

# ZH\_HANDELSGERICHT HG110021 vom 17. November 2014

Zh Handelsgericht, 2014-11-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG110021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG110021)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG110021 du 17 novembre 2014

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG110021 del 17 novembre 2014

## Erwägungen

### E. 15

September 2010, erfolgt (act. 1 Rz. 59 ff.; act. 42 Rz. 60). 2.2. Standpunkt der Beklagten In Bezug auf die Rückbehalte im Zusammenhang mit dem Grundwerk führt die Beklagte an, dass am 18. Dezember 2009, als die Protokolle (act. 22/25-27) un- terzeichnet worden seien, keine Abnahme erfolgt sei (act. 21 Rz. 108; Rz. 164; Rz. 172; Rz. 286 ff.). Die Klägerin verkenne, dass die von ihr erwähnten Abnah- meprotokolle vom 18. Dezember 2009 (vgl. act. 3/10-11) nicht relevant seien, da die Parteien nach dem besagten Datum die Vertragsanpassung Nr. 1 zu Anhang C abgeschlossen hätten. Darin hätten die Parteien den Meilenstein- und Zahlungsplan abgeändert und vereinbart, dass CHF 25'000.– respektive - 17 - CHF 125'000.– noch nicht ausgerichtet bzw. zurückbehalten werden sollten. Der einzige Sinn, der dieser Regelung entnommen werden könne, sei, dass diese Zahlungen erst ausgerichtet werden sollten, wenn diese Meilensteile, bzw. die Ar- beitsergebnisse abgenommen würden (act. 21 Rz. 287 f.). Davon zeuge auch die zwischen den Parteien ausgetauschte Korrespondenz, insbesondere das E-Mail von K.\_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Beklagten) vom 15. März 2010 (act. 21 Rz. 289 mit Hinweis auf act. 22/34). Gemäss der Vereinbarung zwischen den Parteien hätten die drei "Resultate", in der Terminologie der Klägerin "Grundwerk" genannt, somit erst noch abgenommen werden sollen (act. 21 Rz. 290). Nach Abschluss der Ver- tragsanpassung Nr. 1 sei seitens der Beklagten nie ein Abnahmeprotokoll unter- zeichnet worden (act. 21 Rz. 291). Eine Abnahme könne der Beklagten sodann weder nach Treu und Glauben noch gemäss den vertraglichen Bestimmungen, insbesondere der Bestimmung im Dienstleistungsvertrag (vgl. act. 21 Rz. 294, wo Bezug auf Ziffer 7.1 des Dienstleistungsvertrags genommen wird; act. 22/5 S. 10) und gemäss Ziffer 7.3 des Anhangs C, angerechnet werden. Die in Ziffer 7.3 des Anhangs C definierten Kriterien einer erfolgreichen Abnahmen seien allesamt nicht erfüllt gewesen (act. 21 Rz. 292 ff.). Die Voraussetzungen für eine Abnahme seien ferner nicht erfüllt gewesen, da die Beklagte in sämtlichen der drei Protokolle Vorbehalte angebracht habe. Die Test- daten hätten nicht bearbeitet werden können, da die Verarbeitungsabläufe zu- sammengebrochen seien. Folglich sei ein Abnahmetest gar nicht möglich gewe- sen (act. 21 Rz. 309 f.). Zudem ergebe sich aus den jeweiligen Protokollen selbst, dass die Voraussetzungen für die Abnahme des jeweiligen Arbeitspakets nicht vorgelegen seien (act. 21 Rz. 311 ff.) 2.3. Vertragliche Regelung der Parteien Der Dienstleistungsvertrag vom 11. Februar 2008 (act. 3/4 =act. 22/5) enthält in Ziffer 7 ausführliche Bestimmungen zur Abnahme. In Absatz 1 von Ziffer 7.1 heisst es, dass die betroffenen Arbeitsergebnisse dann als abgenommen gelten, wenn (a) die Beklagte nach Durchführung der Abnahmetests das Abnahmeproto- koll, samt allfälliger, die Abnahme nicht verhindernder Fehlerliste unterzeichnet, oder (b) wenn die Beklagte vor Ablauf der Abnahmepériode die Funktionalitäten

- 18 - nicht schriftlich und dokumentiert beanstandet, oder (c) wenn die von der Beklagten für die Durchführung der Abnahme zu liefernden Testdaten und Testfälle fehlen oder so fehlerhaft oder unvollständig sind, dass die Abnahme nicht durchgeführt werden kann, oder (d) sobald die Beklagte die Arbeitsergebnisse produktiv in Gebrauch nimmt. Weiter wird in Absatz 2 und 3 von Ziffer 7.1 festgehalten, wie im Falle von Fehlern im Rahmen des Abnahmetests, welche die Abnahme verhindern, vorgegangen wird. So heisst es in diesen Absätzen, dass im Falle des Auftretens von Fehlern, welche die Abnahme im Rahmen der Abnahmetests verhindern, die Beklagte die Klägerin im Abnahmeprotokoll darüber informiere. Die Beklagte werde der Klägerin diesfalls mit eingeschriebenem Brief einer der Dringlichkeit und Komplexität angemessene Frist zur Behebung dieser Mängel setzen, wobei die Klägerin der Beklagten ihrerseits innerhalb einer angemessenen Frist mitteilt, ob sie die von der Beklagten festgelegte Nachbesserungsfrist einhalten kann. Ziffer 7.2 regelt sodann die Folgen des Scheiterns der Abnahme. Der Anhang C zum Dienstleistungsvertrag vom 27. Juni 2008 (act. 22/7) enthält ebenfalls Bestimmungen zur Abnahme, die (falls widersprüchlich) den Regelungen des Dienstleistungsvertrages vorgehen (vgl. Ziffer 2 Absatz 3 des Anhangs C). Im Anhang C wird unter der Ziffer 7.1 mit dem Titel "Abnahmeverfahren" insbesondere das Testverfahren (vgl. Ziffer 7.1.2) definiert und die Fehlerklassifizierung, die Teilabnahmen sowie die erfolgreiche Abnahme geregelt (Ziffer 7). In Bezug auf Teilabnahmen geht aus Ziffer 7.2 folgendes hervor: "E. \_\_\_\_\_ ist berechtigt, Abnahmen für Teilleistungen (wie insbesondere für einzelne Gaps oder Implementierungsleistungen eines bestimmten Moduls) zu verlangen. Sämtliche Ausführungen in diesem Vertrag bezüglich der Abnahme gelten für die Teilabnahmen entsprechend." In Ziffer 7.3 heisst es in Bezug auf eine erfolgreiche Abnahme, dass die lizenzierten Softwareapplikationen sowie die gemäss des vorliegenden Vertrages erbrachten Dienstleistungen dann als abgenommen gelten, wenn (a) die Beklagte nach Durchführung der Abnahmetests gemäss den vorliegenden Vertragsbestimmungen das Abnahmeprotokoll, samt allfälliger, die Abnahme nicht verhindernder Fehlerliste unterzeichnet, oder (b) wenn die Beklagte vor Ablauf der Abnahmepériode die Funktionalitäten nicht schriftlich oder dokumentiert beanstandet oder (c) sobald die Beklagte die lizenzierte Software pro-

- 19 - duktiv in Gebrauch nimmt. 2.4. Rechtliches Die Ablieferung des Werks (durch den Unternehmer) entspricht der Abnahme des Werks (durch den Besteller) zwecks Prüfung der Beschaffenheit (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 3 zu Art. 370 OR). Die Begriffe Ablieferung und Abnahme bezeichnen denselben Vorgang und sind damit korrelativer Natur (GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., N 97). Besagter Vorgang setzt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und einem Teil der Lehre grundsätzlich voraus, dass sämtliche vereinbarten Arbeiten ausgeführt, das Werk mithin fertiggestellt bzw. vollendet ist (Urteil 4C.469/2004 vom 17. März 2005, E. 2.2; BGE 129 III 748; BGE 118 II 149 E. 4; BGE 115 II 456 E. 4; BGE 97 II 350 E. 2c; GAUCH, a.a.O., N 101 ff.). In der neueren Lehre besteht demgegenüber die Tendenz, auch unvollendete Werke der Ablieferung zugänglich zu machen. Der Besteller kann gemäss dieser Lehrmeinung auch ein unvollendetes (oder auch mangelbehaftetes) Werk als Gegenstand der Erfüllung akzeptieren (vgl. hierzu ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 3 zu Art. 367, m.w.H.). Eine Abnahme kann sodann auch stillschweigend dadurch erfolgen, dass das Werk gemäss seinem Zweck gebraucht wird (BGE 113 II 267 E. 2b mit Hinweisen). Ein besonderer Abnahmewille des Bestellers oder seines Vertreters ist deshalb nicht erforderlich. Das Vollendungsprinzip findet seine Grenzen sodann auch im Prinzip von Treu und Glauben. Den Vertragsparteien ist es

verwehrt, die Ablieferung respektive die Abnahme mit dem Einwand der Nichtvollendung entgegenzutreten, soweit diese Bestreitung dem besagten Grundsatz widerspricht (GAUCH, a.a.O., N 103 f.). Liefert der Unternehmer das von ihm hergestellte Werk in erkennbarer Erfüllungsabsicht ab, so muss er sich bei diesem Verhalten behaften lassen, auch wenn zur Vollendung des Werks noch einzelne Arbeiten von Nöten sind. Der Unternehmer kann diesfalls dem Besteller, welcher sich auf die erfolgte Ablieferung beruft, indem er beispielsweise Mängelrechte geltend macht, nicht entgegenhalten, dass die Wirkungen der Ablieferung (respektive Abnahme) mangels Vollendung des Werks ausgeblieben seien. Demgegenüber kann sich aber auch der Besteller nicht auf den Einwand der Nichtvollendung berufen, wenn er durch eine ausdrückliche Erklärung, durch sein Schweigen oder sein sonstiges

- 20 - Verhalten das berechtigte Vertrauen des Unternehmers erweckt hat, dass er das Werk als abgeliefert anerkenne (FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, Bern 2014, 2. Aufl., N 995 ff. mit Fallbeispielen; GAUCH, a.a.O., N 104). Die Parteien sind frei, vertragliche Regelungen in Bezug auf die Ablieferung und die Abnahme zu vereinbaren. Sie können insbesondere regeln, dass das Werk in Teilen ablieferbar ist. Besteht eine derartige Regelung, wird die Regel durchbrochen, wonach vor Vollendung des Werkes eine Ablieferung respektive Abnahme ausgeschlossen ist. Die Teilablieferung bzw. Teilabnahme setzt aber dennoch voraus, dass der jeweils abzuliefernde Werkteil vollendet ist (FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., N 1005; GAUCH, a.a.O., N 107 f.). In spezifischen Konstellationen kann eine Ablieferung auch trotz fehlender Fertigstellung zuzulassen sein, wenn die ausstehenden Arbeiten im Vergleich zu den Gesamtkosten ausserordentlich gering sind. Die Berufung des Bestellers auf ein unvollendetes Werk wäre diesfalls als missbräuchlich einzustufen. Die Unterscheidung zwischen einem fertiggestellten und einem mangelhaften Werk kann mitunter schwierig sein. Als elementares Kriterium gilt, ob der Unternehmer ein fertiges, gebrauchsfähiges Werk abgeliefert hat und der Besteller erkennen konnte, dass die Arbeiten beendet sind und er demzufolge gehalten ist, das Werk zu prüfen (ZINDEL/PULVER, BSK OR I, a.a.O., N 3 zu Art. 367 OR). Die Vollendung des Werks ist von dessen Mängelfreiheit zu unterscheiden (GAUCH, a.a.O., N 101; N 106). Der Besteller kann die Abnahme nicht verweigern, wenn eine Software Fehler aufweist. Bestehen indessen so viele oder schwerwiegende Mängel, dass die Abnahmeprüfung durch den Besteller nicht durchgeführt werden kann, so ist die Software nicht vollendet (FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., N 1002). Die Abnahme und die Genehmigung des Werkes sind sodann ebenfalls klar auseinanderzuhalten (BGE 115 II 456 E. 4). Dieser Umstand ergibt sich nur bereits schon aus dem Wortlaut von Art. 370 Abs. 1 OR, welcher die Genehmigung der Abnahme zeitlich folgen lässt (GAUCH, a.a.O., N 99). Die Abnahme kann mit Mängelrügen oder sogenannten Vorbehalten durch den Besteller verbunden sein. Sie kann aber auch vorbehaltlos erfolgen; erst dann handelt es sich um eine "Genehmigung" des Werkes. Erst die Genehmigung bedeutet die vorbehaltlose

- 21 - Abnahme des Werkes durch den Besteller (BÜHLER, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl., N 11 zu Art. 370 OR). Die Genehmigungserklärung ist an keine spezielle Form gebunden und erfolgt unwiderruflich (BÜHLER, a.a.O. N 12 f. zu Art. 370 OR; GAUCH, a.a.O. N 2071). Sie kann jedoch auch bedingt erklärt werden. Als solche Bedingung ist die Behebung der sogenannten "Vorbehalte" in den Abnahmeprotokollen der Bau- und Investitionsgüterindustrie zu betrachten (BÜHLER, a.a.O., N. 13 zu Art. 370 OR, m.w.H.). Die Vergütung des Bestellers wird nach Art. 372 Abs. 1 OR mit der Ablieferung des

beendeten Werkes fällig, d.h. nicht schon mit der Fertigstellung des Werkes, aber auch nicht erst nach der ordnungsgemässen Prüfung des abgelieferten Werkes durch den Besteller (ZINDEL/PULVER, N 2 zu Art. 372 OR). 2.5. Subsumtion 2.5.1. Inhalt der Abnahmeprotokolle vom 18. Dezember 2009 Die Beklagte nahm im April 2009 sowie Juni 2009 verschiedene Arbeitspakete ab (vgl. act. 22/16, act. 22/17, act. 22/18, act. 22/19, act. 22/20). Diese Abnahmen sind als Teilabnahmen im Sinne der vertraglichen Regelung in Ziffer 7.2 des Anhangs C zum Dienstleistungsvertrag zu qualifizieren. Sodann erfolgte am

### **E. 18**

Dezember 2009 eine Gesamtabnahme stattfinden würde, der Beklagten indes explizit zusicherte, dass weitere anfallende Arbeiten weiterhin durch die Mitarbeiter der Klägerin erledigt würden. Die Beklagte führte in ihrer E-Mail vom 22. Dezember 2009 sodann aus, dass die Abnahmen vom 18. Dezember 2009 nicht mit dem "Abschluss des Werkes" gleichgesetzt werden könne. Der Umstand, dass die Beklagte die Abnahme und den "Abschluss des Werkes" auseinanderhält, zeigt auf, dass am 18. Dezember 2009 durchaus eine Abnahme gewisser Werkteile stattfand, indes nach der Auffassung der Beklagten die vollständige Fertigstellung des kompletten Werkes, d.h. der ganzen Gesamtbankensteuerung, noch nicht eingetreten war. Im Ergebnis trat damit am 18. Dezember 2009 eine Aufspaltung der "Gesamtabnahme inkl. GAPS Prio 2 und 3", der Abnahme des Arbeitspakets "Integration" sowie des Arbeitspakets "Produktive Inbetriebnahme" ein. Da die Beklagte dieses Verständnis der Beklagten mit E-Mail vom

