\_\_\_\_, O.\_\_\_\_, P.\_\_\_\_ sowie Q.\_\_\_\_ (allesamt Mitarbeiter der Beklagten) unterzeichnet.

#### 2.5.2. Kein Scheitern der Abnahme aufgrund statuerter Vorbehalte

Entgegen der Ansicht der Beklagten (vgl. act. 21 Rz. 286 ff., insbesondere Rz. 306 ff.) kann angesichts der unterzeichneten Abnahmeprotokolle nicht davon ausgegangen werden, dass am 18. Dezember 2009 per se keine Abnahme stattgefunden hatte. Die Beklagte macht geltend, dass es unmittelbar vor dem 18. Dezember 2009 klar gewesen sei, dass die klägerische Software nicht abnahmefähig gewesen sei (act. 21 Rz. 308). Die Testdaten am 18. Dezember 2009 seien noch gar nicht bearbeitet worden, weshalb ein Abnahmetest nicht möglich gewesen sei (act. 21 Rz. 310). Es ist ihr diesbezüglich entgegenzuhalten, dass sie am 18. Dezember 2009 trotz dieser nunmehr erhobenen Einwände eine Abnahmeerklärung abgegeben hatte, welche im Sinne der vertraglichen Regelungen in einem förmlichen Abnahmeprotokoll festgehalten wurde. Diese Erklärung muss sie sich zum heutigen Zeitpunkt entgegenhalten lassen.

Sämtlichen Abnahmeprotokollen ist zu entnehmen, dass die Abnahmen nicht vollumfänglich als gescheitert erklärt bzw. zur Gänze verweigert, sondern die Abnahmen im Gegenteil vielmehr grundsätzlich *erklärt* wurden (vgl. beispielsweise act. 3/1 = act. 22/27: "Abnahmeerklärung: Die produktive Inbetriebnahme kann abgenommen werden - mit Vorbehalt (siehe oben)."), wenn auch jeweils mit Vorbehalten. Wenn eine Abnahme aufgrund fehlender Testdaten von vornherein unmöglich gewesen wäre, so hätte die Beklagte diesen Umstand im Abnahmeprotokoll vermerken und die Abnahme infolge mangelnder Testung der Daten als ge-

scheitert erklären müssen. Die Ausführungen der Beklagten vermögen aufgrund der explizit erteilten Abnahmeerklärungen (verbunden mit Vorbehalten) nicht zu überzeugen (vgl. act. 21 Rz. 310).

Eine Abnahme ist des Weiteren nicht schon dann als gescheitert zu bezeichnen, wenn sie mit Vorbehalten seitens des Bestellers verbunden wird. Die Beklagte setzt die Abnahme und die Genehmigung fälschlicherweise gleich, wenn sie anführt, dass die Voraussetzungen für eine Abnahme schon bereits darum nicht erfüllt gewesen seien, weil die Beklagte in sämtlichen der drei Protokolle Vorbehalte angebracht habe und diese in der Folge durch die Beklagte nicht ausgeräumt worden seien (act. 21 Rz. 309 ff.). Wie bereits an obiger Stelle dargelegt (vgl. C./2.4.), kann eine Abnahme mit Mängelrügen oder Vorbehalten durch den Besteller verbunden werden. Damit scheidet die Abnahme nicht, da der vorbehaltlosen Abnahme einzig die Bedeutung zukommt, dass der Besteller das Werk zeitgleich mit der Abnahme genehmigt. Wenn im vorliegenden Fall Vorbehalte durch die Beklagte angebracht wurden, so bedeutet dies zunächst einmal lediglich, dass das Werk grundsätzlich abgenommen, aber (noch) nicht genehmigt wurde.

Die durch die Beklagte angebrachten Vorbehalte hinderten die Abnahmen am 18. Dezember 2009 nach dem Willen der Beklagten offenkundig nicht, ansonsten sie die Abnahmen nicht grundsätzlich erklärt, sondern als gescheitert bezeichnet hätte. Folgerichtig hätte die Beklagte – e contrario der entsprechenden vertraglichen Regelung in Ziffer 7.1 Absatz 1 lit. a) des Dienstleistungsvertrages – die Abnahmeprotokolle gar nicht erst signiert bzw. hätte deren Unterzeichnung verweigert. Wäre die Abnahme als vollumfänglich gescheitert erklärt worden, wäre die Beklagte – den vertraglichen Bestimmungen folgend – nach Ziffer 7.1 Absatz 3 des Dienstleistungsvertrages vorgegangen und hätte der Klägerin einen eingeschriebenen Brief mit einer der Dringlichkeit und Komplexität angemessenen Frist zur Behebung von Mängel zukommen lassen. Da sie dies nicht getan hat, könnte das Vorgehen der Parteien in Bezug auf die Gesamtabnahme inklusive GAPS Prio 2 und 3 den vertraglichen Regelungen zufolge einzig unter Ziffer 7.1. Absatz 2 lit. a) subsumiert werden. In diesem Punkt ist der Klägerin beizupflichten (vgl. act. 28 Rz. 146), da eine andere Zuordnung dieser Fehlerliste zu einer durch

die Parteien im Dienstleistungsvertrag und dessen Anhängen getroffenen Regelung nicht ersichtlich ist. Indessen lässt das Verhalten der Klägerin unmittelbar nach dem 18. Dezember 2009 einzig den Schluss zu, dass sie die Abnahme am 18. Dezember 2009 nicht unter Ziffer 7.1. Absatz 2 lit. a) subsumieren wollte (vgl. nachfolgend C./2.5.5.).

Bei dem Vorgehen der Parteien handelt es sich sodann insbesondere nicht um ein Vorgehen gemäss Ziffer 7.1 Absatz 2 des Dienstleistungsvertrages (vgl. act. 3/4 S. 10). Diese Vertragsklausel regelt das Vorgehen bei Fehlern, "welche die Abnahme *verhindern*". Nach dieser Regelung gingen die Parteien – weder behauptet noch aus den Akten ersichtlich – gerade nicht vor. Es liegt kein eingeschriebener Brief mit einer förmlichen Mahnung, verbunden mit einer Nachfristsetzung, vor. Den Akten kann folgerichtig auch keine Reaktion der Klägerin im Sinne von Ziffer 7.1 Absatz 3, d.h. eine Mitteilung der Klägerin an die Beklagte bezüglich Einhaltung der durch die Beklagte festgelegten Nachbesserungsfrist, entnommen werden. Nach Ziffer 7.3 von Anhang C zum Dienstleistungsvertrag (vgl. act. 3/6 S. 25) gingen die Parteien des Weiteren ebenfalls nicht vor, da in lit. a-c das Anbringen eines Vorbehaltes anlässlich der Abnahme nicht vorgesehen bzw. geregelt wird.

Die Parteien lebten den vertraglichen Regelungen anlässlich der Abnahme am 18. Dezember 2009 demnach nicht nach, sondern entschieden sich mittels Statuierung von Vorbehalten für eine andere Vorgehensweise. Das nachvertragliche Verhalten der Parteien entsprach nicht dem früheren Vertragsschluss, weshalb im Ergebnis eine nachträgliche konkludente Vertragsänderung vorliegt (vgl. dazu KRAMER/SCHMIDLIN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI.1.1., Bern 1986, N 28 zu Art. 18 OR).

### 2.5.3. Kein Scheitern der Abnahme aufgrund fehlender weiterer Abnahmen

Es ist entgegen der Ansicht der Beklagten (vgl. act. 21 Rz. 286 ff.; act. 48 Rz. 297 ff., Rz. 309) – in Bezug auf die Frage, ob am 18. Dezember 2009 eine (Teil-)Abnahme erfolgte – nicht von Belang, dass nach der Vertragsanpassung 1, welche am 18. Februar 2010 bzw. am 11. März 2010 von den Parteien unterzeichnet

wurde (vgl. act. 3/22 = act. 21/30 S. 5), kein weiteres Abnahmeprotokoll mehr unterzeichnet worden war (act. 21 Rz. 295). Die Beklagte macht diesbezüglich implizit geltend, dass ihre am 18. Dezember 2009 abgegebenen Annahmeerklärungen aufgrund der statuierten Vorbehalte suspensiv bedingt gewesen seien, d.h. die am 18. Dezember 2009 erfolgten Abnahmen bis zur Erledigung der Vorbehalte bzw. deren Abnahmen in einem Schwebezustand gewesen seien.

Dem Standpunkt der Beklagten kann aus den folgenden Gründen nicht gefolgt werden: Der Umstand, dass die Beklagte den Werklohn für denjenigen Teil, welcher anlässlich der Abnahme vom 18. Dezember 2009 abgenommen wurde, anstandslos bezahlte und für denjenigen Teil, welcher die Vorbehalte beinhaltete, keine Zahlungen leistete (vgl. die Ausführungen von Q. \_\_\_\_\_ [Mitarbeiter der Beklagten] im E-Mail vom 22. Dezember 2009: "Dieser Rückbehalt ist für uns sehr wichtig. Dieser reflektiert die noch nicht vollständig erhaltenen Lieferobjekte entsprechend dem Gegenwert."; act. 22/28), weist darauf hin, dass die Parteien am 18. Dezember 2009 im Sinne einer nachträglichen konkludenten Vertragsänderung jedenfalls eine Teilabnahme vereinbarten. Aus dem ersten Absatz von Ziffer 6.2.2. des Dienstleistungsvertrages geht sodann hervor, dass die Beklagte berechtigt ist, während der Dauer der Gewährleistungspflicht die von den Parteien im separat abgeschlossenen Wartungsvertrag vereinbarten Leistungen in Anspruch zu nehmen. Die Gewährleistungspflicht beträgt sechs Monate ab Abnahme des Arbeitsergebnisses (act. 3/4 S. 8). Der Umstand, dass R. \_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Klägerin) in seiner E-Mail vom 18. Dezember 2009 (vgl. act. 22/28 S. 2) darauf hinwies, dass mit der Gesamtabnahme unter Vorbehalt ab dem 1. Januar 2010 der Softwarepflegevertrag in Kraft trat und diese Anmerkung in der Folge auf Seiten der Beklagten unwidersprochen blieb, belegt ebenfalls, dass am 18. Dezember 2009 zumindest eine Teilabnahme stattgefunden hatte. Auch der Umstand, dass die Beklagte die Rechnung Nr. 2010014 vom 15. Januar 2010 widerspruchslos bezahlte (vgl. act. 3/13 = act. 22/87), zeigt auf, dass für einen Teil des Werkes, welches am 18. Dezember 2009 abgeliefert worden war, bereits die Gewährleistungsphase eingetreten war und das Werk in Bezug auf diesen spezifischen Teil demzufolge bereits abgenommen wurde. Mit der Bezahlung der genannten Rechnung erweckte die Beklagte das berechtigte Vertrauen der Klägerin,

dass zumindest derjenige Werkteil, welcher nicht von den Vorbehalten betroffen war, am 18. Dezember 2009 abgenommen worden war (vgl. hierzu FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., N 999).

Auch die Vertragsanpassung Nr. 1 zu Anhang C (act. 3/16 = act. 22/30) vom 18. Februar 2010 respektive 11. März 2010 weist in diese Richtung. In dieser wird bezüglich des Abnahmedatums auf den 18. Dezember 2009 Bezug genommen (vgl. S.4), was ebenfalls ein gewichtiges Indiz dafür darstellt, dass am 18. Dezember 2009 zumindest eine Teilabnahme stattgefunden hatte. Hätte keine Teilabnahme stattgefunden, so hätte der 18. Dezember 2009 in der Vertragsanpassung Nr. 1 auch keine Erwähnung gefunden.

Die in den drei Abnahmeprotokollen vom 18. Dezember 2009 enthaltenen Erklärungen können aufgrund der vorstehend aufgezeigten Umstände einzig dahingehend gewürdigt werden, dass die Abnahme in Bezug auf diejenigen Werkteile, welche nicht vom Vorbehalt erfasst wurden, unwiderruflich erklärt wurde. Hätten die Parteien tatsächlich erst im Frühjahr 2010 eine einzige, alle Werksarbeiten der Klägerin umfassende Abnahme gewollt, so hätten sie die Abnahmeprotokolle am 18. Dezember 2009 gar nicht erst unterzeichnet bzw. hätte die Beklagte die bis dato zu Stande gekommenen Arbeitsergebnisse als gescheitert erklärt und dementsprechend auch keine Abnahmeerklärung zu Protokoll gegeben. Vor diesem Hintergrund kann nicht konstatiert werden, dass die Abnahme sämtlicher Arbeiten der Klägerin erst nach der Erledigung der Vorbehalte hätte erfolgen sollen.

Nach dem Gesagten lag eine Teilabnahme vor. Die am 18. Dezember 2009 erfolgte Teilabnahme kann mithin auch für den Fall, dass die Klägerin die Erledigung der Vorbehalte im Frühjahr 2010 nicht belegen könnte (vgl. hierzu nachfolgend C./5.), durch die Beklagten nicht im Nachhinein einseitig als vollumfänglich gescheitert erklärt werden.

#### 2.5.4. Bonifizierung der Mitarbeiter der Klägerin

Nicht von Belang ist der von der Beklagten angeführte Umstand, dass sie die Gesamtabnahme lediglich erklärt habe, um den Mitarbeitern der Klägerin ihre Boni

zu ermöglichen. Dies habe sie getan, weil die Mitarbeiter der Klägerin ein von der Beklagten unterzeichnetes Protokoll benötigt hätten, um dieses den zuständigen Entscheidungsträgern bei der Klägerin vorzulegen, damit diese die Bonuszahlungen an die Mitarbeiter der Klägerin ausrichten würden (act. 21 Rz. 99; act. 48 Rz. 222). Dieses Vorbringen der Beklagten erscheint unbehelflich. Tatsache ist, dass die Beklagte diese Erklärung freiwillig abgab. Der Beweggrund für die Abgabe der Abnahmeerklärung ist von vornherein nicht von Relevanz, ansonsten eine Abnahmeerklärung mit solcherlei Argumenten stets einseitig torpediert werden könnte, was der Rechtssicherheit nicht zuträglich wäre. Bezieht sich ein Irrtum im Zusammenhang mit einem Vertragsschluss bloss auf den Beweggrund, so ist der Irrtum gemäss Art. 24 Abs. 2 OR nicht wesentlich, weshalb der Vertrag nicht unverbindlich ist. Analog zu einem solchen blossen Motivirrtum beim Vertragsschluss erscheint auch das vorliegend von der Beklagten portierte Motiv, würde es zutreffen, nicht geeignet, um die Wirkungen der Abnahmeerklärung zu verhindern. Bei der Abnahme handelte es sich im Übrigen um eine entscheidende Etappe innerhalb des gesamten IT-Projektes. Angesichts der elementaren Bedeutung der Abnahme für den Fortgang der Arbeiten respektive der daran anknüpfenden Rechtsfolgen, welche der Beklagten aufgrund deren umfassender Regelung in den Vertragswerken bekannt gewesen waren, erscheint es nicht nachvollziehbar und ist ernsthaft auch nicht anzunehmen, dass die Abnahmeerklärungen allein auf blosses Entgegenkommen ("Goodwill") gegenüber den Mitarbeitern der Klägerin zurückzuführen sein sollen.

#### 2.5.5. Korrespondenz im Nachgang zum 18. Dezember 2009

Die Parteien verweisen auf die am 18. Dezember 2009 sowie einige Tage danach ausgetauschte Korrespondenz, um ihre jeweiligen Standpunkte zu untermauern (vgl. act. 21 Rz. 100 ff., insbesondere Rz. 109-11, Rz. 164, Rz. 316; act. 28 Rz. 148 ff.; act. 48 Rz. 271; Rz. 274 ff.; Rz. 300). Der E-Mail von R. \_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Klägerin) an Q. \_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Beklagten) vom 18. Dezember 2009 ist (unter anderem) folgende Textpassage zu entnehmen: "*...in Bezug auf die Gesamtabnahme "...27 - Gesamtabnahme GAPS" möchten wir Euch, wie heute morgen mit M. \_\_\_\_\_ und N. \_\_\_\_\_ bereits im Meeting besprochen, folgende*

*Gewährleistung schriftlich zusichern: Der Projektstatus L.\_\_\_\_\_ bleibt auch nach Unterschrift der Gesamtabnahme gewährleistet."* Diese "Gewährleistung" bedeutet, dass ein fest definiertes Team die offenen Tasks gemäss der Ticketliste weiterhin bearbeite (vgl. act. 22/24 S. 1). Q.\_\_\_\_\_ führte in seiner E-Mail an R.\_\_\_\_\_ vom 22. Dezember 2009 (act. 22/28) sodann Folgendes aus: *"Wir haben die Abnahmen ja letzte Woche mit entsprechenden Vorbehalten unterzeichnet. Für uns ist es zentral, dass damit nicht der Abschluss des Werkes gleich gesetzt wird (wurde ja auch so von Dir im e-mail unten bestätigt), sondern dass die offenen Punkte und Vorbehalte sowie der Abschluss des Projektes noch mit gleicher Intensität und Fokus wie bis jetzt abgearbeitet werden."* Aus dem von R.\_\_\_\_\_ an Q.\_\_\_\_\_ versandten E-Mail vom 23. Dezember 2009 geht sodann folgende Bemerkung hervor: *"Wir haben das gleiche Verständnis, die definitive Abnahme des Werkes gilt erst nach Erledigung der festgehaltenen offenen Punkte."* (act. 22/29 S. 1).

Die Klägerin sichert der Beklagten in ihrer E-Mail vom 18. Dezember 2009 eine "Gewährleistung" zu hinsichtlich der Aufrechterhaltung des Projektstatus' L.\_\_\_\_\_. Aus R.\_\_\_\_\_s Äusserung geht hervor, dass die Klägerin davon ausging, dass am 18. Dezember 2009 eine Gesamtabnahme stattfinden würde, der Beklagten indes explizit zusicherte, dass weitere anfallende Arbeiten weiterhin durch die Mitarbeiter der Klägerin erledigt würden. Die Beklagte führte in ihrer E-Mail vom 22. Dezember 2009 sodann aus, dass die Abnahmen vom 18. Dezember 2009 nicht mit dem "Abschluss des Werkes" gleichgesetzt werden könne. Der Umstand, dass die Beklagte die Abnahme und den "Abschluss des Werkes" auseinanderhält, zeigt auf, dass am 18. Dezember 2009 durchaus eine Abnahme gewisser Werkteile stattfand, indes nach der Auffassung der Beklagten die vollständige Fertigstellung des kompletten Werkes, d.h. der ganzen Gesamtbankensteuerung, noch nicht eingetreten war. Im Ergebnis trat damit am 18. Dezember 2009 eine Aufspaltung der "Gesamtabnahme inkl. GAPS Prio 2 und 3", der Abnahme des Arbeitspakets "Integration" sowie des Arbeitspakets "Produktive Inbetriebnahme" ein. Da die Beklagte dieses Verständnis der Beklagten mit E-Mail vom 23. Dezember 2009 bestätigte, ist davon auszugehen, dass sich die Parteien am 18. Dezember 2009 darüber einig waren, eine Abnahme, welche nicht gleichbe-

deutend mit dem "Abschluss des Projektes" war, d.h. im Ergebnis eine Teilabnahme, durchzuführen. Der Korrespondenz kann somit mit anderen Worten in Bezug auf die Auslegung der Abnahmeerklärungen entnommen werden, dass die Parteien übereinstimmten, dass das Werk noch nicht in allen Teilen vollendet war, indes die Vorbehalte in Bezug auf die noch nicht vollendeten Teile eine am 18. Dezember 2009 stattfindende Teilabnahme nicht hindern sollte. Die Parteien kamen somit am 18. Dezember 2009 überein, dass trotz der in den Abnahmeprotokollen festgehaltenen Vorbehalte bereits eine teilweise Abnahme erfolgen sollte. Die Parteien haben mit diesem Vorgehen eine Zwischenform gewählt, welche durch ihre vertraglichen Bestimmungen gedeckt erscheint. So geht aus Ziffer 7.2 des Anhangs C zum Dienstleistungsvertrag wie bereits erwähnt explizit hervor, dass Teilabnahmen erfolgen können. Da die Parteien Teilabnahmen in ihren Verträgen vereinbart haben, durchbrachen die Parteien das Prinzip, wonach ein Werk bei der Abnahme vollendet sein muss, nicht, sondern einigten sich (zumindest konkludent) darauf, das Werk am 18. Dezember 2009 in einzelnen Teilen abzuliefern bzw. abzunehmen. Die Beklagte hält in ihrer Duplik denn auch fest, dass es sich bei der Abnahme am 18. Dezember 2009 "wenn schon, nur noch um eine Teilabnahme" gehandelt habe (act. 48 Rz. 130).

Wie bereits dargelegt muss ein Werk – und zwar auch ein Teilwerk – bei dessen Ablieferung vollendet sein. Es stellt sich daher die Frage, ob das am 18. Dezember 2009 abgelieferte Teilwerk als vollendet angesehen werden kann. Die Beklagte macht in der Duplik nicht geltend, dass eine Teilabnahme scheiterte, weil das Teilwerk als solches noch nicht fertiggestellt war. Sie führt diesbezüglich aus, dass eine Teilabnahme scheiterte, weil die Software der Klägerin noch fehlerhaft gewesen sei (act. 48 Rz. 25). Dieser Standpunkt ist indes nicht stichhaltig. Wie bereits aufgezeigt, ist die Abnahme des Werkes von dessen Mängelfreiheit zu unterscheiden. Auch ein mangelhaftes (Teil-)Werk kann abgeliefert bzw. abgenommen werden. Die diesbezügliche Argumentation der Beklagten verfängt daher nicht.

Des Weiteren ist festzuhalten, dass selbst dann, wenn das am 18. Dezember 2009 von der Klägerin abgelieferte Teilwerk noch nicht vollendet gewesen wäre,

die Abnahme aufgrund des Prinzips von Treu und Glauben durch die Beklagte im Nachhinein nicht verweigert werden kann. Wie bereits ausgeführt, bezahlte die Beklagte die Wartungspauschale für das Jahr 2010. Sie beglich sodann auch die Rechnungen für denjenigen Werkteil, welcher von den Vorbehalten nicht umfasst war. Diese Umstände erweckten das berechtigte Vertrauen der Klägerin, dass die Beklagte den von den Vorbehalten nicht betroffenen Werkteil als abgenommen anerkannte. Eine Teilabnahme ist daher (auch) gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben zu bejahen.

Die Klägerin macht des Weiteren für den Fall, dass aus dem E-Mail-Verkehr vom 22. Dezember 2009 und 23. Dezember 2009 eine Zustimmung der Klägerin zur beklagten Behauptung, wonach das Werk noch nicht abgeschlossen gewesen sei, abgeleitet werden könne, geltend, dass für eine solche Vereinbarung die Schriftform erforderlich gewesen wäre. Gemäss Ziffer 15 des Dienstleistungsvertrages würden Änderungen und Ergänzungen des Vertrags zu ihrer Gültigkeit der Schriftform bedürfen und würden erst mit rechtsgültiger Unterzeichnung durch beide Parteien gültig. Von der Vereinbarung gemäss Ziffer 7.2 des Dienstleistungsvertrages, wonach das Arbeitsergebnis als abgenommen gelte, wenn das Abnahmeprotokoll samt allfälliger Fehlerliste unterzeichnet werde, könne demnach nicht per E-Mail abgewichen werden (act. 28 Rz. 150). Diesem klägerischen Einwand ist zu entgegnen, dass es trotz eines Schriftformvorbehaltes möglich ist, dass sich die Parteien formlos über eine Vertragsänderung oder -aufhebung einigen. Dies ist stillschweigend oder durch konkludentes Handeln möglich, beispielsweise indem sich die Parteien über längere Zeit über die vereinbarte Form hinwegsetzen oder den Vertrag vorbehaltlos erfüllen (vgl. BGE 105 II 78; BGE 125 III 263 E. 4; BSK OR I-SCHWENZER, N 10 zu Art. 16 OR; KRAMER/SCHMIDLIN, a.a.O., N 49 zu Art. 16 OR). Aus den Abnahmeprotokollen vom 18. Dezember 2009, den E-Mails vom 22. Dezember 2009 sowie 23. Dezember 2009 sowie dem Verhalten der Parteien nach dem 18. Dezember 2009 geht hervor, dass sich die Parteien – zumindest konkludent – darauf einigten, am 18. Dezember 2009 eine Teilabnahme durchzuführen. In der Folge hielten sich die Parteien bis zur Kündigung der Beklagten im September 2010 an diese im Dezember 2009 getroffene Regelung. Erst im Nachgang zur Kündigung wurde strittig, wie das Vorgehen der

Parteien am 18. Dezember 2009 zu werten sei. Der Schriftformvorbehalt in Ziffer 15 des Dienstleistungsvertrags wurde mithin durch das konkludente Handeln der Parteien ausgehebelt. Damit erweist sich der Hinweis der Klägerin, dass der in den E-Mails vom 22. Dezember 2013 sowie 23. Dezember 2013 festgehaltene Wille der Parteien den Schriftformvorbehalt nicht hätten aushebeln können, als unbehelflich.

