

HOR.2022.31 / VE / fn

Urteil vom 26. November 2024

Besetzung Oberrichter Egloff, Vizepräsident
Ersatzrichterin Steiner
Handelsrichterin Baumann
Handelsrichter Gruntz
Handelsrichter Nauer
Gerichtsschreiberin Näf

Klägerin **A._____ GmbH**
vertreten durch MLaw Marius Vischer, Rechtsanwalt,
Hardturmstrasse 11, Puls 5, 8005 Zürich

Beklagte **B._____ GmbH**
vertreten durch lic. iur. Rolf Müller und MLaw Paolo Krasnic, Rechtsan-
wälte,
Bahnhofstrasse 44, Postfach 2622, 8022 Zürich

Gegenstand Ordentliches Verfahren betreffend Forderung

Das Handelsgericht entnimmt den Akten:

1.

Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Q._____. Sie bezweckt [...] (Klagebeilage [KB] 3).

Bis zum 13. Januar 2022 (Eintrag im Tagesregister) firmierte die Klägerin als C._____ und verfolgte den Zweck: "[...]" (KB 3).

2.

Die Beklagte ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in R._____. Sie hat hauptsächlich [...] zum Zweck (KB 4).

3.

Die Parteien arbeiteten in diversen Projekten zusammen. Mitunter übernahm die Beklagte für die Klägerin seit 2018 das Rebranding, die Websitegestaltung und den Marketingauftritt von aaa, bbb und ccc (Antwort Rz. 9; Replik Rz. 20).

4.

Im Mai 2018 beauftragte die Klägerin die Beklagte mit der Entwicklung der Internetplattform C._____ jeweils mit einer Applikation für Kunden, Anbieter und Administratoren inkl. der dazugehörigen Apps für den Google Play Store und den Apple Store (Klage Rz. 9 und 17; Antwort Rz. 36). Auf dieser Plattform sollten Kunden Beauty-Dienstleistungen wie Coiffeur-, Kosmetik- oder ähnliche Termine buchen können, wobei die jeweiligen Dienstleister ihre Services an einem vom Kunden gewünschten Ort erbringen würden (Klage Rz. 18; Antwort Rz. 55).

5.

Nach einem ersten Gespräch am 11. Mai 2018 erfolgten mehrere schriftliche Korrespondenzen (Antwort Rz. 36). Zwischen Mai 2018 und August 2019 setzte die Beklagte das Projekt in Etappen um (Antwort Rz. 13). Im Juli und August 2019 hat die Beklagte die damalige Version der C._____ App iOS in den App Store geladen (Antwort Rz. 14; Replik Rz. 13; AB 25). Nach Ansicht der Beklagten wurde die Plattform im August 2019 fertiggestellt. Die Klägerin widerspricht dem (Antwort Rz. 14).

6.

6.1.

Zwischen Sommer 2019 und Sommer 2020 kam es zu einem Projektunterbruch. In dieser Zeit wurden keine Updates an Bibliotheken, Quellcodes etc. durchgeführt (Klage Rz. 29).

6.2.

Zwischen April und Juli 2020 erfolgte ein Redesign der Plattform (Antwort Rz. 46).

7.

Im August 2020 einigten sich die Parteien auf die Vornahme von "Fixes" und "Changes" ("Change Vereinbarung"). Für letztere wurde eine zusätzliche Vergütung von Fr. 6'462.00 (inkl. MwSt.) vereinbart (Klage Rz. 30, Replik Rz. 46; KB 19 f.).

8.

Im November 2020 testete die Klägerin die Plattformen und liess der Beklagten zwischen dem 10. und dem 18. November 2020 neun ausführliche E-Mails mit vorzunehmenden "Fixes" für die C._____ App Android, die C._____ App iOS, die C._____ Web App, die C._____ Web App auf mobilen Endgeräten, die myC._____ App (jeweils für iOS und Android) und der myC._____ Web App zukommen (KB 23 - 31).

9.

9.1.

Am 4. Februar 2021 schlossen die Parteien über ihre Zusammenarbeit rückwirkend per 11. Mai 2018 einen schriftlichen Vertrag (KB 2). Darin wurde unter anderem vereinbart, dass die Beklagte der Klägerin nebst der Entwicklung der Plattform auch die Erstellung der dazugehörigen Dokumentation schulde (KB 2 Ziff. 2.1 und 3.3).

Weiter wurden die folgenden (vorerarbeiteten) Dokumente zum Vertragsbestandteil erklärt:

- Detailanforderungen "Requirements for Technologies" (KB 6)
- "UI/UX und Konzept – C._____
- Pflichtenheft bzw. die Spezifikation "Requirements Specifications" (KB 7)
- E-Mail-Vereinbarung vom 16. Juli 2019 "B._____ x C._____ – NEXT STEPS" (KB 8)
- Change-Vereinbarungen gemäss Ziff. 6 des Vertrags.

Die Vergütung wurde auf pauschal Fr. 90'000.00 (inkl. MwSt.) festgesetzt (Klage Rz. 26; KB 2 Ziff. 8.1).

9.2.

Der Vertrag enthält unter anderem die folgenden, hier interessierenden Bestimmungen:

"11. Milestones und Vertragsstrafe

Die Parteien vereinbaren folgende verbindliche Fertigstellungstermine (Milestones):

- *Fertigstellung der Konzeption, des Prototyps und Pflichtenhefts bis zum 31.12.2018*
- *Fertigstellung der Basisversion bis zum 31.07.2020*
- *Fertigstellung der Endversion bis zum 28.02.2021.*

Wenn der Lieferant die vorstehenden Fertigstellungstermine nicht einhält (Verzug), ist er verpflichtet, per erstem Verzugstag einen Verzugszins von 10 % des vereinbarten Projektbudgets von Fr. 90'000 CHF inkl. MWST an den Besteller zu zahlen (Vertragsstrafe), wobei sich dieser Betrag auf den tatsächlich entstandenen Verzugsschaden erhöht, wenn der Besteller einen tatsächlich höheren Schaden nachweisen kann. Eine Verpflichtung zur Zahlung von Vertragsstrafe und/oder Schadenersatz besteht nicht, soweit die Verzögerung vom Lieferanten nicht zu vertreten ist.

[...]

13.1 Geheimhaltung

[...]

Ohne schriftliche Einwilligung des Bestellers darf der Lieferant mit der Tatsache, dass eine Zusammenarbeit mit dem Besteller besteht oder bestand, nicht werben und den Besteller auch nicht als Referenz angeben.

[...]

Verletzt eine der Parteien die vorstehenden Geheimhaltungspflichten, so schuldet sie der anderen eine Konventionalstrafe, sofern sie nicht beweist, dass sie kein Verschulden trifft. Diese Konventionalstrafe beträgt je Verletzungsfall CHF 100'000.00 (exkl. MWST). Die Bezahlung der Konventionalstrafe befreit nicht von der Einhaltung der Geheimhaltungspflichten."

10.

Gemäss der Klägerin habe die Beklagte den Ablieferungstermin vom 28. Februar 2021 nicht eingehalten und sich seither in Verzug befunden (Klage Rz. 40). Die Beklagte bestreitet, die Endversion der Plattform nicht abgeliefert zu haben.

11.

11.1.

Zwischen März 2021 und Juni 2021 erkundigte sich die Klägerin bei der Beklagten mehrmals nach dem Stand der Entwicklung und bat um Ablieferung der Plattform (KB 32).

11.2.

Mit Schreiben vom 31. August 2021 setzte die Klägerin der Beklagten zur vertragsgemässen Fertigstellung der Internetplattform eine Nachfrist bis 30. September 2021 (Klage Rz. 43; KB 33).

11.3.

Mit Nachricht vom 4. September 2021 teilte die Beklagte der Klägerin mit, es sei alles und noch mehr als vereinbart erledigt (KB 34). Diese Aussage wiederholte sie in der E-Mail vom 3. Oktober 2021. Die Klägerin führt an, dass sie dies als sinngemässe Anzeige der Abnahmebereitschaft verstanden habe (Klage Rz. 54).

11.4.

In der Folge hat die Klägerin die Plattform(en) einer Abnahmeprüfung unterzogen. Dabei hat sie diverse Mängel festgestellt (Klage Rz. 57 ff.), welche nach klägerischer Ansicht wesentlich seien. Zudem seien die im Rahmen der Zwischenabnahme von November 2020 mitgeteilten Mängel nicht behoben und die technische Dokumentation nicht geliefert worden. Die Beklagte habe weder die Internetplattform fertiggestellt noch sämtliche Funktionen und Leistungen vorgängig erfolgreich getestet (Klage Rz. 65). Mit Schreiben vom 17. November 2021 setzte die Klägerin der Beklagten eine letzte Nachfrist bis zum 7. Januar 2022, um die Internetplattform fertigzustellen, zu testen und der Klägerin zusammen mit dem Benutzerhandbuch, dem Quellcode und der für dessen Bearbeitung notwendigen Informationen zu übergeben (KB 47).

11.5.

Mit E-Mail vom 18. November 2021 führte die Beklagte aus, die Klägerin habe nicht den neuen, am 8. Oktober 2021 gelieferten Source Code getestet, sondern eine alte Version (Klage Rz. 70, Antwort Rz. 98; KB 48, Antwortbeilage [AB] 65).

12.

Am 11. Januar 2022 erklärte die Klägerin den Rücktritt vom Vertrag (KB 50).

13.

Die Klägerin vergütete der Beklagten unter dem Vertrag bis zum 25. Oktober 2019 insgesamt Fr. 89'970.00. Am 29. Juli 2020 bezahlte sie weitere Fr. 323.10 (inkl. MwSt.) für ein Logo-Re-Design (Klage Rz. 27; KB 9 – 18). Des Weiteren entrichtete die Klägerin an den im Rahmen der Change-Vereinbarung vereinbarten Werkpreis von Fr. 6'462.00 einen Teilbetrag von Fr. 3'231.00 (inkl. MwSt.) (Klage Rz. 30; KB 22).

Gesamthaft hat die Klägerin der Beklagten damit Fr. 93'524.10 bezahlt.

14.

Mit Klage vom 3. August 2022 (Postaufgabe: gleichentags) stellte die Klägerin die folgenden Rechtsbegehren:

" 1.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 93'524.10 (inkl. MwSt.) zzgl. Zins zu 5 % seit 11. Januar 2022, CHF 9'000 (inkl. MwSt.) zzgl. Zins zu 5 % seit 22. Januar 2022, CHF 100'000 zzgl. MwSt. und zzgl. Zins zu 5 % seit 22. Januar 2022 sowie CHF 24'141.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 11. Januar 2022 zu bezahlen.

2.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Zur Begründung führte sie zusammenfassend aus, sie habe die Beklagte mit der Entwicklung der Internetplattform C. _____ beauftragt (Klage Rz. 9). Gemäss dem rückwirkend per 11. Mai 2018 abgeschlossenen Vertrag hätte die Beklagte die Internetplattform bis Ende Februar 2021 fertigstellen müssen. Diesen Ablieferungstermin habe sie jedoch nicht eingehalten und die Internetplattform trotz zweimaligen Ansetzens einer Nachfrist bis heute nicht abgeliefert (Klage Rz. 10 ff.). Am 11. Januar 2022 habe die Klägerin daher den Rücktritt vom Vertrag erklärt (Klage Rz. 13). Den bisher vergüteten Betrag von Fr. 93'524.10 (zzgl. Zins) fordere sie zurück. Zudem habe die Klägerin im Hinblick auf die Internetplattform Ausgaben über Fr. 24'141.80 gehabt, die aufgrund des Rücktritts nutzlos geworden seien. Diese Ausgaben (zzgl. Zins) mache sie unter dem Titel Schadenersatz geltend. Schliesslich schulde ihr die Beklagte Konventionalstrafen über Fr. 109.000.00 (Klage Rz. 14).

15.

15.1.

Mit Eingabe vom 18. Oktober 2022 beantragte die Beklagte im Hauptantrag die Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Prozessvoraussetzungen und im Eventualantrag auf die Frage der Aktivlegitimation. Im Subeventualantrag beantragte sie die Sistierung des Verfahrens und schliesslich die Erstreckung der Einreichung der Klageantwort.

15.2.

Mit Stellungnahme vom 15. November 2022 beantragte die Klägerin die Abweisung der prozessualen Anträge der Beklagten.

15.3.

Mit Verfügung vom 17. November 2022 wies der Präsident die Verfahrensanträge der Beklagten ab und setzte ihr eine Frist zur Erstattung einer schriftlichen Antwort.

16.

Mit Klageantwort vom 30. Januar 2023 (Postaufgabe: gleichentags) beantragte die Beklagte:

" 1.

Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zu Lasten der Klägerin."

Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, die Plattform sei bereits im August 2019 fertiggestellt und der Klägerin zur Verfügung gestellt worden. Die Klägerin habe daher kein Rücktrittsrecht. Die von der Klägerin gerügten Mängel seien von der Klägerin zu verantworten, welche über ein Jahr lang kein Update vorgenommen und zudem im Oktober 2021 eine alte Version der Plattform getestet habe. Ohnehin sei der Vertrag vom 4. Februar 2021 lediglich pro forma abgeschlossen worden und für die Beklagte unverbindlich. Die Klägerin habe in erpresserischer Weise argumentiert, die Bezahlung der ausstehenden Change-Vergütung zurückzubehalten, sollte die Beklagte nicht unterzeichnen. Die Beklagte habe der Klägerin geglaubt, dass der Vertrag nur dazu da sei, Investoren für das Projekt zu gewinnen. In Kenntnis der wirklichen Verhältnisse wäre die Beklagte den Vertrag niemals eingegangen. Schliesslich bestritt die Beklagte auch die Gültigkeit der Konventionalstrafe und die Zuständigkeit des angerufenen Handelsgerichts.

17.

17.1.

Mit Verfügung vom 2. Februar 2023 wurde der Klägerin die Klageantwort zur Kenntnisnahme zugestellt und die Parteien wurden angefragt, ob sie bereits nach dem ersten Schriftenwechsel an der Durchführung einer Instruktions- und Vermittlungsverhandlung interessiert seien, um die Streitsache vorzeitig vergleichsgemäss zu beenden.

17.2.

Mit Eingabe vom 14. Februar 2023 bekundete die Klägerin ihr Interesse an der Durchführung einer Instruktions- und Vermittlungsverhandlung. Die Beklagte hingegen liess mit Eingabe vom 17. Februar 2023 mitteilen, dass sie zwar zu einer solchen Verhandlung bereit sei, aber keine Rechtsgrundlage und daher auch keinen Raum für Rechtsansprüche und Zahlungen zugunsten der Klägerin sehe.

17.3.

Mit Verfügung vom 20. Februar 2023 wurde der Schriftenwechsel fortgesetzt und der Klägerin Frist zur Replik angesetzt.

18.

In der Replik vom 25. April 2023 und der Duplik vom 16. Juni 2023 sowie den weiteren Schriftsätzen hielten die Parteien an ihren Anträgen fest. Auch hielten sie im Wesentlichen an ihren Behauptungen fest und führten diese weiter aus.

19.

Am 20. März 2024 fand eine Instruktionsverhandlung mit Vermittlungsgespräch statt. Anlässlich der Instruktionsverhandlung konnte zwischen den Parteien kein Vergleich geschlossen werden. Die Parteien verzichteten auf die Durchführung einer Hauptverhandlung und beantragten die Einreichung schriftlicher Schlussvorträge.

19.1.

Mit Verfügung vom 2. April 2024 wurde eine Beweisverfügung erlassen und es wurde den Parteien Frist bis zum 17. Mai 2024 angesetzt, um dem Handelsgericht ihre schriftlichen Schlussvorträge einzureichen.

19.2.

Mit Eingaben vom 15. Mai 2024 (Klägerin) bzw. 17. Mai 2024 (Beklagte) reichten die Parteien ihre schriftlichen Schlussvorträge ein.

20.

Mit Verfügung vom 3. Juni 2024 wurden den Parteien die Schlussvorträge jeweils zur Kenntnisnahme zugestellt.

Das Handelsgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

1.1. Allgemein

Das Gericht tritt auf eine Klage ein, wenn die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Dies wird von Amtes wegen geprüft (Art. 60 ZPO).

1.2. Zuständigkeit

1.2.1. Örtliche Zuständigkeit

Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, können die Parteien für einen bestehenden oder für einen künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren. Geht aus der Vereinbarung nichts anderes hervor, so kann die Klage nur am vereinbarten Gerichtsstand erhoben werden (Art. 17 Abs. 1 ZPO).

Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag enthält in Ziff. 13.8 eine Gerichtsstandsvereinbarung i.S.v. Art. 17 ZPO (KB 2). Diese sieht vor, dass für Streitigkeiten in Zusammenhang mit dem Vertrag der Richter am Sitz der beklagten Partei anzurufen ist. Da die Beklagte ihren Sitz in S. _____ hat, ist die örtliche Zuständigkeit der aargauischen Gerichte gegeben. Nichts anderes ergibt sich aus der gesetzlichen Regelung, wonach für Klagen aus Vertrag das Gericht am Sitz der beklagten Partei oder an dem

Ort zuständig ist, an dem die charakteristische Leistung zu erbringen ist (Art. 31 ZPO).

1.2.2. Sachliche und funktionale Zuständigkeit

Zur Beurteilung der Klage sachlich zuständig ist das Handelsgericht, da die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien betroffen ist (Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO), die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht angesichts des Streitwerts von Fr. 226'665.90 offen steht (Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO i.V.m. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG und Art. 94 Abs. 1 ZPO) und beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind (Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO). Das Handelsgericht entscheidet als Kollegialgericht (§ 12 Abs. 1 lit. a EG ZPO [SAR 221.200]).

2. Streitbeilegungsabrede

2.1. Parteibehauptungen

2.1.1. Beklagte

Die Beklagte bestreitet die Zuständigkeit des Handelsgerichts. Die Parteien hätten in Ziff. 13.8 des Vertrags eine Eskalationsordnung vorgesehen, welche für die Klägerin verbindlich sei. Entgegen dieser Vereinbarung habe weder ein Einigungsversuch stattgefunden, noch habe sich ein Gremium innerhalb eines Kalendermonats seit dem Antrag einer Partei an mindestens zwei physischen Terminen für eine gütliche Einigung eingesetzt (Klageantwort Rz. 103; Stellungnahme vom 18. Oktober 2022 Rz. 10 ff.). Die Beklagte bestehe deshalb darauf, dass diese Eskalationsstufen ordentlich durchlaufen würden, sofern die Klägerin den Vertrag für gültig erachte. Vorher seien die Voraussetzungen für eine Prozessanhebung vor dem Handelsgericht nicht erfüllt (Antwort Rz. 6). Es könne keine Rede davon sein, dass sich ein Gremium zwei Mal je am Sitz einer Partei physisch für eine gütliche Einigung eingesetzt habe (Stellungnahme vom 18. Oktober 2022 Rz. 24).

Eine Prozessabrede sei gemäss Lehre und Rechtsprechung möglich und zulässig. Die Parteien könnten insbesondere auch Hinderungsgründe für eine Klageanhebung, wie etwa eine Streitbeilegungsabrede, treffen. Das vorprozessuale Durchlaufen der Eskalationsstufen einer obligatorischen Streitbeilegungsabrede sei vom Gericht als Prozessvoraussetzung zu behandeln (Stellungnahme vom 18. Oktober 2022 Rz. 19 und 25 ff.).

Ziff. 13.8 des Vertrages sei nicht eine salopp formulierte oder vage Bestimmung. Vielmehr handle es sich um eine von der Klägerin erstellte, detaillierte Streitbeilegungsklausel, welche als klare Prozessvoraussetzung zwei Eskalationsstufen vorsehe. Selbst die Zusammensetzung des Gremiums sei penibel bestimmt worden (Stellungnahme vom 18. Oktober 2022 Rz. 19).

Die Klägerin habe trotz (vorübergehendem) Klageverzicht widerrechtlich eine Klage eingeleitet. Sie habe die Eskalationsstufen, welche sie selbst verfasst habe, nicht eingehalten und damit den Vertrag verletzt, den sie für gültig erachte (Stellungnahme vom 18. Oktober 2022 Rz. 27).

2.1.2. Klägerin

Die Klägerin erklärt, ihrem Rücktritt seien wiederholte Versuche vorausgegangen, die Angelegenheit mit der Beklagten zu lösen, um das Projekt wie vereinbart abzuschliessen. Die Beklagte habe sich jedoch ausschliesslich destruktiv verhalten (Stellungnahme vom 15. November 2022 Rz. 14). Im Rahmen des Rücktritts habe sie i.S.v. Ziff. 13.8. des Vertrages vom 4. Februar 2021 die Einberufung eines Gremiums verlangt. Aufgrund der Verhältnisse der beiden Gesellschaften habe die Klägerin vorgeschlagen, dass das Gremium seitens der Klägerin aus dem Geschäftsführer der Klägerin, D._____, und auf Seiten der Beklagten aus deren Geschäftsführer E._____ bestehen sollte, jeweils in Begleitung des Rechtsvertreters, sofern vorhanden. Die Klägerin habe die Beklagte in ihrem Rücktrittsschreiben vom 11. Januar 2022 aufgefordert, ihr Terminvorschläge für zwei Termine in den folgenden 30 Tagen mitzuteilen (Klage Rz. 76; Stellungnahme vom 15. November 2022 Rz. 15). Nachdem die Klägerin wiederholt getröstet worden sei, hätten am 1. März 2022 und am 7. März 2022 Gespräche zwischen den Parteien stattgefunden. Dabei habe man sich nicht auf eine einvernehmliche Lösung einigen können (Klage Rz. 77; Stellungnahme vom 15. November 2022 Rz. 20 ff.).

Zumindest bei dem als erste Eskalationsstufe bezeichneten Teil der Klausel handle es sich nicht um eine obligatorische, sondern um eine fakultative Streitbeilegungsabrede, aus deren Nichteinhaltung keine negativen Folgen erwachsen könnten. Gleichwohl habe sich die Klägerin stets für eine einvernehmliche Regelung eingesetzt und eine solche angestrebt (Stellungnahme vom 15. November 2022 Rz. 11). Unabhängig davon aber, ob es sich bei der Klausel in Ziff. 13.8 des Vertrages um eine fakultative oder obligatorische Streitbeilegungsabrede handle, sei der Mechanismus von der Klägerin eingehalten worden und die Beklagte sei mit dem Vorgehen stets einverstanden gewesen (Stellungnahme vom 15. November 2022 Rz. 12).

Der Vertrag nehme Bezug auf die Positionen Projektleiter, Projektausschuss und Unternehmensleitung (Geschäftsführer und Verwaltungsrat). Da sowohl die Klägerin als auch die Beklagte inhabergeführt seien, bestünden sämtliche Gremien jeweils aus denselben Personen: D._____ für die Klägerin und E._____ für die Beklagte. Die Zusammensetzung des Gremiums sei gerade nicht penibel bestimmt, sondern die Klausel aus einer unpassenden Vorlage kopiert worden (Stellungnahme vom 15. November 2022 Rz. 13).

2.2. Rechtliches

Die Streitbeilegungsabrede ist eine Vereinbarung zwischen zwei oder mehreren Parteien, über einen bestehenden oder einen möglichen künftigen Streit miteinander, allenfalls unter Hinzuziehung eines Dritten, in einem bestimmten Verfahren zu verhandeln. Sie schliesst in der Regel das (vorläufige) Versprechen mit ein, den Streit bis zum Abschluss des Streitbeilegungsverfahrens weder einem ordentlichen Gericht noch einem Schiedsgericht zu unterbreiten.¹ Die Streitbeilegungsabrede kann in verschiedenen Formen auftreten, etwa als "blosse" Abrede über die Aufnahme von bilateralen Verhandlungen im Streitfall oder als gegenseitiges Versprechen, einen neutralen Dritten mit der Aufgabe zu betrauen, ihnen bei der Konfliktlösung behilflich zu sein (Mediationsabrede).²

Ruft eine Partei in Verletzung des vereinbarten (obligatorischen) Streitbeilegungsmechanismus vorzeitig das Gericht an, stellt sich die Frage, ob dies nebst materiellen Sanktionen – zu denken ist etwa an die Leistung einer Konventionalstrafe³ oder von Schadenersatz⁴ – auch (kumulativ⁵) zu verfahrensrechtlichen Sanktionen führt, indem auf eine entsprechende Klage nicht einzutreten oder diese (im speziellen Fall) abzuweisen ist.⁶

Dabei kann die vertragswidrige Klageerhebung nur negative Rechtsfolgen nach sich ziehen, wenn die Einhaltung des Streitbeilegungsmechanismus als Pflicht und nicht etwa als blosse Absichtserklärung vorgesehen ist. Der verpflichtende Charakter des Streitbeilegungsmechanismus muss dabei eindeutig aus der Abrede hervorgehen. Eine gewisse Regelungsdichte ist Indiz für den obligatorischen Charakter eines vorprozessualen Streitbeilegungsversuchs.⁷

In der Lehre und Rechtsprechung hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass die Einhaltung einer vertraglich vorgesehenen *Mediationsvereinbarung* keine von Amtes wegen zu beachtende negative Prozessvoraussetzung darstellt.⁸ Dem ist zu folgen. Einerseits sieht die Zivilprozessordnung für

¹ EIHOLZER, Die Streitbeilegungsabrede, 1998, N. 163; SCHMIDT, Allgemeines Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht / Die Durchsetzbarkeit vertraglich vereinbarter vorprozessualer Streitbeilegungsabreden, in: Loacker/Zellweger-Gutknecht (Hrsg.), Differenzierung als Legitimationsfrage, 2012, S. 83 f.

