



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, und Oberrichter Dr. Stephan Mazan, die Handelsrichter Attila Mathé, Rony Müller und Martin Kleiner sowie der Gerichtsschreiber Dr. Andreas Baeckert

Beschluss und Urteil vom 21. März 2022

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Fürsprecherin X1._____

vertreten durch Rechtsanwältin M.A. HSG in Law X2._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Ursprüngliches Rechtsbegehren der Klägerin:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von CHF 417'450.53 nebst 5 % Verzugszins auf CHF 113'947.00 seit 21. Januar 2019, 5 % Verzugszins auf CHF 138'917.50 seit 17. Februar 2019, 5 % Verzugszins auf 129'911.78 seit 16. März 2019, 5 % Verzugszins CHF 11'558.05 seit 21. Juli 2019, 5 % Verzugszins auf CHF 11'558.05 seit 06. September 2019 und 5 % Verzugszins auf CHF 11'558.05 seit 27. September 2019 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Winterthur-Stadt sei zu beseitigen und es sei festzuhalten, dass die Klägerin im Betrag von CHF 382'776.38 nebst 5 % Verzugszins auf CHF 113'947.00 seit 21. Januar 2019, 5 % Verzugszins auf CHF 138'917.50 seit 17. Februar 2019, 5 % Verzugszins auf CHF 129'911.78 seit 16. März 2019, die Betreuung fortsetzen kann.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 7.7 % MWST zu lasten der Beklagten."

Abgeändertes Rechtsbegehren der Klägerin:

(act. 29 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von CHF 425'068.18 nebst 5 % Zins auf CHF 113'947.11 seit 21. Januar 2019, 5 % Zins auf CHF 99'247.54 seit 17. Februar 2019, 5 % Zins auf 127'934.13 seit 16. März 2019, 5 % Zins CHF 11'558.05 seit 21. Juli 2019, 5 % Zins auf CHF 11'558.05 seit 5. September 2019, 5 % Zins auf CHF 11'558.05 seit 27. September 2019 und 5 % Zins auf CHF 11'558.05 seit 7. November 2019, 5 % Zins auf CHF 4'713.40 seit 22. Dezember 2019, 5 % Zins auf CHF 4'713.40 seit 7. Januar 2020, 5 % Zins auf CHF 4'713.40 seit 8. Februar 2020, 5 % Zins auf CHF 4'713.40 seit 15. März 2020, 5 % Zins auf CHF 4'713.40 seit 1. April 2020, 5 % Zins auf CHF 4'713.40 seit 5. Mai 2020 und 5 % Zins auf CHF 9'426.75 seit 15. Juni 2020 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Winterthur-Stadt sei zu beseitigen und es sei festzuhalten, dass die Klägerin im Betrag von CHF 341'128.78 nebst 5 % Verzugszins auf CHF 113'947.11 seit 21. Januar 2019, 5 % Verzugszins auf CHF 99'247.54 seit 17. Februar 2019 und 5 % Verzugszins auf CHF 127'934.13 seit 16. März 2019, die Betreuung fortsetzen kann.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 7.7 % MWST zu lasten der Beklagten."

Rechtsbegehren der Beklagten:

(act. 12 S. 2)

- "1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin."

Prozessuale Anträge der Beklagten:

(act. 29 S. 2)

- "1. Die Klage sei im Umfang von CHF 41'647.59 (inkl. MWSt) als durch Klagerückzug erledigt abzuschreiben;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C. _____. Sie bezweckt die Entwicklung von Software sowie die Erbringung von auf Soft- und Hardware bezogenen Dienstleistungen jeglicher Art, namentlich die Schulung, die Projektrealisierung, die Beratung und den Vertrieb (vgl. act. 1 Rz. 2; act. 12 Rz. 7 ff; act. 3/1).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D. _____. Sie bezweckt Beratung und Engineering im Bereich ... und verwandten Gebieten, Messungen an ... für deren Zulassung sowie Konzeption von und Handel mit Prüfsystemen für ... (vgl. act. 1 Rz. 3; act. 12 Rz. 11 ff.; act. 3/2).

Prozessgegenstand

Die Beklagte hat die Klägerin mit der Implementierung der Software E. _____ beauftragt. Die Klägerin ist der Ansicht, dass sie die Phase I des Projekts erfolgreich abgeschlossen habe und danach von der Beklagten mit weiteren Zusatzaufträgen betraut worden sei. Sie fordert sowohl für die Arbeiten in Phase I als auch für die Arbeiten an den Zusatzaufträgen eine Entschädigung von der Beklagten.

Die Beklagte ist hingegen der Ansicht, dass Phase I des Projekts nicht abgeschlossen worden sei, sondern die Standardimplementierung der Software noch

zahlreiche Mängel aufweise. Bei den weiteren Arbeiten der Klägerin habe es sich um Mängelbeseitigungen und nicht um Zusatzaufträge gehandelt, die nicht zu entschädigen seien. Die Klägerin sei für die erbrachten Arbeiten bereits ausreichend entschädigt worden. Die darüber hinaus von der Klägerin geforderte Entschädigung sei nicht geschuldet.

B. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 8. Dezember 2019 (Datum Poststempel) samt Beilagen machte die Klägerin die vorliegende Klage rechtshängig (act. 1; act. 2; act. 3/1–52). Mit Verfügung vom 12. November 2019 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses sowie zur Einreichung einer verbesserten Vollmacht angesetzt (act. 4). Nach fristgerechtem Eingang des Kostenvorschusses (act. 6) sowie der verbesserten Vollmacht (act. 7; act. 8) wurde der Beklagten mit Verfügung vom 22. November 2019 Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt (act. 9). Die Beklagte erstattete ihre Klageantwort mit Eingabe vom 7. Februar 2020 (Datum Poststempel) fristgerecht samt Beilagen (act. 11; act. 12; act. 13/2–34). Mit Verfügung vom 11. Februar 2020 wurde die Klageantwort der Klägerin zugestellt und die Prozessleitung delegiert (act. 14).

Mit Vorladung vom 5. August 2020 wurden die Parteien zu einer Vergleichsverhandlung am 3. September 2020 vorgeladen (act. 16). Mit Schreiben vom 10. August 2020 legte das Gericht den Parteien offen, dass Handelsrichter Attila Mathé 2012 ein Gutachten für die Kanzlei der Rechtsvertreter der Klägerin erstattet hatte (act. 18; act. 19). Die Parteien erhoben in der Folge keine Einwände gegen die Beteiligung von Handelsrichter Attila Mathé am Verfahren (act. 21; act. 22). Anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 3. September 2020 konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden (Prot. S. 6 f.).

Nach einer informellen Sistierung des Verfahrens bis 30. September 2020 (Prot. S. 7; act. 25) wurde mit Verfügung vom 1. Oktober 2020 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist zur Leistung eines zusätzlichen Kostenvorschusses sowie zur Einreichung der Replik angesetzt (act. 26). Nach fristgerechtem Eingang des Kostenvorschusses (act. 28) erstattete die Klägerin mit

Eingabe vom 3. Dezember 2020 (Datum Poststempel) die Replik ebenfalls fristgerecht samt Beilagen (act. 29; act. 30/53–119). Mit Verfügung vom 8. Dezember 2020 wurde der Beklagten Frist zur Einreichung der Duplik angesetzt (act. 31), welche mit Eingabe vom 25. Februar 2021 (Datum Poststempel) fristgerecht samt Beilagen erstattet wurde (act. 29; act. 34/35–39). Mit Verfügung vom 2. März 2021 wurde die Duplik der Klägerin zugestellt und der Eintritt des Aktenschlusses festgestellt. Mit Eingabe vom 15. März 2021 (Datum Poststempel) erstattete die Klägerin eine unaufgeforderte Stellungnahme (act. 37), welche der Beklagten weitergeleitet wurde (Prot. S. 12; act. 38). Mit Eingabe vom 29. März 2021 (act. 39) erstattete darauf die Beklagte eine unaufgeforderte Stellungnahme (act. 39), welche der Klägerin weitergeleitet wurde (Prot. S. 12; act. 40).

Mit Verfügung vom 7. Februar 2022 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde, unter Androhung, dass bei Stillschweigen Verzicht auf die Hauptverhandlung angenommen würde (act. 41). Mit Eingabe vom 14. Februar 2022 (Datum Poststempel) erklärte die Beklagte, auf eine Hauptverhandlung zu verzichten (act. 43), während die Klägerin mit Eingabe vom 16. Februar 2022 (Datum Poststempel) erklärte, nicht auf die Durchführung einer Hauptverhandlung zu verzichten (act. 44). In der Folge wurden die Parteien mit Vorladung vom 25. Februar 2022 zur Hauptverhandlung vorgeladen (act. 46) und die Hauptverhandlung wurde am 21. März 2022 durchgeführt (Prot. S. 15 f.). Das Verfahren ist spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Sowohl die örtliche (Art. 17 f. ZPO) als auch die sachliche Zuständigkeit (Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG) des Handelsgerichts des Kantons Zürich sind vorliegend gegeben und von den Parteien unbestritten (vgl. act. 1 Rz. 4 f.; act. 12 S. 14).

1.2. Mit der Replik erweiterte die Klägerin ihr Rechtsbegehren um zusätzliche Forderungspositionen, namentlich zusätzliche Lizenzgebühren aus dem Zeitraum zwischen Einreichung der Klage im Dezember 2019 und Einreichung der Replik im Juli 2020 (vgl. act. 29 Rz. 8 f.). Die Klageerweiterung stellt eine Unterkategorie der Klageänderung dar (vgl. BSK ZPO- WILLISEGGER, Art. 227 N 24 f.). Sie ist im zweiten Schriftenwechsel entsprechend insbesondere zulässig, wenn die neuen Ansprüche nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen sind und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang stehen (Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Auch die mit der Klageerweiterung eingebrachten Ansprüche sind im ordentlichen Verfahren zu beurteilen und, nachdem es sich bloss um zusätzliche Lizenzgebühren aus Lizenzverträgen, die bereits mit der Klage zum Prozessgegenstand gemacht wurden, handelt, liegt ein sachlicher Zusammenhang zu den bisherigen Ansprüchen vor. Die Klageerweiterung ist zulässig.

1.3. Ebenfalls mit der Replik zog die Klägerin sodann CHF 41'647.59 von ihrer ursprünglichen Klageforderung ab, da es sich dabei um Mängelbehebungskosten handle und diese von ihr – der Klägerin – zu tragen seien (act. 29 Rz. 10). Eine solche Klagebeschränkung ist gemäss Art. 227 Abs. 3 ZPO jederzeit zulässig. Allerdings stellt sie gleichzeitig einen teilweisen Klagerückzug i.S.v. Art. 241 ZPO dar (vgl. BSK ZPO- WILLISEGGER, Art. 227 N 50). Der teilweise Klagerückzug hat die Wirkungen eines rechtskräftigen Entscheids (Art. 241 Abs. 2 ZPO) und das Verfahren ist in diesem Umfang – wie die Beklagte zurecht beantragt (vgl. act. 29 Rz. 2 f.) – abzuschreiben (Art. 241 Abs. 3 ZPO). Die Abschreibung erfolgt vorläufig in Form eines Beschlusses (§ 135 Abs. 2 GOG). Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen ist hingegen zusammen mit dem Endurteil zu befinden (Art. 104 Abs. 1 ZPO; siehe dazu nachfolgend Erw. 8).

1.4. Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Klage ist einzutreten.

1.5. Beide Parteien haben sodann nach Abschluss des ordentlichen, zweifachen Schriftenwechsels und damit nach Eintritt des Aktenschlusses (vgl. Art. 229 ZPO) weitere unaufgeforderte Eingaben eingereicht (act. 37; act. 39). Aufgrund des den

Parteien zustehenden unbedingten Replikrechts steht ihnen zwar das Recht zu, sich zu jeder Eingabe der Gegenseite nochmals zu äussern. Allerdings führt das unbedingte Replikrecht nicht dazu, dass auch Noven nochmals unbeschränkt vorgebracht werden können, sondern diesbezüglich gelten die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO. Dabei obliegt es der Partei, die das Novenrecht beansprucht, im Einzelnen darzutun, dass bzw. inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sind (HGer ZH HG190089 vom 3. Mai 2021 E. 2.2.; DIKE Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 15; SCHMID, Das Verfahren vor Handelsgericht: aktuelle prozessuale Probleme, ZZZ 2017, S. 156 f.). Beide Parteien unterlassen es, im Einzelnen darzutun, inwiefern neue Tatsachen oder neue Beweismittel in ihren unaufgeforderten Eingaben noch zulässig sein sollen. Sofern ihre Eingaben über das im Rahmen des bereits im ordentlichen Schriftenwechsel Vorgetragene hinausgehen, wären sie entsprechend nicht zu beachten. Da sich die Eingaben jedoch ohnehin als nicht entscheidrelevant erweisen, ist nicht weiter darauf einzugehen.

1.6. Schliesslich ist in formeller Hinsicht darauf hinzuweisen, dass die von beiden Parteien vorgenommenen allgemeinen Bestreitungshinweise bzw. die allgemeinen Beweisofferten (vgl. act. 12 Rz. 5; act. 29 Rz. 3, 80; act. 33 Rz. 5) nicht genügen, da sowohl Bestreitungen als auch Beweisofferten von den Parteien einer konkreten Tatsachenbehauptung zugeordnet werden müssen (vgl. BGer 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4; DIKE Komm ZPO-PAHUD, Art. 221 N 17). Entsprechend sind die allgemeinen Vorbringen der Parteien nicht weiter zu beachten.

