



---

Geschäfts-Nr.: HG180206-O

U

Mitwirkend: die Obergerichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Dr. Eric Pahud, die Handelsrichter Jean-Marc Bovet, Christoph Pfenninger und Michael Küttel sowie der Gerichtsschreiber Fabian Herren

## Urteil vom 26. Mai 2023

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ A/S,**

Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1.\_\_\_\_\_,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X2.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Beklagte und Widerklägerin

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

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y2.\_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren der Klage:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin den Betrag von EUR 970'531.24 (inkl. MWST),
- zuzüglich Zins zu 1 % pro Monat auf EUR 456'124.10 seit dem 25.06.2016,
  - zuzüglich Zins zu 1 % pro Monat auf EUR 214'841.97 seit dem 5.08.2016,
  - zuzüglich Zins zu 1 % pro Monat auf EUR 3'315.60 seit dem 2.12.2016,
  - zuzüglich Zins zu 1 % pro Monat auf EUR 235'621.61 seit dem 6.01.2017,
  - zuzüglich Zins zu 1 % pro Monat auf EUR 60'627.96 seit dem 30.06.2017
- zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu lasten der Beklagten."

**Rechtsbegehren der Widerklage:**

(act. 13 S. 2)

- "1. Die Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Widerklägerin den Betrag von CHF 7'635'770. 10 zu bezahlen, nebst Zins zu 5 % auf:
- CHF 7'180'569 seit 15. Februar 2018;
  - CHF 392'560 seit 27. September 2016;
  - CHF 44'000 seit 5. Juni 2018.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzgl. MWST) zu Lasten der Widerbeklagten."

**Modifiziertes Rechtsbegehren der Widerklage:**

(act. 57 S. 2 ff.)

- "1. [...]
2. Es sei die Klägerin / Widerbeklagte zu verpflichten, der Beklagten / Widerklägerin den Betrag von **CHF 8'422'557.80** (inkl. MWST) zu bezahlen, **zzgl. Zins zu 5%** seit:
- 15. Februar 2018 auf dem Betrag von CHF 7'180'569.00 (entgangener Gewinn);

- 27. September 2016 auf dem Betrag von CHF 392'560.00 (funktionsunfähiges Fütterungssystem);
- 5. Juni 2018 auf dem Betrag von CHF 44'000.00 (funktionsunfähige Mort Collectors);
- 30. Dezember 2016 auf dem Betrag von CHF 168'582.46 (Leistungen der C. \_\_\_\_\_ SA);
- 8. August 2016 auf dem Betrag von CHF 8'025.00 (Rechnung Nr. 04/2016 CH der D. \_\_\_\_\_ S.r.l. vom 19. März 2016);
- 16. März 2016 auf dem Betrag von CHF 31'104.00 (Rechnung Nr. 017/17 der C. \_\_\_\_\_ SA vom 6. Februar 2017);
- 16. März 2017 auf dem Betrag von CHF 3'024.00 (Rechnung Nr. 2516 der E. \_\_\_\_\_ SA vom 6. Dezember 2016);
- 30. Dezember 2016 auf dem Betrag von CHF 2'156.50 (Rechnung Nr. 58885 der F. \_\_\_\_\_ AG vom 4. November 2016);
- 19. Dezember 2016 auf dem Betrag von CHF 505.44 (Rechnung Nr. 16.12 der G. \_\_\_\_\_ SA vom 14. November 2016);
- 16. September 2016 auf dem Betrag von CHF 3'000.00 (Rechnung Nr. 133/16 der H. \_\_\_\_\_ SA vom 9. August 2016);
- 18. November 2016 auf dem Betrag von CHF 3'502.45 (Rechnung Nr. 302486/2016 der I. \_\_\_\_\_ SA vom 24. September 2016);
- 18. November 2016 auf dem Betrag von CHF 1'065.95 (Rechnung Nr. 302824/201 der I. \_\_\_\_\_ SA vom 22. Oktober 2016);
- 12. September 2016 auf dem Betrag von CHF 15'420.00 (Projektmanagementleistungen der J. \_\_\_\_\_ AG von Januar 2016 bis Mai 2016);
- 23. Januar 2017 auf dem Betrag von CHF 5'700.00 (Projektmanagementleistungen der J. \_\_\_\_\_ AG im Juni 2016 und Juli 2016);
- 3. März 2017 auf dem Betrag von CHF 13'900.00 (Projektmanagementleistungen der J. \_\_\_\_\_ AG im August 2016 und September 2016);
- 12. September 2016 auf dem Betrag von CHF 17'554.90 (Architektur/Bauleistungsleistungen der J. \_\_\_\_\_ AG von Januar 2016 bis Mai 2016);
- 23. Januar 2017 auf dem Betrag von CHF 7'047.00 (Architektur/Bauleistungsleistungen der J. \_\_\_\_\_ AG im Juni 2016 und Juli 2016);
- 7. April 2017 auf dem Betrag von CHF 9'495.00 (Architektur-/Bauleistungsleistungen der J. \_\_\_\_\_ AG im August 2016 und September 2016);
- 6. Juli 2017 auf dem Betrag von CHF 17'000.00 (Zahlung an die J. \_\_\_\_\_ AG gemäss separater Vereinbarung);

- 30. August 2017 auf dem Betrag von CHF 17'000.00 (Zahlung an die J.\_\_\_\_\_ AG gemäss separater Vereinbarung);
- 29. September 2017 auf dem Betrag von CHF 17'000.00 (Zahlung an die J.\_\_\_\_\_ AG gemäss separater Vereinbarung);
- 30. Oktober 2017 auf dem Betrag von CHF 17'000.00 (Zahlung an die J.\_\_\_\_\_ AG gemäss separater Vereinbarung);
- 30. November 2017 auf dem Betrag von CHF 17'000.00 (Zahlung an die J.\_\_\_\_\_ AG gemäss separater Vereinbarung);
- 29. Dezember 2017 auf dem Betrag von CHF 17'000.00 (Zahlung an die J.\_\_\_\_\_ AG gemäss separater Vereinbarung);
- 28. September 2018 auf dem Betrag von CHF 17'000.00 (Zahlung an die J.\_\_\_\_\_ AG gemäss separater Vereinbarung);
- 30. Oktober 2018 auf dem Betrag von CHF 17'000.00 (Zahlung an die J.\_\_\_\_\_ AG gemäss separater Vereinbarung);
- 3. Dezember 2018 auf dem Betrag von CHF 1'406.95 (Zahlung an die J.\_\_\_\_\_ AG gemäss separater Vereinbarung);
- 28. Dezember 2018 auf dem Betrag von CHF 17'000.00 (Zahlung an die J.\_\_\_\_\_ AG gemäss separater Vereinbarung);
- 1. März 2019 auf dem Betrag von CHF 8'500.00 (Zahlung an die J.\_\_\_\_\_ AG gemäss separater Vereinbarung);
- 5. April 2019 auf dem Betrag von CHF 8'500.00 (Zahlung an die J.\_\_\_\_\_ AG gemäss separater Vereinbarung);
- 16. September 2016 auf dem Betrag von CH 7'560.00 (Rechnung Nr. 434'444 der K.\_\_\_\_\_ SA vom 17. August 2016);
- 30. Dezember 2016 auf dem Betrag von CHF 8'640.00 (Rechnung Nr. 434'915 der K.\_\_\_\_\_ SA vom 14. November 2016);
- 6. Juni 2016 auf dem Betrag von CHF 4'133.00 (Rechnung Nr. 550/16 der L.\_\_\_\_\_ AG vom 12. März 2016);
- 30. Dezember 2016 auf dem Betrag von CHF 1'217.00 (Rechnung Nr. 1207/16 der L.\_\_\_\_\_ AG vom 4. November 2016);
- 2. Dezember 2016 auf dem Betrag von CHF 604.30 (Rechnung Nr. 934/16 der L.\_\_\_\_\_ AG vom 26. August 2016);
- 9. Mai 2016 auf dem Betrag von CHF 3'500.00 (Rechnung der G.\_\_\_\_\_ SA vom 25. April 2016);
- 7. Oktober 2016 auf dem Betrag von CHF 24'688.80 (Rechnung Nr. 16.07 der G.\_\_\_\_\_ SA vom 30. Juli 2016);
- 7. Juni 2017 auf dem Betrag von CHF 45'680.00 (Rechnung Nr. 25.5131 der M.\_\_\_\_\_ SA vom 13. Dezember 2016);
- 29. Mai 2019 auf dem Betrag von CHF 7'220.00 (Rechnung Nr. 25.5131 der M.\_\_\_\_\_ SA vom 13. Dezember 2016);

- 18. November 2016 auf dem Betrag von CHF 48'104.80 (Rechnung Nr. 14292 der N.\_\_\_\_\_ AG vom 4. November 2016);
- 14. November 2016 auf dem Betrag von CHF 30'240.00 (Rechnung Nr. 14295 der N.\_\_\_\_\_ AG vom 8. November 2016);
- 16. Januar 2017 auf dem Betrag von CHF 43'817.20 (Rechnung Nr. 14312 der N.\_\_\_\_\_ AG vom 24. November 2016);
- 24. April 2017 auf dem Betrag von CHF 1'296.00 (Rechnung Nr. 29425 der O.\_\_\_\_\_ SA vom 28. Februar 2017);
- 3. August 2017 auf dem Betrag von CHF 3'240.00 (Rechnung Nr. 294899 der O.\_\_\_\_\_ SA vom 30. April 2017);
- 3. August 2017 auf dem Betrag von CHF 14'132.00 (Vertrag zwischen der Beklagten und der F.\_\_\_\_\_ A/S vom 12. Oktober 2017);
- 14. November 2017 auf dem Betrag von CHF 3'636.60 (Vertrag zwischen der Beklagten und der F.\_\_\_\_\_ A/S vom 12. Oktober 2017);
- 1. Februar 2018 auf dem Betrag von CHF 52'434.90 (Vertrag zwischen der Beklagten und der F.\_\_\_\_\_ A/S vom 12. Oktober 2017);
- 1. März 2018 auf dem Betrag von CHF 52'028.40 (Vertrag zwischen der Beklagten und der F.\_\_\_\_\_ A/S vom 12. Oktober 2017);
- 1. April 2018 auf dem Betrag von CHF 53'026.90 (Vertrag zwischen der Beklagten und der F.\_\_\_\_\_ A/S vom 12. Oktober 2017);
- 16. Februar 2018 auf dem Betrag von CHF 1'821.42 (Rechnung Nr. 171542 der P.\_\_\_\_\_ & Co SA vom 17. Oktober 2017);
- 16. März 2018 auf dem Betrag von CHF 1'821.42 (Rechnung Nr. 171542 der P.\_\_\_\_\_ & Co SA vom 17. Oktober 2017);
- 16. April 2018 auf dem Betrag von CHF 1'821.42 (Rechnung Nr. 171542 der P.\_\_\_\_\_ & Co SA vom 17. Oktober 2017);
- 16. Mai 2018 auf dem Betrag von CHF 1'821.42 (Rechnung Nr. 171542 der P.\_\_\_\_\_ & Co SA vom 17. Oktober 2017);
- 15. Juni 2018 auf dem Betrag von CHF 1'821.42 (Rechnung Nr. 171542 der P.\_\_\_\_\_ & Co SA vom 17. Oktober 2017);
- 16. Juli 2018 auf dem Betrag von CHF 1'821.42 (Rechnung Nr. 171542 der P.\_\_\_\_\_ & Co SA vom 17. Oktober 2017);
- 16. August 2018 auf dem Betrag von CHF 1'821.42 (Rechnung Nr. 171542 der P.\_\_\_\_\_ & Co SA vom 17. Oktober 2017);
- 14. September 2018 auf dem Betrag von CHF 1'821.42 (Rechnung Nr. 171542 der P.\_\_\_\_\_ & Co SA vom 17. Oktober 2017);

- 16. Oktober 2018 auf dem Betrag von CHF 1'821.42 (Rechnung Nr. 171542 der P.\_\_\_\_\_ & Co SA vom 17. Oktober 2017);
  - 16. November 2018 auf dem Betrag von CHF 1'821.42 (Rechnung Nr. 171542 der P.\_\_\_\_\_ & Co SA vom 17. Oktober 2017);
  - 14. Dezember 2018 auf dem Betrag von CHF 1'821.42 (Rechnung Nr. 171542 der P.\_\_\_\_\_ & Co SA vom 17. Oktober 2017);
  - 29. Mai 2019 auf dem Betrag von CHF 1'821.43 (Rechnung Nr. 171542 der P.\_\_\_\_\_ & Co SA vom 17. Oktober 2017).
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich MWST von 7.7 % auf der Parteientschädigung, zu Lasten der Klägerin und Widerbeklagten."

## Inhaltsverzeichnis

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Sachverhalt und Verfahren</b> .....                                   | <b>11</b> |
| <b>A. Sachverhaltsübersicht</b> .....                                    | <b>11</b> |
| a. Parteien und ihre Stellung.....                                       | 11        |
| b. Prozessgegenstand .....   | 11        |
| <b>B. Prozessverlauf</b> .....   | <b>12</b> |
| <b>Erwägungen</b> .....  | <b>14</b> |
| <b>I. Formelles</b> .....  | <b>14</b> |
| 1. Klage .....   | 14        |
| 1.1. Zuständigkeit.....  | 14        |
| 1.2. Weitere Prozessvoraussetzungen.....                                 | 15        |
| 2. Widerklage .....  | 15        |
| 2.1. Voraussetzungen .....   | 15        |
| 2.2. Widerklageänderung .....  | 15        |
| <b>II. Zivilprozessuale Grundsätze und vertragliche Grundlagen</b> ..... | <b>16</b> |
| 1. Zivilprozessuale Grundsätze .....                                     | 16        |
| 1.1. Behauptungs- und Substantiierungslast.....                          | 16        |
| 1.2. Widersprüchliche Behauptungen .....                                 | 18        |
| 1.3. Aufbau der Rechtsschriften .....                                    | 19        |
| 2. Vertragliche Grundlagen .....   | 20        |
| 2.1. Überblick über den Vertrag .....                                    | 20        |
| 2.2. Qualifikation des Vertrages .....                                   | 21        |
| 2.3. Anwendbares Recht.....  | 21        |
| <b>III. Beurteilung der Klageforderungen</b> .....                       | <b>22</b> |
| 1. Verrechnung und Anerkennung.....                                      | 22        |
| 1.1. Ausgangslage .....  | 22        |
| 1.2. Streitpunkte .....  | 23        |
| 1.3. Rechtliches.....  | 23        |
| 1.4. Würdigung.....  | 24        |
| 1.5. Fazit .....   | 29        |
| 2. Strittige Bestellungsänderungen.....                                  | 30        |
| 2.1. Ausgangslage .....  | 30        |
| 2.2. Schriftlichkeitsvorbehalt.....                                      | 31        |
| 2.2.1. Unbestrittener Sachverhalt.....                                   | 31        |
| 2.2.2. Streitpunkte.....   | 31        |
| 2.2.3. Rechtliches.....  | 32        |
| 2.2.4. Würdigung.....  | 33        |
| 2.2.5. Fazit .....   | 35        |
| 2.3. Rechtliche Grundlagen zur Bestellungsänderung .....                 | 35        |
| 2.3.1. Regelungen gemäss SIA-Norm 118.....                               | 35        |
| 2.3.2. Nachtragspreis nach gerichtlichem Ermessen .....                  | 37        |
| 2.3.3. Vergütung von Regiearbeiten.....                                  | 38        |
| 2.3.4. Ausservertragliche Vergütungsansprüche .....                      | 39        |
| 2.3.5. Vorgehen und Beweislast .....                                     | 40        |
| 2.4. Changing Notification No. 10.....                                   | 41        |
| 2.4.1. Streitpunkte.....   | 41        |
| 2.4.2. Würdigung.....  | 42        |

|            |  |           |
|------------|--|-----------|
| 2.5.       | Changing Notification No. 11.....  | 44        |
| 2.5.1.     | Streitpunkte.....  | 44        |
| 2.5.2.     | Würdigung.....   | 45        |
| 2.6.       | Zusätzlich bestelltes Material.....  | 46        |
| 2.6.1.     | Streitpunkte.....  | 46        |
| 2.6.2.     | Würdigung.....   | 48        |
| 2.7.       | Zusätzlich bestellte Leistungen.....   | 49        |
| 2.7.1.     | Streitpunkte.....  | 49        |
| 2.7.2.     | Würdigung.....   | 52        |
| 2.8.       | Fazit.....   | 56        |
| 3.         | Verzugszins.....   | 56        |
| 3.1.       | Ausgangslage.....  | 56        |
| 3.2.       | Abschlagszahlungen.....  | 57        |
| 3.2.1.     | Streitpunkte.....  | 57        |
| 3.2.2.     | Rechtliches.....   | 58        |
| 3.2.3.     | Würdigung.....   | 59        |
| 3.2.4.     | Fazit.....   | 60        |
| 3.3.       | Schlussabrechnung und Abnahme.....   | 60        |
| 3.3.1.     | Streitpunkte.....  | 60        |
| 3.3.1.1.   | Schlussabrechnung.....   | 60        |
| 3.3.1.2.   | Abnahme.....   | 62        |
| 3.3.2.     | Rechtliches.....   | 62        |
| 3.3.2.1.   | Schlussabrechnung.....   | 62        |
| 3.3.2.2.   | Abnahme.....   | 64        |
| 3.3.3.     | Würdigung.....   | 65        |
| 3.3.3.1.   | Abnahme.....   | 65        |
| 3.3.3.2.   | Schlussabrechnung.....   | 69        |
| 3.4.       | Zusätzlich bestelltes Material.....  | 73        |
| 3.5.       | Fazit.....   | 73        |
| 4.         | Fazit Klageforderung.....  | 74        |
| <b>IV.</b> | <b>Beurteilung der Widerklageforderung.....</b>                                | <b>75</b> |
| 1.         | Vertragsverletzung durch verspätete Erfüllung.....                             | 75        |
| 1.1.       | Ausgangslage.....  | 75        |
| 1.2.       | Streitpunkte.....  | 75        |
| 1.3.       | Rechtliches.....   | 79        |
| 1.4.       | Würdigung.....   | 80        |
| 1.4.1.     | Vereinbarung eines Verfalltags.....  | 80        |
| 1.4.1.1.   | Widersprüchliche Parteibehauptungen.....                                       | 80        |
| 1.4.1.2.   | Eventualfall: Kein Konsens.....  | 81        |
| 1.4.2.     | Gerichtliche Lückenfüllung.....  | 87        |
| 1.4.3.     | Fazit.....   | 88        |
| 2.         | Mehraufwendungen, Mängelbehebungskosten, Mangelfolgeschaden und Minderung..... | 88        |
| 2.1.       | Ausgangslage.....  | 88        |
| 2.2.       | Rechtliches.....   | 89        |
| 2.2.1.     | Werkmangelhaftung.....   | 89        |
| 2.2.2.     | Mängelrüge.....  | 89        |
| 2.2.3.     | Nachbesserung und Ersatzvornahme.....  | 90        |



|  |   |
|--|---|
| 2.2.3.1. Mängelrechte .....                              | 90  |
| 2.2.3.2. Kosten der Ersatzvornahme .....                 | 91  |
| 2.2.4. Behauptungs- und Beweislast .....                 | 91  |
| 2.3. Bezahlung der Rechnungen von Subunternehmer .....   | 92  |
| 2.4. Die Forderungen im Einzelnen .....                  | 92  |
| 2.4.1. Arbeiten im Zusammenhang mit den Betontanks ..... | 92  |
| 2.4.1.1. Streitpunkte .....                              | 92  |
| 2.4.1.2. Würdigung .....                                 | 94  |
| 2.4.2. Teleskopbühne .....                               | 96  |
| 2.4.2.1. Streitpunkte .....                              | 96  |
| 2.4.2.2. Würdigung .....                                 | 96  |
| 2.4.3. Trocknen der Tanks .....                          | 97  |
| 2.4.3.1. Streitpunkte .....                              | 97  |
| 2.4.3.2. Würdigung .....                                 | 98  |
| 2.4.4. Reinigungsarbeiten .....                          | 98  |
| 2.4.4.1. Streitpunkte .....                              | 98  |
| 2.4.4.2. Würdigung .....                                 | 99  |
| 2.4.5. Mehrkosten der Bauleitung .....                   | 99  |
| 2.4.5.1. Streitpunkte .....                              | 99  |
| 2.4.5.2. Würdigung .....                                 | 100                                       |
| 2.4.6. Miete Lagerhalle .....                            | 103                                       |
| 2.4.6.1. Streitpunkte .....                              | 103                                       |
| 2.4.6.2. Würdigung .....                                 | 103                                       |
| 2.4.7. Containermiete und Leitern .....                  | 104                                       |
| 2.4.7.1. Streitpunkte .....                              | 104                                       |
| 2.4.7.2. Würdigung .....                                 | 104                                       |
| 2.4.8. Aufwendungen von L. _____ Partners .....          | 105                                       |
| 2.4.8.1. Streitpunkte .....                              | 105                                       |
| 2.4.8.2. Würdigung .....                                 | 105                                       |
| 2.4.9. Aufwendungen G. _____ .....                       | 106                                       |
| 2.4.9.1. Streitpunkte .....                              | 106                                       |
| 2.4.9.2. Würdigung .....                                 | 107                                       |
| 2.4.10. Versiegelung der Tanks T1, T3 und T4 .....       | 109                                       |
| 2.4.10.1. Streitpunkte .....                             | 109                                       |
| 2.4.10.2. Würdigung .....                                | 109                                       |
| 2.4.11. N. _____ .....                                   | <b>Fehler! Textmarke nicht definiert.</b> |
| 2.4.11.1. Streitpunkte .....                             | 114                                       |
| 2.4.11.2. Würdigung .....                                | 115                                       |
| 2.4.12. Kranmiete für Arbeiten am Fütterungssystem ..... | 117                                       |
| 2.4.12.1. Streitpunkte .....                             | 117                                       |
| 2.4.12.2. Würdigung .....                                | 117                                       |
| 2.4.13. Ersatz ...-netze .....                           | 117                                       |
| 2.4.13.1. Unbestrittener Sachverhalt .....               | 117                                       |
| 2.4.13.2. Streitpunkte .....                             | 120                                       |
| 2.4.13.3. Würdigung .....                                | 121                                       |
| 2.4.14. Kosten P. _____ während Shut-Down .....          | 130                                       |
| 2.4.14.1. Streitpunkte .....                             | 130                                       |
| 2.4.14.2. Würdigung .....                                | 130                                       |

|  |            |
|--|------------|
| 2.4.15. Minderung .....  | 131        |
| 2.4.15.1. Unbestrittener Sachverhalt .....                         | 131        |
| 2.4.15.2. Streitpunkte.....  | 132        |
| 2.4.15.3. Würdigung .....  | 134        |
| 2.4.16. Mangelfolgeschaden aufgrund des Fütterungssystems .....    | 136        |
| 2.4.16.1. Streitpunkte.....  | 136        |
| 2.4.16.2. Würdigung .....  | 136        |
| 2.4.17. Mangelfolgeschaden aufgrund der Mort Collectors.....       | 137        |
| 2.4.17.1. Streitpunkte.....  | 137        |
| 2.4.17.2. Würdigung .....  | 138        |
| 3. Fazit Widerklageforderung .....                                 | 139        |
| <b>V. Verrechnung zwischen Klage- und Widerklageforderung.....</b> | <b>139</b> |
| 1. Ausgangslage.....   | 139        |
| 2. Rechtliches.....  | 139        |
| 2.1. Voraussetzungen der Verrechnung.....                          | 139        |
| 2.2. Wirkung der Verrechnung .....                                 | 140        |
| 3. Würdigung .....   | 140        |
| <b>VI. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen .....</b>         | <b>141</b> |
| <b>VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen.....</b>                  | <b>143</b> |
| 1. Verteilung und Streitwert .....                                 | 143        |
| 2. Gerichtskosten .....  | 144        |
| 3. Parteientschädigungen.....                                      | 144        |
| <b>Erkenntnis .....</b>  | <b>145</b> |

## **Sachverhalt und Verfahren**

### A. Sachverhaltsübersicht

#### a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Q.\_\_\_\_\_, Dänemark, die europaweit die Realisation von ... bezweckt. Sie war Vertragspartei des Werkvertrags vom 6. November 2014 betreffend den Bau einer ...-farm, in welchem sie sich zu verschiedenen Bauarbeiten verpflichtete.

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in R.\_\_\_\_\_, Graubünden, die eine ...-farm betreibt. Sie war als Bauherrin ebenfalls Vertragspartei des Werkvertrags vom 6. November 2014.

#### b. Prozessgegenstand

Die vorliegende Streitigkeit dreht sich um das Bauprojekt einer ...-farm in R.\_\_\_\_\_. Die Beklagte war dabei die Bauherrin und betraute die Klägerin insbesondere mit dem Bau der Tanks und des Wegsystems in der Anlage. Als Nebenunternehmerin sollte demgegenüber die F.\_\_\_\_\_ A/S (nachfolgend: F.\_\_\_\_\_) die technische Einrichtung der Anlage liefern und installieren. Mit der Bauleitung war die J'.\_\_\_\_\_ AG (zwischenzeitlich: J.\_\_\_\_\_ AG; heute: S.\_\_\_\_\_ AG; nachfolgend: Bauleitung oder J.\_\_\_\_\_) betraut.

Im Rahmen der Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten ihren Werklohn. Es geht dabei zunächst um die Restanz des ursprünglich vereinbarten Pauschalwerklohns. Weiter verlangt die Klägerin vier Mehrvergütungen aufgrund von strittigen Bestellungsänderungen ("Changing Notification No. 10", "Changing Notification No. 11", "Zusätzlich bestelltes Material", "Zusätzlich bestellte Leistungen").

Widerklageweise macht die Beklagte einen Verzugsschaden geltend, da die Klägerin das Werk nicht rechtzeitig abgeliefert habe. Weiter verlangt die Beklagte von der Klägerin den Ersatz von Mehraufwendungen und Mängelbeseitigungen und sie macht einen Mangelfolgeschaden sowie Minderung geltend.

## B. Prozessverlauf

Am 24. Oktober 2018 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin ihre Klage ein (act. 1). Mit Verfügung vom 26. Oktober 2018 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten einen Vorschuss von CHF 32'000.– zu leisten (act. 4). Nachdem die Klägerin den Vorschuss fristgerecht geleistet hatte (act. 6), wurde der Beklagten mit Verfügung vom 15. November 2018 Frist angesetzt, um ihre Klageantwort einzureichen (act. 7). Mit Eingabe vom 11. Februar 2019 erstattete die Beklagte innert erstreckter Frist (vgl. act. 9) die Klageantwort und erhob gleichzeitig Widerklage (act. 13). Mit Verfügung vom 13. Februar 2019 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten einen Vorschuss von CHF 100'000.– zu leisten (act. 15). Nachdem die Beklagte den Vorschuss fristgerecht geleistet hatte (act. 17), wurde der Klägerin Frist angesetzt, um ihre Widerklageantwort einzureichen, und der Beklagten, um für alle italienischen Beilagen gemäss Klageantwort und Widerklage deutsche Übersetzungen nachzuliefern (act. 18). Mit Eingabe vom 1. April 2019 reichte die Beklagte die Übersetzungen der italienischen Beilagen fristgerecht ins Recht (act. 24; act. 25/214-219). Nachdem die Klägerin innert Nachfrist (vgl. act. 22) mit Eingabe vom 1. Juli 2019 ihre Widerklageantwort erstattet hatte (act. 28), wurde die Leitung des Prozesses mit Verfügung vom 3. Juli 2019 an den Instruktionsrichter delegiert (act. 30). Mit Eingabe vom 22. November 2019 beantragte die Beklagte, die Klägerin sei zur Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung zu verpflichten (act. 37). Am 27. November 2019 fand eine Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. S. 13 f.). In der Folge wurde mit Verfügung vom 28. November 2019 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist angesetzt, um eine zweite Rechtsschrift (Replik) einzureichen und um sich zum Antrag der Beklagten auf Sicherstellung der Parteientschädigung zu äussern (act. 41). Mit Eingabe vom 7. Januar 2020 nahm die Klägerin zum Antrag der Beklagten auf Sicherstellung der Parteientschädigung Stellung (act. 43). Mit Verfügung vom 13. Januar 2020 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um für die Parteientschädigung eine Sicherheit von CHF 32'500.– zu leisten (act. 45). Nachdem die Klägerin die Sicherheit fristgerecht geleistet und mit Eingabe vom 19. Februar 2020 ihre Replik erstattet hatte (act. 47; act. 51),

wurde der Beklagten mit Verfügung vom 25. Februar 2020 Frist angesetzt, um ihre Duplik/Widerklagereplik einzureichen (act. 54). Mit Eingabe vom 24. August 2020 reichte die Beklagte ihre Duplik/Widerklagereplik fristgerecht ins Recht (act. 57). Mit Verfügung vom 2. September 2020 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um ihre Widerklageduplik einzureichen, und der Beklagten, um einen zusätzlichen Vorschuss für die Gerichtskosten von CHF 22'200.– zu leisten (act. 59). Die Beklagte leistete den Vorschuss mit Valuta vom 16. September 2020 und damit innert Frist (act. 64). Mit Eingabe vom 4. März 2021 erstattete die Klägerin die Widerklageduplik innert erstreckter Frist (act. 62; act. 68). Mit Verfügung vom 16. März 2021 wurde der Aktenschluss verfügt und den Parteien mitgeteilt, dass nach erfolgter Bearbeitung zu entscheiderelevanten Widerklagedupliknoten mit entsprechend konkreten Hinweisen Frist angesetzt werden würde (act. 70).