Die Auslegung der in den vorgenannten E-Mails (vgl. act. 22/24; act. 22/28-29) enthaltenen Erklärungen der Parteien wird entgegen den Ausführungen der Beklagten (vgl. act. 48 Rz. 287) auch nicht durch das von P.\_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Beklagten) verfasste E-Mail vom 15. März 2010 entkräftet (act. 22/34). Die in jenem E-Mail enthaltene Aussage, wonach in Bezug auf die Meilensteine 25, 26 sowie 27 weder eine Abnahme noch eine Freigabe der zurückbehaltenen Zahlungen erfolge, kann angesichts der in den Abnahmeprotokollen enthaltenen klaren Erklärungen nicht dahingehend gewertet werden, dass am 18. Dezember 2009 überhaupt keine (Teil-)Abnahme stattgefunden hatte. Diese Ausführungen von P.\_\_\_\_\_ bezogen sich auf die nach Ansicht der Beklagten im Frühjahr 2010 noch unerledigten Vorbehalte, weshalb eine Freigabe der (explizit für diese Vorbehalte statuierten) Zahlungsrückbehalte verweigert wurde. Dies bedeutet jedoch wie bereits aufgezeigt nicht, dass die Abnahme vom 18. Dezember 2009 als vollumfänglich gescheitert bezeichnet werden müsste.

#### 2.5.6. Fazit

Es kann einerseits entgegen der Ansicht der Klägerin (vgl. act. 28 Rz. 144) nicht von der Ablieferung eines vollumfänglich fertiggestellten, d.h. in allen Teilen vollendeten Werks ausgegangen werden. Eine andere Auffassung würde mit der Aussage der Klägerin im E-Mail vom 23. Dezember 2009, wonach die definitive Abnahme erst nach der Erledigung der festgehaltenen offenen Punkte gelte, nicht übereinstimmen. In Randziffer 20 der Klageschrift hält die Klägerin bezeichnenderweise selber fest, dass am 18. Dezember 2009 eine Teilabnahme stattgefunden hatte (vgl. sodann auch act. 28 Rz. 255).

Andererseits kann eine Ablieferung bzw. Abnahme entgegen der Ansicht der Beklagten aufgrund ihrer im Abnahmeprotokoll festgehaltenen expliziten Abnahmeerklärung auch nicht als vollends gescheitert bezeichnet werden. Die Beklagte kann sich nicht im Nachhinein darauf berufen, dass am 18. Dezember 2008 gar kein Werkteil abgenommen worden war, da sie durch die ausdrücklichen Erklärungen in den Abnahmeprotokollen, der Bezahlung derjenigen Werkteile, welche nicht vom Vorbehalt betroffen waren sowie der Bezahlung der Wartungspauschale 2010 das berechtigte Vertrauen der Klägerin erweckt hat, dass sie den zumindest im Umfang der nicht mit den Vorbehalten verknüpften Werkteil als abgeliefert bzw. abgenommen anerkannte.

#### 2.5.7. Spaltung der Rechtsfolgen

Die von den Parteien praktizierte Zwischenform, welche von den der vertraglichen Regelung in Ziffer 7.1 des Dienstleistungsvertrages (act. 3/4 S. 10) abwich, führt zu einer Spaltung der Rechtsfolgen bezüglich der noch fertigzustellenden Teile (den Vorbehalten) sowie bezüglich der abgelieferten, d.h. von der Beklagten abgenommenen Teile. Bezüglich der abgenommenen Teile war die Leistung der Klägerin grundsätzlich erbracht und folgte die Gewährleistungsphase (Mängelbesehung). In Bezug auf die noch nicht abgenommenen Teile war die Vertragsleistung der Klägerin am 18. Dezember 2009 demgegenüber noch nicht erbracht. Die Klägerin behauptet indes, dass sie diese Teile noch vor der Rücktrittserklärung der Beklagten bearbeitet bzw. erledigt habe. Gelingt ihr dieser Beweis, so ist der Beklagten der Rücktritt hinsichtlich dieser Werkteile verwehrt.

Bereits zuvor ausgegliedert wurden indessen die Teile (Module) "Prozesskostenrechnung", "Planner" sowie "S.\_\_\_\_\_" (bzw. "C3.\_\_\_\_ Connector"; vgl. act. 22/15 und act. 3/16-18 = act. 22/30-32). Die Beklagte führt in diesem Zusammenhang zwar aus, dass diese Module nicht "ausgeklammert" gewesen seien (act. 21 Rz. 334), indes ist in der Vertragsanpassung Nr. 1 von den "herausgelösten Modulen Planner und PKR" die Rede (vgl. act. 3/16 S. 3). Die Module "Prozesskostenrechnung", "Planner" sowie "S.\_\_\_\_\_" (bzw. "C3.\_\_\_\_ Connector") waren im Zeitpunkt der "Kündigung" vom 15. September 2010 mithin noch nicht vollendet und abgeliefert respektive abgenommen.

### 3. Rechtsfolgen in Bezug auf die noch nicht erbrachten Leistungen

#### 3.1. Standpunkt der Klägerin

Die Klägerin führt zusammengefasst aus, dass die materiellen Voraussetzungen von Art. 366 OR nicht erfüllt seien. Es könne nicht von einem unvollendeten Werk ausgegangen werden und es gebe auch keinen Rückstand der Klägerin im Sinne von Art. 366 Abs. 1 OR (act. 28 Rz. 213 ff.; act. 42 Rz. 53 ff.). Sodann seien auch die formellen Voraussetzungen der besagten Gesetzesbestimmung nicht erfüllt, da seitens der Beklagten weder eine Rücktrittserklärung noch eine Mahnung mit Ansetzung einer Nachfrist vorliege (act. 1 Rz. 47; act. 28 Rz. 189 ff.; act. 42 Rz. 63 ff.).

#### 3.2. Standpunkt der Beklagten

Die Beklagte macht insbesondere geltend, dass die von der Klägerin behauptete Abnahme nie stattgefunden habe, weshalb ein vollendetes "Grundwerk" nie abgeliefert worden sei. Sie sei daher gemäss Ziffer 7.2 des Dienstleistungsvertrages berechtigt gewesen, vom Vertrag zurückzutreten (act. 21 Rz. 320, Rz. 438 ff.). Des Weiteren sei die Beklagte entgegen der Auffassung der Klägerin auch berechtigt gewesen, gestützt auf Art. 366 OR vom Vertrag zurückzutreten (act. 21 Rz. 321). Die Integrationsabnahme sei auf den 30. September 2009, die produktive Inbetriebnahme auf den 2. November 2009 sowie die Gesamtabnahme auf den 30. November 2009 terminiert gewesen. Die Klägerin habe die letzten beiden Arbeitspakete am 18. Dezember 2009 – mithin verspätet – zur Abnahme bereit gestellt. Keiner dieser Termine sei eingehalten worden, weshalb sich die Klägerin in Verzug befunden habe (act. 21 Rz. 322 ff., Rz. 446). Nachdem die Klägerin sämtliche dieser Termine verpasst habe, sei der Klägerin erneut eine Nachfrist angesetzt worden. Die Abnahme hätte daraufhin am 18. Dezember 2009 stattfinden sollen. Diese sei indes ebenfalls gescheitert. Nach diesem Datum habe keine Abnahme mehr stattgefunden (act. 21 Rz. 447). Die Klägerin habe sich ohne Schuld der Beklagten so sehr im Rückstand befunden, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen gewesen sei. Dementsprechend sei sie ohne Weiteres zum Rücktritt berechtigt gewesen (act. 21 Rz. 448).

In Bezug auf die ausgegliederten Werke "Planner", "Prozesskostenrechnung" sowie "Reportinglösung" macht die Beklagte ebenfalls geltend, dass die fraglichen Module nicht an den fixierten Abnahmetermenin abgenommen worden seien, weshalb die Abnahme als gescheitert zu qualifizieren sei. Die Beklagte sei daher berechtigt gewesen, vom Vertrag zurückzutreten (act. 21 Rz. 334 ff.).

### 3.3. Rücktritt gestützt auf die vertragliche Regelung

In Ziffer 12.2 des Dienstleistungsvertrages heisst es unter dem Titel "Vertragsbeendigung", dass der Dienstleistungsvertrag, inklusive seiner Anhänge und allfälliger Nachträge, bis zu seiner vollständigen Erfüllung oder bis zu seiner gemäss den vertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen erfolgten Kündigung daure (vgl. act. 3/4 S. 14). Bestimmungen zur vertraglichen Kündigung finden sich einzig im Zusammenhang mit dem Scheitern der Abnahme und dem damit einhergehenden Vorgehen (vgl. Ziffer 7.1 sowie 7.2 des Dienstleistungsvertrages; act. 3/4 S. 10 f.).

Wie bereits an obiger Stelle dargelegt, ist ein Scheitern der Abnahme am 18. Dezember 2009 nicht erfolgt, da die Beklagte sämtliche Abnahmeprotokolle (vgl. act. 22/25-27) unterzeichnete. Die Abnahmen wurden damit nicht als gescheitert erklärt, sondern vielmehr grundsätzlich *erklärt*, wenn auch jeweils mit "Vorbehalt". Die Beklagte ist am 18. Dezember 2009, wie bereits aufgezeigt auch nicht nach den Bestimmungen von Ziffer 7.1 des Dienstleistungsvertrages vorgegangen. Abermals ist zu konstatieren, dass die Parteien den vertraglichen Regelungen in Bezug auf das Abnahmeprozedere in ihrem Geschäftsalltag nicht nachgelebt, sondern eine vertraglich nicht vorgesehene Zwischenform gewählt haben. Die Beklagte geht daher fehl, wenn sie anführt, dass die Gesamtabnahme am 18. Dezember 2009 gescheitert sei (vgl. act. 21 Rz. 449). Da eine Abnahme am 18. Dezember 2009 nicht vollumfänglich scheiterte, kann sich die Beklagte entgegen ihren Ausführungen (vgl. act. 21 Rz. 449; act. 48 Rz. 418) nicht auf Ziffer 7.2 des Dienstleistungsvertrages berufen.

Die Beklagte hätte sodann auch hinsichtlich der von ihr behaupteten Fehler bzw. fehlerhaften Verarbeitungsprozesse in Bezug auf die anlässlich der Abnahmen

vom 18. Dezember 2009 statuierten Vorbehalte (vgl. act. 21 Rz. 186, Rz. 193; act. 32 Rz. 31; vgl. auch das E-Mail der Beklagten vom 15. März 2010; act. 22/34) gemäss der vertraglichen Regelung in Absatz 3 von Ziffer 7.1. des Dienstleistungsvertrages vorgehen müssen. Die Beklagte liess der Klägerin jedoch keinen eingeschriebenen Brief mit angemessener Fristansetzung zur Behebung von Mängeln zukommen. Es trifft zwar zu, dass keine förmliche Abnahme der Erledigung der Vorbehalte erfolgte (dies macht die Klägerin auch nicht geltend), indes wäre ein Scheitern der Abnahme nach den vertraglichen Regelungen erst dann eingetreten, wenn die Beklagte den Regelungen in Absatz 3 von Ziffer 7.1 nachgekommen wäre und die Klägerin in der Folge die im Rahmen der Abnahmetests aufgetretenen Fehler innerhalb einer von der Beklagten angesetzten (zweimaligen) Frist nicht hätte beheben können. Da die Beklagte das im Vertrag definierte Verfahren nicht einhielt, kann sie sich nun auch nicht auf Ziffer 7.2 des Dienstleistungsvertrages berufen.

Die Beklagte macht verschiedentlich geltend (vgl. act. 21 Rz. 183, Rz. 191; act. 32 Rz. 18 f.), dass Abnahmetests erst gar nicht möglich gewesen seien, weshalb keine Abnahme habe erfolgen können. Den vertraglichen Regelungen zur Abnahme sind keine Bestimmungen für die von der Beklagten behauptete Fallkonstellation zu entnehmen, dass (Abnahme-)Tests gar nicht erst möglich sind. Aus Ziffer 7 geht indessen hervor, dass dem Abnahmeprotokoll innerhalb des Abnahmeprozesses entscheidendes Gewicht zukommt. Die Beklagte erstellte nach der am 18. Dezember 2009 erfolgten Teilabnahme keine Abnahmeprotokolle, in denen deutlich vermerkt wurde, dass die Abnahmen der Erledigungen der Vorbehalte mangels der erforderlichen Tests als gescheitert zu bezeichnen seien (vgl. hierzu Ziffer 7 act. 3/4 S. 10: "Der KUNDE erstellt für jeden durchgeführten Test ein Abnahmeprotokoll, worin deutlich vermerkt ist, ob die Abnahme erfolgreich war oder gescheitert ist."). Erst wenn aus einem Abnahmeprotokoll explizit ("deutlich") hervorgegangen wäre, dass eine Abnahme mangels der Möglichkeit, einen Abnahmetest durchzuführen, gescheitert war, hätte die Beklagten nach Ziffer 7.2 ("Scheitert die Abnahme...") vorgehen können. Die E-Mail der Beklagten vom 15. März 2010 (act. 22/34) stellt kein förmliches Abnahmeprotokoll dar, da es sich deutlich von den Abnahmeprotokollen unterscheidet, welche die Parteien

während des gesamten Projekts verwendeten (vgl. die diversen Abnahmeprotokolle unterschiedlichen Datums: act. 22/16-20; act. 22/25-27).

Selbst wenn man die E-Mail der Beklagten vom 15. März 2010 (act 22/34) als förmliches Abnahmeprotokoll auffassen würde, so ging die Beklagte im Anschluss unbestrittenermassen nicht nach Absatz 3 von Ziffer 7.1 des Dienstleistungsvertrages vor. Die Beklagte hätte der Klägerin bei Scheitern der Abnahme im Frühjahr 2010 eine zweifache Frist ansetzen müssen, innerhalb welcher die Klägerin Mängel hätte beheben bzw. hätte dafür sorgen müssen, dass brauchbare Testdaten bestehen. Das Zuwarten der Beklagten bis September 2010 entsprach nicht den vertraglichen Regelungen gemäss Ziffer 7 des Dienstleistungsvertrages und lässt sich im Übrigen auch nicht mit dem Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr vereinbaren. Indem die Beklagte erst im September 2010 ihren Rücktritt vom Vertrag gestützt auf Ziffer 7.2 des Dienstleistungsvertrags erklärte, liess sie zu, dass die Klägerin bis dahin an der Erledigung der Vorbehalte arbeitete, obwohl die Beklagte die diesbezüglichen Abnahmen bereits im März 2010 als gescheitert ansah (vgl. beispielsweise act. 48 Rz. 632), was sie der Klägerin mit E-Mail vom 15. März 2010 auch mitteilte. Wenn die Beklagte überhaupt einen Rücktritt auf Ziffer 7.2 des Dienstleistungsvertrages hätte abstützen können, so hätte sie die diesbezügliche Erklärung bereits im März 2010 und nicht erst im September 2010 abgeben müssen.

In Bezug auf die ausgeklammerten Module "Planner", "Prozesskostenrechnung" sowie "C3.\_\_\_\_\_ Connector" gelten gemäss Anhang D und Anhang E des Dienstleistungsvertrages (vgl. act. 3/17-18) die im Dienstleistungsvertrag sowie die im Anhang C des Dienstleistungsvertrages statuierten Bestimmungen, soweit diese nicht von den Bestimmungen in den Anhängen D und E abweichen. Die Behauptung der Beklagten, dass die Abnahmen gescheitert seien und sie deshalb gestützt auf die vertragliche Regelung vom Vertrag habe zurücktreten können, scheidet (auch diesbezüglich) an der Einhaltung des in Ziffer 7 des Dienstleistungsvertrages vorgeschriebenen Abnahmeprozederes. Auch in Bezug auf die genannten drei Module hätte ein Abnahmeprotokoll erstellt werden müssen, in welchem das behauptete Scheitern der Abnahmen (vgl. die diesbezüglichen Aus-

föhrungen der Beklagten in act. 21 Rz. 338) hätte festgehalten werden müssen. Damit kann die Beklagte ihren Rücktritt auch in Bezug auf die Module "Planner", Prozesskostenrechnung sowie "C3.\_\_\_\_\_ Connector" nicht mit Ziffer 7.2 des Dienstleistungsvertrag begründen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte ihren Rücktritt nicht auf Ziffer 7.2 des Dienstleistungsvertrags abstützen kann. Ziffer 12.2 des Dienstleistungsvertrages verweist in Bezug auf die Vertragsbeendigung auf die gesetzlichen Regelungen, weshalb auf diese im Folgenden einzugehen ist. In concreto ist zu prüfen, ob Art. 366 OR zur Anwendung gelangt.

### 3.4. Rücktritt gestützt auf Art. 366 OR

#### 3.4.1. Einleitung

In Bezug auf die noch nicht erbrachten Vertragsleistungen kommt entweder ein Rücktritt nach Art. 366 OR oder nach Art. 377 OR in Frage. Die Beklagte beruft sich (einzig) auf Art. 366 OR, weshalb vorab zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind.

#### 3.4.2. Rechtliches

Möchte der Besteller nach Art. 366 Abs. 1 OR vorgehen, hat er den Unternehmer nach einhelliger Ansicht von Lehre und Rechtsprechung zu mahnen sowie eine angemessene Nachfrist zur nachträglichen Erfüllung der Werkleistung anzusetzen. Art. 366 Abs. 1 OR bedarf mithin der Ergänzung durch die allgemeinen Verzugsbestimmungen von Art. 102 ff. OR (GAUCH, a.a.O., N 675; ZINDEL/PULVER, in: BSK OR I, Basel 2011, N 13 und N 19 zu Art. 366 OR). Die entsprechende Nachfristansetzung stellt eine Verfügung über die Forderung dar, wobei sie gleich der Mahnung durch ein einseitiges Rechtsgeschäft des Gläubigers erfolgt. Dieser bringt mit ihr rechtsverbindlich zum Ausdruck, dass er seine Leistungsaufforderung auf die Dauer der angesetzten Nachfrist begrenzen will. Die Nachfrist enthält mit anderen Worten die ultimative Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die verspätete Leistung innerhalb der angesetzten Frist vorzunehmen. Entscheidend dabei ist, dass der Schuldner nach Treu und Glauben erkennen kann, dass

der Gläubiger die verzögerte Leistung erhalten will und ihm hierzu nur noch die angesetzte Nachfrist zur Verfügung steht (WEBER, in: Berner Kommentar, Bern 2000, N 61 f. zu Art. 107 OR). Bei der Nachfristansetzung handelt es sich wie bei der Mahnung um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die an keine besondere Form gebunden ist (WIEGAND, BSK OR I, a.a.O., N 7 zu Art. 107 OR). Als einseitiges Rechtsgeschäft hat die Nachfristansetzung erhöhten Bestimmtheitserfordernissen zu genügen. Sie ist nur gültig, falls ihr Ende terminlich genau oder durch Angabe eines fixen Zeitraums angegeben wird. Der blosse Hinweis, dem Schuldner stehe eine angemessene Nachfrist zur Verfügung, reicht nicht aus (WEBER, a.a.O., N 63 zu Art. 107 OR m.w.H.).

Erst nach Ablauf der Nachfrist kann der Vertragsrücktritt erklärt werden (BGE 115 II 55), wobei diese Erklärung unverzüglich zu erfolgen hat, falls der Besteller ihn nicht schon bereits mit der Fristansetzung oder während noch laufender Frist angedroht hat (GAUCH, a.a.O, N 675). Falls aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sich eine Nachfrist als unnütz erweisen würde, ist die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung gemäss Art. 108 Ziff. 1 OR nicht erforderlich (Urteil des Bundesgerichts 4C.255/1996 vom 28. März 2000, E. 6c/aa, nicht publ. in BGE 126 III 230).

Hat der Unternehmer im Zeitpunkt des Rücktritts mit der Ausführung des Werkes bereits begonnen, so steht es dem Besteller frei, den Vertrag gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit ex nunc – ergo nur für die Zukunft – aufzulösen und das Werk, soweit es ausgeführt ist, zu beanspruchen (GAUCH, a.a.O., N 685).

Der Besteller hat die Erfüllung der dem Rücktrittsrecht nach Art. 366 Abs. 1 OR zugrunde liegenden materiellen und formellen Voraussetzungen nachzuweisen. Er trägt insbesondere die Beweislast dafür, dass der Unternehmer das Werk nicht mehr rechtzeitig hatte herstellen können (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 43 zu Art. 366 OR). Misslingt der Beweis, dass die Voraussetzungen für einen Rücktritt nach Art. 366 OR vorgelegen haben, so gilt der Rücktritt des Bestellers als Rücktritt (= Kündigung) im Sinne von Art. 377 OR, falls die Auslegung seiner Erklärung ergibt, dass er den Vertrag in jedem Falle beenden wollte (GAUCH, a.a.O., N 690).

### 3.4.3. Vorliegen der materiellen und formellen Voraussetzungen

3.4.3.1 Entscheidend erscheint vorliegend zunächst, dass die Parteien mit dem am 15. April 2009 unterzeichneten "Nachtrag zum Einzelvertrag (Projektvertrag) vom 30. Juni 2008 B.\_\_\_\_\_-2008-002-DL" festhielten, dass durch *"einen nicht ausschliesslich durch den Dienstleister verursachten Projektverzug"* die Zahlungs- termine neu zu regeln seien, wobei auch die entsprechenden Meilensteine neu terminiert wurden (vgl. act. 22/15 S. 3 f.). Der Meilenstein 25 ("Integrationsab- nahme") wurde auf den 30. September 2009, der Meilenstein 26 ("produktive In- betriebnahme") auf den 2. November 2009 und der Meilenstein 27 ("Gesamtab- nahme, GAPS") auf den 30. November 2009 terminiert.

Der Beklagten kann vor diesem Hintergrund nicht gefolgt werden, wenn sie be- hauptet, dass der Klägerin "dann" eine Nachfrist gewährt worden sei und die pro- duktive Inbetriebnahme am 2. November 2009 und die Gesamtabnahme am 30. November 2009 hätte erfolgen sollen, nachdem die Beklagte die gemäss An- hang C des Dienstleistungsvertrages vorgesehenen Termine (31. Juli 2009 sowie 30. September 2009) nicht eingehalten habe (vgl. act. 21 Rz. 446). Die Beklagte legt einerseits nicht rechtsgenügend dar, wann und an welche für die Klägerin handelnden Personen die von ihr behauptete Nachfristansetzung erfolgt war. Eine förmliche einseitige Nachfristansetzung hätte andererseits zu jenem Zeitpunkt oh- nehin jeglicher Logik entbehrt, da die Parteien mit Vertrag vom 15. April 2009 ge- meinsam festlegten, den Zeitplan neu zu terminieren und die "produktive Inbe- triebnahme" sowie die "Gesamtabnahme" auf den 2. November 2009 respektive 30. November 2009 festzusetzen. So heisst es in Ziffer 1 des "Nachtrages", dass die Parteien *im gegenseitigen Einvernehmen vereinbaren*, den Zahlungsplan ge- mäss nachfolgender Tabelle neu zu regeln (vgl. act. 22/15 S. 3 f.). Der Stand- punkt der Beklagten, wonach von einem gegenseitigen Einvernehmen keine Rede sein könne, da der Beklagten aufgrund der von der Klägerin nicht eingehaltenen Termine nichts anderes übrig geblieben sei, als die Terminverschiebungen hinzu- nehmen (vgl. act. 48 Rz. 159, Rz. 625; Rz. 628 f.), verfängt hierbei nicht. Die ver- tragliche Regelung vom 15. April 2009 ist eindeutig und lässt keinen Raum für die von der Beklagten portierten Einwände zu. Die Behauptung der Beklagten, wo-

nach sie aufgrund der faktischen Verhältnisse gezwungen worden sei, die Terminverschiebung zu akzeptieren, vermag angesichts des zitierten Wortlautes in Ziffer 1 des "Nachtrages" nicht zu überzeugen. Die Motivlage erscheint ohnehin unerheblich; die Beklagte macht nämlich in diesem Zusammenhang auch nicht geltend, dass sie sich beim Abschluss des erwähnten Vertrags in einem (relevanten) Irrtum befunden habe.