² EIHOLZER (Fn. 1), N. 281 ff.

³ EIHOLZER (Fn. 1), N. 605 ff.; BSK ZPO-RUGGLE, 3. Aufl. 2017, Art. 213 N. 10.

⁴ Wobei das Bundesgericht die Schadenersatzpflicht nicht als befriedigende Sanktion bezeichnete: BGE 142 III 296 (Pra 106 [2017] Nr. 46) E. 2.4.4.1.

⁵ BGer 4A_46/2011 vom 16. Mai 2011 E. 3.4.

⁶ Vgl. betreffend eine Klausel, welche gleichzeitig eine Mediations- und eine Schiedsvereinbarung enthielt: BGE 142 III 296 (= Pra 2017 Nr. 46) E. 2.4.4.1.

⁷ BGer 4A_18/2007 vom 6. Juni 2007 E. 4.3.2; 4A_46/2011 vom 16. Mai 2011 E. 3.5.2; SCHMIDT (Fn. 1), S. 84 und 86 f.

⁸ BGer 4A_132/2019 vom 5. Mai 2020 E. 3.3.2.; ähnlich schon BGE 142 III 296 (Pra 106 [2017] Nr. 46) E. 2.4.4.1.; sodann: HGer ZH, HG170120 E. 3.2.; BK ZPO II-PETER, 2012, Vorbemerkungen zu Art. 213-218 N. 58; BSK ZPO-RUGGLE (Fn. 3), Art. 213 N. 8; EIHOLZER (Fn. 1), N. 673; KUKO ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, 3. Aufl. 2021, Art. 213 N. 10; LIATOWITSCH/MORDASINI, in: Sutter-

entsprechende Abreden, anders als bei Schiedsvereinbarungen (Art. 61 ZPO) nicht vor, dass das angerufene Gericht bei Missachtung seine Zuständigkeit ablehnen muss.⁹ Andererseits basieren die Vorschriften über die Mediation auf dem Prinzip der Freiwilligkeit,¹⁰ mit der Folge, dass jede Partei jederzeit einseitig auf deren Fortsetzung verzichten kann (vgl. Art. 214 Abs. 3 ZPO).¹¹ Bei Streitigkeiten in der Zuständigkeit des Handelsgerichts ist sodann auch zu berücksichtigen, dass die Durchführung einer formalisierten Verhandlungsrunde in Form eines Schlichtungsverfahrens (Art. 197 ff. ZPO) oder einer Mediation anstelle des Schlichtungsverfahrens (Art. 213 ZPO) entfällt (Art. 198 lit. f ZPO). Prozessuale Beachtung kann eine entsprechende Klausel aber etwa dadurch finden, dass das Verfahren auf Antrag sistiert wird (vgl. Art. 214 Abs. 3 ZPO).¹²

Dasselbe hat umso mehr für private Streitbeilegungsabreden zu gelten, welche keinen Einbezug einer vermittelnden neutralen Drittperson vorsehen. Signalisiert eine Partei, mitunter durch die Einreichung einer Klage, dass kein ernsthafter Verhandlungswille mehr bestehe, dürfte die Vollstreckung der Vereinbarung kaum opportun sein, wäre sie doch nur noch formal erfüllbar.¹³

Zur Abweisung der Klage zur Zeit könnte eine Streitbeilegungsabrede allenfalls dann führen, wenn deren Auslegung ergebe, dass die Parteien ein sog. "pactum de non petendo" geschlossen haben.¹⁴ Grundsätzlich aber haben private Mediations- oder Schlichtungsklauseln keine Auswirkungen auf das Bestehen und die Fälligkeit der Hauptforderungen, die sich aus dem Vertrag ergeben.¹⁵

2.3. Würdigung

Die Parteien vereinbarten unter der Ziffer 13.8 "*Streitbeilegung und Gerichtsstand*" des Vertrags Folgendes (KB 2 S. 12):

Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 213 N. 42b; STAEHELIN, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund (Hrsg.), Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2019, § 20 N. 50a; WIRZ, Zum Sinn und Zweck von Mediationsklauseln in Verträgen, recht 2013, S. 94 m.w.N.; a.M: DIKE ZPO-SCHÜTZ, 2. Aufl. 2016, Art. 213 N. 21.; PELLI, Prozessverträge, in Haas/Marghitola (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, 2020, Rz. 4.187; SCHMIDT (Fn. 1), S. 94, 98 f.

⁹ So auch HGer ZH, Beschluss vom 22. Dezember 2017 HG170120 E. 3.2.

¹⁰ BBI 2006 7221 ff., 7336 f.; BSK ZPO-GELZER/RUGGLE, 3. Aufl. 2017, Vor Art. 213-218 N. 14.

¹¹ BBI 2006 7221 ff., S. 7336.

¹² BGE 142 III 296 (Pra 106 [2017] Nr. 46) E. 2.4.4.1.; BK ZPO II-PETER (Fn. 8), Vorbemerkungen zu Art. 213-218 N. 58, 61 f.

¹³ Vgl. EIHOLZER (Fn. 1), N. 551; MONN, Die Verhandlungsabrede, N. 1019 ff., 1033 ff.

¹⁴ EIHOLZER (Fn. 1), N. 663. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11. Auflage 2020, N. 3136 f.

¹⁵ BGer 4A_132/2019 vom 5. Mai 2020 E. 3.4 m.w.N.; BK ZPO II-PETER (Fn. 8), Vorbemerkungen zu Art. 213-218 N. 56.

"Die Parteien stellen den vorliegenden Vertrag und ihre Zusammenarbeit ausdrücklich unter die Grundsätze von Treu und Glauben, Loyalität, Gleichbehandlung sowie dem Prinzip schonender Rechtsausübung.

Die Parteien verpflichten sich, im Falle von Meinungsverschiedenheiten im Zusammenhang mit dem abgeschlossenen Vertrag eine einvernehmliche Regelung anzustreben. Meinungsverschiedenheiten sind in erster Linie zwischen den Projektleitern und dem Projektausschuss zu bereinigen. Gelingt dies nicht, wird auf Antrag einer Vertragspartei ein Gremium, welches aus jeweils einem Mitglied der Unternehmungsleitung (Geschäftsführer oder Verwaltungsrat) und den Vertretern im Projektausschuss besteht, bestimmt. Das Gremium hat sich innerhalb eines Kalendermonats seit dem Antrag an mindestens zwei Terminen (je einmal am Sitz der beiden Parteien) für eine gütliche Einigung einzusetzen.

Falls keine Einigung zustande kommt, kann für alle sich aus oder in Zusammenhang mit dem Vertrag ergebenden Streitigkeiten der ordentliche Richter am Sitz der beklagten Partei angerufen werden.

[...]"

Die Beklagte bezeichnet die Regelung des ersten und zweiten Satzes des zweiten Absatzes als *"erste Eskalationsstufe"*. Obwohl der Absatz mit der Formulierung "Die Parteien verpflichten sich, [...]" beginnt, was auf einen obligatorischen Charakter hindeutet, beinhaltet der erste Teil lediglich die Erklärung, sich um die bilaterale Bereinigung allfälliger Differenzen zu bemühen, ohne hierfür ein konkretes Prozedere oder den Umfang der Einigungsbemühungen festzulegen. Aufgrund fehlender Angaben zum Ablauf und zum Abschluss der *"ersten Eskalationsstufe"* ist diese als reine Absichtserklärung zu qualifizieren, welche von freiwilligem Charakter ist. Damit erübrigt sich grundsätzlich die Prüfung, ob die Durchführung der ersten Eskalationsstufe tatsächlich erfolgt ist.

Demgegenüber enthält die *"zweite Eskalationsstufe"* konkrete Vorgaben bezüglich des zeitlichen Rahmens oder der Anzahl der durchzuführenden Sitzungen.

Die Klägerin beantragte mit Anwaltsschreiben vom 11. Januar 2022 die Einberufung eines Gremiums gemäss Ziff. 13.8 des Vertrages und forderte die Beklagte dazu auf, Terminvorschläge für zwei Termine in den folgenden 30 Tagen zu unterbreiten. Weiter schlug sie vor, dass das Gremium seitens der Klägerin aus D.____ und seitens der Beklagten aus E.____, sowie gegebenenfalls aus den jeweiligen Rechtsvertretern der Parteien bestehen sollte (KB 50). Damit zeigte sich die Beklagte einverstanden. Weder hat sie sich gegen diesen Vorschlag gewehrt noch den Einbezug weiterer Personen verlangt. Wer über die beiden einzigen Gesellschafter und Geschäftsführer der Parteien D.____ (Klägerin) und E.____ (Beklagte) hinaus noch dem Projektausschuss angehören sollte, ist nicht ersichtlich.

Zwischen Januar und Februar 2022 hat die Klägerin die Beklagte vier weitere Male per E-Mail und WhatsApp zur Unterbreitung von Terminvorschlägen eingeladen (KB 73, 74). E._____ vertröstete D._____ jeweils mit der Begründung, dass er im Ausland weile und Terminvorschläge zustelle, sobald er einen Flug zurück in die Schweiz habe (KB 73, 74). Am 10. Februar 2022 einigten sich die Parteien darauf, anstelle eines physischen Treffens am 24. Februar 2022 um 14:00 Uhr eine Telefonkonferenz durchzuführen (KB 74). Krankheitsbedingt sagte die Beklagte diesen Termin kurzfristig wieder ab (KB 75).

Nach der Sachverhaltsdarstellung der Klägerin fanden in der Folge zwei Einigungsgespräche am 1. März 2022 und am 7. März 2022 statt (Stellungnahme vom 15. November 2022 Rz. 21). Die Beklagte bestreitet dies zwar (Antwort Rz. 105), verweist an anderer Stelle jedoch selbst auf zwei durchgeführte Gespräche in diesem Zeitraum (Antwort Rz. 99). Den Termin vom 1. März 2022 bestätigte die Beklagte mit E-Mail vom 24. Februar 2022 (KB 75). Im Nachgang zum Gespräch unterbreitete die Beklagte der Klägerin einen Vorschlag zum weiteren Vorgehen (KB 76). Dass am 7. März 2022 ein weiteres Gespräch stattfand, anlässlich welchem die Klägerin der Beklagten mitteilte, dass für sie ein Zurückkommen auf die Kündigung nicht in Frage käme, wird von der Beklagten nur ungenügend bestritten. Damit wurde der Streitbeilegungsabrede Genüge getan. Soweit dem Vertragswortlaut nicht exakt nachgelebt wurde, liegt aufgrund der geschilderten Sachlage eine konkludente Vereinbarung vor, von diesem abzuweichen. Zumindest scheinen die Streitbeilegungsbemühungen umfangmässig den Vorstellungen der Beklagten entsprochen zu haben, hat sie selbst keine weiteren Bemühungen unternommen, zu weiteren Gesprächen Hand zu bieten. Erst anlässlich des eingeleiteten Klageverfahrens wehrte sie sich gegen das gewählte Vorgehen.

Die Beklagte wirft der Klägerin im Kern vor, den Vertrag bereits vor Einberufung eines Gremiums gekündigt zu haben und in den Verhandlungen nicht von ihren Forderungen abgewichen zu sein. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die in einer obligatorischen Streitbeilegungsabrede enthaltene Verhandlungspflicht nicht beinhaltet, dass eine Einigung über völlig entgegengesetzte Standpunkte resultieren muss. Ebensowenig tangiert die zitierte Vertragsbestimmung das Recht der Klägerin, vom Vertrag zurückzutreten oder ihre Rechte aus dem Vertrag geltend zu machen. Im Übrigen versuchte auch das angerufene Gericht anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 20. März 2024 zusammen mit den Parteien eine gütliche Einigung zu erzielen, wobei die Fronten verhärtet blieben. Bei dieser Ausgangslage hätte sich auch eine Sistierung des Verfahrens zur Durchführung weiterer Gespräche nicht als zweckmässig erwiesen.

Die Streitbeilegungsklausel steht damit einem Urteil nicht entgegen.

3. Verhandlungsmaxime

Vorliegend gilt die Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Auf die sich daraus ergebenden Obliegenheiten der Parteien ist vorab einzugehen:

3.1. Behauptungslast

Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Den Prozessparteien obliegt die Behauptungslast.¹⁶ Die Aufteilung der Behauptungslast zwischen den Parteien folgt der Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB.¹⁷ Somit trägt die Behauptungslast für rechtserzeugende Tatsachen, wer ein Recht oder Rechtsverhältnis behauptet; für rechtsaufhebende Tatsachen, wer die Aufhebung oder den Untergang eines Rechts behauptet (z.B. Verwirkung, Erlass etc.) und für rechtshindernde Tatsachen, wer sich darauf beruft (z.B. Verjährung, Stundung etc.).¹⁸ Dementsprechend hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu behaupten, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt.¹⁹

Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten; es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden rechtlichen Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden.²⁰ Was offensichtlich in anderen, ausdrücklich vorgebrachten Parteibehauptungen enthalten ist, muss nicht explizit behauptet werden (sog. implizite bzw. mitbehauptete Tatsachen).²¹ Blosser Mutmassungen stellen jedoch keine rechtsgenügenden Tatsachenbehauptungen dar.²² Ist ein Tatsachenvortrag im erwähnten Sinne vollständig, so wird er als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt.²³

Tatsachenbehauptungen sind grundsätzlich in den Rechtsschriften aufzustellen (Art. 221 Abs. 1 lit. d und Art. 222 Abs. 2 Satz 1 ZPO).²⁴ Der bloss

¹⁶ Vgl. BGer 5A_83/2019 vom 23. Juli 2019 E. 4, 4A_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2; SCHNEUWLY, Lange Rechtsschriften – Wieso? Und was tun?, Anwaltsrevue 2019, S. 444.

¹⁷ BGE 132 III 186 E. 4; BGer 5A_808/2018 vom 15. Juli 2019 E. 4.2.

¹⁸ SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 8), Art. 55 N. 18.

¹⁹ BGE 128 III 271 E. 2.a.aa; weitergehend ZK ZGB-JUNGO, 3. Aufl. 2018, Art. 8 N. 387.

²⁰ BGE 136 III 322 E. 3.4.2; BGer 4A_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1.

²¹ BGE 144 III 519 E. 5.3; BGer 4A_243/2018 vom 17. Dezember 2018 E. 4.2.1 m.w.N.; Josi, Behaupten, Bestreiten und Beweisen – praktische Fragen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Markus/Eichel/Rodriguez (Hrsg.), Der handelsgerichtliche Prozess, Chancen und Gefahren – national und international, 2019, S. 80.

²² BGer 4A_667/2014 vom 12. März 2015 E. 3.2.2.

²³ BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.1 m.w.N., 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; SCHNEUWLY (Fn. 16), S. 445.

²⁴ BGE 144 III 519 E. 5.2.1, 144 II 67 E. 2.1; BRUGGER, Der Verweis auf Beilagen in Rechtsschriften, SJZ 2019, S. 534; Josi (Fn. 21), S. 60.

pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht.²⁵ Zweck dieses Erfordernisses ist, dass einerseits das Gericht erkennen kann, auf welche Tatsachen sich der Kläger (bzw. der Beklagte hinsichtlich einer Gegenforderung) stützt und womit er diese beweisen will, und dass andererseits die Gegenpartei weiss, gegen welche konkreten Behauptungen sie sich verteidigen muss (Art. 222 ZPO).²⁶ Durch einen Verweis auf Urkunden können Sachverhaltselemente jedoch ausnahmsweise als behauptet gelten, wenn es als blossen Leerlauf erscheinen würde, eine Übernahme des Urkundeninhalts in die Rechtsschrift zu verlangen.²⁷ An einen rechtsgenügenden Verweis auf die Beilage werden im Wesentlichen drei Anforderungen gestellt: Erstens müssen in der Rechtsschrift die Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet sein.²⁸ Zweitens hat der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift spezifisch ein bestimmtes Aktenstück zu nennen und aus dem Verweis selbst muss klar werden, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen.²⁹ Drittens muss die Beilage selbsterklärend sein. Sie hat genau die verlangten (beziehungsweise in der Rechtsschrift bezeichneten) Informationen zu enthalten und es darf kein Interpretationsspielraum bestehen. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, kann der Verweis nur genügen, wenn zusätzlich in der Rechtsschrift die Beilage derart konkretisiert und erläutert wird, dass die in der Beilage enthaltenen Informationen ohne weiteres zugänglich werden und nicht interpretiert und zusammengesucht werden müssen. Es genügt nicht, dass in den Beilagen die verlangten Informationen in irgendeiner Form vorhanden sind. Ein Verweis auf Akten darf nicht dazu führen, dass die Gegenpartei und das Gericht die relevanten Tatsachen aus der Beilage selbst zusammensuchen müssen.³⁰ Die in der Praxis beliebten Pauschalverweise auf eingereichte Akten bzw. die allgemeine Erklärung, diese würden "integrierenden Bestandteil" der Rechtsschrift bilden, stellen deshalb keine hinreichenden Behauptungen dar bzw. können fehlende Behauptungen nicht ersetzen.³¹

3.2. Bestreitungslast

Die Kehrseite der Behauptungslast ist die sog. Bestreitungslast: Bestreitet eine Partei eine Tatsachenbehauptung ihres Gegners nicht, gilt diese als unbestritten und die betreffende Tatsache kann dem Entscheid ohne

²⁵ BGer 4A_496/2019 vom 1. Februar 2021 E. 4.3.1, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.1 m.w.N.; Josi (Fn. 21), S. 61.

²⁶ BGer 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4.1 m.w.N.

²⁷ BGer 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4.2.

²⁸ BGer 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4.3, 4A_398/2018 vom 25. Februar 2019 E. 10.4.1, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; BRUGGER (Fn. 24), S. 535 f.

²⁹ BGE 144 III 519 E. 5.2.1.2; 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4.3, 4A_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.2.1, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; eingehend BRUGGER (Fn. 24), S. 536 ff.

³⁰ BGer 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4.3, 4A_496/2019 vom 1. Februar 2021 E. 4.3.1, 4A_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.4.2, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2, 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.2 f.; eingehend BRUGGER (Fn. 24), S. 538 ff.

³¹ BK ZPO I-HURNI, 2012, Art. 55 N. 21 m.w.N.; BRUGGER (Fn. 24), S. 540 Fn. 50 m.w.N.

weiteres zugrunde gelegt werden, da über nicht bestrittene Tatsachen kein Beweis geführt zu werden braucht (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).³² Art. 222 Abs. 2 ZPO verlangt von der beklagten Partei, darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden. Es ist deshalb empfehlenswert, die Tatsachenbehauptungen der Klägerin detailliert, d.h. Punkt für Punkt zu bestreiten.³³ Bestreitungen sind dabei so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so bestimmt sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss. Pauschale Bestreitungen reichen indessen selbst dann nicht aus, wenn sie explizit erfolgen. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird.³⁴ Auch ein implizites Bestreiten genügt unter diesen Voraussetzungen den Anforderungen der rechtsgenügenden Bestreitung.³⁵

3.3. Substantiierungslast

Bestreitet aber der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei in rechtsgenügender Weise, so greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann.³⁶ Das Beweisverfahren darf nicht dazu dienen, ein ungenügendes Parteivorbringen zu vervollständigen.³⁷ Der nicht oder nicht substantiiert vorgebrachte Sachverhalt ist im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime dem nicht bewiesenen Sachverhalt gleichzusetzen.³⁸

3.4. Bezeichnung der Beweismittel

Die Parteien haben im Rahmen der Verhandlungsmaxime die einzelnen Beweismittel zu bezeichnen (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO, wonach die Klage die Tatsachenbehauptungen sowie die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu enthalten hat). Dazu gehört auch, dass aus dem Zusammenhang klar wird, inwiefern die angerufenen Beweismittel den angestrebten Beweis erbringen sollen. Es genügt nicht,

³² BK ZPO I-HURNI (Fn. 31), Art. 55 N. 37 mit Verweis auf Art. 150 Abs. 1 ZPO; JOSI (Fn. 21), S. 57.

³³ Ähnlich DROESE, Bestreitungsbedürftige Beilagen – ein Hinweis zur bundesgerichtlichen Speisekarte, Note zu Urteil 4A_11/2018, SZPP 2019, S. 19.

³⁴ BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.3; SCHNEUWLY (Fn. 16), S. 445 f.

³⁵ SCHMID/HOFER, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, ZZZ 2016, S. 285 m.w.N.

³⁶ BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; BGer 4A_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1.

³⁷ DOLGE, Anforderungen an die Substanziierung, in: Dolge (Hrsg.), Substantiieren und Beweisen, 2013, S. 21; JOSI (Fn. 21), S. 86; vgl. auch BGE 108 II 337 E. 3.

³⁸ BGer 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, 3. Aufl. 2021, Art. 55 N. 12; ähnlich JOSI (Fn. 21), S. 62.

in der Klage Behauptungen aufzustellen und pauschal auf die Klagebeilagen zu verweisen.³⁹ Ein Beweismittel ist nur dann formgerecht angeboten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt.⁴⁰ Deshalb sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die entsprechenden Tatsachenbehauptungen aufzuführen, welche durch sie bewiesen werden sollen ("Prinzip der sog. Beweismittelverbindung").⁴¹ Es ist hingegen unzureichend, einen ganzen Sachverhaltskomplex zu behaupten und lediglich pauschal auf eine Vielzahl von Urkunden oder eine Anzahl Zeugen zu verweisen.⁴² Bei umfangreichen Urkunden ist zudem die für die Beweisführung erhebliche Stelle zu bezeichnen (Art. 180 Abs. 2 ZPO).⁴³

4. Ausgangslage und Prüfungsaufbau

Die Klägerin fordert von der Beklagten einerseits gestützt auf ihren Vertragsrücktritt vom 11. Januar 2022 den Ersatz des negativen Interesses (Rückzahlung des bezahlten Werklohns von Fr. 93'524.10 sowie Erstattung der Ausgaben von Fr. 24'141.80). Zudem fordert sie gestützt auf die Vertrags-Ziffern 11 und 13.1 Konventionalstrafzahlungen von insgesamt Fr. 109'000.00 für Verspätung (Fr. 9'000.00) und für einen Verstoß gegen die Geheimhaltungspflicht (Fr. 100'000.00) (vgl. Klage Rz. 14).

Nachfolgend ist zunächst auf die Gültigkeit und die Qualifikation des Vertragsverhältnisses einzugehen, bevor zu prüfen ist, ob und unter welchem Titel die Klägerin vom Vertrag zur Realisierung der Internetplattform C._____ zurücktreten konnte und welche Ansprüche die Klägerin daraus ableiten kann. Alsdann wird auf allfällige Verrechnungsforderungen der Beklagten sowie die Konventionalstrafen einzugehen sein.

5. Vertrag vom 4. Februar 2021

5.1. Rechtsgültiges Zustandekommen des Vertrages

5.1.1. Parteibehauptungen

5.1.1.1. Beklagte

Die Beklagte behauptet, der Vertrag vom 28. Februar 2021 sei für sie infolge Willensmangels i.S. von Art. 28 Abs. 1 OR (absichtliche Täuschung) unverbindlich (Antwort Rz. 19 - 30). Er sei von der Klägerin aufgesetzt worden und enthalte in unbilliger Weise Vertragsbestimmungen einseitig zulasten der Beklagten, wie namentlich die Bestimmungen zu den

³⁹ BGer 4A_195/2014 und 4A_197/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.3 m.w.N. (nicht publ. in BGE 140 III 602).

⁴⁰ BGer 4A_291/2018 vom 10. Januar 2019 E. 4.4.2, 4A_370/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 3.3 m.w.N.

⁴¹ BK ZPO II-KILLIAS, 2012, Art. 221 N. 29; PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 221 N. 16 ff.; BRUGGER (Fn. 24), S. 537.