Mit Verfügung vom 5. Oktober 2022 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie auf Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung verzichten (act. 72). Mit Eingabe vom 17. Oktober 2022 teilte die Klägerin mit, dass sie auf eine Hauptverhandlung verzichte (act. 74). Die Beklagte dagegen verlangte mit Schreiben vom 17. Oktober 2022 die Durchführung einer Hauptverhandlung (act. 75). Am 15. Dezember 2022 wurden die Parteien deshalb zur Hauptverhandlung auf den 26. Mai 2023 vorgeladen (act. 77), anlässlich welcher sie ihre Parteivorträge hielten. Die Beklagte nahm im Rahmen ihres Parteivortrags zu einem Dupliknovum, auf welches sie vorgängig hingewiesen wurde, Stellung (act. 78 und 81). Ansonsten wurden keine Noven vorgebracht (Prot. S. 32 f.).

Nach durchgeführtem Hauptverfahren ist der Prozess spruchreif, weshalb ein Urteil zu ergehen hat (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden – nur soweit für die Entscheidungsfindung notwendig – einzugehen.

## Erwägungen

### **I. Formelles**

#### 1. Klage

##### 1.1. Zuständigkeit

Hat eine Partei ihren Wohnsitz oder Sitz im Ausland, liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung immer ein internationales Verhältnis im Sinne von Art. 1 Abs. 1 IPRG vor. Dabei ist unerheblich, welche Partei ihren Sitz oder Wohnsitz im Ausland hat (BGE 135 III 185 E. 3.1 m.w.H). Im internationalen Verhältnis wird die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte grundsätzlich durch das IPRG geregelt, wobei völkerrechtliche Verträge vorbehalten sind (Art. 1 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IPRG). Zu diesen Verträgen gehört das Lugano-Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ; SR 0.275.12).

Die Klägerin hat ihren Sitz in Dänemark (act. 3/3), während die Beklagte ihren Sitz in der Schweiz hat (act. 3/2), womit offenkundig ein internationales Verhältnis vorliegt. Bei beiden Ländern handelt es sich um Vertragsstaaten des LugÜ (zum Geltungsbereich vgl. AS 2010 5660 und AS 2011 1215). Das LugÜ erweist sich vorliegend in sachlicher, räumlich-persönlicher und zeitlicher Hinsicht als anwendbar (Art. 1, Art. 23 und Art. 63 LugÜ), was zwischen den Parteien auch unbestritten ist (act. 1 Rz. 1 ff.; act. 13 Rz. 4).

Die Klägerin stützt sich auf Ziff. 9 des Werkvertrags vom 6. November 2014 (act. 3/1), worin die Parteien Zürich als Gerichtsstand bestimmt haben (act. 1 Rz 3). Die Beklagte hat in der Klageantwort/Widerklagebegründung die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts ausdrücklich anerkannt (act. 13 Rz. 4), womit sie sich eingelassen hat (Art. 24 LugÜ). Da keine ausschliessliche Zuständigkeit im Sinne von Art. 22 LugÜ vorliegt, ist die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts gegeben.

Da sich der Streit auf die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien bezieht, der vorgeschriebene Streitwert von über CHF 30'000.– erreicht ist und die Parteien im schweizerischen bzw. in einem mit dem schweizerischen Handelsregister vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind, ist die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts gegeben (Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG), was zwischen den Parteien ebenfalls unbestritten ist (act. 1 Rz. 4; act. 13 Rz. 4).

## 1.2. Weitere Prozessvoraussetzungen

Die übrigen Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 Abs. 2 ZPO sind unbestrittenermassen erfüllt und geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass. Auf die Klage ist einzutreten.

## 2. Widerklage

### 2.1. Voraussetzungen

Eine Widerklage setzt im Besonderen die gleiche Verfahrensart (Art. 224 Abs. 1 ZPO) wie in der Hauptsache voraus, was vorliegend gegeben ist. Zudem hat die Widerklage als selbstständige Klage auch sämtliche Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 Abs. 2 ZPO zu erfüllen. Dies ist unbestrittenermassen ebenfalls der Fall, weshalb auf die Widerklage einzutreten ist.

### 2.2. Widerklageänderung

Die Beklagte änderte mit der Widerklagereplik ihr Rechtsbegehren gemäss Widerklagebegründung, indem sie einerseits neu teilweise andere Beträge fordert (namentlich verlangt sie als Kostenersatz für ihre Mehraufwendungen neu CHF 805'428.80 inklusiv Mehrwertsteuer anstatt CHF 761'231.65 ohne Mehrwertsteuer) und zudem auf ihre Forderungen die Verzugszinse ab anderen Daten begehrt (vgl. act. 57 S. 2 ff.).

Als Klageänderung gilt die inhaltliche Änderung des Streitgegenstandes nach Eintritt der Rechtshängigkeit. Sie kann bei nicht individualisierten Ansprüchen (wie Geldforderungen) in der Änderung des Rechtsbegehrens und/oder des Klagefun-

damentes, d.h. des Lebenssachverhaltes, bestehen. Unter dem Lebenssachverhalt ist der gesamte Komplex von Tatsachen zu verstehen, aus welchem die Klage abgeleitet wird. Keine Klageänderung liegt dagegen vor, wenn gestützt auf die vorgetragenen Tatsachen ein neuer Rechtsgrund geltend gemacht wird, da das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat und an eine unrichtige Begründung nicht gebunden ist (Art. 57 ZPO; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 14 ff.). Eine Klageänderung ist zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht (Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO) oder die Gegenpartei zustimmt (Art. 227 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Regeln über die Klageänderung finden auch Anwendung auf die Widerklage bzw. die Widerklageänderung (vgl. BGer 4A\_8/2020 vom 9. April 2020 E. 3).

Da die Beklagte in ihrer Widerklagereplik ihr Rechtsbegehren gemäss Widerklagebegründung (hinsichtlich der Zinsforderungen) konkretisiert und einzelne Positionen teilweise erhöht hat, liegt eine Widerklageänderung vor. Da der geänderte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart (ordentliches Verfahren) zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht, ist diese Änderung ohne Weiteres zulässig.

## **II. Zivilprozessuale Grundsätze und vertragliche Grundlagen**

### **1. Zivilprozessuale Grundsätze**

#### **1.1. Behauptungs- und Substantiierungslast**

Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantzieren sind, ergibt sich gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung (statt vieler BGer 4A\_350/2020 vom 12. März 2021 E. 6.2 m.H.) einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 144 III 519 E. 5; 127 III 365 E. 2b m.H.). Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten. Es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentli-



chen Zügen oder Umrissen behauptet werden (BGE 136 III 322 E. 3.4.2). Ein solchermaßen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Voraussetzung, dass ein Tatsachenvortrag schlüssig ist, sind zunächst dessen Widerspruchsfreiheit und Vollständigkeit.

Die Behauptungs- und Substanziierungslast zwingt die damit belastete Partei nicht, sämtliche möglichen Einwände der Gegenpartei vorweg zu entkräften. Nur soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast. 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 (BGE 144 III 519 E. 5 m.H.; BGE 127 III 365 E. 2b m.H.).

Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen des Klägers damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss (vgl. Art. 222 Abs. 2 ZPO). Der Grad der Substanziierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substanziierung einer Bestreitung; je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet. Je detaillierter mithin ein Parteivortrag ist, desto höher sind die Anforderungen an eine substanziierte Bestreitung. Diese sind zwar tiefer als die Anforderungen an die Substanziierung einer Behauptung; pauschale Bestreitungen reichen indessen nicht aus. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird (BGE 141 III 433 E. 2.6 mit Hinweisen). Eine hinreichende Bestreitung lässt die behauptungsbelastete Partei erkennen, welche ihrer Behauptungen sie weiter zu substanziiieren und welche Behauptungen sie schliesslich zu beweisen hat. Dagegen ist die beweisbefreite Partei grundsätzlich nicht gehalten, darzutun, weshalb eine bestrittene Behauptung unrichtig sei (BGE 117 II 113 E. 2; BK ZGB-WALTER, Art.

8 N 191; LEUENBERGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 22 zu Art. 222 ZPO m.H.). Die Obliegenheit, substantiiert zu bestreiten, bedeutet mithin nicht, dass Positionen, zu denen die beweisbefreite Partei keine konkreten Einwände erheben konnte, als akzeptiert zu gelten hätten. Dies würde auf eine Umkehr der Behauptungs- und Beweislast herauslaufen. Auch ein Bestreiten mit Nichtwissen ist zulässig, jedenfalls soweit die fraglichen Geschehnisse nicht Gegenstand eigener Handlungen oder Wahrnehmungen der bestreitenden Partei bilden (zum Ganzen: BGer 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1, 2.2, 4.1 und 4.3 m.H.).

## 1.2. Widersprüchliche Behauptungen

Sich widersprechende Behauptungen schliessen einander aus, was bedeutet, dass sie als nicht behauptet gelten und sie also auch unbeachtlich bleiben, selbst wenn die Gegenpartei sie nicht bestreitet (BK ZPO-HURNI, Art. 55 N 20; BGer 4A\_210/2009 E. 3.5; OGer ZH RT150056 vom 17. Juni 2015 E. 5a m.H.; SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 55 N 21).

Ist das Vorbringen einer Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig, so gibt ihr das Gericht durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung (Art. 56 ZPO). Nach der Verhandlungsmaxime tragen aber grundsätzlich die Parteien die Verantwortung für die Beibringung des Tatsachenfundaments. Der Zweckgedanke der allgemeinen gerichtlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO besteht darin, dass eine Partei nicht wegen Unbeholfenheit ihres Rechts verlustig gehen soll, indem das Gericht bei klaren Mängeln der Parteivorbringen helfend eingreifen soll. Die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht darf keine Partei einseitig bevorzugen und nicht zu einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Parteien führen. Vor allem dient die gerichtliche Fragepflicht nicht dazu, prozessuale Nachlässigkeiten der Parteien auszugleichen. Wie weit das Gericht eingreifen soll, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, namentlich von der Unbeholfenheit der betroffenen Partei. Bei anwaltlich vertretenen Parteien hat die richterliche Fragepflicht nur ei-

ne sehr eingeschränkte Tragweite (statt vieler BGer 4A\_601/2020 vom 11. Mai 2021 E. 4.3.2; zur Situation von anwaltlich vertretenen Parteien BGer 4A\_502/2019 vom 15. Juni 2020 E. 7.1; 4A\_284/2017 vom 22. Januar 2018 E. 3.2; 4A\_375/2015 vom 26. Januar 2016 E. 7.1 m.H., nicht publiziert in BGE 142 III 102).

### 1.3. Aufbau der Rechtsschriften

Die Parteien haben umfangreiche Rechtsschriften eingereicht (insb. act. 13 [275 Seiten]; act. 28 [226 Seiten]; act. 57 [546 Seiten]; act. 68 [498 Seiten]). Während sich die Grössen der Rechtsschriften bezogen auf die Seitenzahlen etwa die Waage halten, fällt doch auf, dass aufgrund des gedrängteren Layouts der Beklagten, das insbesondere kaum Abstand zu den Seitenränder einhält, ihre Rechtsschriften tatsächlich einen deutlich grösseren Umfang aufweisen. Während die Widerklageantwort (act. 28) und die Replik (act. 51) gemeinsam rund 410'000 Zeichen (ohne Leerzeichen) auf rund 300 Seiten enthalten, folgte darauf die Duplik und Widerklagereplik der Beklagten, die mit ca. 550 Seiten bereits fast doppelt so viele Seiten umfasst, sich unter Berücksichtigung der Zeichen (ohne Leerzeichen) von rund 1.4 Mio. aber als dreieinhalbmals länger erweist als die vorangegangenen Rechtsschriften. Es ist also insbesondere die Duplik und Widerklagereplik der Beklagten, die äusserst ausführlich ausfiel, die darauffolgende Stellungnahme zur Duplik und Widerklageduplik der Klägerin beschränkte sich dann wieder auf ca. 960'000 Zeichen (ohne Leerzeichen), was immer noch eine sehr ausführliche Rechtsschrift darstellt. Sämtliche Rechtsschriften enthalten zahlreiche Wiederholungen. Sodann befinden sich Tatsachenbehauptungen und Argumente zu einzelnen Themen nicht konzentriert an einem Ort, sondern teilweise über die gesamten Rechtsschriften verstreut.

Es obliegt den Parteien, ihre Rechtsschriften übersichtlich und sachdienlich zu gestalten. Je umfangreicher die Rechtsschrift, desto höhere Anforderungen sind an eine übersichtliche und nachvollziehbare Struktur zu stellen. Die Parteien sind gehalten, rechtserhebliche Tatsachenbehauptungen und Bestreitungen nach Themen zu gliedern und konzentriert an einem Ort (und wo unvermeidbar an verschiedenen Stellen, aber mit internen Verweisen) vorzubringen. Namentlich sind

Tatsachenbehauptungen und Bestreitungen den konkret zu beurteilenden Tatbestandselementen (Mangel, Rügefrist, Kausalzusammenhang, Schaden etc.) zuzuordnen. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, sich in umfangreichen Rechtsschriften die rechtserheblichen Parteibehauptungen zusammenzusuchen. Angesichts des Anspruchs auf rechtliches Gehör und Waffengleichheit ist dies auch der Gegenpartei nicht zumutbar. Soweit die Rechtsschriften diese Anforderungen nicht erfüllen, sind die Parteien ihrer Behauptungs- und Bestreitungslast nicht rechtsgenügend nachgekommen.

## 2. Vertragliche Grundlagen

### 2.1. Überblick über den Vertrag

Die Parteien schlossen am 6. November 2014 einen Werkvertrag betreffend das Bauprojekt "...-zucht in R. \_\_\_\_\_" (act. 3/1). Bestandteile des Vertrags bilden im Wesentlichen

- der Formularvertrag basierend auf dem SIA-Vertragsformular Nr. 1023 (act. 3/5),
- das Dokument "Contract" (act. 3/6) und
- das Dokument "Description of Services" (act. 3/7).

Gemäss Ziffer 1.5 des Formularvertrags übernahmen die Parteien die SIA-Norm 118 in der Version von 2013 (act. 1 Rz. 16; act. 13 Rz. 484).

Das Bauprojekt betraf den Bau einer ...-zuchtanlage. Die vertraglich vereinbarten Leistungen der Klägerin umfassten namentlich die Betonarbeiten, die Installation von Gehwegen, Geländern, Treppen, Leitern und ...-netzen sowie eines Ventilations- und Fütterungssystems. Die Beklagte verpflichtete sich zur Bezahlung eines Werkpreises von pauschal EUR 2'704'340.– (exkl. MWST) (act. 1 Rz. 18; act. 13 Rz. 486; act. 51 Rz. 55). Mit der Changing Notification No. 5 vom 19./23. Juni 2015 wurde der Leistungsumfang der Klägerin sowie der zu bezahlende Werkpreis reduziert. Der Werkpreis betrug neu CHF 2'433'600.– (exkl. MWST) (act. 1 Rz. 21 f.; act. 13 Rz. 487).

## 2.2. Qualifikation des Vertrages

Der Vertrag ist als Werkvertrag gemäss Art. 363 OR zu qualifizieren, was im Übrigen unbestritten ist (act. 1 Rz. 69; act. 13 Rz. 551).

Ebenso unbestritten ist, dass auf diesen Werkvertrag – vorbehältlich der vertraglich vereinbarten Abweichungen – die SIA-Norm 118 (Ausgabe 2013; fortan: "SIA-Norm 118") anwendbar ist (act. 1 Rz. 16; act. 13 Rz. 484). Die SIA-Norm 118 ist eine offenkundige Tatsache im Sinne von Art. 151 ZPO. Ihr Wortlaut muss weder behauptet noch bewiesen werden (ZR 116 [2017] Nr. 33 [Urteil OGer ZH, I. ZK, LB160051 vom 24. Januar 2017]).

## 2.3. Anwendbares Recht

Das anwendbare Recht bestimmt sich nach dem IPRG (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. b IPRG). Ein Vertrag untersteht dem von den Parteien gewählten Recht (Art. 116 Abs. 1 IPRG). Fehlt es hingegen an einer Rechtswahl, ist das Recht jenes Staates anzuwenden, mit dem der Vertrag am engsten zusammenhängt, was vermuthungsweise der Sitzstaat der Partei ist, die die charakteristische Leistung zu erbringen hat (Art. 117 IPRG). Eine Rechtswahl kann auch stillschweigend getroffen werden und zwar insbesondere, wenn zwei anwaltlich vertretenen Parteien auf der Grundlage desselben Rechts argumentieren (BGE 130 III 417 E. 2.2 = Pra 94/2005 Nr. 30; BGer 4A\_158/2014 E. 2 je m.H.).

Die Parteien äussern sich beide nicht explizit zu einer Rechtswahl, argumentieren jedoch jeweils ergänzend zur SIA-Norm 118 mit schweizerischem Recht (vgl. act. 1 Rz. 85, 95, 103 f.; act. 13 Rz. 465 f., 476, 591 ff., 600, 615 ff.), weshalb ohne Zweifel davon auszugehen ist, dass stillschweigend eine Wahl zugunsten von schweizerischem Recht getroffen worden ist.

### III. Beurteilung der Klageforderungen

#### 1. Verrechnung und Anerkennung

##### 1.1. Ausgangslage

Die Klägerin bringt vor, dass nach der Anpassung des Werkvertrags mit der Changing Notification No. 5 zwischen den Parteien weitere Vertragsänderungen vorgenommen worden seien. So seien mit der Changing Notification No. 6, der Changing Notification No. 7 "platform oxygen", der Changing Notification No. 7 "statik\_T01" und mit der Changing Notification No. 9 weitere durch die Klägerin zu erbringende Leistungen und – ausser bei der Changing Notification No. 6 – eine Mehrvergütung durch die Beklagte auf neu insgesamt EUR 2'446'319.– (exkl. MWST) vereinbart worden und daher geschuldet (act. 1 Rz. 25 ff., act. 13 Rz. 459, 491; act. 3/15; act. 3/17; act. 3/19; act. 3/21).

Diese klägerischen Vorbringen wurden von der Beklagten in der Klageantwort nicht bestritten (act. 13 Rz. 459, 491), sondern vielmehr erklärte die Beklagte unter anderem (act. 13 Rz. 463 f.):

Die Widerklägerin [= die Beklagte] verrechnet hiermit die um den Minderungsbetrag von CHF 129'976 gemäss obiger Rz. 407 (bzw. um den vom Gericht zugesprochenen Minderungsbetrag) reduzierte Werklohnforderung der Widerbeklagten (soweit eine solche besteht) vollumfänglich und soweit notwendig mit ihren eigenen Forderungen gegenüber der Widerbeklagten gemäss der Widerklage in folgender Reihenfolge: [...].

Ebenfalls werden in gleicher Reihenfolge sämtliche Zinsforderungen der Widerbeklagten verrechnet, falls das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen sollte, dass solche bestehen.

Die Klägerin stellt sich in ihrer Replik auf den Standpunkt, die Beklagte habe damit die Werklohnforderung im Umfang von EUR 807'932 (exkl. MWST) anerkannt. Von der Beklagten anerkannt würden die vereinbarten Pauschalwerkpreise gemäss Changing Notification No. 5, Changing Notification No. 7 "platform oxygen", Changing Notification No. 7 "statik-T01" und Changing Notification No. 9, was nach Abzug der geleisteten Zahlungen eine anerkannte Schuld in der Höhe von

EUR 807'933.02 (exkl. MWST) bzw. EUR 872'567.65 (inkl. MWST) ergebe (act. 51 Rz. 9).

## 1.2. Streitpunkte

Die Beklagte hält dafür, dass sie keine Forderungen der Klägerin anerkennt, sondern lediglich eine Eventualverrechnung geltend gemacht habe, da sie insbesondere angefügt habe, sie verrechne mit der klägerischen Forderung, "soweit eine solche besteht" (act. 57 Rz. 25 f., 322). Die Ausführungen der Klägerin, inwiefern die Changing Notifications No. 5, No. 7 ("platform oxygen"), No. 7 ("statik\_T01") und No. 9 zusätzliche Leistungen umfassten, die Anspruch auf eine Mehrvergütung zugunsten der Klägerin begründeten, seien ausserdem nicht substantiiert (act. 57 Rz. 67 ff., 70 ff., 75 ff.). Zudem habe die Klägerin weder explizit noch sinngemäss behauptet, dass sie die vertraglich geschuldeten Leistungen erbracht habe (act. 57 Rz. 44).

Die Klägerin hält dagegen, die Beklagte mache widersprüchliche Vorbringen und verhalte sich treuwidrig (act. 68 Rz. 13). Ausserdem habe die Beklagte die Verrechnung vorbehaltlos erklärt, womit sie die klägerischen Vorbringen unwiderruflich anerkannt habe (act. 68 Rz. 36 ff.).

## 1.3. Rechtliches

Hinsichtlich den Voraussetzungen und den Wirkungen der Verrechnung auf die betroffenen Forderungen sei auf die Ausführungen unter Ziffer V/2 verwiesen. Das Verrechnungsrecht ist als Gestaltungsrecht grundsätzlich bedingungsfeindlich. Dennoch ist eine Eventualverrechnung zulässig. Dabei erklärt eine Partei die Verrechnung unter dem Vorbehalt, dass ihre übrigen Einreden und Einwendungen versagen sollten. Es ist daher stets von einer Eventualverrechnung auszugehen, wenn die Beklagte nebst der Verrechnungseinrede noch weitere Verteidigungsmittel geltend macht. Verzichtet sie hingegen darauf, Einreden und Einwendungen, die ihr bekannt sind, vorzubringen, liegt keine Eventualverrechnung vor. Mit einem solchen Verzicht, andere Einreden und Einwendungen vorzubringen,

verwirkt die Beklagte das entsprechende Gestaltungsrecht und damit eine spätere Bestreitung (BK OR-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Vor Art. 120-126 N 184 ff. m.H.).

Eine Verrechnung tritt gemäss Art. 124 Abs. 1 OR aber nur insofern ein, als der Schuldner dem Gläubiger zu erkennen gibt, dass er von seinem Recht der Verrechnung Gebrauch machen will. Die Verrechnungserklärung ist eine einseitige und empfangsbedürftige Willenserklärung des Verrechnenden. Sie kann ausdrücklich oder durch konkludentes Handeln erfolgen und muss den Willen des Verrechnenden in unzweideutiger Weise – wenigstens aufgrund des Vertrauensprinzips (BK OR-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art 124 N 17) – erkennen lassen. Aus der Erklärung oder aus den Umständen muss auch hervorgehen, welches die zu tilgende Hauptforderung und welches die Verrechnungsforderung ist. Besteht diesbezüglich Unklarheit, ist die Verrechnungserklärung unvollständig und daher wirkungslos (BGer 4C.25/2005 vom 15. August 2015 E. 4.1 [nicht publiziert in BGE 131 III 636]).

Die Beweislast für die Abgabe einer genügenden Verrechnungserklärung liegt bei jener Partei, die sich auf die Verrechnung beruft (BGE 43 II 72, E. 1; BGer 6B\_181/2013 vom 29. August 2013 E. 1.4).

#### 1.4. Würdigung

Der Vollständigkeit halber sei einleitend angemerkt, dass die Vorbringen der Klägerin in ihrer Duplikstellungnahme (act. 68) hinsichtlich der Verrechnung keine Noven darstellen. Ihre Stellungnahme bezieht sich vielmehr auf Ausführungen der Beklagten in deren Klageantwort sowie auf eigene Ausführungen in der Replik, wo sie davon ausgeht, dass die Beklagte aufgrund ihrer Ausführungen in der Klageantwort die klägerische Forderungen teilweise anerkannt habe (vgl. act. 51 Rz. 9). Demgegenüber erweisen sich die Vorbringen der Beklagten in der Duplik, wonach sie bestreite, dass eine Mehrvergütung aufgrund der Changing Notifications No. 7 ("platform oxygen" und "statik\_T01") und No. 9 geschuldet sei, als Noven. Dazu hat die Klägerin in der Widerklageantwort aber einerseits bereits Stellung genommen, ihrerseits aber keine Noven vorgebracht, sondern lediglich ihre



Position bekräftigt. Es ist der Beklagten daher mangels Noven in der klägerischen Stellungnahme zur Duplik keine Frist zur Stellungnahme ihrerseits anzusetzen.

In der Folge ist nunmehr zu prüfen, ob es durch die Beklagte in der Klageantwort zu einer vorbehaltlosen Verrechnung gekommen ist. Diesbezüglich fällt zunächst auf, dass die Beklagte bezüglich der Mehrvergütung durch die Changing Notifications No. 5, 7 und 9 ausführen liess (act. 13 Rz. 459):

Im Anschluss wurde der Werklohn vertraglich mit den Changing Notifications 7 um EUR 6'799 bzw. EUR 1'420 [...] sowie mit der Changing Notification 9 um EUR 4'500 erhöht [...]. Der gesamte vereinbarte Werklohn für ein mängelfreies und rechtzeitig abgeliefertes Werk betrug damit EUR 2'446'319 (exkl. MwSt.):

| <b>Vertragsbasis</b>            | <b>Preis (in EUR, exkl. MwSt.)</b> |
|---------------------------------|------------------------------------|
| Chang. Not. 5                   | 2'433'600                          |
| Chang. Not. 7 "platform oxygen" | +6'799                             |
| Chang. Not. 7 "statik-T01"      | +1'420                             |
| Chang. Not. 9                   | +4'500                             |
| <b>Total</b>                    | <b>2'446'319</b>                   |

[...] Die übrigen von der Widerbeklagten [=Klägerin] in der Klageschrift geltend gemachten Forderungen sind von der Widerklägerin [=Widerbeklagte] nicht geschuldet, [...].

Weiter erklärte die Beklagte in der Klageantwort (act. 13 Rz. 463 ff.):

Die Widerklägerin [= die Beklagte] verrechnet hiermit die um den Minderungsbetrag von CHF 129'976 gemäss obiger Rz. 407 (bzw. um den vom Gericht zugesprochenen Minderungsbetrag) reduzierte Werklohnforderung der Widerbeklagten (soweit eine solche besteht) vollumfänglich und soweit notwendig mit ihren eigenen Forderungen gegenüber der Widerbeklagten gemäss der Widerklage in folgender Reihenfolge: [...].

Ebenfalls werden in gleicher Reihenfolge sämtliche Zinsforderungen der Widerbeklagten verrechnet, falls das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen sollte, dass solche bestehen.

[...]

Die nicht geminderte (und zu Recht unbezahlt gebliebene) Werklohnforderung der Widerklägerin [recte: der Klägerin] betrug damit CHF 872'566.55 ( $\text{EUR } 807'932 * \text{EUR} / \text{CHF } 1.0842 = \text{CHF } 872'566.56$ ).

Vom vertraglich vereinbarten Werklohn von umgerechnet CHF 872'566.55 ist der Anspruch der Widerklägerin auf Minderung des Kaufpreises im Betrag von CHF 129'976 abzuziehen [...]. Die effektiv zur Verrechnung gelangende Forderung der Widerbeklagten beträgt damit CHF 742'590.55 (CHF 872'566.55 Werklohn abzüglich CHF 129'976 Werkpreisminderung = CHF 742'590.55).

Und sie brachte vor (act. 13 Rz. 470 f.):

Der geminderte Werklohnanspruch von CHF 742'590.55 wird damit vollständig durch die in Rz. 402 aufgeführten Forderungen verrechnet, wobei die Forderungen der Widerklägerin auf Ersatz der Kosten von P.\_\_\_\_\_ für die Reinigung des Tanks anlässlich des Shut-Down (siehe dazu oben, Rz. 401) jedoch nur im Betrag von CHF 1'596.90 zur Verrechnung gelangt und daher im Betrag von CHF 18'641.10 weiterhin besteht.

Sollte die Werklohnforderung der Widerbeklagten nach Ansicht des Gerichts wider Erwarten höher sein oder der Widerklägerin ein geringerer Minderungsanspruch zustehen, wäre die Verrechnungsforderung der Widerbeklagten im entsprechenden Betrag höher, was jedoch nichts daran änderte, dass die Forderung der Widerbeklagten durch die Verrechnungserklärung gemäss Rz. 463 vollumfänglich getilgt ist.

Betreffend dem Forderungsbetrag in der Widerklage fällt zudem folgendes auf: Die Beklagte macht entgangenen Gewinn in der Höhe von CHF 7'180'569, Mehraufwendungen und Kosten für die Mängelbeseitigung im Betrag von CHF 761'231.65, einen Minderwert des gelieferten Werks von CHF 129'976.– sowie einen Mangelfolgeschaden von CHF 436'560.– geltend (act. 13 Rz. 29). Die Forderungen der Beklagten gemäss Widerklagebegründung belaufen sich demnach auf CHF 8'508'333.65. Hernach folgert die Beklagte (act. 13 Rz. 30):

Nach Abzug des unbezahlt gebliebenen Anteils am vereinbarten Werklohn steht der Widerklägerin damit gegenüber der Widerbeklagten ein Anspruch von CHF 7'635'770.10 zu (siehe dazu unten Rz. 644).