Aufgrund des eindeutigen Wortlautes des "Nachtrags" vom 15. April 2009 besteht kein Raum für ein davon abweichendes Verständnis. Der beidseitig beschlossene neue Zeitplan kann mithin von der Beklagten im Nachhinein nicht derart (um-)interpretiert werden, dass der Klägerin von der Beklagten eine Nachfrist gewährt worden wäre. Eine Nachfristansetzung stellt einen einseitigen Vorgang einer Partei dar und enthält die ultimative Aufforderung an die Gegenpartei, die verspätete Leistung innerhalb der angesetzten Frist vorzunehmen. Dem "Nachtrag" vom 15. April 2009 ist keine einseitige Aufforderung an die Klägerin, innerhalb einer gewissen Zeitspanne das Werk fertigzustellen, zu entnehmen. Der "Nachtrag" enthält vielmehr einen gemeinsam ausgehandelten und im gegenseitigen Einvernehmen festgesetzten neuen Zeitplan. Damit handelt es sich bei dem "Nachtrag" klarerweise nicht um eine schriftliche Abmahnung mit Nachfristansetzung im Sinne der diesbezüglichen Voraussetzung von Art. 366 Abs. 1 OR.

3.4.3.2. Die Behauptung der Beklagten, dass sie der Klägerin, nachdem diese die vorgenannten Termine verpasst hatte, erneut eine Nachfrist angesetzt habe (vgl. act. 21 Rz. 325, Rz. 447) bzw. die Terminverschiebung auf den 18. Dezember 2009 offenkundig eine Nachfristansetzung umfasst habe (act. 21 Rz. 325; act. 48 Rz. 369), vermag ebenfalls nicht zu überzeugen. Die Beklagte legt mit keinem Wort dar, wann und an wen, d.h. an welchen Mitarbeiter der Klägerin, eine solche Nachfristansetzung gerichtet worden war.

Dasselbe gilt für die Ausführungen der Beklagten, wonach der Klägerin auch nach dem 18. Dezember 2009 weitere Nachfristen angesetzt worden seien, wobei die entsprechenden Nachfristen in den Protokollen "Abnahme Produktion Inbetriebnahme" (act. 22/26) sowie "Gesamtabnahme" (act. 22/25) erwähnt worden seien (act. 21 Rz. 326; act. 48 Rz. 371; Rz. 378). Den besagten Protokollen ist keine

förmliche Mahnung, verbunden mit einer Nachfristansetzung, d.h. eine einseitige, explizite Aufforderung, zu entnehmen, eine verspätete Leistung innerhalb einer gewissen Zeitspanne vorzunehmen. Es handelt sich bei den im Zusammenhang mit den Vorbehalten statuierten Fristen vielmehr um eine durch die Beklagte innerhalb des Abnahmeprozederes angesetzte Zeitspanne, um die Vorbehalte der Abnahme zu erledigen. Mit deren Ablauf wäre die Klägerin nach vorangehender Mahnung in Verzug gekommen.

Besagter Frist im Zusammenhang mit den Vorbehalten kommt nicht die Bedeutung einer Mahnung und Nachfristansetzung im Sinne von Art. 102 ff. OR zu. So wurde einerseits seitens der Beklagten im Abnahmeprotokoll nicht explizit deklariert, dass es sich um die im Zusammenhang mit den Vorbehalten formulierte Frist um eine Mahnung, verbunden mit einer Nachfrist, im Sinne vom Art. 102 ff. OR handelt. Die Klägerin konnte damit (zurecht) davon ausgehen, dass diese Frist einzig im Zusammenhang mit der Abnahme Geltung beanspruchte. Andererseits kann bei dieser Frist nicht von einer einseitigen Aufforderung ausgegangen werden, da die Abnahmeprotokolle sowohl die Unterschriften der für die Beklagte als auch der für die Klägerin handelnden Personen tragen. Eine einseitige explizite Aufforderung, die verspätete Leistung innerhalb einer von der Beklagten bestimmten Zeitspanne vorzunehmen, liegt mithin nicht vor.

Hinsichtlich der Nachfristansetzung in Bezug auf die ausgegliederten Werke kann entgegen der Ansicht der Beklagten (vgl. act. 21 Rz. 347) aus den bereits dargelegten Gründen ebenfalls nicht von einer Nachfristansetzung ausgegangen werden. Der Umstand, dass eine Terminverschiebung stattfand, kann nicht automatisch mit einer förmlichen Mahnung, verbunden mit einer Nachfristansetzung, gleichgesetzt werden. Die Beklagte legt nicht hinreichend dar, weshalb die von ihr behauptete Terminverschiebung einer Nachfristansetzung entsprochen habe. Ein diesbezügliches Schreiben reichte sie nicht ein und nannte zudem auch keine Zeugen, welche eine mündliche Nachfristansetzung bezeugen könnten (vgl. act. 21 Rz. 347).

3.4.3.3. Selbst wenn man davon ausginge, dass die in den Abnahmeprotokollen "Gesamtabnahme" sowie "produktive Inbetriebnahme" enthaltenen Zeitspannen

als Mahnung, verbunden mit einer Nachfristansetzung im Sinne von Art. 102 ff. OR anzusehen wären, so würde die Argumentation der Beklagten an der Voraussetzung des unverzüglichen Vertragsrücktrittes scheitern. Nach Ablauf der in den Protokollen statuierten Nachfristen (bis zum 23. Dezember 2009, 27. Januar 2010 bzw. bis zum Ablauf der ersten Märzhälfte 2010 [act. 22/25-27]) erklärte die Beklagte unbestrittenermassen keinen unverzüglichen Rücktritt. Die Beklagte macht in diesem Zusammenhang auch nicht geltend, dass sich eine Nachfristansetzung als unnütz im Sinne von Art. 108 Ziff. 1 OR erwiesen hätte (weshalb sich eine solche erübrigt habe), sondern stellt sich, wie bereits dargelegt, explizit auf den Standpunkt, dass sie (mehrfach) Nachfristen angesetzt habe.

3.4.3.4. Dem Schreiben der Beklagten vom 2. September 2010 betreffend "Mängel in der Gesamtbankensteuerung" (vgl. act. 3/20) kann ebenfalls keine Nachfristansetzung entnommen werden. In diesem Schreiben benannte die Beklagte vergangene Verzögerungen und hielt fest, dass auch "gegenüber dem neuen Einföhrungstermin per Ende November 2010 ein Verzug von mehreren Monaten zu erwarten" sei. Des Weiteren nahm sie Bezug auf diverse ungelöste Probleme. Eine Fristansetzung erfolgte indes nicht. Dem Schreiben ist lediglich die Bemerkung zu entnehmen, dass "bis zur Behebung der geschilderten Punkte eine Einföhrung nicht erfolgen" könne, was zur Folge habe, dass keine weiteren Meilensteine erreicht werden könnten. Zudem erging ein Hinweis auf ein klärendes Gespräch, welches jedoch in der Folge nicht stattfand.

3.4.3.5. Den Akten können somit keine schriftlichen Abmahnungen mit Nachfristansetzung entnommen werden. Die Beklagte reichte keine entsprechenden Schriftstücke ins Recht. Sie offerierte sodann auch keine Zeugen, welche eine mündliche Nachfristansetzung bezeugen könnten (vgl. act. 21 Rz. 446 f.; act. 48 Rz. 369). Damit bleibt es unbelegt, dass die Klägerin durch die Beklagte förmlich abgemahnt und ihr eine Nachfrist angesetzt wurde.

#### 3.4.4. Fazit

Dass es immer wieder Verzögerungen im Projektablauf gegeben hat, ist angesichts der zwischen den Parteien ausgetauschten Korrespondenz als erstellt zu

erachten, wobei die Termine jeweils neu vereinbart und damit einvernehmlich erstreckt wurden; den Akten ist jedenfalls nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Eine förmliche Mahnung mit Fristansetzung ist während der gesamten vertraglichen Beziehung zwischen den Parteien aber nie erfolgt. Das Schreiben vom 2. September 2010 ("Mängel in der Gesamtbankensteuerung") kann mangels expliziter Nachfristansetzung lediglich als Unmutsäusserung und Feststellung offener Probleme angesehen werden.

Es ist demnach zu konstatieren, dass die Parteien mit dem "Nachtrag" vom 15. April 2009 im gegenseitigen Einvernehmen vereinbarten, den Zeitplan neu festzulegen. Damit wurde die spätere Leistungserbringung vereinbart, was folglich nicht zur Begründung eines Verzuges herangezogen werden kann. Nach den im "Nachtrag" angesetzten Terminen (30. September 2009, 2. November 2009 sowie 30. November 2009) erfolgte seitens der Beklagten keine förmliche Mahnung gegenüber der Klägerin mit Nachfristansetzung.

Die Beklagte kann ihren am 15. September 2010 erklärten Vertragsrücktritt nach dem Gesagten folglich weder auf die vertragliche Regelung in Ziffer 7.2 des Dienstleistungsvertrags noch auf Art. 366 Abs. 1 OR stützen. Rechtsgrundlage für den Rücktritt der Beklagten war mithin einzig Art. 377 OR (Rücktritt des Bestellers gegen Schadloshaltung des Unternehmers).

### 3.5. Rücktritt gestützt auf Art. 377 OR

#### 3.5.1. Einleitung

Zu Unrecht auf andere Normen gestützte Rücktrittserklärungen sind als Rücktritt im Sinne von Art. 377 OR zu qualifizieren (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 2 zu Art. 377 OR). Das Rücktrittsrecht verwirkt mit der Vollendung des Werkes. Beendet ist das Werk, wenn alle vereinbarten Leistungen erbracht sind. Die Ablieferung bzw. die Abnahme sowie allfällige Mängel des Werks sind hierbei unbeachtlich (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 6 zu Art. 377 OR).

Die Klägerin hat zunächst substantiiert zu behaupten und hernach für ihre Behauptungen den Beweis zu erbringen, dass sie die anlässlich der Abnahmen vom

18. Dezember 2009 angebrachten Vorbehalte vor dem am 15. September 2010 von der Beklagten erklärten Rücktritt vollumfänglich erledigt hat. Gelingt ihr der Beweis, dass die besagten Vorbehalte erledigt wurden, so stehen ihr die Rückbehalte für die am 18. Dezember 2009 noch nicht abgenommenen Teile im Umfang von CHF 25'000.– im Zusammenhang mit der "produktiven Inbetriebnahme", CHF 125'000.– im Zusammenhang mit der "Gesamtabnahme" (vgl. act. 1 Rz. 25) sowie CHF 25'000.– im Zusammenhang mit der "Integration B.\_\_\_\_-Fond" (vgl. act. 28 Rz. 297 ff.) zu. Vermag sie den besagten Beweis nicht zu erbringen, so würde grundsätzliche Art. 377 OR in Bezug auf die anlässlich der Teilabnahme vom 18. Dezember 2009 noch nicht vollendeten Werkteile (d.h. den nicht vollendeten "Vorbehalten") zur Anwendung gelangen (vgl. hierzu ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 11 zu Art. 377 OR). Allerdings müsste die Klägerin substantiiert behaupten und belegen, in welchem Umfang der von ihr geleistete Arbeitsaufwand von der Beklagten zu vergüten ist. Sie hätte sodann auch nachzuweisen, wie hoch der ihr entstandene Schaden aus den entzogenen Arbeiten ausfällt (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 22 zu Art. 377 OR).

In Bezug auf die ausgegliederten Module "Prozesskostenrechnung", "Planner" sowie "S.\_\_\_\_" gelangt (von vornherein) Art. 377 OR zur Anwendung, da diese Teile zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung unbestrittenermassen noch nicht vollendet waren. Zu prüfen ist, ob der Klägerin die Honorar beträge für die ausgegliederten Module "Prozesskostenrechnung", "Planner" sowie "S.\_\_\_\_" im Umfang von insgesamt CHF 114'000.– zustehen.

### 3.5.2. Parteibehauptungen in Bezug auf die erledigten Vorbehalte

3.5.2.1. Die Klägerin macht im Zusammenhang mit der produktiven Inbetriebnahme geltend, dass die Verarbeitungsabläufe vom November 2009 bis 23. Dezember 2009 vollumfänglich erfolgt sei. Aus dem Detail Report betreffend das Ticket 297 gehe hervor, dass T.\_\_\_\_ (Mitarbeiterin der Beklagten) am 22. Dezember 2009 "Verarbeitung durchlaufen" vermerkt habe. Damit habe sich der anlässlich der Abnahme der produktiven Inbetriebnahme angebrachte Vorbehalt erledigt (act. 1 Rz. 16). Des Weiteren seien auch die offenen Tickets in der Anlage 1 zum Gesamtabnahmeprotokoll bis Anfang 2010 vollumfänglich abgearbeitet worden.

Im Ticketstatus per 9. September 2010 seien sämtliche Tickets der Gesamtabnahme, für welche die Klägerin zuständig gewesen sei, nicht mehr aufgeführt bzw. abgearbeitet (act. 1 Rz. 18). Beim Ticket Nr. 285 mit der untersten Priorität 3, welches im Ticketstatus per 9. September 2010 im Zusammenhang mit der Klägerin erwähnt werden, handle es sich um einen Anpassungsantrag der Beklagten. Die Beklagte habe in der Folge auf diese Anpassung verzichtet. Im Ticketstatus per 9. September 2010 sei das Ticket Nr. 285 entsprechend mit dem Vermerk "zurückgestellt" versehen worden. Damit sei der Vorbehalt, welchen die Beklagte anlässlich der Gesamtabnahme vom 18. Dezember 2009 angebracht habe, spätestens am 31. August 2010 hinfällig geworden. Die Vorbehalte, welche die Beklagte in Bezug auf die produktive Inbetriebnahme und die Gesamtabnahme angebracht habe, seien somit spätestens am 31. August 2010 vollumfänglich dahingefallen (act. 1 Rz. 19 f.).

In Bezug auf die neuen Tickets, welche aus dem Ticketstatus per 9. September 2010 (act. 3/14) hervorgehen würden, seien drei Tickets mit Priorität 1 (Nr. 485, Nr. 486 sowie Nr. 498) der Klägerin zugeordnet worden. Das Ticket Nr. 485 betreffe einen nachträglichen Anpassungsantrag der Beklagten über eine zusätzliche Funktionalität. Das Ticket Nr. 486 stehe im Zusammenhang mit der vom IT-Dienstleister F.\_\_\_\_\_ verursachten fehlenden Robustheit der Verarbeitungsabläufe auf der Zulieferseite zum System der Klägerin. Schliesslich falle das Ticket Nr. 498 aufgrund des Entscheids der Beklagten für eine eigene Reportinglösung nicht mehr in die Zuständigkeit der Klägerin (act. 1 Rz. 21). Bei den drei besagten Tickets handle es sich mithin nicht um Vertragsverletzungen seitens der Klägerin (act. 1 Rz. 22).

Die Klägerin führt sodann in Bezug auf das Projekt "Integration" ebenfalls aus, dass sie die anlässlich der Abnahme vom 18. Dezember 2009 statuierten Vorbehalte bis spätestens 18. Januar 2010 erledigt habe (act. 28 Rz. 300). Die Beklagte habe daher spätestens seit der Erledigung des angebrachten Vorbehaltes keinerlei Grund mehr, ihr den im Zusammenhang mit dem Vorbehalt zurückbehaltenen Betrag im Umfang von CHF 25'000.- (zuzüglich MWST) vorzuenthalten (act. 28 Rz. 304).

Da die anlässlich der Abnahmen vom 18. Dezember 2009 angebrachten Vorbehalte spätestens seit 18. Januar 2010 (in Bezug auf die "Integration") respektive seit dem 31. August 2010 (in Bezug auf die "produktive Inbetriebnahme" und die "Gesamtabnahme") allesamt erledigt seien, habe die Beklagte keinerlei Grund mehr, der Klägerin die Zahlung der Rückbehalte in der Höhe von CHF 25'000.– ("produktive Inbetriebnahme"), CHF 125'000.– ("Gesamtabnahme") sowie CHF 25'000.– ("Integration") weiter vorzubehalten (act. 1 Rz. 61 ff.; act. 28 Rz. 154).

3.5.2.2. Die Beklagte bestreitet die Vorbringen der Klägerin vollumfänglich (vgl. act. 21 Rz. 181 ff.) und stellt sich insbesondere auf den Standpunkt, dass der Vermerk "Verarbeitung durchlaufen" nicht bedeute, dass der anlässlich der Abnahme angebrachte Vorbehalt erledigt sei. Der Vermerk lasse einzig darauf schliessen, dass der Verarbeitungsprozess am 22. Dezember 2009 nicht abgebrochen sei. Daraus könne indessen nicht gefolgert werden, dass die Daten *richtig* verarbeitet worden seien (act. 21 Rz. 184 f.; act. 32 Rz. 23, act. 48 Rz. 310). Wie sich aus einer E-Mail der Beklagten vom 15. März 2010 ergebe, sei der Verarbeitungsprozess nach dem 22. Dezember 2009 wohl nicht mehr abgebrochen, doch sei er nicht fehlerfrei gewesen. Eine *produktive Inbetriebnahme* sei deshalb am 15. März 2010 – und auch später – nicht möglich gewesen (act. 28 Rz. 186). Bestritten sei sodann auch, dass die offenen Tickets in der Anlage 1 zum Gesamtabnahmeprotokoll ab dem 1. Januar 2010 im Rahmen des Wartungs- und Softwarepflegevertrags von der Klägerin bearbeitet worden seien (act. 21 Rz. 187 ff.).

Die Beklagte führt weiter an, dass die klägerische Darstellung, wonach bis Anfangs 2010 die anlässlich der "Gesamtabnahme" angebrachten Vorbehalte abgearbeitet worden seien, inkorrekt sei (act. 21 Rz. 192 ff.). Es treffe nicht zu, dass bis Anfangs 2010 die anlässlich der "Gesamtabnahme" angebrachten Vorbehalte abgearbeitet worden seien. Eine Mehrzahl der Tickets sei "nicht gelöst" gewesen. Der Verarbeitungsprozess sei nach wie vor fehlerhaft gewesen (act. 21 Rz. 193). Es treffe ferner auch nicht zu, dass das Ticket Nr. 285 einen Anpassungsantrag der Beklagten betroffen habe (act. 21 Rz. 196). Der Umstand, dass die Beklagte

der Klägerin mitgeteilt habe, dass die Umsetzung vorläufig zurückgestellt werde, bedeute nicht, dass die Beklagte auf die Parametrierung der Klägerin verzichtet habe. Es könne deshalb nicht davon gesprochen werden, dass dieser anlässlich der Gesamtabnahme statuierte Vorbehalt spätestens am 31. August 2010 hinfällig geworden sei (act. 21 Rz. 200 f.).

Es treffe sodann in keiner Weise zu, dass die drei Tickets mit Priorität 1, d.h. die Tickets Nr. 485, Nr. 486 sowie Nr. 498, einen nachträglichen Anpassungsantrag über eine zusätzliche Funktionalität beschlagen hätten. Die drei Tickets hätten vielmehr elementarste Funktionen der klägerischen Software betroffen (act. 21 Rz. 212 ff.).

Hinsichtlich der Vorbehalte in Bezug auf das Werk "*Integration*" stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass eine Abnahme nach der vertraglichen Regelung erst nach der Durchführung von Abnahmetests hätte erfolgen können. Solche Tests seien nicht durchgeführt worden. Es könne keine Rede davon sein, dass der Vorbehalt weggefallen sei, indem das Ticket Nr. 261 geschlossen worden sei. Das Ticket sei von M.\_\_\_\_\_, einer Mitarbeiterin der Klägerin, geschlossen worden. Eine Abnahme setze aber voraus, dass diese durch die Beklagte erfolge, weshalb die Schliessung des Tickets durch die Beklagte hätte erfolgen müssen. (act. 32 Rz. 22). Es sei auch nicht so, dass die Schliessung des Tickets Nr. 261 bedeute, dass das Ticket erledigt sei. Das Tickets sei nämlich unter einer anderen Nummer weitergeführt worden (act. 32 Rz. 24). In Bezug auf das Ticket Nr. 260 sei beispielsweise "done" vermerkt. Dies sei bei Ticket Nr. 261 gerade nicht der Fall (act. 32 Rz. 26 f.) Es könne deshalb keine Rede davon sei, dass sich der "Vorbehalt" erledigt habe (act. 32 Rz. 28).

### 3.5.3. Rechtliches

Nach Art. 377 OR kann der Besteller, solange das Werk unvollendet ist, gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurücktreten. Das Rücktrittsrecht des Bestellers besteht längstens bis zur Vollendung, indes nicht bis zur Ablieferung respektive Abnahme des vollendeten Werkes (GAUCH, Der Rücktritt des Bestellers vom

Werkvertrag, in: Festschrift für Horst Locher, S. 36). Ratio legis der Bestimmung ist, der Veränderung der Verhältnisse und der Interessen des Bestellers Rechnung zu tragen (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 1 zu Art. 377 OR).

Die Rücktrittserklärung des Bestellers bewirkt die fristlose Beendigung des Werkvertrags. Der Vertrag wird ex nunc aufgelöst, weshalb Art. 377 OR entgegen seines Wortlautes ein Kündigungsrecht und nicht ein Rücktrittsrecht beinhaltet (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 11 zu Art. 377 OR). Der Besteller hat die bereits geleistete Arbeit und sämtliche Aufwendungen zu vergüten und dem Unternehmer volle Schadloshaltung (im Sinne des positiven Vertragsinteresses) zu gewähren. Im Gegenzug hat er Anspruch auf das unvollendete Werk.

Als Folge des Rücktritts hat der Besteller dem Unternehmer sämtliche bereits erbrachten Aufwendungen für die Vertragserfüllung zu vergüten. Das Gesetz erwähnt zwar lediglich den Ersatz der "Arbeit", indes sind nach einhelliger Auffassung sowohl der Arbeitsaufwand als auch die im Preis nicht enthaltenen Auslagen, beispielsweise für vom Unternehmer beschaffenen Werkstoff, zu entgelten. Berechnungsgrundlage bildet dabei der vertraglich festgelegte Preis (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 13 zu Art. 377 OR).

Art. 377 OR verpflichtet den Besteller zur "vollen Schadloshaltung des Unternehmers". Der Besteller hat einerseits die bereits geleistete Arbeit zu vergüten und andererseits das positive Vertragsinteresse des Unternehmers zu ersetzen, mithin auch entgangenen Gewinn (vgl. zum Ganzen GAUCH, a.a.O., N 542 ff.; ZINDEL/PULVER, a.a.O. N 15 ff.). Massgebend ist die sich aus dem Vertrag ergebende Gewinnmarge. In Abzug zu bringen ist, was der Unternehmer infolge der Auflösung des Werkvertrags anderweitig erwarb oder zu erwerben treuwidrig unterlassen hat. Die Methode der konkreten Berechnung des Schadenersatzes ist umstritten (Additionsmethode vs. Abzugsmethode; vgl. ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 16 ff, m.w.H.). Wurde ein Pauschalpreis vereinbart, so schuldet der Besteller vom vereinbarten Preis einen Teilbetrag, welcher sich aus dem Verhältnis der erbrachten Teilleistung zum Wert der Gesamtleistung ergibt (GAUCH, Der Rücktritt des Bestellers vom Werkvertrag, a.a.O., S. 37).

Die Beweislast hinsichtlich der Tatsache und des Zeitpunktes der Vertragsauflösung obliegt demjenigen Vertragspartner, der gestützt darauf den Untergang seiner Schuld oder den Vergütungs- und Schadenersatzanspruch geltend macht. Der Unternehmer hat den Schaden aus den entzogenen Arbeiten sowie die Aufwendungen und Auslagen für die erbrachten Arbeiten nachzuweisen. Dem Besteller obliegt demgegenüber die Beweislast dafür, dass ein Sachverhalt vorliegt, der ihn zur entschädigungslosen Vertragsauflösung berechtigt. Macht er geltend, dass der Unternehmer infolge der Vertragsauflösung anderweitigen Erwerb erzielt oder treuwidrig versäumt hat, so trägt er dafür die Folgen der Beweislosigkeit (vgl. zum Ganzen ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 22 zu Art. 377 OR, m.w.H.).