### **E. 23**

Dezember 2010 in der Folge nicht, sondern zeigte sich vielmehr erstaunt darüber, dass die Beklagte die weitere Abnahme erst im Frühjahr 2010, und nicht bereits am 31. Januar 2010, geplant hatte (vgl. act. 22/29). Damit ist erstellt, dass die Klägerin damit einverstanden war, dass auch die Erledigung der Vorbehalte nochmals einer Abnahmeprüfung gemäss der vertraglichen Regelung in Ziffer 7 von Anhang C des Dienstleistungsvertrags unterzogen werden würde. Der Vorbehalt in Bezug auf die "produktive Inbetriebnahme" war nach dem Gesagten somit erledigt und das Werk damit vollendet. Indes gehört nach der vertraglichen Regelung der Abnahme die Testung dazu, um die Erledigung prüfen zu können. Dass eine solche Testung der Erledigung des Vorbehalts stattfand, behauptet die Klägerin nicht. Sie macht auch nicht geltend, dass die Beklagte die Testung treuwidrig verzögert oder unterlassen habe. Auch wenn der fehlerhafte Verarbeitungsablauf, welcher das Ticket Nr. 297 betraf, durch dessen Schliessung erledigt worden war, wurde der Vorbehalt mithin nicht im Sinne der vertraglichen Regelung abgenommen. Zur Klarstellung ist in diesem Zusammenhang

- 52 - festzuhalten, dass der Umstand, dass keine Abnahme stattfand, nicht mit einem Scheitern der Abnahme im Sinne der vertraglichen Regelung gleichzusetzen ist. Ein definitives Scheitern der Abnahme gemäss Ziffer 7.2 des Dienstleistungsvertrages hätte wie bereits an anderer Stelle (vgl. C./3.3.) erläutert vorausgesetzt, dass die diesbezüglichen formellen Anforderungen (deutliches Vermerken des Scheiterns in einem Abnahmeprotokoll) eingehalten worden wären. Da die Erledigung des Tickets Nr. 297 durch die Beklagte nicht getestet und abgenommen wurde, ist die klägerische Forderung auf Zahlung des Rückbehalts im Zusammenhang mit der "produktiven Inbetriebnahme" im Umfang von CHF 25'000.– abzuweisen. 3.5.4.2. Vorbehalt in Bezug auf die "Gesamtabnahme" 3.5.4.2.1. Hinsichtlich der Tickets Nr. 186 und Nr. 284 führt die

Klägerin aus, dass diese seit der Gesamtabnahme vom 18. Dezember 2009 bei der IT-Dienstleisterin I.\_\_\_\_\_ bzw. der Beklagten (B.\_\_\_\_\_) selbst hängig gewesen seien (act. 52 Rz. 217 f.). Im Ticketstatus per 9. September 2010 seien sämtliche Tickets der Gesamtabnahme, für welche die Klägerin zuständig gewesen sei, nicht mehr aufgeführt bzw. abgearbeitet (act. 1 Rz. 18;). Die Beklagte bestreitet dieses Vorbringen der Klägerin abermals mit dem Argument, dass der Verarbeitungsprozess nach wie vor fehlerhaft gewesen sei (vgl. act. 21 Rz. 192 ff.). Das Ticket Nr. 186 sei von U.\_\_\_\_\_ an V.\_\_\_\_\_ (Klägerin) zugewiesen worden. Dieser habe es nicht erledigt, sondern es an einen Mitarbeiter eines Drittanbieters überwiesen, was zeige, dass die klägerischen Mitarbeiter nicht in der Lage gewesen seien, die Fehler zu beheben (act. 48 Rz. 336). Die Beklagte stellt sich ferner auf den Standpunkt, dass entgegen der Ausführungen der Klägerin die Anzahl der Tickets nach dem 18. Dezember 2009 nicht abgenommen, sondern zugenommen habe (act. 48 Rz. 339 f.). Bei einem Vergleich der anlässlich der Abnahme vom 18. Dezember 2009 angefertigten Ticketliste (vgl. act. 3/11) mit dem Ticketstatus per 9. September 2010 (vgl. act. 3/14) wird ersichtlich, dass – ausser die Ticketnummern 186, 284, 285,

- 53 - 485 486 sowie 498 – die übrigen Nummern (vgl. beispielsweise Nr. 1, 22, 49, 126 etc.) nicht mehr aufgeführt werden. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass diese "offenen Tickets" (vgl. die Terminologie in act. 3/11) bearbeitet und dementsprechend erfolgreich erledigt wurden – ansonsten sie im Ticketstatus per 9. September 2010 wiederum aufgeführt worden wären. Aus dem genannten Ticketstatus geht bezüglich der Tickets Nr. 186 und Nr. 284 hervor, dass diese den Unternehmen "I.\_\_\_\_\_" und "B.\_\_\_\_\_" ("B.\_\_\_\_\_") zugeordnet wurden (vgl. act. 3/14 = act. 22/61). Die Beklagte erläutert nicht (vgl. act. 48 Rz. 749), weshalb die Tickets Nr. 186 sowie Nr. 284 immer noch in die Kompetenz der Klägerin fallen sollen, auch wenn diese in der Ticketliste vom 9. September 2010 einzig im Zusammenhang mit der "I.\_\_\_\_\_" sowie der Beklagten erwähnt werden. Die von ihr genannte Erklärung, dass das Ticket von der Klägerin an einen Mitarbeiter der "I.\_\_\_\_\_" einfach überwiesen worden sei, vermag nicht zu überzeugen. Die Beklagte führt in Bezug auf diese Tickets lediglich aus, dass diese immer noch offen gewesen seien. Der von der Beklagten angebrachte Einwand im Zusammenhang mit den Tickets Nr. 186 und Nr. 284, wonach der Verarbeitungsprozess nicht fehlerfrei gewesen sei, verfängt somit insofern nicht, als dass diese Tickets gar nicht mehr der Klägerin zugeordnet wurden und es daher – in Bezug auf die Klägerin – nicht von Belang ist, ob diese Tickets noch offen sind. Aufgrund des Ticketstatus per 9. September 2010 ist zu konstatieren, dass diese Tickets – wie von der Klägerin behauptet – nicht mehr ihr zugeordnet wurden, weshalb der diesbezügliche Vorbehalt als erledigt einzustufen ist. 3.5.4.2.2. Hinsichtlich des Tickets Nr. 285 führt die Klägerin aus, dass dieses im Ticketstatus per 9. September 2010 (act. 3/14) zurückgestellt worden sei, weshalb der Vorbehalt, welche die Beklagte anlässlich der Gesamtabnahme angebracht habe, spätestens am 31. August 2010 hinfällig geworden sei (act. 1 Rz. 19; act. 42 Rz. 163 ff.). Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass es sich dabei nicht um einen Anpassungsantrag der Beklagten handle (act. 21 Rz. 196; act. 48 Rz. 750). Der Umstand, dass sie die Umsetzung vorläufig zurückgestellt habe, bedeute nicht, dass sie damit auf die Parametrierung durch die Klägerin verzichtet habe. Es könne deshalb nicht davon gesprochen werden,

- 54 - dass dieser Vorbehalt spätestens am 31. August 2010 hinfällig geworden sei (act. 21 Rz. 200 f.). Die Klägerin legt zwar nicht dar, inwiefern es sich bei den Auswertungen und Kal- kulationen auf der Stufe von Einzelgeschäften bzw. Kontraktnummern um einen

Anpassungsantrag der Beklagten handelt bzw. weshalb die erwähnten Auswertungen und Kalkulationen nicht zu den vertraglich vereinbarten Anforderungen (vgl. hierzu Anhang C, act. 3/6 S. 5) gehören sollen. Dem Detail Report betreffend das Ticket Nr. 285 ist indessen zu entnehmen, dass es sich bei dem Ticket um eine "Change Request", d.h. einen Änderungsantrag, handelt (vgl. den Formulareintrag "Typ" in act. 3/15 S. 1). Bei dem Ticket Nr. 297 fungiert demgegenüber unter dem Formulareintrag "Typ" die Notiz "Fehler" (vgl. act. 3/12). Damit ist er stellt, dass es sich bei der von der Beklagten gewünschten Lösung um eine von ihr gewünschte Änderung handelt, die von der vertraglich festgelegten Anforderung an die klägerische Software abweicht. Die Beklagte unterstützte die von der Klägerin vorgeschlagene Vorgehensweise in Form einer kostenpflichtigen Detailanalyse in der Folge nicht (vgl. die diesbezüglichen Bemerkungen von W.\_\_\_\_\_ vom 31. August 2010; act. 3/15 S. 3). Auch dem Ticketstatus per 9. September 2010 (vgl. act. 3/14) ist zu entnehmen, dass unter der Rubrik "Nächste Aktivität" die Notiz "Zurückgestellt" fungiert. Unter der Rubrik "Bemerkungen" geht Folgendes hervor: "Grund: Kostenpflichtige Detailanalyse wird von B.\_\_\_\_\_ nicht unterstützt". Es kann nicht der Klägerin angelastet werden, dass die Beklagte die von der Klägerin skizzierte Lösung einer von ihr (der Beklagten) gewünschten Vertragsänderung nicht unterstützte und die Umsetzung des Änderungsantrags (zumindest vorläufig) zurückstellte. Der Klägerin ist damit beizupflichten, dass das Ticket Nr. 285 als hinfällig einzustufen ist, weshalb sich der anlässlich der Gesamtabnahme vom 18. Dezember 2009 statuierte Vorbehalt in Bezug auf das Ticket Nr. 285 erledigt hat. 3.5.4.2.3. Die Klägerin behauptet, dass die Bearbeitung der drei Tickets Nr. 485, Nr. 486 sowie Nr. 498, welche aus dem Ticketstatus per 9. September 2009 ersichtlich würden (act. 3/14), aus unterschiedlichen Gründen nicht mehr in ihre

- 55 - Verantwortung falle (act. 1 Rz. 22; act. 42 Rz. 170 ff.). Gemäss der im vorliegenden Verfahren geltenden Verhandlungsmaxime (Art. 55 ZPO) ist es Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits darzulegen, wobei dieses seinem Verfahren (bzw. Entscheid) nur behauptete Tatsachen zugrunde legt (sog. Behauptungslast). Mit der Behauptungslast in engem Zusammenhang steht die sogenannte Substantiierungslast. Sie besagt, dass diejenige Partei, die Rechte geltend macht, die relevanten Tatsachen so umfassend (detailliert, "substantiiert") und klar darlegen (behaupten) muss, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (vgl. dazu SUTTER-SOMM/VON ARX, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., N 20 ff. zu Art. 55 ZPO). Die betreffende Partei kann sich daher nicht mit allgemeinen, globalen Vorbringen begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunktes werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben; denn die Durchführung eines solchen setzt entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus. Die Anforderungen an die Konkretisierung der Behauptungen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der anzuwendenden Rechtsnorm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Auch Bestreitungen allgemeiner Art sind unbeachtlich. Jede für relevant gehaltene, konkrete Behauptung, die bestritten werden soll, muss einzeln bestritten oder durch eine eigene abweichende Sachdarstellung widerlegt werden. Das genügende Behaupten und Bestreiten der rechtserheblichen Tatsachen ist eine Obliegenheit, eine prozessuale Last, deren Nichterfüllung prozessuale Nachteile für die betreffende Partei zur Folge haben kann, indem bezüglich unsubstantiiert vorgetragener Sachverhalte kein Anspruch auf Beweisführung besteht und das Gericht auf das mangelhafte Parteivorbringen abstellt. Der nicht substantiiert vorgetragene Sachverhalt ist somit dem nicht bewiesenen gleichgestellt und führt, wenn Behauptungs- und Beweislast bei der klagenden Partei liegen, zur

Abweisung des entsprechenden Anspruches. Das Gericht kann im Sinne der richterlichen Fragepflicht einen Sachverhalt nur erfragen, wenn dieser zumindest ansatzweise behauptet worden ist. Zudem entfällt die richterliche Fragepflicht, wenn die Gegenpartei auf eine ungenügende Substantiierung hinweist (vgl. dazu BGE 4C.225/2006 vom 20. September 2006 E. 2.4;

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

Vorliegend macht die Beklagte zwar nicht geltend, dass die Klägerin ihre Behauptungen bezüglich der Tickets Nr. 485, Nr. 486 sowie Nr. 498 ungenügend substantiiert habe (vgl. act. 21 Rz. 208 ff.). Festzuhalten ist indessen, dass bei anwaltlich vertretenen Parteien grösste Zurückhaltung hinsichtlich der Ausübung der richterlichen Fragepflicht angebracht ist und diese nicht dazu dienen kann, prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen (vgl. dazu insbesondere SUTTER-SOMM/VON ARX, a.a.O., N 31 zu Art. 56 ZPO; vgl. dazu auch: Urteile des Bundesgerichts 4A\_73/2014 vom 19. Juni 2014 E. 6.3.1.2, 4A\_57/2014 vom 8. Mai 2014 E. 1.3.2 und 4D\_57/2013 vom 2. Dezember 2013 E. 3.2). Es besteht vorliegend keinerlei Anlass, den anwaltlich vertretenen Parteien irgendwie zu helfen, ihre Rechtsstandpunkte nachzubessern, zu korrigieren oder zu verändern. Unterliegt eine Streitigkeit der Dispositions- und Verhandlungsmaxime, so obliegt es dem Rechtssuchenden selber, die Tatsachen substantiiert zu behaupten und zu beweisen (vgl. Urteil 4A\_33/2010 vom 9. August 2010 E. 2.2; Urteil 4A\_169/2011 vom 19. Juli 2011 E. 5.3-E. 5.5). Da die vorliegende zivilrechtliche Streitigkeit der Dispositions- und Verhandlungsmaxime unterliegt, ist es an der Klägerin, die behaupteten Tatsachen hinreichend substantiiert darzulegen. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien verbietet es im vorliegenden Fall auch, der Klägerin durch gezieltes Nachfragen ein Verbessern ihrer Position bezüglich der Erledigung der Tickets Nr. 485, Nr. 486 sowie Nr. 498 zu ermöglichen. In Bezug auf das Ticket Nr. 485 macht die Klägerin geltend, dass dieses einen nachträglichen Anpassungsantrag der Beklagten über eine zusätzliche Funktionalität betreffen würde. Sie legt indes mit keinem Wort dar, um welche zusätzliche Funktionalität es sich dabei überhaupt handelt (Inhalt und Umfang dieser Funktionalität) sowie wann und weshalb der von ihr behauptete nachträgliche Anpassungsantrag der Beklagten erfolgte.