An anderer Stelle stellt die Beklagte ihre Forderungspositionen in folgender Weise dar (act. 13 Rz. 644):

| <b>Was / Rz.</b>  | <b>Betrag in CHF</b> |
|---|----------------------|
| Nicht bezahlter Anteil am vereinbarten Werklohn / Rz. 462 und 468 | - 872'566.55         |
| Minderwert des abgelieferten Werks / Rz. 407                      | + 129'976.00         |
| <b>Zwischentotal (Geminderte Werklohnforderung) / Rz. 469</b>     | <b>- 742'590.55</b>  |
| Verrechnung Forderungen auf Kostenersatz / Rz. 402                | + 761'231.65         |
| <b>Zwischentotal (Restforderung Ferretti) / Rz. 470</b>           | <b>18'641.10</b>     |
| Schaden ab Shut-Down betreffend Fütterungssystem / Rz. 418        | + 392'560.00         |
| Schaden ab Shut-Down betreffend Mort Collector / Rz. 425          | + 44'000.00          |
| Entgangener Gewinn / Rz. 339                                      | + 7'180'569.00       |
| <b>Total</b>  | <b>7'635'770.10</b>  |

Letztlich verlangt die Beklagte denn auch in ihren Rechtsbegehren gemäss Widerklage, den um die Verrechnung verminderten Betrag von CHF 7'635'770.10 (act. 13 S. 2).

Der Wortlaut der Erklärungen der Beklagten ist klar und eindeutig: Sie anerkennt die offene Werklohnforderung im Umfang von EUR 807'932 (bzw. CHF 872'566.55; exkl. MWST) und erklärt (unter Berücksichtigung ihres Minderungsanspruchs) vorbehaltlos die Verrechnung. Vorbehaltlos einerseits daher, da sie an keiner Stelle irgendeine andere Einwendung oder Einrede gegen diesen Betrag vorbringt, ausser dass sie ihn verrechne. Vorbehaltlos aber auch andererseits, weil sie nur an einer einzigen Stelle überhaupt einen grammatikalischen Vorbehalt in Bezug auf die Verrechnung anbringt: Sie verrechne ihre "reduzierte

Werklohnforderung der Widerbeklagten (soweit eine solche besteht) vollumfänglich" (act. 13 Rz. 463). Diese einzige Ausnahme vermag freilich nichts an der Klarheit des Wortlauts im Ganzen zu ändern, zumal die Beklagte eben an keiner Stelle eine andere Einwendung oder Einrede gegen die klägerische Forderung erhebt. Vor diesem Hintergrund ist denn auch nicht entscheidend, wie das Wort "soweit" zu verstehen ist, was damit offengelassen werden kann.

Das Argument der Beklagten, sie habe in der Klageantwort/Widerklagebegründung die Klageabweisung beantragt, ohne dabei eine Verknüpfung mit der Widerklage gemacht zu haben (vgl. act. 57 Rz. 28), verfängt zudem auch nicht. Erstens weil dies nichts daran ändert, dass die Beklagte keine andere Einrede oder Einwendung gegen die klägerische Forderung vorbrachte. Zweitens weil die Beklagte verkennt, dass sie die Verrechnung durchaus im Rahmen ihrer Rechtsbegehren berücksichtigte, wo die Beklagte im Rahmen der Widerklage die verrechnete Forderung von ihren Forderungen in Abzug brachte. Schliesslich verkennt die Beklagte, dass das Klagerechtsbegehren, wonach die Klage abzuweisen sei, gerade nicht gegen eine Verrechnung spricht. Vielmehr wäre die Klage im Umfang der Verrechnung abzuweisen, da die Verrechnungserklärung den unwiderruflichen und endgültigen Untergang von Forderung und Gegenforderung herbeiführt, soweit sie sich ausgleichen (BGE 107 Ib 98 E. 8d).

Somit hat die Beklagte durch ihre Verrechnungserklärung in der Klageantwort/Widerklagebegründung sämtliche ihr bekannten anderen Einreden und Einwendungen gegen die klägerischen Forderungen aus dem Werkvertrag vom 6. November 2014 sowie den Changing Notifications No. 5, No. 7 ("platform oxygen" und "statik\_ T01") und No. 9 verwirkt. Es ist deshalb unbehilflich, wenn die Beklagte neu in der Duplik diese klägerischen Forderungen bestreitet. Dies würde der Beklagten nur dann etwas nützen, wenn sie dartäte, inwiefern ihr die neuen Einreden und Einwendungen gegen die klägerischen Forderungen nicht bereits im Zeitpunkt der Verrechnungserklärung vorgelegen haben. Dies tut sie aber nicht, sondern bringt lediglich Einwände vor, die sie bereits im Zeitpunkt der Verrechnungserklärung gekannt haben muss, wie mangelnde Substanziierung der klägerischen Forderungen und den Einwand, dass die Leistungen gemäss den

Changing Notifications No. 7 ("platform oxygen" und "statik\_ T01") und No. 9 bereits im ursprünglichen Werkvertrag resp. der Changing Notification No. 5 enthalten gewesen seien.

Betreffend die Differenz zwischen dem effektiv verrechneten Betrag (CHF 742'590.55) und dem geschuldeten Restwerklohn (CHF 872'566.55) macht die Beklagte in der Klageantwort lediglich einen Anspruch auf Minderung (CHF 129'976) wegen dem (angeblich) unbrauchbaren Fütterungssystem geltend (vgl. act. 13 Rz. 404 ff.). Im Widerspruch dazu bestreitet die Beklagte in der Duplik, dass sich der Werklohn infolge der Changing Notifications erhöht habe und deshalb gesamthaft ein Werklohn von EUR 2'446'319 (exkl. MWST) vereinbart bzw. geschuldet gewesen sei (vgl. act. 57 Rz. 68, 71, 76). Der Wechsel eines Standpunktes kann zwar zulässig sein, er setzt unter anderem aber voraus, dass mindestens erklärt wird, welcher Standpunkt denn jetzt gelten soll und/oder ob es sich dabei um einen Haupt- und einen Eventualstandpunkt handelt. Dies tut die Beklagte aber gerade nicht, wenn sie in der Duplik einfach erklärt, sie habe nie irgendetwas anerkannt oder vorbehaltlos verrechnet. Denn diese Behauptungen der Beklagten sind nach den vorstehenden Ausführungen aktenwidrig und falsch. Die Beklagte hätte vielmehr erklären müssen, dass sie ihre Behauptungen widerruft und neue Behauptungen aufstellt. Andernfalls kommt es zur vorliegenden Situation, wo die Beklagte einerseits die Forderungen anerkennt und andererseits die gleichen Forderungen bestreitet. Dass sich diese beiden Standpunkte gegenseitig ausschliessen, ist offensichtlich. Infolge dieses Widerspruchs sind die betreffenden Behauptungen unbeachtlich. Damit ist die Werklohnforderung der Klägerin in Höhe von EUR 807'932 (exkl. MWST) – auf den geltend gemachten Minderungsanspruch wird im Rahmen der Widerklage einzugehen sein (Ziff. IV.2) – ausgewiesen. Inwiefern die Standpunkte resp. die Prozessführung der Beklagten, wie von der Klägerin vorgeworfen, auch treuwidrig sind, kann offenbleiben.

#### 1.5. Fazit

Im Ergebnis ist somit die klägerische Forderung aus dem Werkvertrag vom 6. November 2014 sowie den Changing Notifications No. 5, No. 7 ("platform oxygen" und "statik\_ T01") und No. 9 in der Höhe von insgesamt EUR 807'932 (exkl.

MWST) bzw. EUR 872'566.55 (inkl. [8%] MWST) mangels Bestreitung durch die Beklagte ausgewiesen.

Die Beklagte verwirkte durch die Verrechnungserklärung in der Klageantwort sämtliche ihr bekannten Einwendungen und Einreden betreffend die Restforderung von EUR 872'566.55 (inkl. MWST) für den Werklohn unter Berücksichtigung der Changing Notifications No. 5, No. 7 ("platform oxygen" und "statik\_ T01") und No. 9. Da sie bezüglich ihrer später vorgebrachten Einreden resp. Einwendungen nicht dartut, dass sie diese im Zeitpunkt der Verrechnungserklärung nicht gekannt habe, bleibt die klägerische Forderung unbestritten. Wie im Rahmen der Widerklage zu zeigen sein wird, besteht seitens der Beklagten kein Anspruch auf Minderung, weshalb der von der Klägerin geforderte Betrag von EUR 872'566.55 (inkl. MWST) vollumfänglich geschuldet ist.

## 2. Strittige Bestellungenänderungen

### 2.1. Ausgangslage

Bereits in der Klageantwort hat die Beklagte jedoch die weiteren, von der Klägerin geltend gemachten Mehrvergütungen ("Changing Notification No. 10", "Changing Notification No. 11", "zusätzlich bestelle Leistungen" [Invoice No. 666] und "zusätzlich bestelltes Material" [Invoice No. 125]) bestritten. Diese Ansprüche sind in der Folge zu prüfen (act. 51 Rz. 10):

| <b>Vertragliche Grundlage / Rechnung</b> | <b>EUR (exkl. MWST)</b> | <b>EUR (inkl. MWST)</b> |
|--|-------------------------|-------------------------|
| Changing Notification No. 10             | 17'800.00               | 19'224.00               |
| Changing Notification No. 11             | 13'700.00               | 14'796.00               |
| Invoice No. 666                          | 3'070.00                | 3'315.60                |
| Invoice No. 125                          | 56'137.00               | 60'627.96               |
| <b>Bestrittene Werklohnrestanz</b>       | <b>90'707.00</b>        | <b>97'963.56</b>        |

## 2.2. Schriftlichkeitsvorbehalt

### 2.2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Parteien sind sich einig über den Wortlaut der umstrittenen Klausel im "Contract" (act. 1 Rz. 74; act. 51 Rz. 126; act. 13 Rz. 555 ff.; act. 57 Rz. 85). Diese lautet (act. 14/2 S. 10):

All agreements on changes in construction, design with financial implications has to be confirmed in writing and logged on every minutes of meeting.

Nicht einig sind sich die Parteien hingegen über deren Bedeutung und Anwendungsbereich.

### 2.2.2. Streitpunkte

Die Klägerin hält dafür, dass diese Klausel nur Beststellungsänderungsvereinbarungen, nicht aber einseitige Beststellungsänderungen (von der Beklagten) betreffe (act. 1 Rz. 74; act. 51 Rz. 126). Inhaltlich bedeute die Klausel, dass sämtliche Vereinbarungen über Konstruktions- und Designänderungen, die finanzielle Auswirkungen haben, schriftlich zu bestätigen seien. Dabei gebe es keinen Hinweis, wonach die Parteien vor Erfüllung der Formvorschrift nicht gebunden sein wollten. Es handle sich daher nicht um eine Abschluss- sondern um eine Beweisform (act. 1 Rz. 76, act. 51 Rz. 126). Ausserdem hätte die Beklagte ohnehin konkludent auf den Formbehalt verzichtet, indem sie die Leistungen nie beanstandet und auch gegen deren Rechnungsstellung (Rechnung Nr. 790) nie opponiert habe (act. 1 Rz. 77) sowie indem sie die Klägerin zur Ausführung der Beststellungsänderung angehalten habe (act. 51 Rz.127).

Die Beklagte bestreitet die klägerischen Darstellungen und führt aus, der Sinn und Zweck dieser Bestimmung sei zu verhindern, dass die Klägerin im Nachhinein Zusatzaufträge, die eine höhere Vergütung nach sich ziehen würden, geltend mache, ohne dass die Parteien darüber eine schriftliche Vereinbarung getroffen hätten (act. 13 Rz. 555 ff.; 631). Die Parteien hätten demnach vereinbart, dass sämtliche Änderungen, die eine Auswirkung auf den Pauschalpreis hätten, schriftlich

zu vereinbaren seien (act. 57 Rz. 53 f., 61). Zudem sei es der Parteiwille gewesen, dass jegliche Bestellsungsänderung zwingend schriftlich vereinbart werden müsse. Es sei daher nicht bloss die schriftliche Bestätigung einer mündlichen Bestellsungsänderung angestrebt worden (act. 57 Rz. 611).

### 2.2.3. Rechtliches

Bestellsungsänderungen stellen eine rechtsgeschäftliche Änderung des Vertragsinhaltes dar, indem sie die vereinbarte Herstellungspflicht in einer Weise verändern, dass der Unternehmer z.B. zusätzliche oder zum Teil andere Arbeiten zu leisten oder das Werk anders als vereinbart (z.B. mit anderem Stoff, anderen Arbeitsmitteln oder anderen Methoden) auszuführen hat. Die Bestellsungsänderungen können ihren Ursprung in einer Vereinbarung der Parteien (Änderungsvertrag) haben oder unter Umständen auch einseitig durch den Bauherrn (durch eine Gestaltungserklärung) veranlasst werden. Die Erklärung muss dabei nicht zwingend vom Besteller persönlich abgegeben werden, vielmehr kann er sich vertreten lassen (nach Art. 33 Abs. 1 SIA-Norm 118 regelmässig auch durch die Bauleitung; GAUCH, a.a.O. N 768).

Für Verträge, die nicht an eine bestimmte Form gebunden sind, steht es den Parteien frei, die Anwendung einer solchen zu vereinbaren (Art. 16 Abs. 1 OR). Es steht ihnen dabei frei zu entscheiden, ob die Nichtbeachtung der vereinbarten Form zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts führen soll (konstitutive Wirkung) oder ob die Form lediglich Beweisfunktion (deklaratorische Wirkung) hat (BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 16 N 5a). Dies ist mittels Vertragsauslegung zu bestimmen.

Das Ziel der gerichtlichen Vertragsauslegung besteht in der Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben (*subjektive Auslegung*). Lässt sich der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien indes nicht mehr mit Sicherheit feststellen, dann hat der Richter durch objektivierte Auslegung den Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben (*objektive Auslegung*). Hierbei hat der Richter das als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und korrekt han-



delnde Parteien unter den gegebenen, auch persönlichen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden (anstatt vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht AT, Band I, 11. Auflage, 2020, Rz. 1200 f., m.H.a. BGE 133 III 406 E. 2.2; BGE 132 III 626 E. 3.1; BGE 130 III 66 E. 3.2; BGE 129 III 118 E. 2.5). Dabei ist jede einzelne Willenserklärung nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durfte und musste. Auszugehen ist vom Wortlaut der Erklärung, die jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen ist. Massgebend ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, weshalb bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nachträgliches Parteiverhalten nicht von Bedeutung ist (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 207 ff. und Rz. 1226 m.H.).

In prozessualer Hinsicht stellt der tatsächliche Wille eine innere Tatsache dar, welche keinem direkten Beweis zugänglich ist. Sie ist lediglich mittelbar durch Indizien beweisbar (BGE 140 III 86 E. 4.1 ). Die Behauptungs- und Beweislast für Bestand und Inhalt eines vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (BGE 121 III 118 E. 4b/aa). Sofern ein klarer Nachweis des Geschäftsinhalts durch den Urkundentext vorliegt, kommt es zur Beweislastumkehr, womit jene Partei, die sich auf eine vom Wortlaut abweichende Auslegung beruft, behauptungs- und beweisbelastet ist (HGer ZH HG150130 vom 2. März 2017 E. 2.2 m.H.).

#### 2.2.4. Würdigung

Keine Partei hat ausreichend konkret behauptet, dass sich beide Parteien bei Vertragsschluss über die Bedeutung der Klausel einig gewesen seien. Vielmehr fehlt es an konkreten Vorbringen zu den Umständen vor und nach dem Vertragsschluss, die irgendwelche Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen der Parteien erlauben würden. Dementsprechend ist eine objektive Auslegung der Klausel vorzunehmen.

Die Klägerin stützt sich im Wesentlichen auf den englischen Wortlaut der Klausel, woraus sich ergebe, dass mit "All agreements, on changes in construction, design with financial implications" eben konsensuale Bestellungenänderungen gemeint seien. Betrachtet man den Wortlaut allein, vermag die klägerische Darstellung zu überzeugen. "Agreement" bedeutet "the situation in which people have the same opinion, or in which they approve of or accept something" (Cambridge Dictionary [<https://dictionary.cambridge.org/de/worterbuch/englisch/agreement>], zuletzt abgerufen am 25. Mai 2023). Eine Situation also, in der (mehrere) Personen die gleiche Meinung haben, zu etwas zustimmen oder etwas akzeptieren. "Agreement" meint demnach eine konsensuale Situation. Bezüglich der Frage, ob der Schriftlichkeitsvorbehalt konstitutiver oder deklarativer Natur ist, stützt sich die Klägerin ebenfalls auf den Wortlaut ("confirmed"). Die Hauptbedeutung des Verbs "confirm" ist – wie von der Klägerin richtig übersetzt – bestätigen (gemäss Cambridge Dictionary [<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/confirm>], zuletzt abgerufen am 25. Mai 2023: "to state or show that something is definitely true or correct, especially by providing evidence"). Der Wortlaut der Klausel ist somit insofern klar, als dass von ihm nur Bestellungenänderungsvereinbarungen erfasst sind und die Schriftform lediglich der Bestätigung dient.

Angesichts des klaren Wortlauts obläge es der Beklagten, ernsthafte Anhaltspunkte darzutun, weshalb die Klausel abweichend vom klaren Wortlaut verstanden werden soll (BGE 144 V 84 E. 6.2 m.H.). Die Beklagte ihrerseits bringt jedoch keine nachvollziehbare Erklärung vor, weshalb unter Agreement auch eine einseitige Bestellungenänderung fallen sollte, sondern geht über diesen Umstand, ohne ein Wort zu verlieren, hinweg und bringt vor, damit seien sämtliche Änderungen gemeint. Gleiches gilt auch für den Begriff der Bestätigung. Auch ihre Behauptung, die Bestimmung bezwecke, dass sich die Klägerin nicht im Nachhinein darauf berufen könne, ihr stünden Mehrverfügungen aus Zusatzaufträgen zu, liefert keine *ernsten* Anhaltspunkte für ein vom Wortlaut abweichendes Vertragsverständnis. Die Auslegung hat somit im Wortlaut sein Bewenden. Dieser ist unbestritten, weshalb auch keine Beweise abzunehmen sind.

### 2.2.5. Fazit

Im Ergebnis ist daher auf den Wortlaut der Klausel abzustellen, womit der Anwendungsbereich von Art. 6 des "Contracts" sich auf konsensuale, nicht aber auf einseitige Bestellungenänderungen bezieht, für die eine schriftliche Bestätigung erfolgen müsste. Die beklaglichen Bestreitungen, wonach mangels Einhaltung der Formvorschriften keine gültigen Bestellungenänderungen vorlägen, sind daher zu verwerfen.

## 2.3. Rechtliche Grundlagen zur Bestellungenänderung

### 2.3.1. Regelungen gemäss SIA-Norm 118

Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (Art. 363 OR). Mit der sog. Grundvergütung werden die ursprünglich vereinbarten Leistungen abgegolten (SCHUMACHER/KÖNIG, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, 2. A. Zürich 2017, N 14). Im Bauwerkvertrag wird für die Grundvergütung regelmässig (ausschliesslich oder überwiegend) ein fester Preis vereinbart. Darunter fallen Pauschal- oder Globalpreise sowie Einheitspreise (GAUCH, Der Werkvertrag, 6. A. Zürich 2019, N 899 ff.; SCHUMACHER/KÖNIG, a.a.O., N 14). Vergütet wird nicht der Aufwand des Unternehmers (wie gemäss Art. 374 OR), sondern – ergebnisbezogen – die Leistung des Unternehmers (SCHUMACHER/KÖNIG, a.a.O., N 43). Bei der Vereinbarung eines Pauschalpreises hat der Unternehmer das von ihm geschuldete Werk als Ganzes zu einer vertraglich fixierten Geldsumme herzustellen. Der Pauschalpreis ist zugleich Höchst- und Mindestpreis (GAUCH, a.a.O., N 900). Er ist unabhängig vom Aufwand des Unternehmers (GAUCH, a.a.O., N 902). Gemäss Terminologie der SIA-Norm 118 unterliegt der Globalpreis der Teuerungsabrechnung, der Pauschalpreis nicht (GAUCH, a.a.O., N 911). Wurde ein Pauschalpreis (bzw. ein Globalpreis) vereinbart, ist das Werk also für diesen Preis herzustellen, unabhängig davon, ob mehr oder weniger Aufwand als vorgesehen nötig war (GAUCH, a.a.O., N 902a). Ein Anspruch auf Mehrvergütung besteht demgegenüber bei Bestellungenänderungen, aufgrund derer sich der Inhalt der vom Unternehmer ursprünglich geschuldeten Leistung ändert (GAUCH, a.a.O., N 905 ff.).

Art. 89 SIA-Norm 118 sieht im Falle von Bestellungen Änderungen bei Vereinbarung von Global- oder Pauschalpreisen für die Festsetzung der Höhe der zusätzlichen Vergütung (sog. Nachtragspreis) ein Kaskadensystem vor: Für die geänderte Leistung ist primär ein Nachtragspreis zu vereinbaren (Art. 89 Abs. 1 SIA-Norm 118), und zwar bei Globalpreisen auf Basis der ursprünglichen Kostengrundlage (Abs. 2 m.H.a. Art. 62 Abs. 2) und bei Pauschalpreisen auf Basis der Kostengrundlage, die im Zeitpunkt der Bestellungen Änderung gültig ist (Abs. 3). Für den Fall, dass keine Vereinbarung über den Nachtragspreis zustande kommt, verweist Art. 89 Abs. 3 auf Art. 87 Abs. 4 SIA-Norm 118. Diese Bestimmung sieht vor, "dass die Bauleitung die Arbeit in Regie ausführen lassen oder unter voller Schadloshaltung des Unternehmers an einen Dritten vergeben" kann. Zur Bedeutung dieser Bestimmung und zum Vorgehen bei Nichteinigung werden in der Lehre unterschiedliche Ansichten vertreten. Das Bundesgericht hat in BGE 143 III 545 nun allerdings zur gerichtlichen Bestimmung des Preises für einseitige Bestellungen Änderungen bei einem der SIA-Norm 118 unterstehenden Werkvertrag mit Pauschalpreis grundlegende Fragen geklärt (BGE 143 II 545 E. 4.4.4.1 ff.). Vorab hat das Bundesgericht klargestellt, dass entgegen dem Verständnis, welches der Wortlaut von Art. 89 SIA-Norm 118 nahe legen würde, auch bei fehlender Einigung der Parteien der Mehr- oder Minderpreis in sinngemässer Anwendung dieser Norm zu bestimmen ist (E. 4.4.4.1). Festzusetzen ist ein Nachtragspreis auf Basis der Kostengrundlage im Zeitpunkt der Bestellungen Änderung. Bei Pauschalpreisen sei hierfür, insbesondere in Anbetracht des Rückgangs von Listen- und Richtpreisen, auf die allgemeinen Marktpreise abzustellen. Dies stehe zwar in einem gewissen Widerspruch zu Art. 18 Abs. 2 SIA-Norm 118, gemäss welchem bei der Festlegung von Nachtragspreisen (Art. 86-89) Preisanalysen mitberücksichtigt würden und was für eine Preisfortschreibung spreche. Anders als bei Werkverträgen mit Einheitspreisen müsse bei Werkverträgen mit einem Pauschalpreis aber kein mit Preisen versehenes Leistungsverzeichnis des Unternehmers vorliegen, an dem sich die Preise für eine Fortschreibung orientieren könnten (vgl. Art. 87 Abs. 2 SIA-Norm 118; E. 4.4.4.2). Liegen jedoch Preisanalysen vor, seien diese sehr wohl beachtlich; insbesondere wenn diese dem Bauherr bekannt waren. Sie können mangels anderer Anhaltspunkte als Indizien für die

allgemeinen Marktpreise verstanden werden (E. 4.4.4.2). Nicht abzustellen sei bei der Bestimmung der Nachtragspreise durch das Gericht hingegen auf eine Ausführung in Regie (nach Art. 89 Abs. 3 i.V.m. Art. 87 Abs. 4 SIA-Norm 118). Erstens könnte dies von vornherein nur für "zusätzliche Arbeiten" gelten, wodurch eine dahingehende Unterscheidung erforderlich würde und das Gericht womöglich im selben Fall zwei unterschiedliche Preisbestimmungsmethoden parallel anwenden müsste. Und zweitens gehe diese Norm von einer vorgängigen Anordnung von Regiearbeiten durch die Bauherrin aus (vgl. auch Art. 44 Abs. 3 SIA-Norm 118), damit dem Unternehmer bewusst sei, dass er diese Arbeiten entsprechend erfassen und dokumentieren müsse (siehe auch Art. 47 SIA-Norm 118). Unterbleibe eine solche Anordnung jedoch und sei es nunmehr am Gericht, die Nachtragspreise zu bestimmen, sei es offenkundig zu spät für eine zeitnahe Erfassung und Dokumentation dieser Arbeiten. Entsprechend lasse sich eine nachträgliche Preisbestimmung nicht darauf abstellen (E. 4.4.4.2). Bei der Bestimmung der Nachtragspreise durch das Gericht könne es nicht das Ziel sein, das einzig richtige Ergebnis zu ermitteln, dürfte es ein solches doch gar nicht erst geben. Das Gericht habe einen Ermessensentscheid zu treffen und dabei alle Preiselemente zu berücksichtigen, die aufgrund der Parteibehauptungen vorhanden seien (E. 4.4.4.3).

### 2.3.2. Nachtragspreis nach gerichtlichem Ermessen

Das Bundesgericht verweist dabei insbesondere auf GAUCH (a.a.O., N 787). Demnach soll die ermessensweise Schätzung durch das Gericht in sinngemässer Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR erfolgen. Diese Bestimmung enthält eine bundesrechtliche Beweisvorschrift, die einem Geschädigten den Schadensnachweis erleichtern soll. Sie räumt dem Sachgericht für Fälle, in denen der strikte Nachweis des Schadens ausgeschlossen ist, einen erweiterten Ermessensspielraum ein, indem sie ihm gestattet, den Schaden aufgrund einer blossen Schätzung als ausgewiesen zu erachten. Unter Umständen kann sich somit eine analoge Anwendung im Falle eines Mehraufwands aufgrund einer Beststellungsänderung bzw. eines Annahmeverzugs rechtfertigen (vgl. HÜRLIMANN, Ansprüche des Unterneh-

mers aus Bauablaufstörungen des Bauherrn, in: Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, 2004, S. 835 f.).

Die Schadens- bzw. Mehraufwandsbestimmung nach richterlichem Ermessen bildet indessen die Ausnahme gegenüber einer genauen Berechnung und ist daher nur zulässig, sofern eine zahlenmässige, auf reale Daten gestützte Berechnung für die beweispflichtige Partei tatsächlich nicht möglich oder unzumutbar ist. Entsprechend hat auch das Bundesgericht die Hürden zur Anwendung der richterlichen Schadensschätzung stets hoch angesetzt (vgl. statt vieler BGE 128 III 271 E. 2b; BSK OR I-KESSLER, Art. 42 N 10 und 10b). Gerade einer Unternehmerin ist es bei einer Leistungsänderung infolge einer Beststellungsänderung grundsätzlich immer zuzumuten, den strikten Beweis für die Bemessung des Nachtragspreises zu erbringen. Das gilt auch für Nachtragspreise wegen besonderer Verhältnisse im Sinne von Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118 und für Mehrkosten von Beschleunigungsmassnahmen im Sinne von Art. 95 Abs. 3 SIA-Norm 118 (vgl. SPIESS, Bauablaufstörungen im schweizerischen Werkvertragsrecht, recht 4/2012, S. 122 f.). Entsprechend hat diejenige Unternehmerin, welche sich auf Art. 42 Abs. 2 OR stützt, dies eingehend zu begründen. Schliesslich ist zu beachten, dass keine Berufung auf Art. 42 Abs. 2 OR möglich ist, wenn der Nachweis des konkreten Schadens bzw. Mehraufwands zwar unmöglich ist, diese Unmöglichkeit aber in der Verantwortung des Beweispflichtigen liegt (vgl. BGE 134 III 306 E. 4.3).

Kommt Art. 42 Abs. 2 OR zur Anwendung, so hat die beweispflichtige Partei alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens bzw. Mehraufwands sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten – Art. 42 Abs. 2 OR enthebt auch nicht von der Substanziierungsobligenheit – und zu beweisen (vgl. BGE 122 III 219, E. 3.a). Schliesslich hat die beweispflichtige Partei taugliche Beweisanträge zur bestmöglichen Feststellung des Schadens bzw. Mehraufwands zu stellen (BSK OR I-KESSLER, Art. 42 N 10b).

### 2.3.3. Vergütung von Regiearbeiten

Wurden Regiearbeiten vereinbart bzw. angeordnet, so bestimmt sich die Vergütung nach dem Aufwand (vgl. Art. 48 SIA-Norm 118). Der Unternehmer hat täglich

einen Rapport zu erstellen und der Bauleitung zur Prüfung und Unterzeichnung zu übergeben (Art. 47 Abs. 1 und 2 SIA-Norm 118), andernfalls der (erst nachträglich erstellte und von der Bauleitung nicht geprüfte und unterzeichnete) Rapport als Nachweis für die erbrachten Leistungen nicht taugt (vgl. GAUCH/STÖCKLI, in: Gauch/Stöckli (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017 [nachfolgend zit. AUTOR, Kommentar SIA-Norm 118], Art. 47 N 2). Für Regiearbeiten gelten primär die im Werkvertrag festgelegten Ansätze (Art. 49 Abs. 1 SIA-Norm 118). Fehlende Ansätze werden sinngemäss ergänzt (Art. 49 Abs. 1 Satz 3 SIA-Norm 118). Enthält der Werkvertrag keine Ansätze, so gelten die im Zeitpunkt und am Ort der Arbeitsausführung massgebenden Regieansätze der Berufsverbände; fehlen solche Regieansätze, so werden die in diesem Zeitpunkt am Ausführungs-ort üblichen Ansätze verwendet (Art. 49 Abs. 2 SIA-Norm 118).