⁴² BK ZPO II-KILLIAS (Fn. 41), Art. 221 N. 29; JOSI (Fn. 21), S. 86; ähnlich BGer 4A_360/2017 vom 30. November 2017 E. 4.

⁴³ BK ZPO II-RÜETSCHI, 2012, Art. 180 N. 17 ff.; WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 8), Art. 180 N. 10 ff., je m.w.N.

Geheimhaltungspflichten, der Konventionalstrafe und dem Konkurrenzverbot (Antwort Rz. 19). Die Klägerin habe der Beklagten den Vertrag praktisch in letzter Sekunde vorgelegt. Sie habe der Beklagten zugesichert, dass der Vertrag lediglich pro forma abgeschlossen werde und notwendig sei, damit sich Investoren an der Internetplattform beteiligen würden. Ebenso habe sie beteuert, dass durch den schriftlichen Vertragsabschluss keine rückwirkenden Forderungen entstünden. Schliesslich habe die Klägerin versprochen, die Beklagte mit 10 % (bzw. 15 % [Duplik Rz. 15; Schlussvortrag Rz. 12]) Gesellschaftsanteilen an der C._____ zu honorieren (Antwort Rz. 20).

Die Beklagte habe den Vertrag nur auf Druck der Klägerin unterzeichnet. Diese habe in erpresserischer Weise argumentiert, die Bezahlung der ausstehenden Change-Vergütung zurückzubehalten, sollte die Beklagte nicht unterzeichnen. Die Beklagte habe die berechtigte Sorge gehabt, dass die Klägerin damit Ernst machen würde und tatsächlich nicht in der Lage sein werde, sie vertragsgemäss zu vergüten. Es habe sich nämlich bereits im Jahr 2021 abgezeichnet, dass das Geschäftsmodell der Klägerin Gefahr gelaufen sei, zu scheitern (Antwort Rz. 21). Die Beklagte habe keinen nachvollziehbaren Beweggrund gehabt, den für sie nur negativen und angesichts des bereits über Jahre bestehenden und kurz vor Abschluss stehenden Vertragsverhältnisses völlig unnötigen, schriftlichen Vertrag zu unterzeichnen (Antwort Rz. 23).

Hätte die Beklagte Kenntnis davon gehabt, dass es der Klägerin gar nicht um die Anlockung von Investoren ging, sondern dass sie vielmehr aus den einseitig zu ihren Gunsten formulierten, neuen Vertragsbestimmungen zulasten der Beklagten habe Profit schlagen wollen, wäre sie den Vertrag niemals eingegangen. Der schriftliche Vertrag sei für die Beklagte nicht nur geringfügig schlechter als das mündlich Vereinbarte, sondern wäre für sie im Falle einer Gutheissung der bestrittenen Ansprüche existenzgefährdend (Antwort Rz. 25).

In ihren weiteren Rechtsschriften hält die Beklagte an ihrem Standpunkt fest (Duplik Rz. 15, 39, 55, 57 – 62; Schlussvortrag Rz. 11 - 13).

5.1.1.2. Klägerin

Die Klägerin bestreitet in ihrer Replik, dass sich die Beklagte auf Willensmängel berufen könne (Rz. 62 - 89). Die Beklagte habe den Vertragsentwurf geprüft und der Klägerin mit E-Mail vom 26. Januar 2021 Kommentare dazu zukommen lassen. Die Klägerin habe diese beantwortet und die Kommentare seien teilweise in den Vertrag übernommen worden. Die Klägerin habe der Beklagten den Vertrag nicht in praktisch letzter Sekunde vorgelegt. Zudem sei der Abschluss eines Vertrages bereits seit der Wiederaufnahme des Projekts im Sommer 2020 Thema gewesen (Replik Rz. 66). Mit E-Mail vom 29. Oktober 2020 habe die Klägerin der Beklagten den

Vertragsentwurf erstmals per E-Mail zugestellt. Damals sei ein GO Live für den 1. November 2020 geplant gewesen (Replik Rz. 68; KB 79 f.). Die Beklagte habe gleichentags geantwortet, dass sie den Vertrag gerne durchschaue und diverse Anpassungen anbringen werde, bevor dieser unterzeichnet werden könne. Zudem habe sie die Frage aufgeworfen, was die Klägerin unter Endversion verstehe (Replik Rz. 69). Auch in der Folge sei der Abschluss eines schriftlichen Vertrages immer wieder Thema gewesen (Replik Rz. 70).

Die Klägerin bestreitet auch, dass sie der Beklagten zugesichert habe, den Vertrag lediglich pro forma abzuschliessen und dass dieser notwendig sei, damit sich Investoren an der Internetplattform beteiligen würden (Replik Rz. 72). Sie habe der Beklagten nicht versprochen, sie mit Gesellschaftsanteilen an der Klägerin zu honorieren und ihr keine Beteiligung von 10 % an den Stammanteilen in Aussicht gestellt. Eine solche Zusicherung gehe aus den eingereichten Beilagen nicht hervor (Replik Rz. 74; KB 8; AB 37).

Sodann bestreitet die Klägerin, dass die Unterzeichnung einzig auf Druck der Klägerin erfolgt sei (Replik Rz. 75), dass sie die Beklagte damit erpresst habe, die Vergütung zurückzubehalten (Replik Rz. 76), dass ihr Geschäftsmodell Gefahr gelaufen sei zu scheitern (Replik Rz. 77), dass dieses verworfen werden sollte (Replik Rz. 79) oder dass es der Klägerin an ausreichender Liquidität gemangelt habe (Replik Rz. 78).

5.1.2. Rechtslage

Der Vertrag ist für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat (Art. 23 OR). Ist ein Vertragsschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des anderen zum Vertragsabschluss verleitet worden, so ist der Vertrag für ihn auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war (Art. 28 Abs. 1 OR).

Der Tatbestand der absichtlichen Täuschung nach Art. 28 OR setzt zum einen voraus, dass der Vertragspartner absichtlich getäuscht wurde, wobei für die Täuschungsabsicht Eventualvorsatz ausreicht. Zum anderen ist erforderlich, dass der Vertragspartner durch die Täuschung zum Vertragsabschluss verleitet wurde. Der durch die Täuschung hervorgerufene Irrtum muss für den Abschluss des Vertrages kausal gewesen sein. An diesem Täuschungserfolg fehlt es, wenn der getäuschte Vertragspartner den Vertrag auch ohne Täuschung geschlossen hätte.⁴⁴ Die Täuschungshandlung besteht entweder in der Vorspiegelung falscher Tatsachen bzw. dem

⁴⁴ Zum Ganzen BGer 4A_141/2017 vom 4. September 2017 E. 3.1; 4A_23/2016 vom 19. Juli 2016 E. 4; HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl. 2019, Rz. 535.

Aufstellen von falschen Behauptungen oder in passivem Verhalten, sofern eine Aufklärungspflicht besteht.⁴⁵

Sodann ist der Vertrag auch für denjenigen unverbindlich, der vom Gegenüber oder von einem Dritten widerrechtlich durch Erregung begründeter Furcht zur Eingehung eines Vertrages bestimmt worden war (Art. 29 Abs. 1 OR). Erforderlich ist die Androhung eines Übels, die von der bedrohten Vertragspartei ernst genommen wird, so dass diese in Furcht gerät.⁴⁶ Die Furcht ist für denjenigen eine begründete, der nach den Umständen annehmen muss, dass er oder eine ihm nahe verbundene Person an Leib und Leben, Ehre oder Vermögen bedroht sei (Art. 30 Abs. 1 OR).

Der Getäuschte oder Bedrohte muss den Vertrag binnen Jahresfrist seit der Entdeckung der Täuschung bzw. der Beseitigung der Furcht anfechten (Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Art. 31 Abs. 2 OR). Das Recht zur Anfechtung ist ein einseitiges Gestaltungsrecht, welches bedingungsfeindlich und unwiderruflich ist.⁴⁷ Die einjährige Frist ist keine Verjährungs-, sondern eine Verwirkungsfrist.⁴⁸ Der Getäuschte oder Bedrohte, der den Vertrag nicht ausdrücklich oder konkludent genehmigt hat, kann jedoch dem Gegner die Täuschung oder Drohung auch nach Ablauf der in Art. 31 Abs. 1 OR normierten Jahresfrist einredeweise nach Art. 60 Abs. 3 OR entgegenhalten.⁴⁹

Der Getäuschte, hier die Beklagte, hat zu beweisen, dass die Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung erfüllt sind.⁵⁰

5.1.3. Würdigung

Vorliegend wurden weder ein täuschendes Verhalten der Klägerin noch das Vorliegen eines Willensmangels bei Vertragsschluss dargetan.

Da die Klägerin mit dem Stand des Projekts und der Kommunikation der Beklagten unzufrieden war, schlug sie mit E-Mail vom 29. September 2020 vor, rückwirkend auf den 1. Januar 2019 einen Softwareentwicklungsvertrag zu schliessen, worin neben dem Vertragsgegenstand die Leistungspflichten beider Parteien, die Vergütung, die Nutzungsrechte, die Werkabnahme, Mängelrüge und Mängelrechte, die Information- und Herausgabepflichten, die Gewährleistung und Haftung, Geheimhaltung und Vertraulichkeit, Milestones und Vertragsstrafe, Versicherungspflichten, die Kündigung und das Konkurrenzverbot geregelt werden sollten (KB 78). Mit E-Mail vom

⁴⁵ BGer 4A_141/2017 vom 4. September 2017 E. 3.1.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Auflage 2020, Rz. 855 ff.; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2016, Rz. 38.03 ff.

⁴⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 45), N. 875.

⁴⁷ BGE 128 III 70 E. 2 m.w.N.

⁴⁸ BGE 101 II 203 E. 3c; 114 II 131 E. 2b.

⁴⁹ BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, 7. Aufl. 2020; Art. 31 N. 21 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

⁵⁰ BGer 4A_141/2017 vom 4. September 2017 E. 3.1.3.

29. Oktober 2020 schickte die Klägerin der Beklagten den Vertragsentwurf per E-Mail zu und bat sie, diesen bis zum 5. November 2020 zu kommentieren (KB 79 f.). Gleichentags antwortete E._____ (KB 81 S. 2): *"Den Vertrag schaue ich mir gerne durch und bringe diverse Anpassungen zB zu dem Konkurrenzverbot hervor, bevor wir signieren können."*

Weiter setzten die Parteien für eine Telefonkonferenz vom 25. Januar 2021 *"Vertrag / Inputs und Fixierung gemeinsam"* auf die Traktandenliste (KB 72). Am 26. Januar 2021 übermittelte die Beklagte der Klägerin die entsprechenden Besprechungsnotizen. Darin setzte sie sich detailliert mit verschiedenen Vertragsbestimmungen auseinander, darunter auch mit der Vertragsstrafe im Falle eines Verzugs. Sie kommentierte diese und schlug teilweise Anpassungen vor (AB 37 S. 2 - 4). Diese Kommentare wurden von der Klägerin mit E-Mail vom 27. Januar 2021 aufgegriffen (KB 77; vgl. auch unten E. 6.4.2.) und grösstenteils im Vertrag übernommen.

Damit ist nicht nur widerlegt, dass die Klägerin der Beklagten den Vertrag in letzter Minute vorgelegt hätte, sondern auch, dass der Vertrag einseitig von der Klägerin aufgesetzt oder lediglich pro forma abgeschlossen worden wäre. Es ist kaum vorstellbar, dass die Beklagte – ebenso wie die Klägerin – ein umfangreiches Vertragsdokument mit einer Vielzahl von Rechten und Pflichten kommentiert und unterzeichnet hätte, wenn sie der Ansicht gewesen wäre, dass dieses für die Parteien keine rechtliche Bindung zur Folge hätte.

Aus den von der Beklagten angerufenen Beweismitteln ergibt sich auch nicht, dass der Vertrag unter der Prämisse abgeschlossen wurde, er sei notwendig, um Investoren zu gewinnen, oder dass der Beklagten bei Unterzeichnung Gesellschaftsanteile an der Klägerin versprochen worden wären. Entsprechende Aussagen lassen sich weder der E-Mail der Klägerin vom 3. Dezember 2020 (Duplikbeilage [DB 5]) noch der E-Mail der Beklagten vom 26. Januar 2021 mit dem Betreff *"Meeting Notizen und Dokumente – C._____"* entnehmen. In letzterer schrieb die Beklagte an der von ihr für das vorliegende Verfahren mit Rechteck markierten Stelle: *"So habe ich ca. 20'000 in C._____ erneut investiert. Mit den damals 20k total 40k. Aktuell habe ich keine Anteile oder Vertrag oder etwas mit C._____, wieso sollte ich das also weiter tun?"* (AB 37 S. 6). Eine Täuschungshandlung der Klägerin ergibt sich daraus gerade nicht. Die aufgeworfenen Fragen zum Einbezug von E._____ als CTO im Projekt und zur Beteiligung von Investoren *"wie B._____ / E._____"* wurden gemäss dieser Nachricht offengelassen (AB 37 S. 8). Schliesslich enthält auch die E-Mail-Korrespondenz der Parteien vom 16. Juli 2019 (AB 15) kein Beteiligungsversprechen der Klägerin, erst recht keines, das sich auf den Vertragsschluss im Februar 2021 beziehen würde. Soweit die von der Beklagten markierten Stellen überhaupt in einem Zusammenhang mit ihren Behauptungen stehen, enthalten sie Wertschätzungsbekundungen der Klägerin betreffend die

Zusammenarbeit mit der Beklagten und deren Leistung, jedoch keine Zusicherungen einer Gegenleistung.

Schliesslich ist auch nicht nachvollziehbar, inwiefern die Aussage in der E-Mail der Klägerin vom 26. Dezember 2020: "*Die offene Rechnung wird sofort bezahlt, wenn ich Feedback kriege in Bezug auf den Vertrag und wir diesen unterzeichnet haben*" (KB 38), "erpresserisch" sein sollte, zumal die Klägerin der Beklagten bis zum 29. Juli 2020 bereits Fr. 90'000.00 bezahlt hatte (KB 10 - 18) und das "Go Live" (die Live-Schaltung der Plattform) Ende 2020 noch nicht erfolgt war. Die im Rahmen der vereinbarten Zusatzleistungen (Change-Vereinbarung) zusätzlich geschuldete Vergütung von Fr. 6'462.00 (vgl. Klage Rz. 30 f.) war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ohnehin noch nicht fällig, da die Beklagte die entsprechenden Leistungen noch nicht erbracht hatte (vgl. Art. 372 Abs. 1 OR; E. 6.4.2.3.). Im Übrigen ist nach Rechtsprechung des Bundesgerichts das Zurückhalten einer Leistung während schwebender Vergleichsverhandlungen jedenfalls dann nicht widerrechtlich, wenn dem Gegner nicht der Ruin oder Totalverlust droht.⁵¹ Vorliegend bestand zwischen den Parteien bereits ein Vertrag, der zumindest teilweise verschriftlicht war. Aufgrund der Unzufriedenheit der Klägerin über den Projektfortschritt und Differenzen zwischen den Parteien hinsichtlich der Frage, welche Leistungen noch durch den vereinbarten Werkpreis (bestehend aus dem Pauschalpreis von Fr. 90'000.00 und dem Preis gemäss Change-Vereinbarung) gedeckt waren, bestand seitens der Klägerin der Wunsch, das weitere Vorgehen schriftlich festzuhalten. Dieser Sachverhalt ähnelt dem im zitierten Bundesgerichtsurteil beschriebenen Fall. Die Zurückhaltung des Betrags von Fr. 6'462.00 dürfte für die Beklagte kaum existenzbedrohend gewesen sein; zumindest wurde solches nicht behauptet. Auch ist nicht ersichtlich, dass sich die Klägerin durch die Zurückhaltung des Betrages in einer Machtposition gegenüber der Beklagten befunden hätte, zumal sie auch auf die Beklagte angewiesen war, um das Projekt erfolgreich abzuschliessen.

Damit kam der Vertrag gültig zustande und ist für die Parteien verbindlich.

5.2. Vertragsqualifikation

5.2.1. Rechtslage

Der Vertrag über die Herstellung von Individualsoftware wird als Vertrag über die Herstellung eines unkörperlichen Werks qualifiziert und untersteht den Regeln des Werkvertragsrechts.⁵² Dies gilt auch für die Erstellung einer Website mit benutzerdefinierten Anwendungen.⁵³ Denn dabei handelt es

⁵¹ BGE 111 II 349 E. 2b S. 351; BSK OR I-SCHWENZER, 7. Aufl. 2020, Art. 29 N. 7.

⁵² GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N. 34, 334; FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, 2. Aufl. 2014, N. 373 ff. und 392; STRAUB, Gewährleistung und Haftung aus IT-Verträgen, in: Internet-Recht und IT-Verträge, 8. Tagungsband, Bern 2009, S. 250; SURY, Digital in Law, Informatikrecht, 2. Aufl. 2021, S. 68 ff.

⁵³ STRAUB (Fn. 52), S. 250; HGer ZH, HG140134 E. 5.1; HG110021 E. 1.

sich um ein massgeschneidertes Programm, das nach den Vorgaben und Bedürfnissen des Anwenders entwickelt wird.⁵⁴

5.2.2. Würdigung

Mit dem "Vertrag – Realisierung der Internetplattform C._____" vom 4. Februar 2021 verpflichtete sich die Beklagte rückwirkend auf den 11. Mai 2018 zur Entwicklung einer Internetplattform zur Buchung von Beauty-Dienstleistungen (KB 2 Ziffern 1, 2.1 und 13.9). Ebenso verpflichtete sie sich zur Erstellung der dazugehörigen Dokumentation (KB 2 Ziff. 2.1). Der konkrete Leistungsumfang ergibt sich insbesondere aus den zu Vertragsbestandteilen erklärten Dokumenten (KB 2 Ziff. 2.2): Die Detailanforderungen "*Requirements for Technologies*" (KB 6), die Konzeption "*UI/UX und Konzept – C._____*", das Pflichtenheft bzw. die Spezifikation "*Requirements Specifications*" (KB 7), die E-Mail-Vereinbarung vom 16. Juli 2019 "*B._____ x C._____ – NEXT STEPS*" (KB 8) und die Change-Vereinbarung vom 5. August 2020 (KB 19 - 21).

Die Beklagte hatte die folgenden Applikationen zu entwickeln (Klage Rz. 24; KB 8 S. 3):

- Für die Kunden ("*User*"): Eine Webapplikation mit Login-Bereich inkl. der Möglichkeit, ein Profil zu erstellen, Buchungen vorzunehmen, Favoriten zu bezeichnen und Anbieter zu bewerten, sowohl im PC- als auch im Mobile-Format ("*C._____ Web App*"). Daneben sollten mit den gleichen Anforderungen mobile Applikationen für die Betriebssysteme iOS und Android entwickelt werden ("*C._____ App iOS*" und "*C._____ App Android*");
- Für die Anbieter ("*Supplier*"): Eine Webapplikation für das Angebot von Dienstleistungen auf der Plattform sowohl im PC- als auch im Mobile-Format ("*myC._____ Web App*") sowie eine mobile Applikation für die Betriebssysteme iOS und Android ("*myC._____ App iOS*" und "*myC._____ App Android*");
- Für die sog. *Super-Administratoren*, namentlich die beiden Parteien: Ein Dashboard, das über eine Webapplikation zugänglich sein sollte, sowohl im PC- als auch im Mobile-Format ("*C._____ Super Admin Web*").

Die Beklagte verpflichtete sich demnach zur Erstellung einer personalisierten Website sowie der dazugehörigen Apps für iOS und Android, die auf die spezifischen Wünsche der Klägerin und deren Geschäftskonzept zugeschnitten waren. Hierfür mussten Features programmiert und das Erscheinungsbild des Auftritts individualisiert werden. Auf die Vertragsbeziehung kommt folglich das Werkvertragsrecht (Art. 363 ff. OR) zur Anwendung, wovon auch die Parteien ausgehen (Klage Rz. 89). Hieran ändert nichts,

⁵⁴ GAUCH (Fn. 52), N. 334.

dass der Leistungsumfang zu Beginn des Projekts noch nicht vollumfänglich feststand (vgl. Ziff. 3.1 und 5.4 des Vertrages), sondern im Laufe der Arbeiten konkretisiert wurde. Das Werk muss im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht bestimmt, sondern lediglich bestimmbar sein.⁵⁵ Entscheidend ist, dass die Parteien nicht nur ein sorgfältiges Tätigwerden im Rahmen des Projekts, sondern die erfolgreiche Umsetzung der Internetplattform anstrebten, wobei sie für die Lieferung des Arbeitsergebnisses einen festen Preis sowie feste Termine vereinbarten.

6. Vertragsbeendigung durch die Klägerin

6.1. Parteibehauptungen

6.1.1. Klage

Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe den vertraglich vereinbarten Ablieferungstermin vom 28. Februar 2021 nicht eingehalten und sich seither in Verzug befunden (Klage Rz. 40). Die Klägerin habe sich daraufhin wiederholt nach dem Stand der Dinge erkundigt und sei von der Beklagten wiederholt entweder getröstet worden oder habe keine Reaktion erhalten (Klage Rz. 42; KB 32).

Aus den E-Mails der Klägerin vom 10. bis 18. November 2020 gehe klar hervor, dass die Internetplattform damals noch in keiner Weise fertiggestellt gewesen sei. So seien auf der Internetplattform in Bezug auf die einzelnen Leistungen noch nicht die vereinbarten Icons erschienen, die Chatfunktionen sowie die Favorit-Funktion hätten nicht funktioniert, die Formatierung nicht gestimmt, Übersetzungen seien noch nicht gemacht und Benachrichtigungen den Anbieterinnen nicht zugestellt worden, Google Maps sei noch nicht korrekt eingebunden gewesen etc. (Klage Rz. 34). Die Klägerin habe von der Beklagten in der Folge nie die Rückmeldung erhalten, dass die in diesen E-Mails wiedergegebenen Mängel behoben bzw. die aufgeführten Arbeiten erledigt worden seien. Deshalb habe sie stets davon ausgehen müssen, dass die Mängel noch bestehen bzw. die Arbeiten noch nicht erledigt worden seien (Klage Rz. 35). Der Vertragsschluss sei im Februar 2021 und damit nach der Zwischenabnahme vom November 2020 erfolgt. Die Beklagte habe den Vertrag mithin im Wissen der bestehenden Mängel bzw. im Wissen der noch offenen Arbeiten abgeschlossen (Klage Rz. 36).

Mit Schreiben vom 31. August 2021 habe die Klägerin der Beklagten eine erste Nachfrist bis zum 30. September 2021 zur vertragsgemässen Fertigstellung der Internetplattform angesetzt (Klage Rz. 11, 43). Die Beklagte habe mit E-Mail vom 4. September 2021 erklärt, es sei alles erledigt und um eine Liste gebeten, die aufzeige, was noch offen oder mangelhaft umgesetzt worden sei (Klage Rz. 45). Mit Schreiben vom 9. September 2021 habe die Klägerin um Mitteilung der Abnahmebereitschaft und Zurverfügungstellung sämtlicher notwendiger Zugriffe, Links, Logins etc. gebeten,

⁵⁵ GAUCH (Fn. 52), N. 381; HUGUENIN (Fn. 44), N. 256.

um eine Endabnahme i.S.v. Ziff. 7.3 des Vertrages durchzuführen (Klage Rz. 46). In der Folge habe die Klägerin der Beklagten sämtliche E-Mails von November 2020 zu nicht behobenen Mängeln erneut zugestellt (Klage Rz. 47 ff.; KB 34, 23 - 31, 34, 36 - 43). Schliesslich habe die Klägerin die Beklagte gebeten, ihre Abnahmebereitschaft anzuzeigen. Sie habe darauf hingewiesen, dass dies gemäss Ziff. 7.1 des Vertrages voraussetze, dass sämtliche Funktionen und Leistungen vorgängig durch die Beklagte erfolgreich getestet worden seien (Klage Rz. 50; KB 34). Die Beklagte habe daraufhin gefragt, welche der Inputs noch nicht erledigt worden seien. Sie habe damit verkannt, dass es ihre Aufgabe als Lieferantin gewesen sei, die bei ihr in Auftrag gegebenen Arbeiten durchzuführen und der Klägerin mitzuteilen, sobald diese erledigt gewesen seien. Es sei in einem solchen Projekt nicht Aufgabe der Kundin, vor Anzeige der Abnahmebereitschaft über die erledigten und noch nicht erledigten oder mangelhaft ausgeführten Arbeiten der Lieferantin Buch zu führen und diese immer wieder im Einzelnen auf noch zu erledigende Arbeiten hinweisen. Entsprechend sei im Vertrag festgehalten worden, dass die Projektleitung der Beklagten obliege (Klage Rz. 51).