- 57 - Die Klägerin legt folglich nicht detailliert und klar dar, inwiefern es sich bei diesem Ticket um eine zusätzliche Funktionalität handelt. Damit kann zu dieser Behauptung auch nicht Beweis abgenommen werden, weshalb die behauptete Tatsache beweislos bleibt. Im Ergebnis fällt damit die Erledigung des Tickets Nr. 485 weiterhin in den Verantwortungsbereich der Klägerin. Hinsichtlich der behaupteten fehlenden Robustheit der Verarbeitungsabläufe auf der Zulieferseite zum klägerischen System (Ticket Nr. 486) ist festzuhalten, dass die Klägerin nicht schlüssig darlegt, inwiefern sich diese angeblich fehlende Robustheit auf ihr System auswirkte. Die instabilen Verarbeitungsabläufe, welche gemäss der klägerischen Behauptung dem IT-Unternehmen F.\_\_\_\_\_ zuzuordnen sind, werden durch die Klägerin mit keinem Wort erläutert. Um Beweis über einen instabilen Verarbeitungsablauf abnehmen zu können (insbesondere mittels einer Expertise), müsste zunächst hinreichend detailliert aufgezeigt werden, wie sich die behauptete Instabilität bemerkbar machte (Inhalt und Umfang dieser

Instabilität) und in welcher Art und Weise die fehlende Robustheit der Verarbeitungsläufe das klägerische System überhaupt beeinträchtigte. Da die fehlende Robustheit der Verarbeitungsläufe auf der Zulieferseite zum klägerischen System unsubstantiiert behauptet wurde, kann im Ergebnis nicht davon ausgegangen werden, dass die Erledigung des Tickets Nr. 486 nicht mehr in den Verantwortungsbereich der Klägerin fällt. Das Ticket Nr. 498 betrifft nach der Behauptung der Klägerin die Entscheidung der Beklagten für eine eigene Reportinglösung, weshalb das besagte Ticket nicht mehr in die Zuständigkeit der Klägerin falle. Die Klägerin legt nicht dar, inwiefern das Ticket Nr. 498 mit der Bezeichnung "Nicht zugeordnete Produkte" (vgl. act. 3/14 S. 2) im Zusammenhang mit der "Reportinglösung" steht. Sie reichte keinen Detail Report des Tickets ein, mittels welchem nachvollzogen werden könnte, dass das Ticket Nr. 498 die "Reportinglösung" beschlägt. Sie legt auch mit keinem Wort dar, weshalb ihr, und nicht der Beklagten, das Ticket Nr. 498 in der Ticketliste vom 9. September 2010 zugeordnet wird (vgl. act. 3/14 S. 2). Damit genügt ihre pauschale Behauptung, wonach das Ticket Nr. 498 nicht mehr in ihre

- 58 - Zuständigkeit falle, in keiner Weise den Anforderungen an eine hinreichende Substantiierung der relevanten Tatsachen. Da die Klägerin ihre Behauptungen bezüglich der Hinfälligkeit der Tickets Nr. 485, Nr. 486 sowie Nr. 498 nicht hinreichend substantiiert dargetan hat, kann darüber auch kein Beweis geführt werden, weshalb das betreffende pauschale Vorbringen nach dem vorstehend Ausgeführten so behandelt wird, wie wenn es beweislos wäre. Damit fallen diese Tickets nach wie vor in den Verantwortungsbereich der Klägerin. Die Erledigung des Vorbehalts in Bezug auf die "Gesamtabnahme" kann mithin mangels hinreichender Substantiierung der dafür relevanten Tatsachen nicht bejaht werden. Es kann folglich auch offen bleiben, ob die von den Beklagten angeführten, nach dem 18. Dezember 2009 entstandenen, weiteren Tickets (vgl. dazu act. 48 Rz. 339 f.) ebenfalls in die Zuständigkeit der Klägerin fallen. Nach dem Gesagten ist die Klage in Bezug auf den Rückbehalt im Zusammenhang mit der "Gesamtabnahme" im Umfang von CHF 125'000.- abzuweisen. 3.5.4.3. Vorbehalt in Bezug auf das Arbeitspaket "Integration" 3.5.4.3.1. Erledigung des Vorbehalts Aus dem Detail Report vom 30. Oktober 2009 (act. 29/53) hinsichtlich des Tickets Nr. 261 geht hervor, dass dieses durch M. \_\_\_\_\_ (Mitarbeiterin der Klägerin) am 18. Januar 2010 geschlossen bzw. gelöscht wurde (vgl.: "Closed, Finished"). Die Klägerin schliesst daraus, dass sich der anlässlich der Abnahme vom 18. Dezember 2009 angebrachte Vorbehalt in Bezug auf das Werk "Integration" erledigt habe (act. 28 Rz. 300). Die Beklagte führt dazu demgegenüber im Wesentlichen an, dass der Patch für den B. \_\_\_\_\_-Fond bis zum 15. März 2010 ausgeliefert, indes aber wegen der instabilen Verarbeitungsprozesse nicht getestet worden sei und daher auch keine Abnahme stattgefunden habe (act. 32 Rz. 18). Die Schliessung des Tickets Nr. 261 bedeute nicht, dass das Ticket erledigt worden sei. Das Ticket sei vielmehr unter einer anderen Nummer weitergeführt worden, was sich aus dem im Detail Report vom 30. Oktober 2009 enthaltenen Eintrag "Neuer Prozess erstellt" ergebe (act. 32 Rz. 24 ff.). Die Einträge beim Ticket Nr. 261 würden von

- 59 - den Einträgen bei den Tickets Nr. 260 und Nr. 262 abweichen, was belege, dass der Vorbehalt in Bezug auf das Ticket Nr. 261 eben gerade nicht erledigt gewesen sei (act. 32 Rz. 26 ff). Der Umstand, dass das Ticket Nr. 261 nicht mehr in der Ticketliste per 9. September 2010 (vgl. act. 3/14) aufgeführt war, spricht für die Erledigung des besagten Tickets. Die Beklagte bringt in diesem Zusammenhang vor, dass das Ticket Nr. 261 das Modul "KPR" (Kundenproduktrechnung) betroffen habe und sich aus der Ticketliste per 9.

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

- 60 - Der E-Mail von R. \_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Klägerin) vom 23. Juni 2010 ist zu entnehmen, dass die Verarbeitung des Monats April seitens C1. \_\_\_\_\_ fehlerfrei und ohne manuelle Eingriffe durchgelaufen sei, weshalb dieser Punkt aus seiner Sicht erfüllt sei (vgl. act. 22/41). Aus der Antwort von Q. \_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Beklagten), welche er per E-Mail vom 30. Juni 2010 (vgl. act. 22/41) an R. \_\_\_\_\_ versandte, geht hervor, dass die Beklagte in unzulässiger Weise die Ablieferung bzw. Abnahme des Werks mit der Gewährleistung vermischt. Auch wenn es nahe liegt, dass das E-Mail in einer "Laiensprache" abgefasst wurde, d.h. von einer Person verfasst wurde, welche die rechtliche Bedeutung der von ihr gewählten Worte (allenfalls) nicht vollends erfasste, so ist klar ersichtlich, dass die Beklagte Mängel monierte (vgl. "noch erhebliche Mängel in der Integration", "Wie heute vereinbart, werden wir die Rechnung aufgrund der oben genannten Mängel nicht begleichen."). Voraussetzung einer Abnahme eines Werks ist aber nicht, dass ein mängelfreies Werk abgeliefert wird (vgl. Urteil 4C.132/2004 vom 17. März 2005 E. 2.2). Die Beklagte vermischt diesbezüglich in unzulässiger Weise die Abnahme und die Gewährleistungsphase, wenn sie geltend macht, dass aus der Schliessung des Tickets Nr. 261 bzw. dessen Ablieferung nicht gefolgert werden könne, dass die Daten richtig verarbeitet worden seien. Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass der Vorbehalt "Integration" durch die Schliessung des Tickets Nr. 261 erledigt und die Vollendung des Werks "Integration" eingetreten war. 3.5.4.3.2. Abnahme des erledigten Vorbehalts Aus der E-Mail von P. \_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Beklagten) vom 15. März 2010 an M. \_\_\_\_\_ (Mitarbeiterin der Klägerin) geht hervor, dass der Patch für den B. \_\_\_\_\_ - Fonds ausgeliefert worden war, indes aufgrund der instabilen Verarbeitungsprozesse noch nicht hatte getestet werden können (act. 22/34). Der Beklagten ist beizupflichten (vgl. act. 32 Rz. 18 ff.), dass eine Abnahme der Umsetzung und vollständigen Integration des B. \_\_\_\_\_ -Fonds (vgl. den diesbezüglichen Vorbehalt in act. 22/26) nach der vertraglichen Regelung erst

nach der Durchführung von Abnahmetests hätte erfolgen können (vgl. hierzu auch die obigen Erwägungen in C./3.5.4.1.). Da am 18. Dezember 2009 lediglich eine Teilabnahme stattgefunden

- 61 - hatte und die Umsetzung sowie die vollständige Integration des B. \_\_\_\_\_-Fond in einem eigenständigen Verfahren gemäss den Regelungen von Anhang C des Dienstleistungsvertrages (vgl. Ziffer 7) abgenommen werden musste (was auch die Klägerin in ihrer E-Mail vom 23. Dezember 2009 [act. 22/29] unwidersprochen gelten liess), geht die Klägerin fehl, wenn sie behauptet, dass andere Fehler, welche im gleichen Modul oder Prozess auftauchen, im Rahmen der Wartung bearbeitet worden seien (act. 42 Rz. 249). Die Wartungsphase hatte in Bezug auf die Erledigung der Vorbehalts im Zusammenhang mit der Umsetzung und der vollständigen Integration des B. \_\_\_\_\_-Fond aufgrund fehlender Testung und damit einhergehender Abnahme noch gar nicht eingesetzt. Die Klägerin behauptet abermals (vgl. die obigen Ausführungen zum Ticket Nr. 297) nicht, dass Abnahmetests durchgeführt worden waren, sondern stellt sich auf den Standpunkt, dass nach dem 18. Dezember 2009 gar keine weiteren Abnahmen hätten erfolgen müssen (vgl. act. 42 Rz. 246). Da am 18. Dezember 2009 lediglich eine Teilabnahme stattfand, mussten die Erledigungen der Vorbehalte entgegen den Ausführungen der Klägerin im Sinne der vertraglichen Regelungen in Ziffer 7 des Dienstleistungsvertrags förmlich abgenommen werden. Die nunmehr eingenommene Position der Klägerin widerspricht denn auch ihrem Standpunkt im E-Mail vom 23. Dezember 2009 (act. 22/29), in welchem sie die Ausführungen der Beklagten hinsichtlich der Abnahme der Erledigungen der Vorbehalte unwidersprochen gelten liess. Die Klägerin legt nicht dar, dass die Beklagte eine Testung der Umsetzung und der vollständigen Integration des B. \_\_\_\_\_-Fond in rechtsmissbräuchlicher Weise verzögert oder verhindert hätte. Voraussetzung einer Abnahme der noch ausstehenden Umsetzung und vollständigen Integration B. \_\_\_\_\_-Fond (vgl. Vorbehalt in act. 22/26) war aber wie bereits aufgezeigt die Durchführung von Abnahmetests. Alleine durch die Schliessung eines Tickets durch eine der klägerischen Mitarbeiterinnen ohne nachfolgende Testung gemäss den hierfür ausdrücklich vorgesehenen vertraglichen Regelungen, kann die Erledigung des Vorbehalts nicht als abgenommen eingestuft werden. Die Klägerin macht in diesem Zusammenhang einzig geltend, dass die Testung des ausgelieferten Patches für den B. \_\_\_\_\_-

- 62 - Fond aufgrund der instabilen Verarbeitungsprozesse des "BA. \_\_\_\_\_-Jobs", welche von der Klägerin nicht zu verantworten gewesen seien, nicht möglich gewesen sei (act. 28 Rz. 301; act. 42 Rz. 243, Rz. 245 [mit Hinweis auf Rz. 40], Rz. 251, Rz. 254). Im Anschluss an diese Behauptung offeriert die Klägerin keine Beweismittel, insbesondere keine Expertise zu dieser Frage (vgl. act. 28 Rz. 301; act. 42 Rz. 245). Ein Beweismittel kann nur dann als formgerecht angeboten betrachtet werden, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt (Urteil 4A\_56/2013 vom 4. Juni 2013, E. 4.4). Da die Klägerin im Zusammenhang mit der Behauptung, dass die instabilen Verarbeitungsprozesse nicht in ihrer Verantwortung gelegen sei, keine Beweisoferanten anbringt, kann diese klägerische Tatsachendarstellung auch nicht erstellt werden. 3.5.4.3.3. Fazit Der Vorbehalt im Zusammenhang mit dem Ticket Nr. 261 wurde durch die Klägerin durch dessen Schliessung erledigt und der Klägerin abgeliefert. Es lag ein vollendetes Werk vor. Indes wurde dieses in der Folge nicht im Sinne der Vereinbarung der Parteien getestet und abgenommen. Die Klage ist daher in Bezug auf den Rückbehalt im Umfang von CHF 26'900.- (CHF 25'000.- sowie Mehrwert-

steuer im Betrag von CHF 1'600.–) abzuweisen. 3.5.5. Rücktritt nach Art. 377 OR in Bezug auf die ausgegliederten Werke 3.5.5.1. Parteibehauptungen 3.5.5.1.1. Hinsichtlich der ausgegliederten Werke "Planner", "Prozesskostenrechnung" sowie "Reportinglösung" stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, dass die Anwendung von Art. 377 OR zur Folge habe, dass die Klägerin einerseits Anspruch auf die Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und andererseits auf Schadenersatz im Sinne des positiven Vertragsinteresses habe (act. 1 Rz. 70). Die für die Fertigstellung der ausgegliederten Werke und die Wartung der Software reservierten Mitarbeiter hätten nach dem Projektstopp bis heute nicht anderweitig eingesetzt werden können. Von der Arbeitszeit der Mitarbeiter V.\_\_\_\_\_,