#### 2.3.4. Ausservertragliche Vergütungsansprüche

Hat der Unternehmer zusätzliche Leistungen erbracht, die vom Bauherrn weder im ursprünglichen Werkvertrag noch nachträglich bestellt wurden, steht ihm kein vertraglicher Vergütungsanspruch zu (GAUCH, a.a.O., N 1310). In Frage kommt ein gesetzlicher Ausgleichsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR), Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) oder ein sachenrechtlicher Ausgleichsanspruch aus Einbau (Art. 672 ZGB; dazu GAUCH, a.a.O., N 1310 ff.). Dem gehen allerdings vertragliche Vorschriften zur Vergütung unbestellter Leistungen vor, insbesondere Art. 45 SIA-Norm 118. Nach dieser Bestimmung besteht unter gewissen Voraussetzungen (dringliche Arbeiten zur Abwendung von Gefahr oder Schaden; sofortige Meldung; keine Anordnung der Einstellung) ein vertraglicher Vergütungsanspruch. Umgekehrt ist zu schliessen, dass in allen anderen Fällen unbestellter Arbeiten ein (gesetzlicher) Vergütungsanspruch ausgeschlossen ist (so tendenziell GAUCH, a.a.O., N 1313).

Die echte Geschäftsführung ohne Auftrag setzt verschiedene objektive und subjektive Tatbestandsmerkmale voraus. In objektiver Hinsicht wird die Besorgung eines fremden Geschäfts verlangt, ohne dass dafür eine Handlungspflicht besteht. Ferner muss die Geschäftsführung geboten und nicht bloss nützlich sein, was insbesondere die Hilfsbedürftigkeit des Geschäftsherrn voraussetzt. In subjektiver

Hinsicht muss beim Geschäftsführer das Bewusstsein und der Wille vorhanden sein, für einen anderen zu handeln, d.h. das Wissen um die Fremdheit des Geschäfts und das gewollte Tätigwerden im Fremdinteresse. Zudem muss der Geschäftsführer die Absicht haben, für seine Bemühungen schadlos gehalten zu werden. Er darf also nicht in Schenkungsabsicht handeln (BSK OR I-WEBER/OSER, Art. 419 N 4 ff.). Die Beweislast für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen trägt der Geschäftsführer (MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, in: Huguenin/Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 422 OR N 3). Gemäss ZGB 8 obliegt es dem Geschäftsherrn, Geschäftsanmassung, Widerrechtlichkeit, Erzielung eines (Brutto-)Gewinns, Kausalzusammenhang zwischen Geschäftsanmassung und Gewinnerzielung sowie Bösgläubigkeit bzw. Verschulden des Geschäftsführers nachzuweisen (MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, a.a.O., Art. 423 OR N 12).

#### 2.3.5. Vorgehen und Beweislast

Im Streitfall ist zu prüfen, ob eine Bestellungenänderung vorliegt oder ob die strittige Leistung noch in den Geltungsbereich des ursprünglichen Vertrags fällt. Soweit die Unternehmerin eine zusätzliche Vergütung fordert, trägt sie die Beweislast für das Vorliegen einer Bestellungenänderung (BGer 4A\_156/2018 vom 24. April 2019 E. 4.2.3; BGer 4A\_465/2017 vom 2. Mai 2018 E. 2 m.H.). Zudem obliegt es der Unternehmerin Behauptungen vorzutragen, auf deren Grundlage die Nachtragspreise bestimmt werden können, wobei insbesondere die Marktpreise im Zeitpunkt der Bestellungenänderung massgeblich sind (BGE 143 III 545 E. 4.4.4.3).

Die Beweislast für den betriebenen Aufwand und für den Umstand, dass dieser erforderlich war, im Zusammenhang mit Forderungen von Regiearbeiten trägt der Unternehmer, wobei beidseitig unterzeichnete Regierapporte eine tatsächliche Vermutung für den Aufwand und dessen Erforderlichkeit darstellen (GAUCH/STÖCKLI, Kommentar SIA-Norm 118, Art. 48 N 2.5). Der Unternehmer hat dabei nicht nur aufzuführen, an welchem Datum welche Mitarbeiter wie viele Stunden eingesetzt worden sind, sondern er muss auch hinlängliche Angaben zu den erbrachten Arbeiten machen, da andernfalls eine spezi...-e Bestreitung durch



die Gegenpartei gar nicht möglich ist (BGer 4A\_291/2007 vom 29. Oktober 2007 E. 3.4).

## 2.4. Changing Notification No. 10

### 2.4.1. Streitpunkte

Gemäss Klägerin habe die Beklagte bzw. deren Bauleitung (T.\_\_\_\_\_) am 3. Mai 2016 zusätzliche Gehwege, Geländer sowie Anlehnleitern, welche die Tanks der Wasseraufbereitungsanlage (T01 bis T05) miteinander verbinden, bestellt. Am Folgetag habe sie (die Klägerin) der Bauleitung die Changing Notification No. 10 zugestellt, welche die Mehrkosten auf EUR 17'800 beziffert habe (act. 3/23; act. 3/25). Diese sei von der Beklagten zwar nie unterzeichnet worden. Die bestellte Leistung sei aber erbracht worden (act. 1 Rz. 29; act. 51 Rz. 22).

Die Höhe der Mehrvergütung sei nach den Regeln des Obligationenrechts zu bestimmen, da es keinen allgemeinen Marktpreis für diese Leistungen gebe und die Neukalkulation in der Changing Notification No. 5 keine genaue Position für die Zusatzleistungen enthalte. Die Klägerin habe diese Leistungen durch einen Subunternehmer erbringen lassen und dessen konkreten Aufwand für diese zusätzlichen Leistungen liesse sich nicht mehr resp. nicht mehr ohne unverhältnismässigen Aufwand eruieren, weshalb diese unter Umständen unter Zuhilfenahme eines Gutachtens nach freiem Ermessen festzulegen seien (act. 51 Rz. 23). Bei den von der Beklagten erwähnten "finalen Zeichnungen" könne es sich zudem lediglich um Ausführungspläne im Sinne von Art. 101 SIA-Norm 118 gehandelt haben, mithin um eine Konkretisierung der vereinbarten Leistungen und nicht um eine Erweiterung des Leistungsumfangs (act. 51 Rz. 65).

Die Beklagte hält dafür, die betreffenden Gehwege, Geländer und Anlehnleitern seien Bestandteil des vereinbarten Leistungsumfangs gemäss Changing Notification No. 5 gewesen und vom vereinbarten Werklohn abgegolten. Die Klägerin sei wiederholt aufgefordert worden, für die Gehwege finale Pläne zu erstellen, was sie jedoch unterlassen habe, obwohl dies eine vertragliche Pflicht gemäss Art. 10

Abs. 1 des "Contract" gewesen sei (act. 13 Rz. 492; act. 57 Rz. 81). Die Bauleitung habe der Klägerin wiederholt mitgeteilt, dass die Changing Notifications No. 10 und 11 nicht unterzeichnet würden, weil von der Klägerin nicht dargelegt worden sei, inwieweit die Installationen über den vereinbarten Leistungsumfang hinausgingen (act. 13 Rz. 493, act. 57 Rz. 87).

Im Weiteren werde von der Klägerin auch nicht dargetan, wie sie auf die Rechnungsbeträge in den Changing Notifications 10 und 11 komme. Es werde daher nicht nur die grundsätzliche Berechtigung bestritten, sondern (eventualiter) auch die Berechtigung und Richtigkeit der in Rechnung gestellten Beträge (act. 13 Rz. 495). Dabei sei zu beachten, dass es der Klägerin ohne weiteres möglich sein müsste, die Mehrleistungen zu beziffern, schliesslich habe sie nicht zuletzt im Rahmen der Changing Notification No. 5 Kalkulationen angestellt und es erschliesse sich nicht, wieso sich diese nicht als Vergleichswerte eignen. Da es der Klägerin daher nicht unzumutbar sei, sich auf reale Daten für die Berechnung zu stützen, bleibe auch kein Raum für eine gerichtliche Schätzung der Höhe der Mehrvergütung (act. 57 Rz. 351). Selbst wenn eine Bezifferung nicht möglich wäre, sei dies von der Klägerin zu verantworten, womit eine Berufung auf Art. 42 Abs. 2 OR nicht möglich sei (act. 57 Rz. 353). Ein Gerichtsgutachten sei im Übrigen auch nicht notwendig, da ein solches hinreichend substantiierte Tatsachenbehauptungen voraussetze, die in tatsächlicher Hinsicht zu überprüfen sind. Da es an substantiierten Behauptungen der Klägerin fehle, könne eine Expertise gar nicht angeordnet werden.

#### 2.4.2. Würdigung

Wenn die Unternehmerin einen Anspruch auf Mehrvergütung geltend macht, hat sie die für die Preisbildung massgebenden Umstände darzulegen, so dass dem Gericht ermöglicht wird, den Nachtragspreis für diese Leistungen in Ausübung seines Ermessens zu bestimmen. Nach dem Bundesgericht ist bei Pauschalpreisen im Grundsatz im Sinne einer Objektivierung auf den Marktpreis abzustellen bzw. sind die Grundlagen zu dessen Bestimmung darzutun. Wenn es aber um Leistungen geht, die Gegenstand der Grundleistung bzw. des bestehenden Pauschalpreises sind, und wenn Preisanalysen bestehen, ist dies durchaus relevant.

Vorliegend hätte die Klägerin damit die Grundlagen für die Bestimmung eines Marktpreises darzutun. Zugleich hätte sie konkret und im Einzelnen darzulegen, von welchen Preisen für Gehwege, Geländer, Leitern sie bei der Bestimmung des Pauschalpreises ausgegangen ist, und sie hätte sich damit auseinanderzusetzen, dass sie in der "Description of services" unter "Price breakdown" z.B. für "walkways, rails und stairs" einen Betrag von EUR 155'000.– eingesetzt hat (act. 3/7). Ausgehend davon wäre dann eine Preisanalyse zu machen.

All dies hat die Klägerin nicht getan, sondern sie führte lediglich aus, es gäbe keinen allgemeinen Marktpreis für die besagten Leistungen, da es sich beim Werk um einen Prototypen gehandelt habe. Daher fehlten ihr auch Erfahrungswerte aus anderen Offerten, Werkverträgen oder abgerechneten Projekten (act. 51 Rz. 23). Dies vermag nicht im Ansatz zu überzeugen. Zunächst handelt es sich bei den Leistungen gemäss Changing Notification Nr. 10 um die Installation von Gehwegen, Geländern und Treppen, wie sie von der Klägerin bei anderen Tanks in der streitgegenständlichen ...-zuchtanlage ebenfalls installiert wurden. Die Klägerin behauptet dann einfach pauschal, dass es sich bei der Anlage um einen Prototypen handelt, weshalb keine Annäherung an einen Marktpreis möglich sei. Nebst dem, dass diese Ausführungen deutlich zu knapp und unsubstanziert sind, vermögen sie auch inhaltlich nicht zu überzeugen. Denn ob es sich bei der gesamten Anlage um einen Prototypen handelt oder nicht, ist grundsätzlich nicht der entscheidende Punkt. Entscheidend ist vielmehr, ob es sich bei den konkreten Leistungen gemäss Changing Notification No. 10 um Produkte handelt, die keinen Marktwert haben resp. bei denen man sich einem Marktwert nicht annähern kann. Dies wird aber nicht einmal von der Klägerin selbst behauptet. Zusätzlich wäre aber auch diesfalls ohnehin davon auszugehen, dass es der Klägerin ohne weiteres möglich ist, eine Preisanalyse zu machen, hat sie doch bereits im ursprünglichen Werkvertrag resp. den Description of Services einen Preis für die damals offerierten Gehwege, Geländer und Treppen festgesetzt. Damit hätte sie sich zwingend auseinanderzusetzen, was sie aber nicht tut. Sie kommt ihren Behauptungs- und Substanziierungspflichten damit nicht nach. Vor diesem Hintergrund erübrigt es sich auch, die weiteren Voraussetzungen für den Anspruch auf eine Mehrvergütung zu prüfen.

Die Klage ist bezüglich der Mehrvergütung gestützt auf die Changing Notification No. 10 im Umfang von EUR 19'224.– (inkl. MWST) abzuweisen.

## 2.5. Changing Notification No. 11

### 2.5.1. Streitpunkte

Die Klägerin führt aus, am 3. Mai 2016 habe die Bauleitung in der Person von T.\_\_\_\_\_ für die Beklagte mündlich in Auftrag gegeben, dass anstatt der ursprünglich geplanten Brücke zwei Brücken zwischen dem ersten und dritten Ring des Ringtanks zu bauen seien. Am Folgetag habe die Klägerin der Bauleitung die Changing Notification No. 11 zugestellt, in welcher die Mehrkosten auf EUR 13'700 beziffert worden seien (act. 1 Rz. 30). Weiter verweist die Klägerin gleich wie bei der Changing Notification No. 10 (vgl. hiervor Ziff. III/2.4.1) auf die Bausitzung vom 18. Mai 2016, woraus sich ergebe, dass nicht der Mehrvergütungsanspruch an sich, sondern dessen Höhe umstritten gewesen sei (act. 51 Rz. 25; act. 29/88). Als Nachweis, dass es sich um zusätzliche Leistungen handle, verweist die Klägerin ebenfalls auf den "2nd floor plan" (act. 3/12), aus welchem sich ergebe, dass ursprünglich nur eine Brücke geplant gewesen sei. Dass dieser ursprünglich vereinbarte Leistungsumfang auch durch die Changing Notification No. 5 nicht verändert worden sei, ergebe sich auf dem expliziten Verweis auf den "price breakdown" (act. 51 Rz. 17 ff.). Zudem gehe aus einem Plan, der integrierender Bestandteil der späteren Changing Notification No. 6 vom 20. Januar 2016 sei, hervor, dass bis zu diesem Zeitpunkt lediglich eine Brücke geplant gewesen sei (act. 51 Rz. 20, 64 ff.)

Umfangmässig verweist die Klägerin auf den Ausführungsplan (act. 3/35; act. 3/35a), insbesondere seien 13.2 m<sup>2</sup> zusätzliche Gehwege gebaut worden. Einen allgemeinen Marktpreis im Zeitpunkt der Beststellungsänderung gebe es allerdings auch hier nicht (act. 51 Rz. 26). Sollte der Umfang bestritten werden, sei ein gerichtliches Gutachten darüber zu erstellen (act. 51 Rz. 27). Da auch diese Arbeiten durch einen Subunternehmer ausgeführt, von diesem aber nicht separat in Rechnung gestellt worden seien, liesse sich der genaue Aufwand der Klägerin nicht ohne unverhältnismässigen Aufwand eruieren, weshalb die Höhe der Mehr-

verfügung durch das Gericht nach freiem Ermessen festzusetzen sei (act. 51 Rz. 26).

Die Beklagte bringt hingegen vor, eine zweiteilige Brücke sei bereits in der Unterzeichnung der Changing Notification No. 5 vorgesehen gewesen. Ausserdem sei die Changing Notification No. 11 nicht unterzeichnet worden, da von der Klägerin nicht dargelegt worden sei, inwiefern es sich dabei um Mehrleistungen handle (act. 13 Rz. 494 f.; act. 57 Rz. 89, 91 f., 355, 360, 487 f.). Die Klägerin komme ihrer Substanziierungspflicht nicht nach, da sie nicht beschreibe, welche genauen Leistungen sie erbracht habe, zumal sie, die Beklagte, bestreite, dass die Klägerin die Arbeiten tatsächlich ausgeführt habe (act. 57 Rz. 91, 356, 488).

Bezüglich der Höhe der Mehrvergütung verweist die Beklagte im Wesentlichen auf ihre Vorbringen zur Changing Notification No. 10, wonach es die Klägerin unterlassen habe, substantiierte Ausführungen zur Kalkulationsgrundlage zu machen und zu beweisen, weshalb sie sich auch nicht auf Art. 42 Abs. 2 OR berufen könne (act. 57 Rz. 359, 361). Ein Gerichtsgutachten zur Feststellung des Leistungsumfangs sei zudem nicht notwendig, da ein solches dazu diene, hinreichend substantiierte Behauptungen zu überprüfen. Solche seien aber vorliegend nicht gegeben (act. 57 Rz. 363).

### 2.5.2. Würdigung

Genau wie bei der Changing Notification No. 10 erweisen sich auch die diesbezüglichen Behauptungen als unzureichend, um daraus die Höhe einer Mehrvergütung abzuleiten. Zunächst fehlt es hinsichtlich der zusätzlich gebauten Brücke gänzlich an Behauptungen, die eine Preisanalyse überhaupt zulassen würden. Es wäre auch hier an der Klägerin gewesen, konkret und im Einzelnen darzulegen, von welchen Preisen für eine solche Brücke sie bei der Bestimmung des Pauschalpreises ausgegangen ist und sich damit auseinanderzusetzen, dass sie im Dokument "Price breakdown" z.B. für "walkways, rails und stairs" einen Betrag von EUR 155'000.– eingesetzt hat (act. 3/1). Sie wäre alsdann gehalten gewesen, davon ausgehend eine Preisanalyse vorzunehmen. All dies hat die Klägerin nicht getan, woran ihr Vergütungsanspruch bereits scheitert. Ferner wird von der Klä-

gerin aber auch der Umfang der Mehrleistungen nicht rechtsgenügend dargetan. Die einzige Behauptung hierzu lautet (act. 51 Rz. 26):

Die zusätzlichen Leistungen gemäss Changing Notification No. 11 sind im in KB 35 enthaltenen Plan rot markiert. Sie lassen sich umfangmässig dem Ausführungsplan (KB 35 und KB 35a) entnehmen und umfassen insbesondere 13.2 m<sup>2</sup> zusätzliche Gehwege (KB 111).

Dies genügt nicht. Es bleibt nach diesen Ausführungen vollkommen unklar, in welchem Leistungsumfang die Klägerin überhaupt Mehrleistungen erbracht haben will. Einerseits sind vorliegend die Voraussetzungen, unter denen ausnahmsweise ein Verweis auf Beilagen zulässig wäre, klarerweise nicht erfüllt (vgl. dazu BGer 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2). Andererseits ergäbe sich aus den erwähnten Plänen ohnehin nichts konkretes, selbst wenn ein Verweis zulässig wäre. Mangels substantiierter Behauptungen zu den konkret geleisteten Arbeiten erübrigen sich auch Beweisabnahmen, wozu auch das beantragte Gutachten gehört. Der Klägerin ist unter diesem Titel keine Mehrvergütung zuzusprechen. Es erübrigt sich somit, die weiteren Voraussetzungen zu prüfen.

Die Klage ist in Bezug auf die Changing Notification No. 11 und damit im Umfang von CHF 14'796.– (inkl. MWST) abzuweisen.

## 2.6. Zusätzlich bestelltes Material

### 2.6.1. Streitpunkte

Die Klägerin macht geltend, Ende Oktober 2016 habe U.\_\_\_\_\_ (Farm Manager der Beklagten) mündlich 24 Paar Räder und Halterungen für Gitterroste (inkl. Muttern für die Räder) bestellt. Daraufhin habe die Klägerin der Beklagten mit E-Mail vom 26. Oktober 2016 die entsprechende Offerte zugestellt (act. 3/31), worauf die Beklagte die Bestellung per Mail bestätigt habe (act. 3/32). Nach Rücksprache sei die Offerte noch angepasst und der Beklagten mit Mail vom 27. Oktober 2016 zugestellt worden (act. 3/33). Als Lieferort sei "EXW Q.\_\_\_\_\_ (Incoterms 2010)" vereinbart worden. Entsprechend sei eine Holschuld ab Werk der Klägerin in Q.\_\_\_\_\_ vereinbart worden (act. 1 Rz. 31, 53, 79). Die ...-netze im Ringtank seien am 6. Oktober 2016 getestet und von der Beklagten genehmigt worden. Damit sei

das zusätzlich bestellte Material nicht für die Mängelbehebung verwendet worden, andernfalls hätte sie diesbezüglich auch keine offerierten Kosten genehmigen müssen, da die Nachbesserungen ohne Kostenfolge für die Beklagte geschehen wäre. Selbst wenn auf eine Mängelbehebung erkannt würde, hätten sich die Parteien vorliegend in Abweichung von Art. 170 Abs. 1 SIA-Norm 118 über eine kostenpflichtige Lieferung zusätzlichen Materials geeinigt (act. 51 Rz. 28, 68).

Die Beklagte hält dafür, die bestellen Räder für EUR 2'880.– hätten der Verbesserung der ...-netze gedient, die sich nicht wie vereinbart hätten bewegen lassen. Es habe sich somit um Kosten zur Beseitigung eines von ihr mehrfach gerügten Mangels gehandelt, den die Klägerin nicht innert angemessener Frist behoben habe. Diese Kosten für die Mängelbeseitigung seien von der Klägerin zu tragen. Dass sie (die Beklagte) aufgrund der immensen Bedeutung der ...-netze für die ...-produktion der Bestellung der Räder zugestimmt habe, bedeute mitnichten, dass sie damit auch der Kostenübernahme für die Mängelbeseitigung zugestimmt habe. Vielmehr seien diese verschuldensunabhängig von der Klägerin zu tragen (act. 13 Rz. 496; act. 57 Rz. 94, 364). Sie habe die Klägerin lediglich angewiesen, mit dem Bestellungsprozess fortzufahren, ohne in die Übernahme der Kosten einzuwilligen. Diese habe die Beklagte aufgrund von Art. 170 Abs. 1 SIA-Norm 118 zu tragen (act. 57 Rz. 365). Es treffe insbesondere nicht zu, dass die Netze am 6. Oktober 2016 getestet worden seien und funktioniert hätten, andernfalls hätte die Beklagte die Klägerin nicht unzählige Male dafür gerügt. Sie seien auch nie genehmigt worden (act. 57 Rz. 94, 364). Sollte das Gericht dennoch zum Schluss kommen, dass es sich nicht um Kosten für eine Mängelbeseitigung gehandelt habe, hätte die Klägerin diese trotzdem zu bezahlen, da sie der Gewährleistung der Beweglichkeit der Netze gedient und damit zum ursprünglichen Leistungsumfang gehört hätten. Ausserdem mangle es an der Schriftlichkeit einer allfälligen Bestelungsänderung (act. 57 Rz. 96). Schliesslich lege die Klägerin auch nicht dar, inwiefern diese Räder nicht vom Pauschalpreis abgedeckt sein sollen. Ausserdem bestreitet die Beklagte die Ausführung dieser Leistungen (act. 57 Rz. 97).

## 2.6.2. Würdigung

Nicht streitig ist, dass die Räder für EUR 2'880.– (exkl. MWST) bestellt wurden, so wie es sich auch aus den Unterlagen ergibt (act. 3/31-33). Mangels Formvorschriften mit konstitutiver Wirkung ist diese Beststellungsänderung in formeller Hinsicht nicht zu bemängeln. Ebenfalls unbestritten ist zudem, dass diese Räder nicht zum ursprünglichen Umfang des Werkvertrags gehörten – andernfalls wären sie weder zusätzlich bestellt worden, noch würde sich die Beklagte auf den Standpunkt stellen, diese hätten der Mängelbehebung resp. der Verbesserung der ...-netze gedient. Insofern erweisen sich die Ausführungen der Beklagten auch als widersprüchlich, wenn sie einerseits vorbringt, die Räder hätten der Mängelbehebung gedient (act. 13 Rz. ) resp. sie (die Beklagte [sic!]) habe an den Netzen Rollen angebracht, um das Bewegen der Netze zu erleichtern (act. 13 Rz. 181), und andererseits die Leistungserbringung (also die Lieferung der Räder) bestreitet (act. 57 Rz. 97). Diese Bestreitungen der Beklagten sind infolge Widersprüchlichkeit unbeachtlich. Wie im Rahmen der Widerklage noch genauer zu erörtern sein wird (vgl. hinten Ziff. IV/2.4.11), waren die Voraussetzung für eine Ersatzvornahme durch die Beklagte in diesem Zeitpunkt nicht gegeben. Die Beklagte hatte mithin keine Grundlage, selbst oder durch Dritte, Ersatzvornahmen vornehmen zu lassen. Umgekehrt durfte die Klägerin angesichts dieses Umstands die Willenserklärung der Beklagten (also die Bestellung der Räder) als zusätzliche und kostenpflichtige Bestellung verstehen. Dies umso mehr, als dass die Klägerin der Beklagten eine Offerte mit Preisen zugestellt hat, welche von dieser (vorbehaltlos) akzeptiert wurde. Es gab daher für die Klägerin keinen Anlass, um davon auszugehen, dass die Beklagte die Räder nicht auf eigene Rechnung bestellen möchte.

Da zwischen den Parteien sodann der Rechnungsbetrag von EUR 3'315.60 (inkl. Versand und MWST) und insbesondere die Versandkosten und Mehrwertsteuern nicht streitig sind (vgl. act. 13 Rz. 496; act. 57 Rz. 93 ff., 364 ff., 492 ff.), ist die Forderung der Klägerin ausgewiesen.



## 2.7. Zusätzlich bestellte Leistungen

### 2.7.1. Streitpunkte

Die Klägerin führt aus, die Beklagte habe auch zusätzliche Arbeiten bzw. Änderungen der ursprünglich vereinbarten Leistungen in Auftrag gegeben, ohne dass hierfür ein schriftlicher Nachtrag erstellt worden sei. Diese Beststellungsänderungen seien von T.\_\_\_\_\_ und U.\_\_\_\_\_ bei V.\_\_\_\_\_ mündlich in Auftrag gegeben worden. Dabei sei jeweils vereinbart worden, dass die zusätzlichen Leistungen nach Aufwand zu vergüten seien (act. 1 Rz. 32 unter Anrufung von V.\_\_\_\_\_ als Zeugen, Rz. 80 f.; act. 51 Rz. 69). Konkret habe die Klägerin der Beklagten mit E-Mail vom 8. September 2016 die Einigung und die Vergütung nach Aufwand bestätigt. Diesem E-Mail sei zudem ein Plan angehängt gewesen, dem die konkreten Mehrleistungen entnommen werden könnten (act. 51 Rz. 30 m.H.a. act. 29 Rz. 83). Diese Nachricht zeige zudem auch, dass die Klägerin – nicht wie von der Beklagten behauptet – erst im Mai 2017 vom Vorliegen einer Beststellungsänderung mit zusätzlicher Vergütungspflicht ausgegangen sei (act. 51 Rz. 71). Auch aus dem Umstand, dass die Klägerin keine Regierapporte abgeliefert habe, könne die Beklagte nichts zu ihren Gunsten ableiten, da damit nur die Vermutung entfalle, dass der geltend gemachte Aufwand erbracht wurde und nötig war (act. 51 Rz. 72). Dabei habe es sich nicht um Ausführungsanweisungen der Beklagten gehandelt, da solche nur bei vertraglich geschuldeten Leistungen gegeben werden könnten. Die Leistungen gemäss Rechnung 125 seien demgegenüber nicht vertraglich geschuldet gewesen, weshalb es sich nur um Beststellungsänderungen gehandelt haben könne (act. 51 Rz. 70). Die besagten Beststellungsänderungen hätten die Lieferung und Montage zusätzlicher Gehwege mit den dazugehörigen Geländern entlang dem Drum Filter (T22) und dem Purge Tank (T21), an der anderen Seite des Purge Tanks (T21) sowie im Bereich des Tanks T25 umfasst. Zudem seien auch Leitern, Geländer und Türen für die Pumpenplattform / Pumpenschacht (T24) geliefert und montiert worden. Diese zusätzlichen Leistungen hätten auch eine Stahlbrücke im Bereich des Tanks 25 umfasst. Sie seien – wie auch die auf Basis der Changing Notifications No. 10 und 11 erbrachten zusätzlichen Leistungen – von zwei Subunternehmern der Klägerin erbracht worden (act.

1 Rz. 33, 82). In der Beilage zur Rechnung Nr. 125 (Rechnung für zusätzliche Arbeiten) seien der jeweilige Arbeits- und Materialaufwand betragsmässig aufgelistet worden (act. 1 Rz. 34). Dies entspreche dem mit dem Subunternehmer vereinbarten Stundenansatz (CHF 64.00) zuzüglich eines Zuschlags von CHF 10.00 pro Stunde (bei 114.86 h für Gehwege / Geländer Purge Tank, 87.84 h für Gehwege / Geländer Drum Filter, 81.08 h für Gehwege / Geländer T 25, 74.32 h für Leitern Pumpenplattform). Die Fläche der Gehwege habe gesamthaft rund 50.2 m<sup>2</sup> betragen (act. 1 Rz. 35, 82; act. 51 Rz. 31). Für das Material habe sie gesamthaft CHF 21'000 (exkl. MWST) in Rechnung gestellt. Dieser Betrag entspreche den von der Subunternehmerin verrechneten Kosten zuzüglich eines Zuschlags für Risiko und Gewinn von rund 10% (act. 1 Rz. 35, 82). Daneben seien weitere Kosten im Umfang von CHF 13'195.– (exkl. MWST) entstanden, wie u.a. Reisekosten für das Projektmanagement (act. 1 Rz. 82). Diese Kosten für das Projektmanagement seien angefallen, da sich die Mitarbeitenden der Klägerin aufgrund der Beststellungsänderung länger vor Ort hätten aufhalten müssen (act. 51 Rz. 74). Für den Fall, dass keine Beststellungsänderung vorliegen sollte, stützt sich die Klägerin auf einen Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (act. 1 Rz. 85).