#### 3.5.4. Erledigung der Vorbehalte

##### 3.5.4.1. Vorbehalt in Bezug auf das Arbeitspaket "produktive Inbetriebnahme"

Aus dem Detail Report betreffend Ticket Nr. 297, welches die "produktive Inbetriebnahme" betrifft, geht hervor, dass T.\_\_\_\_\_ (Mitarbeiterin der Beklagten) am 22. Dezember 2009 festhielt, dass die Kundenproduktrechnung die "Verarbeitung durchgelaufen" habe (vgl. act. 3/12 S. 2). Den aus der Verarbeitung resultierende Status ("Resulting State") beschrieb sie als "Geschlossen, Beendet" ("Closed, Finished"). Der Beklagten ist beizupflichten, dass aus dieser Notiz tatsächlich nicht ersichtlich ist, ob der Fehler *definitiv* behoben war oder ob damit nicht lediglich – wie die Beklagte anführt (vgl. act. 21 Rz. 184 f.; act. 32 Rz. 23, act. 48 Rz. 310) – gemeint war, dass der Verarbeitungsprozess zwar am 22. Dezember 2009 nicht abgebrochen war, indes zu jenem Zeitpunkt (noch) nicht klar war, ob die Daten korrekt verarbeitet worden waren, d.h. der Fehler endgültig erfolgreich beseitigt werden konnte. Dem Detail Report betreffend Ticket Nr. 297 (act. 3/12 S. 2) kommt zu diesem Punkt nur beschränkt Beweiskraft zu, weil aus dieser Urkunde nicht ersichtlich wird, welche Version der Parteien sich als zutreffend erweist (vgl. auch act. 28 Rz. 153).

Dem anlässlich der Abnahme vom 18. Dezember 2009 statuierten Vorbehalt ist einzig zu entnehmen, dass die ausstehenden "Verarbeitungsläufe November" noch bis zum 23. Dezember 2009 durchlaufen und verarbeitet werden müssen –

von einer *definitiv erfolgreichen* Datenverarbeitung und einer erneuten Testung ist demgegenüber nicht die Rede (vgl. act. 22/27). Dass über die erfolgreiche (einmalige) Verarbeitung hinaus ein mängelfreies Produkt abgeliefert werden musste, d.h. die zukünftigen Verarbeitungsläufe keinerlei Fehler aufweisen durften, ist nach dem Wortlaut des Vorbehalts ebenfalls nicht vorgesehen. Es ist dem Vorbehalt auch nicht zu entnehmen, dass die Korrektheit der Daten erst durch weitere, erfolgreiche Verarbeitungen hätten geprüft werden müssen (vgl. act. 21 Rz. 185). Wie bereits an obiger Stelle dargelegt, betrifft das mangelhafte Werk die Thematik der Gewährleistung, während die zumindest einmalige erfolgreich durchlaufene Datenverarbeitung die Ablieferung eines fertiggestellten, d.h. vollendeten (aber unter Umständen eben nicht mängelfreien) Werks beschränkt. Die Abnahme eines Werkes setzt grundsätzlich voraus, dass es vollendet ist, d.h. der Unternehmer alle vereinbarten Arbeiten ausgeführt hat. Ob es mängelfrei ist, spielt dagegen für die Abnahme keine Rolle (vgl. Urteil 4C.132/2004 vom 17. März 2005, E. 2.2). Die Beklagte vermischt in unzulässiger Weise die Abnahme und die Gewährleistungsphase, wenn sie geltend macht, dass aus der Schliessung des Tickets Nr. 297 nicht gefolgert werden könne, dass die Daten richtig verarbeitet worden seien (vgl. act. 21 Rz. 184; act. 48 Rz. 747 mit Hinweis auf act. 22/34). Am 22. Dezember 2009 brach der Verarbeitungsprozess nicht ab, was auch die Beklagte eingesteht (vgl. act. 21 Rz. 184). Damit war der Vorbehalt, welcher vorsah, dass noch ausstehende Verarbeitungsabläufe November bis zum 23. Dezember 2009 durchlaufen und verarbeitet werden, erledigt und das Werk "produktive Inbetriebnahme" vollendet.

Die Klägerin behauptet indessen nicht, dass die Beklagte (vor ihrer Vertragskündigung vom 15. September 2010) die Erledigung des Vorbehalts in Bezug auf die "produktive Inbetriebnahme" im Sinne der vertraglichen Vereinbarung abgenommen hat. In Anhang C des Dienstleistungsvertrages wird bezüglich der Abnahme ein Prozedere definiert, welches insbesondere ein Testverfahren der Software beinhaltet (vgl. act. 3/6 S. 19 ff.; insbesondere Ziffer 7.1.8 "Fehlerbilanz und Abnahmeprüfung"). Auch wenn die Parteien anlässlich der Teilabnahme vom 18. Dezember 2009 die vertraglichen Abnahmemodalitäten insofern konkludent veränderten, als dass sie mit der Abnahme Vorbehalte verknüpften (ein Vorgehen, wel-

ches so in den vertraglichen Bestimmungen nicht vorgesehen war), so bedeutet dies nicht, dass sie auch von der Regelung, dass eine erfolgreiche Testung der Abnahme vorangeht, abgewichen wären. Dem anlässlich der Abnahme vom 18. Dezember 2009 statuierten Vorbehalt ist zwar wie bereits erwähnt einzig zu entnehmen, dass die ausstehenden "Verarbeitungsläufe November" noch bis zum 23. Dezember 2009 durchlaufen und verarbeitet werden müssen – von einer definitiv erfolgreichen Datenverarbeitung und einer erneuten Testung ist hingegen nicht die Rede. Indes geht aus einem E-Mail von Q.\_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Beklagten) vom 22. Dezember 2009 an R.\_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Klägerin) hervor, dass die Lieferobjekte erst dann erfüllt seien, wenn die erwähnten Vorbehalte erledigt und keine weiteren relevanten Fehler (gemäss Definition im Vertrag) während den abschliessenden Tests mehr vorhanden seien. Die Planung der Tests sei einerseits abhängig von den Lieferungen der einzelnen Partnern F.\_\_\_\_\_, ...H.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ sowie andererseits von der Möglichkeit der Installation und Bereitstellung sowie der Testdurchführung durch die Beklagte. Im Moment rechne die Beklagte mit der Gesamtabnahme im Frühjahr 2010 (vgl. act. 22/29). R.\_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Klägerin) widersprach den Ausführungen von Q.\_\_\_\_\_ in seiner E-Mail vom 23. Dezember 2010 in der Folge nicht, sondern zeigte sich vielmehr erstaunt darüber, dass die Beklagte die weitere Abnahme erst im Frühjahr 2010, und nicht bereits am 31. Januar 2010, geplant hatte (vgl. act. 22/29). Damit ist erstellt, dass die Klägerin damit einverstanden war, dass auch die Erledigung der Vorbehalte nochmals einer Abnahmeprüfung gemäss der vertraglichen Regelung in Ziffer 7 von Anhang C des Dienstleistungsvertrags unterzogen werden würde.

Der Vorbehalt in Bezug auf die "produktive Inbetriebnahme" war nach dem Gesagten somit erledigt und das Werk damit vollendet. Indes gehört nach der vertraglichen Regelung der Abnahme die Testung dazu, um die Erledigung prüfen zu können. Dass eine solche Testung der Erledigung des Vorbehalts stattfand, behauptet die Klägerin nicht. Sie macht auch nicht geltend, dass die Beklagte die Testung treuwidrig verzögert oder unterlassen habe. Auch wenn der fehlerhafte Verarbeitungsablauf, welcher das Ticket Nr. 297 betraf, durch dessen Schliessung erledigt worden war, wurde der Vorbehalt mithin nicht im Sinne der vertraglichen Regelung abgenommen. Zur Klarstellung ist in diesem Zusammenhang

festzuhalten, dass der Umstand, dass keine Abnahme stattfand, nicht mit einem Scheitern der Abnahme im Sinne der vertraglichen Regelung gleichzusetzen ist. Ein definitives Scheitern der Abnahme gemäss Ziffer 7.2 des Dienstleistungsvertrages hätte wie bereits an anderer Stelle (vgl. C./3.3.) erläutert vorausgesetzt, dass die diesbezüglichen formellen Anforderungen (deutliches Vermerken des Scheiterns in einem Abnahmeprotokoll) eingehalten worden wären.

Da die Erledigung des Tickets Nr. 297 durch die Beklagte nicht getestet und abgenommen wurde, ist die klägerische Forderung auf Zahlung des Rückbehalts im Zusammenhang mit der "produktiven Inbetriebnahme" im Umfang von CHF 25'000.– abzuweisen.

#### 3.5.4.2. Vorbehalt in Bezug auf die "Gesamtabnahme"

3.5.4.2.1. Hinsichtlich der Tickets Nr. 186 und Nr. 284 führt die Klägerin aus, dass diese seit der Gesamtabnahme vom 18. Dezember 2009 bei der IT-Dienstleisterin I.\_\_\_\_\_ bzw. der Beklagten (B.\_\_\_\_\_) selbst hängig gewesen seien (act. 52 Rz. 217 f.). Im Ticketstatus per 9. September 2010 seien sämtliche Tickets der Gesamtabnahme, für welche die Klägerin zuständig gewesen sei, nicht mehr aufgeführt bzw. abgearbeitet (act. 1 Rz. 18;). Die Beklagte bestreitet dieses Vorbringen der Klägerin abermals mit dem Argument, dass der Verarbeitungsprozess nach wie vor fehlerhaft gewesen sei (vgl. act. 21 Rz. 192 ff.). Das Ticket Nr. 186 sei von U.\_\_\_\_\_ an V.\_\_\_\_\_ (Klägerin) zugewiesen worden. Dieser habe es nicht erledigt, sondern es an einen Mitarbeiter eines Drittanbieters überwiesen, was zeige, dass die klägerischen Mitarbeiter nicht in der Lage gewesen seien, die Fehler zu beheben (act. 48 Rz. 336). Die Beklagte stellt sich ferner auf den Standpunkt, dass entgegen der Ausführungen der Klägerin die Anzahl der Tickets nach dem 18. Dezember 2009 nicht abgenommen, sondern zugenommen habe (act. 48 Rz. 339 f.).

Bei einem Vergleich der anlässlich der Abnahme vom 18. Dezember 2009 angefertigten Ticketliste (vgl. act. 3/11) mit dem Ticketstatus per 9. September 2010 (vgl. act. 3/14) wird ersichtlich, dass – ausser die Ticketnummern 186, 284, 285,

485 486 sowie 498 – die übrigen Nummern (vgl. beispielsweise Nr. 1, 22, 49, 126 etc.) nicht mehr aufgeführt werden. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass diese "offenen Tickets" (vgl. die Terminologie in act. 3/11) bearbeitet und dementsprechend erfolgreich erledigt wurden – ansonsten sie im Ticketstatus per 9. September 2010 wiederum aufgeführt worden wären. Aus dem genannten Ticketstatus geht bezüglich der Tickets Nr. 186 und Nr. 284 hervor, dass diese den Unternehmen "I.\_\_\_\_\_" und "B.\_\_\_\_\_" ("B.\_\_\_\_\_") zugeordnet wurden (vgl. act. 3/14 = act. 22/61). Die Beklagte erläutert nicht (vgl. act. 48 Rz. 749), weshalb die Tickets Nr. 186 sowie Nr. 284 immer noch in die Kompetenz der Klägerin fallen sollen, auch wenn diese in der Ticketliste vom 9. September 2010 einzig im Zusammenhang mit der "I.\_\_\_\_\_" sowie der Beklagten erwähnt werden. Die von ihr genannte Erklärung, dass das Ticket von der Klägerin an einen Mitarbeiter der "I.\_\_\_\_\_" einfach überwiesen worden sei, vermag nicht zu überzeugen. Die Beklagte führt in Bezug auf diese Tickets lediglich aus, dass diese immer noch offen gewesen seien. Der von der Beklagten angebrachte Einwand im Zusammenhang mit den Tickets Nr. 186 und Nr. 284, wonach der Verarbeitungsprozess nicht fehlerfrei gewesen sei, verfängt somit insofern nicht, als dass diese Tickets gar nicht mehr der Klägerin zugeordnet wurden und es daher – in Bezug auf die Klägerin – nicht von Belang ist, ob diese Tickets noch offen sind. Aufgrund des Ticketstatus per 9. September 2010 ist zu konstatieren, dass diese Tickets – wie von der Klägerin behauptet – nicht mehr ihr zugeordnet wurden, weshalb der diesbezügliche Vorbehalt als erledigt einzustufen ist.

3.5.4.2.2. Hinsichtlich des Tickets Nr. 285 führt die Klägerin aus, dass dieses im Ticketstatus per 9. September 2010 (act. 3/14) zurückgestellt worden sei, weshalb der Vorbehalt, welche die Beklagte anlässlich der Gesamtabnahme angebracht habe, spätestens am 31. August 2010 hinfällig geworden sei (act. 1 Rz. 19; act. 42 Rz. 163 ff.). Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass es sich dabei nicht um einen Anpassungsantrag der Beklagten handle (act. 21 Rz. 196; act. 48 Rz. 750). Der Umstand, dass sie die Umsetzung vorläufig zurückgestellt habe, bedeute nicht, dass sie damit auf die Parametrierung durch die Klägerin verzichtet habe. Es könne deshalb nicht davon gesprochen werden,

dass dieser Vorbehalt spätestens am 31. August 2010 hinfällig geworden sei (act. 21 Rz. 200 f.).

Die Klägerin legt zwar nicht dar, inwiefern es sich bei den Auswertungen und Kalkulationen auf der Stufe von Einzelgeschäften bzw. Kontraktnummern um einen Anpassungsantrag der Beklagten handelt bzw. weshalb die erwähnten Auswertungen und Kalkulationen nicht zu den vertraglich vereinbarten Anforderungen (vgl. hierzu Anhang C, act. 3/6 S. 5) gehören sollen. Dem Detail Report betreffend das Ticket Nr. 285 ist indessen zu entnehmen, dass es sich bei dem Ticket um eine "Change Request", d.h. einen Änderungsantrag, handelt (vgl. den Formulareintrag "Typ" in act. 3/15 S. 1). Bei dem Ticket Nr. 297 fungiert demgegenüber unter dem Formulareintrag "Typ" die Notiz "Fehler" (vgl. act. 3/12). Damit ist erstellt, dass es sich bei der von der Beklagten gewünschten Lösung um eine von ihr gewünschte Änderung handelt, die von der vertraglich festgelegten Anforderung an die klägerische Software abweicht. Die Beklagte unterstützte die von der Klägerin vorgeschlagene Vorgehensweise in Form einer kostenpflichtigen Detailanalyse in der Folge nicht (vgl. die diesbezüglichen Bemerkungen von W.\_\_\_\_\_ vom 31. August 2010; act. 3/15 S. 3). Auch dem Ticketstatus per 9. September 2010 (vgl. act. 3/14) ist zu entnehmen, dass unter der Rubrik "Nächste Aktivität" die Notiz "Zurückgestellt" fungiert. Unter der Rubrik "Bemerkungen" geht Folgendes hervor: "Grund: Kostenpflichtige Detailanalyse wird von B.\_\_\_\_\_ nicht unterstützt".

Es kann nicht der Klägerin angelastet werden, dass die Beklagte die von der Klägerin skizzierte Lösung einer von ihr (der Beklagten) gewünschten Vertragsänderung nicht unterstützte und die Umsetzung des Änderungsantrags (zumindest vorläufig) zurückstellte. Der Klägerin ist damit beizupflichten, dass das Ticket Nr. 285 als hinfällig einzustufen ist, weshalb sich der anlässlich der Gesamtabnahme vom 18. Dezember 2009 statuierte Vorbehalt in Bezug auf das Ticket Nr. 285 erledigt hat.

3.5.4.2.3. Die Klägerin behauptet, dass die Bearbeitung der drei Tickets Nr. 485, Nr. 486 sowie Nr. 498, welche aus dem Ticketstatus per 9. September 2009 ersichtlich würden (act. 3/14), aus unterschiedlichen Gründen nicht mehr in ihre

Verantwortung falle (act. 1 Rz. 22; act. 42 Rz. 170 ff.).

Gemäss der im vorliegenden Verfahren geltenden Verhandlungsmaxime (Art. 55 ZPO) ist es Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits darzulegen, wobei dieses seinem Verfahren (bzw. Entscheid) nur behauptete Tatsachen zugrunde legt (sog. Behauptungslast). Mit der Behauptungslast in engem Zusammenhang steht die sogenannte Substantiierungslast. Sie besagt, dass diejenige Partei, die Rechte geltend macht, die relevanten Tatsachen so umfassend (detailliert, "substantiiert") und klar darlegen (behaupten) muss, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (vgl. dazu SUTTER-SOMM/VON ARX, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., N 20 ff. zu Art. 55 ZPO).

Die betreffende Partei kann sich daher nicht mit allgemeinen, globalen Vorbringen begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunktes werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben; denn die Durchführung eines solchen setzt entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus. Die Anforderungen an die Konkretisierung der Behauptungen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der anzuwendenden Rechtsnorm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Auch Bestreitungen allgemeiner Art sind unbeachtlich. Jede für relevant gehaltene, konkrete Behauptung, die bestritten werden soll, muss einzeln bestritten oder durch eine eigene abweichende Sachdarstellung widerlegt werden. Das genügende Behaupten und Bestreiten der rechtserheblichen Tatsachen ist eine Obliegenheit, eine prozessuale Last, deren Nichterfüllung prozessuale Nachteile für die betreffende Partei zur Folge haben kann, indem bezüglich unsubstantiiert vorgetragener Sachverhalte kein Anspruch auf Beweisführung besteht und das Gericht auf das mangelhafte Parteivorbringen abstellt. Der nicht substantiiert vorgetragene Sachverhalt ist somit dem nicht bewiesenen gleichgestellt und führt, wenn Behauptungs- und Beweislast bei der klagenden Partei liegen, zur Abweisung des entsprechenden Anspruches. Das Gericht kann im Sinne der richterlichen Fragepflicht einen Sachverhalt nur erfragen, wenn dieser zumindest ansatzweise behauptet worden ist. Zudem entfällt die richterliche Fragepflicht, wenn die Gegenpartei auf eine ungenügende Substantiierung hinweist (vgl. dazu BGE 4C.225/2006 vom 20. September 2006 E. 2.4;

SCHMID, in: BSK ZGB I, N 29 und N 33 zu Art. 8 ZGB; WILLISEGGER, a.a.O., N 29 f. zu Art. 221 ZPO; BGE 127 III 365 E. 2.b m.w.H.; BGE 4C.211/2006 vom 26. Juni 2007 E. 3.1.; BGE 5P.210/2005 vom 21. Oktober 2005 E. 4.1.; ZR 102 [2003] Nr. 15, S. 68; BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, N 15 ff. zu Art. 221 ZPO und N 10 zu Art. 222 ZPO; BSK ZPO-LEUENBERGER,, N 43 f. zu Art. 221 ZPO und N 20 zu Art. 222 ZPO).

Vorliegend macht die Beklagte zwar nicht geltend, dass die Klägerin ihre Behauptungen bezüglich der Tickets Nr. 485, Nr. 486 sowie Nr. 498 ungenügend substantiiert habe (vgl. act. 21 Rz. 208 ff.). Festzuhalten ist indessen, dass bei anwaltlich vertretenen Parteien grösste Zurückhaltung hinsichtlich der Ausübung der richterlichen Fragepflicht angebracht ist und diese nicht dazu dienen kann, prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen (vgl. dazu insbesondere SUTTER-SOMM/VON ARX, a.a.O., N 31 zu Art. 56 ZPO; vgl. dazu auch: Urteile des Bundesgerichts 4A\_73/2014 vom 19. Juni 2014 E. 6.3.1.2, 4A\_57/2014 vom 8. Mai 2014 E. 1.3.2 und 4D\_57/2013 vom 2. Dezember 2013 E. 3.2). Es besteht vorliegend keinerlei Anlass, den anwaltlich vertretenen Parteien irgendwie zu helfen, ihre Rechtsstandpunkte nachzubessern, zu korrigieren oder zu verändern.

Unterliegt eine Streitigkeit der Dispositions- und Verhandlungsmaxime, so obliegt es dem Rechtssuchenden selber, die Tatsachen substantiiert zu behaupten und zu beweisen (vgl. Urteil 4A\_33/2010 vom 9. August 2010 E. 2.2; Urteil 4A\_169/2011 vom 19. Juli 2011 E. 5.3-E. 5.5). Da die vorliegende zivilrechtliche Streitigkeit der Dispositions- und Verhandlungsmaxime unterliegt, ist es an der Klägerin, die behaupteten Tatsachen hinreichend substantiiert darzulegen. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien verbietet es im vorliegenden Fall auch, der Klägerin durch gezieltes Nachfragen ein Verbessern ihrer Position bezüglich der Erledigung der Tickets Nr. 485, Nr. 486 sowie Nr. 498 zu ermöglichen.

In Bezug auf das Ticket Nr. 485 macht die Klägerin geltend, dass dieses einen nachträglichen Anpassungsantrag der Beklagten über eine zusätzliche Funktionalität betreffen würde. Sie legt indes mit keinem Wort dar, um welche zusätzliche Funktionalität es sich dabei überhaupt handelt (Inhalt und Umfang dieser Funktionalität) sowie wann und weshalb der von ihr behauptete nachträgliche Anpas-

sungsantrag der Beklagten erfolgte. Die Klägerin legt folglich nicht detailliert und klar dar, inwiefern es sich bei diesem Ticket um eine zusätzliche Funktionalität handelt. Damit kann zu dieser Behauptung auch nicht Beweis abgenommen werden, weshalb die behauptete Tatsache beweislos bleibt. Im Ergebnis fällt damit die Erledigung des Tickets Nr. 485 weiterhin in den Verantwortungsbereich der Klägerin.

Hinsichtlich der behaupteten fehlenden Robustheit der Verarbeitungsabläufe auf der Zulieferseite zum klägerischen System (Ticket Nr. 486) ist festzuhalten, dass die Klägerin nicht schlüssig darlegt, inwiefern sich diese angeblich fehlende Robustheit auf ihr System auswirkte. Die instabilen Verarbeitungsabläufe, welche gemäss der klägerischen Behauptung dem IT-Unternehmen F.\_\_\_\_\_ zuzuordnen sind, werden durch die Klägerin mit keinem Wort erläutert. Um Beweis über einen instabilen Verarbeitungsablauf abnehmen zu können (insbesondere mittels einer Expertise), müsste zunächst hinreichend detailliert aufgezeigt werden, wie sich die behauptete Instabilität bemerkbar machte (Inhalt und Umfang dieser Instabilität) und in welcher Art und Weise die fehlende Robustheit der Verarbeitungsabläufe das klägerische System überhaupt beeinträchtigte. Da die fehlende Robustheit der Verarbeitungsabläufe auf der Zulieferseite zum klägerischen System unsubstantiiert behauptet wurde, kann im Ergebnis nicht davon ausgegangen werden, dass die Erledigung des Tickets Nr. 486 nicht mehr in den Verantwortungsbereich der Klägerin fällt.

Das Ticket Nr. 498 betrifft nach der Behauptung der Klägerin den Entscheid der Beklagten für eine eigene Reportinglösung, weshalb das besagte Ticket nicht mehr in die Zuständigkeit der Klägerin falle. Die Klägerin legt nicht dar, inwiefern das Ticket Nr. 498 mit der Bezeichnung "Nicht zugeordnete Produkte" (vgl. act. 3/14 S. 2) im Zusammenhang mit der "Reportinglösung" steht. Sie reichte keinen Detail Report des Tickets ein, mittels welchem nachvollzogen werden könnte, dass das Ticket Nr. 498 die "Reportinglösung" beschlägt. Sie legt auch mit keinem Wort dar, weshalb ihr, und nicht der Beklagten, das Ticket Nr. 498 in der Ticketliste vom 9. September 2010 zugeordnet wird (vgl. act. 3/14 S. 2). Damit genügt ihre pauschale Behauptung, wonach das Ticket Nr. 498 nicht mehr in ihre

Zuständigkeit falle, in keiner Weise den Anforderungen an eine hinreichende Substantiierung der relevanten Tatsachen.