- 63 - BB.\_\_\_\_\_, BC.\_\_\_\_\_ sowie BD.\_\_\_\_\_ seien in den Monaten September 2010 bis Dezember 2010 insgesamt 1'160.15 Stunden nicht verrechenbar gewesen (act. 1 Rz. 34; act. 42 Rz. 74). Beim vereinbarten Tagessatz von CHF 1'800.– für acht Stunden (Ziffer 8.3 von Anhang C zum Dienstleistungsvertrag) entspreche die nicht verrechenbare Arbeitszeit einem Honorarvolumen von über CHF 260'000.– (act. 1 Rz. 72; act. 42 Rz. 74). Die Klägerin habe vor diesem Hintergrund gemäss Art. 377 OR Anspruch auf die Teilvergütung für die bereits geleistete Arbeit und die volle Restvergütung für den Teil der ausgegliederten Werke, den sie infolge der Kündigung der Beklagten nicht mehr habe erstellen können. Im Ergebnis könne die Klägerin die volle Pauschalvergütung für die ausgegliederten Werke beanspruchen, wobei unerheblich sei, wie der genaue Stand der Arbeiten der ausgegliederten Werke im Kündigungszeitpunkt gewesen sei (act. 1 Rz. 73). Sie habe folglich Anspruch auf die volle Pauschalvergütung von CHF 40'000.– für das Werk "Planner", CHF 40'000.– für das Werk "Prozesskostenrechnung" sowie CHF 34'400.– für das Werk "Reportinglösung" (act. 1 Rz. 74). 3.5.5.1.2. Die Beklagte bestreitet, dass die Mitarbeiter V.\_\_\_\_\_, BB.\_\_\_\_\_, BC.\_\_\_\_\_ sowie BD.\_\_\_\_\_ nach dem Projektstopp nicht hätten anderweitig eingesetzt werden können. Bestritten sei auch, dass alle diese Mitarbeiter noch in einem Arbeitsverhältnis mit der Klägerin stehen würden bzw. zum fraglichen Zeitpunkt in einem Arbeitsverhältnis mit der Klägerin gestanden seien und insgesamt 1'160.15 Stunden nicht verrechenbar gewesen seien (act. 21 Rz. 251 f.). Vor dem Hintergrund, dass für die Einführung der Module "Planner" und "Prozesskostenrechnung" gar keine Einführungsstermine mehr definiert worden seien, werde auch bestritten, dass die Klägerin "Mitarbeiter reserviert" habe (act. 48 Rz. 649). Im Juni 2010 habe die Klägerin der Beklagten mitgeteilt, dass der für die Einführung des Moduls "Planner" verantwortliche Mitarbeiter BB.\_\_\_\_\_ die Klägerin per Ende Juni 2010 verlassen werde und er ab Mitte Juni 2010 in den Ferien sei. Hinsichtlich der von der Klägerin in Bezug auf ihren Mitarbeiter BB.\_\_\_\_\_ angeführten Stunden sei es unergründlich, weshalb dieser Mitarbeiter – gemäss der Darstellung der Klägerin – für einen Einsatz betreffend die Einführung des Moduls "Planner" nach dem Monat September 2010 hätte vorgesehen sein können (act. 21 Rz. 253 f.).

- 64 - 3.5.5.2. Vergütung der bereits geleisteten Arbeit Wie bereits dargelegt, hat der Unternehmer den Schaden aus den entzogenen Arbeiten sowie die Aufwendungen und Auslagen für die erbrachten Arbeiten nachzuweisen. Ist in einem Werkvertrag ein Pauschalpreis vereinbart, so schuldet der Besteller vom vereinbarten Preis einen Teilbetrag, welcher sich aus dem Verhältnis der erbrachten Teilleistung zum Wert der Gesamtleistung ergibt. Die Klägerin hat folglich im vorliegenden Verfahren substantiiert zu behaupten und im Folgenden den Beweis zu erbringen, wie sich ihre bereits erbrachte Teilleistung im Verhältnis zum Werkvertrag ausnimmt. Die Klägerin macht zwar einerseits geltend, dass

das Werk betreffend "Planner" im Zeitpunkt der ausserordentlichen Kündigung kurz vor der Vollendung, das Werk betreffend "Prozesskostenrechnung" zu einem Drittel und das Werk betreffend "Reportinglösung" zu drei Vierteln ausgeführt gewesen sei (vgl. act. 1 Rz. 33), indes führt sie an anderer Stelle gleichzeitig aus, dass es im Ergebnis unerheblich sei, wie der genaue Stand der Arbeiten der ausgegliederten Werke im Kündigungszeitpunkt gewesen sei (act. 1 Rz. 73), weil sie letztlich ohnehin Anspruch auf die volle Pauschalvergütung für die ausgegliederten Werke habe (vgl. act. 1 Rz. 73 act. 42 Rz. 74 f.). Da sich die Klägerin somit selber darauf be- ruft, dass der genaue Stand der Arbeiten der ausgegliederten Werke unerheblich sei, erübrigen sich in diesem Zusammenhang auch entsprechende beweisrechtli- che Weiterungen. 3.5.5.3. Vergütung des Erfüllungsinteresses Wie bereits ausgeführt, liegt die Beweislast für den erlittenen Schaden bei der Un- ternehmerin, mithin bei der Klägerin. Der klägerischen Ansicht, wonach sämtliche nicht verrechenbare Stunden in den Monaten September 2010 bis Dezember 2010 geschuldet sein sollen, weil sie ih- re für die anfallenden Projektarbeiten vorgesehenen Mitarbeiter nicht habe an- derweitig einsetzen können, ist nicht ohne Weiteres zu folgen. Es ist Sache der Unternehmerin, sich (spätestens nach einer kurzen Übergangszeit) neu zu orga-

- 65 - nisieren und ihre Mitarbeiter anderweitig einzusetzen. Wollte man anders ent- scheiden, würde das jederzeitige Rücktrittsrechts des Bestellers im Sinne von Art. 377 OR ad absurdum geführt, da er stets damit rechnen müsste, dass die Un- ternehmerin noch während Monaten nach dem Rücktritt entgangene verrechen- bare Stunden geltend macht – dies mit dem Argument, dass sie ihre Mitarbeiter nicht habe anderweitig einsetzen können. Die Unternehmerin müsste in diesem Zusammenhang zumindest hinreichend begründen, weshalb sie ihre Mitarbeiter während Monaten nicht anderweitig einsetzen bzw. weshalb sie sich während Monaten betriebsintern nicht anderweitig organisieren konnte. Vorliegend hat die Klägerin ihre Behauptung, wonach sie ihre Mitarbeiter in den Monaten September 2010 bis Dezember 2010 nicht habe anderweitig einsetzen können, nicht ansatz- weise substantiiert. Es bleibt völlig unklar, weshalb es ihr nicht möglich war, sich in der langen Zeitspanne von September 2010 bis Dezember 2010 neu zu organi- sieren bzw. neue Aufträge zu generieren oder ihre Mitarbeiter im Zusammenhang mit anderen Projekten zu beschäftigen. Damit ist ihre pauschale Behauptung, dass sie ihre Mitarbeiter nicht habe anderweitig einsetzen können, von vornherein nicht ausreichend substantiiert. Der klägerische Anspruch auf Ersatz ihres Erfül- lungsinteresses ist bereits aus diesem Grunde abzuweisen. Des Weiteren ist festzuhalten, dass die von der Klägerin angeführten Tagessätze von CHF 1'800.– lediglich im Zusammenhang mit Zusatzleistungen oder Ände- rungen gemäss Ziffer 3.3 des Anhangs C zum Dienstleistungsvertrag gelten (vgl. Ziffer 8.3 des Anhangs C: act. 3/6 S. 26). Die Klägerin legt nicht dar, weshalb dieser Tagessatz im Umfang von CHF 1'800.– (d.h. CHF 225 pro Stunde) vorlie- gend zur Anwendung gelangen soll, obschon dieser einzig in Bezug auf Arbeiten im Zusammenhang mit Zusatzleistungen oder spezifischen Änderungen verabre- det war. Diese Regelung in Ziffer 8.3. des Anhangs C zum Dienstleistungsvertrag ist als Ausnahmeregelung zu verstehen, da ein Pauschalpreis in der Höhe von CHF 80'000.– sowie von CHF 34'400.– in Bezug auf die ausgegliederten Werke zwischen den Parteien verabredet war (vgl. Ziffer 3 des Anhangs D zum Dienst- leistungsvertrag; act. 3/17 S. 4 sowie Ziffer 3.2 des Anhangs E zum Dienstlei- stungsvertrag; act. 3/18 S. 5). Die Klägerin legt nicht dar, ob sie anderen Kunden ebenfalls einen Stundenansatz von CHF 225.– verrechnet bzw. welcher Stunden-

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

- 67 - 3.5.5.4. Fazit Ziffer 2 des Rechtsbegehrens (Forderung von CHF 114'000.– zuzüglich MwSt. von 7,6% sowie Zins zu 5% auf CHF 114'000.– seit 22. Januar 2011) ist abzuweisen. 3.5.6. Rücktritt nach Art. 377 OR in Bezug auf die noch nicht abgenommenen Vorbehalte 3.5.6.1. Vergütung der bereits geleisteten Arbeit Wie bereits dargelegt, wurde das Ticket Nr. 297 ("produktive Inbetriebnahme") durch die Klägerin bearbeitet. Der diesbezügliche Verarbeitungsablauf brach nicht ab, was auch die Beklagte eingesteht (vgl. act. 21 Rz. 184). Durch die Erledigung des Tickets trat die Vollendung des Werks "produktive Inbetriebnahme" ein. Gleiches gilt für das Ticket Nr. 261. Auch dieses war bearbeitet und geschlossen worden, womit das Werk vollendet war. Die Beklagte konnte mithin in Bezug auf die Teile "produktive Inbetriebnahme" und "Integration" nicht mehr nach Art. 377 OR zurücktreten. Es ist daher auch nicht zu prüfen, ob die Klägerin für ihre in diesem Zusammenhang angefallenen Arbeiten nach dem 18. Dezember 2009 eine Vergütung gemäss Art. 377 OR zustehen würde. Die Klägerin behauptet zwar, dass sie in Bezug auf die "Gesamtabnahme" sämtliche Arbeiten erledigt habe, indes kann dies in Bezug auf die Tickets Nr. 485, Nr. 486 sowie Nr. 498 wie bereits dargelegt mangels hinreichender Substantiierung nicht erstellt werden. Die Tickets Nr. 186, Nr. 284 sowie Nr. 285 waren hingegen erledigt (vgl. die obigen Ausführungen in C./3.5.4.2.1.-3.5.4.2.2.). Da die Klägerin jedoch nicht substantiiert behauptet hat, in welchem Umfang ihr Arbeitsaufwand in Bezug auf die Vorbehalte der "Gesamtabnahme" im Rahmen von Art. 377 OR zu veranschlagen ist, kann diesbezüglich auch keine Vergütung erfolgen. 3.5.6.2. Vergütung des Erfüllungsinteresses Die Klägerin hat den Schaden aus den entzogenen Arbeiten sowie die Aufwen-

- 68 - dungen und Auslagen für die erbrachten Arbeiten nachzuweisen. Da sie in Bezug auf die Vorbehalte im Zusammenhang mit der "Gesamtabnahme" in keiner Weise dargelegt hat, wie hoch diese Aufwendungen und Auslagen für die erbrachten Arbeiten waren, kann auch ein allfälliger Schaden nicht ersetzt werden. Eine weitere Prüfung des positiven Vertragsinteresses im Zusammenhang mit dem Rücktritt der Beklagten nach Art. 377 OR erübrigt sich daher. 3.5.6.3. Fazit Die Klage in Bezug auf die Erstattung der Rückbehalte im Umfang von CHF 125'000.– ("Gesamtabnahme") ist auch im Lichte von Art. 377 OR (vollumfänglich) abzuweisen. 4. Rechtsfolgen in Bezug auf die bereits erbrachten Leistungen 4.1. Einleitung Wie an obiger Stelle bereits dargelegt, erfolgte am 18. Dezember 2009 eine Teilabnahme des Werkes, was eine Spaltung der Rechtsfolgen bewirkte. In Bezug auf den am 28. Dezember 2009 abgenommenen Werkteil trat die Gewährleistungsphase ein. Die Beklagte macht Wandlung nach Art. 368 Abs. 1 OR geltend. Damit ist im Folgenden zu prüfen, ob die Voraussetzungen von Art. 368 OR erfüllt sind. 4.2. Standpunkt der Parteien 4.2.1. Die Klägerin macht zusammengefasst geltend, dass die formellen und materiellen Voraussetzungen für eine Wandelung nicht erfüllt seien (act. 28 Rz. 234 ff., Rz. 240 f.). Abgesehen davon sei der Wandlungsanspruch verjährt (act. 28 Rz. 246 ff.). 4.2.2. Die Beklagte stellt sich für den Fall, dass am 18. Dezember 2009 das Grundwerk vollendet gewesen (act. 21 Rz. 460) bzw. nur ein Teil des Werkes abgenommen worden sei (act. 48 Rz. 391), auf den Standpunkt, dass das "Grundwerk" (d.h. die am 18. Dezember 2009 abgenommenen Teile) für die Beklagte unbrauchbar (vgl. act. 21 Rz. 46 ff., insbesondere Rz. 52; act. 48 Rz. 645) respek-

- 69 - tive untauglich (act. 28 Rz. 81 ff., insbesondere Rz. 84) gewesen sei, da die Software der Klägerin hätte zur Gesamtbankensteuerung eingesetzt werden sollen. Da die Reportinglösung noch gar nicht umgesetzt gewesen sei, habe die Software der Klägerin nicht zur Gesamtbankensteuerung eingesetzt werden können und sei folglich untauglich gewesen (act. 21 Rz. 460; act. 48 Rz. 391 f.). 4.3. Vertragliche Regelung In Bezug auf die vertragliche Regelung hinsichtlich der Handhabung von Mängeln ist abermals auf Ziffer 7.1 Absatz 3 des Dienstleistungsvertrages (act. 3/4 S. 10) zu verweisen. Gemäss dieser Bestimmung hat die Beklagte der Klägerin mit eingeschriebenem Brief eine der Dringlichkeit und Komplexität angemessene Frist zur Behebung von Mängeln anzusetzen. Scheitert die Mängelbehebung innert dieser Frist und werde die Mängel auch innert einer zweiten, mit eingeschriebenem Brief gesetzten, der Dringlichkeit und Komplexität angemessenen Frist nicht nachgeholt, richten sich die Ansprüche der Beklagten nach Art. 368 OR. 4.4. Rechtliches 4.4.1. Gemäss Art. 367 Abs. 1 OR hat der Besteller die Beschaffenheit des Werks nach dessen Ablieferung zu prüfen, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, und den Unternehmer in der Folge von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen. Haben die Parteien Teillieferungen vereinbart, finden die gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen auf die einzelnen Lieferungen Anwendung. Der Besteller hat mithin jeden abgelieferten Teil zu prüfen und allfällige Mängel zu rügen (FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., N 1089). Die Mängelrüge ist nicht formgebunden. Der Besteller hat den Unternehmer unverzüglich zu rügen. Treten die Mängel allmählich auf, so muss der Besteller rügen, sobald er die Bedeutung und die Tragweite der Mängel erfassen kann (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 20 zu Art. 367 OR). Meldet der Unternehmer einen Mangel nicht umgehend - d.h. innerhalb weniger Tage nach dessen Entdeckung - dem Unternehmen, gilt er als genehmigt und die betreffenden Gewährleistungsansprüche fallen dahin (STRAUB, a.a.O., Bern 2004, S. 151).