Mit E-Mail vom 3. Oktober 2021 habe die Beklagte ausgeführt, dass bei ihr alles und noch mehr als vereinbart klappen würde. Sie habe die Klägerin aufgefordert, eine Abnahme durchzuführen (Klage Rz. 11, 54). Die Klägerin habe diese Nachricht der Beklagten als sinngemässe Anzeige der Abnahmebereitschaft verstanden und in der Folge mit der Abnahmeprüfung begonnen (Klage Rz. 11, 43 ff.). Am 8. Oktober 2021 habe die Beklagte der Klägerin schliesslich einen Link zugeschickt, mit welchem nach Aussage der Beklagten der Quellcode sowie sämtliche Logins und Infos dazu inkl. Technologieübersicht hätten abgerufen werden können (Klage Rz. 55; KB 44).

Bei der Abnahmeprüfung hätten sich jedoch diverse wesentliche Mängel gezeigt. Zudem seien von der Beklagten im Rahmen der Zwischenabnahme von November 2020 identifizierte und der Klägerin mitgeteilte Mängel offensichtlich nicht behoben bzw. ausstehende Arbeiten nicht erledigt worden. Damit sei der Klägerin klar geworden, dass die Beklagte die Internetplattform weder fertiggestellt noch sämtliche Funktionen und Leistungen vorgängig erfolgreich getestet habe. Die Voraussetzungen für eine Abnahme seien nicht vorgelegen, weshalb die Klägerin die Abnahme habe verweigern müssen (Klage Rz. 12, 56 ff., 67).

Dies habe die Klägerin der Beklagten am 17. November 2021 mitgeteilt (Klage Rz. 67; KB 47). Weiter habe die Klägerin der Beklagten in diesem Schreiben eine zweite Nachfrist bis am 7. Januar 2022 angesetzt, um die Internetplattform fertigzustellen. Auch diese Nachfrist habe die Beklagte ungenutzt verstreichen lassen (Klage Rz. 13, 68 ff.).

Die Beklagte habe der Klägerin mit E-Mail vom 18. November 2021 mitgeteilt, dass die Klägerin nicht den aktuellen Code getestet habe, sondern eine alte Version (Klage Rz. 70; KB 48). Die Beklagte versuche sich so ihrer Verantwortung zu entziehen. Sie führe sinngemäss aus, sie habe den Quellcode für die Internetplattform zwar fertig entwickelt und der Klägerin die fertiggestellte Version des Quellcodes übergeben, diesen Code aber nicht in eine Live-Umgebung transferiert (Klage Rz. 71; KB 48). Es sei dagegen zu halten, dass die Klägerin wiederholt Zugriffe auf eine Live-Umgebung gefordert habe und dass der Vertrag die Prüfung von Funktionen vorsehe, nicht des Codes. Die Beklagte räume so selbst ein, dass die Funktionen und Leistungen nicht vorab getestet worden seien, da hierfür ein "Deployment" erforderlich gewesen wäre. Im Dokument "C._____ Handover, 08.10.2021" (KB 46) bestätige die Beklagte ein Deployment. Ohnehin sei es in Softwareentwicklungsprojekten üblich, Funktionen zu prüfen, nicht den Code selbst. Dies sei zwischen den Parteien nie anders besprochen oder vereinbart worden (Klage Rz. 72).

Da das Projekt gescheitert sei, sei die Internetplattform zwar über die URL www.ddd.com verfügbar, indessen könnten keine Leistungen darüber gebucht werden (Klage Rz. 21). Am 11. Januar 2022 habe die Klägerin daher den Rücktritt vom Vertrag erklärt (Klage Rz. 13, 74).

6.1.2. Antwort

Die Beklagte bestreitet ein Rücktrittsrecht der Klägerin (Antwort Rz. 31 ff.). Die Beklagte habe die geschuldete Vertragsleistung mehrfach und über den geschuldeten Vertragsumfang hinaus erbracht (Antwort Rz. 31). Das Werk sei vollendet und mehrfach abgeliefert worden, u.a. am 12. Juli 2019, 24. Juli 2019, 20. August 2019, 23. August 2019, 23. September 2020 und 6. Mai 2021. Der Source Code sowie alle dazugehörigen Dateien seien bis 2021 sogar mehrfach bereitgestellt worden. Ebenso habe es Live Deployments für Kunden sowie Testings gegeben (Antwort Rz. 37; AB 25, 47 und 48). Aus dem Verlauf der Apps und Deployments sei ersichtlich, dass die Beklagte die Internetplattform abgeliefert habe (Antwort Rz. 39; AB 18, 50). Am 23. August 2019 sei die Version der Internetplattform komplett zur Verfügung gestellt worden und habe in allen Stores einwandfrei funktioniert (Antwort Rz. 42; AB 52).

Die Tatsache, dass der Vertrag explizit festhalte, die letzte Leistungsabrechnung müsse erst nach der erfolgreichen Endabnahme der Plattform und nach Ablieferung der Dokumentation erfolgen, beweise, dass die Klägerin die Endabnahme gemacht habe. Hätte die Endabnahme nicht stattgefunden, hätte die Klägerin nicht freiwillig vor Fälligkeit bezahlt. Das Werk sei zum Zeitpunkt der Bezahlung der letzten Tranche der Pauschalvergütung am 25. Oktober 2019 abgenommen worden (Antwort Rz. 61, 63). Die Beklagte habe damit bereits im Jahr 2019 die Internetplattform abgeliefert,

dann ein Jahr nichts mehr von der Klägerin gehört und im Jahr 2021 nochmals alle Aktualisierungen aus Goodwill vorgenommen (Antwort Rz. 44).

Spätestens mit dem E-Mail vom 27. Januar 2021 mit dem Vermerk "Basisversion ist erledigt" sei die Ablieferung seitens der Klägerin bestätigt worden. Angesichts dieser Sachlage verstehe sich die Reaktion der Beklagten in ihrer E-Mail vom 3. Oktober 2021 dahingehend, "dass alles und noch mehr als vertraglich geschuldet war, funktionieren würde". Dass die Klägerin diese Rückmeldung als Anzeige der Abnahmebereitschaft gedeutet und mit einer Abnahmeprüfung begonnen habe, ändere nichts an der gegenteiligen Sach- und Rechtslage (Antwort Rz. 39; AB 25, 30 und 50). Somit sei die Klägerin nicht zum Rücktritt nach Art. 377 OR berechtigt gewesen (Antwort Rz. 32). Sollte die Vollendung verneint werden, so hätte die Klägerin der Beklagten sämtliche bereits erbrachten Aufwendungen für die Vertragserfüllung zu vergüten (Antwort Rz. 33). Auch ein Rücktritt gestützt auf Art. 107 Abs. 1 OR sei ausgeschlossen, da die Beklagte ihre Hauptleistungspflicht mit der Zurverfügungstellung der funktionsfähigen Internetplattform am 23. August 2019 erfüllt habe (Antwort Rz. 34).

In Bezug auf die von der Klägerin aufgelisteten Mängel stellt sich die Beklagte im Wesentlichen auf den Standpunkt, diese seien weder wesentlich noch von der Beklagten zu beheben gewesen (Antwort Rz. 82; 92). Die erwähnten einzelnen Leistungen hätten nur deshalb nicht funktioniert, weil nicht die aktuelle Version getestet worden sei (Antwort Rz. 66; AB 70). An anderer Stelle behauptet die Beklagte, es habe sich um Dysfunktionalitäten der alten Version gehandelt, die mangels Updates fehlerhaft geworden sei. Dies sei von der Klägerin zu verantworten gewesen, die es unterlassen habe, die nötigen Wartungen auszuführen (Antwort Rz. 91 f.). Die am 23. August 2019 zur Verfügung gestellte Version der Internetplattform habe in allen Stores einwandfrei funktioniert (Antwort Rz. 42). Ohnehin sei die Rügefrist für die behaupteten Mängel im Oktober 2021 längst abgelaufen (Antwort Rz. 43). Die geschuldete Dokumentation sei zudem im Source Code dokumentiert und alle Daten zur Erstellung seien mitgeliefert worden. Dies entspreche dem vertraglich vereinbarten Leistungsumfang und sei zudem verkehrsübliche Best Practice (Antwort Rz. 57, 78).

Die Klägerin habe es versäumt, die Daten anzusehen und den Source Code auszuführen, obwohl sie die Beklagte mehrfach darauf hingewiesen habe. Ebenso habe sie die Klägerin darauf aufmerksam gemacht, dass ein Account für IOS und Android Stores hätte erstellt werden müssen, um die App an den Kunden abzugeben. Auch hätten Hosting und Server gefehlt. Die Klägerin habe es zudem versäumt, die Profile zu erstellen, was sie auch zugestehe (Antwort Rz. 38, 68; AB 29, 30, 49, 71 f.).

Die Klägerin versuche im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens, das Problem der ihrerseits nicht durchgeführten Wartungsarbeiten zu lösen. Da

diese nicht mehr im vertraglichen Leistungsumfang enthalten gewesen seien und kein Wartungsvertrag abgeschlossen worden sei, versuche die Klägerin unter Verdrehung der Tatsachen, die Schuld für das Scheitern des Projekts der Beklagten zuzuschieben. Die Klägerin habe schlicht kein Interesse mehr an der Plattform. Die Ablieferung habe aber längst stattgefunden. Im Oktober 2021 habe die Beklagte aus reinem Goodwill erneut den Source Code geliefert und neue Module entwickelt. Diese Leistungen seien ausserhalb des Vertragsrahmens erfolgt und bis heute nicht vergütet worden (Antwort Rz. 40).

Sodann bestreitet die Beklagte, dass es sich bei der am 17. November 2021 angesetzten Nachfrist um eine den Vertragsrücktritt rechtfertigende Nachfrist gehandelt habe und dass die Klägerin am 11. Januar 2022 rechtsgültig habe den Rücktritt aussprechen können (Antwort Rz. 45).

Ferner dürfe sich die Vertragspartei, die den Rücktritt erklären wolle, nicht selbst im Schuldnerverzug befinden. Die Klägerin habe aber, wie sie selbst zugebe, trotz mehrfacher Mahnung der Beklagten nur die Hälfte des vereinbarten Betrags der Change-Vereinbarung bezahlt (Antwort Rz. 35). Die Beklagte sei daher gestützt auf Art. 82 OR berechtigt, die Einrede des nicht bzw. nicht gehörig erfüllten Vertrages geltend zu machen und jegliche weitere Leistung zu verweigern (Klage Rz. 76).

6.1.3. Replik

In ihrer Replik hält die Klägerin im Wesentlichen an ihrem Standpunkt fest. Sie führt aus, die Beklagte verkenne mit ihren Ausführungen die Tatsache, dass sich die Parteien im gegenseitigen Einvernehmen im Sommer 2020 auf die Fortsetzung des Projekts geeinigt und Anfang 2021 rückwirkend einen Vertrag geschlossen hätten (Replik Rz. 10, 49).

Die Beklagte habe die Internetplattform im Sommer 2019 nicht fertiggestellt. Sie habe lediglich die damalige Version der C._____ App iOS in den App Store geladen. Man sei sich einig gewesen, dass es sich dabei nicht um die finale Version gehandelt habe. Die weiteren geschuldeten Applikationen habe die Beklagte der Klägerin nicht zur Verfügung gestellt (Replik Rz. 13, 26 ff., 113). Auch bestreitet die Klägerin, dass sie es versäumt habe, die Daten anzusehen und den Source Code auszuführen und dass die Beklagte die Klägerin darauf aufmerksam gemacht habe, dass sie einen Account für iOS und Android Stores erstellen müsse und dass Hosting und Server fehlen würden (Replik Rz. 103 f.).

Aus der Bezahlung der Vergütung könne die Beklagte nichts ableiten. Erstens sei die Internetplattform nie fertiggestellt worden, weshalb die Klägerin vor November 2021 gar nie eine Abnahmeprüfung habe durchführen können. Zweitens gehe aus diversen E-Mails der Klägerin hervor, dass sie mit den Leistungen der Beklagten nicht zufrieden gewesen sei. Hätte die

Endabnahme bereits stattgefunden, hätten die Parteien keinen Vertrag geschlossen (Replik Rz. 145 ff.).

Nach dem Projektunterbruch habe die Klägerin die Ablieferung der Internetplattform verlangt (Replik Rz. 14, 44 f.). Im Sommer 2020 habe man sich im Rahmen der Wiederaufnahme des Projekts darauf geeinigt, zu welchen Konditionen dieses weitergeführt werde (Replik Rz. 28). Die Klägerin sei sogar dazu bereit gewesen, aufgrund des Unterbruchs notwendige Updates ("Changes") zusätzlich zu bezahlen, obwohl die Beklagte die Internetplattform nie fertiggestellt habe (Replik Rz. 14).

Im Zuge der Wiederaufnahme sei man sich einig gewesen, dass zwischen Entwicklungsleistung an der Internetplattform (Entwicklung von noch nicht verfügbaren Funktionen, Behebung von Mängeln) einerseits und Updates andererseits zu unterscheiden sei. Während erstere in der Pauschale von Fr. 90'000.00 enthalten seien, seien letztere zusätzlich zu vergüten gewesen (Replik Rz. 15, 46 ff.). Entsprechend habe man bei der Change-Vereinbarung eine Abgrenzung vorgenommen, welche noch anfallenden Arbeiten als Changes (d.h. Updates) zu verstehen und zusätzlich zu vergüten gewesen seien und welche im ursprünglichen Leistungsumfang enthalten gewesen seien. Letztere habe man als Fixes bezeichnet (Replik Rz. 46, 141). Mit keinem Wort habe die Beklagte im Hinblick auf die Change Vereinbarung festgehalten, dass sie die Ansicht vertrete, die Internetplattform bereits im Sommer 2019 fertiggestellt zu haben (Replik Rz. 47).

Im November 2020 habe im gemeinsamen Einvernehmen eine Zwischenabnahme stattgefunden. Die Klägerin habe der Beklagten detailliert mitgeteilt, welche Funktionen noch nicht vorlagen bzw. fehlerhaft umgesetzt worden seien (Replik Rz. 16).

Die Klägerin habe am 27. Januar 2021 darauf hingewiesen, dass sie die Version vom Sommer 2019 als Basisversion erachtete, aber keineswegs als Version gemäss Vereinbarung. Die Internetplattform sei nicht fertiggestellt, geschweige denn abgenommen worden. Die Beklagte habe den Ablieferungstermin vom 28. Februar 2021 akzeptiert, indem sie der Aussage der Klägerin nicht widersprochen und den Vertrag unterzeichnet habe (Replik Rz. 41).

Eines der Hauptprobleme in Bezug auf die C._____ App IOS und auf sämtliche anderen Lieferobjekte sei gewesen, dass durch die Klägerin auf der Plattform über das Lieferobjekt C._____ Super-Admin Web für die Anbieter keine Profile hätten erstellt werden können. Dies ergebe sich aus der E-Mail vom 16. Juli 2019 und sei von der Beklagten nie behoben worden. Nur die Beklagte habe Profile anlegen können (Replik Rz. 39). Schliesslich habe die Beklagte der Klägerin keine technische Dokumentation, sondern lediglich ein Dokument zugesendet, das als Übergabedokument

bezeichnet worden sei. Dabei handle es sich um ein Übersichtsdocument, in keiner Weise jedoch um eine technische Dokumentation. Zudem habe die Klägerin kein Benutzerhandbuch erhalten. Beides sei vertraglich zugesichert worden (Klage Rz. 64, Replik Rz. 136 ff.).

Die Klägerin sei gestützt auf Art. 107 ff. OR vom Vertrag zurückgetreten, da sich die Beklagte mit der Ablieferung des geschuldeten Werkes in Verzug befunden habe. Art. 377 OR sei nicht anwendbar (Replik Rz. 91 ff.).

6.1.4. Duplik und Schlussvortrag der Beklagten

In ihrer Duplik hält die Beklagte daran fest, die erste App-Version der Plattform im August 2019 fertiggestellt zu haben. Es seien bereits Buchungen darauf gelaufen (Duplik Rz. 6, 11, 82 f.). Alle Apps würden eine Vorprüfung durch den App Store durchlaufen. Nur wenn diese erfolgreich sei, würden sie für die Kunden zum Download freigeschaltet (Duplik Rz. 11, 28, 32, 38). Auch habe die Klägerin mit E-Mail vom 16. Juli 2019 geschrieben: *"Die Bezahlung der restlichen offenen 15'000 CHF inkl. MWST erfolgt zeitgleich mit der «Vollendung» des Projekts. C._____ überweist den offenen Rechnungsbetrag ebenso in Ratenzahlungen bis Projektschluss"*. Damit habe die Klägerin selbst die Fertigstellung/Vollendung und den damit einhergehenden Projektabschluss mit der Zahlung der letzten Rate bestätigt (Duplik Rz. 23 f., 43, 69).

Danach seien auf Wunsch der Klägerin Redesigns erfolgt, wozu es erneute Offerten, Erbringung der Leistung, Feedback und neue Rechnungsstellung zu einem Freundschaftspreis von Fr. 300.00 gegeben habe (Duplik Rz. 6 ff.). Im Januar 2020 sei die Plattform mit den Änderungswünschen der Klägerin, welche die Beklagte im Goodwill ausgeführt habe, erneut abgeliefert worden. Es habe nie einen Wartungsauftrag gegeben und die Beklagte könne nicht für einen Schaden verantwortlich gemacht werden, der von der Klägerin infolge mehrmonatiger Funkstille und nicht ausgeführten Aktualisierungen verschuldet worden sei (Duplik Rz. 7).

Es habe keine "Wiederaufnahme" bzw. eine diesbezügliche Einigung gegeben. Die Klägerin habe sich nach einem Jahr Funkstille wieder gemeldet und habe Updates und Redesigns gewollt. Die Beklagte sei nur aus Goodwill tätig geworden (Duplik Rz. 25, 41).

Die Basisversion habe die Funktionen umfasst, die zu Beginn als Umfang definiert worden seien. Diese seien im Sommer 2019 geliefert und dann schrittweise veröffentlicht worden. Die *erweiterte Version* habe ferner weitere Redesignarbeiten, Rechnungsmodule und Automatisierungen, Google Maps Integration für die Anbieter-Radius-Setzung, Umstellung der Zahlungsintegration auf *Braintree* sowie weitere kosmetische Wünsche umfasst. Diese Erweiterungen hätten nichts mit der Basisversion zu tun gehabt und seien als Goodwill ohne zusätzliche Kosten entwickelt worden. Auf

Wunsch der Klägerin zwei Jahre später sei ein Link erstellt und der Code am 8. Oktober 2021 als Paket übergeben worden (Duplik Rz. 37). Die von der Klägerin erwähnten *Fixes* seien kleinere Anpassungen, die auf Goodwill-Basis von der Beklagten übernommen worden seien. Für diese Arbeiten 1 - 2 Jahre nach Fertigstellung schulde die Beklagte keinen Erfolg. Sie sei dafür auch nicht bezahlt worden (Duplik Rz. 42, 50).

Im Januar 2021 sei es erneut zu einer Ablieferung der App gekommen. Am 16. Januar 2021 und im Call vom 26. Januar 2021 seien das Update präsentiert worden, worauf alle *Tasks Done* und *READY FOR TESTING* definiert worden seien. Daraufhin habe die Beklagte die Apps auf allen Plattformen neu veröffentlicht und die Klägerin für alle Plattformen die Info im E-Mail erhalten (Duplik Rz. 54; AB 37).

Schliesslich bestreitet die Beklagte das Vorliegen wesentlicher Mängel. Die bestrittenen Mängel seien der Klägerin zuzuschreiben (Duplik Rz. 78). Ohnehin sei die Rügefrist für Mängel abgelaufen (Duplik Rz. 81).

In ihrem Schlussvortrag führt die Beklagte aus, sollte das Gericht von einer fehlenden Ablieferung des Werks ausgehen, dürfe dies nur die Changes betreffen, welche im August 2020 für eine Vergütung von Fr. 6'462.00 (inkl. MwSt.) vereinbart worden seien. Die erste Projektphase sei im Jahr 2019 mit Ablieferung des Werks abgeschlossen worden (Rz. 28).

6.2. Rechtslage

6.2.1. Ablieferungsverzug

Beim Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (Art. 363 OR).

Der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk rechtzeitig herzustellen und abzuliefern.⁵⁶ Kommt der Unternehmer mit der *Ablieferung* des geschuldeten Werkes in Verzug (Art. 102 OR; Schuldnerverzug), bestimmt sich die Rechtslage nach den allgemeinen Art. 103 - 109 OR und nicht nach Art. 366 Abs. 1 OR (sog. Herstellungsverzug).⁵⁷ Dies gilt auch, wenn sich der Unternehmer zu Teillieferungen verpflichtet hat und mit der Ablieferung des letzten Teiles in Verzug gerät.⁵⁸

Der Unternehmer gerät in Verzug, wenn die Verbindlichkeit – die Pflicht zur Herstellung eines Werkes – fällig ist und der Besteller ihn durch Mahnung in Verzug gesetzt hat (Art. 102 Abs. 1 OR). Keine Mahnung ist notwendig, wenn die Parteien als Erfüllungszeitpunkt einen Verfalltag verabredet haben (Art. 102 Abs. 2 OR). Sind im Werkvertrag der Ablieferungstermin oder

⁵⁶ GAUCH (Fn. 52), N. 645 f.

⁵⁷ BGE 115 II 50 E. 2a; GAUCH (Fn. 52), N. 659; FRÖHLICH-BLEULER (Fn. 52), N. 617, 619.

⁵⁸ GAUCH (Fn. 52), N. 691.

die Teillieferungstermine durch ein Kalenderdatum bestimmt, so handelt es sich um bestimmte Verfalltage i.S.v. Art. 102 Abs. 2 OR, sofern der Unternehmer nach dem Verständnis der Vertragsparteien verpflichtet ist, das Werk spätestens an diesem Tag abzuliefern.⁵⁹ Demnach kommt der Unternehmer im Werkvertrag automatisch und ohne Mahnung in Schuldnerverzug, wenn der Ablieferungstermin oder die Teillieferungstermine kalendermässig bestimmt sind und das geschuldete Werk trotz Eintritt des Ablieferungstermins noch nicht vollendet oder das vollendete Werk noch nicht abgeliefert wurde.⁶⁰

Sind die genannten Verzugsvoraussetzungen erfüllt, so treffen den Unternehmer die Verzugsfolgen nach Art. 103 - 109 OR. Die wichtigste und für den vorliegenden Fall relevante Verzugsfolge besteht im Recht des Bestellers, nach fruchtlosem Ablauf einer angesetzten (angemessenen) Nachfrist (Art. 107 Abs. 1 OR) durch unverzügliche Erklärung auf die ausstehende Leistung zu verzichten (Art. 107 Abs. 2 OR) und bei Verschulden des Unternehmers⁶¹ entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens (positives Interesse) zu verlangen (Art. 107 Abs. 2 OR) oder vom Werkvertrag zurückzutreten (Art. 107 Abs. 2 OR / Art. 109 OR) und Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens (negatives Interesse⁶²) zu fordern (Art. 109 Abs. 2 OR).⁶³

Im letzteren Fall hat der Besteller dem Unternehmer, der sich in Verzug befindet, die diesem entstandenen Kosten nicht zu ersetzen.⁶⁴ Dies bedeutet, dass der Besteller die Vergütung auch für die bereits geleistete Arbeit verweigern und eine schon erbrachte Vergütungsleistung zurückfordern kann (Art. 109 Abs. 1 OR). Umgekehrt verliert er seinen Anspruch auf das Werk und muss einen allenfalls erhaltenen Werkteil T. _____ um Zug gegen die zurückverlangte Vergütungsleistung zurückgeben.⁶⁵

6.2.2. Beweislastverteilung

Wer einen Anspruch geltend macht, hat die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen. Demgegenüber liegt die Beweislast für die rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei, welche das Erlöschen des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Nach dieser Grundregel hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu beweisen, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt. Die Erfüllung der Vertragspflicht als wichtigster Fall des Erlöschens

⁵⁹ BGE 116 II 441 E. 2a; BGer 4A_232/2011 vom 20. September 2011 E. 4.2; GAUCH (Fn. 52), N. 647 und 675 in Fn. 145 m.w.N.

⁶⁰ GAUCH (Fn. 52), N. 659 m.w.N.

⁶¹ GAUCH (Fn. 52), N. 662a m.w.N.

⁶² BGE 123 III 16 E. 4b m.w.N.

⁶³ GAUCH (Fn. 52), N. 662 m.w.N.