Da die Klägerin ihre Behauptungen bezüglich der Hinfälligkeit der Tickets Nr. 485, Nr. 486 sowie Nr. 498 nicht hinreichend substantiiert dargetan hat, kann darüber auch kein Beweis geführt werden, weshalb das betreffende pauschale Vorbringen nach dem vorstehend Ausgeführten so behandelt wird, wie wenn es beweislos wäre. Damit fallen diese Tickets nach wie vor in den Verantwortungsbereich der Klägerin. Die Erledigung des Vorbehalts in Bezug auf die "Gesamtabnahme" kann mithin mangels hinreichender Substantiierung der dafür relevanten Tatsachen nicht bejaht werden. Es kann folglich auch offen bleiben, ob die von den Beklagten angeführten, nach dem 18. Dezember 2009 entstandenen, weiteren Tickets (vgl. dazu act. 48 Rz. 339 f.) ebenfalls in die Zuständigkeit der Klägerin fallen.

Nach dem Gesagten ist die Klage in Bezug auf den Rückbehalt im Zusammenhang mit der "Gesamtabnahme" im Umfang von CHF 125'000.– abzuweisen.

#### 3.5.4.3. Vorbehalt in Bezug auf das Arbeitspaket "Integration"

##### 3.5.4.3.1. Erledigung des Vorbehalts

Aus dem Detail Report vom 30. Oktober 2009 (act. 29/53) hinsichtlich des Tickets Nr. 261 geht hervor, dass dieses durch M.\_\_\_\_\_ (Mitarbeiterin der Klägerin) am 18. Januar 2010 geschlossen bzw. gelöscht wurde (vgl.: "Closed, Finished"). Die Klägerin schliesst daraus, dass sich der anlässlich der Abnahme vom 18. Dezember 2009 angebrachte Vorbehalt in Bezug auf das Werk "Integration" erledigt habe (act. 28 Rz. 300). Die Beklagte führt dazu demgegenüber im Wesentlichen an, dass der Patch für den B.\_\_\_\_\_ -Fond bis zum 15. März 2010 ausgeliefert, indes aber wegen der instabilen Verarbeitungsprozesse nicht getestet worden sei und daher auch keine Abnahme stattgefunden habe (act. 32 Rz. 18). Die Schliessung des Tickets Nr. 261 bedeute nicht, dass das Ticket erledigt worden sei. Das Ticket sei vielmehr unter einer anderen Nummer weitergeführt worden, was sich aus dem im Detail Report vom 30. Oktober 2009 enthaltenen Eintrag "Neuer Prozess erstellt" ergebe (act. 32 Rz. 24 ff.). Die Einträge beim Ticket Nr. 261 würden von

den Einträgen bei den Tickets Nr. 260 und Nr. 262 abweichen, was belege, dass der Vorbehalt in Bezug auf das Ticket Nr. 261 eben gerade nicht erledigt gewesen sei (act. 32 Rz. 26 ff).

Der Umstand, dass das Ticket Nr. 261 nicht mehr in der Ticketliste per 9. September 2010 (vgl. act. 3/14) aufgeführt war, spricht für die Erledigung des besagten Tickets. Die Beklagte bringt in diesem Zusammenhang vor, dass das Ticket Nr. 261 das Modul "KPR" (Kundenproduktrechnung) betroffen habe und sich aus der Ticketliste per 9. September 2010 ergebe, dass noch einige Tickets bestanden hätten, welche sich auf dieses Modul bezogen hätten. Dies zeige auf, dass der Vorbehalt nicht erledigt gewesen sei. Die von der Beklagten angeführten Tickets Nr. 383 und Nr. 438 waren indessen der Beklagten selber zugeordnet (vgl. die Rubrik "Unternehmen"). Es ist im Zusammenhang mit diesen zwei Tickets ersichtlich, dass sich gewisse Datenverarbeitungen in der Testung befanden, wobei der "Juni-Retest" jeweils nicht erfolgreich war (vgl. Rubrik "Bemerkungen"). Aus der Ticketliste per 7. Juni 2010 (vgl. act. 22/40) geht hervor, dass das Ticket Nr. 261 am 18. Januar 2010 geschlossen, indes die Bemerkung "Neuer Prozess erstellt" angefügt wurde. Da sich gewisse Prozesse gemäss dem Ticketstatus per 9. September 2010 noch in der Testung befanden, liegt es nahe, dass die aus dem Ticket Nr. 261 entsprungenen neu erstellten Prozesse einer Testung (vgl. die zweimalige Bemerkung "Juni-Retest nicht erfolgreich") unterzogen wurden. Aus diesem Umstand kann indes nicht der Schluss gezogen werden, dass die Klägerin das Ticket Nr. 261 nicht bearbeitet und das Werk durch diese Bearbeitung vollendet hatte. Neue Prozesse, die aus dem Ticket Nr. 261 entsprungen waren, hindern die Vollendung des Vorbehalts "Integration" entgegen der Ansicht der Beklagten nicht. Da es bei der Erledigung des Vorbehalts einzig um die Bearbeitung des Tickets Nr. 261 ging, erscheint der Standpunkt der Beklagten, dass die Fehlerquote zugenommen habe (act. 48 Rz. 339 f.), unbehelflich. Weitere Fehler, welche aus der erfolgten Bearbeitung hervorgingen, beschlugen nicht mehr die Erledigung des Vorbehalts als solche, da die Klägerin gemäss den vertraglichen Bestimmungen nicht garantierten musste, dass durch die Korrektur eines Fehlers das Auftreten anderer Fehler ausgeschlossen wird (vgl. Absatz 2 von Ziffer 6.2.1 des Dienstleistungsvertrags; act. 3/4 S. 8).

Der E-Mail von R.\_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Klägerin) vom 23. Juni 2010 ist zu entnehmen, dass die Verarbeitung des Monats April seitens C1.\_\_\_\_\_ fehlerfrei und ohne manuelle Eingriffe durchgelaufen sei, weshalb dieser Punkt aus seiner Sicht erfüllt sei (vgl. act. 22/41). Aus der Antwort von Q.\_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Beklagten), welche er per E-Mail vom 30. Juni 2010 (vgl. act. 22/41) an R.\_\_\_\_\_ versandte, geht hervor, dass die Beklagte in unzulässiger Weise die Ablieferung bzw. Abnahme des Werks mit der Gewährleistung vermischt. Auch wenn es nahe liegt, dass das E-Mail in einer "Laiensprache" abgefasst wurde, d.h. von einer Person verfasst wurde, welche die rechtliche Bedeutung der von ihr gewählten Worte (allenfalls) nicht vollends erfasste, so ist klar ersichtlich, dass die Beklagte Mängel monierte (vgl. "noch erhebliche Mängel in der Integration", "Wie heute vereinbart, werden wir die Rechnung aufgrund der oben genannten Mängel nicht begleichen."). Voraussetzung einer Abnahme eines Werks ist aber nicht, dass ein mängelfreies Werk abgeliefert wird (vgl. Urteil 4C.132/2004 vom 17. März 2005 E. 2.2). Die Beklagte vermischt diesbezüglich in unzulässiger Weise die Abnahme und die Gewährleistungsphase, wenn sie geltend macht, dass aus der Schliessung des Tickets Nr. 261 bzw. dessen Ablieferung nicht gefolgert werden könne, dass die Daten richtig verarbeitet worden seien.

Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass der Vorbehalt "Integration" durch die Schliessung des Tickets Nr. 261 erledigt und die Vollendung des Werks "Integration" eingetreten war.

#### 3.5.4.3.2. Abnahme des erledigten Vorbehalts

Aus der E-Mail von P.\_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Beklagten) vom 15. März 2010 an M.\_\_\_\_\_ (Mitarbeiterin der Klägerin) geht hervor, dass der Patch für den B.\_\_\_\_\_ -Fonds ausgeliefert worden war, indes aufgrund der instabilen Verarbeitungsprozesse noch nicht hatte getestet werden können (act. 22/34). Der Beklagten ist beizupflichten (vgl. act. 32 Rz. 18 ff.), dass eine Abnahme der Umsetzung und vollständigen Integration des B.\_\_\_\_\_ -Fond (vgl. den diesbezüglichen Vorbehalt in act. 22/26) nach der vertraglichen Regelung erst nach der Durchführung von Abnahmetests hätte erfolgen können (vgl. hierzu auch die obigen Erwägungen in C./3.5.4.1.). Da am 18. Dezember 2009 lediglich eine Teilabnahme stattgefunden

hatte und die Umsetzung sowie die vollständige Integration des B.\_\_\_\_-Fond in einem eigenständigen Verfahren gemäss den Regelungen von Anhang C des Dienstleistungsvertrages (vgl. Ziffer 7) abgenommen werden musste (was auch die Klägerin in ihrer E-Mail vom 23. Dezember 2009 [act. 22/29] unwidersprochen gelten liess), geht die Klägerin fehl, wenn sie behauptet, dass andere Fehler, welche im gleichen Modul oder Prozess auftauchen, im Rahmen der Wartung bearbeitet worden seien (act. 42 Rz. 249). Die Wartungsphase hatte in Bezug auf die Erledigung der Vorbehalts im Zusammenhang mit der Umsetzung und der vollständigen Integration des B.\_\_\_\_-Fond aufgrund fehlender Testung und damit einhergehender Abnahme noch gar nicht eingesetzt.

Die Klägerin behauptet abermals (vgl. die obigen Ausführungen zum Ticket Nr. 297) nicht, dass Abnahmetests durchgeführt worden waren, sondern stellt sich auf den Standpunkt, dass nach dem 18. Dezember 2009 gar keine weiteren Abnahmen hätten erfolgen müssen (vgl. act. 42 Rz. 246). Da am 18. Dezember 2009 lediglich eine Teilabnahme stattfand, mussten die Erledigungen der Vorbehalte entgegen den Ausführungen der Klägerin im Sinne der vertraglichen Regelungen in Ziffer 7 des Dienstleistungsvertrags förmlich abgenommen werden. Die nunmehr eingenommene Position der Klägerin widerspricht denn auch ihrem Standpunkt im E-Mail vom 23. Dezember 2009 (act. 22/29), in welchem sie die Ausführungen der Beklagten hinsichtlich der Abnahme der Erledigungen der Vorbehalte unwidersprochen gelten liess.

Die Klägerin legt nicht dar, dass die Beklagte eine Testung der Umsetzung und der vollständigen Integration des B.\_\_\_\_-Fond in rechtsmissbräuchlicher Weise verzögert oder verhindert hätte. Voraussetzung einer Abnahme der noch ausstehenden Umsetzung und vollständigen Integration B.\_\_\_\_-Fond (vgl. Vorbehalt in act. 22/26) war aber wie bereits aufgezeigt die Durchführung von Abnahmetests. Alleine durch die Schliessung eines Tickets durch eine der klägerischen Mitarbeiterinnen ohne nachfolgende Testung gemäss den hierfür ausdrücklich vorgesehenen vertraglichen Regelungen, kann die Erledigung des Vorbehalts nicht als abgenommen eingestuft werden. Die Klägerin macht in diesem Zusammenhang einzig geltend, dass die Testung des ausgelieferten Patches für den B.\_\_\_\_-

Fond aufgrund der instabilen Verarbeitungsprozesse des "BA.\_\_\_\_-Jobs", welche von der Klägerin nicht zu verantworten gewesen seien, nicht möglich gewesen sei (act. 28 Rz. 301; act. 42 Rz. 243, Rz. 245 [mit Hinweis auf Rz. 40], Rz. 251, Rz. 254). Im Anschluss an diese Behauptung offeriert die Klägerin keine Beweismittel, insbesondere keine Expertise zu dieser Frage (vgl. act. 28 Rz. 301; act. 42 Rz. 245). Ein Beweismittel kann nur dann als formgerecht angeboten betrachtet werden, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt (Urteil 4A\_56/2013 vom 4. Juni 2013, E. 4.4). Da die Klägerin im Zusammenhang mit der Behauptung, dass die instabilen Verarbeitungsprozesse nicht in ihrer Verantwortung gelegen sei, keine Beweisofferten anbringt, kann diese klägerische Tatsachendarstellung auch nicht erstellt werden.

#### 3.5.4.3.3. Fazit

Der Vorbehalt im Zusammenhang mit dem Ticket Nr. 261 wurde durch die Klägerin durch dessen Schliessung erledigt und der Klägerin abgeliefert. Es lag ein vollendetes Werk vor. Indes wurde dieses in der Folge nicht im Sinne der Vereinbarung der Parteien getestet und abgenommen. Die Klage ist daher in Bezug auf den Rückbehalt im Umfang von CHF 26'900.– (CHF 25'000.– sowie Mehrwertsteuer im Betrag von CHF 1'600.–) abzuweisen.

#### 3.5.5. Rücktritt nach Art. 377 OR in Bezug auf die ausgegliederten Werke

##### 3.5.5.1. Parteibehauptungen

3.5.5.1.1. Hinsichtlich der ausgegliederten Werke "Planner", "Prozesskostenrechnung" sowie "Reportinglösung" stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, dass die Anwendung von Art. 377 OR zur Folge habe, dass die Klägerin einerseits Anspruch auf die Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und andererseits auf Schadenersatz im Sinne des positiven Vertragsinteresses habe (act. 1 Rz. 70).

Die für die Fertigstellung der ausgegliederten Werke und die Wartung der Software reservierten Mitarbeiter hätten nach dem Projektstopp bis heute nicht anderweitig eingesetzt werden können. Von der Arbeitszeit der Mitarbeiter V.\_\_\_\_,

BB.\_\_\_\_\_, BC.\_\_\_\_\_ sowie BD.\_\_\_\_\_ seien in den Monaten September 2010 bis Dezember 2010 insgesamt 1'160.15 Stunden nicht verrechenbar gewesen (act. 1 Rz. 34; act. 42 Rz. 74). Beim vereinbarten Tagessatz von CHF 1'800.– für acht Stunden (Ziffer 8.3 von Anhang C zum Dienstleistungsvertrag) entspreche die nicht verrechenbare Arbeitszeit einem Honorarvolumen von über CHF 260'000.– (act. 1 Rz. 72; act. 42 Rz. 74). Die Klägerin habe vor diesem Hintergrund gemäss Art. 377 OR Anspruch auf die Teilvergütung für die bereits geleistete Arbeit und die volle Restvergütung für den Teil der ausgegliederten Werke, den sie infolge der Kündigung der Beklagten nicht mehr habe erstellen können. Im Ergebnis könne die Klägerin die volle Pauschalvergütung für die ausgegliederten Werke beanspruchen, wobei unerheblich sei, wie der genaue Stand der Arbeiten der ausgegliederten Werke im Kündigungszeitpunkt gewesen sei (act. 1 Rz. 73). Sie habe folglich Anspruch auf die volle Pauschalvergütung von CHF 40'000.– für das Werk "Planner", CHF 40'000.– für das Werk "Prozesskostenrechnung" sowie CHF 34'400.– für das Werk "Reportinglösung" (act. 1 Rz. 74).

3.5.5.1.2. Die Beklagte bestreitet, dass die Mitarbeiter V.\_\_\_\_\_, BB.\_\_\_\_\_, BC.\_\_\_\_\_ sowie BD.\_\_\_\_\_ nach dem Projektstopp nicht hätten anderweitig eingesetzt werden können. Bestritten sei auch, dass alle diese Mitarbeiter noch in einem Arbeitsverhältnis mit der Klägerin stehen würden bzw. zum fraglichen Zeitpunkt in einem Arbeitsverhältnis mit der Klägerin gestanden seien und insgesamt 1'160.15 Stunden nicht verrechenbar gewesen seien (act. 21 Rz. 251 f.). Vor dem Hintergrund, dass für die Einführung der Module "Planner" und "Prozesskostenrechnung" gar keine Einführungsstermine mehr definiert worden seien, werde auch bestritten, dass die Klägerin "Mitarbeiter reserviert" habe (act. 48 Rz. 649). Im Juni 2010 habe die Klägerin der Beklagten mitgeteilt, dass der für die Einführung des Moduls "Planner" verantwortliche Mitarbeiter BB.\_\_\_\_\_ die Klägerin per Ende Juni 2010 verlassen werde und er ab Mitte Juni 2010 in den Ferien sei. Hinsichtlich der von der Klägerin in Bezug auf ihren Mitarbeiter BB.\_\_\_\_\_ angeführten Stunden sei es unergründlich, weshalb dieser Mitarbeiter – gemäss der Darlegung der Klägerin – für einen Einsatz betreffend die Einführung des Moduls "Planner" nach dem Monat September 2010 hätte vorgesehen sein können (act. 21 Rz. 253 f.).

### 3.5.5.2. Vergütung der bereits geleisteten Arbeit

Wie bereits dargelegt, hat der Unternehmer den Schaden aus den entzogenen Arbeiten sowie die Aufwendungen und Auslagen für die erbrachten Arbeiten nachzuweisen. Ist in einem Werkvertrag ein Pauschalpreis vereinbart, so schuldet der Besteller vom vereinbarten Preis einen Teilbetrag, welcher sich aus dem Verhältnis der erbrachten Teilleistung zum Wert der Gesamtleistung ergibt. Die Klägerin hat folglich im vorliegenden Verfahren substantiiert zu behaupten und im Folgenden den Beweis zu erbringen, wie sich ihre bereits erbrachte Teilleistung im Verhältnis zum Werkvertrag ausnimmt.

Die Klägerin macht zwar einerseits geltend, dass das Werk betreffend "Planner" im Zeitpunkt der ausserordentlichen Kündigung kurz vor der Vollendung, das Werk betreffend "Prozesskostenrechnung" zu einem Drittel und das Werk betreffend "Reportinglösung" zu drei Vierteln ausgeführt gewesen sei (vgl. act. 1 Rz. 33), indes führt sie an anderer Stelle gleichzeitig aus, dass es im Ergebnis unerheblich sei, wie der genaue Stand der Arbeiten der ausgegliederten Werke im Kündigungszeitpunkt gewesen sei (act. 1 Rz. 73), weil sie letztlich ohnehin Anspruch auf die volle Pauschalvergütung für die ausgegliederten Werke habe (vgl. act. 1 Rz. 73 act. 42 Rz. 74 f.). Da sich die Klägerin somit selber darauf beruft, dass der genaue Stand der Arbeiten der ausgegliederten Werke unerheblich sei, erübrigen sich in diesem Zusammenhang auch entsprechende beweisrechtliche Weiterungen.

### 3.5.5.3. Vergütung des Erfüllungsinteresses

Wie bereits ausgeführt, liegt die Beweislast für den erlittenen Schaden bei der Unternehmerin, mithin bei der Klägerin.

Der klägerischen Ansicht, wonach sämtliche nicht verrechenbare Stunden in den Monaten September 2010 bis Dezember 2010 geschuldet sein sollen, weil sie ihre für die anfallenden Projektarbeiten vorgesehenen Mitarbeiter nicht habe anderweitig einsetzen können, ist nicht ohne Weiteres zu folgen. Es ist Sache der Unternehmerin, sich (spätestens nach einer kurzen Übergangszeit) neu zu orga-

nisieren und ihre Mitarbeiter anderweitig einzusetzen. Wollte man anders entscheiden, würde das jederzeitige Rücktrittsrechts des Bestellers im Sinne von Art. 377 OR ad absurdum geführt, da er stets damit rechnen müsste, dass die Unternehmerin noch während Monaten nach dem Rücktritt entgangene verrechenbare Stunden geltend macht – dies mit dem Argument, dass sie ihre Mitarbeiter nicht habe anderweitig einsetzen können. Die Unternehmerin müsste in diesem Zusammenhang zumindest hinreichend begründen, weshalb sie ihre Mitarbeiter während Monaten nicht anderweitig einsetzen bzw. weshalb sie sich während Monaten betriebsintern nicht anderweitig organisieren konnte. Vorliegend hat die Klägerin ihre Behauptung, wonach sie ihre Mitarbeiter in den Monaten September 2010 bis Dezember 2010 nicht habe anderweitig einsetzen können, nicht ansatzweise substantiiert. Es bleibt völlig unklar, weshalb es ihr nicht möglich war, sich in der langen Zeitspanne von September 2010 bis Dezember 2010 neu zu organisieren bzw. neue Aufträge zu generieren oder ihre Mitarbeiter im Zusammenhang mit anderen Projekten zu beschäftigen. Damit ist ihre pauschale Behauptung, dass sie ihre Mitarbeiter nicht habe anderweitig einsetzen können, von vornherein nicht ausreichend substantiiert. Der klägerische Anspruch auf Ersatz ihres Erfüllungsinteresses ist bereits aus diesem Grunde abzuweisen.

Des Weiteren ist festzuhalten, dass die von der Klägerin angeführten Tagessätze von CHF 1'800.– lediglich im Zusammenhang mit Zusatzleistungen oder Änderungen gemäss Ziffer 3.3 des Anhangs C zum Dienstleistungsvertrag gelten (vgl. Ziffer 8.3 des Anhangs C: act. 3/6 S. 26). Die Klägerin legt nicht dar, weshalb dieser Tagessatz im Umfang von CHF 1'800.– (d.h. CHF 225 pro Stunde) vorliegend zur Anwendung gelangen soll, obschon dieser einzig in Bezug auf Arbeiten im Zusammenhang mit Zusatzleistungen oder spezifischen Änderungen verabredet war. Diese Regelung in Ziffer 8.3. des Anhangs C zum Dienstleistungsvertrag ist als Ausnahmeregelung zu verstehen, da ein Pauschalpreis in der Höhe von CHF 80'000.– sowie von CHF 34'400.– in Bezug auf die ausgegliederten Werke zwischen den Parteien verabredet war (vgl. Ziffer 3 des Anhangs D zum Dienstleistungsvertrag; act. 3/17 S. 4 sowie Ziffer 3.2 des Anhangs E zum Dienstleistungsvertrag; act. 3/18 S. 5). Die Klägerin legt nicht dar, ob sie anderen Kunden ebenfalls einen Stundenansatz von CHF 225.– verrechnet bzw. welcher Stunden-

ansatz branchenüblich wäre. Es bleibt damit unklar, mit welchem Stundenansatz die behauptete Stundenanzahl effektiv multipliziert werden könnte.

Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Klägerin in Bezug auf die behauptete geleistete Arbeit ihrer Mitarbeiter im Umfang von 1'160,15 Stunden, welche in den Monaten September 2010 bis Dezember 2010 nicht hätten anderweitig, d.h. anderen Kunden, verrechnet werden können, lediglich eine Aufstellung über die nicht verrechenbaren Stunden als Beweis einreicht (vgl. act. 3/23). Der Beweiswert dieser Aufstellung allein ist jedoch nicht ausreichend, um die von der Klägerin behauptete Stundenanzahl zu belegen. Aus der Tabelle geht insbesondere nicht hervor, ob die angegebenen Stunden (vgl. beispielsweise in Bezug auf den Mitarbeiter V.\_\_\_\_\_ 97,25 Stunden im September 2010, 69,50 Stunden im Oktober 2010, 179,50 Stunden im November 2010 sowie 130 Stunden im Dezember 2010) tatsächlich nicht von den Mitarbeitern absolviert werden konnten. Die Klägerin schlüsselt die Stunden nicht mit Angabe des Datums auf die einzelnen Tage des Monats auf, sondern beschränkt sich auf die pauschale Behauptung einer Stundenanzahl, welche mittels den rudimentären Angaben in der Tabelle nicht auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden können. Die Klägerin erläutert auch nicht, weshalb bei den einzelnen Monaten und Mitarbeitern unterschiedliche Stundenhöhen bestehen. Sie reichte sodann keine Arbeitsrapporte (oder ähnliche Dokumente) anderer Projekte ein, bei welchen die besagten Mitarbeiter in den Monaten September 2010 bis Dezember 2010 tätig waren und mittels welchen die behaupteten nicht verrechenbaren Stunden anhand eines Vergleichs mit der monatlichen Vollstundenanzahl eines Mitarbeiters der Klägerin verifiziert werden könnten.

Angesichts des diesbezüglich mangelhaften Behauptungsfundamentes der Klägerin fehlt es entsprechend auch an der Grundlage für eine substantiierte Bestreitung der Gegenpartei, weshalb sich nach dem vorstehend Ausgeführten auch insofern beweisrechtliche Weiterungen erübrigen.