2. Materielle Vorbemerkungen

2.1. Es ist unbestritten, dass die Beklagte die Klägerin mit der Implementierung der Software E._____ in mehreren Phasen betraute. Dafür schlossen die Parteien, basierend auf einer Offerte vom 18./25. Juli 2018, am 6./22. August 2018 ein Master Service Agreement, das als Rahmenvertrag diene. Ebenfalls am 6./22. August 2018 wurde die Work Order 2 abgeschlossen, welche die in der Phase I vorzunehmenden Arbeiten regelte (act. 1 Rz. 10; act. 12 Rz. 15 ff.; act. 29 Rz. 19 f.). Sodann ist unbestritten, dass die Beklagte am 4. März 2019 einen Projektstopp erklärte (act. 1 Rz. 27; act. 12 Rz. 29; act. 29 Rz. 72). Für die bis zum

4. März 2019 erbrachten Leistungen stellte die Klägerin der Beklagten in mehreren Teilen insgesamt CHF 627'775.03 (exkl. Lizenzgebühren) in Rechnung. Die Beklagte bezahlte davon insgesamt CHF 244'998.65, während CHF 382'776.38 offen blieben (act. 1 Rz. 13; act. 12 Rz. 21, 45). Dies entsprach dem ursprünglich mit der Klage geltend gemachten Betrag (exkl. Lizenzgebühren). Mit der Replik hat die Klägerin den geforderten Betrag zum einen um einen Betrag für die zur Behebung von Mängeln erbrachten Leistungen reduziert. Zum anderen werden neu zusätzliche, zwischenzeitlich fällig gewordene Lizenzgebühren geltend gemacht (siehe vorne Erw. 1.2 f.).

2.2. Die Klägerin teilt die geltend gemachte Forderung in drei Komplexe auf:
(i) Forderungen in Zusammenhang mit Leistungen bis zur Abnahme in Phase I,
(ii) Forderungen in Zusammenhang mit Leistungen für zur Phase II gehörende Zusatzaufträge sowie (iii) Forderungen in Zusammenhang mit Lizenzgebühren. Da es sich um drei klar abgetrennte Komplexe handelt, bietet es sich an, auch die gerichtliche Beurteilung getrennt vorzunehmen (nachfolgend Erw. 3–5).

2.3. Bei allen drei zu beurteilenden Komplexen und für beide Parteien wird dabei die Behauptung- und Substantiierungslast ein Thema sein, weshalb sich diesbezüglich zur Vermeidung von Wiederholungen einige allgemeine Vorbemerkungen aufdrängen. Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. In einem ersten Schritt genügt es, wenn der Tatsachenvortrag schlüssig behauptet wird, also bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Nur soweit die Gegenpartei den schlüssigen Tatsachenvortrag bestreitet, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (vgl. BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1 m.w.N. und BGer 4A_36/2021 vom 1. November 2021 E. 5).

2.4. Weiter haben die Parteien die Tatsachenbehauptungen in ihren Rechtsschriften aufzustellen und die einzelnen Beweismittel zu den Tatsachenbehauptungen zu bezeichnen (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. d und lit. e ZPO). Daraus ergibt sich, dass der Behauptungs- und Substantiierungslast in den Rechtsschriften selber nachzukommen ist und dafür grundsätzlich nicht auf Beilagen verwiesen werden kann. Einzig in Ausnahmefällen kann für Einzelheiten ein Verweis auf eine Beilage genügen (vgl. BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2 m.w.N.).

2.5. Ein solcher Ausnahmefall liegt vor, wenn die zu substantiierenden Tatsachen zumindest in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen in der Rechtsschrift behauptet werden und nur für Einzelheiten auf eine Beilage verwiesen wird. In einem solchen Fall ist zu prüfen, ob Gericht und Gegenpartei durch den Verweis die notwendigen Informationen in einer Art erhalten, die eine Übernahme in die Rechtsschrift als blossen Leerlauf erscheinen lässt. Ungenügend ist der Verweis auf die Beilage, wenn die nötigen Informationen in den Beilagen nicht eindeutig und vollständig enthalten sind oder aber daraus zusammengesucht werden müssen. Es genügt nicht, dass in den Beilagen die verlangten Informationen in irgendeiner Form vorhanden sind, sondern es muss ein problemloser Zugriff darauf gewährleistet sein und es darf kein Interpretationsspielraum entstehen. Mit anderen Worten muss die Beilage selbsterklärend sein und genau die in der Rechtsschrift bezeichneten Informationen enthalten (vgl. BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2).

2.6. Inwieweit die Parteien der ihnen jeweils obliegenden Behauptungs- und Substantiierungslast in genügender Weise nachgekommen sind, ist nachfolgend in Zusammenhang mit den konkret zu behauptenden und zu substantiierenden Tatsachen zu prüfen. Auf die Vorbringen der Parteien ist dabei nur so weit einzugehen, als sie sich als entscheiderelevant erweisen.

3. Forderungen in Zusammenhang mit Leistungen bis zur Abnahme in Phase I

3.1. Die erste Forderungsposition der Klägerin betrifft den noch offenen Teil der Entschädigung für die Arbeiten aus Phase I der Implementierung der Software E. _____ gestützt auf die Work Order 2 vom 6./22. August 2018. Die Klägerin

macht diesbezüglich zusammengefasst geltend, die Standardimplementierung der Software, wie sie in Phase I geschuldet gewesen sei, sei von der Klägerin abgeliefert und von der Beklagten am 16. Januar 2019 abgenommen worden. Noch vorhandene Fehler seien in einer *Error List* festgehalten worden, wobei es sich jedoch nur um unwesentliche Fehler gehandelt habe, welche das Go-Live nicht beeinträchtigt hätten. Sämtliche behebbaren und in die Phase I fallenden Fehler seien in der Folge behoben worden bzw. sei die Behebung durch den Entzug des Systemzugriffs durch die Beklagten verunmöglicht worden. Die noch offenen Rechnungsbeträge in Höhe von insgesamt CHF 172'702.69 (inkl. MwSt.) für die Arbeiten in Phase I seien von der Beklagten gestützt auf Art. 372 Abs. 1 OR geschuldet. Die Kosten hätten sich dabei auch im Rahmen des vereinbarten Budgets bewegt (act. 1 Rz. 10 ff., 36; act. 29 Rz. 19 ff., 84 ff., 113 ff.).

3.2. Die Beklagte führt aus, dass es sich beim Sign-Off am 16. Januar 2019 nur um einen Abnahmeversuch bzw. eine Teilabnahme gehandelt habe und danach noch weitere Arbeiten geplant gewesen seien. Auch nach dem Sign-Off seien noch erhebliche Mängel vorhanden gewesen, wobei es sich richtigerweise bei mindestens 37 Fehlern um *Major Errors* gehandelt habe. Die Klägerin habe in der Folge keine Planung für die Fehlerbehebung vorgelegt und auch am 1. März 2019 hätten noch zahlreiche Mängel bestanden, weshalb die Beklagte die Vertragsbeziehung am 4. März 2019 mit sofortiger Wirkung beendet hätte. Die geforderte Entschädigung für die mangelhafte Software sei nicht geschuldet und das Budget sei ohnehin masslos überschritten worden (act. 12 Rz. 15 ff., 39 ff.; act. 33 Rz. 13 ff., 38 ff., 158 ff.)

3.3.

3.3.1. Ein Vertrag betreffend die Integration von Software enthält meist Elemente von Lizenz-, Kauf- und Werkvertrag. Überwiegt, wie vorliegend, die Parametrisierung als wichtigster Teil der Leistungen, überwiegt das werkvertragliche Element, weshalb in der Regel Werkvertragsrecht anzuwenden ist (vgl. FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, 2. Aufl., Bern 2014, N 373 ff.; vgl. auch BGer 4C.393/2006 vom 27. April 2007 E. 3.1). Dies entspricht auch der übereinstimmenden Qualifikation der Parteien (vgl. act. 1 Rz. 35; act. 12 Rz. 130), weshalb kein Grund ersichtlich

ist, um davon abzuweichen. Gemäss Art. 372 Abs. 1 OR hat der Besteller die Vergütung bei der Ablieferung des Werks zu bezahlen. Eine allfällige Mangelhaftigkeit des Werks hindert die Fälligkeit der Entschädigung nicht (BGE 129 III 738 E. 7.2; BSK OR-ZINDEL/SCHOTT, Art. 372 N 4 f.).

3.3.2. Der von der Klägerin in Phase I geschuldete Leistungsumfang ergibt sich aus Ziff. 1.2 der Work Order, worauf auch beide Parteien verweisen (vgl. act. 1 Rz. 10; act. 12 Rz. 40 f.). Geschuldet war somit (act. 3/3 Anhang 1 Ziff. 1.2):

- "• *Basic Setup Finance Framework and Project Modules for all legal entities/countries CHE, DEU, ITA, SWE, NOR, DKK, FRA, AUT*
- *Go-Live with Project Module incl. all Finance Transactions and I/C functionality for one legal entity in CHE, DEU, ITA, FRA, AUT and SWE each*
 - *In scope: (mobile) App for timesheet and expenses (not included legal requirements for expenses in DEU, can be managed with the external MobileExpenses App, not included), embedded PowerBI functionalities (incl. Cash Overview, Project Accounting Cube)*
 - *Out of scope: Finance localization for statutory finance reporting, Resource management, Financial Consolidation (additional requirements needed: chosen Accounting Framework (IFRS)? Specific chosen consolidation method/perimeter?, etc.)*
- *Data Migration*
 - *Data Migration AR (Account Receivable): all open positions per 31.12.2018 from all legal entities with going live per 01.01.2019*
 - *Import in GL with detail information (Customer, currency invoice, currency legal entity, payment condition, tax information)*
 - *Data Migration GL (opening balances) per 01.01.2019 from all legal entities with going live per 01.01.2019*
 - *No data migration from historical data*
 - *No data migration of AP (Account Payable)*
 - *All open AP per 31.12.2018 will be paid in "old" system and only summary information in E1._____*
- *Installation Systems and onboarding Microsoft E1._____*
One Developer System (DEV), one Build System (Build), one Test System (TST), one golden config System (G-config) and 4 weeks before going live one Productive System (PRO)

- *Project Management Setup (Visual Studio Team Services [VSTS], Communications, Reporting, etc.*
- *Basic Setup in E1._____ for 8 countries*
 - *System administration, Organization administration, Language only en-us, European Format, etc.*
- *Define and integration Finance framework (value flow in GL, AP, AR, Tax and Project Modul) incl. HRM Basic setup*
- *Develop APP for timesheet and expense"*

3.3.3. Die Klägerin behauptet eine Abnahme am 16. Januar 2019 und beruft sich dafür auf die Sign-Off Erklärung vom 16. Januar 2019 (act. 1 Rz. 14; act. 29 Rz. 24 f.). Die Beklagte macht hingegen geltend, es habe sich um einen blossen Abnahmeversuch (act. 12 Rz. 29; act. 33 Rz. 11) bzw. eine Teilabnahme (act. 33 Rz. 18) gehandelt.

3.3.4. Die Sign-Off Erklärung vom 16. Januar 2019 (act. 3/6), auf welche sich die Klägerin bezieht, listet zunächst unter Verweis auf die Work Order den *functional project scope* sowie den *scope of data migration* auf, wobei diese deckungsgleich mit den vorstehend wiedergegebenen Angaben in der Work Order sind. Sodann wird Folgendes festgehalten (act. 3/6 S. 2):

"The customer confirms with the "Sign-Off" that the system (E1._____ In „UAT" environment = 1 :1 copy from „g.-config. Environment) is „ready for go live". The customer confirms also that the system has been delivered by A._____ as in the work order with No. 2 described."

3.3.5. Mit der Sign-Off Erklärung wird somit explizit bestätigt, dass das System von der Klägerin abgeliefert wurde ("*has been delivered*"), den Anforderungen der Work Order entspricht und "*ready for go live*" sei. Die Beklagte hat die Sign-Off Erklärung vorbehaltlos unterzeichnet und ist entsprechend auf die darin abgegebene Erklärung zu behaften, zumal sie diesbezüglich auch keine Willensmängel geltend macht. Von einem Abnahmeversuch, wie von der Beklagten behauptet, kann keine Rede sein, sondern aufgrund des Sign-Offs ist erstellt, dass das System abgeliefert wurde, den Anforderungen gemäss Work Order entsprach und bereit für das Go-Live war.

3.3.6. Der Beklagten ist jedoch insofern zuzustimmen, dass am 16. Januar 2019 der Vertrag noch nicht vollständig erfüllt war, sondern insbesondere auch noch das Go-Live sowie eine "*going live care*" zum Umfang von Phase I gehörten (vgl. act. 33 Rz. 15; act. 3/3 Anhang 1 Ziff. 8). Allerdings ist unbestritten, dass das Go-Live mit dem abgenommenen System in der Folge am 21. Januar 2019 (Italien) bzw. am 28. Januar 2019 (restliche Länder) durchgeführt wurde (act. 1 Rz. 15; act. 33 Rz. 84) und die Klägerin in der Folge auch noch bis zum 4. März 2019, als ihr von der Beklagten der Systemzugriff entzogen wurde, Fehler behob (auch wenn der Umfang dieser Arbeiten umstritten ist; vgl. act. 29 Rz. 32 ff.; act. 33 Rz. 22 ff.). Damit hatte die Klägerin den Leistungsumfang der Work Order erfüllt und das Werk i.S.v. Art. 372 Abs. 1 OR abgeliefert, zumal die Beklagte auch nicht ausführt bzw. substantiiert, welche konkreten weiteren Leistungen der Klägerin aus ihrer Sicht noch zur Phase I gehört hätten. Entsprechend wurde auch der Anspruch der Klägerin auf Entschädigung für Phase I fällig. Allfällige vorhandene Mängel ändern daran nichts, sondern die Rechtsfolgen einer allfälligen Mangelhaftigkeit sind separat zu prüfen, wobei zunächst jedoch die Höhe des Vergütungsanspruchs der Klägerin zu betrachten ist.