- 70 - 4.4.2. Nach Art. 368 Abs. 1 OR darf der Besteller die Abnahme des Werkes verweigern und bei Verschulden des Unternehmers Schadenersatz fordern, falls das Werk unter erheblichen Mängeln leidet oder sonst so sehr vom Vertrage abweicht, dass es für den Besteller unbrauchbar ist oder dass ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann. Sind die Mängel oder die Abweichungen vom Vertrage minder erheblich, so kann der Besteller gemäss Art. 368 Abs. 2 OR einen dem Minderwerte des Werkes entsprechenden Abzug am Lohne machen oder auch, sofern dieses dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht, die unentgeltliche Verbesserung. Bei diesen drei Mängelrechten Wandelung, Minderung sowie Nachbesserung handelt es sich um Gestaltungsrechte, weshalb die entsprechende Erklärung des Bestellers unwiderruflich ist (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 12 zu Art. 368 OR). 4.4.3. Die in Art. 368 Abs. 1 OR statuierte Annahmeverweigerung bezieht sich auf das Wandlungsrecht des Bestellers. Die Wandelung bedingt, dass die Werkmängel derart erheblich sind, dass das Werk für den Besteller unbrauchbar ist. Hierbei ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei in erster Linie die Art und das Ausmass der Werkmängel ausschlaggebend erscheinen (vgl. hierzu die Auflistung der diesbezüglichen Kriterien bei ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 15 zu Art. 368 OR). Umstritten ist in der Lehre, ob das Werk in Bezug auf das Kriterium der Unbrauchbarkeit absolut unbrauchbar sein muss oder ob die Unbrauchbarkeit von den besonderen Bedürfnissen des Bestellers abhängig sein soll (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 16 zu Art. 368 OR). Die Wandelung setzt sodann voraus, dass das abgelieferte Werk definitiv unbrauchbar ist. Solange die Mängel behoben werden können, steht das Nachbesserungsrecht im Vordergrund (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 19 zu Art. 368 OR). 4.4.4. Die Mängelrüge ist nicht an eine bestimmte Form gebunden und kann grundsätzlich auch mündlich erfolgen. Im Hinblick auf die nachträgliche Beweisbarkeit ist allerdings die Geltendmachung mit eingeschriebenem Brief oder allenfalls Telefax mit Sendebestätigung sinnvoll (vgl. zur Beweislast der Rechtzeitigkeit einer Mängelrüge BGE 118 II 142 E. 3a und BGE 107 II 172 E. 1). Mitunter wird im Vertrag eine bestimmte Form vorgesehen. Sofern nicht das Gegenteil verein-

- 71 - bart wurde, dienen solche Abmachungen lediglich Beweis Zwecken, so dass auch eine in anderer Form erhobene Mängelrüge gültig ist. Die Mängelrüge muss inhaltlich so konkret sein, dass der Unternehmer den Umfang der Beanstandung – nicht aber die technische Ursache – ermitteln kann (vgl. dazu Urteil 4C.395/2001 vom 28. Mai 2002 E. 2.1.1). Ein blosser Hinweis, dass das Werk mangelhaft sei, genügt nicht (Urteil 4A\_82/2008 vom 29. April 2009 E. 6.1). Der Besteller sollte dem Unternehmer insbesondere folgende Angaben mitteilen: Zeitpunkt und Umstände des Auftretens (z.B. bei Verwendung einer bestimmten Funktion), Erscheinungsbild (z.B. Inhalt einer allfälligen Fehlermeldung auf dem Bildschirm) und Auswirkungen der Fehlfunktion (z.B. Absturz einer weiteren Applikation; vgl. zum Ganzen, STRAUB, a.a.O., S. 152). 4.4.5. Liegen die Voraussetzung von Art. 368 Abs. 1 OR vor, kann der Besteller den Werkvertrag durch einseitige Willenserklärung mit rückwirkender Kraft (ex tunc) aufheben. Die Vertragsaufhebung zieht einerseits das Erlöschen der noch bestehenden gegenseitigen Forderungen der Vertragsparteien und andererseits das Entstehen von gegenseitigen Rückleistungspflichten nach sich. 4.4.6. Die Verjährungsfrist beträgt zwölf Monate (Art. 371 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 210 OR) und beginnt mit der Abnahme des EDV-Systems. Meistens ist dies auch der Beginn der Gewährleistungsfrist in Systemverträgen. Bei einer als "Gewährleistungsfrist" bezeichneten Zeitdauer ist mittels Auslegung zu ermitteln, ob es sich dabei um eine Rügefrist oder um eine Verjährungsfrist handelt. Erbringt der Lieferant im Rahmen der

Gewährleistung die gleichen Leistungen wie im nahtlos darauf folgenden Pflegevertrag, so spricht dies für das Vorliegen einer kombinierten Rüge- und Verjährungsfrist; die Gewährleistung hat dann die gleiche Funktion wie die Pflege, bei der Mängel immer gerügt werden können. Wird dem- gegenüber vereinbart, dass Mängel umgehend nach deren Entdeckung zu rügen sind, so dürfte unter der Gewährleistungsfrist eine reine Verjährungsfrist zu ver- stehen sein (vgl. zum Ganzen FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., N 1093 m.w.H.; GAUCH, a.a.O., N 2487). Im Zweifel ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung un- ter "Garantiefrist" oder "Garantiezeit" die Verjährungsfrist gemeint (BGE 63 II 180; a.M. GAUCH, a.a.O., N 2483).

- 72 - 4.4.7. Der Besteller, der Mängelrechte gemäss Art. 368 OR geltend machen will, hat das Vorliegen des Werkmangels zu beweisen (GAUCH, a.a.O., N 1507). Das- selbe gilt für die Tatsachen, auf welche er sich in Bezug auf seine Wahlerklärung (Wandelung, Minderung oder Nachbesserung) abstützt (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 90 zu Art. 368 OR). 4.5. Subsumtion 4.5.1. Nichteinhaltung der vertraglichen Regelung durch die Beklagte Sinn und Zweck von Ziffer 7.1 Absatz 3 des Dienstleistungsvertrages ist es, dem Nachbesserungsrecht den Vorrang zukommen zu lassen (vgl. hierzu GAUCH, a.a.O., N 2501 ff.; ZINDEL/PULVER, N 83 zu Art. 368 OR). Der Beklagten stand das Wandlungs- oder Minderungsrecht nach der besagten vertraglichen Regelung erst dann zu, wenn die Klägerin nicht in der Lage war, die von der Beklagten mo- nierten Mängel innerhalb einer von der Beklagten zweimalig angesetzten Frist zu beheben. Das vertraglich vorgeschriebene Vorgehen seitens der Beklagten diene mithin nicht lediglich zu Beweis Zwecken (vgl. C./4.4.4.), sondern regelte das Ver- hältnis zwischen den verschiedenen Mängelrechten bzw. den Vorrang der Nach- besserung. Die Beklagte hatte der Klägerin bei im Rahmen der Abnahmetests aufgetretenen Fehlern (vgl. hierzu die Ticketliste in act. 22/25, welche sämtliche anlässlich der Gesamtabnahme vom 18. Dezember 2009 noch bestehenden Feh- ler auflistet) zunächst eine angemessene Frist zur Behebung dieser Mängel zu setzen (vgl. act. 3/4 S. 10). Die von den Parteien vorgenommene Regelung der Mängelrechte beschränkte die Wahlfreiheit der Beklagten und hatte zur Folge, dass die Möglichkeit der Minderung definitiv entfiel, da die Beklagte nicht formell, d.h. in dem gemäss Abs. 3 von Ziffer 7.1 des Dienstleistungsvertrages umschrie- benen Prozedere, zunächst förmlich die Nachbesserung durch die Klägerin ver- langte (vgl. hierzu GAUCH, a.a.O., N 2502). Die Beklagte ist dem in Ziffer 7.1 genannten Vorgehen unbestrittenermassen nicht nachgekommen. Einerseits behauptet sie nicht, dass sie nach Ziffer 7.1 Absatz 3 vorgegangen sei; andererseits ist den Akten auch kein Schreiben von ihr an die Klägerin mit einer Fristansetzung zur Behebung der Mängel zu entnehmen. Erst

- 73 - wenn die Klägerin die Mängelbehebung in der in einem zweiten eingeschriebenen Brief angesetzten Frist nicht nachgeholt hätte, würden sich die Ansprüche der Be- klagten gemäss der vertraglichen Regelung nach Art. 368 OR richten bzw. könnte sie wandeln oder mindern. Da die Beklagte diese vertragliche Regelung nicht be- folgt hat, ist ihr Wandlungsrecht verwirkt und es ist ihr daher von vornherein ver- wehrt, sich auf eine Wandlung gemäss Art. 368 Abs. 1 OR zu berufen. Im Sinne einer Eventualbegründung ist im Folgenden – der Vollständigkeit halber – dennoch auf die Voraussetzungen der Wandlung im Sinne von Art. 368 Abs. 1 OR sowie auf die von der Klägerin erhobene Verjährungseinrede einzugehen. 4.5.2. Verjährung Ziffer 6.2.2 des Dienstleistungsvertrages ist zu entnehmen, dass die Beklagte während der Dauer der sechsmonatigen

Gewährleistungsfrist berechtigt ist, die von den Parteien im separat abgeschlossenen Wartungsvertrag vereinbarten Leistungen in Anspruch zu nehmen (act. 3/4 S. 8). Die Parteien vereinbarten folglich für die Gewährleistungsphase dieselben Leistungen, wie sie auch für den Wartungsvertrag gelten. Damit handelt es sich vorliegend um eine kombinierte Rüge- und Verjährungsfrist. Demzufolge konnte die Beklagte allfällige Mängel innerhalb der sechsmonatigen Gewährleistungsfrist rügen. In Anbetracht dieser kombinierten Frist begann die zwölfmonatige Verjährungsfrist ergo mit der Teilabnahme der Werke "Produktive Inbetriebnahme", "Gesamtabnahme" sowie "Integration" am 18. Dezember 2009. Die Beklagte erhob ihre Widerklage am 17. Juni 2011 (vgl. act. 21) und machte eventualiter Wandlung nach Art. 368 Abs. 1 OR geltend. Die Widerklage unterbricht die Verjährung wie eine selbständige Klage (vgl. DÄPPEN, BSK OR I, N 7 zu Art. 135 OR). Da die zwölfmonatige Verjährungsfrist – wie oben erwähnt – am 18. Dezember 2009 zu laufen begann, ist die Geltendmachung der Wandlung somit klar verjährt. Die Verjährungseinrede der Klägerin ist demnach zu schützen. Im Rahmen der Eventualbegründung ist nachfolgend auch auf die formellen Voraussetzungen der Wandlung nach Art. 368 OR einzugehen.

- 74 - 4.5.3. Keine unverzügliche Mängelrüge Unbestritten ist, dass die Beklagte der Klägerin am 2. September 2010 ein Schreiben betreffend die "Mängel in der Gesamtbankensteuerung" zusandte (act. 3/20 = act. 22/44). Die Beklagte bezeichnete in diesem Schreiben vergangene Verzögerungen und hielt fest, dass auch "gegenüber dem neuen Einführungs termin per Ende November 2010 ein Verzug von mehreren Monaten zu erwarten" sei. Ferner nannte sie diverse ungelöste Probleme, wie beispielsweise die Instabilität von Schnittstellen, die langen Durchlaufzeiten der Problembehebung sowie die fehlende Abstimmbarkeit der Verarbeitungsläufe. Dieses Schreiben vermag zwar den Anforderungen an eine sachgerechte Substantiierung der Mängel grundsätzlich zu genügen. Indessen führt die Beklagte in ihrer Klageantwort im Zusammenhang mit der Projektentwicklung Ende des Jahres 2009 aus, dass sich herausgestellt habe, dass die klägerische Softwarelösung nicht in der Lage gewesen sei, die eigentliche "Kernleistung" zu produzieren. Die Software sei somit vollständig untauglich gewesen (act. 21 Rz. 81 ff., insbesondere Rz. 84). Die Beklagte legt sodann weiter dar, dass im März 2010 verschiedene Probleme bestanden hätten (act. 21 Rz. 118 f.) und ihr bereits in jenem Zeitpunkt bewusst gewesen sei, dass sich das Projekt "je länger je mehr zu einem Fass ohne Boden" entwickelt habe (vgl. act. 48 Rz. 339). Es sei für die Beklagte nicht länger zumutbar gewesen, diesen Zustand zu dulden und zu finanzieren (act. 48 Rz. 340). Da am 18. Dezember 2009 – wie bereits erläutert – eine Teilabnahme stattfand, bezieht sich der Standpunkt der Beklagten, wonach das Werk nicht funktionsfähig, mithin mit Mängeln behaftet gewesen sei, auf die bereits abgenommenen Teile. Wenn die Beklagte geltend macht, dass das Werk im Dezember 2009 nicht funktionsfähig gewesen sei und sie im März 2010 realisiert habe, dass das Projekt mit der Klägerin zum Scheitern verurteilt gewesen sei, ist die erst mit Schreiben vom 2. September 2010 erfolgte Mängelrüge als klar verspätet einzustufen, da eine Mängelrüge bekanntlich unverzüglich zu erfolgen hat. Die Mängelrüge nach Art. 268 OR scheitert daher bereits an der Einhaltung der betreffenden formellen Voraussetzungen.