#### 3.5.5.4. Fazit

Ziffer 2 des Rechtsbegehrens (Forderung von CHF 114'000.– zuzüglich MwSt. von 7,6% sowie Zins zu 5% auf CHF 114'000.– seit 22. Januar 2011) ist abzuweisen.

#### 3.5.6. Rücktritt nach Art. 377 OR in Bezug auf die noch nicht abgenommenen Vorbehalte

##### 3.5.6.1. Vergütung der bereits geleisteten Arbeit

Wie bereits dargelegt, wurde das Ticket Nr. 297 ("produktive Inbetriebnahme") durch die Klägerin bearbeitet. Der diesbezügliche Verarbeitungsablauf brach nicht ab, was auch die Beklagte eingesteht (vgl. act. 21 Rz. 184). Durch die Erledigung des Tickets trat die Vollendung des Werks "produktive Inbetriebnahme" ein. Gleiches gilt für das Ticket Nr. 261. Auch dieses war bearbeitet und geschlossen worden, womit das Werk vollendet war. Die Beklagte konnte mithin in Bezug auf die Teile "produktive Inbetriebnahme" und "Integration" nicht mehr nach Art. 377 OR zurücktreten. Es ist daher auch nicht zu prüfen, ob die Klägerin für ihre in diesem Zusammenhang angefallenen Arbeiten nach dem 18. Dezember 2009 eine Vergütung gemäss Art. 377 OR zustehen würde.

Die Klägerin behauptet zwar, dass sie in Bezug auf die "Gesamtabnahme" sämtliche Arbeiten erledigt habe, indes kann dies in Bezug auf die Tickets Nr. 485, Nr. 486 sowie Nr. 498 wie bereits dargelegt mangels hinreichender Substantiierung nicht erstellt werden. Die Tickets Nr. 186, Nr. 284 sowie Nr. 285 waren hingegen erledigt (vgl. die obigen Ausführungen in C./3.5.4.2.1.-3.5.4.2.2.). Da die Klägerin jedoch nicht substantiiert behauptet hat, in welchem Umfang ihr Arbeitsaufwand in Bezug auf die Vorbehalte der "Gesamtabnahme" im Rahmen von Art. 377 OR zu veranschlagen ist, kann diesbezüglich auch keine Vergütung erfolgen.

##### 3.5.6.2. Vergütung des Erfüllungsinteresses

Die Klägerin hat den Schaden aus den entzogenen Arbeiten sowie die Aufwen-

dungen und Auslagen für die erbrachten Arbeiten nachzuweisen. Da sie in Bezug auf die Vorbehalte im Zusammenhang mit der "Gesamtabnahme" in keiner Weise dargelegt hat, wie hoch diese Aufwendungen und Auslagen für die erbrachten Arbeiten waren, kann auch ein allfälliger Schaden nicht ersetzt werden. Eine weitere Prüfung des positiven Vertragsinteresses im Zusammenhang mit dem Rücktritt der Beklagten nach Art. 377 OR erübrigt sich daher.

### 3.5.6.3. Fazit

Die Klage in Bezug auf die Erstattung der Rückbehalte im Umfang von CHF 125'000.– ("Gesamtabnahme") ist auch im Lichte von Art. 377 OR (vollumfänglich) abzuweisen.

## 4. Rechtsfolgen in Bezug auf die bereits erbrachten Leistungen

### 4.1. Einleitung

Wie an obiger Stelle bereits dargelegt, erfolgte am 18. Dezember 2009 eine Teilabnahme des Werkes, was eine Spaltung der Rechtsfolgen bewirkte. In Bezug auf den am 28. Dezember 2009 abgenommenen Werkteil trat die Gewährleistungsphase ein. Die Beklagte macht Wandlung nach Art. 368 Abs. 1 OR geltend. Damit ist im Folgenden zu prüfen, ob die Voraussetzungen von Art. 368 OR erfüllt sind.

### 4.2. Standpunkt der Parteien

4.2.1. Die Klägerin macht zusammengefasst geltend, dass die formellen und materiellen Voraussetzungen für eine Wandelung nicht erfüllt seien (act. 28 Rz. 234 ff., Rz. 240 f.). Abgesehen davon sei der Wandlungsanspruch verjährt (act. 28 Rz. 246 ff.).

4.2.2. Die Beklagte stellt sich für den Fall, dass am 18. Dezember 2009 das Grundwerk vollendet gewesen (act. 21 Rz. 460) bzw. nur ein Teil des Werkes abgenommen worden sei (act. 48 Rz. 391), auf den Standpunkt, dass das "Grundwerk" (d.h. die am 18. Dezember 2009 abgenommenen Teile) für die Beklagte unbrauchbar (vgl. act. 21 Rz. 46 ff., insbesondere Rz. 52; act. 48 Rz. 645) respek-

tive untauglich (act. 28 Rz. 81 ff., insbesondere Rz. 84) gewesen sei, da die Software der Klägerin hätte zur Gesamtbankensteuerung eingesetzt werden sollen. Da die Reportinglösung noch gar nicht umgesetzt gewesen sei, habe die Software der Klägerin nicht zur Gesamtbankensteuerung eingesetzt werden können und sei folglich untauglich gewesen (act. 21 Rz. 460; act. 48 Rz. 391 f.).

#### 4.3. Vertragliche Regelung

In Bezug auf die vertragliche Regelung hinsichtlich der Handhabung von Mängeln ist abermals auf Ziffer 7.1 Absatz 3 des Dienstleistungsvertrages (act. 3/4 S. 10) zu verweisen. Gemäss dieser Bestimmung hat die Beklagte der Klägerin mit eingeschriebenem Brief eine der Dringlichkeit und Komplexität angemessene Frist zur Behebung von Mängeln anzusetzen. Scheitert die Mängelbehebung innert dieser Frist und werde die Mängel auch innert einer zweiten, mit eingeschriebenem Brief gesetzten, der Dringlichkeit und Komplexität angemessenen Frist nicht nachgeholt, richten sich die Ansprüche der Beklagten nach Art. 368 OR.

#### 4.4. Rechtliches

4.4.1. Gemäss Art. 367 Abs. 1 OR hat der Besteller die Beschaffenheit des Werks nach dessen Ablieferung zu prüfen, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, und den Unternehmer in der Folge von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen. Haben die Parteien Teillieferungen vereinbart, finden die gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen auf die einzelnen Lieferungen Anwendung. Der Besteller hat mithin jeden abgelieferten Teil zu prüfen und allfällige Mängel zu rügen (FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., N 1089). Die Mängelrüge ist nicht formgebunden. Der Besteller hat den Unternehmer unverzüglich zu rügen. Treten die Mängel allmählich auf, so muss der Besteller rügen, sobald er die Bedeutung und die Tragweite der Mängel erfassen kann (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 20 zu Art. 367 OR). Meldet der Unternehmer einen Mangel nicht umgehend - d.h. innerhalb weniger Tage nach dessen Entdeckung - dem Unternehmen, gilt er als genehmigt und die betreffenden Gewährleistungsansprüche fallen dahin (STRAUB, a.a.O., Bern 2004, S. 151).

4.4.2. Nach Art. 368 Abs. 1 OR darf der Besteller die Abnahme des Werkes verweigern und bei Verschulden des Unternehmers Schadenersatz fordern, falls das Werk unter erheblichen Mängeln leidet oder sonst so sehr vom Vertrage abweicht, dass es für den Besteller unbrauchbar ist oder dass ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann. Sind die Mängel oder die Abweichungen vom Vertrage minder erheblich, so kann der Besteller gemäss Art. 368 Abs. 2 OR einen dem Minderwerte des Werkes entsprechenden Abzug am Lohne machen oder auch, sofern dieses dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht, die unentgeltliche Verbesserung. Bei diesen drei Mängelrechten Wandelung, Minderung sowie Nachbesserung handelt es sich um Gestaltungsrechte, weshalb die entsprechende Erklärung des Bestellers unwiderruflich ist (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 12 zu Art. 368 OR).

4.4.3. Die in Art. 368 Abs. 1 OR statuierte Annahmeverweigerung bezieht sich auf das Wandelungsrecht des Bestellers. Die Wandelung bedingt, dass die Werkmängel derart erheblich sind, dass das Werk für den Besteller unbrauchbar ist. Hierbei ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei in erster Linie die Art und das Ausmass der Werkmängel ausschlaggebend erscheinen (vgl. hierzu die Auflistung der diesbezüglichen Kriterien bei ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 15 zu Art. 368 OR). Umstritten ist in der Lehre, ob das Werk in Bezug auf das Kriterium der Unbrauchbarkeit absolut unbrauchbar sein muss oder ob die Unbrauchbarkeit von den besonderen Bedürfnissen des Bestellers abhängig sein soll (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 16 zu Art. 368 OR). Die Wandelung setzt sodann voraus, dass das abgelieferte Werk definitiv unbrauchbar ist. Solange die Mängel behoben werden können, steht das Nachbesserungsrecht im Vordergrund (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 19 zu Art. 368 OR).

4.4.4. Die Mängelrüge ist nicht an eine bestimmte Form gebunden und kann grundsätzlich auch mündlich erfolgen. Im Hinblick auf die nachträgliche Beweisbarkeit ist allerdings die Geltendmachung mit eingeschriebenem Brief oder allenfalls Telefax mit Sendebestätigung sinnvoll (vgl. zur Beweislast der Rechtzeitigkeit einer Mängelrüge BGE 118 II 142 E. 3a und BGE 107 II 172 E. 1). Mitunter wird im Vertrag eine bestimmte Form vorgesehen. Sofern nicht das Gegenteil verein-

bart wurde, dienen solche Abmachungen lediglich Beweis Zwecken, so dass auch eine in anderer Form erhobene Mängelrüge gültig ist. Die Mängelrüge muss inhaltlich so konkret sein, dass der Unternehmer den Umfang der Beanstandung – nicht aber die technische Ursache – ermessen kann (vgl. dazu Urteil 4C.395/2001 vom 28. Mai 2002 E. 2.1.1). Ein blosser Hinweis, dass das Werk mangelhaft sei, genügt nicht (Urteil 4A\_82/2008 vom 29. April 2009 E. 6.1). Der Besteller sollte dem Unternehmer insbesondere folgende Angaben mitteilen: Zeitpunkt und Umstände des Auftretens (z.B. bei Verwendung einer bestimmten Funktion), Erscheinungsbild (z.B. Inhalt einer allfälligen Fehlermeldung auf dem Bildschirm) und Auswirkungen der Fehlfunktion (z.B. Absturz einer weiteren Applikation; vgl. zum Ganzen, STRAUB, a.a.O., S. 152).

4.4.5. Liegen die Voraussetzung von Art. 368 Abs. 1 OR vor, kann der Besteller den Werkvertrag durch einseitige Willenserklärung mit rückwirkender Kraft (*ex tunc*) aufheben. Die Vertragsaufhebung zieht einerseits das Erlöschen der noch bestehenden gegenseitigen Forderungen der Vertragsparteien und andererseits das Entstehen von gegenseitigen Rückleistungspflichten nach sich.

4.4.6. Die Verjährungsfrist beträgt zwölf Monate (Art. 371 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 210 OR) und beginnt mit der Abnahme des EDV-Systems. Meistens ist dies auch der Beginn der Gewährleistungsfrist in Systemverträgen. Bei einer als "Gewährleistungsfrist" bezeichneten Zeitdauer ist mittels Auslegung zu ermitteln, ob es sich dabei um eine Rügefrist oder um eine Verjährungsfrist handelt. Erbringt der Lieferant im Rahmen der Gewährleistung die gleichen Leistungen wie im nahtlos darauf folgenden Pflegevertrag, so spricht dies für das Vorliegen einer kombinierten Rüge- und Verjährungsfrist; die Gewährleistung hat dann die gleiche Funktion wie die Pflege, bei der Mängel immer gerügt werden können. Wird demgegenüber vereinbart, dass Mängel umgehend nach deren Entdeckung zu rügen sind, so dürfte unter der Gewährleistungsfrist eine reine Verjährungsfrist zu verstehen sein (vgl. zum Ganzen FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., N 1093 m.w.H.; GAUCH, a.a.O., N 2487). Im Zweifel ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unter "Garantiefrist" oder "Garantiezeit" die Verjährungsfrist gemeint (BGE 63 II 180; a.M. GAUCH, a.a.O., N 2483).

4.4.7. Der Besteller, der Mängelrechte gemäss Art. 368 OR geltend machen will, hat das Vorliegen des Werkmangels zu beweisen (GAUCH, a.a.O., N 1507). Dasselbe gilt für die Tatsachen, auf welche er sich in Bezug auf seine Wahlerklärung (Wandelung, Minderung oder Nachbesserung) abstützt (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 90 zu Art. 368 OR).

#### 4.5. Subsumtion

##### 4.5.1. Nichteinhaltung der vertraglichen Regelung durch die Beklagte

Sinn und Zweck von Ziffer 7.1 Absatz 3 des Dienstleistungsvertrages ist es, dem Nachbesserungsrecht den Vorrang zukommen zu lassen (vgl. hierzu GAUCH, a.a.O., N 2501 ff.; ZINDEL/PULVER, N 83 zu Art. 368 OR). Der Beklagten stand das Wandlungs- oder Minderungsrecht nach der besagten vertraglichen Regelung erst dann zu, wenn die Klägerin nicht in der Lage war, die von der Beklagten monierten Mängel innerhalb einer von der Beklagten zweimalig angesetzten Frist zu beheben. Das vertraglich vorgeschriebene Vorgehen seitens der Beklagten diene mithin nicht lediglich zu Beweis Zwecken (vgl. C./4.4.4.), sondern regelte das Verhältnis zwischen den verschiedenen Mängelrechten bzw. den Vorrang der Nachbesserung. Die Beklagte hatte der Klägerin bei im Rahmen der Abnahmetests aufgetretenen Fehlern (vgl. hierzu die Ticketliste in act. 22/25, welche sämtliche anlässlich der Gesamtabnahme vom 18. Dezember 2009 noch bestehenden Fehler auflistet) zunächst eine angemessene Frist zur Behebung dieser Mängel zu setzen (vgl. act. 3/4 S. 10). Die von den Parteien vorgenommene Regelung der Mängelrechte beschränkte die Wahlfreiheit der Beklagten und hatte zur Folge, dass die Möglichkeit der Minderung definitiv entfiel, da die Beklagte nicht formell, d.h. in dem gemäss Abs. 3 von Ziffer 7.1 des Dienstleistungsvertrages umschriebenen Prozedere, zunächst förmlich die Nachbesserung durch die Klägerin verlangte (vgl. hierzu GAUCH, a.a.O., N 2502).

Die Beklagte ist dem in Ziffer 7.1 genannten Vorgehen unbestrittenermassen nicht nachgekommen. Einerseits behauptet sie nicht, dass sie nach Ziffer 7.1 Absatz 3 vorgegangen sei; andererseits ist den Akten auch kein Schreiben von ihr an die Klägerin mit einer Fristansetzung zur Behebung der Mängel zu entnehmen. Erst

wenn die Klägerin die Mängelbehebung in der in einem zweiten eingeschriebenen Brief angesetzten Frist nicht nachgeholt hätte, würden sich die Ansprüche der Beklagten gemäss der vertraglichen Regelung nach Art. 368 OR richten bzw. könnte sie wandeln oder mindern. Da die Beklagte diese vertragliche Regelung nicht befolgt hat, ist ihr Wandlungsrecht verwirkt und es ist ihr daher von vornherein verwehrt, sich auf eine Wandlung gemäss Art. 368 Abs. 1 OR zu berufen.

Im Sinne einer Eventualbegründung ist im Folgenden – der Vollständigkeit halber – dennoch auf die Voraussetzungen der Wandlung im Sinne von Art. 368 Abs. 1 OR sowie auf die von der Klägerin erhobene Verjährungseinrede einzugehen.

#### 4.5.2. Verjährung

Ziffer 6.2.2 des Dienstleistungsvertrages ist zu entnehmen, dass die Beklagte während der Dauer der sechsmonatigen Gewährleistungsfrist berechtigt ist, die von den Parteien im separat abgeschlossenen Wartungsvertrag vereinbarten Leistungen in Anspruch zu nehmen (act. 3/4 S. 8). Die Parteien vereinbarten folglich für die Gewährleistungsphase dieselben Leistungen, wie sie auch für den Wartungsvertrag gelten. Damit handelt es sich vorliegend um eine kombinierte Rüge- und Verjährungsfrist. Demzufolge konnte die Beklagte allfällige Mängel innerhalb der sechsmonatigen Gewährleistungsfrist rügen. In Anbetracht dieser kombinierten Frist begann die zwölfmonatige Verjährungsfrist ergo mit der Teilabnahme der Werke "Produktive Inbetriebnahme", "Gesamtabnahme" sowie "Integration" am 18. Dezember 2009.

Die Beklagte erhob ihre Widerklage am 17. Juni 2011 (vgl. act. 21) und machte eventualiter Wandlung nach Art. 368 Abs. 1 OR geltend. Die Widerklage unterbricht die Verjährung wie eine selbständige Klage (vgl. DÄPPEN, BSK OR I, N 7 zu Art. 135 OR). Da die zwölfmonatige Verjährungsfrist – wie oben erwähnt – am 18. Dezember 2009 zu laufen begann, ist die Geltendmachung der Wandlung somit klar verjährt. Die Verjährungseinrede der Klägerin ist demnach zu schützen. Im Rahmen der Eventualbegründung ist nachfolgend auch auf die formellen Voraussetzungen der Wandlung nach Art. 368 OR einzugehen.

#### 4.5.3. Keine unverzügliche Mängelrüge

Unbestritten ist, dass die Beklagte der Klägerin am 2. September 2010 ein Schreiben betreffend die "Mängel in der Gesamtbankensteuerung" zusandte (act. 3/20 = act. 22/44). Die Beklagte bezeichnete in diesem Schreiben vergangene Verzögerungen und hielt fest, dass auch "gegenüber dem neuen Einführungstermin per Ende November 2010 ein Verzug von mehreren Monaten zu erwarten" sei. Ferner nannte sie diverse ungelöste Probleme, wie beispielsweise die Instabilität von Schnittstellen, die langen Durchlaufzeiten der Problembeseitigung sowie die fehlende Abstimmbarkeit der Verarbeitungsläufe.

Dieses Schreiben vermag zwar den Anforderungen an eine sachgerechte Substantiierung der Mängel grundsätzlich zu genügen. Indessen führt die Beklagte in ihrer Klageantwort im Zusammenhang mit der Projektentwicklung Ende des Jahres 2009 aus, dass sich herausgestellt habe, dass die klägerische Softwarelösung nicht in der Lage gewesen sei, die eigentliche "Kernleistung" zu produzieren. Die Software sei somit vollständig untauglich gewesen (act. 21 Rz. 81 ff., insbesondere Rz. 84). Die Beklagte legt sodann weiter dar, dass im März 2010 verschiedene Probleme bestanden hätten (act. 21 Rz. 118 f.) und ihr bereits in jenem Zeitpunkt bewusst gewesen sei, dass sich das Projekt "je länger je mehr zu einem Fass ohne Boden" entwickelt habe (vgl. act. 48 Rz. 339). Es sei für die Beklagte nicht länger zumutbar gewesen, diesen Zustand zu dulden und zu finanzieren (act. 48 Rz. 340).

Da am 18. Dezember 2009 – wie bereits erläutert – eine Teilabnahme stattfand, bezieht sich der Standpunkt der Beklagten, wonach das Werk nicht funktionsfähig, mithin mit Mängeln behaftet gewesen sei, auf die bereits abgenommenen Teile. Wenn die Beklagte geltend macht, dass das Werk im Dezember 2009 nicht funktionsfähig gewesen sei und sie im März 2010 realisiert habe, dass das Projekt mit der Klägerin zum Scheitern verurteilt gewesen sei, ist die erst mit Schreiben vom 2. September 2010 erfolgte Mängelrüge als klar verspätet einzustufen, da eine Mängelrüge bekanntlich unverzüglich zu erfolgen hat. Die Mängelrüge nach Art. 268 OR scheitert daher bereits an der Einhaltung der betreffenden formellen Voraussetzungen.

#### 4.5.4. Mangelhafte Substantiierung und fehlende taugliche Beweisofferten

Die Beklagte macht Wandlung geltend, indem sie anführt, dass das Werk für sie unbrauchbar gewesen sei. In ihrer Duplik führt sie in Bezug auf die von der Klägerin monierte hinreichende Substantiierung der von ihr behaupteten, nach dem 18. Dezember 2009 bestehenden Mängel aus, dass sie diese in ihrer Klageantwort in Randziffer 118 und 119 hinreichend dargelegt habe (act. 48 Rz. 313). Die Datenverarbeitung sei immer wieder abgebrochen und nicht durchgelaufen. Die Robustheit der Gesamtverarbeitung "end-to-end" sei nicht gegeben gewesen. (act. 48 Rz. 313). Als Beweis offerierte sie die von Q.\_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Beklagten) am 12. März 2010 verfasste E-Mail (act. 22/33).

Die Beklagte führt die von ihr behaupteten Tatsachen in Randziffer 118 sowie 119 der Klageantwortschrift auf, indem sie den Inhalt einer E-Mail von Q.\_\_\_\_\_ vom 12. März 2010 (act. 22/33) zum integrierenden Bestandteil ihrer Klageschrift macht (vgl. act. 21 S. 27). Diese Vorgehensweise würde zwar grundsätzlich den Voraussetzungen einer hinreichenden Substantiierung der Mängel genügen, in dessen wird aus dem Wortlaut der E-Mail nicht ersichtlich, ob die Beklagte sämtliche der aufgelisteten Mängel alleine der Klägerin anlastet. Es ist unklar, inwiefern die genannten Fehler allesamt in der alleinigen Verantwortung der Klägerin liegen. Die besagte E-Mail wurde an BE.\_\_\_\_\_ (Mitarbeiter des IT-Unternehmens F.\_\_\_\_\_), an R.\_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Klägerin) sowie an BF.\_\_\_\_\_ (Mitarbeiter des IT-Unternehmens ... H.\_\_\_\_\_) gesendet. Die Anrede "Sehr geehrte Herren" sowie der einleitende Text ("... um konzertiert die Probleme mit der GBS (F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_, ...H.\_\_\_\_\_) in den Griff zu kriegen.") weisen darauf hin, dass die verschiedenen Probleme im Zusammenhang mit der Gesamtbankensteuerung alle drei IT-Unternehmen betrafen. Die Beklagte legt in den erwähnten Randziffern 118 und 119 ihrer Klageantwort nicht detailliert und klar dar, welche Mängel konkret der Klägerin zuzuordnen sind bzw. welchen Anteil die Klägerin (in Abgrenzung zu den anderen IT-Unternehmen) an diesen trägt. Die Beklagte legt auch nicht hinreichend dar, inwiefern die in der E-Mail genannten Mängel als derart gravierend zu taxieren sind, dass sie das Werk definitiv unbrauchbar machen.

Damit vermögen die Ausführungen der Beklagten einer gehörigen Substantiierung der behaupteten Mängel jedenfalls nicht zu genügen.

Selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellen würde, dass die von der Beklagten in den Randziffern 118 sowie 119 aufgeführten Mängel hinreichend substantiiert wären, so würde sich die Untauglichkeit des Werkes aufgrund der von der Beklagten offerierten Beweismittel nicht erstellen lassen können. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann ein Beweismittel nur dann als formgerecht angeboten betrachtet werden, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt (Urteil 4A\_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4). Die Beklagte offeriert im Zusammenhang mit den von ihr behaupteten Mängeln lediglich die bereits erwähnte E-Mail vom 12. März 2010 (act. 22/33). Diese weist indessen hinsichtlich der behaupteten Mängel, die nach Ansicht der Beklagten zu einem unbrauchbaren Werk führten, keine genügende Beweiskraft auf, um die Unbrauchbarkeit des Werkes rechtsgenügend zu beweisen. Die E-Mail stammt von der Beklagten selber, mithin nicht von einer objektiven Drittperson mit entsprechendem Expertenwissen in IT-Belangen. Die aufgelisteten Mängel müssten hinsichtlich ihrer Schwere bzw. ihrer Eignung, das Werk definitiv unbrauchbar zu machen, einer professionellen Prüfung unterzogen werden, was lediglich mittels einer Expertise möglich wäre. Da ein Gutachten von der Beklagten nicht angeboten wird, kann eine solches im vorliegenden Fall auch nicht erhoben werden. Art. 183 Abs. 1 ZPO statuiert zwar, dass das Gericht auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen bei einer oder mehreren sachverständigen Personen ein Gutachten einzuholen hat. Indessen ist in Verfahren, in welchen die Dispositionsmaxime gilt, grösste Zurückhaltung in Bezug auf die Einholung eines Gutachtens von Amtes wegen geboten. Eine Partei, welche den Sachverhalt nur ungenügend substantiiert oder ein Gutachten nicht rechtzeitig beantragt, darf nicht auf Kosten der Gegenpartei ungerechtfertigt bevorzugt werden (DOLGE, BSK ZPO, 2. Aufl., N 2 zu Art. 183 ZPO).