Für ihre Behauptung, dass die unter diesem Titel erbrachten Leistungen nicht im ursprünglichen Leistungsumfang enthalten gewesen seien, verweist die Klägerin abermals auf den "2nd floor plan" (act. 3/12), woraus der ursprüngliche Leistungsumfang ersichtlich gewesen sei (act. 51 Rz.18). Dieser Leistungsumfang sei in der Folge durch die Changing Notification No. 5 nicht verändert worden, was sich allein daraus schon ergebe, dass im "price breakdown" der Preis für Gehwege, Geländer und Treppen auf EUR 155'000.– belassen worden sei (act. 51 Rz. 19).

Die Beklagte bestreitet, dass es Beststellungsänderungen gegeben habe, welche die Klägerin zu irgendeiner zusätzlichen Vergütung nach Aufwand berechtigen würde. Sie hätten ferner nie eine Entschädigung nach Aufwand vereinbart (act. 13 Rz. 497, 560 f.; act. 57 Rz. 494). Das Unterlassen einer Reaktion auf das E-Mail der Klägerin vom 8. September 2016 stelle weder eine Weisung noch eine Beststellungsänderung dar, der es zudem ohnehin am Schriftformerfordernis mangle

(act. 57 Rz. 367, 494, 496 f.). Sämtliche errichteten Gehwege, Geländer und Leitern gehörten zum vereinbarten Leistungsumfang gemäss Changing Notification No. 5 (act. 57 Rz.99, 102, 105, 370 f., 375). Es habe danach keine Beststellungsänderungen mehr gegeben. Bei den Weisungen der Bauleitung habe es sich um reine Ausführungsanweisungen ohne Auswirkungen auf die geschuldete Werkleistung gehandelt (act. 13 Rz. 498, 560 f.; act. 57 Rz 99, 101, 103 f., 494). Dass die Klägerin selbst nicht von einer Beststellungsänderung ausgegangen sei, sei schon daraus ersichtlich, dass sie erst am 31. Mai 2017 Rechnung gestellt habe. Im Übrigen habe sie nie Regierapporte eingereicht (act. 13 Rz. 499, 560 f.; act. 57 Rz. 100, 373, 495).

Ferner bestreitet die Beklagte die von der Klägerin behaupteten Kosten und Zeitaufwände. Insbesondere die behaupteten "Supervisor"-Kosten (Hotel- und Transportkosten) seien angefallen, weil die Klägerin vertragliche Leistungen habe erbringen müssen, nicht wegen den angeblich erbrachten Zusatzleistungen (act. 13 Rz. 500 ff., 560 f.). Die Bauverzögerungen seien nicht auf Beststellungsänderungen, sondern auf das Fehlverhalten der Klägerin zurückzuführen. Letztlich hätten sich die Parteien für die Planung, die Montage und das gesamte Projektmanagement in Bezug auf sämtliche Gehwege im Werkvertrag auf einen Betrag von EUR 55'749 geeinigt (vgl. act. 14/2 S. 20). Dass nun ein zusätzlicher Arbeitsaufwand von CHF 26'500.– für die Installation eines kleinen Bruchteils der Laufwege und Geländer und CHF 13'195.– unter dem Punkt "Supervisor" geltend gemacht werde, sei mit dem Prinzip der Preisfortschreibung offensichtlich nicht vereinbar (act. 13 Rz. 502, 561 f.; 106). Es sei auch weder auf einen allgemeinen Marktpreis abzustellen noch auf eine gerichtliche Schätzung vorzunehmen. Vielmehr sei es an der Klägerin ihre Leistungen gestützt auf vergleichbare Kalkulationsgrundlagen zu beziffern (act. 57 Rz. 501). Die Beklagte bemängelt die klägerischen Ausführungen der Klägerin ausserdem als zu wenig substantiiert, da diese nicht darlege, welche Leistungen die Klägerin aufgrund welcher Beststellungsänderung wann erbracht haben will und inwiefern die Leistungen überhaupt notwendig und tatsächlich in welchem Umfang erbracht worden seien, was bestritten werde (act. 57 Rz. 100, 372 f., 495, 498).

### 2.7.2. Würdigung

Die Klägerin hat ihren Aufwand und dessen Angemessenheit substantiiert zu behaupten und gegebenenfalls zu beweisen. In diesem Zusammenhang bringt die Klägerin aber lediglich vor, wie viele Stunden für die einzelnen Tanks gesamthaft angefallen seien und zu welchem Stundensatz ihr diese Leistungen von der Subunternehmerin in Rechnung gestellt worden seien (vgl. act. 1 Rz. 34). Dies stellt keine ausreichend substantiierte Behauptung dar. Vielmehr wäre es notwendig gewesen, im Einzelnen konkret aufzuführen, an welchem Datum welche Mitarbeiter wie viele Stunden für welche Arbeiten an welchem Werkteil aufgewendet haben, da nur so spezi...-e Bestreitungen durch die Beklagte überhaupt möglich wären (vgl. BGer 4A\_291/2007 vom 29. Oktober 2007 E. 3.4). Ebenfalls nicht ausreichend sind die klägerischen Behauptungen zur Erforderlichkeit der behaupteten Aufwände, denn diese fehlen praktisch komplett und die Klägerin beschränkt sich einzig darauf, ein Gutachten über die Angemessenheit zu beantragen. Dies ist aber selbstredend nicht ausreichend. So obliegt es den Parteien, den Prozessstoff zu beschaffen. Vorliegend behauptet die Klägerin nicht einmal explizit, dass der Aufwand notwendig gewesen sei, sondern tut dies nur implizit, indem sie für den Fall, dass die Notwendigkeit bestritten werde, ein Gutachten beantragt (vgl. act. 1 Rz. 84; act. 51 Rz. 32). Dies ist unzureichend, und es wäre an der Klägerin darzutun, welcher konkrete Aufwand weshalb notwendig war. Ein Beweisverfahren dient nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, sondern setzt solche vielmehr voraus (BGer 4A\_113/2017 vom 6. September 2017 E. 6.1.1). Der Klägerin ist auf der Grundlage dieser Behauptungen keine Mehrvergütung zuzusprechen.

Für diesen Fall verlangt die Klägerin eventualiter eine Festsetzung der Mehrvergütung nach dem freien Ermessen des Gerichts. Für eine solche gerichtliche Festsetzung der Vergütung bleibt die Klägerin gleichwohl behauptungs- und beweisbelastet für alle Umstände, aufgrund derer eine Mehrvergütung abgeschätzt werden könnte. Zu ihrem Aufwand führt die Klägerin aber wenig aus. Sie verweist im Wesentlichen auf eine Rechnung, die sie der Beklagten gestellt habe, und die in dieser Rechnung aufgeführten Positionen (act. 1 Rz. 33; act. 3/34):

| <b>Zusätzliche Arbeit</b>            | <b>Extra work</b>                   |                      |
|--------------------------------------|-------------------------------------|----------------------|
| <b>Gehweg Purge-tank</b>             | <b>Walkway Purge tank</b>           |                      |
| Stunden                              | Hours                               | 8.500,00             |
| Supervisor (hotel und/and transport) |                                     | 4.500,00             |
| Materialien                          | Materials                           | 4.000,00             |
| Gerüste                              | Scaffold                            | 450,00               |
| <b>Gesamt</b>                        | <b>Total</b>                        | <b>17.450,00 CHF</b> |
| <b>Gehweg Trommel Filter</b>         | <b>Walkway drumfilters</b>          |                      |
| Stunden                              | Hours                               | 6.500,00             |
| Supervisor (hotel und/and transport) |                                     | 3.245,00             |
| Materialien                          | Materials                           | 3.500,00             |
| <b>Gesamt</b>                        | <b>Total</b>                        | <b>13.245,00 CHF</b> |
| <b>Gehweg und Geländer T25</b>       | <b>Walkway and railing over T25</b> |                      |
| Stunden                              | Hours                               | 6.000,00             |
| Supervisor (hotel und/and transport) |                                     | 2.500,00             |
| Materialien                          | Materials                           | 3.500,00             |
| Stahl Brücke                         | Steel bridge                        | 3.100,00             |
| <b>Gesamt</b>                        | <b>Total</b>                        | <b>15.100,00 CHF</b> |
| <b>Leiters für Pumpe Plattform</b>   | <b>Ladders pump platform</b>        |                      |
| Stunden                              | Hours                               | 5.500,00             |
| Supervisor (hotel und/and transport) |                                     | 2.500,00             |
| Materialien                          | Materials                           | 1.500,00             |
| Leiter                               | Ladder                              | 2.500,00             |
| Geländer Teile verzinkt              | Railing parts galvanized            | 1.200,00             |
| Tür verzinkt für Leiter              | Door galvanized for door            | 1.000,00             |
| Beton                                | Concrete                            | 700,00               |

Zusätzlich erklärte die Klägerin, sie habe diese Leistungen durch eine Subunternehmerin erbringen lassen. Diese habe ihr einen Stundenansatz von CHF 64.– in Rechnung gestellt. Dazu habe sie einen Zuschlag in der Höhe von CHF 10.– gemacht und der Beklagten daher einen Stundenansatz von CHF 74.– weiterverrechnet. Damit ergäben sich folgende Arbeitsstunden (act. 1 Rz. 34):

|                                |          |
|--------------------------------|----------|
| Gehwege/ Geländer Purge Tank   | 114.86 h |
| Gehwege / Geländer Drum Filter | 87.84 h  |
| Gehwege / Geländer T25         | 81.08 h  |
| Leitern für Pumpenplattform    | 74.32 h  |

Diese Ausführungen werden von der Beklagten bestritten (act. 13 Rz. 500, 503). Es wäre daher an der Klägerin gewesen, in der Replik ihre Behauptungen zu substantiieren, was sie aber nicht tat. Als Grund dafür, dass sie keinen genauen

Aufwand behaupten könne, bringt die Klägerin vor, dieser sei von ihr bzw. ihrem Subunternehmer nicht "eins-zu-eins" erfasst worden. Dies sei auf den Umstand zurückzuführen, dass nach dänischem Recht bei Bestellungen Änderungen ohne Festpreisabrede der allgemeine Marktwert massgebend sei, wobei im Streitfall der Besteller zu belegen habe, dass der vom Unternehmer in Rechnung gestellte Werkpreis nicht dem Marktpreis entspreche (act. 51 Rz. 31). Unbehilflich ist zunächst die Behauptung, das dänische Recht sehe eine andere Regelung vor. Die Parteien haben die Anwendung von schweizerischem Recht im Allgemeinen und der SIA-Norm 118 im Besonderen vereinbart. Es obläge in diesem Fall der geschäftserfahrenen Klägerin allein, sich über die entsprechenden Normen zu informieren. Weiter ändert diese Erklärung nichts daran, dass die Klägerin die Arbeiten nicht selbst ausführte, sondern eine andere Gesellschaft, für die diese Erklärung keine Gültigkeit haben kann. Es ist daher allein der Klägerin zuzuschreiben, dass es überhaupt zu einer Unmöglichkeit resp. der von ihr behaupteten Unzumutbarkeit gekommen ist, diese Aufwände korrekt zu erfassen. Angesichts der Geschäftserfahrenheit der Klägerin und da auch sonst keine ausserordentliche Umstände vorgebracht wurden oder erkennbar sind, ist aufgrund dieser selbstverschuldeten Unfähigkeit der Klägerin keine gerichtliche Aufwandschätzung angezeigt. Allein schon deshalb ist die Klage in diesem Punkt abzuweisen.

Aber selbst wenn man über den Umstand, dass die Klägerin ohne Weiteres ihre Aufwände hätte besser erfassen müssen, hinwegsehen könnte, wären ihre Ausführungen ungenügend. Sie bringt keine ausreichende Erklärung dafür vor, weshalb es ihr beispielsweise nicht möglich sein sollte, aus ihren Erfahrungswerten oder den Kalkulationsgrundlagen im vorliegenden Projekt die von ihr nun geltend gemachten Arbeitsaufwände in Relation zu setzen. Weiter fehlt bspw. auch die Bezugnahme auf Rechnungen der Subunternehmer, woraus ebenfalls wertvolle Rückschlüsse für die ermessensweise Festsetzung der Entschädigung gezogen werden könnten. Weshalb diese Rechnungen nicht beigebracht werden können, erklärt die Klägerin nicht. Letztendlich kann es nicht angehen, dass eine Partei, die Regiearbeiten vereinbart hat, nicht nur die Aufwände nicht erfasst, sondern im Nachhinein auch keinerlei Grundlagen zur Plausibilisierung des verlangten Betrags liefert, sondern sich im Wesentlichen einzig auf die Behauptung beschränkt,

der Aufwand habe x Stunden betragen, was am Schluss eine Vergütung von y ergebe.

Gleiches gilt für die Supervisor-Kosten. Es fehlt vollständig an Angaben, woraus sich diese tatsächlich zusammensetzen und was für einen Aufwand diese Kosten abdecken. So wäre beispielsweise zu erwarten gewesen, dass die Klägerin darlegt, wie viele Personen während welcher Zeitdauer welche (Aufsichts-)Arbeiten verrichteten, wo diese Personen übernachteten und wie sie gereist sind. Besonders für letzteres müsste es zudem auch mühelos möglich sein, Belege beizusteuern. Zudem ist auch völlig unklar, inwiefern solche Kosten für das Projektmanagement überhaupt nötig gewesen sein sollen. Es ist augenfällig, dass es der Klägerin auch in diesem Punkt möglich gewesen wäre, weitere und vor allem präzisere Ausführungen zu machen. Dies tat sie nicht und sie erklärt auch gleichzeitig nicht, inwiefern ihr dies nicht möglich sein sollte. Denn all diese Angaben hätte die Klägerin auch dann machen können, wenn sie den Aufwand nicht "eins zu eins" erfasst hat. In diesem Punkt erweisen sich die Ausführungen der Klägerin demnach ebenfalls als ungenügend, womit sich auch eine entsprechende Beweisabnahme erübrigt.

Schliesslich erweisen sich auch die Ausführungen zum Material als zu unbestimmt, um anhand dessen eine gerichtliche Schätzung vorzunehmen. So fehlt es an substantiierten Ausführungen zum verwendeten Material und dessen Umfang. Im Gegenteil verweist die Klägerin im Wesentlichen auf die in den Akten liegende Rechnung vom 31. Mai 2017 (act. 3/34). Ob dieser Verweis auf die Rechnung ausnahmsweise zulässig ist, ist zweifelhaft, kann im Ergebnis aber offen bleiben, da auch die Beilage wenig aufschlussreich ist. So ist die Position "Materialien" derart unspeziell, dass sie klarerweise auch keiner Schätzung zugänglich ist. Gleiches gilt aber auch für die Positionen, bei denen wenigstens im Grundsatz klar ist, um was es sich dabei handelt. Auch bei "Stahl Brücke", "Leiter", "Geländer Teile verzinkt", "Türe verzinkt für Leiter", "Beton" bleibt letztlich zu vieles unklar, wie Menge, Grössen, Ausführungen etc., sodass auch hier von der Klägerin keine hinreichende Grundlage dargetan wird, auf derer eine gerichtliche Schätzung vorgenommen werden könnte.

Mit anderen Worten gelingt es der beweispflichtigen Klägerin nicht, alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens bzw. Mehraufwands sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern würden, soweit möglich und zumutbar zu behaupten. Auch sind die von der Klägerin offerierten Beweise zur bestmöglichen Feststellung des Schadens bzw. Mehraufwands nicht geeignet.

Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass sich aufgrund dieser ungenügenden klägerischen Ausführungen aus den gleichen Gründen kein Anspruch auf Schadloshaltung aus Geschäftsführung ohne Auftrag begründen lässt. Die Ausführungen der Klägerin zu ihrem Schaden, den sie als Geschäftsführerin ohne Auftrag erlitten hätte, lassen keine gerichtliche Schätzung zu. Unnötig zu sagen, dass es die Klägerin im Übrigen auch verpasst, das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale der Geschäftsführung ohne Auftrag (wie namentlich die Gebotenheit der Handlung) hinreichend zu behaupten.

Die Klage ist demnach auch bezüglich den zusätzlich bestellten Leistungen abzuweisen.

## 2.8. Fazit

Die Klage ist bezüglich der Mehrvergütung gestützt auf die Changing Notification No. 10 im Umfang von EUR 19'224.– (inkl. MWST), die Changing Notification No. 11 im Umfang von EUR 14'796.– (inkl. MWST) sowie die "zusätzlich bestellten Leistungen" im Umfang von EUR 60'627.96 (inkl. MWST) abzuweisen.

Als ausgewiesen erweist sich demgegenüber die Forderung von EUR 3'315.60 (inkl. MWST) für "zusätzlich bestelltes Material".

## 3. Verzugszins

### 3.1. Ausgangslage

Die Klägerin verlangt von der Beklagten für den ausstehenden Werklohn einen Verzugszins von 1 % pro Monat bzw. 12 % pro Jahr. Bezüglich dem offenen Werklohn gemäss Werkvertrag und Changing Notifications von EUR 872'566.55 berechnet die Klägerin die Verzugszinsen jeweils ab Datum der von ihr gestellten



Abschlagsrechnungen zuzüglich 30 Tage (vgl. act. 1 Rz. 94). Für den Fall, dass der Verzugszins nicht ab Zustellung der Abschlagsrechnungen geschuldet sei, verlangt die Klägerin den Verzugszins für den ausstehenden Werklohn 30 Tage nach Stellung der Schlussrechnung vom 31. Mai 2017, d.h. ab dem 30. Juni 2017, subeventualiter nach der Mahnung am 14. Juli 2017 (act. 1 Rz. 99 f.). Für die Forderung betreffend "zusätzlich bestelltes Material" verlangt die Klägerin den Verzugszins 30 Tage ab dem Rechnungsdatum (act. 1 Rz. 96).

### 3.2. Abschlagszahlungen

#### 3.2.1. Streitpunkte

Die Klägerin bringt vor, es sei von der Beklagten anerkannt, dass der Klägerin das Recht auf Abschlagszahlungen nach Baufortschritt ohne Vorhandensein eines Teilzahlungsplans zustehe. Es sei in der alleinigen Zuständigkeit der Klägerin gelegen, den Stichtag und damit indirekt auch die Höhe der Abschlagzahlungen zu bestimmen (act. 51 Rz. 79, 81). In rechtlicher Hinsicht stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, dass im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 Abschlagszahlungen eine besondere Vereinbarung voraussetzten und auch die Modalitäten zu regeln seien. Die Parteien seien damit durch individuelle Abrede von der Regelung der SIA-Norm 118 abgewichen und hätten die Zahlungsmodalitäten in einem Teilzahlungsplan vereinbart, was rechtlich ohne weiteres zulässig gewesen sei. Die Klägerin sei daher zur Stellung der Abschlagsrechnungen berechtigt gewesen. Die Abschlagsrechnungen hätten überdies keine genaue Ermittlung des Leistungsstandes, sondern bloss eine grobe Schätzung, die auch bei einer Ungenauigkeit von mehr als 20% gegeben sei, notwendig gemacht (act. 51 Rz. 166 ff.). Damit habe sie, die Klägerin, den Baufortschritt sowie den mit den erbrachten Leistungen korrespondierenden Werkpreis periodisch festgestellt und der Beklagten zur Prüfung zugestellt. Vom so berechneten Leistungswert seien die bereits früher in Rechnung gestellten Abschlagszahlungen – unabhängig davon, ob von der Beklagten geleistet oder nicht – sowie die (bereits bezahlte) Vorauszahlung anteilmässig in Abzug gebracht worden. Nach Ermittlung der Höhe der Abschlagszahlung sei von ihr (der Klägerin) auf Grundlage der allenfalls nach Rücksprache mit der Beklagten angepassten Kostenberechnung die entsprechende

Abschlagsrechnung erstellt und der Beklagten zur Zahlung zugestellt worden (act. 1 Rz. 42).

Die Beklagte bestreitet die Zinsforderung. Die Abschlagsrechnungen seien bis zur Ablieferung des Werks am 26. September 2017 gar nie fällig geworden, ihr habe ein Rückbehaltungsrecht zur Durchsetzung ihres Nachbesserungsanspruchs zugestanden und die (geminderte) Werklohnforderung der Klägerin sei ohnehin mit den gleichzeitig oder früher fällig gewordenen Schadenersatzforderungen ihrerseits verrechnet worden (act. 13 Rz. 475). Die Vereinbarung von Abschlagszahlungen nach Baufortschritt bedeute sodann, dass bei bestehenden Mängeln die betreffenden Arbeiten nicht hätten als abgeschlossen erachtet werden können und daher auch noch nicht zu bezahlen gewesen seien (act. 13 Rz. 509; act. 57 Rz. 683 ff.).

### 3.2.2. Rechtliches

Nach der gesetzlichen Regelung (Art. 372 Abs. 1 OR) ist der Unternehmer vorleistungspflichtig. Die Vergütung des gesamten Werkpreises wird erst bei der Ablieferung fällig (SPIESS/HUSER, Norm SIA 118, Bern 2014, Art. 144 N 2). Möglich ist eine abweichende vertragliche Regelung.

Abschlagszahlungen im Sinne der SIA-Norm 118 sind Zahlungen des Bauherrn für Festpreisleistungen des Unternehmens, die nach Massgabe der bereits erbrachten Unternehmerleistungen vor Abnahme des Werks fällig werden. Sie haben bloss provisorischen Charakter, weshalb sie grundsätzlich auch dann geschuldet sind, wenn das Werk vom Unternehmer nicht vertragsgemäss – insbesondere nicht mängelfrei – erstellt wurde (SCHUMACHER/MONN, Kommentar SIA-Norm 118, Vor Art. 144-148 N 1).

Nach Art. 147 SIA-Norm 118 sind in Gesamtpreisverträgen (Global- oder Pauschalpreisverträge) Abschlagszahlungen durch einen Teilzahlungsplan im Werkvertrag besonders zu regeln. Das heisst, auch die Norm gewährt keinen Anspruch auf Abschlagszahlungen, sondern überlasst es der konkreten Vereinbarung der Parteien, ob Abschlagszahlungen zu leisten sind oder nicht (SCHUMACHER/MONN,

Kommentar SIA-Norm 118, Vor Art. 144-148 N 2). Die Vereinbarung der Parteien muss aber insbesondere nicht nur das Prinzip der Abschlagszahlungen sondern auch die konkreten Modalitäten festlegen (SCHUMACHER/MONN, Kommentar SIA-Norm 118, Vor Art. 144-148 N 2).

Gemäss Art. 148 SIA-Norm 118 werden Abschlagszahlungen fällig, sobald das ordnungsgemäss abgefasste Zahlungsbegehren bei der Bauleitung eingeht. Ordnungsgemäss abgefasst ist ein Zahlungsbegehren (eine Abschlagsrechnung), wenn es den anwendbaren Bestimmungen des Werkvertrags entspricht (SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 148 N 3.1).

### 3.2.3. Würdigung

Der ursprüngliche Zahlungsplan verlor mit der Changing Notification No. 5 unbestrittenermassen seine Gültigkeit (act. 1 Rz. 92; act. 57 Rz. 684). Dass es im Rahmen dieser Vertragsanpassung zu einem tatsächlichen Konsens über andere resp. neue Modalitäten der Abschlagszahlungen gekommen sei, wird von keiner Partei behauptet. Zwischen den Parteien ist lediglich unbestritten, dass die Klägerin mit der Vertragsanpassung neu das Recht auf Abschlagszahlungen nach Baufortschritt und ohne Zahlungsplan hatte (act. 51 Rz. 79; act. 57 Rz. 505). Andere Vereinbarungen trafen die Parteien hinsichtlich der Abschlagszahlungen nicht. Dies zeigt sich insbesondere auch am Umstand, dass sich die Parteien nicht einig sind darüber, ob eine grobe Schätzung des Baufortschritts ausreichend ist oder nicht. Die Klägerin vertritt ersteres, die Beklagte letzteres. Die Klägerin verkennt in rechtlicher Sicht zudem, dass bei Abschlagszahlungen im Rahmen von Global- und Pauschalpreisen auch die SIA-Norm 118 nicht davon ausgeht, dass diesbezüglich stets eine grobe Schätzung ausreichend wäre. So ist gemäss Art. 144 Abs. 3 SIA-Norm 118 vorgesehen, dass auch bei Global- und Pauschalpreisen ein detailliertes Leistungsverzeichnis besteht. Eine grobe Schätzung hingegen kann zwar vereinbart werden, was dann aber wiederum Auswirkungen auf das Rückbehaltungsrecht des Bestellers hat (Art. 150 Abs. 2 SIA-Norm 118; vgl. dazu SCHUMACHER/MONN, Kommentar SIA-Norm 118, Art. 144 N 17.1).

Mangels einer Parteivereinbarung über die Modalitäten fehlt es daher an einer hinreichenden Grundlage für die Abschlagszahlungen. Es lässt sich im Ergebnis daher nicht sagen, in welchem Zeitpunkt, in welcher Höhe, aufgrund welchen Baufortschritts Abschlagszahlungen geschuldet wären. Da die von der Klägerin in Rechnung gestellten Abschlagszahlungen nicht fällig wurden, kann die Klägerin für diese Forderungen auch kein Verzugszins ab 30 Tage nach der Rechnungsstellung verlangen.

#### 3.2.4. Fazit

Da die Parteien Abschlagszahlungen nicht rechtsgültig vereinbart haben, geriet die Beklagte nicht in Verzug, indem sie die Abschlagszahlungen nicht bezahlte. Es ist demnach zu prüfen, ob der Verzug, wie von der Klägerin eventualiter behauptet, 30 Tage nach Stellung der Schlussrechnung vom 31. Mai 2017 eintrat.

### 3.3. Schlussabrechnung und Abnahme

#### 3.3.1. Streitpunkte

##### 3.3.1.1. Schlussabrechnung

Die Klägerin bringt vor, sie habe in Nachachtung von Art. 153 SIA-Norm 118 in einem ersten Schritt die Schlussabrechnungssumme, bestehend aus allen Leistungen des Unternehmers zu Festpreisen, errechnet. Diese habe EUR 2'480'889.90 betragen. Danach habe sie sämtliche gestellten Abschlagsrechnung abgezogen, was zum Saldo von EUR 0.– geführt habe. Zusammen mit der Schlussabrechnung habe sie der Beklagten eine Zusammenstellung sämtlicher gestellten Rechnungen sowie der erhaltenen Zahlungen übergeben. Die Schlussrechnung vom 31. Mai 2017 (act. 3/58) erfülle somit die Anforderungen von Art. 153 SIA-Norm 118 vollumfänglich (act. 51 Rz. 144 ff.). Mit Schreiben vom 14. Juli 2017 habe die Beklagte der Klägerin mitgeteilt, dass die Beträge der Schlussrechnung nicht korrekt seien (act. 1 Rz. 57).

Was die Schlussrechnung, Fälligkeit und Inverzugsetzung betrifft, erklärt die Klägerin, dass für den Fall, dass sich der Verzugseintritt nach den für die Schlussab-

rechnung massgebenden Bestimmungen richte, der Verzug am 30. Juni 2017, spätestens jedoch am 14. Juli 2017 eingetreten sei (act. 1 Rz. 95). Dabei bezögen sich die in Ziffer 5 des Contracts enthaltenen Zahlungsbedingungen explizit auf den ganzen Werkpreis abzüglich der Vorauszahlung. Entsprechend gälten die Regelungen auch für einen allfälligen Schlussrechnungssaldo. Die Schlussrechnung hätte damit von der Beklagten innerhalb von 30 Tagen nach dem Rechnungsdatum (31. Mai 2017) bezahlt werden müssen. Aufgrund der Verfalltagsabrede sei die Beklagte am 30. Juni 2017 automatisch in Verzug geraten. Falls die in Ziffer 5 des Contracts enthaltenen Zahlungsbedingungen keine Anwendung finden sollten, wäre die Fälligkeit mit dem Prüfbescheid vom 14. Juli 2017 eingetreten. Zu diesem Zeitpunkt sei das Werk auch längst abgenommen gewesen. Da der Beklagten der Fälligkeitstermin bereits im Zeitpunkt der Mahnung vom 4. Juli 2017 bekannt gewesen sei bzw. sie die Herbeiführung der Fälligkeit durch die Zustellung des Prüfbescheids selber in der Hand gehabt habe, sei die besagte Mahnung trotz Zustellung vor Fälligkeit wirksam gewesen (act. 1 Rz. 99 f.). Sollten sich die Abschlagsrechnungen als nicht korrekt erweisen, würde sich dementsprechend der Schlussabrechnungssaldo um den entsprechenden Betrag erhöhen und die Fälligkeit würde mit der Schlussabrechnung zusammenfallen (act. 51 Rz. 147).

Gemäss der Beklagten habe es keine Schlussrechnung im Sinne von Art. 153 SIA-Norm 118 gegeben, da die "Schlussrechnung" der Klägerin nicht nur Vergütungen für Leistungen enthalte, die sich nach vereinbarten Einheits-, Global oder Pauschalpreisen bestimmten, sondern auch unberechtigte Regie- und Zinsrechnungen. Die nach Einheits-, Global- und Pauschalpreisen vereinbarten Werkteile seien bereits mit den Abschlagsrechnungen in Rechnung gestellt, aber nie fällig geworden. Zudem sei das Werk erst am 26. September 2017 abgenommen worden (act. 13 Rz. 574 ff.; act. 57 Rz. 574 ff., 648 ff.). Es habe sich daher mangels gültiger Schlussrechnung beim Schreiben vom 14. Juli 2017 auch nicht um einen Prüfungsbescheid gehandelt, der einen Verzug hätte auslösen können (act. 13 Rz. 577). Dies insbesondere deshalb, weil die Beklagte festgehalten habe, dass sie die Rechnung noch nicht geprüft habe (act. 57 Rz. 658). Dass zu Unrecht gestellte Abschlagsrechnungen mit der Schlussrechnung fällig würden, bestreitet die

Beklagte, insbesondere da die diesen Abschlagsrechnungen zu Grunde liegenden Leistungen in diesem Zeitpunkt noch gar nicht erbracht worden seien (act. 57 Rz. 654).