- 75 - 4.5.4. Mangelhafte Substantiierung und fehlende taugliche Beweisofferten Die Beklagte macht Wandlung geltend, indem sie anführt, dass das Werk für sie unbrauchbar gewesen sei. In ihrer Duplik führt sie in Bezug auf die von der Klägerin monierte

hinreichende Substantiierung der von ihr behaupteten, nach dem 18. Dezember 2009 bestehenden Mängel aus, dass sie diese in ihrer Klageantwort in Randziffer 118 und 119 hinreichend dargelegt habe (act. 48 Rz. 313). Die Datenverarbeitung sei immer wieder abgebrochen und nicht durchgelaufen. Die Robustheit der Gesamtverarbeitung "end-to-end" sei nicht gegeben gewesen. (act. 48 Rz. 313). Als Beweis offerierte sie die von Q.\_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Beklagten) am 12. März 2010 verfasste E-Mail (act. 22/33). Die Beklagte führt die von ihr behaupteten Tatsachen in Randziffer 118 sowie 119 der Klageantwortschrift auf, indem sie den Inhalt einer E-Mail von Q.\_\_\_\_\_ vom 12. März 2010 (act. 22/33) zum integrierenden Bestandteil ihrer Klageschrift macht (vgl. act. 21 S. 27). Diese Vorgehensweise würde zwar grundsätzlich den Voraussetzungen einer hinreichenden Substantiierung der Mängel genügen, in dessen wird aus dem Wortlaut der E-Mail nicht ersichtlich, ob die Beklagte sämtliche der aufgelisteten Mängel alleine der Klägerin anlastet. Es ist unklar, inwiefern die genannten Fehler allesamt in der alleinigen Verantwortung der Klägerin liegen. Die besagte E-Mail wurde an BE.\_\_\_\_\_ (Mitarbeiter des IT-Unternehmens F.\_\_\_\_\_), an R.\_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Klägerin) sowie an BF.\_\_\_\_\_ (Mitarbeiter des IT-Unternehmens ... H.\_\_\_\_\_) gesendet. Die Anrede "Sehr geehrte Herren" sowie der einleitende Text ("... um konzertiert die Probleme mit der GBS (F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_, ...H.\_\_\_\_\_) in den Griff zu kriegen.") weisen darauf hin, dass die verschiedenen Probleme im Zusammenhang mit der Gesamtbankensteuerung alle drei IT-Unternehmen betrafen. Die Beklagte legt in den erwähnten Randziffern 118 und 119 ihrer Klageantwort nicht detailliert und klar dar, welche Mängel konkret der Klägerin zuzuordnen sind bzw. welchen Anteil die Klägerin (in Abgrenzung zu den anderen IT-Unternehmen) an diesen trägt. Die Beklagte legt auch nicht hinreichend dar, inwiefern die in der E-Mail genannten Mängel als derart gravierend zu taxieren sind, dass sie das Werk definitiv unbrauchbar machen.

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

wegen geboten. Eine Partei, welche den Sachverhalt nur ungenügend substantiiert oder ein Gutachten nicht rechtzeitig beantragt, darf nicht auf Kosten der Gegenpartei ungerechtfertigt bevorzugt werden (DOLGE, BSK ZPO, 2. Aufl., N 2 zu Art. 183 ZPO). Vorliegend ist es daher aus Gründen der Verfahrensfairness (Gleichbehandlung der Parteien) nicht gerechtfertigt, ein Gutachten von Amtes wegen einzuholen. Da die Beklagte im Übrigen im gesamten Verfahren durchwegs angab, die klägerische

- 77 - sche Software bereits gelöscht zu haben, würde sich die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens von Amtes wegen ohnehin als nutzlos erweisen. Die Beklagte hätte es in der Hand gehabt, vor der Löschung der klägerischen Software vorsorglich ein Gutachten einzuholen (Art. 158 ZPO), um allfällige Softwaremängel in einem späteren Gerichtsverfahren belegen zu könne. Da dies jedoch offensichtlich unterlassen wurde, können solche angeblichen Mängel zum heutigen Zeitpunkt nicht mehr auf ihre Erheblichkeit hin gutachterlich untersucht und beurteilt werden. Dass – wie von der Beklagten behauptet – per 9. September 2010 noch diverse Tickets offen waren bzw. diese noch nicht bearbeitet worden seien (act. 21 Rz. 133), belegt ebenfalls nicht, dass das Werk insgesamt definitiv unbrauchbar war. Die Beklagte macht zudem geltend, dass diverse Fehler mittlerer und schwererer Natur bestanden hätten, welche überwiegend von der Klägerin zu vertreten bzw. zu beheben gewesen seien (vgl. act. 21 Rz. 134). Sie legt indes nicht dar, weshalb die von ihr behaupteten Mängel nicht noch hätten behoben werden können. Sie offeriert zudem auch in diesem Zusammenhang keine tauglichen Beweismittel, insbesondere keine Expertise, mittels welchen erstellt werden könnte, dass die von ihr behaupteten Fehler das Werk tatsächlich definitiv unbrauchbar machten. In Bezug auf das Vorliegen eines untauglichen Werkes ist weiter festzuhalten, dass die Beklage anführt, dass der Verarbeitungsprozess nach dem 22. Dezember 2009 nicht mehr abgebrochen, aber fehlerbehaftet gewesen sei (act. 21 Rz. 186). Inwiefern diese fehlerbehafteten Prozesse zu einem definitiv untauglichen Werk führten, legt sie jedoch nicht dar. Die Beklagte führt sodann in ihren Rechtsschriften an verschiedenen Stellen an, dass die klägerische Software nicht in der Lage gewesen sei, die Daten aus verschiedenen Datenwürfeln zusammenzuführen, weshalb die Klägerin die vertraglich geschuldete "Kernleistung" nicht erfüllt habe (vgl. act. 21 Rz. 10 ff, Rz. 81 ff., Rz. 162, Rz. 165, Rz. 170, Rz. 196 ff.). Die klägerische Software sei nicht funktionsfähig bzw. untauglich und unbrauchbar gewesen sei (vgl. beispielsweise act. 21 Rz. 84, Rz. 211; act. 48 Rz. 342, Rz. 392). Die Software der Klägerin habe die Daten "ab F. \_\_\_\_\_" nicht vollständig

- 78 - und korrekt einlesen können, was indes die Grundvoraussetzung gewesen wäre, damit die klägerische Software die Kernleistung hätte erbringen könne (act. 48 Rz. 425 f.). Taugliche Beweismittel (insbesondere ein Gutachten), mittels welchen die vorstehenden Behauptungen der Beklagten erstellt werden könnten, nennt die Beklagte indes keine (vgl. die zitierten Randziffern der beklagischen Rechtsschriften), weshalb über die diesbezüglichen Behauptungen der Beklagten auch kein Beweis geführt werden kann. 4.5.5. Fazit Die Beklagte hat das vertraglich festgelegte Vorgehen nicht eingehalten, da sie das vertraglich statuierte Verhältnis zwischen den verschiedenen Mängelrechten bzw. den Vorrang der Nachbesserung nicht beachtete. Der Wandlungsanspruch der Beklagten ist ferner gemäss Art. 371 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 210 OR verjährt. Die Mängelrüge ist des Weiteren als verspätet einzustufen, da sie nicht unverzüglich erfolgte. Die Beklagte substantiierte die relevanten Punkte zudem nicht hinreichend und offerierte auch keine tauglichen Beweise, mittels welchen die behauptete Tatsache, wonach die von der

Klägerin zu vertretenen Mängeln das Werk definitiv unbrauchbar machen würden, erstellt werden könnten. Sie bot die Beweise sodann auch nicht formgerecht an. Eine Wandlung nach Art. 368 OR ist daher ausgeschlossen. Da weder die vertraglichen Regelungen eingehalten noch die Voraussetzungen von Art. 366 OR sowie von Art. 368 Abs. 1 OR erfüllt sind, ist die Widerklage in Bezug auf die Rechtsbegehren in Ziffer 1 und 2 abzuweisen. Für die Rückforderung der bereits ausgerichteten Zahlungen in der Höhe von CHF 1'643'052.– sowie im Umfang von CHF 16'200.– (vgl. act. 21 Rz. 454 und Rz. 456) besteht weder eine vertragliche noch eine gesetzliche Grundlage. D. Ansprüche der Parteien aus dem Wartungs- und Softwarepflegevertrag 1. Einleitung Die Parteien schlossen am 27. Juni 2008 respektive 30. Juni 2008 einen Wartungs- und Softwarepflegevertrag ab (vgl. act 3/9 = act. 22/8). Die Klägerin fordert

- 79 - die Wartungspauschale für das Jahr 2011 im Umfang von CHF 134'208.– inklusive Mehrwertsteuer in der Höhe von CHF 10'736.64. Die Beklagte fordert demgegenüber die bereits von ihr bezahlte Gebühr für das Jahr 2010 im Umfang von CHF 137'658.06 von der Klägerin zurück. 2. Standpunkt der Parteien 2.1. Die Klägerin macht geltend, dass keine wichtigen Gründe vorliegen würden, welche die Beklagte zu einer ausserordentlichen Kündigung des Wartungs- und Softwarepflegevertrags berechtigen würden (act. 1 Rz. 79). Die Kündigung der Beklagten sei daher als ordentliche Kündigung zu qualifizieren, weshalb der Vertrag bis zum 31. Dezember 2011 fortdaure (act. 1 Rz. 80). Die Klägerin habe daher bis zum 31. Dezember 2011 Anspruch auf die gemäss Ziffer 12.1 vereinbarte jährliche Wartungspauschale. Gemäss Ziffer 12.1 betrage die jährliche Wartungspauschale für die im Anhang A aufgeführte Software CHF 119'916.– und für die im Anhang C zum Dienstleistungsvertrag vereinbarten Gaps CHF 56'844.–. Die Wartungspauschale entspreche 18% der Lizenzkosten für die Softwaremodule bzw. die Gaps (act. 1 Rz. 96). Gemäss Ziffer 12.1 sei die Wartungspauschale ab produktiver Inbetriebnahme der gewarteten Software inklusive Gaps geschuldet und werde jährlich im Voraus zur Zahlung fällig. Bei einer teilweisen produktiven Inbetriebnahme der gewarteten Software werde die anteilige Wartungspauschale gemäss den entsprechenden Lizenzkosten der betroffenen Softwaremodule und Gaps berechnet (act. 1 Rz. 97). Die Wartungspauschale für das Jahr 2011 von CHF 134'208.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer von CHF 10'736.64 sei unabhängig davon geschuldet, ob die Beklagte dafür Leistungen beziehe. Mit dem Projektstopp, welchen die Beklagte in ihrer E-Mail vom 9. September 2010 verfügt und in ihrem Schreiben vom 15. September 2010 bestätigt habe, habe die Beklagte die Erbringung weiterer Dienstleistungen durch die Klägerin abgelehnt. Dieser Gläubigerverzug der Beklagten habe zur Folge, dass die Klägerin unter Beibehaltung ihres Anspruchs auf die Wartungspauschale von ihrer Leistungspflicht befreit sei (act. 1 Rz. 101). Der von der Beklagten verfügte Projektstopp habe der Klägerin sodann weder Einsparungen ermöglicht noch habe sie ihre Mitarbeiter anderweitig beschäftigen können. Sie

- 80 - könne die Wartungspauschale daher vollumfänglich beanspruchen (act. 1 Rz. 102). Die Lancierung von neuen IT-Projekten erfordere sowohl kundenseitig als auch auf Seiten der IT-Dienstleister eine langfristige Planung. Die Klägerin plane den Einsatz ihrer Mitarbeiter daher auf lange Sicht im Voraus. Für die Erbringung von Wartungsdienstleistungen müsse mit einem Vorlauf von mindestens zwei Jahren gerechnet werden. Eine Software müsse zudem erst beim Kunden eingeführt werden, bevor sie Gegenstand von Wartungsdienstleistungen werde. Für das Jahr 2011 habe die Klägerin daher keinen Ersatzvertrag für die mit der Beklagten vereinbarten

Wartungsdienstleistungen abschliessen können (act. 1 Rz. 103). 2.2. Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass hinsichtlich des bereits bezahlten Betrags von CHF 137'658.06 eine ungerechtfertigte Bereicherung bestehe. Als sie die Rechnung Nr. 2010014 bezahlt habe, sei die klägerische Software noch nicht in den produktiven Betrieb genommen und sie sei auch später nicht in den produktiven Betrieb genommen worden. Der Wartungsvertrag habe daher gar nicht in Kraft treten können. Die Beklagte habe darauf gehofft, dass eine produktive Inbetriebnahme noch möglich sein würde, habe dann aber erkennen müssen, dass dies nie der Fall sein werde, da die klägerische Software untauglich gewesen sei. Folglich sei die Wartungsgebühr nie geschuldet gewesen. Die Klägerin sei daher ungerechtfertigt bereichert, weshalb die Beklagte von der Klägerin die Rückzahlung der Wartungsgebühr in der Höhe von CHF 137'658.06 zuzüglich Verzugszins von 5% seit dem 15. September 2010 verlange (act. 21 Rz. 458; act. 48 Rz. 653 ff.). 3. Rechtliches Der Wartungs- und Softwarepflegevertrag wird als atypischer Werkvertrag angesehen, wobei das Dauerelement des Vertrags als ungewöhnliches Element eingestuft wird. Weder Art. 404 OR noch Art. 377 OR gelangen im Zusammenhang mit einem solchen Vertrag zur Anwendung, da allein die Regeln zur Beendigung von Dauerverträgen massgeblich sind (FRÖHLICH-BLEULER, N 3367). Gründe, einen Wartungs- und Softwarepflegevertrag zu kündigen, sind der Ablauf der festen

- 81 - Vertragsdauer, die ordentliche Kündigung, die Kündigung aus wichtigem Grund sowie die Kündigung im Falle einer Vertragsstörung (FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., N 3297 sowie N 3365 ff.). Das Rechtsinstitut der Kündigung aus wichtigem Grund erfährt in der Regel eine nicht abschliessende vertragliche Regelung bei Dauerschuldverhältnissen. Der Grund für eine ausserordentliche Kündigung muss derart schwerwiegend sein, dass eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses (auch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist) als nicht mehr zumutbar erscheint (FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., N 3372 mit Verweis auf N 2947 ff.). Die Kündigung aus wichtigem Grund steht im Widerspruch zum fundamentalen Grundsatz "pacta sunt servanda" und ist daher ultima ratio. Ob im Einzelfall ein wichtiger Grund vorliegt, entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 4 ZGB). Es geht dabei um eine Billigkeitsentscheidung, die auf objektiver Interessenabwägung unter Beachtung der Umstände des beurteilten Falles beruht (BGE 128 III 428 E. 4). Die primäre Rechtsfolge einer gerechtfertigten ausserordentlichen Kündigung ist das Erlöschen sämtlicher Vertragserfüllungspflichten. Die ausserordentliche Kündigung wirkt hierbei ex nunc, d.h. Leistungspflichten, die vor der Kündigung fällig, aber noch unerfüllt geblieben sind, bleiben erhalten (VETTER/GUTZWILLER, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der ausserordentlichen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, AJP 2010, S. 706 f.). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre entfaltet eine ungerechtfertigte ausserordentliche Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses grundsätzlich keine Rechtswirkungen. Bei Fehlen eines wichtigen Grundes bleibt das Dauerschuldverhältnis daher im Grundsatz bestehen. Bei unbefristeten Verträgen erscheint es indes nicht sachgerecht, die ausserordentliche Kündigung bei Fehlen eines wichtigen Grundes als absolut nichtig zu taxieren und zu verlangen, dass die auflösungswillige Vertragspartei erneut, d.h. diesmal ordentlich, kündigen muss. Eine Ausnahme dürfte diesbezüglich einzig im formstrengen Mietrecht bestehen. Ein Teil der Lehre befürwortet daher die Konversion: Bei unbefristeten Verträgen erscheint es angemessen, den Kündigungswillen der Vertragspartei

- 82 - anzuerkennen und die ausserordentliche Kündigung als ordentliche Kündigung zu interpretieren (vgl. zum Ganzen VETTER/GUTZWILLER, a.a.O., S. 709). Ausnahmsweise ist trotz Fehlen eines wichtigen Grundes von einer Beendigung des Dauerschuldverhältnisses auszugehen, wenn die Erfüllung nicht mehr durchsetzbar ist. Dies ist einerseits dann der Fall, wenn eine solche Unmöglichkeit durch das Gesetz vorgesehen wird, in der Natur der geschuldeten Leistung liegt oder in einem besonderen Interesse einer Partei begründet ist. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben kann es andererseits geboten sein, dass ein in un gerechtfertigter Weise ausserordentlich gekündetes Dauerschuldverhältnis ausnahmsweise trotz des Fehlens eines wichtigen Grundes aufgelöst wird. Ist es beispielsweise über eine lange Zeit nicht zum Vollzug des Vertrags gekommen, erscheint es mit Blick auf das Prinzip von Treu und Glauben angemessener, die Wirksamkeit der Beendigung anzunehmen. Einerseits verschwindet das Interesse an der Realerfüllung mit zunehmendem Abwarten, andererseits kann es im Einzelfall praktisch unmöglich werden, die vertraglichen Pflichten nachträglich zu erfüllen, da sich in der Zwischenzeit die Umstände verändert haben (vgl. zum Ganzen VETTER/GUTZWILLER, a.a.O., S. 712 f., m.w.H.).