Vorliegend ist es daher aus Gründen der Verfahrensfairness (Gleichbehandlung der Parteien) nicht gerechtfertigt, ein Gutachten von Amtes wegen einzuholen. Da die Beklagte im Übrigen im gesamten Verfahren durchwegs angab, die klägeri-

sche Software bereits gelöscht zu haben, würde sich die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens von Amtes wegen ohnehin als nutzlos erweisen. Die Beklagte hätte es in der Hand gehabt, vor der Löschung der klägerischen Software vorsorglich ein Gutachten einzuholen (Art. 158 ZPO), um allfällige Softwaremängel in einem späteren Gerichtsverfahren belegen zu könne. Da dies jedoch offensichtlich unterlassen wurde, können solche angeblichen Mängel zum heutigen Zeitpunkt nicht mehr auf ihre Erheblichkeit hin gutachterlich untersucht und beurteilt werden.

Dass – wie von der Beklagten behauptet – per 9. September 2010 noch diverse Tickets offen waren bzw. diese noch nicht bearbeitet worden seien (act. 21 Rz. 133), belegt ebenfalls nicht, dass das Werk insgesamt definitiv unbrauchbar war. Die Beklagte macht zudem geltend, dass diverse Fehler mittlerer und schwererer Natur bestanden hätten, welche überwiegend von der Klägerin zu vertreten bzw. zu beheben gewesen seien (vgl. act. 21 Rz. 134). Sie legt indes nicht dar, weshalb die von ihr behaupteten Mängel nicht noch hätten behoben werden können. Sie offeriert zudem auch in diesem Zusammenhang keine tauglichen Beweismittel, insbesondere keine Expertise, mittels welchen erstellt werden könnte, dass die von ihr behaupteten Fehler das Werk tatsächlich definitiv unbrauchbar machten.

In Bezug auf das Vorliegen eines untauglichen Werkes ist weiter festzuhalten, dass die Beklage anführt, dass der Verarbeitungsprozess nach dem 22. Dezember 2009 nicht mehr abgebrochen, aber fehlerbehaftet gewesen sei (act. 21 Rz. 186). Inwiefern diese fehlerbehafteten Prozesse zu einem definitiv untauglichen Werk führten, legt sie jedoch nicht dar. Die Beklagte führt sodann in ihren Rechtsschriften an verschiedenen Stellen an, dass die klägerische Software nicht in der Lage gewesen sei, die Daten aus verschiedenen Datenwürfeln zusammenzuführen, weshalb die Klägerin die vertraglich geschuldete "Kernleistung" nicht erfüllt habe (vgl. act. 21 Rz. 10 ff, Rz. 81 ff., Rz. 162, Rz. 165, Rz. 170, Rz. 196 ff.). Die klägerische Software sei nicht funktionsfähig bzw. untauglich und unbrauchbar gewesen sei (vgl. beispielsweise act. 21 Rz. 84, Rz. 211; act. 48 Rz. 342, Rz. 392). Die Software der Klägerin habe die Daten "ab F.\_\_\_\_\_" nicht vollständig

und korrekt einlesen können, was indes die Grundvoraussetzung gewesen wäre, damit die klägerische Software die Kernleistung hätte erbringen könne (act. 48 Rz. 425 f.). Taugliche Beweismittel (insbesondere ein Gutachten), mittels welchen die vorstehenden Behauptungen der Beklagten erstellt werden könnten, nennt die Beklagte indes keine (vgl. die zitierten Randziffern der beklagischen Rechtschriften), weshalb über die diesbezüglichen Behauptungen der Beklagten auch kein Beweis geführt werden kann.

#### 4.5.5. Fazit

Die Beklagte hat das vertraglich festgelegte Vorgehen nicht eingehalten, da sie das vertraglich statuierte Verhältnis zwischen den verschiedenen Mängelrechten bzw. den Vorrang der Nachbesserung nicht beachtete. Der Wandlungsanspruch der Beklagten ist ferner gemäss Art. 371 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 210 OR verjährt. Die Mängelrüge ist des Weiteren als verspätet einzustufen, da sie nicht unverzüglich erfolgte. Die Beklagte substantiierte die relevanten Punkte zudem nicht hinreichend und offerierte auch keine tauglichen Beweise, mittels welchen die behauptete Tatsache, wonach die von der Klägerin zu vertretenden Mängel das Werk definitiv unbrauchbar machen würden, erstellt werden könnten. Sie bot die Beweise sodann auch nicht formgerecht an. Eine Wandlung nach Art. 368 OR ist daher ausgeschlossen.

Da weder die vertraglichen Regelungen eingehalten noch die Voraussetzungen von Art. 366 OR sowie von Art. 368 Abs. 1 OR erfüllt sind, ist die Widerklage in Bezug auf die Rechtsbegehren in Ziffer 1 und 2 abzuweisen. Für die Rückforderung der bereits ausgerichteten Zahlungen in der Höhe von CHF 1'643'052.- sowie im Umfang von CHF 16'200.- (vgl. act. 21 Rz. 454 und Rz. 456) besteht weder eine vertragliche noch eine gesetzliche Grundlage.

### D. Ansprüche der Parteien aus dem Wartungs- und Softwarepflegevertrag

#### 1. Einleitung

Die Parteien schlossen am 27. Juni 2008 respektive 30. Juni 2008 einen Wartungs- und Softwarepflegevertrag ab (vgl. act 3/9 = act. 22/8). Die Klägerin fordert

die Wartungspauschale für das Jahr 2011 im Umfang von CHF 134'208.– inklusive Mehrwertsteuer in der Höhe von CHF 10'736.64. Die Beklagte fordert demgegenüber die bereits von ihr bezahlte Gebühr für das Jahr 2010 im Umfang von CHF 137'658.06 von der Klägerin zurück.

## 2. Standpunkt der Parteien

2.1. Die Klägerin macht geltend, dass keine wichtigen Gründe vorliegen würden, welche die Beklagte zu einer ausserordentlichen Kündigung des Wartungs- und Softwarepflegevertrags berechtigen würden (act. 1 Rz. 79). Die Kündigung der Beklagten sei daher als ordentliche Kündigung zu qualifizieren, weshalb der Vertrag bis zum 31. Dezember 2011 fortdaure (act. 1 Rz. 80). Die Klägerin habe daher bis zum 31. Dezember 2011 Anspruch auf die gemäss Ziffer 12.1 vereinbarte jährliche Wartungspauschale. Gemäss Ziffer 12.1 betrage die jährliche Wartungspauschale für die im Anhang A aufgeführte Software CHF 119'916.– und für die im Anhang C zum Dienstleistungsvertrag vereinbarten Gaps CHF 56'844.–. Die Wartungspauschale entspreche 18% der Lizenzkosten für die Softwaremodule bzw. die Gaps (act. 1 Rz. 96). Gemäss Ziffer 12.1 sei die Wartungspauschale ab produktiver Inbetriebnahme der gewarteten Software inklusive Gaps geschuldet und werde jährlich im Voraus zur Zahlung fällig. Bei einer teilweisen produktiven Inbetriebnahme der gewarteten Software werde die anteilige Wartungspauschale gemäss den entsprechenden Lizenzkosten der betroffenen Softwaremodule und Gaps berechnet (act. 1 Rz. 97).

Die Wartungspauschale für das Jahr 2011 von CHF 134'208.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer von CHF 10'736.64 sei unabhängig davon geschuldet, ob die Beklagte dafür Leistungen beziehe. Mit dem Projektstopp, welchen die Beklagte in ihrer E-Mail vom 9. September 2010 verfügt und in ihrem Schreiben vom 15. September 2010 bestätigt habe, habe die Beklagte die Erbringung weiterer Dienstleistungen durch die Klägerin abgelehnt. Dieser Gläubigerverzug der Beklagten habe zur Folge, dass die Klägerin unter Beibehaltung ihres Anspruchs auf die Wartungspauschale von ihrer Leistungspflicht befreit sei (act. 1 Rz. 101). Der von der Beklagten verfügte Projektstopp habe der Klägerin sodann weder Einsparungen ermöglicht noch habe sie ihre Mitarbeiter anderweitig beschäftigen können. Sie

könne die Wartungspauschale daher vollumfänglich beanspruchen (act. 1 Rz. 102).

Die Lancierung von neuen IT-Projekten erfordere sowohl kundenseitig als auch auf Seiten der IT-Dienstleister eine langfristige Planung. Die Klägerin plane den Einsatz ihrer Mitarbeiter daher auf lange Sicht im Voraus. Für die Erbringung von Wartungsdienstleistungen müsse mit einem Vorlauf von mindestens zwei Jahren gerechnet werden. Eine Software müsse zudem erst beim Kunden eingeführt werden, bevor sie Gegenstand von Wartungsdienstleistungen werde. Für das Jahr 2011 habe die Klägerin daher keinen Ersatzvertrag für die mit der Beklagten vereinbarten Wartungsdienstleistungen abschliessen können (act. 1 Rz. 103).

2.2. Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass hinsichtlich des bereits bezahlten Betrags von CHF 137'658.06 eine ungerechtfertigte Bereicherung bestehe. Als sie die Rechnung Nr. 2010014 bezahlt habe, sei die klägerische Software noch nicht in den produktiven Betrieb genommen und sie sei auch später nicht in den produktiven Betrieb genommen worden. Der Wartungsvertrag habe daher gar nicht in Kraft treten können. Die Beklagte habe darauf gehofft, dass eine produktive Inbetriebnahme noch möglich sein würde, habe dann aber erkennen müssen, dass dies nie der Fall sein werde, da die klägerische Software untauglich gewesen sei. Folglich sei die Wartungsgebühr nie geschuldet gewesen. Die Klägerin sei daher ungerechtfertigt bereichert, weshalb die Beklagte von der Klägerin die Rückzahlung der Wartungsgebühr in der Höhe von CHF 137'658.06 zuzüglich Verzugszins von 5% seit dem 15. September 2010 verlange (act. 21 Rz. 458; act. 48 Rz. 653 ff.).

### 3. Rechtliches

Der Wartungs- und Softwarepflegevertrag wird als atypischer Werkvertrag angesehen, wobei das Dauerelement des Vertrags als ungewöhnliches Element eingestuft wird. Weder Art. 404 OR noch Art. 377 OR gelangen im Zusammenhang mit einem solchen Vertrag zur Anwendung, da allein die Regeln zur Beendigung von Dauerverträgen massgeblich sind (FRÖHLICH-BLEULER, N 3367). Gründe, einen Wartungs- und Softwarepflegevertrag zu kündigen, sind der Ablauf der festen

Vertragsdauer, die ordentliche Kündigung, die Kündigung aus wichtigem Grund sowie die Kündigung im Falle einer Vertragsstörung (FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., N 3297 sowie N 3365 ff.).

Das Rechtsinstitut der Kündigung aus wichtigem Grund erfährt in der Regel eine nicht abschliessende vertragliche Regelung bei Dauerschuldverhältnissen. Der Grund für eine ausserordentliche Kündigung muss derart schwerwiegend sein, dass eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses (auch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist) als nicht mehr zumutbar erscheint (FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., N 3372 mit Verweis auf N 2947 ff.). Die Kündigung aus wichtigem Grund steht im Widerspruch zum fundamentalen Grundsatz "pacta sunt servanda" und ist daher ultima ratio. Ob im Einzelfall ein wichtiger Grund vorliegt, entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 4 ZGB). Es geht dabei um eine Billigkeitsentscheidung, die auf objektiver Interessenabwägung unter Beachtung der Umstände des beurteilten Falles beruht (BGE 128 III 428 E. 4).

Die primäre Rechtsfolge einer gerechtfertigten ausserordentlichen Kündigung ist das Erlöschen sämtlicher Vertragserfüllungspflichten. Die ausserordentliche Kündigung wirkt hierbei ex nunc, d.h. Leistungspflichten, die vor der Kündigung fällig, aber noch unerfüllt geblieben sind, bleiben erhalten (VETTER/GUTZWILLER, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der ausserordentlichen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, AJP 2010, S. 706 f.).

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre entfaltet eine ungerechtfertigte ausserordentliche Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses grundsätzlich keine Rechtswirkungen. Bei Fehlen eines wichtigen Grundes bleibt das Dauerschuldverhältnis daher im Grundsatz bestehen. Bei unbefristeten Verträgen erscheint es indes nicht sachgerecht, die ausserordentliche Kündigung bei Fehlen eines wichtigen Grundes als absolut nichtig zu taxieren und zu verlangen, dass die auflösungswillige Vertragspartei erneut, d.h. diesmal ordentlich, kündigen muss. Eine Ausnahme dürfte diesbezüglich einzig im formstrengen Mietrecht bestehen. Ein Teil der Lehre befürwortet daher die Konversion: Bei unbefristeten Verträgen erscheint es angemessen, den Kündigungswillen der Vertragspartei

anzuerkennen und die ausserordentliche Kündigung als ordentliche Kündigung zu interpretieren (vgl. zum Ganzen VETTER/GUTZWILLER, a.a.O., S. 709).

Ausnahmsweise ist trotz Fehlen eines wichtigen Grundes von einer Beendigung des Dauerschuldverhältnisses auszugehen, wenn die Erfüllung nicht mehr durchsetzbar ist. Dies ist einerseits dann der Fall, wenn eine solche Unmöglichkeit durch das Gesetz vorgesehen wird, in der Natur der geschuldeten Leistung liegt oder in einem besonderen Interesse einer Partei begründet ist. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben kann es andererseits geboten sein, dass ein in un gerechtfertigter Weise ausserordentlich gekündetes Dauerschuldverhältnis ausnahmsweise trotz des Fehlens eines wichtigen Grundes aufgelöst wird. Ist es beispielsweise über eine lange Zeit nicht zum Vollzug des Vertrags gekommen, erscheint es mit Blick auf das Prinzip von Treu und Glauben angemessener, die Wirksamkeit der Beendigung anzunehmen. Einerseits verschwindet das Interesse an der Realerfüllung mit zunehmendem Abwarten, andererseits kann es im Einzelfall praktisch unmöglich werden, die vertraglichen Pflichten nachträglich zu erfüllen, da sich in der Zwischenzeit die Umstände verändert haben (vgl. zum Ganzen VETTER/GUTZWILLER, a.a.O., S. 712 f., m.w.H.).

#### 4. Ausserordentliche Kündigung gestützt auf die vertragliche Regelung

4.1. Eine Kündigung kann durch die Parteien gemäss Ziffer 13.2.1 sowie Ziffer 13.2.2 des Wartungs- und Softwarepflegevertrags ordentlich oder ausserordentlich ausgesprochen werden. Die ordentliche Kündigungsfrist wurde von den Parteien auf sechs Monate auf das Ende eines Kalenderjahres angesetzt. Die ausserordentliche Kündigung kann aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung erfolgen, wobei diese schriftlich zu erfolgen hat. Als wichtiger Grund gilt die schuldhaftige Verletzung wesentlicher Vertragspflichten. Vorausgesetzt wird die Ansetzung einer Nachfrist mit Kündigungsandrohung und Unzumutbarkeit der Weiterführung (vgl. Ziffer 13.2.2).

4.2. Die Beklagte behauptet nicht, dass sie der Klägerin (gemäss der vertraglichen Regelung in Ziffer 13.2.2 des Wartungs- und Softwarepflegevertrags) eine Nachfrist mit Kündigungsandrohung und Unzumutbarkeit der Weiterführung an-

setzte. Damit hielt die Beklagte die formellen Voraussetzungen einer ausserordentlichen Kündigung gemäss den vertraglichen Regelungen nicht ein, weshalb die Rechtmässigkeit dieser Kündigung – gestützt auf den Wartungs- und Softwarepflegevertrag – zu verneinen ist. Im Übrigen ist anzumerken, dass eine Rückerstattung der Jahresgebühr pro rata vertraglich nicht vorgesehen ist. Da die Beklagte nach Ablauf der Zahlungsfrist keine schriftliche und begründete Beanstandung des Rechnungsbetrages oder der Berechnungsgrundlagen der Klägerin zukommen liess, galt der Rechnungsbetrag in der Höhe von CHF 137'658.06 als genehmigt (vgl. Ziffer 12.3 des Wartungs- und Softwarepflegevertrags). Eine Rückerstattung der Wartungspauschale für das Jahr 2010 kann daher nach dem Gesagten nicht auf vertragliche Vereinbarungen abgestützt werden kann.

4.3. Die ausserordentliche Kündigung lässt sich nach dem Gesagten nicht auf die vertraglichen Regelungen abstützen. Die Klägerin geht indessen fehl, wenn sie anführt, dass die Kündigung vom 15. September 2010 aufgrund der durch die Beklagte nicht eingehaltenen vertraglich vereinbarten Kündigungsvoraussetzungen (schriftliche Kündigungsandrohung und Fristansetzung) selbst dann keine ausserordentliche Kündigung sei, wenn ein wichtiger Kündigungsgrund vorgelegen hätte (act. 42 Rz. 77). Das Recht zur ausserordentlichen Kündigung darf nicht durch Kündigungsmodalitäten, wie sie in Ziffer 13.2.2. des Wartungs- und Softwarepflegevertrags bestehen, wegbedungen oder beschnitten werden (vgl. VETTER/GUTZWILLER, a.a.O., S. 706, m.w.H.). Im Folgenden ist mithin zu prüfen, ob die ausserordentlichen Kündigung auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes abgestützt werden kann.

## 5. Ausserordentliche Kündigung gestützt auf einen wichtigen Grund

5.1. Den Beweis, dass ein wichtiger Grund für eine ausserordentliche Kündigung gegeben war, obliegt vorliegend der Beklagten, da sie diejenige Partei ist, die sich auf einen wichtigen Grund als Voraussetzung für die Rechtmässigkeit ihrer ausserordentlichen Kündigung beruft (Art. 8 ZGB).

5.2. Die Beklagte offerierte in ihren Rechtsschriften keine tauglichen Beweismittel, mittels welcher die von ihr angeführten wichtigen Gründe (vgl. act. 21 Rz. 367 ff.)

erstellt werden könnten. Ein Beweismittel kann – wie vorstehend bereits erwähnt – nur dann als formgerecht angeboten betrachtet werden, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt (Urteil 4A\_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4). Die Beklagte bot im Zusammenhang mit ihrer Behauptung, dass die Weiterführung des Wartungs- und Softwarepflegevertrags für sie unzumutbar gewesen sei (vgl. act. 21 Rz. 367), insbesondere kein Gutachten an, anhand welchem die von ihr geltend gemachten schwerwiegenden Vertragsverletzungen, insbesondere die unvollständige Parametrierung sowie die unzuverlässigen sowie unvollständigen und falschen Datenverarbeitungen (vgl. act. 21 Rz. 118 f., Rz. 368), erstellt werden könnten. Der von der Beklagten ins Recht gelegten E-Mail von Q.\_\_\_\_\_ vom 12. März 2010 (act. 22/33) kommt für sich allein betrachtet – wie bereits an anderer Stelle dargelegt (vgl. die diesbezüglichen Ausführungen in C./4.5.4.) – keine genügende Beweiskraft zu, um die darin aufgelisteten behaupteten Mängel zu belegen.

5.3. Der Umstand, dass zwei Mitarbeiter der Klägerin diese im Juni 2010 sowie im Oktober 2010 verliessen, kann entgegen den Ausführungen der Beklagten (vgl. act. 21 Rz. 370 f.) ebenfalls nicht als Grund dafür herangezogen werden, den Wartungs- und Softwarepflegevertrag ausserordentlich zu kündigen. Die pauschale Behauptung, dass bei der Klägerin ab September 2010 keine Personen mehr gearbeitet hätten, welche über das notwendige Know How verfügten, vermag nicht zu überzeugen. Die Klägerin führt in diesem Zusammenhang zurecht an (act. 1 Rz. 94), dass den zwischen den Parteien geschlossenen Verträgen nicht entnommen werden kann, dass die Klägerin der Beklagten während der gesamten Projektdauer dasselbe Team zur Verfügung stellen musste. In Ziffer 8.1. des Anhangs C zum Dienstleistungsvertrag heisst es vielmehr, dass Ansprechpartner und Projektmitarbeiter im Verlauf des Projekts durch entsprechend qualifizierte Mitarbeiter ausgetauscht werden können (act. 3/6 S. 16). Auch in Ziffer 6.1 des Anhangs B zum Dienstleistungsvertrag ist geregelt, dass sich die Klägerin das Recht vorbehält, Projektmitarbeiter durch andere Fachkräfte mit einem vergleichbaren Profil auszutauschen (vgl. act. 3/5 S. 6).

5.4. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist damit im Ergebnis zu verneinen.

## 6. Anspruch auf die Wartungspauschale 2011

6.1. Ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes und damit die Berechtigung der Beklagten zu einer ausserordentlichen Kündigung zu verneinen, so ist bei unbestimmten Verträgen die (unzulässige ausserordentliche) Kündigung als ordentliche Kündigung auf den nächsten Kündigungstermin zu interpretieren (vgl. dazu VETTER/GUTZWILLER, a.a.O., S. 708 ff.). Da der Wartungs- und Softwarepflegevertrag gemäss dessen Ziffer 13.2.1 unter Wahrung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten jeweils auf das Ende eines Kalenderjahres erfolgen kann, beendet die mit Schreiben der Beklagten vom 15. September 2010 vorgenommene Kündigung den Wartungs- und Softwarepflegevertrag mit Wirkung per 31. Dezember 2011. Die Klägerin hat daher bis zum 31. Dezember 2011 Anspruch auf die gemäss Vertragsziffer 12.1 vereinbarte Wartungspauschale. Aufgrund des Vertragswortlautes ist denn auch von einer unbedingten und leistungsunabhängig geschuldeten Wartungspauschale auszugehen. Nach dem Prinzip der Vertragstreue ist vorliegend der Grundsatz "*pacta sunt servanda*" zu beachten, wonach sich die Parteien an abgeschlossene Verträge zu halten haben.

6.2. Die von der Klägerin verlangte Wartungspauschale für das Jahr 2011 im Umfang von CHF 134'208.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer von CHF 10'736.64 ist in quantitativer Hinsicht unbestritten geblieben und gemäss Vertragsziffer 12.1 ausgewiesen (vgl. dazu auch act. 1 Rz. 99 sowie act. 3/26 S. 6). Mit Schreiben vom 21. September 2010 wurde der Beklagten sodann Frist bis spätestens 21. Januar 2011 angesetzt, um die betreffende Zahlung zu leisten. Die Beklagte befindet sich damit seit dem 22. Januar 2011 in Verzug. Die Höhe des Verzugszinses von 5% ergibt sich aus Art. 104 OR.

6.3. Die Beklagte ist daher zu verpflichten, der Klägerin in Gutheissung von deren Rechtsbegehren Ziffer 3 den Betrag von CHF 134'208.– zuzüglich MWST von 8% (= CHF 10'736.64) und Zins zu 5 % pro Jahr auf CHF 134'208.– seit 22. Januar 2011 zu bezahlen.

## 7. Rückerstattung der Wartungspauschale 2010

7.1. Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten (Art. 62 Abs. 1 OR). Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung schliesst ein vertraglicher Anspruch einen Bereicherungsanspruch aus. Wird eine vertraglich geschuldete Leistung erbracht, so stellt der gültige Vertrag den Rechtsgrund dar, weshalb der Leistungsempfänger nicht ungerechtfertigt, d.h. rechtsgrundlos bereichert sein kann (BGE 133 III 356 E. 3.2.1).