### 3.3.1.2. Abnahme

Nach der Klägerin ist die Abnahme gestaffelt erfolgt, für das ganze Werk aber spätestens am 28. Februar 2017 (vgl. act. 28 Rz. 103). Eine erste gemeinsame Abnahmeprüfung habe am 6. Dezember 2016 stattgefunden, und dabei habe das Werk keine wesentlichen Mängel aufgewiesen, die zu einer Rückstellung der Abnahme geführt hätten (act. 28 Rz. 96). Spätestens erfolgt sei die Abnahme am 28. Februar 2017 (vgl. act. 28 Rz. 103 ff.). Weiter bestreitet die Klägerin die inhaltliche Richtigkeit der Protokolle der gemeinsamen Prüfungen vom 6. Dezember 2016 und 28. Januar 2017 (act. 28 Rz. 228, 238).

Gemäss der Beklagten ist das Werk erst am 26. September 2017 abgenommen worden. Vor dem Shut-Down sei die Abnahme wegen wesentlicher Mängel am Werk zurückgestellt worden bzw. nie erfolgt (act. 13 Rz. 594). Keine Abnahme zur Folge gehabt habe die (provisorische) Inbetriebnahme der Anlage am 12. Dezember 2016 (act. 13 Rz. 596). Die erste gemeinsame Abnahmeprüfung habe am 28. Februar 2017 stattgefunden. Die Abnahme habe aufgrund gravierender Mängel zurückgestellt werden müssen (act. 13 Rz. 24 f.).

### 3.3.2. Rechtliches

#### 3.3.2.1. Schlussabrechnung

Der Unternehmer ist verpflichtet, dem Bauherrn, resp. dessen Bauleitung, eine Schlussabrechnung einzureichen. Diese stellt jenen Teil der Vergütung fest, der sich nach den vereinbarten Preisen bestimmt, hingegen umfasst sie nicht die Regie- und Teuerungsrechnungen (Art. 153 Abs. 1 und 2 SIA-Norm 118). In einem zweiten Schritt ist von der Schlussabrechnungssumme der Betrag aller Abschlagszahlungen abzuziehen, die früher fällig geworden sind, gleichgültig, ob sie bereits früher bezahlt worden sind oder nicht, da diese einer eigenen Fälligkeitsregel unterliegen. Die Subtraktion ergibt einen Differenzbetrag, den die Norm als

Saldo bezeichnet, der in aller Regel die Abrechnungsforderung des Unternehmers darstellt (SCHUMACHER/MONN, Kommentar SIA-Norm 118, Art. 153 N 8 f.). Der Schlussabrechnung ist eine Zusammenstellung anzufügen, die einen Überblick gibt über sämtliche vom Unternehmer gestellten Rechnungen sowie über die bis zum Tag der Schlussabrechnung erhaltenen und die noch ausstehenden Zahlungen des Bauherrn (Art. 153 Abs. 3 SIA-Norm 118). In der Zusammenstellung hat der Unternehmer sämtliche gestellten Rechnungen aufzuführen, auch solche, die er gleichzeitig mit der Schlussabrechnung einreicht, und sogar die Schlussabrechnung selbst. Aufzuführen sind auch Regie-, Teuerungs- und Abschlagsrechnungen, ferner fällige Rechnungen des Unternehmers. Sodann hat der Unternehmer in der Zusammenstellung alle bis zum Tag der Schlussabrechnung erhaltenen Zahlungen des Bauherrn aufzuführen. Die Zusammenstellung und die Schlussabrechnung können jedoch auch in das gleiche Dokument integriert werden (SCHUMACHER/MONN, Kommentar SIA-Norm 118, Art. 153 N 14 ff.).

Nach Art. 154 Abs. 1 SIA-Norm 118 reicht der Unternehmer die Schlussabrechnung spätestens zwei Monate nach der Abnahme der Bauleitung ein. Die Bauleitung prüft die Schlussrechnung innert Monatsfrist und gibt dem Unternehmer unverzüglich über das Ergebnis Bescheid (Art. 154 Abs. 2 SIA-Norm 118). Die durch die Schlussabrechnung ermittelte Forderung des Unternehmers wird mit dem Prüfungsbescheid fällig und ist innert 30 Tagen zu bezahlen; fällig werden auch solche Beträge, die nach dem Prüfungsbescheid noch bestritten sind, sofern sie sich nachträglich als geschuldet erweisen sollten (Art. 155 Abs. 1 SIA-Norm 118). Die Zahlungsfrist von 30 Tagen bestimmt dabei nicht einen Verfalltag, sondern der Bauherr wird erst durch Mahnung der ausstehenden Forderung in Verzug gesetzt (SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 155 N 11). Dabei kann nach Rechtsprechung und Lehre eine Mahnung auch vorsorglich erfolgen. Die vor Fälligkeit zugehende Mahnung ist wirksam, wenn sie die Leistung zum (dem Schuldner bekannten) Fälligkeitstermin verlangt. Wird die sofortige Leistung vor Fälligkeit gefordert, ist wie bei der Zuvielforderung darauf abzustellen, ob der Gläubiger die Leistung auch am Fälligkeitstermin noch annehmen würde und dies für den Schuldner erkennbar war. Die Mahnung wird dann zu diesem Zeitpunkt wirksam, andernfalls ist sie unwirksam (BSK OR I-WIEGAND, Art. 102 N 8 m.H.).

Die Fälligkeit der Schlussabrechnungsforderung ist allerdings zusätzlich an die Voraussetzung der Abnahme des Werks geknüpft (SCHUMACHER/MONN, Kommentar SIA-Norm 118, Art. 154 N 3). Haben verschiedene Teilabnahmen stattgefunden, so ist unter Abnahme des Werks die letzte Teilabnahme zu verstehen (SCHUMACHER/MONN, Kommentar SIA-Norm 118, Art. 154 N 3). Wird die Abnahme infolge wesentlicher Mängel zurückgestellt, wird die Fälligkeit der Schlussabrechnungsforderung bis zur Abnahme des Werks aufgeschoben (SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 155 N 11).

### 3.3.2.2. Abnahme

Voraussetzung für die Abnahme ist die Vollendung (vgl. Art. 157 Abs. 1 SIA-Norm 118). Vollendung heisst, dass alle vertraglich vereinbarten Leistungen, einschliesslich Bestellungsänderungen, ausgeführt sind (SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 152 N 5). Das heisst nicht, dass das Werk auch mängelfrei sein muss (SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 157 N 5). Bei Bauwerkverträgen geschieht die Ablieferung durch eine Mitteilung der Vollendung des Unternehmers an den Besteller (vgl. Art. 158 Abs. 1 SIA-Norm 118). Dies kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen, z.B. indem der Unternehmer die Baustelle räumt und seine Mitarbeiter definitiv abzieht oder dem Besteller seine Schlussrechnung zustellt (SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 157 N 6, 21, 27 und 29). Eine Abnahme kann auch stillschweigend dadurch erfolgen, dass das Werk gemäss seinem Zweck gebraucht wird (BGE 115 II 456, 459). Im Einzelfall ist eine Ablieferung trotz fehlender Vollendung zuzulassen, wenn die ausstehenden Arbeiten im Vergleich zu den Gesamtkosten ausserordentlich gering sind, da die Verweigerung der Abnahme durch den Besteller unter diesen Umständen treuwidrig wäre (BGer 4C.469/2004 vom 17.3.2005 E. 2.3). Die Abgrenzung zwischen nicht fertiggestelltem und mangelhaftem Werk kann schwierig sein. Massgebend ist insoweit, ob der Unternehmer zum Ausdruck brachte, dass die Arbeiten beendet sind. Dies ist jedenfalls anzunehmen, wenn der Unternehmer dem Besteller die Schlussrechnung zukommen lässt, weshalb dieser danach nach Treu und Glauben gehalten ist, seinen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten nachzukommen (BGer 4A\_51/2007 vom 11.9.2007 E. 4.5). Die Abnahme setzt weiter die erfolgreiche Abnahmeprüfung



des Werks voraus (Art. 159 SIA-Norm 118). Erfolgreich ist die Abnahmeprüfung, wenn sie ergibt, dass das Bauwerk oder der Werkteil keine oder nur unwesentliche Mängel aufweist (Art. 160). Zeigen sich bei der Abnahme wesentliche Mängel, wird die Abnahme zurückgestellt, der Unternehmer hat die Mängel nachzubessern und es ist die Abnahmeprüfung zu wiederholen (vgl. Art. 161 SIA-Norm 118). Erst wenn sich dabei keine oder nur noch unwesentliche Mängel zeigen, gilt das Werk als abgenommen (SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 152 N 6). Die Unterscheidung zwischen unwesentlichen und wesentlichen Mängeln ist schwierig. Da der Aufschub der Abnahme bei wesentlichen Mängeln von der gesetzlichen Konzeption abweicht und Zweifel offenlässt, wird in der Lehre für eine enge Auslegung plädiert (GAUCH/STÖCKLI, Kommentar SIA-Norm 118, Art. 161 N 2). Die Frage, ob ein Mangel wesentlich im Verhältnis zum Gesamtwerk ist, ist nach objektiven Massstäben hinsichtlich seines Einflusses auf die Tauglichkeit zum normalerweise üblichen oder vertraglich vereinbarten Gebrauch zu beurteilen (SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 160 N 10; GAUCH/STÖCKLI, Kommentar SIA-Norm 118, Art. 161 N 2.2).

### 3.3.3. Würdigung

#### 3.3.3.1. Abnahme

Da die Abnahme eine Voraussetzung für die Fälligkeit der Schlussabrechnungsforderung ist, ist zunächst zu prüfen, wann das Werk von der Beklagten abgenommen wurde.

Die Beklagte anerkennt, dass am 26. September 2017 das Werk abgenommen worden sei. Es stellt sich daher die Frage, ob es bereits, wie von der Klägerin behauptet, früher zu einer Abnahme gekommen ist. Da die Parteien je Werkteil separate Protokolle führten, ist die letzte Teilabnahme entscheidend.

Im Rahmen der Frage nach der Abnahme ist zunächst die Situation am 28. Februar 2017 zu betrachten. Die Klägerin stützt sich insbesondere auf das Protokoll (act. 14/86), in dem festgehalten wird, dass keine signifikanten Lecks beständen ("Till today 28/02/2017 no significant Leakages are present") und damit

lediglich unwesentliche Mängel vorhanden seien ("Object with minor defects") (act. 28 Rz. 104). Dabei ist aber zu bemerken, dass die Parteien am 28. Februar 2017 für jeden Werkteil (Tanks, Ventilation, Fütterungssystem, Wege, ...-netze, ...-netze und Mort Collector) ein separates Protokoll erstellten, wo jeweils auch unterschiedliche Resultate festgehalten wurden. Damit das Werk insgesamt am 28. Februar 2017 als abgenommen gelten kann, ist daher notwendig, dass es im Rahmen keiner dieser durchgeführten Abnahme zu einer Zurückstellung gekommen ist. Dazu ist zunächst zu bemerken, dass mit Ausnahme der Ventilation und des Mort Collectors jeweils von den Parteien angekreuzt wurde: "Object not considered tested (art. 161)".

In inhaltlicher Hinsicht versteht die Beklagte die Protokolle offenbar so, dass das Kreuz bei "Object not considered tested (art. 161)" bedeute, dass die Abnahme zurückgestellt worden sei. Der Wortlaut, der insbesondere auf Art. 161 SIA Norm 118, welcher die Rückstellung aufgrund wesentlicher Mängel regelt, verweist, ist klar und kann nicht anders verstanden werden, als dass die Abnahme im Sinne von Art. 161 SIA Norm 118 zurückgestellt wurde. Zudem hat die Klägerin die Protokolle auch vorbehaltlos unterschrieben. Es ist daher vor diesem Hintergrund grundsätzlich davon auszugehen, dass sich die Parteien am 28. Februar 2017 einig waren, dass die Abnahme des Werks zufolge wesentlicher Mängel zurückgestellt werden soll. Die Entgegnungen der Klägerin vermögen an dieser Feststellung sodann nichts zu ändern. Einerseits bringt die Klägerin nicht vor, dass die Protokolle inhaltlich anders zu verstehen seien, sondern sie erklärt lediglich, sie habe das Protokoll nicht akzeptiert. Eine Erklärung, weshalb sie – in diesem Zeitpunkt bereits anwaltlich vertreten – dennoch das Protokoll vorbehaltlos unterschrieben hat, bringt sie nicht vor. Genauso wenig bringt die Klägerin vor, dass sie sich hernach konkret gegen den Inhalt des Protokolls zur Wehr gesetzt hätte, und sie offeriert insbesondere auch keine Korrespondenz, mit welcher sie belegen könnte, dass sie sich gegen den Inhalt des Protokolls stellte. Dies wäre angesichts der zahlreichen Korrespondenz zwischen den Parteien und des Umstands, dass sich die Klägerin gegen die Protokolle vom 6. Dezember 2016 mittels Anwaltsschreiben gewehrt hat (act. 29/96), klarerweise zu erwarten. Das Kreuz bei "Object not considered tested (art. 161)" zusammen mit der Unterschrift kann da-

her im Rahmen des Vertrauensprinzips nicht anders verstanden werden, als dass sich beide Parteien einig waren, dass die Abnahme im Sinne von Art. 161 SIA Norm 118 zurückgestellt werden soll. Insofern wäre davon auszugehen, dass die Abnahme betreffend Tanks, Ventilation, Fütterungssystem, Wege, ...-netze, ...-netze und Mort Collector am 28. Februar 2017 zurückgestellt wurde, sofern diese Werkteile nicht bereits früher abgenommen worden wären.

Zur Abnahme der Betontanks bringt die Klägerin vor, sie habe deren Vollendung am 8. Juni 2016 angezeigt und damit die Prüfungsfrist im Sinne von Art. 158 Abs. 2 SIA-Norm 118 ausgelöst. Da innert Monatsfrist keine gemeinsame Prüfung verlangt worden sei, gälten die Tanks gemäss Art. 164 Abs. 1 SIA-Norm 118 per 8. Juli 2016 als abgenommen (act. 28 Rz. 102). Die Beklagte bestreitet dies insbesondere damit, dass das Werk zu diesem Zeitpunkt nicht vollendet gewesen sei (act. 57 Rz. 905). Da die Vollendung des Werks eine Voraussetzung für die Abnahme ist (GAUCH/STÖCKLI, Kommentar SIA Norm 118, Art. 157 Rz. 8.1) und diese somit eine rechtsbegründende Tatsache darstellt, auf welche sich die Klägerin beruft, wäre es in der Folge an ihr gewesen, detailliert darzutun, dass die Arbeiten bezüglich der Tanks am 8. Juni 2016 beendet waren. Dies tat die Klägerin nicht – insbesondere auch nicht in der Widerklageduplik, wo sie lediglich auf ihre Ausführungen in der Replik/Widerklageantwort verweist (vgl. act. 68 Rz. 469). Somit waren die Voraussetzungen für eine Abnahme nicht gegeben, weshalb es am 8. Juli 2016 nicht zu einer Abnahme ohne Prüfung im Sinne von Art. 164 Abs. 1 SIA-Norm 118 gekommen ist.

Weiter bringt die Klägerin vor, die Tanks seien jedenfalls anlässlich der gemeinsamen Prüfung vom 6. Dezember 2016 abgenommen worden, da lediglich noch unwesentliche Lecks vorgelegen hätten. Diesbezüglich liegt folgende Korrespondenz vor:

- Mit Schreiben vom 9. Dezember 2016 stellte sich die Bauleitung auf den Standpunkt, dass es noch immer Lecks gebe und die Abnahme zurückgestellt sei (act. 14/77).

- Mit Schreiben vom 15. Dezember 2016 übermittelte die Bauleitung der Klägerin das Protokoll vom 6. Dezember 2016 und hielt zudem unter Hinweis auf das Schreiben vom 9. Dezember 2016 fest, dass die Abnahme im Sinne von Art. 161 SIA-Norm 118 zurückgestellt sei (act. 14/78).
- Im Protokoll vom 6. Dezember 2016, welches von der Klägerin nicht unterzeichnet wurde, wurde sodann wiederum "Object not considered tested (art. 161)" angekreuzt und zudem festgehalten, dass eine Prüfung der Tanks aufgrund der von der Klägerin noch bis zum 9. Dezember 2016 auszuführenden Arbeiten nicht möglich sei und eine erneute Prüfung am 23. Dezember 2016 stattfinden werde (act. 76 S. 2).
- Mit E-Mail vom 19. Dezember 2016 ersuchte die Klägerin um Verschiebung der erneuten Prüfung auf den 20. Januar 2017 (act. 14/79).
- Mit Schreiben vom 20. Dezember 2016 hielten die Rechtsvertreter insbesondere fest, dass die Lecks von untergeordneter Rolle seien (act. 29/96).
- Ausserdem offeriert die Klägerin ihre Notizen von der gemeinsamen Prüfung vom 6. Dezember 2016, die zeigen sollen, dass es sich um unwesentliche Mängel gehalten habe (act. 29/95).

Dass am 6. Dezember 2016 noch Mängel bei den Tanks vorlagen, wird auch von der Klägerin nicht bestritten. Die Beweislast, dass es sich dabei um wesentliche Mängel gehandelt hat, liegt jedoch beim Bauherr, also bei der Beklagten (SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 161 N 20). Sie beruft sich insbesondere auf die nicht unterzeichneten Protokolle. Diese sind mangels Gegenzeichnung durch die Klägerin in ihrer Beweiskraft beschränkt. Allerdings ist an dieser Stelle daran zu erinnern, dass die Klägerin Ende Februar 2017 ein Protokoll unterschrieben hat, welches gleich ausgefüllt war, und sie damit ihr Einverständnis mit der Zurückstellung der Abnahme ausgedrückt hat. Dies ist aus zweierlei Gründen relevant. Einerseits anerkannte die Klägerin damit, dass im Februar 2017 Umstände vorlagen, die eine Zurückstellung rechtfertigen, was eine starke Vermutung dafür begründet, dass diese Mängel ebenfalls bereits im Dezember 2016 vorlagen. Andererseits er-

scheint es auch vor dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) als nicht schützenswert, sich – nachdem man im Februar 2017 unterschriftlich zum Ausdruck brachte, mit der Zurückstellung der Abnahme einverstanden zu sein – darauf zu berufen, dass es bereits früher zu einer gültigen Abnahme gekommen ist. Die Einwände der Klägerin, es sei bereits vor dem 28. Februar 2017 – insbesondere am 9. Dezember 2016 – zu einer Abnahme gekommen, sind demnach schon allein gestützt auf Art. 2 ZGB nicht zu hören. Im Ergebnis kam es infolge Zurückstellung der Abnahme im Sinne von Art. 161 SIA-Norm 118 weder am 28. Februar 2017 noch davor zu einer gültigen Abnahme der Betontanks und damit des gesamten Werkes.

Das gesamte Werk wurde daher erst am 26. September 2017 abgenommen.

### 3.3.3.2. Schlussabrechnung

Die Klägerin hat am 31. Mai 2017 eine Schlussabrechnung erstellt (act. 3/57). Sie enthält zunächst eine Aufstellung der Leistungen, für die ein Gesamtpreis vereinbart wurde. Dabei ging die Klägerin vom im Werkvertrag festgelegten Preis aus, wovon sie die Abzüge infolge der Vertragsanpassung mit der Changing Notification No. 5 in Abzug bringt und hernach die Nachträge (Changing Notifications No. 7 [platform oxygen und statik-T01], 9, 10 und 11) addiert. Daraus ergibt sich die Schlussabrechnungssumme von EUR 2'480'889.90 (act. 3/58):

|   |                     |
|---|---------------------|
| <b>Werkvertragssumme excl. MWST</b>                   |                     |
| Auftragssumme laut Vertrag                            | 2.704.340,00        |
| <b>Abzüge:</b>  |                     |
| Changing Notification 05                              | -270.740,00         |
| <b>Nachträge:</b>                                     |                     |
| Angebot vom 26. oktober 2016                          | 3.070,00            |
| Changing Notification 07 - Platform Oxygen            | 6.799,90            |
| Changing Nitification 07 - Statik                     | 1.420,00            |
| Changing Notification 09 - Schaugläser                | 4.500,00            |
| Changing Notification 10 - Gehwege                    | 17.800,00           |
| Changing Notification - Brücken zw. Ring 1 und Ring 3 | 13.700,00           |
| <b>Zwischentotal (Schlußabrechnungssumme)</b>         | <b>2.480.889,90</b> |

Darauf folgt eine Aufstellung aller bisher gestellten Abschlagsrechnungen mit der Bemerkung, ob diese beglichen wurden. Diese Abschlagsrechnungen in der Ge-

samthöhe von EUR 2'480'889.90 subtrahiert sie in der Folge von der Schlussabrechnungssumme, was einen Saldo von null ergibt (act. 3/58):

| <b>Abschlagszahlungen (nur teilweise geleistet)</b> | <b>EUR</b>    |                      |
|---|---------------|----------------------|
| Rechnung 784 - 1. Abschlagszahlung                  | Bezahlt       | -540.868,00          |
| Rechnung 977 - 2. Abschlagszahlung                  | Bezahlt       | -1.097.518,88        |
| Rechnung 102 - 3. Abschlagszahlung                  | Offen stehend | -162.504,90          |
| Rechnung 103 - 4. Abschlagszahlung                  | Offen stehend | -259.832,22          |
| Rechnung 265 - 5. Abschlagszahlung                  | Offen stehend | -279.800,00          |
| Rechnung 666 - Betr. Angebot vom 26. Oktober 2016   | Offen stehend | -3.070,00            |
| Rechnung 790 - 6. Abschlagszahlung                  | Offen stehend | -137.295,90          |
| <b>Total Abschlagszahlungen</b>                     | <b>EUR</b>    | <b>-2.480.889,90</b> |
| Total excl. MWST                                    |               | 0,00                 |
| MWST 8 %  |               | 0,00                 |
|   |               | <u>0,00</u>          |

Soweit ist an der Schlussabrechnung jedenfalls nichts auszusetzen, vielmehr erweist sie sich als normkonform.

Die Beklagte moniert unter anderem, dass die Klägerin in der Schlussabrechnung Abschlagszahlungen resp. -rechnungen berücksichtige, die sie gar nie hätte stellen dürfen, weshalb es diesen an der Fälligkeit fehle (vgl. vorstehend Ziff. 3.3.1.1). Dies ist insoweit korrekt, als dass, wie unter Ziffer III/3.2 oben festgestellt, die Parteien keine Abschlagszahlungen vereinbart haben, weshalb die Klägerin tatsächlich keine Grundlage hatte, um Abschlagszahlungen zu verlangen.

Der Argumentation der Beklagten ist aber dennoch nicht zu folgen. Denn bei dieser Argumentation würde die Unternehmerin vor eine unmögliche Wahl gestellt, entweder bestrittene Abschlagszahlungen aufzuführen und sich so dem jetzigen Vorwurf auszusetzen: Die Forderungen seien nie fällig geworden, weshalb sie nicht aufzuführen seien, und deshalb erweise sich die Schlussabrechnung als inkorrekt und erfülle die Form nicht. Oder die Unternehmerin könnte die bestrittenen Abschlagszahlungen nicht aufführen. Diesfalls müsste sie damit rechnen, dass die Gegenseite einfach diesen Umstand monieren und vorbringen würde, die Schlussabrechnung sei inkorrekt, weil die Abschlagszahlungen nicht aufgeführt seien. Mit anderen Worten wäre es der Unternehmerin im Moment, in dem sie die Schlussrechnung stellt, gar nicht möglich, zu wissen, wie sie sich verhalten müsste, wenn das Recht auf Abschlagszahlungen umstritten ist. Letztlich würde sie

erst mit dem letztinstanzlichen Gerichtsentscheid wissen, wie sie einige Jahre zuvor ihre Schlussabrechnung hätte erstellen müssen. Dass dies nicht angeht, ist klar.

Vielmehr ist daher richtig, dass eine Unternehmerin umstrittene Abschlagszahlungen bzw. -rechnungen in ihrer Schlussabrechnung aufzuführen hat – genau gleich, wie sie auch bestrittene Leistungen im Rahmen der Schlussabrechnung aufführen darf resp. muss (vgl. Art. 155 Abs. 1 SIA-Norm 118). Schliesslich steht auch der Sinn und Zweck der SIA-Norm 118 dem Ganzen nicht entgegen, geht es doch darum, eine Gesamtabrechnung über Leistungen zu Festpreisen zu erstellen, und zwar unabhängig davon, ob Abschlagsrechnungen gestellt wurden oder nicht und ob Abschlagsrechnungen bezahlt wurden oder nicht (vgl. SCHUMACHER/MONN, Kommentar SIA-Norm 118, Art. 153 N 1). Die Berücksichtigung der gestellten umstrittenen Abschlagsrechnungen in der Schlussrechnung ist daher zulässig.

Zweitens moniert die Beklagte, dass es sich deshalb nicht um eine ordnungsgemässe Schlussabrechnung handeln könne, weil die Klägerin den aufgelaufenen Verzugszins für die nicht bezahlten Abschlagszahlungen aufführe (vgl. vorstehend Ziff. 3.3.1.1). Tatsächlich rechnet die Klägerin nach der Saldoziehung (bei EUR 0.–) die Verzugszinsen dazu (act. 3/58):

|                                     |     |                         |
|-------------------------------------|-----|-------------------------|
| Total incl. MWST                    |     | 0,00                    |
| Verzugszinsen                       | EUR | <u>97.127,45</u>        |
| Total inkl. MWST zzgl. Versugzinsen | EUR | <u><u>97.127,45</u></u> |

Auch dies wird von der Beklagten zu Unrecht bemängelt. Einerseits sind die Verzugszinsen klar vom übrigen Inhalt der Schlussabrechnung abgegrenzt und schaden so der Übersichtlichkeit der Rechnung und damit auch dem Normzweck nicht. Andererseits ist es sogar zulässig, die Schlussabrechnung und die Zusammenstellung im Sinne von Art. 153 Abs. 3 SIA-Norm 118 im gleichen Dokument zu integrieren (vgl. SCHUMACHER/MONN, Kommentar SIA-Norm 118, Art. 153 N 14.1 m.H.), was zeigt, dass in einem Dokument nebst der Schlussrechnung auch andere Inhalte enthalten sein dürfen. Sofern wie vorliegend eine klare Abgrenzung

zwischen Schlussabrechnung und Verzugszins auf nicht bezahlte Abschlagsrechnungen offenkundig ist, ist dieses Vorgehen nicht zu bemängeln.

Insgesamt ist die Schlussrechnung vom 31. Mai 2017 (act. 3/58) daher als Schlussabrechnung im Sinne von Art. 153 SIA-Norm 118 zu betrachten.

Nicht bestritten zwischen den Parteien ist, dass sie in Ziffer 5 des "Contracts" (act. 3/1) für die Bezahlung sämtlicher Rechnungen eine Zahlungsfrist von 30 Tagen ab Rechnungsdatum vereinbart haben und diese mithin auch für die Schlussrechnung gilt (vgl. act. 1 Rz. 41; act. 13 Rz. 510, 576 ff; act. 51 Rz. 149; act. 57 Rz. 611 ff.). Dabei handelt es sich ohne Weiteres um einen Verfalltag im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR. Diese von der SIA-Norm 118 abweichende Fälligkeitsvorschrift geht als Individualabrede den Bestimmungen der SIA-Norm 118 vor (vgl. STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, Einleitung N 30).

Somit liegt insgesamt eine normgerechte Schlussabrechnung vor, welche geeignet wäre, die Fälligkeit der Abrechnungsforderung 30 Tage nach der Rechnungsstellung (30. Juni 2017) auszulösen. Wie unter der vorstehenden Ziffer ausgeführt wurde, fand die Abnahme jedoch erst am 26. September 2017 statt, weshalb die Fälligkeit bis zu diesem Datum aufgeschoben wurde und erst an diesem Datum begann.

Da der Verzug jedoch nicht vor der Fälligkeit eintreten kann – und die Schlussabrechnung am 30. Juni 2017 mangels Abnahme nicht fällig war –, erscheint es vorliegend sachgerecht, die Verfalltagsabrede analog wie die Mahnung zu handhaben, wo eine vorsorgliche Mahnung vor der Fälligkeit möglich ist. Demnach wäre danach zu fragen, ob der Gläubiger die Leistung auch am (späteren) Fälligkeitstermin noch annehmen würde. Dies ist vorliegend offensichtlich und war daher für die Beklagte auch ohne Weiteres erkennbar. Somit befand sich die Beklagte ab dem Folgetag der Fälligkeit, mithin dem 27. September 2017, in Verzug.

Die Parteien haben schliesslich unbestrittenermassen einen Verzugszins von 1 % pro Monat vereinbart und dieser Zinssatz gibt auch in rechtlicher Hinsicht keine Veranlassung zu weiteren Bemerkungen, zumal nicht erkennbar ist – geschweige



denn vorgebracht wurde (vgl. act. 13 Rz. 581) –, inwiefern die Höhe rechtlich nicht zulässig sein sollte.