3.4.

3.4.1. Die Klägerin macht geltend, das für die Phase I vereinbarte Budget habe unter Berücksichtigung der Toleranzmarge von 15% bis zu CHF 370'944.00 (exkl. MwSt.) betragen. Innerhalb des Budgets sei auf einer *Time&Materials Basis* abzurechnen. Für Phase I seien insgesamt CHF 387'837.82 (exkl. MwSt.) in Rechnung gestellt worden, wobei davon CHF 20'499.07 für Reisen und Spesen ausserhalb des Budgets zu entschädigen gewesen seien, womit das Budget eingehalten worden sei (act. 29 Rz. 28 ff.). Die Beklagte geht hingegen von einem reduzierten Budget von CHF 264'160.00 (exkl. MwSt.) und einer Toleranzmarge von -15% bis +10% aus (act. 33 Rz. 21). Dieses sei von der Klägerin überschritten worden (act. 33 Rz. 29).

3.4.2. Zwischen den Parteien unbestritten ist, dass das ursprüngliche Budget für Phase I CHF 354'560.00 (exkl. MwSt.) betrug, was sich so auch aus Ziff. 7.1 der Work Order (act. 3/3 Anhang 1) ergibt. Umstritten ist hingegen die Toleranzmar-

ge. Die diesbezüglich einschlägige Ziff. 1.2 der Work Order lautet wie folgt (act. 3/3 Anhang 1 Ziff. 1.2):

"A._____ will 1) deliver to B._____ the elements and operational tasks defined in this WORK ORDER 2) within the timeframe specified in this WORKORDER 3) for the total amount estimated in this WORK ORDER (+/- a tolerance margin of 10/15%). In the case of defects in the work or deviations from the contractual terms, A._____ shall rectify the work at his own expense without delay, provided B._____ is not at fault."

3.4.3. Die Vereinbarung der Parteien betreffend die Entschädigung stellt einen Circa-Preis mit festen Ober- und Untergrenzen dar, der für die Parteien verbindlich ist (vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, N 941 f.). Innerhalb dieser Grenzen erfolgt eine Abrechnung aufgrund der Arbeit und den Aufwendungen des Unternehmers (so auch Ziff. 7.1 der Work Order). Ist die genaue Toleranzmarge umstritten oder unklar, ist sie durch Vertragsauslegung zu ermitteln (vgl. GAUCH, a.a.O., N 941a).

3.4.4. Die Klägerin macht in diesem Zusammenhang geltend, dass an der Toleranzmarge nichts unklar sei. Das Budget könne um 10% bzw. 15% überschritten werden, wobei auch sämtliche Prozentangaben zwischen diesen Zahlen, sprich 11% bis 14% erfasst seien (act. 29 Rz. 87). Die Beklagte bezeichnet die Formulierung hingegen als unklar. Einzig logische Möglichkeit sei, dass sich das "+" auf "10%" und das "-" auf "15%" beziehe. Wären +/- 15% gemeint gewesen, hätten die 10% nicht erwähnt werden müssen. Auch die Interpretation der Klägerin, dass nur die Bereiche von 10% bis 15% gemeint gewesen seien, mache keinen Sinn, da dann die Bereiche von 1% bis 9% oder gar die Einhaltung des Budgets nicht abgedeckt wären (act. 33 Rz. 10, 159; act. 1 Rz. 19).

3.4.5. Die Formulierung der Toleranzmarge in der Work Order erweist sich tatsächlich als unklar. Es werden zwei verschiedene Prozentzahlen (10% und 15%) genannt, ohne deren Zusammenspiel genau festzuhalten. Verschiedene Lesarten erscheinen möglich, z.B. eine Toleranzmarge von +10%/15% bis -10%/15% oder auch die von der Beklagten vorgebrachte Variante mit +10% bis -15%, zumal sich dann jeweils der Operator links bzw. rechts des "/" auf die Zahl links bzw.

rechts des "/" beziehen würde. In der Variante 1 wäre jedoch eine einfachere Formulierung näher gelegen, indem schlicht auf die Erwähnung des "10%" verzichtet wird (also "+/-15%"). In der Variante 2 wäre hingegen eine klarere Formulierung zu erwarten gewesen, indem der Operator direkt mit der betroffenen Prozentzahl verbunden wird (also "+10%/-15%"). Unlogisch bzw. zu verwerfen ist jedenfalls die Auslegungsvariante der Klägerin, welche bloss den Bereich von 10% bis 15% abdecken will, da eine Toleranzmarge mit einem "Loch" in der Mitte keinen Sinn ergibt. Letztlich ergibt sich, auch unter Berücksichtigung des Gesamtdokuments kein klares Auslegungsergebnis und von den Parteien werden auch keine weiteren Umstände vorgebracht, die im Rahmen der Auslegung behilflich sein könnten. Nachdem die Work Order gemäss der Beklagten von der Klägerin formuliert wurde (act. 33 Rz. 10) und die Klägerin dies nicht bestreitet, greift in dieser Situation die Unklarheitsregel, wonach mehrdeutige Klauseln gegen den Verfasser, i.c. also die Klägerin, auszulegen sind (vgl. BGer 4A_472/2018 vom 5. April 2019 E. 3.3). Dies führt dazu, dass von einer Toleranzmarge von +10% bis -15% auszugehen ist.

3.4.6. Unbestritten ist sodann, dass das Modul "*Timesheet and Expenses App*" mit einem Budget-Umfang von CHF 32'000.00 nachträglich vom Leistungsumfang ausgenommen wurde (act. 12 Rz. 20, 41; act. 29 Rz. 30; act. 33 Rz. 21). Die Beklagte behauptet gleiches für das Modul "*Integration Go-Live SWE*" mit einem Budget-Umfang von CHF 38'400.00 (act. 12 Rz. 12, 41; act. 33 Rz. 21). Die Klägerin bringt dagegen vor, dass die Ausgliederung erst kurz vor der Fertigstellung stattgefunden und nicht den vertraglichen Vorgaben für eine Vertragsanpassung entsprochen habe (act. 29 Rz. 31). Sie behauptet aber nicht, dass sie auf der Beibehaltung des Moduls in Phase I bestanden habe, sondern das Modul wurde unbestrittenermassen nicht fertiggestellt. Die Ausgliederung hat somit tatsächlich stattgefunden und der Posten ist vom Budget abzuziehen. Ob allenfalls, wie von der Klägerin gefordert (vgl. act. 29 Rz. 31), in diesem Zusammenhang Schadenersatzansprüche bestehen, ist separat zu prüfen.

3.4.7. Nicht gefolgt werden kann sodann der Beklagten, wenn sie weiter auch den Abzug des Postens "*Reserve*" in Höhe von CHF 20'000.00 fordert, da kein Mehr-

aufwand belegt sei (act. 33 Rz. 21). Die Reserve wurde von Anfang an im Gesamtbudget einberechnet und es wurde nicht darauf verzichtet. Es ist weder behauptet noch erstellt, dass ein Nachweis von erbrachten Leistungen unter einzelnen Budgetposten nötig wäre. Massgeblich ist einzig das Gesamtbudget innerhalb dessen sich der effektive Endpreis zu bewegen hat, nicht aber die einzelnen Positionen des Gesamtbudgets.

3.4.8. Somit ergibt sich nach Abzug der ausgegliederten Positionen ein Budget von CHF 284'160.00 (exkl. MwSt.) bzw. ein Toleranzbereich von CHF 241'536.00 (-15%) bis CHF 312'576.00 (+10%).

3.5.

3.5.1. Soweit die Klägerin innerhalb der vereinbarten Toleranzmarge eine über die Minimalentschädigung hinausgehende Entschädigung basierend auf einer *Time&Materials Basis* fordert, liegt die Beweislast für die tatsächlich erbrachte Arbeit und die tatsächlich angefallenen Aufwendungen bei ihr, zumal sie davon Rechte ableitet (Art. 8 ZGB).

3.5.2. Die Klägerin bringt diesbezüglich vor, dass ihr bis zur Abnahme Kosten in Höhe von insgesamt CHF 387'837.82 (exkl. MwSt.) angefallen und so der Beklagten in Rechnung gestellt worden seien. Offen seien davon noch CHF 113'947.11 (inkl. MwSt.) aus der Rechnung für den Monat Dezember 2018 sowie CHF 58'755.58 (inkl. MwSt.) aus der Rechnung für den Monat Januar 2019. Davon würden CHF 20'499.07 die Kosten für Anreise und Spesen in Zürich sowie für den Support vor Ort in F._____ [Stadt in Italien] betreffen, was ausserhalb des Budgets abzurechnen sei (act. 29 Rz. 30, 35). Die Beklagte bestreitet die geltend gemachten Aufwände der Klägerin, soweit sie den bereits bezahlten Betrag übersteigen (act. 33 Rz. 61). Auch der Betrag für die Reisekosten und Spesen werde bestritten. Ohnehin seien Reisekosten nach D._____ nicht zu entschädigen gewesen und übrige Spesen nur gegen Vorlage von Spesenbelegen, die von der Klägerin jedoch nicht vorgelegt würden (act. 33 Rz. 62).

3.5.3. Nachdem der geltend gemachte Aufwand der Klägerin von der Beklagten bestritten wird, greift die über die blosser Behauptungspflicht hinausgehende Sub-

stantiierungspflicht (siehe vorne Erw. 2.3). Die Klägerin hätte ihre Aufwände detailliert und in Einzeltatsachen zergliedert darlegen müssen. Dieser Pflicht ist sie jedoch nicht nachgekommen, sondern ihre Ausführungen in den Rechtsschriften beschränken sich auf eine Wiedergabe der angeblich geschuldeten Beträge und eine Aufteilung auf die verschiedenen Rechnungen. Das ist ungenügend und damit werden die Tatsachen noch nicht einmal in ihren Grundzügen dargestellt. Entsprechend sind in diesem Zusammenhang auch die Voraussetzungen, um ausnahmsweise auf Beilagen zur weiteren Substantiierung zu verweisen (siehe vorne Erw. 2.4 f.), nicht erfüllt. Bereits aus diesem Grund misslingt der Klägerin der Nachweis ihrer angeblichen und von der Beklagten bestrittenen Arbeiten und Aufwendungen.

3.5.4. Selbst wenn man dennoch die offerierten Beilagen im Rahmen der Substantiierung beiziehen wollte, würde die Klägerin ihre Substantiierungspflicht nicht erfüllen. Die Klägerin verweist in diesem Zusammenhang zum einen auf die Rechnung Nr. RE01507-004831 vom 10. Januar 2019 sowie auf die Rechnung Nr. RE1507-004855 vom 7. Februar 2019 (act. 1 Rz. 16). Zum anderen reicht sie die Rechnungen nochmals, zusammen mit einem Leistungsblatt ein (act. 29 Rz. 35).

3.5.5. Die Rechnungen (act. 3/7; act. 3/8) enthalten bloss einen Gesamtbetrag sowie eine Aufteilung in "*Project Management*", "*Services*" sowie "*Travel & Expenses*", was für eine Substantiierung nicht genügt, da keine Einzeltatsachen vorhanden sind. In den Leistungsblättern (act. 30/58; act. 30/59) sind jeweils das Datum, die Anzahl Stunden, der betroffene Mitarbeiter sowie eine kurze Beschreibung der Tätigkeit aufgelistet. Allerdings erweisen sich die zur Beschreibung verwendeten Schlagworte über weite Strecken als generisch und jedenfalls als nicht genügend, um die geltend gemachten Positionen prüfen und gegebenenfalls substantiiert bestreiten zu können. So sind etwa Beschreibungen wie "*Abarbeiten von Mails*", "*weekly jour fix call mit G._____*", "*Datamigration preparations*", "*div. Calls*", "*UAT*" oder "*Traveltime*" weder eindeutig noch vollständig. Auch wurden teilweise dieselben Beschreibung von demselben Mitarbeiter an demselben Tag mehrmals verwendet, wodurch ebenfalls nicht mehr klar ist, was genau ge-

macht wurde bzw. worin der Unterschied zwischen den verschiedenen Einträgen bestehen soll (z.B. mehrfach pro Tag "*Open points for the Golive*", "*UAT preparation*" oder "*Travelttime*"). Allenfalls wären die Beschreibungen verständlich, wenn die Klägerin zumindest in den Grundzügen die nötigen Arbeiten, die erfolgten Arbeitsschritte und die Positionen bzw. Aufgaben der einzelnen Mitarbeiter beschrieben hätte, damit die einzelnen Einträge in einen Gesamtkontext eingebunden gewesen wären. Vorliegend hat die Klägerin jedoch die gesamte Substantiierung der Arbeiten mittels Verweis auf Beilagen ausgelagert, ohne dass diese selbsterklärend wären oder in der Rechtsschrift konkretisiert oder erläutert würden. Es ist weder Aufgabe des Gerichts noch der Gegenseite, die umfangreichen Leistungsblätter in aufwändiger Arbeit zu durchsuchen, zu interpretieren und zu versuchen, diese in einen logischen Kontext zu setzen sowie in einem Beweis zugängliche Einzeltatsachen aufzugliedern. Dies wäre Aufgabe der Klägerin gewesen und sie hat damit die Substantiierungspflicht selbst unter Berücksichtigung der Beilagen nicht erfüllt.