7.2. Aus einer E-Mail von R. \_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Klägerin) an Q. \_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Beklagten) vom 18. Dezember 2009 (vgl. act. 22/29), geht folgende Bemerkung hervor: "Mit der Gesamtabnahme unter Vorbehalt tritt der Softwarepflegevertrag in Kraft (01.01.2010). ...". Die Beklagte widersprach diesen Ausführungen der Klägerin in der Folge nicht (vgl. die E-Mail von Q. \_\_\_\_\_ vom 22. Dezember 2009; act. 22/29) und überwies der Klägerin die Pauschale für das Jahr 2010 gemäss entsprechender Rechnung (act. 22/87). Wenn die Beklagte nachträglich geltend macht, die klägerische Software sei weder damals noch später in den produktiven Betrieb genommen worden und sie habe die Zahlung nur in der Hoffnung geleistet, dass die produktive Inbetriebnahme noch eintreten werde (vgl. act. 21 Rz. 458; act. 48 Rz. 655), so stehen diese Ausführungen klar im Widerspruch zu ihrem Vorgehen unmittelbar nach dem 18. Dezember 2009. Der zwischen den Parteien ausgetauschten Korrespondenz zur Softwarepflege (vgl. act. 22/29) sowie dem Umstand, dass die Rechnung für die Wartungspauschale 2010 anstandslos beglichen wurde, kann einzig entnommen werden, dass die Parteien nach der Teilabnahme am 18. Dezember 2009 übereinstimmend davon ausgingen, dass mindestens teilweise ein Übertritt in die Wartungsphase erfolgt war und die Behebung von Fehlern, welche den am 18. Dezember 2009 bereits abgenommenen Teil betrafen, gemäss Ziffer 5.1.1. des Wartungs- und Softwarevertrages erfolgen sollte (act. 3/9 S. 8). Als Folge davon handelt es sich bei der Zahlung im Umfang von CHF 137'658.06 um eine vertragliche Leistung und nicht um eine solche ohne Rechtsgrund. Die Beklagte hat demnach keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung im Sinne von Art. 62 OR.

7.3. Selbst wenn man mit der Beklagten davon ausgehen wollte, dass die produktive Inbetriebnahme nicht erfolgte und die Bestimmungen des Wartungsvertrags damit gar nicht erst zur Anwendung gelangten, so wäre der bereicherungsrechtliche Anspruch der Beklagten nach Art. 67 Abs. 1 OR verjährt.

Der Bereicherungsanspruch verjährt mit Ablauf eines Jahres, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchs (Art. 67 Abs. 1 OR). Fristauslösende Kenntnisnahme liegt vor, wenn der Entreicherte einen derartigen Grad an Gewissheit hinsichtlich des Bereicherungsanspruchs erlangt hat, dass nach Treu und Glauben angenommen werden kann, der Gläubiger habe nunmehr weder Anlass noch Möglichkeit zu weiterer Abklärung und gleichzeitig in ausreichender Masse Unterlagen zur Klageanhebung, so dass ihm diese vernünftigerweise zugemutet werden dürfe. Gewissheit hinsichtlich des Bereicherungsanspruchs setzt Kenntnisse über das ungefähre Ausmass der Entreichung, die Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung und die Person des Bereicherten voraus. Massgebend sind die tatsächlichen den Anspruch betreffenden Kenntnisse (BGE 129 III 505 E.3.3; Urteil 4C.250/2006 vom 3. Oktober 2006 E. 2.2).

Die Widerklage unterbricht die Verjährung wie eine selbständige Klage (DÄPPEN, BSK OR I, N 7 zu Art. 135 OR).

7.4. Am 17. Juni 2011 erhob die Beklagte Widerklage (vgl. act. 21) und forderte den Betrag von CHF 137'658.06 aus ungerechtfertigter Bereicherung. Die Verjährung wurde mithin an jenem Tag gemäss Art. 138 Abs. 1 OR unterbrochen.

Die Beklagte führte in ihrer Klageantwort im Zusammenhang mit der Projektentwicklung Ende des Jahres 2009 aus, dass sich herausgestellt habe, dass die klägerische Softwarelösung nicht in der Lage gewesen sei, die eigentliche "Kernleistung" zu produzieren. Die Software sei vollständig untauglich gewesen (act. 21 Rz. 81 ff., insbesondere Rz. 84). Die Beklagte legt sodann weiter dar, dass im März 2010 verschiedene Probleme bestanden hätten (act. 21 Rz. 118 f.). Aus dem E-Mail vom 15. März 2010 geht hervor, dass die Beklagte die Abnahmen der Vorbehalte verweigerte (vgl. act. 22/34). Die Beklagte legt in diesem Zusammen-

hang dar, dass ihr bereits in jenem Zeitpunkt bewusst gewesen sei, dass sich das Projekt" je länger je mehr zu einem Fass ohne Boden" entwickelt habe (vgl. act. 48 Rz. 339). Da der Beklagten mithin spätestens im März 2010 bewusst war, dass das Projekt – nach ihrem Dafürhalten – zum Scheitern verurteilt war, wusste sie zu jenem Zeitpunkt auch, dass keine produktive Inbetriebnahme (mehr) erfolgen würde und der Rechtsgrund für die Zahlung von CHF 137'658.06 gar nie bestanden hatte. Zu jenem Zeitpunkt hatte die Beklagte mithin keinen Anlass zu weiteren Abklärungen, weshalb das erforderliche Mass an Gewissheit hinsichtlich des Bereicherungsanspruchs zu bejahen ist. Die Verjährungsfrist lief mithin ab März 2010, weshalb die Widerklage im Juni 2011 als verjährungsunterbrechende Handlung bereits zu spät erfolgte. Die Verjährungseinrede der Klägerin (vgl. act. 28 Rz. 268 f.) ist daher zu schützen.

## 8. Fazit

Die Beklagte hat keine tauglichen Beweismittel offeriert, mittels welchen ein wichtiger Grund im Zusammenhang mit der Rechtmässigkeit einer ausserordentlichen Kündigung des Softwarepflegevertrags erstellt werden könnte. Ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 OR ist sodann aufgrund des Umstandes, dass die Beklagte den Betrag von CHF 137'658.06 als Folge einer vertraglichen Leistungspflicht leistete, abzuweisen. Selbst wenn eine produktive Inbetriebnahme zu verneinen wäre, so könnte dem Bereicherungsanspruch der Beklagten aufgrund dessen Verjährung nicht stattgegeben werden. Der klägerische Anspruch in Bezug auf die Erstattung der Wartungspauschale 2011 ist dagegen gutzuheissen.

## E. Ansprüche aus dem Lizenzvertrag

### 1. Einleitung

Die Parteien schlossen am 27. Juni 2008 bzw. 30. Juni 2008 einen Lizenzvertrag (act. 3/8 = act. 22/9). In diesem wird der Beklagten gemäss Ziffer 3.1 sowie 8.1 ein zeitlich unlimitiertes Recht zur Nutzung der klägerischen Softwareprogramme gegen die Entrichtung einer einmaligen Lizenzgebühr in der Höhe von

CHF 666'200.– gewährt. Zwischen den Parteien ist unstrittig (vgl. act. 28 Rz. 180), dass die Beklagte an die Werkleistungen und die Lizenzgebühr insgesamt CHF 1'643'052.– bezahlte.

## 2. Standpunkt der Parteien

2.1. Die Klägerin führt aus, dass die Kündigung der Beklagten mit Schreiben vom 15. September 2010 keine Wirkungen in Bezug auf den Lizenzvertrag zeitige. Abgesehen davon, dass kein kündbares Dauerschuldverhältnis vorliege, fehle es an wichtigen Gründen für eine Vertragsauflösung. Die Kündigung des Lizenzvertrages gehe daher in mehrfacher Hinsicht ins Leere und sei dementsprechend nicht zu beachten (act. 1 Rz. 110).

2.2. Die Beklagte macht geltend, dass die Klägerin keine Forderung aus der Beendigung des Lizenzvertrages ableite, weshalb ihre Ausführungen dazu an sich irrelevant seien (act. 21 Rz. 372). Die Klägerin verkenne indes, dass der Lizenzvertrag eine Abnahme der Software vorgesehen habe. In Ziffer 6 des Vertrages werde diesbezüglich auf den Anhang C zum Dienstleistungsvertrag verwiesen. In Ziffer 2 des Anhangs C werde darauf hingewiesen, dass die Bestimmungen des Dienstleistungsvertrags ergänzend anwendbar seien. Der Anhang C zum Dienstleistungsvertrag enthalte keine explizite Regelung für den Fall, dass eine Abnahme scheitere, weshalb der Dienstleistungsvertrag ergänzend anzuwenden sei. Dieser sehe wiederum vor, dass im Fall des Scheiterns der Abnahme die Parteien Zugum-Zug die erbrachten Leistungen zurückverlangen könnten, wobei die von der Beklagten im Rahmen der Rückabwicklung zu erbringenden Leistung die Löschung der klägerischen Software darstelle (act. 21 Rz. 375). Da die Abnahme der klägerischen Software gescheitert sei, seien folglich auch die Lizenzgebühren zurückzuerstatten (act. 21 Rz. 376).

## 3. Vertragliche Regelung

Der Vertrag sieht lediglich für die Klägerin eine ausserordentliche Kündigungsmöglichkeit vor (Ziff. 11.2). Für die Beklagte ist eine ausserordentliche Kündigung einzig im Zusammenhang mit der Rechtsgewährleistung möglich.

Nach Ziffer 6 des Lizenzvertrages richtet sich das Abnahmeverfahren der lizenzierten Software nach den Bestimmungen des Anhangs C zum Dienstleistungsvertrag.

#### 4. Rechtliches

Unterschieden werden in der Praxis Softwareüberlassungen auf Dauer sowie auf Zeit. Bei der Softwareüberlassung auf Dauer kann der Anwender die Software so lange nutzen, wie er möchte (vgl. FRÖHLICH-BEUTLER, a.a.O., N 1638 ff. sowie Rz. 2367 ff.). Die Rechtsnatur des Software-Lizenzvertrags ist umstritten (vgl. FRÖHLICH-BEUTLER, a.a.O., N 1643), wobei nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei einem einmaligen Austauschverhältnis die kaufrechtlichen Gesetzesbestimmungen zur Anwendung gelangen (BGE 124 III 456; vgl. auch die Übersicht zu den verschiedenen Lehrmeinungen bei FRÖHLICH-BEUTLER, a.a.O., N 1643 ff.).

Auf den vorliegenden Lizenzvertrag, der eine einmalige Lizenzgebühr vorsieht und welcher dem Anwender (der Beklagten) ein Nutzungsrecht auf Dauer erlaubt (vgl. Ziffer 3.1 des Lizenzvertrags; act. 3/8 S. 4), gelangt damit (zumindest analog) Kaufvertragsrecht zur Anwendung. Gemäss Art. 205 OR steht dem Käufer bei Mängeln der Kaufsache die Wandelung oder Minderung zu. Ein Mangel besteht beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft oder wenn die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch aufgehoben oder erheblich vermindert ist (vgl. zum Ganzen HONSELL, BSK OR I, N 2 zu Art. 197 OR).

Beweisbelastet für die Behauptung, dass die Software Mängel aufweist, welche diese unbrauchbar machen, ist die Beklagte (Art. 8 ZGB).

#### 5. Subsumtion

5.1. Die Beklagte geht fehl, wenn sie geltend macht, dass eine Abnahme am 18. Dezember 2009 vollends gescheitert sei (vgl. die Ausführungen in C./2.). Sie kann sich sodann – wie bereits an obiger Stelle ausgeführt (vgl. C./3.3.) – nicht auf Ziffer 7.2 des Dienstleistungsvertrags berufen.

5.2. Da auf den Lizenzvertrag die kaufrechtlichen Bestimmungen anzuwenden sind, und die Beklagte die Rückzahlung der bereits bezahlten Lizenzgebühr und damit die Wandlung geltend macht, ist zu prüfen, ob derart erhebliche und nicht vernünftig behebbare Mängel aufgetreten sind, dass die Sache für die Beklagte unbrauchbar war.

5.3. Die Beklagte legte im Zusammenhang mit ihren Ausführungen zum Lizenzvertrag (vgl. act. 21 Rz. 374 ff.) keine Beweismittel vor bzw. offeriert keine tauglichen Beweismittel (insbesondere keine Expertise), mittels welchen erstellt werden könnte, dass die klägerische Software an erheblichen Mängeln litt. Die Forderung der Beklagten in Bezug auf die Rückerstattung der Lizenzgebühr in der Höhe von CHF 666'200.– ist daher abzuweisen.

#### F. Verbot der Nutzung der installierten Programme

##### 1. Standpunkt der Parteien

1.1. Die Klägerin macht geltend, dass die Beklagte die von ihr geforderten Vergütungen nicht fristgerecht bis zum 21. Januar 2011 bezahlt habe, weshalb sie gestützt auf die Nutzungsregelung in Ziffer 5 des Dienstleistungsvertrages, Ziffer 3.1 des Lizenzvertrages sowie Ziffer 9 des Wartungs- und Softwarepflegevertrages nicht mehr befugt sei, die an sie gelieferten Softwareprogramme, inklusive Gaps, Patches und Releases zu nutzen. Die Klägerin beruft sich in diesem Zusammenhang auf Art. 82 OR und macht geltend, dass sie die Nutzung nicht zu gewähren brauche, solange die Beklagte mit der Vergütungszahlung in Verzug sei. Dabei sei es nicht relevant, aus welchen der drei Verträge sich die Vergütungspflicht ergebe, da die Nutzungsregelung eine vertragsübergreifende Wirkung entfalte (act. 1 Rz. 115). Sie habe ein Interesse an dem von ihr beantragten Nutzungsverbot, solange die Behauptung der Beklagten, die Software gelöscht zu haben, nicht belegt sei (act. 28 Rz. 280).

1.2. Die Beklagte bestreitet die Nutzung und Nutzbarkeit der klägerischen Software (act. 21 Rz. 382 ff.) und macht zudem geltend, dass es unverhältnismässig sei, der Beklagten den Gebrauch der Software zu verbieten, obschon die Beklag-

te für diese rund CHF 1,6 Mio. bezahlt habe (act. 21 Rz. 387). Die Klägerin verhalte sich zudem widersprüchlich und rechtsmissbräuchlich, da sie nicht einerseits die Bezahlung verlangen und andererseits die Nutzung verbieten lassen könne (act. 21 Rz. 388). Die Beklagte habe im Übrigen die Software nach dem Scheitern der Abnahme und zwecks Rückabwicklung gelöscht. Es fehle daher auch an einem rechtlichen Interesse der Klägerin an dem von ihr geltend gemachten Unterlassungsanspruch (act. 21 Rz. 392 f.).

## 2. Vertragliche Regelung

Ziffer 5 des Dienstleistungsvertrags statuiert, dass die Klägerin der Beklagten gegen fristgemässe Leistung der vereinbarten Vergütungen an den unter dem Dienstleistungsvertrag gelieferten Arbeitsresultaten die Nutzungsrechte gemäss Ziffer 4 des Lizenzvertrages gewährt (act. 3/4 S. 7).

## 3. Rechtliches

Ein Unterlassungsanspruch setzt ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse voraus, dass eine Verletzung andauert oder aber droht. Ein solches Interesse besteht, wenn die widerrechtliche Handlung unmittelbar droht, d.h. die behauptete Rechtsverletzung ernsthaft zu befürchten ist (BGE 109 II 346, E. 3, mit Hinweisen). Eine bloss hypothetische, durch nichts konkretisierte Gefährdung genügt nicht, ebenso wenig wie eine Gefährdung, die zwar früher bestanden hatte, deren Verwirklichung aber nicht mehr realistisch ist.

## 4. Subsumtion

4.1. Vorab ist festzuhalten, dass die Klägerin in keiner Weise ausführt, wer seitens der Beklagten die von ihr als gänzlich unbrauchbar bezeichnete klägerische Software wann und vor allem inwiefern tatsächlich nutzt. Dieses pauschale Vorbringen vermag den geltenden (oben ausgeführten) Substantiierungsanforderungen nicht zu genügen. Die Gefahr einer unzulässigen Nutzung würde ohnehin nur dann bestehen, wenn die betreffende Software auch effektiv genutzt werden könnte. Der Umstand, dass diese klägerische Software nicht genutzt werden konnte, stellt vorliegend aber gerade das Grundproblem dar und bildet den ge-

samen Hintergrund der Auseinandersetzung zwischen den Parteien. Die Beklagte vertrat denn auch während des ganzen Verfahrens stets stringent die Haltung, dass sie ihre Rücktrittserklärung nach ihrem Dafürhalten zurecht auf Ziffer 7.2 des Dienstleistungsvertrages abgestützt habe, da sie die Ablieferung bzw. Abnahme des gesamten Werkes als gescheitert erachtet habe (act. 48 Rz. 418, Rz. 423). In Ziffer 7.2 heisst es, dass die Klägerin der Beklagten Zug um Zug gegen Rückgabe bzw. schriftlich bestätigter Löschung der betroffenen Arbeitsresultate die geleisteten Zahlungen zurückerstattet (act. 3/4 S. 11). Nach der Argumentation der Beklagten erscheint es daher einzig als folgerichtig, dass sie die (aus ihrer Sicht völlig unbrauchbare) klägerische Software nach ihrem Vertragsrücktritt vom 15. September 2010 effektiv auch löschte. Für eine andere Sichtweise bestehen keinerlei Anhaltspunkte. Hinzu kommt Folgendes: Die Klägerin scheint von einer Pflicht der Beklagten auszugehen, wonach die Softwareprogramme auf ihren Systemen im Hinblick auf die klägerische Beweisführung (insbesondere in Bezug auf deren Begutachtung) aufzubewahren sind (vgl. act. 28 Rz. 282). Dem ist indessen nicht so. Die Parteien haben im Beweisverfahren nur (aber immerhin) eine entsprechende Obliegenheit. Die Löschung der Software durch die Beklagte könnte mithin einzig im Sinne von Art. 164 ZPO berücksichtigt werden. Indessen kann der Umstand, dass die Beklagte die Löschung der Software – wenn auch zu Unrecht – auf Ziffer 7.2 des Dienstleistungsvertrages abstützte, nicht mit einer Mitwirkungsverweigerung im Sinne von Art. 164 ZPO gleichgesetzt werden. Die diesbezüglichen Ausführungen der Klägerin (vgl. act. 28 Rz. 282 ff.) vermögen daher nicht zu überzeugen.

4.2. Ist demgemäss davon auszugehen, dass eine Nutzung der klägerischen Software für die Beklagte nicht (mehr) möglich ist, so fehlt es entsprechend an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse der Klägerin an ihrem geltend gemachten Unterlassungsanspruch. Auf das geforderte Nutzungsverbot der installierten Programme ist daher nicht einzutreten.

## 5. Fazit

Auf Ziffer 4 des klägerischen Rechtsbegehrens ist nicht einzutreten.

## G. Löschung der Source Codes

### 1. Standpunkt der Parteien

1.1. Die Klägerin macht geltend, dass es ihr infolge des abrupten Abbruchs des Projekts am 9. September 2010 durch die Beklagte nicht möglich gewesen sei, die Source Codes für gewisse Computerprogramme, die sie bei der Beklagten installiert habe, zu verschlüsseln (act. 1 Rz. 146). Die Beklagte habe gestützt auf die Verträge keinen Anspruch auf die Überlassung der Source Codes und sei nicht befugt, diese Dritten offen zu legen. Sie verlange deshalb, dass die Source Codes verschlüsselt würden (soweit dies nicht bereits erfolgt sei) und der Beklagten verboten werde, diese gegenüber Dritten offen zu legen (act. 1 Rz. 147 f.).

1.2. In Bezug auf die Offenlegung der Source Codes macht die Beklagte ebenfalls primär geltend, dass die Klägerin kein rechtliches Interesse an einer Verschlüsselung habe, da sie die klägerische Software ohnehin bereits gelöscht habe (act. 21 Rz. 401).

### 2. Fehlendes aktuelles Rechtsschutzinteresse

Abermals ist festzuhalten, dass die Beklagte geltend macht, dass sie die klägerische Software bereits gelöscht habe. Ihre diesbezüglichen Ausführungen korrespondieren mit ihrem gesamten Verhalten im vorliegenden Verfahren (vgl. F./4.), weshalb nicht ersichtlich ist, weshalb die Beklagte diesbezüglich keine wahrheitsgetreue Angaben machen sollte. Es ist mithin davon auszugehen, dass die klägerische Software tatsächlich gelöscht wurde.

Da die klägerische Software durch die Beklagte bereits gelöscht wurde, fehlt es an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse der Klägerin an der von ihr geltend gemachten Löschung der Source Codes. Auf die von der Klägerin geforderte Löschung der Source Codes ist daher nicht einzutreten.

### 3. Fazit

Auf Ziffer 5 des klägerischen Rechtsbegehrens ist nicht einzutreten.

### **III. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG), die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren gleichen Datums (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des zürcherischen Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Der Streitwert wird gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO durch das Rechtsbegehren bestimmt. Der Streitwert beträgt im vorliegenden Fall insgesamt CHF 4'076'417.95 (vgl. dazu nachfolgend Ziffer 3), da sich die Klage und die Widerklage gegenseitig nicht ausschliessen (Art. 94 Abs. 2 ZPO).

2. Bei der Festlegung der Gerichtsgebühr ist zu berücksichtigen, dass es sich vorliegend um ein komplexes Verfahren mit verschiedensten Fragestellungen und umfangreichen Akten handelte. Ferner wurde ein superprovisorisches und vorsorgliches Massnahmeverfahren durchgeführt sowie zudem noch eine Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung abgehalten. Der Zeitbedarf für die Bearbeitung des Falles erwies sich im Übrigen als erheblich. Entsprechend rechtfertigt sich eine Erhöhung der Gerichtsgebühr um drei Viertel (§ 4 Abs. 1 und 2 GebV OG). Die Gerichtsgebühr ist damit auf CHF 120'000.– anzusetzen.

3. In Bezug auf den Streitwert der Klage ist zu beachten, dass die Klägerin diesen hinsichtlich der Ziffern 4 und 5 ihres Rechtsbegehrens mit CHF 1'855'898.90 bezifferte (CHF 400'898.90 sowie CHF 1'455'000.–; vgl. act. 6 S. 2 f.). Der Streitwert der Klage beträgt somit insgesamt CHF 2'279'506.99. Die Widerklage weist einen Streitwert von CHF 1'796'911.05 auf. Angesichts des Umstandes, dass die Klägerin im vorsorglichen Massnahmeverfahren unterlag, auf die Ziffern 4 und 5 des klägerischen Rechtsbegehrens mangels hinreichendem Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten ist, die Klägerin im Umfang von CHF 134'208.– (Rechtsbegeh-

ren Ziffer 3) obsiegt, ansonsten aber, d.h. in Bezug auf ihre Rechtsbegehren Ziffern 1 und 2 sowie Ziffer 7 unterliegt und die Widerklage der Beklagten vollumfänglich abzuweisen ist, unterliegen die Parteien insgesamt etwa beide zur Hälfte. Damit sind den Parteien die Kosten ausgangsgemäss je zur Hälfte aufzuerlegen. Die Kosten sind vorab aus den von beiden Parteien geleisteten Kostenvorschüssen zu decken. Im nicht gedeckten Betrag sind die Kosten von der pflichtigen Partei nachzufordern. Die Parteientschädigungen sind sodann aufgrund des jeweils etwa hälftigen Unterliegens bzw. Obsiegens entsprechend wettzuschlagen.

**Das Handelsgericht beschliesst:**

1. Auf die Ziffern 4 und 5 der Klage wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachstehendem Erkenntnis.

**und erkennt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin in Gutheissung von deren Rechtsbegehren Ziffer 3 den Betrag von CHF 134'208.– zuzüglich 8% MWST (= CHF 10'736.64) und Zins zu 5 % pro Jahr auf CHF 134'208.– seit 22. Januar 2011 zu bezahlen.
2. Die Klage wird im Übrigen abgewiesen.
3. Die Widerklage wird abgewiesen.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 120'000.–.
5. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und vorab aus den von der Klägerin und der Beklagten geleisteten Kostenvorschüssen gedeckt; im nicht gedeckten Betrag werden die Kosten von der pflichtigen Partei nachgefordert.
6. Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.

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 4'076'417.95.

Zürich, 17. November 2014

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsident:

Gerichtsschreiberin:

Dr. George Daetwyler

Katja Diethelm