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

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

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

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

eines wichtigen Grundes ab- gestützt werden kann. 5. Ausserordentliche Kündigung gestützt auf einen wichtigen Grund 5.1. Den Beweis, dass ein wichtiger Grund für eine ausserordentliche Kündigung gegeben war, obliegt vorliegend der Beklagten, da sie diejenige Partei ist, die sich auf einen wichtigen Grund als Voraussetzung für die Rechtmässigkeit ihrer aus- serordentlichen Kündigung beruft (Art. 8 ZGB). 5.2. Die Beklagte offerierte in ihren Rechtsschriften keine tauglichen Beweismittel, mittels welcher die von ihr angeführten wichtigen Gründe (vgl. act. 21 Rz. 367 ff.)

- 84 - erstellt werden könnten. Ein Beweismittel kann – wie vorstehend bereits erwähnt – nur dann als formgerecht angeboten betrachtet werden, wenn sich die Beweis- offerte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt (Urteil 4A\_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4). Die Beklagte bot im Zusammenhang mit ihrer Behauptung, dass die Weiterführung des Wartungs- und Softwarepflege- vertrags für sie unzumutbar gewesen sei (vgl. act. 21 Rz. 367), insbesondere kein Gutachten an, anhand welchem die von ihr geltend gemachten schwerwiegenden Vertragsverletzungen, insbesondere die unvollständige Parametrierung sowie die unzuverlässigen sowie unvollständigen und falschen Datenverarbeitungen (vgl. act. 21 Rz 118 f., Rz. 368), erstellt werden könnten. Der von der Beklagten ins Recht gelegten E-Mail von Q.\_\_\_\_\_ vom 12. März 2010 (act. 22/33) kommt für sich allein betrachtet – wie bereits an anderer Stelle dargelegt (vgl. die diesbezüg- lichen Ausführungen in C./4.5.4.) – keine genügende Beweiskraft zu, um die darin aufgelisteten behaupteten Mängel zu belegen. 5.3. Der Umstand, dass zwei Mitarbeiter der Klägerin diese im Juni 2010 sowie im Oktober 2010 verliessen, kann entgegen den Ausführungen der Beklagten (vgl. act. 21 Rz. 370 f.) ebenfalls nicht als Grund dafür herangezogen werden, den Wartungs- und Softwarepflegevertrag ausserordentlich zu kündigen. Die pauscha- le Behauptung, dass bei der Klägerin ab September 2010 keine Personen mehr gearbeitet hätten, welche über das notwendige Know How verfügten, vermag nicht zu überzeugen. Die Klägerin führt in diesem Zusammenhang zurecht an (act. 1 Rz. 94), dass den zwischen den Parteien geschlossenen Verträgen nicht entnommen werden kann, dass die Klägerin der Beklagten während der gesam- ten Projektdauer dasselbe Team zur Verfügung stellen musste. In Ziffer 8.1. des Anhangs C zum Dienstleistungsvertrag heisst es vielmehr, dass Ansprechpartner und Projektmitarbeiter im Verlauf des Projekts durch entsprechend qualifizierte Mitarbeiter ausgetauscht werden können (act. 3/6 S. 16). Auch in Ziffer 6.1 des Anhangs B zum Dienstleistungsvertrag ist geregelt, dass sich die Klägerin das Recht vorbehält, Projektmitarbeiter durch andere Fachkräfte mit einem vergleich- baren Profil auszutauschen (vgl. act. 3/5 S. 6). 5.4. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist damit im Ergebnis zu verneinen.

- 85 - 6. Anspruch auf die Wartungspauschale 2011 6.1. Ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes und damit die Berechtigung der Beklagten zu einer ausserordentlichen Kündigung zu verneinen, so ist bei unbe- fristeten Verträgen die (unzulässige ausserordentliche) Kündigung als ordentliche Kündigung auf den nächsten Kündigungstermin zu interpretieren (vgl. dazu VET- TER/GUTZWILLER, a.a.O., S. 708 ff.). Da der Wartungs- und Softwarepflegevertrag gemäss dessen Ziffer 13.2.1 unter Wahrung einer Kündigungsfrist von sechs Mo- naten jeweils auf das Ende eines Kalenderjahres erfolgen kann, beendet die mit Schreiben der Beklagten vom 15. September 2010 vorgenommene Kündigung den Wartungs- und Softwarepflegevertrag mit Wirkung per 31. Dezember 2011. Die Klägerin hat daher bis zum 31. Dezember 2011 Anspruch auf die gemäss Vertragsziffer

12.1 vereinbarte Wartungspauschale. Aufgrund des Vertragswortlautes ist denn auch von einer unbedingten und leistungsunabhängig geschuldeten Wartungspauschale auszugehen. Nach dem Prinzip der Vertragstreue ist vorliegend der Grundsatz "pacta sunt servanda" zu beachten, wonach sich die Parteien an abgeschlossene Verträge zu halten haben. 6.2. Die von der Klägerin verlangte Wartungspauschale für das Jahr 2011 im Umfang von CHF 134'208.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer von CHF 10'736.64 ist in quantitativer Hinsicht unbestritten geblieben und gemäss Vertragsziffer 12.1 ausgewiesen (vgl. dazu auch act. 1 Rz. 99 sowie act. 3/26 S. 6). Mit Schreiben vom 21. September 2010 wurde der Beklagten sodann Frist bis spätestens 21. Januar 2011 angesetzt, um die betreffende Zahlung zu leisten. Die Beklagte befindet sich damit seit dem 22. Januar 2011 in Verzug. Die Höhe des Verzugszinses von 5% ergibt sich aus Art. 104 OR. 6.3. Die Beklagte ist daher zu verpflichten, der Klägerin in Gutheissung von deren Rechtsbegehren Ziffer 3 den Betrag von CHF 134'208.– zuzüglich MWST von 8% (= CHF 10'736.64) und Zins zu 5 % pro Jahr auf CHF 134'208.– seit 22. Januar 2011 zu bezahlen.

- 86 - 7. Rückerstattung der Wartungspauschale 2010 7.1. Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten (Art. 62 Abs. 1 OR). Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung schliesst ein vertraglicher Anspruch einen Bereicherungsanspruch aus. Wird eine vertraglich geschuldete Leistung erbracht, so stellt der gültige Vertrag den Rechtsgrund dar, weshalb der Leistungsempfänger nicht ungerechtfertigt, d.h. rechtsgrundlos bereichert sein kann (BGE 133 III 356 E. 3.2.1). 7.2. Aus einer E-Mail von R. \_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Klägerin) an Q. \_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Beklagten) vom 18. Dezember 2009 (vgl. act. 22/29), geht folgende Bemerkung hervor: "Mit der Gesamtabnahme unter Vorbehalt tritt der Softwarepflegevertrag in Kraft (01.01.2010). ...". Die Beklagte widersprach diesen Ausführungen der Klägerin in der Folge nicht (vgl. die E-Mail von Q. \_\_\_\_\_ vom 22. Dezember 2009; act. 22/29) und überwies der Klägerin die Pauschale für das Jahr 2010 gemäss entsprechender Rechnung (act. 22/87). Wenn die Beklagte nachträglich geltend macht, die klägerische Software sei weder damals noch später in den produktiven Betrieb genommen worden und sie habe die Zahlung nur in der Hoffnung geleistet, dass die produktive Inbetriebnahme noch eintreten werde (vgl. act. 21 Rz. 458; act. 48 Rz. 655), so stehen diese Ausführungen klar im Widerspruch zu ihrem Vorgehen unmittelbar nach dem 18. Dezember 2009. Der zwischen den Parteien ausgetauschten Korrespondenz zur Softwarepflege (vgl. act. 22/29) sowie dem Umstand, dass die Rechnung für die Wartungspauschale 2010 anstandslos beglichen wurde, kann einzig entnommen werden, dass die Parteien nach der Teilabnahme am 18. Dezember 2009 übereinstimmend davon ausgingen, dass mindestens teilweise ein Übertritt in die Wartungsphase erfolgt war und die Behebung von Fehlern, welche den am 18. Dezember 2009 bereits abgenommenen Teil betrafen, gemäss Ziffer 5.1.1. des Wartungs- und Softwarevertrages erfolgen sollte (act. 3/9 S. 8). Als Folge davon handelt es sich bei der Zahlung im Umfang von CHF 137'658.06 um eine vertragliche Leistung und nicht um eine solche ohne Rechtsgrund. Die Beklagte hat demnach keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung im Sinne von Art. 62 OR.

- 87 - 7.3. Selbst wenn man mit der Beklagten davon ausgehen wollte, dass die produktive Inbetriebnahme nicht erfolgte und die Bestimmungen des Wartungsvertrags damit gar nicht erst zur Anwendung gelangten, so wäre der bereicherungsrechtliche Anspruch der Beklagten nach Art. 67 Abs. 1 OR verjährt. Der Bereicherungsanspruch verjährt mit Ablauf

eines Jahres, nachdem der Ver- letzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchs (Art. 67 Abs. 1 OR). Frist- auslösende Kenntnisnahme liegt vor, wenn der Entreicherte einen derartigen Grad an Gewissheit hinsichtlich des Bereicherungsanspruchs erlangt hat, dass nach Treu und Glauben angenommen werden kann, der Gläubiger habe nunmehr weder Anlass noch Möglichkeit zu weiterer Abklärung und gleichzeitig in ausrei- chenden Masse Unterlagen zur Klageanhebung, so dass ihm diese vernünftiger- weise zugemutet werden dürfe. Gewissheit hinsichtlich des Bereicherungsan- spruchs setzt Kenntnisse über das ungefähre Ausmass der Entreichung, die Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung und die Person des Bereicherten vo- raus. Massgebend sind die tatsächlichen den Anspruch betreffenden Kenntnisse (BGE 129 III 505 E.3.3; Urteil 4C.250/2006 vom 3. Oktober 2006 E. 2.2). Die Widerklage unterbricht die Verjährung wie eine selbständige Klage (DÄPPEN, BSK OR I, N 7 zu Art. 135 OR). 7.4. Am 17. Juni 2011 erhob die Beklagte Widerklage (vgl. act. 21) und forderte den Betrag von CHF 137'658.06 aus ungerechtfertigter Bereicherung. Die Verjäh- rung wurde mithin an jenem Tag gemäss Art. 138 Abs. 1 OR unterbrochen. Die Beklagte führte in ihrer Klageantwort im Zusammenhang mit der Projektent- wicklung Ende des Jahres 2009 aus, dass sich herausgestellt habe, dass die klä- gerische Softwarelösung nicht in der Lage gewesen sei, die eigentliche "Kernleis- tung" zu produzieren. Die Software sei vollständig untauglich gewesen (act. 21 Rz. 81 ff., insbesondere Rz. 84). Die Beklagte legt sodann weiter dar, dass im März 2010 verschiedene Probleme bestanden hätten (act. 21 Rz. 118 f.). Aus dem E-Mail vom 15. März 2010 geht hervor, dass die Beklagte die Abnahmen der Vorbehalte verweigerte (vgl. act. 22/34). Die Beklagte legt in diesem Zusammen-

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

## **E. 28**

Rz. 268 f.) ist daher zu schützen. 8. Fazit Die Beklagte hat keine tauglichen Beweismittel offeriert, mittels welchen ein wich- tiger Grund im Zusammenhang mit der Rechtmässigkeit einer ausserordentlichen Kündigung des Softwarepflegevertrags erstellt werden könnte. Ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 OR ist sodann aufgrund des Um- standes, dass die Beklagte den Betrag von CHF 137'658.06 als Folge einer ver- traglichen Leistungspflicht leistete, abzuweisen. Selbst wenn eine produktive In- betriebnahme zu verneinen wäre, so könnte dem Bereicherungsanspruch der Be- klagten aufgrund dessen Verjährung nicht stattgegeben werden. Der klägerische Anspruch in Bezug auf die Erstattung der Wartungspauschale 2011 ist dagegen gutzuheissen. E. Ansprüche aus dem Lizenzvertrag 1. Einleitung Die Parteien schlossen am 27. Juni 2008 bzw. 30. Juni 2008 einen Lizenzvertrag (act. 3/8 = act. 22/9). In diesem wird der Beklagten gemäss Ziffer

3.1 sowie 8.1 ein zeitlich unlimitiertes Recht zur Nutzung der klägerischen Softwareprogramme gegen die Entrichtung einer einmaligen Lizenzgebühr in der Höhe von - 89 - CHF 666'200.– gewährt. Zwischen den Parteien ist unstrittig (vgl. act. 28 Rz. 180), dass die Beklagte an die Werkleistungen und die Lizenzgebühr insgesamt CHF 1'643'052.– bezahlte. 2. Standpunkt der Parteien 2.1. Die Klägerin führt aus, dass die Kündigung der Beklagten mit Schreiben vom 15. September 2010 keine Wirkungen in Bezug auf den Lizenzvertrag zeitige. Abgesehen davon, dass kein kündbares Dauerschuldverhältnis vorliege, fehle es an wichtigen Gründen für eine Vertragsauflösung. Die Kündigung des Lizenzvertrages gehe daher in mehrfacher Hinsicht ins Leere und sei dementsprechend nicht zu beachten (act. 1 Rz. 110). 2.2. Die Beklagte macht geltend, dass die Klägerin keine Forderung aus der Beendigung des Lizenzvertrages ableite, weshalb ihre Ausführungen dazu an sich irrelevant seien (act. 21 Rz. 372). Die Klägerin verkenne indes, dass der Lizenzvertrag eine Abnahme der Software vorgesehen habe. In Ziffer 6 des Vertrages werde diesbezüglich auf den Anhang C zum Dienstleistungsvertrag verwiesen. In Ziffer 2 des Anhangs C werde darauf hingewiesen, dass die Bestimmungen des Dienstleistungsvertrags ergänzend anwendbar seien. Der Anhang C zum Dienstleistungsvertrag enthalte keine explizite Regelung für den Fall, dass eine Abnahme scheitere, weshalb der Dienstleistungsvertrag ergänzend anzuwenden sei. Dieser sehe wiederum vor, dass im Fall des Scheiterns der Abnahme die Parteien Zug-um-Zug die erbrachten Leistungen zurückverlangen könnten, wobei die von der Beklagten im Rahmen der Rückabwicklung zu erbringende Leistung die Lösung der klägerischen Software darstelle (act. 21 Rz. 375). Da die Abnahme der klägerischen Software gescheitert sei, seien folglich auch die Lizenzgebühren zurückzuerstatten (act. 21 Rz. 376). 3. Vertragliche Regelung Der Vertrag sieht lediglich für die Klägerin eine ausserordentliche Kündigungsmöglichkeit vor (Ziff. 11.2). Für die Beklagte ist eine ausserordentliche Kündigung einzig im Zusammenhang mit der Rechtsgewährleistung möglich.