3.5.6. Selbst wenn die Klägerin der Substantiierungspflicht nachgekommen wäre, würde sie schliesslich auch den Beweis für ihre Behauptungen nicht erbringen. Einzige von der Klägerin offerierten Beweismittel sind die bereits erwähnten Rechnungen sowie Leistungsblätter. Diese Dokumente wurden von der Klägerin selber erstellt und stellen damit grundsätzlich reine Parteibehauptungen dar. Ob und wie die Leistungsblätter der Beklagten vorgelegt wurden, ist umstritten. Die Beklagten bestreitet, dass ihr die Leistungsblätter in dieser Form vorgelegt worden seien (act. 33 Rz. 86) und die Klägerin offeriert keinen Beweis für das Gegenteil. Jedenfalls wären die Leistungsblätter auch gemäss Darstellung der Klägerin erst jeweils nachträglich, mit den Rechnungen zugestellt worden (vgl. act. 29 Rz. 14, 44). Die Beklagte weist zurecht darauf hin (vgl. act. 12 Rz. 22, 133; act. 33 Rz. 61), dass eine fortlaufende, wöchentliche Rapportierung des Arbeitsaufwands inkl. Genehmigung durch die Beklagte, wie es vertraglich vorgesehen gewesen wäre (vgl. act. 3/3 Anhang 1 Ziff. 7.3), unbestrittenermassen nicht stattgefunden hat (vgl. act. 29 Rz. 97).

3.5.7. Entgegen der Ansicht der Klägerin kann sodann auch nicht gesagt werden, dass die Beklagte die Rechnungen inkl. allenfalls beigelegten Leistungsblättern nie bemängelt und damit akzeptiert hätte (vgl. act. 29 Rz. 44). Es ist vielmehr unbestritten, dass die Rechnungen von der Beklagten nicht bezahlt wurden. Damit brachte die Beklagte deutlich zum Ausdruck, dass sie mit der Rechnung nicht einverstanden war. In dieser Situation reichen die blossen, einzig von der Klägerin erstellten und der Beklagten nicht fortlaufend zur Genehmigung vorgelegten Leistungsblätter für sich alleine jedenfalls nicht zum Beweis der geltend gemachten Arbeiten und Aufwendungen. Mangels weiterer offerierter Beweismittel misslingt der Klägerin deshalb der Beweis für ihre Behauptung.

3.5.8. Schliesslich erweist sich auch der Hinweis der Beklagten auf die Pflicht zur Vorlage von Spesenbelegen als zutreffend. Die entsprechende Pflicht wurde in der angerufenen Ziff. 7.4 des Master Services Agreements (act. 3/3) vereinbart ("*based on expenses receipts*") und von der Klägerin auch nicht bestritten. Nachdem keine entsprechenden Spesenbelege vorgelegt wurden, bestehen auch aus diesem Grund keine Ansprüche der Klägerin auf Erstattung von Spesen und Reisekosten bzw. wären sie jedenfalls noch nicht fällig geworden.

3.5.9. Der Klägerin gelingt es somit insgesamt nicht, auf einer *Time&Materials Basis* einen über die vereinbarte Minimalentschädigung hinausgehenden tatsächlichen Aufwand nachzuweisen.

3.6.

3.6.1. In Bezug auf das ausgegliederte Modul "*Integration Go-Live SWE*" macht die Klägerin sodann einen Anspruch in Höhe von CHF 27'240.00 (exkl. MwSt.) für vor der Ausgliederung bereits erbrachte Arbeiten gestützt auf Art. 377 OR sowie weitere CHF 11'160.00 (exkl. MwSt.) als Schadenersatz geltend (act. 29 Rz. 31). Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerin in diesem Zusammenhang Leistungen erbracht habe, und bemängelt die fehlenden Ausführungen zum angeblichen Schaden der Klägerin. Schadenersatz sei jedoch ohnehin nicht geschuldet, da das Modul aus Verschulden der Klägerin nicht umgesetzt worden sei (act. 33 Rz. 56 f.).

3.6.2. Auch diese Forderungsposition der Klägerin scheitert an denselben Gründen wie die Forderungspositionen zuvor. Die Klägerin legt wiederum weder in Bezug auf die angeblich tatsächlich erbrachten Leistungen noch in Bezug auf den angeblich entstandenen Schaden in den Rechtsschriften nur schon in den Grundzügen dar, wie sich die geltend gemachten Beträge zusammensetzen sollen oder welche Arbeiten erbracht wurden bzw. noch ausstanden. Auch genügt es für angebliche Schadenersatzforderungen nicht, bloss auf das noch ausstehende Budget für das betroffene Modul zu verweisen. Es wäre vielmehr nötig gewesen, die noch ausstehenden Arbeiten, die durch die Ausgliederung allenfalls eingesparten Aufwendungen und den als Differenz mit diesem Modul nicht erzielten Gewinn zu substantiieren. Dies umso mehr, als der letztlich zu bezahlende Betrag nicht dem Budget als fixe Grösse entsprochen hätte, sondern innerhalb der vorstehend erläuterten Toleranzmarge auf einer *Time&Materials Basis* festzusetzen gewesen wäre.

3.6.3. Selbst wenn man zur Substantiierung auf die von der Klägerin eingereichten Rechnungen inkl. Leistungsblättern abstellen würde, obwohl die Voraussetzungen dafür nicht erfüllt sind, wären diese wiederum ungenügend. Ebenso würden die Rechnungen für sich alleine auch wiederum nicht als Beweis für die angeblich erbrachten Leistungen genügen. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann auf das vorstehend Ausgeführte verwiesen werden (vorne Erw. 3.5.3 ff.), das *mutatis mutandis* auch in diesem Kontext gilt.

3.6.4. Entsprechend ist der Klägerin auch unter der Position "*Integration Go-Live SWE*" nichts Zusätzliches zuzusprechen.

3.7.

3.7.1. Die Beklagte rügt sodann die Mangelhaftigkeit des Werks der Klägerin aus Phase I. Die Klägerin bestreitet das Vorliegen von Mängeln bzw. macht geltend, diese seien, soweit es sich um Mängel handelte, beseitigt worden. Das Bestehen von Mängeln ist von der Beklagten zu beweisen, da sie daraus als rechtsbegründende Tatsache Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Dies beinhaltet auch die Tatsache,

dass ein behaupteter Mangel tatsächlich eine Vertragsabweichung und damit ein Werkmangel im Rechtssinne darstellt (vgl. GAUCH, a.a.O., N 1507).

3.7.2. Unbestritten ist, dass anlässlich der Abnahme vom 16. Januar 2019 eine *Error List* erstellt und 43 *Errors* festgestellt wurden, wobei sämtliche *Errors* als *Minor Errors* qualifiziert wurden (act. 1 Rz. 15; act. 12 Rz. 51; act. 29 Rz. 32). Die Klägerin macht geltend, dass es sich bei zwei *Errors* um Fehler an der Software und nicht um Fehler in der Implementierung gehandelt habe, weshalb diese Microsoft überwiesen wurden. Weitere zwei *Errors* seien keine Fehler gewesen, sondern hätten Zusatzaufträge dargestellt, die erst in Phase II vorgesehen waren. Ein *Error* habe nicht geprüft werden können, da die Beklagte der Klägerin zuvor den Systemzugriff entzogen habe (act. 1 Rz. 17; act. 29 Rz. 33 f.).

3.7.3. Die Beklagte bringt dagegen primär vor, dass die *Errors* in Wirklichkeit *Major Errors* dargestellt hätten und vor dem Go-Live zu beheben gewesen wären (act. 12 Rz. 51; act. 33 Rz. 64, 68). Solche Einwände sind jedoch unbehelflich, da – wie aufgezeigt (siehe vorne Erw. 3.3.4 ff.) – eine Abnahme inkl. Abnahmeprotokoll stattgefunden hat, die *Errors* damals von der Beklagten selber als *minor* qualifiziert wurden und nachfolgend auch unbestrittenermassen das Go-Live stattgefunden hat. Ob die Fehler vor oder nach dem Go-Live behoben wurden, ist somit nicht von Bedeutung. Ebenso ist unerheblich, ob die *Errors* auch einer Klassifizierung als *major* zugänglich gewesen wären, da eine solche von der Beklagten bei der Abnahme unbestrittenermassen und bewusst nicht erfolgt ist (vgl. act. 12 Rz. 51). Dass die *Errors*, mit Ausnahme der fünf zuvor angesprochenen, behoben wurden, bestreitet die Beklagte nicht substantiiert, sondern macht bloss geltend, dass sich die Behebung bis in den Februar 2019 hineingezogen hätte (vgl. z.B. act. 12 Rz. 53 ff., 88).

3.7.4. Bezüglich der zwei an Microsoft weitergeleiteten *Errors* sowie der zwei *Errors*, die gemäss Darstellung der Klägerin Zusatzaufträge für Phase II dargestellt hätten, substantiiert die Beklagte nicht, inwiefern es sich um Mängel im Rechtssinn gehandelt habe. Der blosse Hinweis, dass es keine Rolle spiele, ob die Klägerin Hilfe von Microsoft gebraucht habe, oder das Bestreiten, dass es Zusatzaufträge gewesen seien (act. 33 Rz. 67 f.) genügt nicht, zumal die geschuldete Leis-

tung der Klägerin in Phase I nur die Standardimplementierung der Software betraf (vgl. act. 33 Rz. 40), weshalb es sehr wohl relevant ist, ob es sich um Fehler an der Software oder der Implementierung handelte. Gleiches ist auch für die Abgrenzung zwischen der Standardimplementierung und der weiteren Anpassung im Rahmen von Phase II relevant. Es wäre deshalb an der Beklagten gelegen, den angeblichen Mangel weiter zu substantiieren und letztlich auch zu beweisen, dass es sich um einen Fehler im Rechtssinne gehandelt hat. Beides unterlässt die Beklagte.

3.7.5. Dasselbe gilt sodann auch in Bezug auf den fünften *Error*, bei welchem die Klägerin geltend macht, dass sie diesen vor dem Entzug des Systemzugriffs nicht mehr habe prüfen können. Auch hier wäre es an der Beklagten gelegen, den Mangel zu substantiieren und zu beweisen, was sie unterlässt.

3.7.6. Entsprechend ist das Vorliegen von Mängeln durch die Beklagte weder substantiiert noch erstellt, weshalb für Phase I von einem letztlich, nach Vornahme von Nachbesserungen mängelfreien Werk auszugehen ist.

3.8.

3.8.1. Zusammengefasst ist erstellt, dass die Klägerin das für Phase I vereinbarte Werk abgeliefert hat. Entsprechend hat sie Anspruch auf den vereinbarten Werklohn. Nach Abzug von nachträglich ausgegliederten Modulen galt für Phase I ein verbindlicher Budgetrahmen von CHF 241'536.00 bis CHF 312'576.00 (exkl. MwSt.).

3.8.2. Der Klägerin gelingt sodann weder der Nachweis für einen über die Minimalentschädigung hinausgehenden tatsächlichen Aufwand noch für die geltend gemachten zusätzlichen Ansprüche für Spesen, Reisekosten oder Forderungen in Zusammenhang mit dem Modul "*Integration Go-Live SWE*". Ihr steht somit einzig die Minimalentschädigung in Höhe von CHF 241'536.00 (exkl. MwSt.) bzw. CHF 260'134.27 (inkl. 7.7% MwSt.) zu.

3.8.3. Der Beklagten gelingt im Gegenzug der Nachweis für das Bestehen von Mängeln am Werk nicht. Entsprechend sind von der geschuldeten Entschädigung

einzig die unbestrittenermassen bereits bezahlten CHF 244'998.65 (inkl. 7.7% MwSt.) abzuziehen. Es verbleibt ein Saldo zugunsten der Klägerin in Höhe von CHF 15'135.62. In diesem Umfang ist die Klage gutzuheissen, im Mehrbetrag hingegen abzuweisen.

3.8.4. Schliesslich ist auf einer Geldschuld Verzugszins zu 5% zu bezahlen, sobald der Schuldner mit der Zahlung der Schuld in Verzug gerät (Art. 104 Abs. 1 OR), wobei insbesondere eine Mahnung zu Verzug führt (Art. 102 Abs. 1 OR). Als Mahnung gilt dabei unter anderem die Zustellung einer Rechnung verbunden mit der Ansetzung einer Zahlungsfrist für den Rechnungsbetrag (vgl. VETTER/BUFF, Verzugszinsen bei "zahlbar innert 30 Tagen", SJZ 2019, S. 150 ff., S. 151 m.w.N.). Die Angaben der Klägerin zum Datum der Rechnungsstellung (act. 1 Rz. 37) wurden von der Beklagten nicht substantiiert bestritten, weshalb darauf abzustellen ist. Die Beklagte weist aber zurecht darauf hin, dass gemäss Vertrag für die Rechnungen der Phase I eine 20-tägige Zahlungsfrist vereinbart wurde (act. 33 Rz. 177; act. 3/3 Anhang 1 Ziff. 7.4). Der geschuldete Betrag wird vollumfänglich von der Rechnung Nr. RE01507-004831 vom 10. Januar 2019 abgedeckt, deren korrigierte, um 10 Tage auf 20 Tage verlängerte Zahlungsfrist am 31. Januar 2019 ablief. Allerdings ist der von der Klägerin daraus abgeleitete Verzugsbeginn zu korrigieren, da der Verzug entgegen der Berechnung der Klägerin nicht bereits am letzten Tag der Zahlungsfrist, sondern erst am darauffolgenden Tag eintritt (vgl. VETTER/BUFF, a.a.O., S. 151 f. m.w.N.). Die Beklagte schuldet somit CHF 15'135.62 zzgl. 5% Zins seit 1. Februar 2019.