#### 3.4. Zusätzlich bestelltes Material

Bezüglich des zusätzlich bestellten Materials stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, dass die Verfalltagsabrede von 30 Tagen nach Rechnungsdatum gemäss Ziffer 5 des "Contracts" auch hierfür gelte. Der Schuldnerverzug sei daher 30 Tage nach dem 2. November 2016, mithin dem 2. Dezember 2016, eingetreten (act. 1 Rz. 96). Eventualiter sei der Schuldnerverzug spätestens am 4. Juli 2017 eingetreten, da die Beklagte an diesem Datum gemahnt worden sei (act. 1 Rz. 97).

Die Beklagte ist der Auffassung, ein Verzugszins sei nicht geschuldet, weil die Klägerin keinen Anspruch auf die Bezahlung des Grundbetrags habe (act. 13 Rz. 573) und weil sämtliche Gegenforderungen der Beklagten zeitlich vor Verzugseintritt entstanden seien; die Beklagte sei daher infolge Verrechnung nie in Verzug geraten (act. 13 Rz. 473 ff.).

Die Beklagte bestreitet somit die Vereinbarung einer Verfalltagsabrede für die Forderung "zusätzlich bestelltes Material" nicht (vgl. act.13 Rz. 473 ff., 573). Es kann daher ohne Weiterungen festgestellt werden, dass die Beklagte mit Ablauf von 30 Tagen ab dem Rechnungsdatum (2. November 2016; vgl. act. 3/56) in Verzug fiel. Sie ist daher zu verpflichten, der Klägerin auf den Betrag von EUR 3'316.60 einen Verzugszins vom 12 % seit dem 2. Dezember 2016 zu bezahlen.

#### 3.5. Fazit

Die Parteien haben die Abschlagszahlungen nicht gültig vereinbart, weshalb die Klägerin daraus auch keine Rechte ableiten kann, mithin auch nicht den Verzug der Beklagten.

Bezüglich des ausstehenden Pauschalwerklohns stellte die Klägerin eine normgetreue Schlussrechnung, welche aber mangels Abnahme weder die Fälligkeit der Forderung noch den Verzug der Beklagten auslöste. Die Fälligkeit trat erst mit der

Abnahme am 26. September 2017 ein und infolge der Verfalltagsabrede der Parteien trat der Verzug der Beklagten am 27. September 2017 ein. Die Parteien vereinbarten dabei im Werkvertrag einen Verzugszins von 1 % pro Monat, mithin 12 % pro Jahr.

Bezüglich der zusätzlich bestellten Leistungen in der Höhe von EUR 3'316.60 vereinbarten die Parteien einen Verfalltag von 30 Tagen ab Rechnungsdatum. Aufgrund der Rechnung vom 2. November 2016 befand sich die Beklagte ab dem 2. Dezember 2016 in Verzug. Auch hier vereinbarten die Parteien einen Verzugszins von 12 % pro Jahr.

#### 4. Fazit Klageforderung

Betreffend der Restanz des Pauschalwerkslohns obsiegt die Klägerin, weil die Beklagte vorbehaltlos die Verrechnung dieses Betrags erklärt hat und damit sämtliche andere ihr im Zeitpunkt der Verrechnungserklärung bekannten Einreden und Einwendungen verwirkt hat. Als solche Einreden und Einwendungen sind diejenigen zu betrachten, die von der Beklagten in der Duplik vorgebracht werden, da die Beklagte nicht erläutert, inwiefern ihr diese Einreden und Einwendungen im Zeitpunkt der Verrechnungserklärung nicht bekannt waren. Im Ergebnis blieb die Werklohnforderung der Klägerin in der Höhe von EUR 807'932 (exkl. MWST) bzw. EUR 872'566.55 (inkl. [8%] MWST) unbestritten und ist daher ausgewiesen.

Ebenfalls ausgewiesen sind die Mehraufwendungen "zusätzlich bestelltes Material" in der Höhe von EUR 3'315.60 (inkl. [8%] MWST). Diese zusätzlich bestellten Räder für die ...-netze stellen insbesondere deshalb eine mehrvergütungspflichtige Bestellungsänderung dar, weil die Beklagte im Bestellungszeitpunkt nicht zur Ersatzvornahme berechtigt war und es daher an einer Grundlage für die Überbindung dieser Kosten an die Klägerin fehlt.

Wie sich die ausgewiesenen Forderungen der Klägerin gegenüber den sowohl verrechnungs- als auch widerklageweise geltend gemachten Forderungen der Beklagten verhalten, wird nachstehend in einem separatem Kapitel zu zeigen sein (vgl. Ziff. V).

Abzuweisen ist die Klage demgegenüber betreffend die übrigen geltend gemachten Beststellungsänderungen ("Changing Notification No. 10", "Changing Notification No. 11", "zusätzlich bestellte Leistungen"). In allen diesen Fällen kam die Klägerin bezüglich der Höhe der geltend gemachten Mehrvergütung ihrer Behauptungs- und Substanziierungspflicht nicht genügend nach.

#### **IV. Beurteilung der Widerklageforderung**

##### 1. Vertragsverletzung durch verspätete Erfüllung

###### 1.1. Ausgangslage

Die Beklagte verlangt Schadenersatz in der Höhe von CHF 7'180'569.– wegen entgangenen Gewinns. Dies mit der Begründung, dass die Klägerin das Werk knapp 15 Monate zu spät abgeliefert habe. Es ist daher zunächst zu prüfen, ob sich die Klägerin bei der Werkherstellung in Verzug befand.

###### 1.2. Streitpunkte

Die Beklagte hält dafür, die Parteien hätten ein verbindliches Terminprogramm für die Erstellung des Werks vereinbart mit verbindlichen Fristen im Sinne von Art. 92 SIA-Norm 118 (act. 13 Rz. 60, 69; act. 57 Rz. 116 ff.). Gemäss dem der Changing Notification No. 5 beigelegten, von der Klägerin selbst erstellten und verbindlichen Zeitplan vom 18. Juni 2015 sei der Baubeginn auf den 2. November 2015 festgesetzt und als Vollendungstermin der 27. Mai 2016 bestimmt worden. Gemäss dem Terminplan habe die Abnahme und Inbetriebnahme der Anlage zudem bis spätestens am 1. Juli 2016 zu erfolgen gehabt (act. 13 Rz. 62). Es habe dem klaren Verständnis der Parteien entsprochen, dass der Terminplan mit dem 18. März 2016 zumindest für die Planung und für den Ausbau je einen verbindlichen (Zwischen-)Termin im Sinne von Art. 92 SIA-Norm 118, mit dem 27. Mai 2016 einen verbindlichen Endtermin für die Fertigstellung des Werks und mit dem 1. Juli 2017 einen verbindlichen Termin für die Abnahme des Werks enthalten habe (act. 13 Rz. 63).

Der Funktionsmechanismus des Werkvertrags vom 6. November 2014 sei wie folgt gewesen: Mit dem Verweis in Ziff. 1.5 hätten die Parteien zum Ausdruck gebracht, dass jegliche zukünftigen Terminprogramme nicht bloss informativen, sondern verbindlichen Charakter haben sollen (act. 57 Rz. 123 f., 766 f.). Konkret hätten die Parteien im Werkvertrag vom 6. November 2014 in Ziffer 4 unter dem Titel "Fristen gemäss Art. 92 der Norm SIA 118" festgehalten: "Für die Erfüllung der vertraglichen Arbeiten und Lieferungen gelten folgende Fristen bzw. Termine". Dies stelle ein unmissverständliches Bekenntnis zu verbindlichen Terminvorgaben dar. Diese Fristen und Termine hätten sich dabei aus einem separaten Terminprogramm ergeben, auf das explizit verwiesen worden sei. Mit anderen Worten sei davon ausgegangen worden, dass das Terminprogramm Vertragsbestandteil sei. Dabei werde ausserdem im Werkvertrag vom 6. November 2014 auf ein bestimmtes Terminprogramm (als Beilage 1.1.4A) verwiesen, was impliziere, dass ein bestimmtes Terminprogramm habe gelten sollen (act. 57 Rz. 129 ff., 757 f.). Mit der Changing Notification No. 5 sei das Bauprojekt auf die entscheidende terminliche Grundlage gestellt worden. Namentlich hätten die Parteien mit dem Terminprogramm vom 18. Juni 2015 die massgeblichen verbindlichen Termine festgelegt. Die Parteien hätten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses des Werkvertrags vom 6. November 2014 festgelegt, dass auch allfälligen späteren von den Parteien vereinbarten Terminprogrammen entsprechende Bindungswirkung zukomme. Eine späteres Terminprogramm habe die gleiche Wirkung wie das ursprüngliche, nämlich Verbindlichkeit und bei Verspätung sofortiger Eintritt des Verzuges (act. 57 Rz. 135 ff., 765, 768). Die Klägerin könne sich zudem nicht auf einige handschriftliche Notizen auf der Changing Notification No. 5 berufen. Damit sei einzig zum Ausdruck gebracht worden, dass einige Detailpunkte geklärt werden müssten, was aber nicht bedeute, dass das Terminprogramm nicht mehr verbindlich sein soll. Dem stehe schon Art. 1 Abs. 2 OR entgegen. Da bestimmte Daten vereinbart worden seien, handle es sich um Verfalltage, weshalb die Klägerin mit dem Verpassen dieser Daten automatisch und ohne Mahnung in Verzug geraten sei (act. 57 Rz. 140 ff.).

Die Beklagte habe zu jedem Zeitpunkt der Zusammenarbeit klar gemacht, dass die Klägerin das Werk spätestens bis 27. Mai 2016 fertigstellen und der Produkti-

onsstart spätestens am 1. Juli 2016 erfolgen müsse. Weil die Klägerin den Terminplan nicht habe einhalten können, habe die Beklagte sich gezwungen gesehen, immer wieder abzumahnern (act. 13 Rz. 22; act. 57 Rz. 772 ff.; 781 ff.) und zu einer möglichst baldigen Fertigstellung des Werkes aufzufordern sowie von der Klägerin (immer wieder neue) verbindliche Termine für die effektive Fertigstellung des Werks zu verlangen, ohne dass sie damit ihr Einverständnis für die Nichteinhaltung der ursprünglich vertraglich vereinbarten Termine gegeben hätte (act. 13 Rz. 22).

Für den Fall, dass das Gericht nicht auf das Vorliegen vereinbarter Fertigstellungstermine erkennen sollte, hält die Beklagte dafür, dass der Vertrag lückenhaft sei und diese Lücke durch den hypothetischen Parteienwillen zu füllen sei. Ausgangspunkt dafür sei der Umstand, dass die Parteien in Ziffer 4 des Werkvertrags (verbindliche) Termine vorgesehen hätten. Die Klägerin habe dann mit dem Terminprogramm mitgeteilt, welche Terminvorgaben aus ihrer Sicht möglich gewesen seien. Es müsse dabei zwingend davon ausgegangen werden, dass nach Treu und Glauben handelnde Vertragsparteien dieses Terminprogramm vom 18. Juni 2015 als verbindlich vereinbart hätten, was ein fairer Kompromiss gewesen wäre, und innert welcher Zeit eine sorgfältige Unternehmerin die Arbeiten in geordneter und zügiger Weise hätte ausführen können (act. 57 Rz. 144 ff.). Die Klägerin gehe selbst davon aus, dass sie innerhalb der objektiv zu erwartenden Zeit ihr Werk hätte erstellen müssen. Diese Zeit ergebe sich aus dem Terminprogramm vom 18. Juni 2015. In Lückenfüllung seien die Termine gemäss diesem Plan als Verfalltage anzunehmen (act. 57 Rz. 850 ff.).

Die Anlage habe erst am 26. September 2017 wieder in Betrieb genommen werden können (act. 13 Rz. 21 ff.). Die Ablieferung des Werks sei aufgrund des Verzugs der Klägerin um 14.85 Monate verspätet erfolgt (act. 13 Rz. 165). Die Beklagte anerkennt hingegen, dass sie die Klägerin nie durch Mahnung in Verzug gesetzt habe (act. 57 Rz. 853).

Die Klägerin hält dafür, sie hätten zu keinem Zeitpunkt verbindliche Fristen vertraglich vereinbart und insbesondere seien die Terminprogramme nicht verbindlich gewesen. Im Formularvertrag hätten die Parteien unter dem Titel "4 Fristen

gemäss Art. 92 der Norm SIA 118" zwar das Terminprogramm aufgeführt. Im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Werkvertrags (6. November 2014) habe jedoch noch überhaupt kein Terminprogramm existiert. Das erste Terminprogramm datiere vielmehr vom 18. November 2014 (act. 28 Rz. 35). Die fehlende Existenz eines Terminprogramms zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung ergebe sich auch zweifelsfrei aus Ziffer 4 des "Contracts", wonach die Beklagte bis spätestens acht Wochen vor dem Baubeginn ein detailliertes Terminprogramm zu erstellen habe (act. 28 Rz. 35). Da das Terminprogramm im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung noch nicht existiert habe, seien die darin enthaltenen Zeitangaben (Fristen und Termine) offensichtlich auch nicht vom Konsens der Parteien erfasst. Zudem enthalte das Terminprogramm vom 18. November 2014 selbst auch keine Verbindlichkeitserklärung, und es sei von den Parteien auch nicht durch eine separate Individualabrede für verbindlich erklärt worden (act. 28 Rz. 36). Das Fehlen verbindlicher Fristen erscheine aufgrund des Pilotcharakters des Bauprojekts ohne weiteres nachvollziehbar. Daran ändere die Ziffer 4 des Formularvertrags nichts, habe die Klägerin die Tragweite des Verweises auf Art. 92 SIA-Norm 118 als in der Schweizer Baubranche unerfahrener juristischer Laie doch nicht erkennen können (act. 28 Rz 37). Hinzu komme, dass das Terminprogramm vom 18. November 2014 aufgrund der im Rahmen der Changing Notification No. 5 erfolgten substantiellen Abänderung des Leistungsinhalts ohnehin obsolet geworden sei. In der besagten Changing Notification werde explizit festgehalten, dass es zu Verspätungen kommen werde. Es würden zwar je ein Terminprogramm der Klägerin und der Beklagten erwähnt. Weder die Changing Notification No. 5 noch die beiden Terminprogramme enthielten jedoch eine Verbindlichkeitserklärung und seien auch nicht zum Vertragsbestandteil erklärt worden. Im Gegenteil sei das Terminprogramm der Beklagten als "Goal Schedule" bezeichnet worden, womit die darin enthaltenen Zeitangaben nicht als vertraglich verbindliche Fristen, sondern vielmehr als ungefähre Angaben zu qualifizieren seien, deren Wahrung von den Parteien als Ziel angestrebt worden sei. Beim Terminprogramm der Klägerin vom 18. Juni 2015 habe es sich zudem klarerweise lediglich um einen Entwurf gehandelt (act. 28 Rz. 38). Die fehlende Verbindlichkeit der besagten Terminprogramme ergebe sich auch zweifelsfrei aus dem in der Changing Notification No. 5

enthaltenen, von der Beklagten bzw. deren Bauleitung stammenden Hinweis, dass beide Dokumente noch weiter zu analysieren und anzupassen seien (act. 28 Rz. 39, act. 68 Rz. 404 f.). Im Weiteren seien auch die während der Werkerstellung fortlaufend an den Baufortschritt angepassten Terminprogramme von den Parteien nicht als verbindlich erklärt worden (act. 28 Rz. 40 ff.). Die im Vergleich zur ursprünglichen, unverbindlichen Terminplanung eingetretenen Verzögerungen seien im Übrigen mannigfaltig und bei weitem nicht alle durch die Klägerin zu vertreten (act. 28 Rz. 52 ff.).

Weiter seien die Ausführungen der Beklagten insofern widersprüchlich, als dass sie einerseits vorbringe, die Parteien hätten vereinbart, dass spätere angepasste Terminprogramme verbindlich seien. Andererseits negiere sie die Verbindlichkeit späterer Terminprogramme, wie jenes vom 20. Juni 2016 oder vom 18. Juli 2016 (act. 68 Rz. 402).

Das Terminprogramm vom 18. Juni 2015 bringe nicht die objektiv zu erwartende Zeit zum Ausdruck, diese Termine seien nicht lückenfüllend in den Vertrag aufzunehmen und letzterer nicht um Verfalltage zu ergänzen (act. 68 Rz. 443).

### 1.3. Rechtliches

Damit eine Vertragsverletzung wegen Verspätung bejaht werden kann, muss eine verbindliche vertragliche Frist oder ein verbindlicher vertraglicher Termin überschritten worden sein (REETZ, Kommentar SIA-Norm 118; Art. 97 N 8; SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 97 Rz. 8).

Nach Art. 92 SIA-Norm 118 legt der Werkvertrag die Fristen fest, bis zu deren Ablauf die übernommenen Arbeiten ausgeführt sein müssen, wobei unter "Werkvertrag" nebst der Vertragsurkunde selbst auch alle anderen Vertragsbestandteile fallen (SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 92 N 15; REETZ, Kommentar SIA-Norm 118, Art. 92 N 2.1). Keine Rechte (oder Pflichten des Vertragspartners) lassen sich demgegenüber aus dem Bauprogramm im Sinne von Art. 93 SIA-Norm 118 ableiten, es sei denn, die Parteien hätten das Bauprogramm zum Vertragsinhalt erhoben, sprich als verbindlich erklärt (SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 93 Rz. 12; REETZ, Kom-

mentar SIA-Norm 118, Art. 92 N 3.6 m.H.a. Art. 93 Abs. 2 Satz 3, Art. 93 N 1.5 ). Diejenige Partei, die aus dem Bauprogramm Rechte ableitet, hat die behauptete Verbindlichkeit einer Frist oder eines Termins zu beweisen (SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 93 N 17).

Wurde im Werkvertrag hingegen kein Ablieferungstermin vereinbart, enthält der Vertrag eine Lücke, die je nach Art des Geschäfts ausgefüllt werden muss. In diesem Fall ist auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen, aus dem in der Regel geschlossen wird, dass dem zuständigen Unternehmer die zur Ausführung des Werkes erforderliche Zeit zur Verfügung steht, wenn er rechtzeitig mit den Arbeiten beginnt und diese normal fortsetzt (BGer 4C.347/2003 vom 1. April 2004 E. 4.1.1; BGE 113 II 513 E. 4b; GAUCH, a.a.O., N 649). Die Beweislast für die Fälligkeit trägt der Gläubiger (BK OR-WEBER, Art. 75 N 113).

#### 1.4. Würdigung

##### 1.4.1. Vereinbarung eines Verfalltags

###### 1.4.1.1. Widersprüchliche Parteibehauptungen

Die Beklagte nimmt hinsichtlich der Vereinbarungen zwischen den Parteien unterschiedliche Standpunkte ein:

In der Widerklagebegründung bringt die Beklagte vor, die Parteien hätten Fristen im Sinne von Art. 92 SIA-Norm 118 und damit ein verbindliches Terminprogramm vereinbart. Dieses sei im Rahmen der Changing Notification No. 5 durch einen Terminplan der Klägerin abgelöst worden, welcher dieser Zusatzvereinbarung beigelegt habe (act. 13 R. 60 ff.). Die Beklagte habe zu jedem Zeitpunkt der Zusammenarbeit klar gemacht, dass die Klägerin das Werk spätestens bis 27. Mai 2016 fertigstellen und der Produktionsstart spätestens am 1. Juli 2016 erfolgen müsse; dies habe "dem klaren Verständnis der Parteien" entsprochen (act. 13 Rz. 588).

In der Widerklagereplik stellt sich die Beklagte dann auf den Standpunkt, die Parteien hätten im Werkvertrag vom 6. November 2014 einen Mechanismus verein-



bart, der folgendermassen funktioniere: Mit dem Verweis in Ziff. 1.5 hätten die Parteien zum Ausdruck gebracht, dass jegliche zukünftigen Terminprogramme nicht bloss informativen, sondern verbindlichen Charakter haben sollen, was sich von selbst verstehe, wenn gleich mehrere Unternehmer am Bau beteiligt seien, deren Arbeiten aufeinander abgestimmt werden müssten (act. 57 Rz. 123 f., 766 f.)

Dass diese Behauptungen der Beklagten im Widerspruch zu einander stehen und sich nicht miteinander vereinbaren lassen, ist eindeutig. Es kann nur das Eine oder das Andere sein, keinesfalls jedoch beides. Die Beklagte erklärt dabei nicht, welche dieser Behauptungen nun gelten soll und erklärt auch insbesondere keine dieser zwei Begründungen zur Eventualbegründung. Damit erweisen sich die Behauptungen der Beklagten als widersprüchlich und damit als nicht schlüssig, womit sie unbeachtlich bleiben. Von der gerichtlichen Fragepflicht ist im Übrigen nicht Gebrauch zu machen, da die Beklagte anwaltlich vertreten ist und es ihr damit ohne weiteres zuzumuten ist, eine klare Position im Verfahren zu beziehen. Bei der Frage danach, ob die Parteien einen verbindlichen Terminplan vereinbart haben, handelt es sich zudem um einen zentralen Punkt der Widerklage, weshalb umso höhere Anforderungen an die Sorgfalt ihrer Rechtsvertretung zu stellen ist. Gerade auch der Wechsel des Rechtsvertreters gebietet es, die bisherigen Behauptungen genau zu analysieren. Wenn eine Partei nun im zweiten Parteivortrag eine andere Behauptung aufstellen möchte als zuvor – was zulässig sein kann –, obliegt es ihr, die bisherige Behauptung zu widerrufen und damit der Gegenseite und dem Gericht zu erkennen zu geben, welche der Behauptungen nun Bestand haben soll.

Im Ergebnis hat die Beklagte damit keinen vertraglich festgelegten Verfalltag behauptet.

#### 1.4.1.2. Eventualfall: Kein Konsens

Allerdings vermögen die widersprüchlichen Vorbringen der Beklagten auch in sich nicht zu überzeugen, sodass man zum gleichen Ergebnis gelangen würde, ginge man von schlüssigen Behauptungen der Beklagten aus:

Einleitend kann festgestellt werden, dass die Beklagte einen tatsächlichen Konsens nur in sehr allgemeiner Art und Weise behauptet. Dies betrifft sowohl die Ausführungen in der Widerklagebegründung, wonach die Parteien im Werkvertrag resp. in der Changing Notification No. 5 einen Termin vereinbart hätten, als auch ihre Behauptungen in der Widerklagereplik, wonach vereinbart worden sei, dass alle zukünftigen Terminprogramme verbindlich sein sollen. Konkret behauptet die Beklagte aber weder hier noch da, dass sich die Parteien bei Vertragsabschluss (oder allenfalls im Rahmen einer späteren Vereinbarung) über die Termine sowie die Verbindlichkeit der Termine tatsächlich auseinandergesetzt und geeinigt hätten. Aufgrund dieser Vorbringen lässt sich der wirkliche Willen der Parteien, der als innere Tatsache anhand von Indizien zu ergründen wäre, jedenfalls nicht erstellen, zumal (wie nachfolgend aufgezeigt wird) auch der Wortlaut als primäres Auslegungsmittel keine klaren Schlüsse zulässt. Somit ist die objektive Auslegung nach dem Vertrauensprinzip massgebend.

Zunächst zur Begründung gemäss Widerklagebegehren: Ein Bau- oder Terminprogramm im Werkvertrag vom 6. November 2014 wird unter "1 Bestandteile des Vertrages" nicht aufgeführt. Erwähnt wird aber "1.1.4\_Beilagenliste", wobei keine der Parteien Behauptungen dazu aufstellte, was diese Beilagenliste umfasst. Mit hin wurde ein Terminplan oder Bauprogramm unter dieser Ziffer des Werkvertrags nicht zum Vertragsbestandteil erhoben.

Unter Ziffer 4 mit der Überschrift "Fristen gemäss Art. 92 der Norm SIA 118" wird nach dem einleitenden Satz "Für die Erfüllung der vertraglichen Arbeiten und Lieferungen gelten folgende Fristen bzw. Termine" festgehalten, dass der Zeitpunkt der "Lieferung sämtlicher für die Detailplanung notwendigen Informationen und Pläne" zu vereinbaren sei ("to be agreed") und dass "Baubeginn März 2015 oder nach Absprache mit der Bauleitung" sei. Weiter festgehalten wird stichwortartig "Als Terminprogramm (Beilage 1.1.4A)" und "Penalties are envisaged in case of delays to the timeschedule" (act. 3/1 S. 4):

#### 4 Fristen gemäss Art. 92 der Norm SIA 118

Für die Erfüllung der vertraglichen Arbeiten und Lieferungen gelten folgende Fristen bzw. Termine  
~~10.11.2014~~: Lieferung sämtlicher für die Detailplanung notwendigen  
Informationen und Pläne *to be agreed*  
Baubeginn März 2015 oder nach Absprache mit der Bauleitung.

Als Terminprogramm (Beilage 1.1.4A)

Penalties are envisaged in case of delays to the timeschedule.

Im "Contract" wird unter Ziffer 4 ("Schedule") festgehalten (act. 3/6 S. 3), dass mit den Aushubarbeiten für die Betonarbeiten im Februar 2015 begonnen werden soll. Verspätungen müssten 20 Arbeitstage vorher gemeldet werden, andernfalls könne die Auftragsnehmerin (also die Klägerin) ihre Kosten der Auftraggeberin (der Beklagten) überbinden. Weiter habe die Auftraggeberin einen Zeitplan zu entwickeln bis acht Wochen vor dem Baubeginn:

#### 4. Schedule

Excavation work commences ready for concrete work in start of February 2015.

Delays must be noticed 20 working days before, if not, the Contractor can calculate its costs which are paid by the Client

The Client develops a detailed timetable at latest 8 weeks before start of works.

*SEND TIMETABLE TO CLIENT*

Der Wortlaut als Ausgangspunkt der Vertragsauslegung ist nicht hinreichend klar. So sieht der Hinweis auf "Fristen gemäss Art. 92 der Norm SIA 118" vor, dass die folgenden (also die darunter aufgelisteten Fristen) als verbindlich zu gelten haben. Dabei wird das " Terminprogramm (Beilage 1.1.4)" aufgelistet. Gemäss der unbestritten gebliebenen Darstellung der Klägerin lag im Zeit des Vertragsschlusses indessen noch gar kein Terminprogramm vor, sondern das erste Terminprogramm stammt vom 18. November 2014, mithin zwölf Tage nach Vertragsschluss. Die Beklagte behauptet damit nicht, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits ein Terminprogramm vorgelegen habe. Auch aus Ziffer 4 des "Contracts" lässt sich nichts zugunsten der Beklagten ableiten, enthält dieser gerade keine

Termine und gibt sie nicht der Beklagten ("Client") sondern der Klägerin ("Contractor") Rechte für den Fall, dass es Verzögerungen seitens der Beklagten geben sollte, die ihr (der Klägerin) nicht rechtzeitig angezeigt werden. Somit werden im Werkvertrag also gar keine Fristen aufgelistet, die gemäss dem Wortlaut verbindlich wären. Die Behauptung der Beklagten, wonach im Zeitpunkt des Abschlusses des Werkvertrags ein Terminprogramm vorgelegen habe, erweist sich daher als falsch. Es gab mithin kein Terminprogramm, das vom Konsens im Zeitpunkt des Vertragsschlusses hätte umfasst sein können.

Daher bleibt noch zu prüfen, ob die Parteien im Rahmen der Vertragsanpassung mit der Changing Notification No. 5 einen verbindlichen Terminplan vereinbarten, wie dies von der Beklagten behauptet wird. Dieser von der Klägerin erstellte Terminplan sei der Changing Notification No. 5 beigelegen. Auf dieses bezieht sich die auf dem Dokument Changing Notification No. 5 unter der Rubrik "time schedule impact" und der Bemerkung "Delay will happen, new time schedule necessary" handschriftlich wie folgt angebrachte Notiz (act. 3/9): "- SAP GOAL SCHEDULE ATTACHED; - A.\_\_\_\_\_ DRAFT SCHEDULE ATTACHED; - BOTH DOCUMENTS TO BE FURTHER ANALYSED AND DETAILED WITH F.\_\_\_\_\_, A.\_\_\_\_\_ AND J'.\_\_\_\_\_".

release decision necessary at latest: 22.06.2015

time schedule impact:

|            |  |                           |
|------------|--|---------------------------|
| no changes | delay                                    | coordination is necessary |
|            | will happen, new time schedule necessary | X                         |

cost effect:

| costs on basis of main calculation                  | amount in € excl. VAT |
|---|-----------------------|
| costs original contract (part of old costs)         | 2.704.340,-           |
| costs changing notification 1-4 (part of old costs) | 0,-                   |
| costs minimum support (new costs)                   | 2.433.600,-           |
| changing costs                                      | -270.740,-            |

Handwritten notes in blue ink:

- SAP GOAL SCHEDULE ATTACHED
- A.\_\_\_\_\_ DRAFT SCHEDULE ATTACHED
- BOTH DOCUMENTS TO BE FURTHER ANALYSED AND DETAILED

with F.\_\_\_\_\_, A.\_\_\_\_\_, and J'.\_\_\_\_\_

Auch in dieser Vertragsänderung stützt der Wortlaut der Vereinbarung das Verständnis der Beklagten nicht. Zunächst wird wörtlich festgehalten, dass Verspätungen geschehen werden ("delay; will happen, new time schedule necessary"). Dies an sich ist bereits ein klarer Hinweis, dass gerade keine verbindliche

Frist vereinbart wurde. Hinzu kommt, dass in der handschriftlichen Ergänzung von einem beigelegten Entwurf des Terminplans der Klägerin die Rede ist, der zusammen mit dem ebenfalls beigelegten Terminplan der Beklagten zwischen den Parteien diskutiert und analysiert werden soll. Dass damit ein Bauprogramm zum Vertragsinhalt erhoben und verbindlich erklärt worden sein soll, lässt sich nicht sagen – im Gegenteil. Es wird klar zum Ausdruck gebracht, dass gerade noch keine Termine verbindlich vereinbart wurden. Dieser klare Wortlaut kann nach Treu und Glauben nicht anders verstanden werden. Zwar sind neben dem Wortlaut auch die gesamten Umstände beim Vertragsschluss zu berücksichtigen. Diesbezüglich bringt die Beklagte aber nichts Substanzielles vor, das erlauben würde, vom klaren Wortlaut abzuweichen. Auch das Vorbringen der Beklagten, sie habe der Klägerin zu jedem Zeitpunkt der Zusammenarbeit klar gemacht, dass die Klägerin das Werk bis spätestens am 27. Mai 2016 fertigzustellen habe, ändert nichts daran. So ist diese Behauptung nicht nur vollkommen pauschal und damit unsubstantiiert, sondern soweit sich die Beklagte auf ihr Verhalten nach Vertragsschluss stützen möchte, auch unbeachtlich. Parteiverhalten nach dem Vertragsschluss ist zur Ermittlung des normativen Konsenses irrelevant, weshalb gleichermaßen auch unbeachtlich ist, wenn die Beklagte vorbringt, die Klägerin habe ihr während den Bauarbeiten mehrfach zugesichert, ihren Rückstand aufzuholen. Die Vertragsdokumente wurden von den Parteien als Beweismittel eingereicht. Andere Beweise wären mangels substantiiertes Behauptungen zu den Umständen des Vertragsschlusses auch nicht abzunehmen. Die Parteien haben somit weder im Zeitpunkt des Abschlusses des Werkvertrags am 6. November 2014 noch mit der Changing Notification No. 5 einen verbindlichen Terminplan vereinbart.