⁶⁴ GAUCH (Fn. 52), N. 683.

⁶⁵ BGE 116 II 450 E. 2a; GAUCH (Fn. 52), N. 684.

der Obligation (Art. 114 Abs. 1 OR) hat dagegen jene Partei zu beweisen, welche dies behauptet.⁶⁶ Im Streit um die Folgen des Schuldnerverzugs hat demnach unverändert der Schuldner die Erfüllung, hier die Vollendung des Werkes, zu behaupten und beweisen.⁶⁷ Demgegenüber hat die Gläubigerin die verzugsbegründenden Umstände (Mahnung oder Verfalltag, die Ansetzung einer Nachfrist oder deren Entbehrlichkeit), den rechtzeitigen Verzicht auf Realerfüllung und gegebenenfalls die Rücktrittserklärung sowie den Schaden nach Massgabe seines positiven oder negativen Interesses zu beweisen. Wird der Vertrag rückabgewickelt, trägt jede Partei die Beweislast für die rückgeforderte Leistung oder den an deren Stelle tretenden Wert- und Schadenersatz.⁶⁸

6.2.3. Vertragsauslegung

6.2.3.1. Konsens- und Auslegungsstreit

Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich (Art. 1 Abs. 1 OR). Sind sich die Parteien zwar einig, dass ein Vertrag zustande gekommen ist, ist aber dessen Inhalt umstritten, so liegt kein Konsensstreit (Streit über den Vertragsabschluss),⁶⁹ sondern ein Auslegungsstreit (Streit über den Vertragsinhalt) vor.⁷⁰ Diesen löst das Gericht, indem es den Vertrag auslegt und den vereinbarten Inhalt des Vertrags ermittelt.⁷¹

6.2.3.2. Arten der Vertragsauslegung

Der Inhalt eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, d.h. nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR).⁷² Haben sich die Parteien tatsächlich richtig, d.h. nach dem erklärten wirklichen Willen verstanden und stimmen die Willen überein, so liegt ein natürlicher Konsens vor. Die subjektive Auslegung zielt auf die Rekonstruktion des tatsächlichen Parteiwillens ab.⁷³

Die subjektive Vertragsauslegung basiert auf einer Beweismwürdigung.⁷⁴ Jede Partei ist für die von ihr behaupteten Tatsachen beweissbelastet, die einer tatsächlichen Willensübereinstimmung in dem von ihr behaupteten Sinn zugrunde liegen.⁷⁵

⁶⁶ BGE 128 III 271 E. 2a; BK ZGB-WALTER, 2012, Art. 8 N. 542 ff.

⁶⁷ BK ZGB-WALTER, 2012, Art. 8 N. 580; ebenso HGer ZH, HG200129-O E. 4.2.6

⁶⁸ BK ZGB-WALTER, 2012, Art. 8 N. 580 m.w.N.

⁶⁹ Vgl. zum Konsensstreit GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 45), N. 309 ff.

⁷⁰ Vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 45), N. 1197 f.

⁷¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 45), N. 1196.

⁷² BGE 131 III 467 E. 1.

⁷³ BGer 4A_112/2020 vom 1. Juli 2020 E. 3.2.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 45), N. 1200.

⁷⁴ BGE 121 III 118 E. 4b/aa; BGer 4A_291/2018 vom 10. Januar 2019 E. 3.4.1. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 45), N. 1200.

⁷⁵ BGE 121 III 118 E. 4b/aa; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 45), N. 1201a.

Kann der tatsächliche Wille der erklärenden Partei nicht in einer dem anwendbaren Beweismass genügenden Art festgestellt werden, sind die Erklärungen der Parteien zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens anhand des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (objektivierte Auslegung).⁷⁶ Dabei hat das Gericht von vernünftig und redlich handelnden Parteien auszugehen⁷⁷ und darauf abzustellen, was sachgerecht ist, da nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben.⁷⁸

Die objektivierte Vertragsauslegung stellt eine Rechtsfrage dar.⁷⁹

6.2.3.3. Vorgang der Auslegung

Bei der Vertragsauslegung wird zwischen den Auslegungsmitteln (Erkenntnisquellen für die Auslegung) und den Auslegungsregeln (Interpretationsgrundsätze) unterschieden.⁸⁰

6.2.3.3.1 Auslegungsmittel

Primäres Auslegungsmittel ist der Wortlaut. Der klare Wortlaut hat den Vorrang vor weiteren Auslegungsmitteln, es sei denn, er erweise sich aufgrund anderer Vertragsbedingungen, dem von den Parteien verfolgten Zweck oder weiterer Umstände als nur scheinbar klar.⁸¹ Mangels anderer Anhaltspunkte ist anzunehmen, dass die Parteien die Worte gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch verwendet haben. Weiter ist die Vertragssystematik zu berücksichtigen, indem der Wortlaut stets im Zusammenhang, in dem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen ist.⁸²

Neben dem Wortlaut sind als ergänzende Auslegungsmittel im Rahmen einer ganzheitlichen Auslegung die Begleitumstände des Vertragsschlusses, die Entstehungsgeschichte des Vertrags (bspw. die Vertragsverhandlungen, Materialien wie Vertragsentwürfe, Prospekte oder ähnliches), die Interessenlage der Parteien bei Vertragsabschluss (bspw. die Beweggründe und Erwartungen der Parteien), die allgemeinen persönlichen Verhältnisse und die allgemeinen Lebensverhältnisse sowie der Zweck der

⁷⁶ BGE 143 III 157 E. 1.2.2 m.w.N., 121 III 118 E. 4b/aa; BGer 4A_112/2020 vom 1. Juli 2020 E. 3.2.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 45), N. 1201; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2020, N. 33.01 ff.

⁷⁷ BGE 143 III 558 E. 4.1.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 45), N. 1201.

⁷⁸ BGE 122 III 420 E. 3a m.w.N.; BGer 4A_539/2016 vom 7. März 2017 E. 8.3.2 m.w.N.; BSK OR I-WIEGAND, 7. Aufl. 2020, Art. 18 N. 13; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 45), N. 1201.

⁷⁹ BGer 4A_291/2018 vom 10. Januar 2019 E. 3.4.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 45), N. 1201.

⁸⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 45), N. 1204; HUGUENIN (Fn. 44), N. 286.

⁸¹ BGE 133 III 61 E. 2.2.1; BGer 4A_370/2010 vom 31. Mai 2011 E. 5.3. Vgl. ausführlich zu den einzelnen Auslegungsmitteln: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 45), N. 1205 ff.

⁸² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 45), N. 1206 ff., 1220 und 1228; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, 4. Aufl. 2015, Art. 18 N. 374 ff.

Vereinbarung zu berücksichtigen.⁸³ Nachträgliches Parteiverhalten ist nur bei der subjektiven, nicht aber der objektivierten Auslegung von Bedeutung.⁸⁴

6.2.3.3.2. Auslegungsregeln

Zu den Auslegungsregeln gehören insbesondere die Auslegung nach Treu und Glauben, das Verbot der Buchstabenauslegung, die ganzheitliche Auslegung, die gesetzeskonforme Auslegung und die Unklarheitsregel.⁸⁵

Das *Verbot der Buchstabenauslegung* besagt, dass die Auslegung eines Vertrags nicht beim buchstäblichen Sinn des verwendeten Worts haften bleiben darf. Eine rein grammatikalische, formalistische Auslegung ist unzulässig.⁸⁶ Die *ganzheitliche Auslegung* verlangt, dass die einzelne Vertragsbestimmung unter Mitberücksichtigung des Vertragsganzen auszulegen ist. Demnach sind Vertragssystematik und Vertragszweck mit zu berücksichtigen.⁸⁷ Die *gesetzeskonforme Auslegung* fordert, dass Abreden, die vom dispositiven Recht abweichen, eng auszulegen sind, und dass im Zweifel diejenige Auslegung den Vorzug verdient, die dem dispositiven Recht entspricht.⁸⁸ Versagen alle übrigen Auslegungsregeln, finden subsidiär weitere Regeln Anwendung, zu denen unter anderem die *Unklarheitenregel* gehört.⁸⁹

6.3. Ablieferungstermin

6.3.1. Rechtslage

Der Ablieferungstermin bezeichnet jenen Zeitpunkt, in dem die Ablieferung des (vollendeten) Werkes fällig wird (Art. 75 OR).⁹⁰ Er kann von den Parteien vertraglich bestimmt werden.⁹¹ Ob die Parteien einen "bestimmten Verfalltag" i.S.v. Art. 102 Abs. 2 vereinbart haben, beurteilt sich nach dem Inhalt des konkreten Vertrages.⁹² Ist der Ablieferungstermin im Werkvertrag durch ein Kalenderdatum bestimmt, so handelt es sich um einen Verfalltag i.S.v. Art. 102 Abs. 2 OR, sofern der Unternehmer nach dem Verständnis

⁸³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 45), N. 1212 ff.; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (Fn. 82), Art. 18 N. 385 ff.

⁸⁴ BGE 144 III 93 E. 5.2.3; BGer 4A_291/2018 vom 10. Januar 2019 E. 3.4.1.

⁸⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 45), N. 1222 ff.; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (Fn. 82), Art. 18 N. 449 ff.

⁸⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 45), N. 1228; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (Fn. 82), Art. 18 N. 470 f.

⁸⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 45), N. 1229; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (Fn. 82), Art. 18 N. 472 ff.

⁸⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 45), N. 1230; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (Fn. 82), Art. 18 N. 492 f., je mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

⁸⁹ BGE 122 III 118 E. 2d; BGer 4A_47/2015 vom 2. Juni 2015 E. 7.4.

⁹⁰ GAUCH (Fn. 52), N. 646.

⁹¹ GAUCH (Fn. 52), N. 646 f.

⁹² GAUCH (Fn. 52), N. 648.

der Vertragsparteien verpflichtet ist, das Werk spätestens an diesem Tag von sich aus abzuliefern.⁹³

Haben die Parteien einen Vollendungstermin (nicht aber einen Ablieferungstermin) vereinbart, so stellt sich die Frage, wann das vollendete Werk zur Ablieferung fällig wird. In sinngemässer Anwendung des Art. 75 OR ist das vollendete Werk sogleich nach der Vollendung abzuliefern, was bedeutet, dass der Ablieferungstermin praktisch mit dem Vollendungstermin zusammenfällt, höchstens aber um kurze Zeit differiert.⁹⁴

6.3.2. Würdigung

Die Parteien haben für die Erbringung der Werkleistung einzelne Meilensteine ("Milestones") vereinbart. Diese werden im Vertrag auch als *Fertigstellungstermine* bezeichnet. Die entsprechende Regelung in Ziff. 11 des Vertrages vom 4. Februar 2021 lautet wie folgt (KB 2):

"Die Parteien vereinbaren folgende verbindliche Fertigstellungstermine (Milestones):

- Fertigstellung der Konzeption, des Prototyps und Pflichtenhefts bis zum 31.12.2018
- Fertigstellung der Basisversion bis zum 31.07.2020
- Fertigstellung der Endversion bis zum 28.02.2021"

Weiter wird festgehalten, dass die Nichteinhaltung dieser Termine bedeutet, dass der Lieferant in Verzug gerate (Ziff. 11 zweiter Abschnitt).

Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 4. Februar 2021 lagen die Fertigstellungstermine für die Konzeption, den Prototyp, das Pflichtenheft (31. Dezember 2018) sowie für die Basisversion (31. Juli 2020) bereits in der Vergangenheit (KB 2 Ziff. 11). Bevorstehend war noch der Termin für die Fertigstellung der Endversion (28. Februar 2021) (KB 2 Ziff.11). Demnach befand sich die Beklagte, sofern sie den als verzugsbegründend vereinbarten bzw. kalendermässig bestimmten Meilenstein "Fertigstellung der Endversion" verpasste, am 1. März 2021 ohne Mahnung i.S.v. Art. 102 Abs. 1 OR automatisch in Ablieferungsverzug.

6.4. Vollendung der "Endversion" der Plattformen

6.4.1. Rechtslage

Abgeliefert wird das Werk durch die Übergabe oder durch die ausdrückliche oder stillschweigende Mitteilung des Unternehmers, es sei vollendet.⁹⁵ Die Ablieferung entspricht vom Standpunkt des Bestellers aus der *Abnahme* des Werkes, weshalb die Abnahme mit der Ablieferung des Werks

⁹³ BGE 116 II 441 E. 2a; BGer 4A_232/2011 vom 20. September 2011 E. 4.2; GAUCH (Fn. 52), N. 647 und 675 in Fn. 145 m.w.N.

⁹⁴ GAUCH (Fn. 52), N. 652.

⁹⁵ BGer 4A_298/2019 vom 31. März 2020 E. 6.1; GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N. 87.

zusammenfällt.⁹⁶ Klar zu unterscheiden ist die Abnahme von der *Genehmigung*, mit welcher der Besteller gegenüber dem Unternehmer seinen Willen äussert, das abgelieferte Werk als vertragsgemäss erstellt gelten zu lassen. Das Gesetz regelt die Übergabe eines Werks also in drei Stufen: die Ablieferung des vollendeten Werks durch den Unternehmer, die Abnahme durch den Besteller zur Prüfung, die Genehmigung nach erfolgter Prüfung.⁹⁷

Die Ablieferung und Abnahme des Werks setzen demnach voraus, dass das Werk *vollendet* ist.⁹⁸ Ein Werk gilt als vollendet, wenn alle vereinbarten Arbeiten unter Mitberücksichtigung allfälliger Beststellungsänderungen ausgeführt worden sind, das Werk also fertiggestellt ist.⁹⁹ Hingegen ändert sich nichts an der Vollendung des Werkes, wenn Nachbesserungsarbeiten zur Beseitigung von Werkmängeln ausstehen. Die Mangelfreiheit des Werkes bildet mit anderen Worten keine Voraussetzung für dessen Ablieferung und Abnahme.¹⁰⁰ Liefert der Unternehmer das geschuldete und vollendete Werk rechtzeitig ab, so bleiben die Verzugsregeln aus dem Spiel, auch wenn das abgelieferte Werk mangelhaft ist. Diesfalls kommen die Regeln über die Mängelhaftung (Art. 367 ff. OR) zur Anwendung.¹⁰¹

Leidet das Werk jedoch an so erheblichen Mängeln oder weicht es sonst so sehr vom Verträge ab, dass es für den Besteller unbrauchbar ist oder dass ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann, so darf er diese verweigern (Art. 368 Abs. 1 OR). Fehlen hingegen nur kleinere Arbeiten zur Vollendung des Werkes, gilt die Abnahme trotz der Mängel als erfolgt, da die Verweigerung der Abnahme missbräuchlich erscheint.¹⁰² Auch mehrere Mängel, welche je einzeln keine Abnahmeverweigerung rechtfertigen würden, können das Werk insgesamt als unfertig erscheinen lassen. Bei komplexen Informationssystemen ist zu beachten, dass generell mit gewissen Anlaufschwierigkeiten zu rechnen ist.¹⁰³

Die Unterscheidung zwischen einem fertiggestellten und einem mangelhaften Werk kann mitunter schwierig sein.¹⁰⁴ Als elementares Kriterium gilt, ob der Unternehmer ein fertiges, gebrauchsfähiges Werk abgeliefert hat und

⁹⁶ BGE 115 II 456 E. 4; BGer 4A_298/2019 vom 31. März 2020 E. 6.1; GAUCH (Fn. 52), N. 97 f., 651; SIEGENTHALER, Die Mängelhaftung bei der Lieferung von Maschinen, 2000, N. 82.

⁹⁷ BGer 4A_298/2019 vom 31. März 2020 E. 6.1.

⁹⁸ BGE 115 II 456 E. 4; GAUCH (Fn. 52), N. 101.

⁹⁹ BGE 115 II 456 E. 4; 113 II 264 E. 2b; BGer 4A_298/2019 vom 31. März 2020 E. 6.1; GAUCH (Fn. 52), N. 101 ff. und 2466; Koller, Schweizerisches Werkvertragsrecht, 2015, N. 496.

¹⁰⁰ BGer 4A_298/2019 vom 31. März 2020 E. 6.1; GAUCH (Fn. 52), N. 102, 106. m.w.N.

¹⁰¹ GAUCH (Fn. 52), N. 659.

¹⁰² BGer 4A_51/2007 vom 11. September 2007 E. 4.5; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, 7. Aufl. 2020, Art. 367 N. 3.

¹⁰³ STRAUB (Fn. 52), S. 254.

¹⁰⁴ STRAUB (Fn. 52), S. 253 F. M.W.N

der Besteller erkennen konnte, dass die Arbeiten beendet sind und er demzufolge gehalten ist, das Werk zu prüfen.¹⁰⁵

Bei der Bestellung von Individualsoftware gehört zur Vollendung regelmässig auch die Durchführung eines System-Tests sowie die Installation des Systems.¹⁰⁶ Nichterfüllung liegt vor, wenn das System nicht produktiv eingesetzt werden kann. Schlecht erfüllt ist der Vertrag, wenn das System grob mangelhaft ist, so dass es nur eingeschränkt oder nur mit erheblichem zusätzlichem Zeit- und Ressourcenaufwand für den produktiven Betrieb genutzt werden kann.¹⁰⁷ In BGE 124 III 456 E. 4c entschied das Bundesgericht in einem Fall betreffend Softwarelieferung, den es unter den kaufrechtlichen Sachgewährleistungsregeln prüfte, dass die Ablieferung der Software – und damit der Beginn der Prüfungs- und Rügeobliegenheit – erst dann erfolgt sei, als die Installation abgeschlossen war und die Bestellerin das System produktiv, mit echten Betriebsdaten und unter echten Einsatzbedingungen, in Gebrauch genommen hat. Erst ab diesem Zeitpunkt sei eine nach dem üblichen Geschäftsgang tunliche Prüfung möglich gewesen.¹⁰⁸

Hat der Besteller einen vertraglichen Anspruch auf eine Benutzerdokumentation, ohne die er das Werk nicht oder nicht sachgemäss benutzen kann, ist das vollendete Werk erst abgeliefert, wenn dem Besteller auch die mitgeschuldete Benutzerdokumentation ausgehändigt wurde.¹⁰⁹

6.4.2. Würdigung

6.4.2.1. Vollendung der Basisversion

Der Vertrag vom 4. Februar 2021 sieht wie dargelegt drei Milestones vor, wobei insbesondere zwischen Basisversion und Endversion unterschieden wird (KB 2 Ziff. 11).

Aus dem Austausch der Parteien vom 26. und 27. Januar 2021 im Vorfeld der Vertragsunterzeichnung (AB 37; KB 77) ergibt sich das Verständnis der Parteien zu den beiden Versionen. So schrieb die Beklagte zu Ziff. 5.2. des Vertrages:

"Projektleitung Endtermin anpassen da nicht bekannt bzw. nie kann der gesetzt werden. Da damals bereits alles entwickelt und getestet und abgenommen wurde (1 Jahr keine Rückmeldung daher abgenommen und erledigt)."

Die Klägerin antwortete:

¹⁰⁵ HGer ZH, HG 110021-O E. 2.4; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, 7. Aufl. 2020, Art. 367 N. 3.

¹⁰⁶ GAUCH (Fn. 52), N. 102; FRÖHLICH-BLEULER (Fn. 52), N. 987 ff.

¹⁰⁷ SURY, Digital in Law, Informatikrecht, 2. Aufl. 2021, S. 116, 118.

¹⁰⁸ BGE 124 III 456 E. 4c.

¹⁰⁹ GAUCH (Fn. 52), N. 94; FRÖHLICH-BLEULER (Fn. 52), N. 991.

"Endtermin wird angepasst auf 28.02.2021. Ich erachte 31.07.2020 als Basisversion, weil dann per 01.08.2020 wieder alles aufgenommen wurde und die Endversion gemacht wird noch mit zusätzlichen Changes, die auch noch zusätzlich bezahlt werden für Aktualisierungen und Anpassungen etc."

Zu Ziff. 11 des Vertrages fragte die Beklagte nochmals, worin die Basis- und worin die Endversion bestehe, da bereits mehr gemacht worden sei, als damals (2019) spezifiziert worden sei. Die Klägerin erwiderte:

"Basis- und Endversion haben wir jetzt glaub mehrmals besprochen. Die Basisversion haben wir nun hinter uns und sind daran, die Endversion zu bekommen. Hierfür müssen noch die vereinbarten Punkte im Rahmen des Budgets dieses Vertrages bis 28.02.2021 erledigt sein und das Produkt muss funktionieren. Aber auch die Dinge, die die C._____ noch zusätzliche für Aufwände und Changes kostet (die aktuelle offene Rechnung vom 1.09.2020 welche mit der Endabnahme umgehend bezahlt werden)."

Die Beklagte brachte ihren Unmut über den ihr bereits angefallenen Aufwand in dieser Korrespondenz deutlich zum Ausdruck. Sie schlug sodann auch Varianten für die künftige Abrechnung der Kosten (für einzelne Arbeiten oder monatlich) vor. Dennoch unterzeichnete sie *danach* und *nachdem* die Klägerin ihr mit E-Mail vom 27. Januar 2021 geantwortet hatte, die streitgegenständliche Vertragsurkunde, welche zwischen der Basis- und der Endversion unterscheidet und überdies die Fertigstellung im Rahmen des bisher vereinbarten Budgets vorsieht.

Vor diesem Hintergrund ist es müßig, darüber zu streiten, ob die geschuldete Plattform im Jahr 2019 fertiggestellt worden ist oder sich damit auseinanderzusetzen, wann welche Applikation in welcher Version aufgeschaltet wurde, zumal die diesbezüglichen Ausführungen der Parteien auch inkonsistent sind. Die Parteien einigten sich mit Abschluss des Vertrages vom 4. Februar 2021, dass die Endversion noch ausstehend sei und die Klägerin anerkannte damit gleichzeitig, dass die Basisversion vorliegt. Die Parteien zeigen dieses Vertragsverständnis überdies auch in den Rechtsschriften (Replik Rz. 41, Duplik Rz. 37). In Bezug auf die Vollendung der finalen Version ("Endversion"), welche zur Endabnahme (Vertrag Ziff. 7.3.) gelangen sollte, ist damit indessen noch nichts gewonnen.

Es ist im Folgenden zu prüfen, was die Parteien unter der "Endversion" der Plattform C._____ verstanden und ob die Beklagte diese abgeliefert hat. Auf die Frage, ob sich der Vertragsrücktritt der Klägerin auch auf die Basisversion beschlägt, ist an späterer Stelle einzugehen (E. 6.6.2.).

6.4.2.2. Voraussetzung der Endversion

Nachdem es zwischen Sommer 2019 und Sommer 2020 zu einem Projektunterbruch gekommen war, während dem keine Updates an Bibliotheken, Quellcodes etc. durchgeführt wurden, testete die Klägerin die Plattformen im Juli 2020 (vgl. E-Mail von F._____ vom 27. Juli 2020; KB 20 S. 5) und sandte der Beklagten eine Liste, aus welcher hervorging, welche Funktionen noch nicht vorlagen oder nicht funktionierten (Replik Rz. 48). Auf dieser Basis einigten sich die Parteien auf die Wiederaufnahme des Projekts (Klage Rz. 29; Antwort Rz. 62). In der entsprechenden "Change-Vereinbarung" vom 5. August 2020 (Klage Rz. 28 ff.; Antwort Rz. 62), welche zum Vertragsbestandteil erklärt wurde (KB 2 Ziff.2.2. und 6), sahen die Parteien vor, dass die Beklagte gewisse Arbeiten, welche in der Basisversion noch nicht vereinbarungsgemäss umgesetzt worden waren, noch erledige ("Fixes") und daneben weitere Arbeiten, welche aufgrund des Unterbruchs notwendig wurden oder vom ursprünglich vereinbarten Lieferumfang nicht gedeckt waren, als "Changes" ausführe. Für letztere wurde eine zusätzliche Vergütung von Fr. 6'462.00 (inkl. MwSt.) vereinbart (Klage Rz. 30 f.; Antwort Rz. 63; Replik Rz. 14; KB 19 - 21). Die auszuführenden Arbeiten lassen sich der Excel-Übersicht in KB 21 entnehmen, wobei jeweils markiert ist, ob es sich um einen "Fix" handelt, für welchen keine Zahlung verlangt wurde oder um einen "Change". In ihren Rechtsschriften halten die Parteien die "Fixes" und "Changes" indessen nicht klar auseinander.