4. Forderungen in Zusammenhang mit Leistungen für zur Phase II gehörende Zusatzaufträge

4.1. Als zweite Forderungsposition macht die Klägerin eine Entschädigung für weitere erbrachte Leistungen nach der Abnahme von Phase I geltend. Während sie in der Klage noch von Änderungsaufträgen (*change requests*) in Höhe von CHF 210'272.78 ausging (act. 1 Rz. 24), qualifiziert sie die Leistungen in der Replik nunmehr als Zusatzaufträge, die Teil der Phase II bilden, und macht dafür CHF 168'426.10 geltend (act. 29 Rz. 39, 71). Die Beklagte bestreitet das Vorlie-

gen von Zusatzaufträgen sowie eines Entschädigungsanspruchs der Klägerin (act. 12 Rz. 26, 72).

4.2.

4.2.1. Die Beklagte wendet zunächst ein, dass vertraglich ein Schriftlichkeitsvorbehalt für Änderungen, Anpassungen und Zusatzaufträge vereinbart worden sei. Dieser sei weder eingehalten worden noch sei darauf verzichtet worden, weshalb die Forderungen der Klägerin bereits daran scheitern würden (act. 12 Rz. 93, 139; act. 33 Rz. 77, 196). Die Klägerin bestreitet nicht, dass ein Schriftlichkeitsvorbehalt vereinbart worden war und dass dieser nicht eingehalten wurde. Sie macht jedoch geltend, dass man sich formlos über einen solchen Vorbehalt hinwegsetzen könne, was vorliegend durch die stetige Auftragserteilung geschehen sei (act. 29 Rz. 42).

4.2.2. Ein vereinbarter Schriftlichkeitsvorbehalt begründet die widerlegbare Vermutung, dass die Parteien ohne Erfüllung der Schriftform nicht gebunden sein wollen (Art. 16 Abs. 1 OR). Diese Vermutung ist in zweifacher Hinsicht widerlegbar. Erstens kann nachgewiesen werden, dass der Schriftlichkeitsvorbehalt lediglich zu Beweis Zwecken vereinbart wurde und kein Wirksamkeitserfordernis darstellt (vgl. BGE 138 III 123 E. 2.4.1; BK OR-MÜLLER, Art. 16 N 85). Zweitens kann nachgewiesen werden, dass die Parteien nachträglich auf den Schriftlichkeitsvorbehalt verzichtet haben, wobei ein solcher Verzicht grundsätzlich formfrei erfolgen kann (vgl. BGer 4A_409/2017 vom 17. Januar 2018 E. 5.3; BSK OR-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 16 N 10). Die Beweislast für eine Widerlegung der Vermutung von Art. 16 Abs. 1 OR liegt bei jener Partei, die sich auf die Gültigkeit des formlos Vereinbarten beruft (vgl. BGer 4A_234/2017 vom 19. September 2017 E. 5.1 f.; HGer ZH HG110181 vom 12. März 2015 E. III.4; BSK OR-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 16 N 12).

4.2.3. Vorliegend liegt somit die Beweislast dafür, dass sich die Parteien über den vereinbarten Schriftlichkeitsvorbehalt hinweggesetzt haben, bei der Klägerin. Sie macht geltend, dass die Aufhebung konkludent durch die stetige Auftragserteilung und -ausführung erfolgt sei. Die Auftragserteilung sei zum Teil direkt gegenüber

den Consultants der Klägerin vor Ort und zum Teil per E-Mail erfolgt. Die Beklagte habe die Klägerin ständig mit Zusatzaufträgen eingedeckt (act. 29 Rz. 41 f.). Die Klägerin unterlässt es jedoch, diese angeblichen Auftragserteilungen und diese angeblich gelebte Praxis zu substantiieren. So verweist die Klägerin in substantiierter Weise lediglich auf zwei E-Mails der Beklagten, welche Auftragserteilungen beinhalten sollen (wobei sich die E-Mails in dieser Hinsicht als dürftig erweisen; siehe hinten Erw. 4.3). Zu den angeblichen mündlichen Aufträgen macht die Klägerin gar keinerlei Angaben, wann von wem wo welche Aufträge gegenüber wem erteilt worden seien. Das behauptete "Eindecken mit Zusatzaufträgen" ist entsprechend weder erstellt noch substantiiert und die beiden E-Mails, auf die sich die Klägerin in diesem Zusammenhang etwas vertiefter beruft, vermögen alleine für den Nachweis eines konkludenten Verzichts auf den Schriftlichkeitsvorbehalt nicht zu genügen.

4.2.4. Hinzu kommt, dass der erwähnte Schriftlichkeitsvorbehalt in Ziff. 16.3 des Master Services Agreements explizit auch für den Verzicht auf den Schriftlichkeitsvorbehalt die Schriftform vorsieht ("*This also applies to a possible waiver of the written-form clause*"; act. 3/3 Ziff. 16.3). Auch damit wird ein formfreier Verzicht auf den Schriftlichkeitsvorbehalt zwar nicht ausgeschlossen. Es ist in einem solchen Fall jedoch nicht mehr leichthin anzunehmen, dass formfrei auf den Schriftlichkeitsvorbehalt verzichtet wurde (vgl. BSK OR-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 16 N 11). Sodann fällt auf, dass die Parteien ihre bisherige Vertragsbeziehung sehr detailliert und schriftlich geregelt haben. Nicht nur wurde ein Master Service Agreement als Rahmenvertrag abgeschlossen, sondern für die Arbeiten der Phase I wurde auch eine sehr detaillierte Work Order erstellt (act. 3/3). Dass nun für die Arbeiten in Phase II plötzlich auf den Schriftlichkeitsvorbehalt verzichtet worden sei, erscheint deshalb wenig plausibel und ist auch aus diesem Grund nur mit Zurückhaltung anzunehmen (so zurecht auch act. 12 Rz. 26, 93; act. 33 Rz. 41). Auch deshalb genügen die Ausführungen der Klägerin nicht, um ein Abweichen vom vereinbarten Schriftlichkeitsvorbehalt nachzuweisen.

4.2.5. Entsprechend scheitert die Forderung der Klägerin bereits daran, dass es keine schriftlichen Aufträge gab, was jedoch ein Wirksamkeitserfordernis gewesen wäre. Sie vermag keine Grundlage für ihre angeblichen Forderungen nachzuweisen.

4.3.

4.3.1. Selbst wenn man den Schriftlichkeitsvorbehalt ausblenden würde, scheitert die Forderung der Klägerin auch am fehlenden Nachweis einer Auftragserteilung. Die Beklagte stellt in Abrede, dass es Zusatzaufträge oder Änderungsaufträge gegeben habe. Dafür habe auch keine Veranlassung bestanden (act. 12 Rz. 12 f., 72, 83; act. 33 Rz. 36). Die Klägerin macht demgegenüber geltend, die Auftragserteilung sei zum Teil direkt gegenüber den Consultants der Klägerin vor Ort und zum Teil per E-Mail erfolgt. Die Beklagte habe die Klägerin ständig mit Zusatzaufträgen eingedeckt (act. 29 Rz. 41 f.; act. 1 Rz. 24). Die Beweislast für das Vorliegen von Zusatzaufträgen liegt als anspruchsbegründende Tatsache bei der Klägerin, die daraus Rechte ableiten will (Art. 8 ZGB).

4.3.2. Wie bereits ausgeführt (siehe vorne Erw. 4.2.3) erweisen sich die Ausführungen der Klägerin zu den angeblichen Zusatzaufträgen über weite Strecken als unsubstantiiert, insbesondere in Bezug auf allfällige mündliche Auftragserteilungen. Substantiiert und somit weiter zu prüfen sind einzig die Vorbringen der Klägerin in Zusammenhang mit der E-Mail vom 1. Februar 2019 sowie der E-Mail vom 18. Januar 2019.

4.3.3. Die Klägerin führt aus, H. _____ von der Beklagten habe der Klägerin mit E-Mail vom 1. Februar 2019 Zusatzaufträge zu verschiedenen Themen erteilt. Allgemein habe die Beklagte mit dieser E-Mail zu verstehen gegeben, dass die Klägerin für die anfallenden Leistungen in der Phase II die Genehmigung der Beklagten nicht einzeln einzuholen habe. Sämtliche Leistungen in der Phase II, auch solche vor dem Versand der E-Mail, seien damit von der Beklagten genehmigt worden (act. 29 Rz. 52). In der Folge verweist die Beklagte in Zusammenhang mit einer Auftragserteilung mehrmals auf diese E-Mail (vgl. u.a. act. 29 Rz. 53, 56, 99). Die Beklagte bestreitet hingegen, dass mit der E-Mail vom 1. Februar 2019

Zusatzaufträge erteilt worden seien. Mit der E-Mail sei einzig festgehalten worden, dass es für die Lösung von Problemen keine Genehmigung brauche und die Probleme selbstverständlich behoben werden müssten. Die von der Klägerin vorgenommene Umdeutung dieser E-Mail sei falsch (act. 33 Rz. 88).

4.3.4. Als Beweis dafür, dass mit der E-Mail vom 1. Februar 2019 Zusatzaufträge erteilt wurden, offeriert die Klägerin diese E-Mail inkl. der vorausgegangenen E-Mail von I._____ von der Klägerin (act. 29 Rz. 52). In der ersten E-Mail führte I._____ u.a. aus (act. 3/27):

"as I was informed by the project team there are some needed tasks which must be handled over the weekend and beginning next week with additional "on site" support in D._____.

Please can you give us an "approval" for this activities.

The activities are:

- Implementing the invoice (printout)*
- Solving the "issues" with the financial dimensions*
- "Project beginning balance migration"*

Thank you for your response."

4.3.5. Die Antwort von H._____ darauf war (act. 3/27):

"I don't think you actually need my approval to solve issues but yes, I can confirm we need those issues solved."

4.3.6. Der Wortlaut der E-Mail von H._____ erscheint eindeutig. Er spricht im ersten Teilsatz davon, dass es um die Behebung von Problemen geht ("*to solve issues*") und er nicht denke, dass es dafür eine Genehmigung von ihm brauche. Und auch im zweiten Teilsatz spricht er nochmals von Problemen und bestätigt, dass die Beklagte diese gelöst haben braucht. Daraus ergibt sich, dass H._____ sich in seiner E-Mail auf eine Lösung von bestehenden Problemen bzw. eine Mängelbehebung bezog und nicht neue Zusatzaufträge erteilte. Der Versuch der Klägerin, dem Wort *issues* eine andere Bedeutung zu geben, da es in der ersten E-Mail von I._____ in Anführungszeichen gesetzt wurde (act. 29 Rz. 52), überzeugt nicht, da H._____ die Anführungszeichen nicht übernommen hat. Und auch der übrige Inhalt der E-Mail würde keinen Sinn ergeben, wenn H._____ tatsäch-

lich Zusatzaufträge und nicht Mängel gemeint hätte. Denn H._____ erklärt, dass er eigentlich keine Notwendigkeit für eine Genehmigung sehe. Das macht aber nur bei Mängeln Sinn, da für deren Behebung der Unternehmer keine Genehmigung benötigt. Für Zusatzaufträge ist hingegen sowohl aufgrund der Vereinbarung im Master Service Agreement als auch von Gesetzes wegen eine übereinstimmende Willenserklärung und damit eine Zustimmung nötig. Schliesslich passt auch der sich aus der E-Mail von H._____ ergebende, leicht gereizte Unterton, dass er sich auf die Behebung von Mängeln bezog, die ihn störten, und nicht auf neue Zusatzaufträge.

4.3.7. Keinerlei Anhaltspunkte lassen sich der E-Mail sodann in Bezug auf darauf, dass der Klägerin quasi ein Blankoschein für die Arbeiten aus Phase II erteilt worden sei, entnehmen, wie es die Klägerin geltend machen will. Der E-Mail-Austausch bezog sich vielmehr auf spezifische Probleme und war auch zeitlich stark eingegrenzt ("*over the weekend and beginning next week*"). Eine Genehmigung von Zusatzaufträgen für einen Zeitraum von rund 1.5 Monaten und einem Umfang von CHF 168'426.10 lässt sich aus dem Zweizeiler von H._____ klarerweise nicht ableiten. Bei diesem Ergebnis braucht auch nicht weiter auf den Einwand der Beklagten betreffend die Vertretungsbefugnis von H._____ (vgl. act. 33 Rz. 88) eingegangen zu werden.