- 90 - Nach Ziffer 6 des Lizenzvertrages richtet sich das Abnahmeverfahren der lizenzierten Software nach den Bestimmungen des Anhangs C zum Dienstleistungsvertrag. 4. Rechtliche Unterschiede werden in der Praxis Softwareüberlassungen auf Dauer sowie auf Zeit. Bei der Softwareüberlassung auf Dauer kann der Anwender die Software so lange nutzen, wie er möchte (vgl. FRÖHLICH-BEUTLER, a.a.O., N 1638 ff. sowie Rz. 2367 ff.). Die Rechtsnatur des Software-Lizenzvertrags ist umstritten (vgl. FRÖHLICH-BEUTLER, a.a.O., N 1643), wobei nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei einem einmaligen Austauschverhältnis die kaufrechtlichen Gesetzesbestimmungen zur Anwendung gelangen (BGE 124 III 456; vgl. auch die Übersicht zu den verschiedenen Lehrmeinungen bei FRÖHLICH-BEUTLER, a.a.O., N 1643 ff.). Auf den vorliegenden Lizenzvertrag, der eine einmalige Lizenzgebühr vorsieht und welcher dem Anwender (der Beklagten) ein Nutzungsrecht auf Dauer erlaubt (vgl. Ziffer 3.1 des Lizenzvertrags; act. 3/8 S. 4), gelangt damit (zumindest analog) Kaufvertragsrecht zur Anwendung. Gemäss Art. 205 OR steht dem Käufer bei Mängeln der Kaufsache die Wandelung oder Minderung zu. Ein Mangel besteht beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft oder wenn die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch aufgehoben oder erheblich vermindert ist (vgl. zum Ganzen HONSELL, BSK OR I, N 2 zu Art. 197 OR). Beweisbelastet für die Behauptung, dass die Software Mängel aufweist, welche diese unbrauchbar machen, ist die Beklagte (Art. 8 ZGB). 5. Subsumtion 5.1. Die Beklagte geht fehl, wenn sie geltend macht, dass eine Abnahme am 18. Dezember 2009 vollends gescheitert sei (vgl. die Ausführungen in C./2.).

Sie kann sich sodann – wie bereits an obiger Stelle ausgeführt (vgl. C./3.3.) – nicht auf Ziffer 7.2 des Dienstleistungsvertrags berufen.

- 91 - 5.2. Da auf den Lizenzvertrag die kaufrechtlichen Bestimmungen anzuwenden sind, und die Beklagte die Rückzahlung der bereits bezahlten Lizenzgebühr und damit die Wandlung geltend macht, ist zu prüfen, ob derart erhebliche und nicht vernünftig behebbare Mängel aufgetreten sind, dass die Sache für die Beklagte unbrauchbar war. 5.3. Die Beklagte legte im Zusammenhang mit ihren Ausführungen zum Lizenzvertrag (vgl. act. 21 Rz. 374 ff.) keine Beweismittel vor bzw. offeriert keine tauglichen Beweismittel (insbesondere keine Expertise), mittels welchen erstellt werden könnte, dass die klägerische Software an erheblichen Mängeln litt. Die Forderung der Beklagten in Bezug auf die Rückerstattung der Lizenzgebühr in der Höhe von CHF 666'200.– ist daher abzuweisen. F. Verbot der Nutzung der installierten Programme 1. Standpunkt der Parteien 1.1. Die Klägerin macht geltend, dass die Beklagte die von ihr geforderten Vergütungen nicht fristgerecht bis zum 21. Januar 2011 bezahlt habe, weshalb sie gestützt auf die Nutzungsregelung in Ziffer 5 des Dienstleistungsvertrages, Ziffer 3.1 des Lizenzvertrages sowie Ziffer 9 des Wartungs- und Softwarepflegevertrages nicht mehr befugt sei, die an sie gelieferten Softwareprogramme, inklusive Gaps, Patches und Releases zu nutzen. Die Klägerin beruft sich in diesem Zusammenhang auf Art. 82 OR und macht geltend, dass sie die Nutzung nicht zu gewähren brauche, solange die Beklagte mit der Vergütungszahlung in Verzug sei. Dabei sei es nicht relevant, aus welchen der drei Verträge sich die Vergütungspflicht ergebe, da die Nutzungsregelung eine vertragsübergreifende Wirkung entfalte (act. 1 Rz. 115). Sie habe ein Interesse an dem von ihr beantragten Nutzungsverbot, solange die Behauptung der Beklagten, die Software gelöscht zu haben, nicht belegt sei (act. 28 Rz. 280). 1.2. Die Beklagte bestreitet die Nutzung und Nutzbarkeit der klägerischen Software (act. 21 Rz. 382 ff.) und macht zudem geltend, dass es unverhältnismässig sei, der Beklagten den Gebrauch der Software zu verbieten, obschon die Beklag-

- 92 - te für diese rund CHF 1,6 Mio. bezahlt habe (act. 21 Rz. 387). Die Klägerin verhalte sich zudem widersprüchlich und rechtsmissbräuchlich, da sie nicht einerseits die Bezahlung verlangen und andererseits die Nutzung verbieten lassen könne (act. 21 Rz. 388). Die Beklagte habe im Übrigen die Software nach dem Scheitern der Abnahme und zwecks Rückabwicklung gelöscht. Es fehle daher auch an einem rechtlichen Interesse der Klägerin an dem von ihr geltend gemachten Unterlassungsanspruch (act. 21 Rz. 392 f.). 2. Vertragliche Regelung Ziffer 5 des Dienstleistungsvertrages statuiert, dass die Klägerin der Beklagten gegen fristgemässe Leistung der vereinbarten Vergütungen an den unter dem Dienstleistungsvertrag gelieferten Arbeitsergebnissen die Nutzungsrechte gemäss Ziffer 4 des Lizenzvertrages gewährt (act. 3/4 S. 7). 3. Rechtliches Ein Unterlassungsanspruch setzt ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse voraus, dass eine Verletzung andauert oder aber droht. Ein solches Interesse besteht, wenn die widerrechtliche Handlung unmittelbar droht, d.h. die behauptete Rechtsverletzung ernsthaft zu befürchten ist (BGE 109 II 346, E. 3, mit Hinweisen). Eine bloss hypothetische, durch nichts konkretisierte Gefährdung genügt nicht, ebenso wenig wie eine Gefährdung, die zwar früher bestanden hatte, deren Verwirklichung aber nicht mehr realistisch ist. 4. Subsumtion 4.1. Vorab ist festzuhalten, dass die Klägerin in keiner Weise ausführt, wer seitens der Beklagten die von ihr als gänzlich unbrauchbar bezeichnete klägerische Software wann und vor allem inwiefern tatsächlich nutzt. Dieses pauschale Vorbringen vermag den geltenden (oben ausgeführten) Substantiierungsanforderungen nicht zu genügen. Die Gefahr einer unzulässigen Nutzung

würde ohnehin nur dann bestehen, wenn die betreffende Software auch effektiv genutzt werden könnte. Der Umstand, dass diese klägerische Software nicht genutzt werden konnte, stellt vorliegend aber gerade das Grundproblem dar und bildet den ge-

- 93 - samten Hintergrund der Auseinandersetzung zwischen den Parteien. Die Beklagte vertrat denn auch während des ganzen Verfahrens stets stringent die Haltung, dass sie ihre Rücktrittserklärung nach ihrem Dafürhalten zurecht auf Ziffer 7.2 des Dienstleistungsvertrages abgestützt habe, da sie die Ablieferung bzw. Abnahme des gesamten Werkes als gescheitert erachtet habe (act. 48 Rz. 418, Rz. 423). In Ziffer 7.2 heisst es, dass die Klägerin der Beklagten Zug um Zug gegen Rückgabe bzw. schriftlich bestätigter Löschung der betroffenen Arbeitsresultate die geleisteten Zahlungen zurückerstattet (act. 3/4 S. 11). Nach der Argumentation der Beklagten erscheint es daher einzig als folgerichtig, dass sie die (aus ihrer Sicht völlig unbrauchbare) klägerische Software nach ihrem Vertragsrücktritt vom 15. September 2010 effektiv auch löscht. Für eine andere Sichtweise bestehen keinerlei Anhaltspunkte. Hinzu kommt Folgendes: Die Klägerin scheint von einer Pflicht der Beklagten auszugehen, wonach die Softwareprogramme auf ihren Systemen im Hinblick auf die klägerische Beweisführung (insbesondere in Bezug auf deren Begutachtung) aufzubewahren sind (vgl. act. 28 Rz. 282). Dem ist indessen nicht so. Die Parteien haben im Beweisverfahren nur (aber immerhin) eine entsprechende Obliegenheit. Die Löschung der Software durch die Beklagte könnte mithin einzig im Sinne von Art. 164 ZPO berücksichtigt werden. Indessen kann der Umstand, dass die Beklagte die Löschung der Software – wenn auch zu Unrecht – auf Ziffer 7.2 des Dienstleistungsvertrages abstützte, nicht mit einer Mitwirkungsverweigerung im Sinne von Art. 164 ZPO gleichgesetzt werden. Die diesbezüglichen Ausführungen der Klägerin (vgl. act. 28 Rz. 282 ff.) vermögen daher nicht zu überzeugen. 4.2. Ist demgemäss davon auszugehen, dass eine Nutzung der klägerischen Software für die Beklagte nicht (mehr) möglich ist, so fehlt es entsprechend an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse der Klägerin an ihrem geltend gemachten Unterlassungsanspruch. Auf das geforderte Nutzungsverbot der installierten Programme ist daher nicht einzutreten. 5. Fazit Auf Ziffer 4 des klägerischen Rechtsbegehrens ist nicht einzutreten.

- 94 - G. Löschung der Source Codes 1. Standpunkt der Parteien 1.1. Die Klägerin macht geltend, dass es ihr infolge des abrupten Abbruchs des Projekts am 9. September 2010 durch die Beklagte nicht möglich gewesen sei, die Source Codes für gewisse Computerprogramme, die sie bei der Beklagten installiert habe, zu verschlüsseln (act. 1 Rz. 146). Die Beklagte habe gestützt auf die Verträge keinen Anspruch auf die Überlassung der Source Codes und sei nicht befugt, diese Dritten offen zu legen. Sie verlange deshalb, dass die Source Codes verschlüsselt würden (soweit dies nicht bereits erfolgt sei) und der Beklagten verboten werde, diese gegenüber Dritten offen zu legen (act. 1 Rz. 147 f.). 1.2. In Bezug auf die Offenlegung der Source Codes macht die Beklagte ebenfalls primär geltend, dass die Klägerin kein rechtliches Interesse an einer Verschlüsselung habe, da sie die klägerische Software ohnehin bereits gelöscht habe (act. 21 Rz. 401). 2. Fehlendes aktuelles Rechtsschutzinteresse Abermals ist festzuhalten, dass die Beklagte geltend macht, dass sie die klägerische Software bereits gelöscht habe. Ihre diesbezüglichen Ausführungen korrespondieren mit ihrem gesamten Verhalten im vorliegenden Verfahren (vgl. F./4.), weshalb nicht ersichtlich ist, weshalb die Beklagte diesbezüglich keine wahrheitsgetreue Angaben machen sollte. Es ist mithin davon auszugehen, dass die klägerische Software tatsächlich gelöscht wurde. Da die klägerische Software durch die Beklagte

bereits gelöscht wurde, fehlt es an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse der Klägerin an der von ihr geltend gemachten Löschung der Source Codes. Auf die von der Klägerin geforderte Löschung der Source Codes ist daher nicht einzutreten. 3. Fazit Auf Ziffer 5 des klägerischen Rechtsbegehrens ist nicht einzutreten.

- 95 - III. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG), die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren gleichen Datums (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des zürcherischen Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Der Streitwert wird gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO durch das Rechtsbegehren bestimmt. Der Streitwert beträgt im vorliegenden Fall insgesamt CHF 4'076'417.95 (vgl. dazu nachfolgend Ziffer 3), da sich die Klage und die Widerklage gegenseitig nicht ausschliessen (Art. 94 Abs. 2 ZPO). 2. Bei der Festlegung der Gerichtsgebühr ist zu berücksichtigen, dass es sich vorliegend um ein komplexes Verfahren mit verschiedensten Fragestellungen und umfangreichen Akten handelte. Ferner wurde ein superprovisorisches und vorsorgliches Massnahmeverfahren durchgeführt sowie zudem noch eine Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung abgehalten. Der Zeitbedarf für die Bearbeitung des Falles erwies sich im Übrigen als erheblich. Entsprechend rechtfertigt sich eine Erhöhung der Gerichtsgebühr um drei Viertel (§ 4 Abs. 1 und 2 GebV OG). Die Gerichtsgebühr ist damit auf CHF 120'000.– anzusetzen. 3. In Bezug auf den Streitwert der Klage ist zu beachten, dass die Klägerin diesen hinsichtlich der Ziffern 4 und 5 ihres Rechtsbegehrens mit CHF 1'855'898.90 bezifferte (CHF 400'898.90 sowie CHF 1'455'000.–; vgl. act. 6 S. 2 f.). Der Streitwert der Klage beträgt somit insgesamt CHF 2'279'506.99. Die Widerklage weist einen Streitwert von CHF 1'796'911.05 auf. Angesichts des Umstandes, dass die Klägerin im vorsorglichen Massnahmeverfahren unterlag, auf die Ziffern 4 und 5 des klägerischen Rechtsbegehrens mangels hinreichendem Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten ist, die Klägerin im Umfang von CHF 134'208.– (Rechtsbegeh-

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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.