Die Einwände der Beklagten, wonach es sich dabei um einen neuen Werkvertrag gehandelt habe, der separat vom ursprünglichen zu beurteilen sei (Duplik Rz. 45) oder dass sie die Arbeiten nur aus "Goodwill" erbracht habe und daher keinen Erfolg schulde (Duplik Rz. 42), sind nicht stichhaltig. Die Parteien legten im Werkvertrag vom 4. Februar 2021 fest, dass die Beklagte *die Endversion* bis Ende Februar 2021 schulde. Auch der wiederholte Hinweis der Beklagten, sie habe die Arbeiten unter dem Marktpreis angeboten – wofür sie jedoch keinen Beweis vorgelegt hat – ist nicht entscheidend. Die Beklagte führt selbst aus, dass dies unter anderem im Hinblick auf einen künftigen Wartungsvertrag geschah (Duplik Rz. 42).

Zwischen dem 10. und dem 18. November 2020 testete die Klägerin die Plattformen und liess der Beklagten zwischen dem 10. und dem 18. November 2020 neun E-Mails mit vorzunehmenden "Fixes" für die C._____ App Android, die C._____ App iOS, die C._____ Web App, der C._____ Web App auf mobilen Endgeräten, der myC._____ (iOS und Android App) und der myC._____ Web App sowie den Auftritt im Apple- und Google Play Store zukommen (KB 23 - 31). Dabei stellte sie insbesondere fest, dass die vereinbarten Icons zu den einzelnen Leistungen noch nicht erschienen, die Chat- und Favorit-Funktionen nicht liefen, die Formatierung teilweise nicht stimmte, Übersetzungen noch nicht gemacht worden waren, den Anbieterinnen Benachrichtigungen nicht zugestellt wurden und *Google Maps* nicht richtig in die Seite eingebunden war, was sich darin äusserte, dass die

Suche einer Adresse nicht möglich war (Klage Rz. 34; KB 23 - 31). Die Beklagte bestreitet das Vorliegen dieser Probleme im November 2020 nicht. Soweit sie diese darauf zurückführen möchte, dass die Klägerin eine falsche Version getestet habe (Antwort Rz. 66), dürften sich ihre Ausführungen auf den Test im November 2021 und nicht im November 2020 beziehen. Zumindest kann sie die entsprechende Behauptung für November 2020 nicht belegen, findet sich in AB 70 eine E-Mail der Beklagten vom 18. November 2021, in welcher diese auf ein Schreiben des Rechtsvertreters der Klägerin vom 17. November 2021 Bezug nimmt. An anderer Stelle behauptet die Beklagte, die Probleme seien der Nicht-Aktualisierung der Schnittstellen und Integrationen durch die Klägerin geschuldet (Duplik Rz. 14). Da sich die Beklagte im August 2020 aber zu deren Ausmerzung verpflichtete (vgl. KB 21), ist dieses Vorbringen nicht schlüssig. Schliesslich führt auch die Beklagte aus, sie sei erneut tätig geworden, habe die neuen Module demonstriert, den Source Code abgeliefert und die Störung behoben (Antwort Rz. 68; Duplik Rz. 14). Auch hier bringt die Beklagte indessen Daten durcheinander, sind die von ihr in diesem Zusammenhang eingereichten, vom 18. Juli 2019 datierenden Meeting-Notizen (AB 71) für den Beweis der behaupteten Tatsache ebenso untauglich wie die E-Mail der Beklagten vom 23. Januar 2022, welche ohnehin erst nach Vertragsrücktritt der Klägerin erfolgte (AB 72).

Vor diesem Hintergrund schlossen die Parteien den Vertrag vom 4. Februar 2021 ab. Wie ausgeführt gab die Beklagte zwar auch zu verstehen, dass sie der Ansicht war, mehr als genug gemacht zu haben und dass die Basisversion abgeliefert und abgenommen worden war (E-Mail der Beklagten vom 29. Oktober 2020; KB 81). Die Klägerin gab daraufhin zu verstehen *"Unter «Endversion» (Extra mit Gänsefüsschen, weil wir ja beide wissen, dass es nie ein Ende gibt bei so was) meine ich, die Realisierung des Projekts im Rahmen des vorherigen und neuen Budgets für Fixes und Changes, also nach offiziellem Testen aller Stores und nachdem wir die Endabnahme durchgeführt haben, da mal ein Cut machen können und zu monatlichem Support übergehen können."* (KB 81). Wie zuvor ausgeführt, wiederholte sich diese Konversation im Januar 2021 (E. 6.4.2.1.).

Dass die Beklagte den Vertrag am 4. Februar 2021 unterschrieben hat, kann nur so verstanden werden, dass die Beklagte und die Klägerin letztlich darin übereinstimmten, dass die Endversion zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorlag und die Beklagte diese einschliesslich der Behebung der im November 2020 bemängelten Probleme zu erstellen hatte. Dieses Vertragsverständnis brachten beide Parteien auch im weiteren Austausch im Jahr 2021 zum Ausdruck. So hatte die Klägerin vermehrt nach, wie es mit der Entwicklung aussehe (E-Mail vom 11. März 2021; KB 32 S. 10), wann sie alle Applikationen prüfen könne (E-Mails vom 15. März 2021 und 2. Mai 2021; KB 32 S. 8 f.) und drängte auf eine Produktivsetzung ("Go-Live"; E-Mails vom 2. Mai und vom 11. Mai 2021 [KB 32 S. 3, 8 und 10; KB 34]). Die

Beklagte wies in der Korrespondenz im Jahr 2021 stets darauf hin, bereits viel Geld in das Projekt investiert zu haben (E-Mails vom 13. März 2021, 2. Mai 2021, 11. Mai 2021; KB 32 S. 2, 7, 10), erklärte gleichzeitig aber auch, dass sie "weiter Vollgas" und "alles" gebe (E-Mails vom 13. März 2021 und 2. Mai 2021; KB 32 S. 10 und 7). Auch mit E-Mail vom 15. September 2021 hielt die Klägerin daran fest, dass sie die Behebung der Fixes gemäss E-Mails von November 2020 sowie die Ausführung der Changes gemäss Excel-Tabelle als noch offene Vertragsleistung betrachtete (KB 34 S. 7). E._____ widersprach dem nicht, sondern fragte gleichentags nach, was nicht erledigt gewesen sei (KB 34 S. 7).

Indem sich die Beklagte im Februar 2021 zur Lieferung der Endversion sämtlicher zum Konzept "C._____" gehörenden Plattformen verpflichtete, verpflichtete sie sich auch dazu, die notwendigen Schritte vorzunehmen, damit die Plattform für die jeweiligen Zielgruppen nutzbar werde. Dies umfasste mitunter die Behebung von "Dysfunktionalitäten" der alten Version, sofern sie diesem Zweck entgegenstanden. Daran ändert nichts, dass Wartungsarbeiten üblicherweise zum Gegenstand eines eigenen Wartungsvertrages gemacht werden.¹¹⁰ Soweit der aufgrund der fehlenden Upgrades entstandene Aufwand nicht bereits durch die Change-Vereinbarung vom 5. August 2020 gedeckt war, hat die Beklagte im Wissen um die fehlenden Upgrades den Vertrag unterschrieben und sich zur Ablieferung der Endversion zum Pauschalpreis zuzüglich des vereinbarten Preises für die Changes verpflichtet, ohne einen entsprechenden Vorbehalt anzubringen.

Die *Endversion* der Plattform(en) definiert sich demnach als *Basisversion* + *Fixes & Changes* gemäss der Vereinbarung vom 5. August 2020 + *Fixes* gemäss E-Mails vom 10. - 18. November 2020. Die Detail-Anforderungen an die vollendete Plattform (Endversion) entnehmen sich vorweg den in Ziff. 2.2. des Vertrages aufgeführten Dokumenten. Geschuldet waren als Produkt eine Webanwendung sowie die mobilen Applikationen für Android und iPhone, über die Beauty Services angeboten und durch Kunden gebucht werden können, jeweils mit separatem Zugriff für Anbieter, Kunden und Administratoren (Klage Rz. 24, KB 6, 8; vgl. vorstehend E. 5.2.2.). Schliesslich hatte die Beklagte auch eine verständliche Dokumentation zu liefern. Gemäss Ziff. 3.3. des Vertrags enthält die vollständige Dokumentation ein Benutzerhandbuch sowie den Quellcode inklusive der für dessen Bearbeitung notwendigen Informationen und technischen Dokumente (KB 2).

6.4.2.3. Keine Vollendung der Endversion

Die Beklagte konnte nicht nachweisen (vgl. E. 6.2.3.), dass sie eine diesen Anforderungen entsprechende Endversion der Plattformen abgeliefert hat.

¹¹⁰ SLONGO WAGEN, Softwareherstellungsvertrag, 1991, S. 46, 93

Nachdem sich die Klägerin am 11. März 2021 nach dem Stand der Entwicklung erkundigt und nachgefragt hatte, wann sie die Apps auf ihre Funktionalität und Qualität prüfen könne, antwortete die Beklagte am 13. März 2021, sie sei gut vorangekommen, habe ein Update gepusht und werde weiter Vollgas geben (KB 32 S. 10). Die Klägerin erkundigte sich daraufhin mehrmals erneut nach dem Stand der Dinge und bat um Bestätigung, dass sie alle Plattformen durchgehen und prüfen könne, wurde von der Beklagten aber wiederholt vertröstet oder erhielt keine Reaktion (KB 32).

Die Beklagte behauptet eine Ablieferung am 6. Mai 2021. An diesem Datum wurde gemäss AB 25 die Version 1.4.1. der C._____ App im iOS App Store "Ready for Sale" markiert. Dies bedeutet jedoch nur, aber immerhin, dass die Beklagte die App bei Apple eingereicht hat, dass die App den Genehmigungsprozess von Apple erfolgreich durchlaufen hat und dass sie zum Download oder Kauf im App Store verfügbar war. Im Genehmigungsprozess prüft Apple, ob die App den Richtlinien des App Stores entspricht. Zur Vertragskonformität der C._____ App iOS, den weiteren Apps und der Website sagt dies nichts aus.

An anderer Stelle behauptet die Beklagte, den Source Code sowie alle dazugehörigen Daten bis 2021 bereitgestellt zu haben und dass mehrere Source Code Abgaben sowie Live Deployments für Kunden sowie Testings stattgefunden hätten (Antwort Rz. 37). Da die Beklagte diese Aussagen, welche von der Klägerin bestritten wurden, nicht substantiiert hat, können hierüber auch keine Beweise abgenommen werden. Die Antwortbeilagen 25 und 47 enthalten ohnehin nur Daten der Versionsveröffentlichung der G._____ und myC._____ App im iOS App Store. Aus dem Auszug der Server Deployments in AB 48 geht aufgrund der Unix-Timestamps (fünfte Spalte) lediglich hervor, dass im Zeitraum vom 4. Juli 2019 bis 28. August 2020 Änderungen an der Webapplikation C._____ vorgenommen wurden, d.h. dass Änderungen mit "git pull" übernommen wurden. Im Übrigen ist das Dokument nicht verständlich und es kann daraus insbesondere nicht abgeleitet werden, welche Änderungen vorgenommen wurden und ob die bestellte Webapplikation läuft.

Die Beklagte stellt sich in ihrer Antwort selbst auf den Standpunkt, es habe keine Anzeige der Abnahmebereitschaft mehr stattgefunden (Antwort Rz. 88 und 94). Dies ist bereits ein gewichtiges Indiz dafür, dass es nicht zur Ablieferung der Endversion gekommen ist. Mit E-Mail vom 15. September 2021 teilte E._____ mit, dass die Fixes sowie die Erweiterungen gemacht worden seien (KB 34 S. 5f.). Am 22. September 2021 erklärte die Beklagte, nochmals alle neuen Elemente zu prüfen (KB 34 S. 4). Am 3. Oktober 2021 liess E._____ verlauten, dass bei der Beklagten *"alles und noch mehr als damals vereinbart"* klappe (KB 34 S. 1 f.).

Am 8. Oktober 2021 schickte die Beklagte der Klägerin das "C._____ Handover" mit den Source Codes, dem "Deployment-Status", Logins und der Technologieübersicht (KB 44, 46).

Die Klägerin führte in der Folge die Abnahme durch. Aus ihrem Abnahmeprotokoll vom 12. November 2021 wird ersichtlich, dass die Beklagte gerade die offenen Arbeiten gemäss den E-Mails der Klägerin vom 10. bis 18. November 2020 überwiegend nicht ausgeführt hat (KB 45). Die Beklagte versucht sich im Wesentlichen mit den Argumenten zu behelfen, dass die Ursachen der Mängel im Verantwortungsbereich der Klägerin liege, welche keine Updates vorgenommen habe (Antwort Rz. 92). Nachdem bereits festgestellt wurde, dass sich die Beklagte zur Vornahme der notwendigen Updates verpflichtet hatte, hilft ihr dies nicht weiter. Die Beklagte hätte aufzuzeigen gehabt, inwiefern sie die Endversion abgeliefert hat, welche diese Mängel gerade nicht mehr aufweisen sollte.

Weiter steht fest, dass die letzte Version des Quellcodes nicht in eine Live-Umgebung transferiert (deployed) worden war (Klage Rz. 71). Im Dokument "C._____ Handover 08.10.2021" ist in Bezug auf "*Backend & WebApp*" festgehalten: "*the latest changes are not deployed (they are part of the source code package)*" (KB 46 = AB 66). Damit war der Klägerin die Vornahme eines Abnahmetests gar nicht möglich, womit das Werk nicht als abgeliefert gelten kann (vgl. oben E. 6.4.1). In Bezug auf die iOS und die Android Applikation war der neuste Code gemäss dem Dokument "C._____ Handover" vom 8. Oktober 2021 zwar "deployed". Im Abnahmeprotokoll der Klägerin wird indessen auch für diese Applikationen festgehalten: "*Die meisten oben erwähnten wesentlichen Mängel waren bereits im November 2020 erwähnt worden.*" (KB 45, S. 4, 6 und 8), womit die Basisversion nicht in die Endversion überführt wurde.

Soweit die Beklagte vorbringt, die Klägerin habe eine alte Version (diejenige von 2019 [Antwort Rz. 91 f.]) getestet, die Beklagte sei aber vertraglich nicht verpflichtet gewesen, das Deployment für die Klägerin durchzuführen (Antwort Rz. 100), kann ihr nicht gefolgt werden. Der Vertrag lässt die Frage nach der Verantwortung für das Deployment im Sinne der Bereitstellung der Software der Produktionsumgebung, so dass sie für den Nutzer zugänglich und nutzbar ist, auf den ersten Blick zwar offen. Unter Ziff. 7 halten die Parteien jedoch fest, dass der Lieferant getestete Funktionen und Leistungen zur Abnahme zu bringen hat, welche vom Besteller zu prüfen sind (KB 2 Ziff.7). Hierfür kann die Ablieferung des Source Codes nicht genügen, ausser es läge zusätzlich eine für den Besteller verständliche Anleitung vor, die ihm erklärt, wie der Code genutzt werden kann. Daher obliegt es üblicherweise der Entwicklerin, die Software in einer Umgebung zur Verfügung zu stellen, in welcher diese genutzt werden kann.¹¹¹ Entsprechend

¹¹¹ Vgl. BGE 124 III 456 E. 4c; vgl. vorne E. 6.4.1.

hat auch die Beklagte jeweils die Apps in den App Stores "deployed", wie sie selbst ausführt, bzw. diese zur Publikation eingereicht (vgl. Duplik Rz. 23, 25, 34, 43). Auch in ihrer E-Mail vom 1. März 2022 erkennt die Beklagte implizit an, dass sie für das Deployment verantwortlich ist (AB 75). Natürlich war es der Beklagten nur möglich, das Deployment durchzuführen, wenn der hierfür notwendige Zielsever und die entsprechende Hosting-Infrastruktur vorhanden waren. Die Beklagte hat ihre Vorbringen, wonach es daran gefehlt hätte (Antwort Rz. 38, 68), aber nicht substantiiert. Ohnehin entnimmt sich ein solches den von ihr angerufenen Beweismitteln nicht.

6.4.2.4. Zwischenergebnis

Da die vertraglich geschuldete Endversion der C. _____-Plattform nicht vollendet oder zumindest nicht deployed wurde, konnte keine Abnahme stattfinden und das Werk kann nicht als abgeliefert gelten. Folglich stand der Klägerin das Recht zu, nach Ablauf einer (angemessenen) Nachfrist (Art. 107 Abs. 1 OR) auf die ausstehende Leistung zu verzichten (Art. 107 Abs. 2 OR).

6.5. Nachfristansetzung und Rücktrittserklärung

Mit Schreiben vom 17. November 2021 setzte die Klägerin der Beklagten eine letzte Nachfrist bis zum 7. Januar 2022 an, um die Internetplattform fertigzustellen und ihr die Abnahmebereitschaft anzuzeigen (KB 47). Die Nachfrist ist ohne Weiteres angemessen. Mit Schreiben vom 11. Januar 2022 erklärte die Klägerin sodann unverzüglich und unmissverständlich den Rücktritt vom Vertrag. Gleichzeitig stellte sie klar, dass sie sich die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen vorbehalte und die Konventionalstrafe von Fr. 209'000.00 fordere (KB 50).

6.6. Wirkungen des Rücktritts

6.6.1. Rechtslage

6.6.1.1. Verzugsfolgen von Art. 109 OR

Die Klägerin hat auf die Leistung der Beklagten verzichtet und sich für den Rücktritt vom Vertrag entschieden (Art. 107 Abs. 2 OR). Dessen Konsequenzen regelt Art. 109 OR. Im Unterschied zum Rücktritt nach Art. 377 OR begründet der Vertragsrücktritt des Bestellers infolge Verzugs des Unternehmers keinen Anspruch des Unternehmers auf Schadloshaltung.¹¹² Vielmehr hat er zur Folge, dass der Vertrag grundsätzlich mit Wirkung *ex tunc* aufgelöst wird, wobei er in ein Abwicklungsverhältnis überführt wird.¹¹³ Dies bedeutet, dass der Besteller die Vergütung auch für die bereits geleistete Arbeit des Unternehmers verweigern und eine schon erbrachte Vergütungsleistung zurückfordern darf (Art. 109 Abs. 1 OR). Umgekehrt verliert

¹¹² GAUCH (Fn. 52), N. 683 f.

¹¹³ BGE 114 II 152 E. 2c; BSK OR I-WIEGAND, 7. Aufl. 2020, Art. 109 N. 4 f.

er seinen Anspruch auf das Werk (auch soweit es bereits ausgeführt ist) und muss einen allenfalls erhaltenen Werkteil zurückgeben.¹¹⁴

6.6.1.2. Auswirkung auf bereits erstellte Werkteile

Ein derartiger Vertragsrücktritt mit der gegenseitigen Rückabwicklung sämtlicher Leistungen kann für den Werkschuldner einschneidende Konsequenzen haben. Dies insbesondere dann, wenn der Unternehmer ein auf die individuellen Bedürfnisse des Bestellers zugeschnittenes (nicht ganz vollendetes) Werk zurücknehmen müsste, das nur eine beschränkte Verkehrstauglichkeit aufweist, ohne für den getriebenen Aufwand eine Entschädigung zu erhalten.¹¹⁵ GAUCH räumt dem Besteller daher nur ein Recht auf Rücktritt mit Wirkung *ex nunc* ein, wenn das Werk für den Besteller trotz Unvollständigkeit brauchbar ist und die Aufhebung des ganzen Vertrages den Unternehmer mit unverhältnismässigen Nachteilen belasten würde.¹¹⁶

Auch die Lehre zum allgemeinen Verzugsrecht schliesst den Rücktritt vom Vertrag insgesamt aus, wenn der Schuldner einer *teilbaren* Leistung nur eine Teilleistung erbracht hat und mit der Restleistung in Verzug geraten ist. Diesfalls soll der Rücktritt nur hinsichtlich des noch nicht erfüllten Leistungsteiles erfolgen können, wobei die Gläubigerin die dem erfüllten Leistungsteil entsprechende Gegenleistung zu erbringen hat.¹¹⁷ Ausnahmsweise soll der Rücktritt vom gesamten Vertrag zulässig sein, wenn entweder die Leistung *nicht teilbar* oder der schon erbrachte Teil der Leistung für die Verzugsgläubigerin *objektiv ohne Interesse* ist. Bei der Auslegung des Gläubigerinteresses soll darauf abzustellen sein, ob anzunehmen ist, die Gläubigerin hätte den Vertrag auch ohne die rückständige Teilleistung abgeschlossen.¹¹⁸ Ausgeschlossen soll der Rücktritt vom ganzen Vertrag hingegen sein, wenn der Schuldner dadurch unverhältnismässige Nachteile erleiden würde und die Teilleistung für die Gläubigerin brauchbar ist. Ein Rücktritt sei ebenfalls nicht möglich, wenn nur ein unwesentlicher Teil der Leistung ausstehend ist.¹¹⁹ Das Bundesgericht entschied im Zusammenhang mit dem Herstellungsverzug (Art. 366 Abs. 1 OR), dass die Bestellerin nicht ohne Weiteres nach Art. 366 Abs. 1 OR vom Vertrag zurücktreten könne, wenn sich die Unternehmerin bloss mit einer Teilleistung in Verzug befinde und die Leistung teilbar sei. Ein Gesamtverzicht ist nur zulässig, wenn die künftige Vertragserfüllung insgesamt als gefährdet erscheint und

¹¹⁴ GAUCH (Fn. 52), N. 683 f.

¹¹⁵ Vgl. BGE 141 III 106 E. 16.2.3.

¹¹⁶ GAUCH (Fn. 52), N. 688.

¹¹⁷ BK OR-WEBER/EMMENEGGER, 2. Aufl. 2020, Art. 107 N. 209 ff. und Art. 109 N. 34 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 14), N. 2813.

¹¹⁸ BK OR-WEBER/EMMENEGGER (Fn. 117), Art. 107 N. 214, Art. 109 N. 34; BSK OR-WIEGAND, 7. Aufl. 2020, Art. 107 N. 21, Art. 109 N. 10; KUKO OR-THIER, 1. Aufl. 2014, Art. 107 N. 13.

¹¹⁹ BK OR-WEBER/EMMENEGGER (Fn. 117), Art. 107 N. 214 m.w.N. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 14), N. 2813; vgl. zum Ganzen auch FRÖHLICH-BLEULER (Fn. 52), N. 650.

Vertragszweck und Interessenlage der Parteien dem nicht entgegenstehen.¹²⁰

Das Ausgeführte erscheint insbesondere im Zusammenhang mit Werkverträgen angezeigt, da die Wandelung bzw. der Rücktritt des gesamten Vertrages gemäss Art. 368 Abs. 1 und 2 OR eine gewisse Schwere der Vertragsverletzung voraussetzt.¹²¹ Unzumutbar ist die Annahme des Werks, wenn dem Besteller unter Berücksichtigung der gegenseitigen Interessen der Parteien nach Recht und Billigkeit nicht zumutbar ist, das mangelhafte Werk zu behalten. Dabei handelt es sich um eine Ermessensfrage.¹²²

6.6.2. Würdigung

Wie festgestellt wurde, befand sich die Beklagte mit der Ablieferung der Endversion in Verzug. Es stellt sich die Frage, ob der Rücktritt der Klägerin den gesamten Vertrag beschlagen kann oder nur denjenigen Teil, der zur Vollendung der Endversion noch fehlte.

6.6.2.1. Teilbarkeit der Leistung

Die Parteien vereinbarten gemäss Ziff. 5.4 des Vertrages zur Entwicklung der Plattform(en) C._____ ein agiles Vorgehen nach der "Scrum" und/oder KANBAN-Methode, einem "Entwicklungsprozess mit kurzen Entwicklungsschritten, mit dem das Produkt kontinuierlich "wächst"" (KB 2 Ziff. 5.4.). Jede Entwicklungseinheit ("Iteration") *"endet mit einem Meilenstein und umfasst als Ergebnis ein potenziell installierbares (Teil-)Produkt (mit messbaren Zielkriterien)." Die Iterationen wurden Gegenstand der Abnahmen, sofern dies vereinbart wurde (KB 2 Ziff. 7.1). In Ziff. 11 vereinbarten die Parteien wie gesehen drei verzugsbegründende Meilensteine (siehe E. 6.3.2.).*

Damit war die Leistung nach Ansicht der Parteien grundsätzlich teilbar. Wie gezeigt hat die Beklagte ihre Leistung bezüglich der Teile *"Konzeption, Prototyp und Pflichtenheft"* sowie *"Basisversion"* erbracht (E. 6.3.2. und 6.4.2.1.). Daran ändert nichts, dass die Parteien die finale Abnahme (Endabnahme; AB 2 Ziff. 7.3) nach Abschluss der "Endversion" vorbehalten haben und in Bezug auf die Basisversion noch "Fixes" erfolgen sollten (E. 6.4.2). Teil des beschriebenen Vorgehens ist gerade, dass die Plattformen in nachfolgenden Entwicklungseinheiten weiter verbessert und angepasst werden.