4.3.8. Für den Posten "*Go-Live Support*" (bzw. in der Klage noch "*F._____ Support*"; act. 1 Rz. 19) verweist die Klägerin sodann auf die E-Mail vom 18. Januar 2019, mit der ein Zusatzauftrag erteilt worden sei (act. 29 Rz. 58, 134). Die Beklagte bestreitet hingegen, dass mit der E-Mail vom 18. Januar 2019 ein Zusatzauftrag erteilt worden sei. Mit der E-Mail habe sich die Beklagte bei der Klägerin einzig erkundigt, welche Möglichkeiten bestehen würden und ob ein on-site-Support nötig sei (act. 12 Rz. 74; act. 33 Rz. 189).

4.3.9. Die von der Klägerin in diesem Zusammenhang als Beweis offerierte E-Mail vom 18. Januar 2019 (vgl. act. 29 Rz. 58) hat u.a. folgenden Wortlaut (act. 3/11):

"[...] we think onsite support can ensure us a quick debugging - crucial for a successful go-live of the system. [...]"

But, since this is our first go-live with a MS System I am now asking you what other options you may recommend to reach the goals I described above."

4.3.10. Mit der Beklagten ist festzustellen, dass sich aus dieser E-Mail keine Auftragserteilung für einen Zusatzauftrag ergibt, sondern dass die Beklagte mit der E-Mail einzig die Klägerin anfragte, welche Optionen sie empfehlen würden. Es ist zwar erkennbar, dass die Beklagte einen on-site Support als sinnvoll erachtete. Eine definitive Auftragserteilung für einen solchen Support ist in der E-Mail jedoch noch nicht enthalten, sondern könnte allenfalls im weiteren Verlauf der Kommunikation erfolgt sein. Die Klägerin äussert sich jedoch nicht dazu, wie sie auf die E-Mail reagiert hat, welche Optionen sie der Beklagten empfohlen hat und ob die Beklagte in der Folge noch einen definitiven Auftrag erteilt hat. Ebenfalls wurden keinerlei Beweismittel für den weiteren Verlauf der Kommunikation offeriert. Die E-Mail vom 18. Januar 2019 alleine genügt für den Nachweis einer Auftragserteilung jedenfalls nicht.

4.3.11. In diesem Zusammenhang ist weiter zu beachten, dass die Klägerin ihre Rechnungen für die erbrachten Leistungen selbst in der Zeit nach den E-Mails vom 18. Januar 2019 und 1. Februar 2019 weiterhin mit der Überschrift "*Phase 1*" erstellte (vgl. act. 3/7, 8, 10), worauf die Beklagte zurecht hinweist (vgl. act. 33 Rz. 37, 53) und was die Klägerin mit einer versehentlich unrichtigen Bezeichnung abzutun versucht (act. 29 Rz. 44). Ob bei einem dreimaligen Verwenden von "*Phase 1*" über einen Zeitraum von 3 Monaten tatsächlich noch von einem Versehen ausgegangen werden kann oder ob damit nicht gar auch ein tatsächliches Verständnis der Klägerin dahingehend, dass es sich nicht um Zusatzaufträge, sondern um Arbeiten als Teil der Phase I gehandelt hat, erstellt ist, kann letztlich offengelassen werden. Jedenfalls gelingt der Klägerin der Beweis für eine Erteilung von Zusatzaufträgen durch die Beklagte nicht, weshalb ihre Forderung auch aus diesem Grund abzuweisen ist.

4.4.

4.4.1. Selbst wenn der Klägerin der Beweis für die Erteilung von gültigen Zusatzaufträgen gelingen würde, scheitert ihre Forderung sodann an der mangelhaften Substantiierung (siehe dazu allgemein vorne Erw. 2.3 ff.).

4.4.2. Die Klägerin macht geltend, dass die Vergütung für die Phase II auf einer *Time&Materials Basis* zu erfolgen habe (act. 29 Rz. 40). Die Beklagte bestreitet dabei die von der Klägerin behaupteten Arbeiten und Stunden (vgl. u.a. act. 33 Rz. 87, 93, 102, 106, 111 etc.). Die Klägerin konnte sich deshalb nicht mehr mit einem bloss schlüssigen Behaupten begnügen, sondern sie hatte ihren angeblichen Aufwand unter den Zusatzaufträgen in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann.

4.4.3. Die Klägerin versucht diesen Anforderungen in der Replik dadurch nachzukommen, indem sie die Leistungen in 4 Hauptkategorien und die Hauptkategorie "*change request*" nochmals in insgesamt 12 Unterkategorien unterteilt (vgl. act. 29 Rz. 49 f.). Jede Kategorie wird sodann in einem bzw. maximal zwei Absätzen der Replik behandelt und mit einer geltend gemachten Summe pro Kategorie versehen. Für weitere Einzelheiten wird jeweils auf eine Zusammenstellung sowie ein farblich bearbeitetes Leistungsblatt verwiesen (vgl. act. 29 Rz. 53 ff.).

4.4.4. Die genau erbrachten Leistungen, die als Zusatzaufträge in Rechnung gestellt worden sind, bleiben dabei schwer verständlich. Dem ist auch nicht förderlich, dass die Klägerin ihre diesbezüglichen Vorbringen zwischen Klage und Replik über weite Strecken umgestaltet hat. Während sie sich in der Klage noch auf 5 Kategorien an Zusatzaufträgen beschränkte (vgl. act. 1 Rz. 18 ff.), sind es in der Replik nunmehr 12 bzw. 15 Kategorien, ohne dass dabei das Verhältnis der alten Kategorisierung zur neuen Kategorisierung erläutert werden würde. Namentlich ist nicht erkennbar, ob die Kategorie "*Beginning Balances*" in der Klage (act. 1 23) deckungsgleich mit der Kategorie "*Beginning Balances*" in der Replik (act. 29 Rz. 53 f.) ist, oder ob es sich z.B. bei der Kategorie "*Data Conversion Issues*" (act. 29 Rz. 55) um eine Abspaltung der früheren Kategorie "*Beginning Balances*"

gemäss Klage handelt. Auch waren Leistungen vor Ort in F._____ in der Klage noch in der Kategorie "*F._____ Support*" zusammengefasst (act. 1 Rz. 19), während diese in der Replik nun scheinbar zusammen mit Leistungen in D._____ in die Kategorie "*Go-Live Support*" (act. 29 Rz. 58) fallen. Des Weiteren wurden mit der Replik Leistungen im Umfang von über CHF 40'000.00, die gemäss Darstellung in der Klage Zusatzaufträge betroffen haben sollten, wieder ausgenommen, da es tatsächlich Mängelbeseitigungen gewesen seien (vgl. act. 29 Rz. 10). Sodann kam es zwischen Klage und Replik auch zu Verschiebungen der Beträge für Phase I und Phase II (vgl. act. 29 Rz. 35) und die Leistungsaufstellungen der Klägerin enthalten mehr Leistungen als tatsächlich in Rechnung gestellt wurden (vgl. act. 29 Rz. 71). All dies führt dazu, dass der Tatsachenvortrag der Klägerin nur noch schwer überschaubar und nachvollziehbar ist. Von der anwaltlich vertretenen Klägerin wäre zu erwarten gewesen, dass sie diesbezüglich Klarheit schafft, wenn sie zwischen Klage und Replik derartige Veränderungen vornimmt und für die Substantiierung auf Beilagen verweisen will.

4.4.5. Sodann werden die von der Klägerin zu substantiierenden Tatsachen auch nicht zumindest in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen in der Rechtsschrift selber behauptet, bevor zur Substantiierung auf Beilagen verwiesen wird. Stattdessen werden einfach zum grössten Teils generische Kategorien gebildet (z.B. "*Finance Issues*", "*Other Issues*", "*Project Management*" oder "*Support*") und danach mit ein bis zwei Sätzen ergänzt, z.B. dass es sich um eine komplexe Datenmigration mit Abschlusszahlen gehandelt habe (act. 29 Rz. 53), dass die Beklagte vor Ort unterstützt worden sei (act. 29 Rz. 58) oder dass Aufwand für Koordination und Planung angefallen sei (act. 29 Rz. 62). Das genügt für eine Substantiierung der Leistungen nicht und es bleibt nach Durchsicht der Replik selbst in den wesentlichen Zügen oder Umrissen unklar, was die Klägerin als Zusatzaufträge genau geleistet haben will.

4.4.6. Und selbst wenn man zusätzlich noch auf die von der Klägerin eingereichten Beilagen zur weiteren Substantiierung abstellen wollte, obwohl die Voraussetzungen dafür, dies ausnahmsweise zu tun, nicht erfüllt sind, genügt die Klägerin der Substantiierungspflicht nicht. Die nötigen Informationen ergeben sich nämlich

nicht ohne Weiteres aus den Beilagen und sind auch nicht vollständig darin enthalten. Die von der Klägerin eingereichten Zusammenstellungen zu den einzelnen Kategorien erweisen sich weder als übersichtlich noch als selbsterklärend. So fällt z.B. auf, dass einige der Zusammenstellungen nur eine Spalte "*Description*" enthalten (z.B. act. 30/71), während bei anderen noch die Spalte "*Remarks*" (z.B. act. 30/78) oder die Spalte "*Project Item Activity*" hinzukommt (z.B. act. 30/84), ohne dass das Verhältnis dieser Spalten erklärt würde oder ein System ersichtlich wäre. Und selbst unter Berücksichtigung der *Descriptions*, *Remarks* und *Project Item Activities* wird nicht klarer, welche Leistungen genau erbracht wurden, da sie entweder wiederum bloss generisch sind oder dann so spezifisch, dass sie ohne Einordnung in einen fehlenden Gesamtkontext nicht nachvollzogen werden können. So helfen z.B. die Beschreibungen "*Support Beggining Balances*" oder "*Testing Beginning Balances*" (vgl. act. 30/63), "*Call J._____ and K._____ IC Posting incl. Invoice*" (vgl. act. 30/72), "*on the spot support*" (vgl. act. 30/78) "*Go live support: Abarbeiten von Mails*" (vgl. act. 30/103) oder "*weiss nicht mehr?*" (vgl. act. 30/93) nicht weiter. Die genauen Leistungen der Klägerin verbleiben vielmehr unklar und es ist nicht Aufgabe des Gerichts, mehrere hundert Buchungstexte durchzugehen, zu interpretieren, zu hinterfragen und in einen möglichen, jedoch nicht dargelegten Gesamtkontext einzuordnen sowie zu prüfen, ob sich daraus irgendwie eine substantiierte Behauptung konstruieren lässt, die zu einem Beweissatz erhoben werden könnte. Das wäre Aufgabe der Klägerin gewesen. Da sie damit ihrer Substantiierungslast nicht nachkommt, ist die Klage auch aus diesem Grund abzuweisen.

4.5.

4.5.1. Selbst wenn die Klägerin der Substantiierungspflicht nachgekommen wäre, würde sie schliesslich auch den Beweis für ihre Behauptungen nicht erbringen. Über weite Strecken offeriert die Klägerin als Beweismittel einzig – wie schon bei den ersten Forderungspositionen (siehe vorne Erw. 3.5.6 f.) – die bereits erwähnten Rechnungen sowie die farbig markierten Leistungsblätter. Auch diese weiteren Rechnungen und Leistungsblätter wurden von der Klägerin selber erstellt und stellen damit grundsätzlich reine Parteibehauptungen dar. Ebenso ist auch hier

umstritten, ob und wie diese Leistungsblätter der Beklagten vorgelegt wurden (vgl. act. 33 Rz. 86) und die Klägerin offeriert keinen Beweis für ihre Darstellung. Auch diese Leistungsblätter sind jeweils höchstens nachträglich, mit den Rechnungen zugestellt worden (vgl. act. 29 Rz. 44). Eine fortlaufende, wöchentliche Rapportierung des Arbeitsaufwands inkl. Genehmigung durch die Beklagte hat hingegen auch bei den angeblichen Zusatzaufträgen unbestrittenermassen nicht stattgefunden (vgl. act. 12 Rz. 26).

4.5.2. Entgegen der Ansicht der Klägerin kann sodann auch in diesem Punkt nicht gesagt werden, dass die Beklagte die Rechnungen inkl. allenfalls beigelegten Leistungsblättern nie bemängelt und damit akzeptiert hätte (vgl. act. 29 Rz. 44). Auch diese Rechnungen wurden unbestrittenermassen nie bezahlt, womit die Beklagte deutlich zum Ausdruck brachte, dass sie mit der Rechnung nicht einverstanden war. In dieser Situation reichen auch für diese Positionen die blossen, einzig von der Klägerin erstellten und der Beklagten nicht fortlaufend zur Genehmigung vorgelegten Leistungsblätter für sich alleine jedenfalls nicht zum Beweis der geltend gemachten Arbeiten und Aufwendungen.

4.5.3. Als zusätzliche Beweismittel offeriert die Klägerin sodann zu einzelnen Kategorien von angeblichen Zusatzaufträgen noch verschiedene E-Mails (insb. act. 3/12–37; act. 30/64–70, 73–77, 79–80, 84–88, 91–92, 94–101, 105–106), wobei die E-Mails jedoch von der Klägerin keinen konkreten Tatsachenbehauptungen zugeordnet werden und schon deshalb nicht als Beweismittel abzunehmen sind. Bei einem grossen Teil dieser E-Mails handelt es sich zudem um E-Mails von Mitarbeitern der Beklagten, weshalb sie von vornherein nicht zum Nachweis einer Arbeitsleistung der Klägerin dienen können. Soweit es sich um E-Mails von Mitarbeitern der Klägerin handelt, lassen sich aus den E-Mails sodann keine genauen Aufwendungen oder Stundenzahlen ableiten, weshalb die Klägerin auch damit keinen Beweis für konkrete Arbeitsaufwände zu erbringen vermag.

4.6.

4.6.1. Soweit die Klägerin schliesslich geltend macht, dass eine Mängelbehebung in Höhe von CHF 200'000.00 bzw. über 56% des Budgets wirtschaftlich keinen

Sinn ergeben würde (act. 29 Rz. 46 f.), vermag sie auch damit keine zusätzliche Forderung oder das Vorliegen von Zusatzaufträgen zu begründen. Nicht nur sind nach dem vorstehend Ausgeführten die angeblichen Mehrleistungen der Klägerin weder substantiiert noch erstellt. Sondern es ist auch nicht ausgeschlossen, dass es im Rahmen eines Werkvertrags mit Fix- bzw. Circa-Preis einmal zu einer Unterschätzung des tatsächlichen Aufwands und damit zu einer Offerte mit einem tiefen Preis kommt. Auch können bei Vorliegen von zahlreichen Mängeln die Kosten zur Beseitigung dieser Mängel durchaus einen sehr hohen Betrag erreichen. Ebenso ist denkbar, dass für eine erste Phase bewusst ein tiefer Preis offeriert wird, um einen Kunden zu gewinnen, und der Gewinn dann erst in späteren Phasen erzielt wird.

4.6.2. Das wirtschaftliche Risiko dafür, dass die tatsächlichen Kosten letztlich über dem vereinbarten Budget liegen könnten, lag jedenfalls bei der Klägerin, die einem Vertrag mit einem verbindlichen Budgetrahmen zugestimmt hat. Umgekehrt hätte sie profitiert, wenn ihre tatsächlichen Aufwendungen zur Erstellung des Werks, z.B. aufgrund einer effizienten oder von Anfang an fehlerfreien Arbeitsweise, letztlich unter dem vereinbarten Budget gelegen wären. Die vorgebrachte wirtschaftliche Sichtweise der Klägerin überzeugt jedenfalls nicht und vermag auch die Substantiierungspflicht oder die Pflicht zum Nachweis der tatsächlichen Grundlagen der geltend gemachten Forderungen nicht zu ersetzen.

4.7.

4.7.1. Insgesamt vermag die Klägerin somit aus verschiedenen Gründen keine Forderungen in Zusammenhang mit Leistungen für zur Phase II gehörende Zusatzaufträge nachzuweisen. Ihre Ansprüche scheitern bereits daran, dass sie weder den Nachweis für einen nachträglichen Verzicht auf den vereinbarten Schriftlichkeitsvorbehalt noch für die Erteilung von Zusatzaufträgen durch die Beklagten zu erbringen vermag. Selbst wenn solche Aufträge erstellt wären, unterlässt es die Klägerin sodann, ihre angeblichen, sich auf einer *Time&Materials Basis* berechnenden Ansprüche zu substantiieren. Des Weiteren genügen auch die von der Klägerin offerierten Beweismittel nicht zum Nachweis der geltend gemachten Tatsachen.

4.7.2. Der Klägerin ist somit unter diesem Forderungskomplex nichts zuzusprechen, sondern die Klage ist in diesem Umfang abzuweisen.

5. Forderungen in Zusammenhang mit Lizenzgebühren

5.1. Als dritte Position fordert die Klägerin schliesslich CHF 83'939.40 (inkl. MwSt.) für angefallene Lizenzgebühren. In diesem Zusammenhang ist unbestritten, dass die Parteien am 30. Juli 2018 die License-Order 3-B._____ AG und am 26. November 2018 die License-Order 4-B._____ AG schlossen, welche verschiedene Microsoft Lizenzen in Zusammenhang mit der Software E._____ zum Gegenstand hatten. Die Verträge sahen eine Mindestlaufzeit von 12 Monaten vor. Eine Kündigung war bis zu 60 Tagen vor Ablauf der Vertragslaufzeit möglich, ansonsten sich diese stillschweigend um ein weiteres Jahr verlängerte. Die Beklagte bezahlte die Lizenzgebühren bis zum 31. Juli 2019. Nachfolgende Rechnungen der Klägerin blieben unbezahlt (vgl. act. 1 Rz. 32, 42; act. 12 Rz. 122; act. 29 Rz. 76 ff., 160; act. 33 Rz. 145 ff.)

5.2.

5.2.1. Die Klägerin macht offene Lizenzgebühren unter der License-Order 4-B._____ AG vom 26. November 2018 für den Zeitraum August bis November 2019 sowie offene Lizenzgebühren unter der License-Order 3-B._____ AG vom 30. Juli 2018 für den Zeitraum August 2019 bis Juli 2020 in Höhe von insgesamt CHF 83'939.40 (inkl. MwSt.) geltend. Sie führt in diesem Zusammenhang aus, dass die Beklagte die Lizenzverträge erst mit Schreiben vom 19. Juli 2019 gekündigt habe. Die zuvor verschickte E-Mail der Beklagten vom 4. März 2019 habe noch keine Kündigung dargestellt. Da die Kündigung vom 19. Juli 2019 weniger als 60 Tage vor Ablauf der Laufzeit der License-Order 3-B._____ AG vom 30. Juli 2018 erfolgte, habe sich die Vertragslaufzeit bis und mit Juli 2020 verlängert. Die License-Order 4-B._____ AG sei hingegen am 19. Juli 2019 fristgerecht per 26. November 2019 gekündigt worden (vgl. act. 1 Rz. 32, 42; act. 29 Rz. 8 f., 76 ff., 160).

5.2.2. Die Beklagte macht demgegenüber geltend, dass die Lizenzverträge mit E-Mail vom 4. März 2019 und damit rechtzeitig, mehr als 60 Tage vor Ablauf der je-

weiligen Vertragslaufzeiten gekündigt worden seien (act. 12 Rz. 122) bzw. dass es sich dabei zusammen mit der Bestätigung der Klägerin vom 4. März 2019 um einen gültigen Vertragsabbruch durch Vereinbarung gehandelt habe (act. 33 Rz. 30, 147 f.). Auch berechne die Klägerin die Höhe der Lizenzgebühren falsch, da die License-Order 4-B._____ AG vom 26. November 2018 – wenn man auf die Darstellung der Klägerin abstellen wolle – nicht bis zum 30. November 2019, sondern bis zum 25. November 2019 lief (act. 33 Rz. 151). Eventualiter erklärt die Beklagte Verrechnung mit Schadenersatzansprüchen aus der Schlechterfüllung der Klägerin (act. 33 Rz. 153 f.).

5.2.3. Die beiden License-Orders verpflichten die Beklagte unbestrittenermassen zur Bezahlung von monatlichen Lizenzgebühren an die Klägerin und stellen somit vorliegend genügende Anspruchsgrundlagen für Forderungen der Klägerin während ihrer jeweiligen Laufzeiten dar. Dafür, dass die License-Orders beendet wurden – sei es durch Kündigung oder durch Vertragsabbruch durch Vereinbarung –, trägt die Beklagte die Beweislast, da es sich um eine anspruchsvernichtende Tatsache handelt (vgl. BGE 125 III 78 E. 3b; ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 496).

5.2.4. Die Beklagte beruft sich für den Beweis der behaupteten Kündigung bzw. Aufhebungsvereinbarung per 4. März 2019 auf ihre E-Mail vom 4. März 2019 sowie die Antwort-E-Mail der Klägerin vom 4. März 2019 (act. 33 Rz. 30). In der E-Mail vom 4. März 2019 führte die Beklagte u.a. Folgendes aus (act. 3/39 Abs. 3 f.):

"In light of the above, please be officially informed that, effective immediately, A._____s employees are not allowed to log into any of the systems you were granted access on our behalf. A new partner has been appointed by B._____ as the tenant of our licenses during the weekend and you'll be contacted during the day of Monday or Tuesday at the latest, to agree on the necessary steps for handover.

In the next days a date will be proposed to you to start the negotiations on the closing of our contract. [...]"

5.2.5. Aus dieser E-Mail ergibt sich, dass der Klägerin der Systemzugriff entzogen wurde ("*are not allowed to log into any of the systems*"). In Bezug auf die Beendi-

gung des Vertrags stellte die Beklagte hingegen explizit weitere Verhandlungen in Aussicht ("*negotiations on the closing of our contract*") und auch spezifisch in Bezug auf die Lizenzen wird eine Kontaktaufnahme durch den neuen Partner der Beklagten für ein *handover* in Aussicht gestellt. Aus der E-Mail lässt sich entsprechend – wie die Klägerin zurecht vorbringt – keine eindeutige Kündigungserklärung der Beklagten ableiten, sondern dafür wurde auf weitere Besprechungen verwiesen.

5.2.6. In der Antwort-E-Mail vom 4. März 2019 führte die Klägerin u.a. Folgendes aus (act. 3/40 Abs. 1 ff.):

"We regret the decision by B._____ to terminate the project cooperation with immediate effect. We have passed this on to our colleagues, so that there will be no login to your systems and the work is stopped immediately. [...]"

We would like to emphasize again that we are still anxious to pursue a way forward to bring the project to a successful conclusion.

Regardless of this, we are expecting payment of all services costs incurred and would like to draw your attention to the termination clause as described in the Master Service Agreement in chapter 13 "Term and Termination".

As per your mail we're awaiting your contact and are still convinced that we can bring this project to success together."

5.2.7. Aus dieser E-Mail ergibt sich, dass die Klägerin die Zusammenarbeit am Projekt als beendet erachtete ("*terminate the project cooperation with immediate effect*"). Es ergibt sich aber auch, dass die Klägerin keiner sofortigen Aufhebung des Vertrags zustimmte, sondern weiter am Projekt arbeiten wollte ("*pursue a way forward to bring the project to a successful conclusion*") und auf die Kündigungsbestimmung des Master Service Agreements verwies. Ebenfalls erwartete die Klägerin noch die von der Beklagten angekündigte Kontaktaufnahme zur Besprechung des weiteren Vorgehens ("*we're awaiting your contact*"), was ebenfalls belegt, dass die Klägerin nicht von einem bereits aufgehobenen Vertrag ausging oder einer Aufhebung zustimmte. Auch mit dieser E-Mail vermag die Beklagte

somit keinen Nachweis einer Kündigung oder einer Vertragsaufhebung zu erbringen.

5.2.8. Gegen einen sofortigen, einvernehmlichen Vertragsabbruch am 4. März 2019, wie er von der Beklagten behauptet wird, spricht sodann auch das nachfolgende Verhalten der Parteien. Es ist unbestritten, dass die Klägerin weiterhin monatliche Rechnungen für die Lizenzgebühren stellte und die Beklagte diese bis und mit Juli 2019 weiterhin bezahlte. Beides wäre, hätte es tatsächlich einen sofortigen Vertragsabbruch gegeben, nicht nötig gewesen, woraus sich rückschließen lässt, dass auch die Parteien noch von einem laufenden (Lizenz-)Vertrag ausgingen.

5.2.9. Insgesamt gelingt der Beklagten somit der Beweis für eine am 4. März 2019 erfolgte Kündigung der License-Orders oder für einen sofortigen, einvernehmlichen Vertragsabbruch am 4. März 2019 nicht. Es ist vielmehr von einem Weiterlaufen der License-Orders auszugehen, bis diese mit Schreiben vom 19. Juli 2019 durch die Beklagte gekündigt wurden. Entsprechend muss auch nicht weiter auf den Einwand der Klägerin, dass die E-Mail der Beklagten vom 4. März 2019 die für eine Kündigung vereinbarte Schriftform nicht einhalte (vgl. act. 29 Rz. 76; act. 33 Rz. 146, 148), eingegangen werden.

5.3.

5.3.1. In Bezug auf die License-Order 4-B. _____ AG vom 26. November 2018 erfolgte die Kündigung unbestrittenermassen rechtzeitig, weshalb der Vertrag mit Ablauf der initialen Vertragslaufzeit von einem Jahr beendet wurde. Berechtigt ist diesbezüglich der Einwand der Beklagten, dass das Vertragsjahr damit am 25. November 2019 und nicht, wie von der Klägerin behauptet, am 30. November 2019 ablief. In Bezug auf die License-Order 3-B. _____ AG vom 30. Juli 2018 erfolgte die Kündigung vom 19. Juli 2019 hingegen nicht rechtzeitig, sondern die Vertragslaufzeit verlängerte sich bereits zuvor stillschweigend um ein weiteres Jahr und die Kündigung konnte ihre Wirkungen erst auf das Ende dieser verlängerten Laufzeit hin entfalten. Der Vertrag endete somit nach Ablauf von zwei Jahren, was zum 29. Juli 2020 als Enddatum führt.

5.3.2. Ausstehend sind für die Monate August, September und Oktober 2019 die vollen Gebühren aus beiden License-Orders, welche unbestrittenermassen CHF 11'558.05 (inkl. MwSt.) pro Monat betrugen (vgl. act. 1 Rz. 32; act. 12 Rz. 122). Für November 2019 war unter der License-Order 4-B._____ AG hingegen nur noch eine reduzierte Gebühr von *pro rata* 25/30 geschuldet, was zu einem Total von CHF 10'417.26 (inkl. MwSt.) führt. Von Dezember 2019 bis Juni 2020 war nur noch die volle Gebühr unter der License-Order 3-B._____ AG geschuldet, welche unbestrittenermassen CHF 4'713.40 (inkl. MwSt.) pro Monat betrug (vgl. act. 29 Rz. 77; act. 33 Rz. 150 ff.). Für Juli 2020 war unter der License-Order 3-B._____ AG sodann noch eine reduzierte Gebühr von *pro rata* 29/31 geschuldet, was zu einem Total von CHF 4'409.31 (inkl. MwSt.) führt.