Keine Aufteilung haben die Parteien dagegen in horizontaler Sicht in Bezug auf die einzelnen Plattformen (C._____ App iOS, C._____ App Android, U-

¹²⁰ BGE 141 III 106 in Bezug auf den Rücktritt bei Herstellungsverzug; a.M. hingegen: GAUCH (Fn. 52), N. 675d; vgl. zum Ganzen auch Obergericht ZH LB150041-O7U vom 19. Februar 2016 E. 3.1.

¹²¹ KOLLER, OR AT I, 5. Aufl. 2023, N. 57.57.

¹²² BGer 4A_232/2016 vom 12. September 2016 E. 3.5.1.

Strasse, V-Strasse, C._____ Web App sowie C._____ Super Admin Web) vorgenommen.

Im Folgenden ist zu prüfen, ob der bislang erstellte Teil der Internetplattformen für die Klägerin trotz Unvollständigkeit brauchbar ist und ob ein Vertragsrücktritt ex tunc für die Beklagte nicht mit unverhältnismässigen Nachteilen verbunden ist.

6.6.2.2. Zumutbarkeit der Annahme der Teilleistung

6.6.2.2.1. Übersicht der Mängel

Die Beklagte hat die C._____ Apps iOS und Android, die myC._____ Apps iOS und Android sowie die Website mit Login Bereichen für die jeweiligen Anspruchsgruppen entworfen ("designed") und in der Basisversion abgeliefert. Die Webseite www.ddd.com ist derzeit im Internet nach wie vor erreichbar, erscheint in einem ansehnlichen Erscheinungsbild und scheint funktionsfähig. Im oberen Bereich befindet sich ein Menü mit den Kategorien "Haare", "Makeup", "Kosmetik", "Nägel", "Body", "Health", "Styling" und "Pakete". Unter diesen erscheinen Dropdown-Menüs mit Unterkategorien. Hauptbestandteil der Seite ist eine Suchleiste mit Feldern für die Eingabe eines Datums, Ortes und Services. Resultate ergibt die Suche nicht. Benutzer können sich durch die Angebote scrollen, Dienstleisterprofile ansehen und direkt Termine buchen (derzeit nicht möglich). Ausserdem werden im unteren Bereich der Website die mobilen Apps beworben (vgl. KB 5). Diese Apps für iOS und Android waren zumindest im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung für Nutzer in den jeweiligen Stores verfügbar (AB 25, 48).

Es stellt sich die Frage, ob die bereits erstellten Teile der Plattformen für die Klägerin als Anwenderin brauchbar sind bzw. ihr zugemutet werden kann, diesen Teil der Werkleistung anzunehmen. Dabei ist zu beachten, dass die Parteien im Vertrag definierten, dass die Endabnahme zurückgestellt werden kann, wenn die Plattformen wesentliche Mängel aufweisen. Auch wurde definiert, inwiefern sich ein wesentlicher von einem unwesentlichen Mangel unterscheidet: Ein wesentlicher Mangel liegt gemäss Vertrag dann vor, wenn Abweichungen von den vereinbarten Anforderungen vorliegen, welche die bestimmungsgemässe Nutzung der Software und der Funktionalitäten erheblich beeinträchtigen oder aufheben (KB 2 Ziff. 7.3.).

In diesem Zusammenhang ist auf die von der Klägerin bei ihrer Prüfung im November 2021 gerügten Mängel einzugehen. Sie erachtet die folgenden Mängel als wesentlich (Klage Rz. 57 ff; KB 45):

- 17 Mängel bezüglich die C._____ App IOS, unter anderem:
 - o Unmöglichkeit, das Passwort zurückzusetzen oder zu ändern;
 - o Keine Bestätigung der erfolgreichen Registrierung eines neuen Benutzers;

- Keine Möglichkeit, eine Kreditkarte zu hinterlegen, womit Zahlungen per Kreditkarte und PayPal nicht funktionierten;
 - Fehlerhafte Filterfunktion in der Suchleiste.
- 18 Mängel bezüglich die C._____ App Android, unter anderem:
 - Unmöglichkeit, das Passwort zurückzusetzen oder zu ändern;
 - Keine Bestätigung der erfolgreichen Registrierung eines neuen Benutzers;
 - Such- und Filterfunktion funktionierten nicht;
 - Gelegentlicher Absturz der App bei Nutzung der Chat-Funktion;
 - Auftreten von Problemen, bei Kontaktaufnahme des Anbieters via Chat-Funktion;
 - Unmöglichkeit der Zahlung per PayPal oder Kreditkarte.
- 11 Mängel bezüglich die myC._____ App iOS, unter anderem:
 - Der Anbieter wurde weder bei einer erfolgreichen Buchung noch bei einer Chat Nachricht mittels Push-Mitteilung benachrichtigt, vielmehr musste er/sie aktiv die App öffnen und die jeweiligen Eingänge prüfen;
 - Versendete Fotos können nicht gespeichert werden;
 - Die Wiedergabe bzw. Übersicht nach einer Buchung erfolgte nicht korrekt (trotz erfolgreicher Buchung erscheint der Betrag CHF 0.-);
 - Terminabsagen durch einen Anbieter waren nicht möglich;
 - Die Komptabilität bzw. Verknüpfungen mit anderen Applikationen wie Uber und Google Maps funktionierten nicht;
 - Die Feedbackfunktion funktionierte nicht.
- 4 Mängel bezüglich die H._____:
 - Es war einem Anbieter nicht möglich, im Kalender für Abwesenheiten einen Zeitblocker einzugeben;
 - Die Anzeige in den Buchungsdetails erschien nicht korrekt bzw. verschoben.
- 3 Mängel in Bezug auf die C._____ Web App inkl. User-Loginbereich, unter anderem sei Google Maps nicht richtig integriert worden und die Adresssuche dadurch nicht möglich gewesen.

Die Beklagte hat nicht bestritten, dass diese Dysfunktionalitäten der alten (Basis-)Version vorlagen. Diese wären im Rahmen der Ausführung der Endversion zu beheben gewesen (oben Ziff. 6.4.2.). Es stellt sich die Frage, ob sie auch die Annahme des abgelieferten Teilwerks für die Klägerin unzumutbar machen.

In Bezug auf die Webanwendung rügt die Klägerin allein die Integration von Google Maps und die Adresssuche, ohne dies zu präzisieren. Hierzu macht sie allerdings geltend, dass auf eine vollständige Abnahmeprüfung verzichtet worden sei, da die Voraussetzungen für eine Abnahme nicht gegeben gewesen seien. Die restlichen Mängel betreffen die Funktionen der iOS- und Android Apps. Dabei beschlagen mehrere der angeführten Probleme

zentrale Funktionen der zu erstellenden Plattformen, auf welchen Nutzer Beauty Dienste buchen und Dienstleister diese anbieten sollen.

Einschneidend für die Nutzung sind insbesondere die Probleme mit der Zahlungsabwicklung, welche bei der C._____ App iOS und der C._____ Android App auftreten. Die Parteien sahen vor, dass die Kunden und Anbieter unter anderem per Kreditkarte und Paypal bezahlen können sollten (Replik Rz. 56, Antwort Rz. 16; Duplik Rz. 53). Aus den "*Requirements for Technologies*" zum Zahlungsvorgang ergibt sich, dass die Hinterlegung und automatische Bezahlung mittels Kreditkarte eine Voraussetzung für die Plattformen war (KB 6 S. 4). Das Fehlen der Zahlungsfunktion begründet einen Mangel, der die Nutzung der beiden Apps und deren Zweck der Vermittlung von kostenpflichtigen Dienstleistungen wesentlich beeinträchtigt. Die Beklagte verweist lediglich auf die Umstellung auf Braintree (Antwort Rz. 16; Duplik Rz. 51 ff.) und legt eine E-Mail ins Recht, in der Braintree zur Vervollständigung der Accounterstellung eine Bestätigung der E-Mail-Adresse verlangte. Soweit ersichtlich wurde damit lediglich eine Testumgebung eingerichtet (AB 33). Jedenfalls lässt sich daraus nicht ableiten, dass diese Zahlungsmethode für die C._____ App IOS und die C._____ App Android implementiert wurde.

Auch die Möglichkeit, das Passwort zurückzusetzen, ist ein Erfordernis der C._____ App gemäss Ziff. 6 der "*Requirements for Technologies*" (KB 6). Das Zurücksetzen des Passworts ist eine grundlegende Funktion, deren Fehlen den Zugriff auf Benutzerkonten erheblich einschränkt. Dies allein macht die betroffenen Plattformen C._____ App iOS und C._____ App Android zwar nicht gänzlich unbrauchbar, ist es den Betroffenen doch möglich, direkt mit dem Administrator in Kontakt zu treten. Indessen erschwert der Mangel das Nutzungserlebnis der Plattformen erheblich.

Alsdann funktionierten bei den beiden Apps gemäss Ausführung der Klägerin auch die Filter- und Suchfunktionen nicht (Klage Rz. 57 f.). Die Beklagte hat sich zu diesen Vorwürfen nicht geäußert, weswegen sie als anerkannt gelten. Während eine abschliessende Bewertung der genannten "Filterfunktion" nicht möglich ist, ist offensichtlich, dass die Suchfunktion ein wichtiges Element für die Plattformen der Klägerin ist, stellt sie eine der Hauptmethoden dar, mit der Benutzer Dienstleistungen finden. Zwar könnte ein Benutzer auch durch die Menüs zum gewünschten Angebot gelangen. Braucht er hierfür aber zu viel Zeit oder findet er ein Angebot nicht auf Anhieb, wird er nicht zur Buchung übergehen und es besteht das Risiko, dass der Klägerin (potenzielle) Kunden verlustig gehen.

Schliesslich weisen die beiden Applikationen für Android und iOS für die Anbieter diverse Probleme auf, welche insbesondere den Buchungsprozess betreffen. Auch diese beeinträchtigen die Benutzererfahrung und die bestimmungsgemässe Nutzung der App in nicht unerheblicher Weise, ist

die korrekte und nachvollziehbare Darstellung der Buchungen wichtig für das Vertrauen in die Plattform und Voraussetzung, dass die Anbieter mit dieser arbeiten können.

6.6.2.2.2. Brauchbarkeit des Teilwerks

Für die Beurteilung der Brauchbarkeit und die Zumutbarkeit der Annahme der bisher erstellten Applikationen ist entscheidend, ob die Nachbesserung mit einem unangemessen grossen Aufwand verbunden wäre. Dabei ist vom Aufwand aus Sicht der Klägerin als Nutzerin auszugehen und nicht vom Aufwand, den die Beklagte selber als Entwicklerin hätte. Weiter ist auch zu berücksichtigen, dass die Klägerin beim vorliegenden Projekt, welches extra für sie entwickelt wurde, möglicherweise mehr Fehler in Kauf nehmen muss als bei einer Standardlösung, die weniger Flexibilität bietet.¹²³ Auch bedürfen IT-Systeme notorisch stetiger Aktualisierungs- und Wartungsleistungen.

Für die Fortentwicklung der Plattformen benötigte ein Drittlieferant insbesondere die technische Dokumentation und den Source-Code.¹²⁴ Die Brauchbarkeit des bisher gelieferten Teilwerks hängt entscheidend davon ab, wie gut der bestehende Code strukturiert ist und ob die nötigen technischen Grundlagen für die Einarbeitung der beschriebenen Funktionen vorhanden sind.

Die Parteien vereinbarten, dass die Beklagte eine verständliche und kopierbare Dokumentation zu liefern habe, die sowohl ein Benutzerhandbuch als auch den Quellcode inklusive der für dessen Bearbeitung notwendigen Informationen und technischen Dokumentationen enthält (KB 2 Ziff. 3.3). Zur technischen Dokumentation gehören grundsätzlich alle Unterlagen, die für den Betrieb, die Nutzung und die Wartung des Systems notwendig sind. Dazu zählen insbesondere die Benutzer- und Wartungsdokumentation sowie die Installationsanweisungen.¹²⁵ Dem Benutzerhandbuch können üblicherweise Informationen zur Installation und Einrichtung, Beschreibungen zu den Funktionen, zu Hilfe und Support sowie Hinweise und Anweisungen zu Updates und Wartung entnommen werden.¹²⁶

Gemäss dem Dokument "C._____ Handover" vom 8. Oktober 2021 hat die Beklagte der Klägerin den Source Code in vier Zip-Ordern (jeweils für den Backend Source Code, den iOS Source Code, den Android Source Code und den Web App Source Code) zur Verfügung gestellt. Weiter lieferte die Beklagte Logindaten, sandte Links zum "*Live environment*" und zum "*Development Environment*" und lieferte die Angabe zur verwendeten

¹²³ FRÖHLICH-BLEULER (Fn. 52), N. 1121.

¹²⁴ FRÖHLICH-BLEULER (Fn. 52), N. 1126; so auch Landgericht Bonn 10 O 296/19 vom 12. November 2021 E. I.

¹²⁵ FRÖHLICH-BLEULER (Fn. 52), N. 473 ff.

¹²⁶ FRÖHLICH-BLEULER (Fn. 52), N. 477.

Technologie. Schliesslich wurden zwei Ansprechpersonen für Fragen angeführt (KB 46).

Es ist der Klägerin zu folgen, dass in diesem zweiseitigen Dokument keine hinreichende Dokumentation erblickt werden kann. Die Beklagte vertritt den Standpunkt, die Dokumentation sei im Source Code und jedem Arbeitsdokument dokumentiert und ersichtlich (Antwort Rz. 93). Diese Behauptung hat sie weder substantiiert noch hat sie den Source-Code, bzw. die im Übergabedokument vom 8. Oktober 2021 genannten Zip-Dateien ins Recht gelegt. Es kann der Klägerin oder einem Dritten zumindest nicht zugemutet werden, sämtliche Korrespondenzen und Meeting-Notizen der Parteien durchzugehen, um die Funktionen der Plattformen zu verstehen. Dass die Dokumentation im Source Code enthalten wäre (sog. Inline Source Dokumentation) und dieser auch hilfreiche Informationen enthielte, ist nicht ersichtlich. Zumindest dürfte dies der Klägerin oder einem anderen nicht sachverständigen Nutzer kein Ersatz für ein Benutzerhandbuch sein.

Da die vorausgesetzte Dokumentation nicht geliefert wurde, ist davon auszugehen, dass es der Klägerin oder einer Drittunternehmung nur unter grossem Aufwand möglich wäre, die Plattformen weiterzuentwickeln und auf einen Stand zu bringen, der den vorausgesetzten Gebrauch ermöglicht. Die fehlende Dokumentation in Verbindung mit den vorliegenden zahlreichen, teils den vorausgesetzten Gebrauch der Plattformen wesentlich einschränkenden Mängel, machen diese für die Klägerin nahezu unbrauchbar.

6.6.2.2.3. Zumutbarkeit

Alsdann gilt es den Interessen beider Parteien Rechnung zu tragen. Beide haben sie beträchtliche Zeit und finanzielle Mittel in die Entwicklung der neuen Plattformen investiert. Dabei fällt auch ins Gewicht, dass die Beklagte die Plattform mit dem jeweiligen Design eigens für die Klägerin und ihre spezifischen Anforderungen entwickelt hat. Ein Rücktritt trifft die Beklagte demnach deutlich härter als die Klägerin, da letztere zwar ihr Geld zurückerhält, die Beklagte jedoch keinen Nutzen aus den Plattformen ziehen kann und weder die aufgewendete Zeit noch die entstandenen Opportunitätskosten erstattet bekommt.

Gleichwohl überwiegt aufgrund der geschilderten Sachlage das Interesse der Klägerin am Rücktritt. Sie räumte der Beklagten beinahe ein Jahr ein, um die Plattformen zu vollenden, wobei sie wiederholt keine Reaktion bekam oder getröstet wurde (Klage Rz. 42; KB 32). Erst nach Ablauf einer ersten Frist bis zum 30. September 2021 (KB 33) und einer zweiten Nachfrist bis zum 7. Januar 2022 (KB 47) trat die Klägerin vom Vertrag zurück. Nachdem die Beklagte über ein Jahr verstreichen liess, ohne ihre vertraglichen Pflichten zu erfüllen, war es der Klägerin nicht zumutbar, ein in dieser Form für sie nicht brauchbares Werk anzunehmen.

Damit sind die Voraussetzungen für den Vertragsrücktritt erfüllt.

6.6.2.3. Zwischenfazit

Die Klägerin durfte damit vom gesamten Vertrag betreffend die Realisierung der Internetplattform C._____ zurücktreten.

6.6.3. Rückerstattungsanspruch

Die Klägerin verlangt die Rückzahlung des bereits geleisteten Werklohns von Fr. 93'524.10. Die Beklagte bestreitet den Rückerstattungsanspruch nur im Grunde, nicht jedoch die bereits erfolgte Zahlung des Betrags von Fr. 93'524.10 (Antwort Rz. 61, 30), die zudem auch belegt ist (KB 9 -18). Da der Rücktritt wirksam erklärt wurde, hat die Klägerin einen Anspruch auf Rückerstattung des geleisteten Betrags von Fr. 93'524.10.

6.6.4. Ersatz des Vertrauensschadens (Art. 109 Abs. 2 OR)

6.6.4.1. Rechtslage

Der Besteller hat nach Art. 109 Abs. 2 OR Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrags erwachsenen Schadens (sog. Vertrauensschaden oder negatives Interesse), solange der Schuldner nicht nachweist, dass ihn am Verzug kein Verschulden trifft. Dabei wird der tatsächliche Vermögensstand mit dem Vermögensstand verglichen, der bestünde, wenn der Vertrag nie geschlossen worden wäre.¹²⁷ Zum negativen Interesse gehören beispielsweise Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Vertragschluss, die Kosten in Erwartung der Vertragserfüllung, die Mahnungs- und Rücktrittskosten und die Kosten aus der Ersatzpflicht gegenüber Dritten.¹²⁸ Mit anderen Worten ist danach zu fragen, welche Dispositionen der Gläubiger mit Rücksicht auf den Erhalt der Leistung getätigt hat und welche dieser Dispositionen infolge der Nichterfüllung ihren Zweck verfehlt hat (zweifacher Kausalzusammenhang).¹²⁹

Den Schuldner trifft die Beweislast dafür, dass ihn (während der gesamten Phase des Verzugs) keinerlei Verschulden zur Last fällt. Der geltend gemachte Schaden ist hingegen durch den Gläubiger zu behaupten und zu beweisen (Art. 8 ZGB).¹³⁰

6.6.4.2. Würdigung

Die Klägerin macht im Rahmen des negativen Interesses Marketingausgaben über Fr. 20'887.40 zwischen Januar 2019 und Dezember 2020 (inkl. Kosten für die Markenmeldung für die Wort-/Bildmarke C._____ am 19. Mai 2020 und Kosten für den Druck von Visitenkarten am 2. Januar 2019), Lohnkosten für F._____ in der Höhe von Fr. 1'587.20 und weitere projektbezogene Ausgaben von Fr. 1'667.20 als Schadenspositionen geltend

¹²⁷ BSK OR I-WIEGAND (Fn. 118), Art. 109 N. 8 f.

¹²⁸ BSK OR I-WIEGAND (Fn. 118), Art. 109 N. 8 f; KOLLER (Fn. 121), N. 54.149 ff.

¹²⁹ KOLLER (Fn. 121), N. 54.141.

¹³⁰ BSK OR I-WIEGAND (Fn. 118), Art. 109 N. 8, 11.

(Klage Rz. 82 ff.). Die Beklagte bestreitet den Anspruch im Grunde und führt aus, die Ausgaben seien von der Klägerin selbst zu verantwortende Zusatzausgaben für ihre Projekt lancierung und hätten mit dem Werkvertrag nichts zu tun (Antwort Rz. 47).

Die Beklagte gesteht selbst ein, dass die Kosten im Zusammenhang mit der Projekt lancierung stehen. Es liegt auf der Hand, dass die Klägerin diese Kosten im Vertrauen auf den Bestand des Vertrages und der Realisierung der Plattform tätigte, die sie bewarb. Die geltend gemachten Kosten für die Marketingstrategie und -Betreuung durch die I. _____ GmbH sowie die Aufwände für die Online-Werbung auf Facebook über insgesamt Fr. 20'887.40 im Zeitraum von Januar 2019 bis Dezember 2020 (KB 51 - 63), sowie die Kosten für die Markenmeldung für die Wort-/Bildmarke C. _____ am 19. Mai 2021 über Fr. 650.00 (KB 65) sind ebenso ausgewiesen wie die Kosten von Fr. 102.30 für den Druck von Visitenkarten am 2. Januar 2019. Alsdann hat die Beklagte nicht bestritten, dass die Klägerin zwischen Juli und September 2020 F. _____ im Hinblick auf das Projekt zur Prüfung der Plattformen im Stundenlohn angestellt hat und ihr insgesamt Fr. 1'587.20 vergütete (KB 66 - 68). Auch nicht bestritten hat die Beklagte, dass sie ein nicht lizenziertes Bild benutzt hat, für welches die Klägerin der J. _____ GmbH einen Betrag von (umgerechnet) Fr. 164.80 als Schadenersatz bezahlte und dass die Klägerin für die Erstellung der AGBs ihrer Plattform der Vertragszentrum Fr. 1'502.40 vergütete (KB 69 f.). Auch diese Aufwendungen haben nach Dahinfallen des Vertrages ihren Zweck verfehlt.

Die Beklagte hat der Klägerin daher die kausalen Kosten von Fr. 24'141.80 als negatives Interesse i.S.v. Art. 109 Abs. 2 OR zu ersetzen. Exkulpationsgründe liegen keine vor. Insbesondere kann sich die Beklagte nicht mit der Begründung exkulpieren, dass die Probleme der Internetplattformen infolge ausgebliebener Wartung durch die Klägerin geschuldet war, nachdem sie sich im August 2020 bzw. mit Vertrag vom 4. Februar 2021 zur Behebung ebendieser Probleme verpflichtet hatte.

7. Einreden der Beklagten

7.1. Art. 82 OR

Die Beklagte macht geltend, die Klägerin habe sich zum Zeitpunkt ihres Rücktritts selbst in Verzug befunden. Sie habe die Rechnung über Fr. 6'462.00 (inkl. MwSt.) vom 17. September 2020 nur zur Hälfte beglichen. Diese sei per 17. September 2020 fällig geworden. Trotz mehrfacher Mahnung sei die Bezahlung ausgeblieben. Folglich sei die Klägerin nicht zum Vertragsrücktritt berechtigt (Antwort Rz. 35).

Wie bereits ausgeführt, ist im Werkvertragsrecht der Unternehmer vorleistungspflichtig. Der Werklohn wird erst mit Ablieferung des Werkes fällig (Art. 372 Abs. 1 OR). Die Beklagte hat nicht aufgezeigt, dass sie die von ihr vorzunehmenden Arbeiten gemäss der Change Vereinbarung vom

5. August 2020 erfüllt hat. Ebenso wenig hat sie aufgezeigt, dass sich die Klägerin zur Leistung von Akontozahlungen verpflichtet hätte. Vielmehr enthält auch der Vertrag in Ziff. 8.1. die Bestimmung, wonach die letzte Leistungsabrechnung nach der erfolgreichen Endabnahme und nach Ablieferung der Dokumentation erfolge (KB 2). Die Beklagte kann sich somit nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen.

7.2. Verrechnungsforderungen der Beklagten

7.2.1. Parteibehauptungen

Die *Beklagte* führt aus, sie habe weit mehr als die im Rahmen des Vertrages geschuldeten Leistungen erfüllt. Das Redesign 2.0 von April bis Juli 2020 habe den Rahmen gesprengt. Die Beklagte habe trotz immensem Zusatzaufwand die vom Budget nicht mehr gedeckten Change Requests erfüllt. Daraus seien der Beklagten massive Zusatzkosten entstanden, welche bis heute nicht vergütet worden seien. Diese Leistungen habe die Beklagte in reinem Goodwill aufgrund der von der Klägerin in Aussicht gestellten Gesellschaftsanteile und der potenziellen langfristigen Zusammenarbeit als Entwicklungs- und Marketingpartnerin erledigt. Sofern die Klägerin sich nicht mehr an ihre eigenen Zusicherungen halten wolle, gelte dieser bedingte Verzicht (Wegfall der Bedingung) natürlich nicht mehr. Die Beklagte habe folgende Gegenforderung, welche sie zur Verrechnung bringe (Antwort Rz. 46):

- a) Redesign Logo / Branding: CHF 3'000.00
- b) Redesign Mobile Apps: CHF 20'000.00
- c) Redesign Web Apps: CHF 20'000.00
- d) Redesign Dashboard Backend: CHF 10'000.00
- e) Redesign Social Media Content: CHF 2'000.00
- f) Redesign Pitch Präsentation: CHF 2'000.00
- g) Frontend Entwicklung Mobile Apps: CHF 20'000.00
- h) Frontend Entwicklung Web Apps: CHF 15'000.00
- i) Frontend Entwicklung Dashboard Admin: CHF 10'000.00
- j) Kalenderfunktionen erweitert: CHF 10'000.00
- k) Payment Integrationen erweitert: CHF 8'000.00
- l) Foto und Video Arbeiten: CHF 4'000.00
- m) Online Marketing Arbeiten: CHF 4'000.00
- n) Meetings, Workshops: CHF 10'000.00
- o) Beratung, Konzepte: CHF 30'000.00
- p) Deployment Apps durch Redesign: CH 10'000.00

Total: CHF 175'000.00

Die *Klägerin* bestreitet sämtliche Forderungen in Bestand und Höhe. Die Parteien hätten sich auf eine Pauschale geeinigt, weswegen die Klägerin der Beklagten auch keine allfälligen Zusatzkosten zu vergüten hätte (Replik Rz. 120 ff.).

7.2.2. Rechtslage

Wenn zwei Personen einander Geldsummen schulden, so kann jede ihre Schuld mit ihrer Forderung verrechnen, sofern beide Forderungen fällig sind (Art. 120 Abs.1 OR).

Der Pauschalpreis ist ein Festpreis, d.h. er ist unabänderlich. Ein Pauschalpreis liegt vor, wenn der Unternehmer das geschuldete Werk als Ganzes zu einer vertraglich fixierten Summe herzustellen hat. Der Pauschalpreis ist verbindlich und der Unternehmer verpflichtet, das vereinbarte Werk für die vereinbarte Pauschalsumme herzustellen, auch dann, wenn die ursprüngliche Kostenvorstellung bloss auf grober Schätzung beruht. Er ist unabhängig vom effektiven Aufwand des Unternehmers sowie von den ausgeführten Leistungsmengen.¹³¹

Die Bindung an einen vereinbarten Festpreis ist jedoch nicht absolut. Ein Recht des Unternehmers auf Mehrvergütung kann sich auch daraus herleiten, dass entstandene Mehrkosten auf einer nachträglichen Bestellungsänderung oder einem Annahmeverzug des Bestellers durch unzureichende Mitwirkung beruhen.¹³² Hat eine Bestellungsänderung zur Folge, dass sich der Leistungsinhalt des Werkvertrags ändert, so fällt ein hieraus entstehender Mehraufwand aus dem Deckungsbereich des Vertrages.¹³³ In diesem Fall hat der Unternehmer für den Mehraufwand, der durch eine vereinbarte Bestellungsänderung erforderlich wird, Anspruch auf eine Mehrvergütung, die sich unter Vorbehalt einer anderen Abrede nach Art. 374 OR bestimmt.¹³⁴

Ist der Anspruch auf Mehrvergütung streitig, so liegt die Beweislast für die Anspruchsgrundlage beim Unternehmer, der die Forderung geltend macht. Insbesondere hat der Unternehmer nachzuweisen, dass eine bestimmte Leistung nicht zum ursprünglich vereinbarten, vom Pauschalpreis umfassten Werk gehört, mithin eine Bestellungsänderung vorliegt. Ebenso nachzuweisen hat er den daraus entstandenen Mehraufwand bzw. die Kostengrundlage.¹³⁵

¹³¹ GAUCH (Fn. 52), N. 900 ff.; SCHUMACHER/KÖNIG, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, 2. Aufl. 2017, N. 157 ff.

¹³² GAUCH (Fn. 52), N. 904 bzw. 930; HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement für Unternehmer und Bauherren, in: Schweizerische Baurechtstagung, 2003, S. 84.

¹³³ GAUCH (Fn. 52), N. 905a.

¹³⁴ GAUCH (Fn. 52), N. 785

¹³⁵ GAUCH (Fn. 52), N. 786; SCHUMACHER/KÖNIG (Fn. 131), N. 624 ff.

7.2.3. Würdigung

Die Beklagte zeigt nicht im Ansatz auf, welche Arbeiten sie konkret aufgrund welcher "Change Requests" ausgeführt haben soll oder welcher Aufwand ihr dafür entstanden wäre. Sie hat auch den Ausführungen der Klägerin nicht widersprochen, wonach es sich bei der *Change Vereinbarung* von August 2020 um die einzige über den Vertrag hinausgehende Auftragserteilung der Klägerin an die Beklagte gehandelt hat. Für diese haben die Parteien einen Preis von Fr. 6'462.00 (inkl. MwSt.) vereinbart (Klage Rz. 30 f.; Antwort Rz. 64). Die Behauptungen der Beklagten sind weder schlüssig noch substantiiert.

Des Weiteren nennt die Beklagte erst im Anschluss an den gesamten Vortrag des Sachverhaltskomplexes undifferenziert zwölf Beweisofferten, ohne zu spezifizieren, auf welche Behauptungen sich diese konkret beziehen. Der Inhalt der eingereichten Dokumente lässt sich nicht ohne Weiteres den Aussagen der Beklagten zuordnen. Zudem ist es nicht Aufgabe des Gerichts, sich in einer Vielzahl von Beilagen den massgeblichen Sachverhalt zusammenzusuchen. Vielmehr hätte die Beklagte das Prinzip der Beweismittelverbindung befolgen und die einzelnen Beweisofferten unmittelbar nach den entsprechenden Tatsachenbehauptungen aufführen müssen, welche durch sie bewiesen werden sollten (vgl. vorne E. 3).

8. Konventionalstrafen

8.1. Rechtslage

Als Konventionalstrafe nach Art. 160 OR wird eine Leistung bezeichnet, die der Schuldner dem Gläubiger für den Fall verspricht, dass er eine bestimmte Schuld (Hauptverpflichtung) nicht oder nicht richtig erfüllt. Zweck der Konventionalstrafe ist die Verbesserung der Gläubigerstellung durch Befreiung vom Schadensnachweis.¹³⁶ Gemäss dispositivem Gesetzesrecht (Art. 160 Abs. 1 OR) tritt die Konventionalstrafe alternativ neben die Erfüllung oder den für die Nichterfüllung geschuldeten Schadenersatz.¹³⁷ Ihr Verfall setzt sodann voraus, dass den Schuldner an der Nicht- oder Schlechterfüllung ein Verschulden trifft, wobei dieses vermutet wird (Art. 97 OR Abs.1 OR).¹³⁸

Die Konventionalstrafe kann von den Parteien in beliebiger Höhe bestimmt werden (Art. 163 Abs. 1 OR). Nach Art. 163 Abs. 3 OR hat das Gericht übermässig hohe Konventionalstrafen nach seinem Ermessen herabzusetzen. Die Herabsetzung einer Konventionalstrafe ist auch dann zu prüfen, wenn der Schuldner keinen entsprechenden Antrag stellt, seine Rechtsbehauptungen aber so weit gefasst sind, dass sie eine richterliche Herabsetzung in sich schliessen. Damit genügt es, dass aus den Rechtsschriften des

¹³⁶ BGE 122 III 420 E. 2a m.w.N.

¹³⁷ BGE 122 III 420 E. 2b.

¹³⁸ BGer 4A_174/2011 vom 17. Oktober 2011 E. 4.1.

Schuldners hervorgeht, dass er die Konventionalstrafe bestreitet, indem er deren Betrag als zu hoch betrachtet. Allerdings wird vorausgesetzt, dass Herabsetzungsgründe behauptet und nachgewiesen oder nicht streitig sind.¹³⁹

Bei der Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR und folglich beim Gebrauch seiner Ermessensbefugnis (Art. 4 ZGB) bei der Herabsetzung der übermässigen Strafen muss der Richter eine gewisse Zurückhaltung üben, da die Parteien bei der Festsetzung des Betrages der Strafe frei sind (Art. 163 Abs. 1 OR) und da Verträge grundsätzlich beachtet werden müssen. Ein Eingreifen des Richters in den Vertrag rechtfertigt sich nur, wenn der Betrag der festgesetzten Strafe so hoch ist, dass er jedes vernünftige Mass überschreitet, sodass er mit Recht und Billigkeit nicht mehr vereinbar ist. Eine Herabsetzung der Strafe rechtfertigt sich insbesondere, wenn ein krasses Missverhältnis besteht zwischen dem vereinbarten Betrag und dem Interesse des Gläubigers an der Aufrechterhaltung seines gesamten Anspruches, konkret bemessen im Zeitpunkt, in dem die Vertragsverletzung erfolgte. Bei der Beurteilung der Übermässigkeit der Konventionalstrafe sind alle konkreten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Es ist namentlich der Natur und der Dauer des Vertrages, der Schwere des Verschuldens und der Vertragsverletzung, das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung und der wirtschaftlichen Lage der Parteien, insbesondere derjenigen des Schuldners, Rechnung zu tragen.¹⁴⁰

8.2. Konventionalstrafe für Terminüberschreitung

8.2.1. Parteibehauptungen

8.2.1.1. Klägerin

Die Klägerin verlangt einerseits die Bezahlung einer Konventionalstrafe von Fr. 9'000.00, da die Beklagte den vereinbarten Fertigstellungstermin nicht eingehalten habe. Die Parteien hätten vertraglich vereinbart, dass die Beklagte bei Nichteinhaltung des Fertigstellungstermins verpflichtet sei, per erstem Verzugstag eine Konventionalstrafe von 10 % des vereinbarten Projektbudgets von Fr. 90'000.00 zu bezahlen (Klage Rz. 38, 79).

8.2.1.2. Beklagte

Die Beklagte bestreitet die Gültigkeit der Konventionalstrafe. Diese sei übrissen, von der Beklagten niemals finanziell stemmbar und einseitig zu Lasten der Beklagten (Antwort Rz. 71).

Sodann bestreitet sie, dass sie sich im Terminverzug befunden habe, da sie die Internetplattform bereits 2019 fertiggestellt und abgeliefert habe (Antwort Rz. 73). Vielmehr habe sich die Klägerin in Verzug befunden, da

¹³⁹ BGE 143 III 1 E. 4.1; 109 II 120 E. 2b.

¹⁴⁰ BGE 143 III 1 E. 5.1; KOLLER (Fn. 121), § 81 N. 41.

sie die zweite Hälfte der Change-Vergütung bis heute nicht bezahlt habe (Antwort Rz. 73 f.).

8.2.2. Würdigung

Die Parteien vereinbarten, dass die Nichteinhaltung der verbindlichen Fertigstellungstermine ("Milestones") gemäss Ziff. 11 des Vertrages einen Verzugszins von 10 % des vereinbarten Projektbudgets von Fr. 90'000.00 nach sich ziehe, wobei sich dieser Betrag auf den tatsächlich entstandenen Verzugsschaden erhöht, wenn der Besteller einen tatsächlich höheren Schaden nachweisen kann (KB 2). Beide Parteien gehen davon aus, dass damit keine eigentliche Zinszahlung, sondern eine einmalige Zahlung von 10 % des Projektbudgets gemeint ist.

Wie gezeigt wurde, hat die Beklagte die Endversion der Internetplattform C._____ nicht bis zum 28. Februar 2021 und auch nicht innerhalb der von der Klägerin angesetzten Nachfristen abgeliefert, ohne dass sie hierzu berechtigt gewesen wäre (E. 6.4.3.2.). Damit schuldet sie der Klägerin grundsätzlich die vereinbarte Konventionalstrafe von Fr. 9'000.00 nach Ziff. 11 des Vertrages. Die Klägerin hat sich diese aber auf den geltend gemachten Schadenersatz (E. 6.6.5.) anrechnen zu lassen und kann die Konventionalstrafe nicht zusätzlich fordern (E. 8.1.). Die Parteien haben die Anrechenbarkeit der Konventionalstrafe auf einen allfälligen Schaden vertraglich ausdrücklich vorgesehen und damit gerade nicht ausgeschlossen. Da die Schadenersatzforderung höher ist als die vereinbarte Konventionalstrafe, ist das Begehren auf Bezahlung einer Konventionalstrafe wegen Terminüberschreitung abzuweisen.

8.3. Konventionalstrafe Geheimhaltung

8.3.1. Parteibehauptungen

8.3.1.1. Klage

Sodann macht die Klägerin geltend, die Parteien hätten sich im Vertrag zur Geheimhaltung verpflichtet. Es sei vereinbart worden, dass die Beklagte ohne schriftliche Einwilligung der Klägerin mit der Tatsache, dass eine Zusammenarbeit mit der Klägerin bestehe oder bestanden habe, nicht werben und die Klägerin auch nicht als Referenz angeben dürfe. Für den Fall einer Verletzung der Geheimhaltungsklausel sei eine Konventionalstrafe von Fr. 100'000.00 (zzgl. MwSt.) geschuldet (Klage Rz. 39).

Die Beklagte habe über den von ihr betriebenen Brand K._____ die Klägerin als Referenz aufgeführt. Hiervon habe die Klägerin keine Kenntnis gehabt. Auch habe sie der Nennung nie zugestimmt, weshalb offensichtlich eine Verletzung der diesbezüglichen Geheimhaltungspflicht vorliege (Klage Rz. 78; Replik Rz. 161, 163).

8.3.1.2. Antwort

Die Beklagte bestreitet den Anspruch der Klägerin auf Bezahlung einer Konventionalstrafe von Fr. 100'000.00 (Antwort Rz. 48).

Das Projekt sei auf der Website der Beklagten im Portfolio in Kenntnis von D._____ aufgeschaltet worden, da die Beklagte dies in einem Meeting der Klägerin gegenüber präsentiert habe und letztere stolz darüber gewesen sei. Auf Ansuchen von D._____ habe die Beklagte das Projekt aus dem Webseitenportfolio herausgenommen. Die Kenntnis und Duldung der Erwähnung des Projekts auf der Website spreche gegen eine Verletzung der Geheimhaltungsverpflichtungen, umso mehr die Bitte um Entfernung der Erwähnung. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hätte der Verstoss einer allfälligen Geheimhaltungsvereinbarung gerügt und die rechtlichen Konsequenzen angedroht werden müssen (Antwort Rz. 72).

Auch sei die für die Beklagte einseitig verbindliche Konventionalstrafe völlig überzogen und von der Beklagten niemals stemmbar (Antwort Rz. 71).

8.3.1.3. Replik

In ihrer Replik hält die Klägerin an ihren Aussagen fest. Sodann führt sie aus, die Ausführungen der Beklagten würden sich nicht auf den Brand K._____ beziehen. Die Klägerin habe keine Kenntnis davon gehabt, dass die Beklagte sie über diesen Brand als Referenz anführe (Replik Rz. 161).

8.3.1.4. Duplik

In ihrer Duplik hält die Beklagte an ihren Ausführungen fest, ohne neue Beweise zu offerieren (Duplik Rz. 117).

8.3.2. Würdigung

In Ziff. 13.1 des Vertrages haben die Parteien eine Geheimhaltungsabrede getroffen. Danach darf der Lieferant ohne schriftliche Einwilligung des Bestellers mit der Tatsache, dass eine Zusammenarbeit mit dem Besteller besteht oder bestand, nicht werben und den Besteller auch nicht als Referenz angeben. Verletzt eine Partei die Geheimhaltungspflicht, so schuldet sie der anderen eine Konventionalstrafe, sofern sie nicht beweist, dass sie kein Verschulden trifft. Diese Konventionalstrafe beträgt je Verletzungsfall Fr. 100'000.00 zzgl. MwSt. (KB 2).

Vorliegend wird von der Beklagten nicht bestritten, dass sie die Klägerin (über den von ihr betriebenen Brand K._____) als Referenz aufgeführt hat. Sodann gesteht die Beklagte explizit zu, dass die Nennung des Projekts zu Werbezwecken erfolgt ist (Antwort Rz. 72). Eine schriftliche Einwilligung der Klägerin hat die Beklagte nicht behauptet. Eine mündliche Einwilligung behauptet sie zwar bezüglich ihrer eigenen Website, nicht aber in Bezug auf K._____.

Der Einwand der Beklagten, die Aufschaltung sei in Kenntnis der Klägerin geschehen und diese habe die Verletzung der Geheimhaltungsabrede somit geduldet, wird von der Klägerin bestritten. Den Screenshot einer WhatsApp-Konversation zwischen der Klägerin und der Beklagten, die die Beklagte als Nachweis offeriert, kann eine derartige Duldung nicht entnommen werden (AB 72A). Mangels substantiierter Behauptungen *wie, wann* und *wo* die Klägerin über die Referenzangabe in Kenntnis gesetzt worden sein soll – die Beklagte spricht lediglich von *einem Meeting* (Duplik Rz. 117) – muss die offerierte Parteibefragung von E._____ unterbleiben. Andere Exkulpationsgründe sind nicht ersichtlich. Die Beklagte ist somit zur Zahlung der Konventionalstrafe verpflichtet.

Allerdings liegen einige Umstände vor, die eine ermessensweise Herabsetzung der vertraglich festgesetzten Höhe der Konventionalstrafe verlangen (Art. 163 Abs. 3 OR). Einerseits bestritt nicht einmal die Klägerin, dass die Konventionalstrafe völlig überrissen sei und von Seiten der Beklagten nicht stemmbar wäre (Antwort Rz. 71; Replik Rz. 160). Hierauf deutet auch das offensichtliche Missverhältnis zum vereinbarten Pauschalpreis von Fr. 90'000.00 (inkl. MwSt.) für die Entlohnung eines fast drei Jahre dauernden Projekts. Darüber hinaus liegt bei der streitgegenständlichen Vertragsbeziehung nicht auf der Hand, inwiefern das Geheimhaltungsinteresse der Klägerin schützenswert sein sollte. Es ist nicht nachvollziehbar, welchen betriebswirtschaftlichen Stellenwert die Nicht-Nennung als Referenzprojekt für die Klägerin hat und welchem Schadensrisiko diese folglich ausgesetzt gewesen sein soll.

Der Umstand, dass die Beklagte der Bitte der Klägerin, die Erwähnung zu entfernen, sofort nachgekommen ist (Antwort Rz. 72), weist zudem auf eine geringe Intensität der Geheimhaltungspflichtverletzung hin. Weiter ist zu beachten, dass die Konventionalstrafe laut der vertraglichen Abrede je Verletzungsfall geschuldet ist und damit die Schadenersatzfunktion im Vordergrund steht. Dabei muss verhindert werden, dass sich bei mehreren Verstössen die Summe der Strafen nicht ins Übermässige steigert. Die Höhe der Konventionalstrafe muss folglich tiefer sein als bei einer Vereinbarung, bei der die Strafe nur einmalig anfällt und dem Bedürfnis nach einer ausreichenden Sicherung Rechnung getragen werden muss.¹⁴¹ In Berücksichtigung dieser Umstände erweist sich die Konventionalstrafe im Umfang von Fr. 100'000.00 als absolut unverhältnismässig. Sie ist ermessensweise auf 5 % des vereinbarten Werkpreises, d.h. auf Fr. 4'500.00 herabzusetzen.

¹⁴¹ Vgl. BGE 68 II 169 E. 3; KOLLER (Fn. 121), § 81 N. 41.

9. Zins

Die Klägerin beantragt für den Rückforderungsanspruch von Fr. 93'524.10 und den Schadenersatzanspruch jeweils Zins zu 5 % seit 11. Januar 2020 und für die Konventionalstrafe Zins zu 5 % ab dem 22. Januar 2022. Die Beklagte äusserte sich zum Zins nicht.

Für den Rückerstattungsanspruch von Fr. 93'524.10 richtet sich die Verzinsung in Analogie zu anderen Sachverhalten, welche eine vertragliche Rückabwicklung zur Folge haben, nach den allgemeinen Verzugsregeln.¹⁴² Mangels Angaben zum Zeitpunkt der Mahnung in den Rechtsschriften ist für den Beginn der Zinszahlungspflicht auf den Tag abzustellen, welcher der Zustellung der Klage vom 3. August 2022 folgte, mithin den 20. August 2022.¹⁴³

Zum Schaden gehört nach konstanter Rechtsprechung der Zins vom Zeitpunkt an, in dem das schädigende Ereignis sich finanziell ausgewirkt hat, bis zum Tag der Zahlung des Schadenersatzes.¹⁴⁴ In Bezug auf den geltend gemachten Vertrauensschaden handelt es sich bei dem von der Klägerin verlangten Zins nicht um einen Verzugs-, sondern um einen Schadenszins. Bezüglich der Schadenersatzforderung ist Zins ab Eintritt des Schadens geschuldet. Beim verzugsbedingten Nichterfüllungsschaden und dem Vertrauensschaden i.S.v. Art. 109 Abs. 2 OR ist grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Verzichtserklärung abzustellen.¹⁴⁵ Da die Klägerin mit Schreiben vom 11. Januar 2022 vom Vertrag zurückgetreten ist, schuldet die Beklagte ihr ab diesem Datum einen Schadenszins auf den erlittenen Vertrauensschaden von Fr. 24'141.80.

Schliesslich hat die Beklagte auch in Bezug auf die Konventionalstrafe für die Verletzung der Geheimhaltungspflicht nicht dargelegt, dass sie die Beklagte gemahnt hätte. Entsprechend schuldet die Beklagte Verzugszins von 5 % auf Fr. 4'500.00 erst ab dem Tag nach Zustellung der Klageschrift.

10. Fazit

Infolge der Nichtablieferung der Endversion sowie der Unzumutbarkeit der Annahme der Basisversion aufgrund zahlreicher Probleme trat die Klägerin rechtmässig vom Vertrag über die Realisierung der Internetplattform(en) C. _____ zurück. Sie hat Anspruch auf die Rückerstattung des geleisteten Werkpreises von Fr. 93'524.10 zzgl. Zins zu 5 % seit 3. August 2022. Sodann stehen ihr unter dem negativen Interesse i.S.v. Art. 109 Abs. 2 OR die im Hinblick auf die Live-Schaltung der Plattform aufgewendeten Kosten von Fr. 24'141.80 zzgl. 5 % Zins seit dem 11. Januar 2022 zu. Schliesslich

¹⁴² HGer ZH, HG200129-O vom 12. Juli 2021 E. 4.3.11.

¹⁴³ BGer 4A_11/2013 vom 16. Mai 2013 E. 5; BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, 7. Aufl. 2020, Art. 102 N. 9; BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, 7. Aufl. 2020, Art. 104 N. 3 m.w.N.

¹⁴⁴ BGE 130 III 591 E. 4.

¹⁴⁵ BK OR-WEBER/EMMENEGGER (Fn. 117), Art. 109 N. 104.

hat die Klägerin auch einen Anspruch auf eine herabgesetzte Konventionalstrafe aus der Verletzung der Geheimhaltungspflicht von Fr. 4'500.00 zzgl. 5 % Zins seit dem 3. August 2022. Im übrigen Umfang ist die Klage abzuweisen.

11. Prozesskosten

Abschliessend sind die Prozesskosten entsprechend dem Verfahrensausgang zu verlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von Obsiegen und Unterliegen sind die Kosten zu 50 % der Klägerin und zu 50 % der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 ZPO).

11.1. Gerichtskosten

Die Gerichtskosten bestehen vorliegend aus der Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO). Der Grundansatz für die Entscheidgebühr beträgt bei einem Streitwert von Fr. 226'665.90 gemäss § 7 Abs. 1 Zeile 7 VKD gerundet Fr. 11'856.60. Die Gerichtskosten sind von den Parteien je zur Hälfte zu tragen und werden mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 12'026.05 verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO), so dass die Beklagte der Klägerin ihren Anteil an die Gerichtskosten, d.h. Fr. 5'928.30 direkt zu ersetzen hat (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Der Überschuss wird der Klägerin ausbezahlt.

11.2. Parteientschädigung

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Parteikosten wettzuschlagen.

Das Handelsgericht erkennt:

1.

In **teilweiser Gutheissung** der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 93'524.10 zzgl. Zins zu 5 % seit 20. August 2022, Fr. 24'141.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 11. Januar 2022 sowie Fr. 4'500.00 zzgl. Zins zu 5 % seit 20. August 2022 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 11'856.60 tragen die Parteien je zur Hälfte, d.h. mit je Fr. 5'928.30. Die Gerichtskosten werden mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 12'026.05 verrechnet und die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Betrag von Fr. 5'928.30 zu bezahlen.

3.

Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

Zustellung an:

- die Klägerin (Vertreter; zweifach)
- die Beklagte (Vertreter; zweifach)

Mitteilung an:

- die Obergerichtskasse

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 26. November 2024

Handelsgericht des Kantons Aargau

1. Kammer

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Egloff

Näf