5.3.3. In Bezug auf die rechtlichen Grundlagen des Verzugszins kann auf die vorstehenden Ausführungen in Erw. 3.8.4 verwiesen werden. Die Angaben der Klägerin zur Rechnungsstellung, den angesetzten Zahlungsfristen und den Ablaufdaten der Zahlungsfristen wurden in Zusammenhang mit den Lizenzgebühren (act. 1 Rz. 32, 42; act. 29 Rz. 78 f.) von der Beklagten nicht substantiiert bestritten (vgl. act. 12 Rz. 121 f.; act. 33 Rz. 150 ff.), weshalb darauf abzustellen ist. Allerdings ist auch in diesem Zusammenhang der von der Klägerin abgeleitete Verzugsbeginn in mehrfacher Hinsicht zu korrigieren. Zunächst handelt es sich beim 21. Juli 2019, beim 22. Dezember 2019 und beim 15. März 2020 um Sonntage, an denen die Zahlungsfrist nicht ablaufen konnte (Art. 78 Abs. 1 OR). Die Zahlungsfrist verlängerte sich vielmehr jeweils bis zum darauffolgenden Montag. Sodann tritt der Verzug entgegen der Berechnung der Klägerin wiederum nicht bereits am letzten Tag der Zahlungsfrist, sondern erst am darauffolgenden Tag ein (vgl. vgl. VETTER/BUFF, a.a.O., S. 151 f. m.w.N.). Es ergeben sich dadurch zusammengefasst folgende Forderungen:

- a) CHF 11'558.05 zzgl. 5% Zins seit 23. Juli 2019
- b) CHF 11'558.05 zzgl. 5% Zins seit 6. September 2019
- c) CHF 11'558.05 zzgl. 5% Zins seit 28. September 2019
- d) CHF 10'417.26 zzgl. 5% Zins seit 8. November 2019
- e) CHF 4'713.40 zzgl. 5% Zins seit 24. Dezember 2019
- f) CHF 4'713.40 zzgl. 5% Zins seit 8. Januar 2020

- g) CHF 4'713.40 zzgl. 5% Zins seit 9. Februar 2020
- h) CHF 4'713.40 zzgl. 5% Zins seit 17. März 2020
- i) CHF 4'713.40 zzgl. 5% Zins seit 2. April 2020
- j) CHF 4'713.40 zzgl. 5% Zins seit 6. Mai 2020
- k) CHF 9'122.71 zzgl. 5% Zins seit 16. Juni 2020

5.4.

5.4.1. In einem Eventualstandpunkt, für den Fall, dass Forderungen der Klägerin auf Lizenzgebühren bestehen sollte, erklärt die Beklagten sodann noch Verrechnung mit Schadenersatzansprüchen aus der Schlechterfüllung des Vertrags durch die Klägerin. Aufgrund des von der Klägerin verursachten Vertragsabbruchs habe die Beklagte einen neuen Partner beiziehen und neue Verträge für die Lizenzen eingehen müssen. Dadurch habe sie die Lizenzgebühren doppelt bezahlen müssen und ihr sei ein Schaden in Höhe der Lizenzgebühren entstanden (act. 33 Rz. 153 f.).

5.4.2. Dieser Eventualeinwand der Beklagten verfängt aus mehreren Gründen nicht. Nicht nur ist vorliegend eine Mangelhaftigkeit des Werks der Klägerin und damit eine Vertragsverletzung nicht erstellt (siehe vorne Erw. 3.7). Die Beklagte unterlässt auch jegliche Substantiierung des angeblichen Schadens oder der angeblich mit dem neuen Partner zwingend abzuschliessenden Lizenzverträge. Ebenso offeriert die Beklagte in diesem Zusammenhang keinerlei Beweise. Das Vorliegen von Schadenersatzansprüchen, die die Beklagte zur Verrechnung bringen könnte, ist somit nicht erstellt. Auf die Kausalität des angeblichen Schadens, nachdem es vorliegend die Beklagte war, die eine rechtzeitige Kündigung der License-Order 3-B._____ AG vom 30. Juli 2018 unterlassen hat (siehe vorne Erw. 5.2), ist entsprechend gar nicht weiter einzugehen.

5.5. Zusammengefasst vermag die Beklagte keine vor dem 19. Juli 2019 erfolgte Kündigung der beiden mit der Klägerin abgeschlossenen License-Orders nachzuweisen. Die License-Orders endeten damit per 25. November 2019 bzw. per 29. Juli 2020 und während dieser Laufzeiten schuldete die Beklagte jeweils die vertraglich vereinbarten Lizenzgebühren. Die Klage ist in diesem Umfang gutzu-

heissen und im sich aus einer falschen klägerischen Berechnung des Enddatums ergebenden Mehrumfang abzuweisen.

6. Beseitigung des Rechtsvorschlags

Im Umfang der ausgewiesenen Forderung der Klägerin ist antragsgemäss so- dann der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamts Win- terthur-Stadt (Zahlungsbefehl vom 23. April 2019) zu beseitigen. Dabei ist zu be- achten, dass die geltend gemachten Lizenzgebühren (vorne Erw. 5) nicht Gegen- stand der Betreuung bildeten (vgl. act. 1 Rz. 43). Der Rechtsvorschlag ist deshalb einzig für die Forderung in Höhe von CHF 15'135.62 zzgl. 5% Zins seit 1. Februar 2019 für die Leistungen aus Phase I (vorne Erw. 3) zu beseitigen. Im Mehrbetrag ist das Begehren auf Beseitigung des Rechtsvorschlags hingegen abzuweisen.

7. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

7.1. Der Klägerin gelingt vorliegend der Nachweis dafür, dass sie das in Phase I des Projekts mit der Beklagten geschuldete Werk abgeliefert hat. Entsprechend hat sie Anspruch auf den für Phase I vereinbarten Werklohn. Da der Klägerin je- doch weder der Nachweis für ihren behaupteten tatsächlichen Aufwand in Phase I noch der Nachweis für zusätzlich zu entschädigende Spesen, Reisekosten oder Schadenersatzansprüche gelingt, beläuft sich der geschuldete Werklohn einzig auf die für Phase I vereinbarte Minimalentschädigung. Der Beklagten gelingt im Gegenzug der Nachweis der Mangelhaftigkeit des Werks nicht, weshalb keine weiteren Abzüge an der Minimalentschädigung vorzunehmen sind. Nach Abzug der bereits geleisteten Zahlungen der Beklagten verbleibt ein Saldo zugunsten der Klägerin in Höhe von CHF 15'135.62 zzgl. Zins (siehe vorne Erw. 3).

7.2. In Zusammenhang mit den geltend gemachten Ansprüchen für Phase II des Projekts gelingt der Klägerin weder der Nachweis für gültig erteilte Zusatzaufträge durch die Beklagte noch der Nachweis für die von ihr behaupteten Arbeiten unter den geltend gemachten Zusatzaufträgen. Entsprechend sind keine Ansprüche der Klägerin erstellt und ihr ist unter dieser Position nichts zuzusprechen (siehe vorne Erw. 4).

7.3. Schliesslich beruft sich die Klägerin zurecht auf die mit der Beklagten abgeschlossenen License-Orders. Der Beklagten gelingt der Nachweis für eine vor dem 19. Juli 2019 erfolgte Kündigung nicht, weshalb die unter den License-Orders geschuldeten, monatlichen Lizenzgebühren weiter bis zum tatsächlichen Endtermin geschuldet waren. Die Klägerin hat in diesem Zusammenhang Anspruch auf CHF 82'494.52 zzgl. Zins (siehe vorne Erw. 5).

7.4. Insgesamt ist die Klage somit im Umfang von CHF 97'630.14 zzgl. Zins gutzuheissen. Im Mehrbetrag ist sie hingegen abzuweisen.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Gerichtskosten

8.1.1. Die Höhe der Entscheidgebühr richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert wird gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO durch das Rechtsbegehren im Zeitpunkt der Begründung der Rechtshängigkeit bestimmt. Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens sowie allfällige Eventualbegehren werden nicht hinzugerechnet. Unter Berücksichtigung der mit der Replik vorgenommenen Klageerweiterung in Höhe von CHF 49'265.25 beläuft sich der Streitwert des vorliegenden Verfahrens somit auf total CHF 466'715.78. Dies führt zu einer Grundgebühr in Höhe von CHF 20'100.00. Sodann ist weiter der überdurchschnittliche Aufwand für die Bearbeitung des vorliegenden Verfahrens zu berücksichtigen, da die Klägerin nach durchgeführter Instruktionsverhandlung die Begründung ihrer Forderung in erheblichem Umfang umstellte (§ 4 Abs. 2 GebV OG). Aufgrund des aussergewöhnlich grossen Aufwands des Gerichts, verursacht durch aufwändige Abrechnungen und neuen Begründungen im Verlauf des Verfahrens, erscheint es grundsätzlich angemessen, die Grundgebühr zu erhöhen. Unter weiterer Berücksichtigung, dass sich die teilweise Erledigung des Verfahrens durch Klagerückzug reduzierend auswirkt (vgl. § 10 Abs. 1 GebV OG), ist die Entscheidgebühr insgesamt auf CHF 35'000.00 festzusetzen.

8.1.2. Die Klägerin obsiegt mit ihrer Klage im Umfang von CHF 97'630.14 zzgl. Zins, was rund 20% der geltend gemachten Forderung entspricht. Entsprechend sind ihr die Gerichtskosten im Umfang von 80% bzw. CHF 28'000.00 aufzuerle-

gen. Die übrigen 20% bzw. CHF 7'000.00 gehen zulasten der Beklagten. Die Gerichtskosten sind vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Im übersteigenden Umfang ist der Kostenvorschuss der Klägerin zurückzuerstatten. Für die der Beklagten auferlegten Kosten ist der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

8.2. Parteientschädigungen

8.2.1. Die Beklagte hat sodann im Ausmass ihres Obsiegens Anspruch auf eine Parteientschädigung für ihre berufsmässige Vertretung. Grundlage für die Höhe der Parteientschädigung ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Beim vorliegenden Streitwert beträgt die Grundgebühr rund CHF 22'750.00. Sie ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Zuschlag von je höchstens der Hälfte der Grundgebühr berechnet (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). Vorliegend ist aufgrund der Instruktionsverhandlung und der zusätzlichen Rechtsschriften im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels eine Erhöhung der Grundgebühr um zwei Drittel angemessen. Für die unaufgeforderten Stellungnahmen in Ausübung des Replikrechts ist hingegen keine Erhöhung vorzunehmen (vgl. MÜLLER, ZPO – Praktische Fragen aus Richtersicht, SJZ 2014, S. 369 ff., S. 376). Dies führt zu einer Parteientschädigung in der Höhe von rund CHF 37'750.00.

8.2.2. Da die Beklagte jedoch nur teilweise obsiegt, ist die ihr zuzusprechende Parteientscheidung auf die verbleibende Differenz, d.h. 60%, zu reduzieren. Insgesamt resultiert somit eine reduzierte Parteientschädigung in Höhe von CHF 22'650.00 zugunsten der Beklagten.

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Das Verfahren wird im Umfang von CHF 41'647.59 infolge Klagerückzugs als erledigt abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Sodann erkennt das Handelsgericht:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin
 - CHF 15'135.62 zzgl. 5% Zins seit 1. Februar 2019,
 - CHF 11'558.05 zzgl. 5% Zins seit 23. Juli 2019,
 - CHF 11'558.05 zzgl. 5% Zins seit 6. September 2019,
 - CHF 11'558.05 zzgl. 5% Zins seit 28. September 2019,
 - CHF 10'417.26 zzgl. 5% Zins seit 8. November 2019,
 - CHF 4'713.40 zzgl. 5% Zins seit 24. Dezember 2019,
 - CHF 4'713.40 zzgl. 5% Zins seit 8. Januar 2020,
 - CHF 4'713.40 zzgl. 5% Zins seit 9. Februar 2020,
 - CHF 4'713.40 zzgl. 5% Zins seit 17. März 2020,
 - CHF 4'713.40 zzgl. 5% Zins seit 2. April 2020,
 - CHF 4'713.40 zzgl. 5% Zins seit 6. Mai 2020 und
 - CHF 9'122.71 zzgl. 5% Zins seit 16. Juni 2020zu bezahlen.
Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamts Winterthur-Stadt (Zahlungsbefehl vom 23. April 2019) wird im Umfang von CHF 15'135.62 zzgl. 5% Zins seit 1. Februar 2019 beseitigt. Im Mehrbetrag wird das Begehren auf Besteigung des Rechtsvorschlags abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 35'000.00.
4. Die Gerichtskosten werden der Klägerin im Umfang von CHF 28'000.00 und der Beklagten im Umfang von CHF 7'000.00 auferlegt. Sie werden aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Im übersteigenden Umfang wird der Kostenvorschuss der Klägerin zurückerstattet.
Für die der Beklagten auferlegten Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von CHF 22'650.00 zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. 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 425'068.19.

Zürich, 21. März 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Dr. Andreas Baeckert