In der Widerklagereplik stellt sich die Beklagte sodann auf den Standpunkt, dass die Parteien im Werkvertrag vom 6. November 2014 vereinbart hätten, dass sämtliche zukünftigen Terminpläne verbindlich seien, weshalb das Terminprogramm vom 18. Juni 2015 verbindlich sei. Wie vorstehend bereits erläutert, ist der Wortlaut des Werkvertrags nicht dahingehend zu verstehen, dass die im Werkvertrag genannten Termine für verbindlich erklärt werden. Das beklagte Vertragsverständnis wird jedenfalls durch den Wortlaut nicht gestützt. Insbesondere kann

aufgrund des Wortlauts gerade nicht gesagt werden, dass die Parteien unmissverständliche Bekenntnisse zu (beliebigen) verbindlichen Terminvorgaben abgegeben hätten. Im Gegenteil muss davon ausgegangen werden, dass nur die im Werkvertrag genannten Termine verbindlich gewesen wären. Da im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch gar kein Terminplan vorgelegen hat, sondern der erste Terminplan erst später entstand, wurden demnach keine verbindlichen Termine vereinbart. Insbesondere nicht vereinbar mit einer Auslegung nach Treu und Glauben ist der Schluss, den die Beklagte ziehen möchte, wenn sie vorbringt, dass wenn auf ein bestimmtes Terminprogramm verwiesen werde, dies bedeute, dass grundsätzlich ein Terminprogramm zu gelten habe. Sie erkennt dabei, dass der Konsens betreffend die Verbindlichkeit eines Terminprogramms keine Implikation bezüglich der Verbindlichkeit eines anderen Terminprogramms hat. Zwar wäre denkbar, dass die Parteien eine Regelung treffen, wonach es immer ein verbindliches Terminprogramm gibt. Vorliegend erklärt die Beklagte jedoch nicht, wie diese zukünftig verbindlichen Terminprogramme bestimmt werden sollen. Wer hat die Befugnis, ein solches neues Terminprogramm zu erlassen? Denn wie sich auch im vorliegenden Fall zeigt, gibt es jeweils unterschiedliche Terminprogramme von den unterschiedlichen Akteuren. Es sei an dieser Stelle an die Ausführungen zuvor zur Changing Notification No. 5 erinnert, wo sowohl ein Terminprogramm der Klägerin ("A.\_\_\_\_\_ Draft Schedule") sowie eines der Beklagten ("SAP Goal Schedule") erwähnt wird. Weshalb und aufgrund von was nun das eine verbindlich sein soll und das andere nicht, wird von der Beklagten nicht erläutert. Jedenfalls lassen die Behauptungen der Beklagten nicht den Schluss zu, dass ein normativer Konsens dahingehend bestanden hätte, wonach die Parteien im Werkvertrag vereinbart hätten, dass immer ein Terminprogramm verbindlich sei.

Ferner sind die Behauptungen der Beklagten in der Widerklagereplik auch in sich widersprüchlich. Denn nach dem Terminprogramm vom 18. Juni 2015 gab es unbestrittenermassen weitere Terminprogramme, wie jenes vom 20. Juni 2016 oder vom 18. Juli 2016. Gemäss beklagtischer Argumentation, nach der immer das aktuelle Terminprogramm verbindlich sein sollte, hätte das Terminprogramm vom 18. Juni 2015 in dem Moment seine Gültigkeit verloren, als eines der neueren Programme entstanden ist. Die Beklagte stellt sich aber ohne weitere Erklärung

auf den Standpunkt, dass das Terminprogramm vom 18. Juni 2015 bis zuletzt verbindlich gewesen sei. Ihre gesamten Vorbringen wären daher schon aufgrund ihrer Widersprüchlichkeit nicht zu hören.

Nach dem Ausgeführten wurden im Werkvertrag keine Fristen und Termine vereinbart und das Bauprogramm von den Parteien nicht zum Vertragsinhalt erhoben und für verbindlich erklärt.

#### 1.4.2. Gerichtliche Lückenfüllung

Da sich kein tatsächlicher oder normativer Konsens betreffend eine Verfalltagabrede erstellen lässt, ist zu prüfen, ob eine Vertragslücke vorliegt, die gerichtlich zu füllen ist. Es ist dabei zu beurteilen, ob es dem hypothetischen Willen der Parteien entsprochen hätte, einen Verfalltag zu vereinbaren. Dazu führt die Beklagte ohne weitere Begründung aus, dass die Parteien diesfalls auch das Terminprogramm vom 18. Juni 2015 (also den Terminplanentwurf der Klägerin) als verbindliches Terminprogramm vereinbart hätten. Dies wäre ein fairer Kompromiss gewesen (vgl. act. 57 Rz. 152). Diese Behauptungen genügen den Substanziierungsanforderungen nicht einmal im Ansatz. Bereits aufgrund des Umstands, dass die Parteien sich im Zeitpunkt der Changing Notification No. 5 nicht auf einen Terminplan einigten, sondern zu einem späteren Zeitpunkt die unterschiedlichen Terminpläne analysieren und diskutieren wollten, spricht eindeutig dagegen, dass man genau diesen Terminplan vereinbaren wollte. Nichts anderes kann die Beklagte für sich aus dem Umständen des Abschlusses des Werkvertrags ableiten, wo die Parteien zwar eine Regelung zur Fertigstellung treffen wollten, aber auch damals im Zeitpunkt des Vertragsschlusses keinen Terminplan ausgearbeitet hatten, der überhaupt hätte verbindlich sein können. Es gibt vor diesem Hintergrund keinen Anlass, um von einem hypothetischen Parteiwillen auszugehen, wonach das Terminprogramm vom 18. Juni 2015 verbindlich sein soll.

Da die Beklagte anerkennt, die Klägerin nie durch Mahnung in Verzug gesetzt zu haben (vgl. act. 57 Rz. 853), erübrigt es sich, zu prüfen, ob die Klägerin anders als mit dem Überschreiten eines Verfalltags in Verzug geraten ist. Dennoch sei bemerkt, dass die Beklagte selbst unter Hinweis auf GAUCH ausführt, dass "dem

Unternehmer im Normalfall so viel Zeit bis zur Ablieferung zusteht, als ein versierter Fachmann nach rechtzeitigem Beginn [...] benötigt, um das konkrete Werk in zügiger Arbeit und mit dem üblichen Einsatz von Arbeitsmitteln und -kräften auszuführen und abzuliefern" (act. 57 Rz. 148). Die Behauptung der Klägerin, die objektiv zu erwartende Zeit zur Werkserstellung ergebe sich aus dem Terminprogramm vom 18. Juni 2015, bei dem es sich einerseits um einen Entwurf handelt und auf das andererseits noch weitere Terminprogramme und Bestellungenänderungen folgten, ist in jeder Hinsicht ungenügend. Es wäre an der Beklagten, unter Berücksichtigung der Gesamtsituation und insbesondere der laufenden Bestellungenänderungen, konkret darzutun, wie lange die Klägerin für die Arbeiten hätte aufwenden dürfen. Es mag zweifellos schwierig sein, dies rechtsgenügend zu behaupten und vor allem auch zu substantiieren, aber der bloße Hinweis auf ein Terminprogramm ist offensichtlich ungenügend.

#### 1.4.3. Fazit

Zwischen den Parteien ist weder ein normativer noch ein tatsächlicher Konsens hinsichtlich eines Verfalltags zustande gekommen. Auch lässt sich kein hypothetischer Wille der Parteien erstellen, wonach sie einen Verfalltag vereinbart hätten. Schliesslich behauptet die Beklagte auch nicht in rechtsgenügender Weise, bis wann ein Unternehmer, der rechtzeitig mit den Arbeiten begonnen und diese normal fortgesetzt hätte, das Werk abgeliefert hätte. Somit befand sich die Klägerin zu keiner Zeit in Verzug, weshalb die Widerklage, soweit sie Verzugsschaden betrifft, abzuweisen ist.

## 2. Mehraufwendungen, Mängelbehebungskosten, Mangelfolgeschaden und Minderung

### 2.1. Ausgangslage

Die Beklagte macht geltend, wegen von der Klägerin verschuldeter Werkmängel seien ihr hohe zusätzliche Kosten entstanden, die ihr von der Klägerin zu ersetzen seien (act. 13 Rz. 341 ff.). Letztlich habe sie – unter anderem zur Verhinderung der Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten – diverse Rechnungen von Subunternehmern der Klägerin bezahlt. Diese Rechnungen hätten von der Kläge-



rin bezahlt werden müssen, weil sie Arbeiten betroffen hätten, die der Erstellung des von der Klägerin zu erstellenden Werks gedient hätten. Sie seien daher vom Werklohn abzuziehen (act. 13 Rz. 343). Insgesamt betrügen diese von ihr bezahlten, aber von der Klägerin zu tragenden Kosten CHF 761'231.65 (exkl. MWST; act. 13 Rz. 344).

Soweit von der Beklagten unter diesem Titel jedoch Verspätungsschaden geltend gemacht wird, kann auf die vorherigen Ausführungen verwiesen werden (vgl. hiervor Ziff. IV/1). Es ist nicht von verbindlichen Fristen auszugehen, deren Überschreitung eine Vertragsverletzung darstellt, weshalb kein Schaden- oder Kostenersatz infolge Verzugs geschuldet ist.

## 2.2. Rechtliches

### 2.2.1. Werkmangelhaftung

Gemäss der hier anwendbaren SIA-Norm 118 haftet der Unternehmer verschuldensunabhängig dafür, dass sein Werk keine Mängel im Sinne von Art. 166 SIA-Norm 118 aufweist (Art. 165 Abs. 1 SIA-Norm 118).

Der Besteller, der aus der Mangelhaftigkeit des abgelieferten Werks Mängelrechte gegenüber dem Unternehmer geltend macht, muss den Werkmangel nachweisen, auf den er sich beruft (Art. 8 ZGB). Insbesondere trifft den Besteller auch die Beweislast dafür, dass ein von ihm behaupteter Mangel eine Vertragsabweichung und damit ein Werkmangel im Rechtssinne ist (GAUCH, a.a.O., Rz 1507).

### 2.2.2. Mängelrüge

Hat der Besteller Mängel am Werk erkannt, so ist er zur Anzeige an den Unternehmer verpflichtet. Gemäss Art. 172 Abs. 1 SIA-Norm 118 besteht vorbehältlich anderer Abrede eine Rügefrist von zwei Jahren, welche mit dem Tag der Abnahme des Werks zu laufen beginnt (Art. 172 Abs. 2 SIA-Norm 118). Die Anzeige muss rechtzeitig, also innerhalb der Rügefrist erfolgen. Andernfalls gilt ein Werk grundsätzlich als genehmigt (GAUCH, a.a.O., Rz 2126 ff.).

Die Mängelrüge des Bestellers muss sachgerecht substantiiert sein (BGE 107 II 172 E. 1a S. 175). Er muss jeden Mangel, den er rügen will, hinreichend genau angeben. Er muss die Mängel nach ihrer Erscheinungsform und gegebenenfalls nach ihrer Lage so exakt bezeichnen, dass der Unternehmer erkennen kann, was an seinem Werk beanstandet wird (GAUCH, a.a.O., Rz 2130). Ob der Unternehmer erkennen kann, welcher Mangel ihm angezeigt wird, beurteilt sich unter Einbezug der bei ihm zu erwartenden Fach- und Werkkenntnisse. Hat der Unternehmer tatsächlich erkannt, was an seinem Werk ausgesetzt wird, ist das Erfordernis der genügenden Bezeichnung ohne Weiteres erfüllt (GAUCH, a.a.O., Rz 2131 f.).

### 2.2.3. Nachbesserung und Ersatzvornahme

#### 2.2.3.1. Mängelrechte

Gemäss Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 hat der Besteller zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen (Nachbesserung). Es besteht mithin ein Vorrang des Nachbesserungsrechts (GAUCH, a.a.O., Rz 2658). Nach Art. 170 Abs. 1 SIA-Norm 118 trägt der Unternehmer die Kosten der Verbesserung. Dazu gehören auch die Kosten von Vorbereitungs- und Wiederherstellungsarbeiten, die im Zuge der Nachbesserung zwangsläufig entstehen (GAUCH/STÖCKLI, Kommentar SIA-Norm 118, Art. 170 N 1.2), und Mehrkosten der Bauleitung, die durch die Mängelbeseitigungsarbeiten notwendig wurden (Planungs-, Aufsichts- und andere Leistungen; GAUCH/STÖCKLI, Kommentar SIA-Norm 118, Art. 170 N 3). Soweit der Unternehmer Mängel innerhalb der vom Besteller angesetzten Frist nicht behebt, ist letzterer gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 berechtigt, wahlweise weiterhin auf der Verbesserung zu beharren, einen dem Minderwert des Werks entsprechenden Abzug von der Vergütung zu machen oder aber vom Vertrag zurückzutreten (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 SIA-Norm 118). Die Verbesserung kann der Besteller statt durch den Unternehmer auch auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten ausführen lassen (Ersatzvornahme). Hat sich der Unternehmer ausdrücklich geweigert, eine Verbesserung vorzunehmen, so stehen dem Besteller die Mängelrechte gemäss Ziff. 1–3 schon vor Ablauf der Verbesserungsfrist zu (Art. 169 Abs. 2 SIA-Norm 118). Dabei muss die Weigerung des Unternehmers

"entschieden" sein, was etwa dann der Fall ist, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert. Auch genügt es, dass der Unternehmer das Vorliegen des Mangels oder seine Mängelhaftung strikte bestreitet (GAUCH, a.a.O., Rz 1800). Solange der Besteller aber keine Frist ansetzt, liegt in der Untätigkeit des Unternehmers an sich keine Weigerung (BGer 4A\_511/2014 vom 4. März 2015 E. 5.4.2).

Ein Besteller, der einen Mangel durch einen Dritten beseitigen lässt, ohne dem Unternehmer zunächst eine angemessene Frist anzusetzen und deren Ablauf abzuwarten, handelt auf eigene Kosten und Gefahr (BGE 116 II 450 E. 2b/bb; GAUCH, a.a.O., N. 2665).

#### 2.2.3.2. Kosten der Ersatzvornahme

Liegen die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme vor, kann der Besteller die Drittverbesserung ausführen lassen und die Kosten beim Unternehmer zurückverlangen (Art. 170 Abs. 1 SIA-Norm 118). Der Anspruch auf Aufwendungsersatz richtet sich auf Ersatz der Kosten, die der Besteller nach pflichtgemäßem Ermessen auf sich nimmt, um den vertragskonformen Zustand des Werks durch einen Dritten herbeizuführen (BGer 4A\_692/2015 vom 1. März 2017 E. 4.4). Nachbesserungskosten gelten als übermässig, wenn sie in einem Missverhältnis zum Nutzen stehen, den die Nachbesserung für den Besteller hat (BGer 4A\_307/2010 vom 14. Oktober 2010 E. 2.1).

Der Anspruch auf Kostenrückerstattung entsteht mit dem Niederschlag der Kosten im Vermögen des Bestellers und wird mit der Zahlung des Werklohns durch den Besteller an den Zweitunternehmer fällig (Art. 75 OR). Der Umfang des Kostenersatzes richtet sich dabei nach dem Werklohn, den der Besteller dem Zweitunternehmer bezahlen muss.

#### 2.2.4. Behauptungs- und Beweislast

Die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen, die den Besteller zur Ausübung der Mängelrechte i.S.v. Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 – namentlich zur Ersatzvornahme i.S.v. Art. 169 Abs. 1

Ziff. 1 Satz 2 – ermächtigen, liegt beim Besteller. Auch für den Umfang der einzelnen Mängelbehebungskosten trägt der Besteller die Beweislast (Art. 8 ZGB).

### 2.3. Bezahlung der Rechnungen von Subunternehmer

Bei der Bezahlung von Rechnungen von Subunternehmern durch die Bauherrin ist das Vorliegen einer Anspruchsgrundlage hingegen bereits im Grundsatz fraglich. Der Werklohnanspruch des Unternehmers sinkt dadurch nicht automatisch. Der Besteller wird von seiner eigenen Vergütungspflicht gegenüber seinem Unternehmer vielmehr nur dann befreit, wenn der Unternehmer den Besteller ermächtigt, an den Subunternehmer statt an ihn zu leisten, oder wenn der Unternehmer die erfolgte Drittzahlung nachträglich genehmigt. Andernfalls bleibt einzig die Möglichkeit eines Bereicherungsanspruchs oder eines Anspruchs gestützt auf Art. 423 Abs. 2 OR (vgl. GAUCH, a.a.O., Rz. 180).

### 2.4. Die Forderungen im Einzelnen

#### 2.4.1. Arbeiten im Zusammenhang mit den Betontanks

##### 2.4.1.1. Streitpunkte

Die Beklagte führt aus, die C.\_\_\_\_\_ SA (nachfolgend C.\_\_\_\_\_) habe ihr CHF 139'182.95 (exkl. MWST) für zusätzlichen Arbeitsaufwand und CHF 12'652.65 (exkl. MWST) für zusätzliches Material in Rechnung gestellt (act. 13 Rz. 345) und die D.\_\_\_\_\_ SA (nachfolgend D.\_\_\_\_\_) CHF 8'025.– (act. 13 Rz. 353). C.\_\_\_\_\_ sei von ihr (der Beklagten) mit Fundationsarbeiten beauftragt worden. Die Klägerin habe dann ihrerseits C.\_\_\_\_\_ als Subunternehmerin für die Errichtung der Betontanks beigezogen. C.\_\_\_\_\_ habe dabei direkt Rechnung an sie (die Beklagte) gestellt, auch für Arbeiten, die der Erstellung des Werks der Klägerin gedient hätten (act. 13 Rz. 346). Es habe sich um Arbeiten gehandelt, die allesamt der Vertragserfüllung durch die Klägerin gedient hätten, jedoch von ihr (der Beklagten) bezahlt worden und damit vom Werklohn abzuziehen seien:

- Wegräumen von Schnee und Entfernung von Regenwasser, um der Klägerin die Installation der vorgefertigten Wände der Tanks zu ermöglichen;

- Erstellen von Baugerüsten und Sicherheitsinstallationen;
- Füllen, Leeren und Trocknen der Betontanks zur Durchführung der Dichtigkeitstests (act. 13 Rz. 347 m.H.a. act. 14/156-158).

Sämtliche Arbeiten habe C.\_\_\_\_\_ "entweder direkt im Auftrag von der Widerbeklagten[Klägerin] aus[geführt]" oder sie seien "notwendig geworden, weil die Widerbeklagte ihre Aufgaben nicht fristgerecht ausgeführt hatte" (act. 13 Rz. 350).

Weiter habe D.\_\_\_\_\_ Rechnung gestellt für die Unterstützung der Klägerin bei der Errichtung der ...-tanks. Die Klägerin habe D.\_\_\_\_\_ als Subunternehmerin beigezogen. Konkret habe W.\_\_\_\_\_ von der Beklagten "Arbeiten mittels eines von D.\_\_\_\_\_ zur Verfügung gestellten Kranwagens in Auftrag gegeben, die der Erstellung des von der Widerbeklagten geschuldeten Werks" gedient hätten (act. 13 Rz. 353 m.H.a. act. 14/160; act. 57 Rz. 1505).

In der Widerklagereplik erklärt die Beklagte demgegenüber, C.\_\_\_\_\_ sei auf der Baustelle als Subunternehmerin der Klägerin tätig gewesen. Die Beklagte sei nicht verpflichtet gewesen der Klägerin anzuzeigen, dass sie C.\_\_\_\_\_ beigezogen hatte und welche Kosten dadurch entstanden seien. Die Beklagte habe "C.\_\_\_\_\_ für den von der Widerbeklagte [Klägerin] verursachten zusätzlichen Aufwand zusätzlich Material und Spesen hinzugezogen" (act. 57 Rz. 1499 f.).

Die Klägerin führt aus, sie wisse nichts über die Leistungen von C.\_\_\_\_\_. Sie habe keine Arbeiten in Auftrag gegeben. Zudem seien die Ausführungen der Beklagten nicht hinreichend substantiiert und belegt (act. 28 Rz. 415 ff.). In der Widerklageduplik weist die Klägerin zudem im Wesentlichen darauf hin, dass die von ihr ohnehin bestrittenen Ausführungen der Beklagten sich widersprüchen (act. 68 Rz 825 f.).

Auch bezüglich den Leistungen von D.\_\_\_\_\_ stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, sie habe D.\_\_\_\_\_ nie einen Auftrag gegeben und sie bestreite die Ausführung dieser Arbeiten (act. 28 Rz. 422).

#### 2.4.1.2. Würdigung

Wie die Klägerin zu Recht moniert, erweisen sich die Vorbringen der Beklagten zu den Leistungen von C.\_\_\_\_\_ als widersprüchlich. In der Widerklagebegründung brachte die Beklagte vor, C.\_\_\_\_\_ sei von der Klägerin als Subunternehmerin engagiert worden, habe aber an sie (die Beklagte) Rechnung gestellt und sie (die Beklagte) habe diese Rechnungen beglichen (act. 13 Rz. 346) – und an anderer Stelle, dass die Arbeiten von C.\_\_\_\_\_ auch wegen des Verzugs der Klägerin notwendig geworden seien (act. 13 Rz. 350). In der Widerklagereplik änderte die Beklagte sodann ihre Begründung dahingehend, dass sie und nicht die Klägerin die C.\_\_\_\_\_ beauftragt habe, und zwar wegen des Verzugs und der mangelhaften Arbeiten der Klägerin. Dies ist eine wesentlich veränderte Anspruchsgrundlage für die gleichen Forderungen. Einmal stützte sich die Beklagte auf eine ausservertragliche Grundlage (ungerechtfertigte Bereicherung), einmal auf eine vertragliche. Sodann erklärt die Beklagte an keiner Stelle, welche dieser beiden sich widersprechenden Behauptungen gelten soll oder ob es sich bei einer um eine (zulässige) Eventualbegründung handelt, womit diese zwei Behauptungen in unauflösbarem Widerspruch zu einander stehen. Dies führt zu deren Unbeachtlichkeit. Weiter ist auch nicht von der gerichtlichen Fragepflicht Gebrauch zu machen, da es sich bei der Beklagten um eine anwaltlich vertretene Partei handelt, die gerade angesichts des Wechsels der Rechtsvertreter zwischen den beiden Rechtsschritten zu besonderer Sorgfalt bezogen auf die anfänglichen Vorbringen gehalten gewesen wäre. Die Widerklage ist in diesem Punkt bereits mangels rechtsgenügender Behauptungen abzuweisen.

Zu den Leistungen von D.\_\_\_\_\_ führte die Beklagte in der Widerklagebegründung knapp aus, dass sie Rechnungen bezahlt habe für Leistungen, für welche D.\_\_\_\_\_ von W.\_\_\_\_\_ von der Klägerin beauftragt worden sei. Die Arbeiten stellte sie in einer Tabelle wie folgt dar (act. 13 Rz. 352):

| Datum/Periode | Grund  | Betrag in CHF<br>(exkl. MwSt.)    |
|---------------|--|-----------------------------------|
| 14/04/16      | Materialtransport für die Anbringung technischer<br>D.____-Hohlelemente            | 1'350 (Kranmiete)<br>675 (Arbeit) |
| 26/04/16      | Verlegung Tankboden T21  | 900 (Kranmiete)<br>300 (Arbeit)   |
| 27/04/16      | Transport Gitter und Steg Tank T20   | 900 (Kranmiete)<br>450 (Arbeit)   |
| 29/04/16      | Bodentladung von Abdeckplatten aufgrund der<br>Unmöglichkeit des Anhebens bei Last | 900 (Kranmiete)<br>300 (Arbeit)   |
| 02/05/16      | Einbau Tankböden T3-T4-T1  | 2'250 (Kranmiete)                 |
| <b>Total</b>  |  | <b>8'025</b>                      |

Die Klägerin bestritt in ihrer Widerklageantwort, diese Arbeiten in Auftrag gegeben zu haben und – mit Nichtwissen – dass diese Arbeiten überhaupt ausgeführt wurden. Diese Bestreitungen erweisen sich angesichts des Detaillierungsgrad der beklagischen Behauptungen als ausreichend, um die Substantiierungspflicht der Beklagten auszulösen. Es wäre in der Folge demnach an der Beklagten gewesen, mittels genauen Behauptungen die Anspruchsgrundlage dergestalt darzutun, dass sie auch eine detaillierte Bestreitung seitens der Klägerin zulässt und dass darüber Beweis abgenommen werden könnte. Dieser Substantiierungspflicht ist die Beklagte in der Widerklagereplik nicht nachgekommen. So wiederholt sie zwar wortreich ihren bisherigen Standpunkt, verpasst es aber, auch nur eine bisherige Behauptung inhaltlich zu vertiefen, geschweige denn zusätzliche Behauptungen aufzustellen. Schliesslich kommt dem Umstand, dass die Beklagte zudem übersieht, dass die Klägerin durchaus auch die Ausführungen der Arbeiten durch D.\_\_\_\_ bestreitet, angesichts der mangelhaft substanziierten Behauptungen der Beklagten zu den genauen Umständen der Auftragserteilung, der Art der Arbeiten und inwiefern diese von der Klägerin hätten ausgeführt werden sollen, keine Bedeutung mehr zu. Allerdings wären vor diesem Hintergrund auch die Ausführung

der Arbeiten nicht ausreichend substantiiert behauptet. Die Widerklage ist daher in diesem Punkt abzuweisen.

#### 2.4.2. Teleskopbühne

##### 2.4.2.1. Streitpunkte

Die Beklagte führt aus, die Klägerin habe für die Montage der Betonelemente eine Teleskopbühne benötigt und die Bauleitung ersucht, eine solche zu mieten (act. 13 Rz. 355 ff; act. 57 Rz. 1506; act. 14/162). Die Bauleitung habe im Auftrag der Klägerin von C.\_\_\_\_\_ von Oktober 2015 bis November 2016 eine Teleskopbühne angemietet, wofür Kosten im Gesamtbetrag von CHF 28'800 entstanden seien: CHF 27'000 für die Miete der Teleskopbühne, CHF 500 für den Transport sowie CHF 1'300 für eine Reparatur (act. 13 Rz. 356). Diese sei zudem auch nötig gewesen, weil die Klägerin nicht wie vereinbart, die Gehwege wie im Terminplan vorgesehen am 18. März 2016 fertiggestellt habe (act. 13 Rz. 357; act. 57 Rz. 1506.)

Die Klägerin bestreitet, die Bauleitung mit der Miete einer Teleskopbühne beauftragte zu haben; die Beklagte nenne auch keine Person, die den Auftrag erteilt haben soll. Sie (die Klägerin) habe die Teleskopbühne zwar zeitweise genutzt, jedoch nur punktuell und zeitlich begrenzt. Sie sei auch von diversen anderen Unternehmern genutzt worden. Die Teleskopbühne sei von der Beklagten gemietet worden und ihr zur Verfügung gestellt worden, ohne dass hierfür ein Entgelt verlangt oder die Entgeltlichkeit der Nutzung auch nur erwähnt worden wäre (act. 28 Rz. 423; act. 68 Rz. 846). Ferner sei auch die Behauptung, dass die Klägerin die Reparatur der Teleskopbühne bewirkt habe, unbelegt und bestritten (act. 28 Rz. 425; act. 68 Rz. 846).

##### 2.4.2.2. Würdigung

Die Ausführungen der Beklagten erweisen sich angesichts der Bestreitungen durch die Klägerin offenkundig als nicht hinreichend substantiiert. So sind bereits die Behauptungen zum Auftrag zur Miete der Teleskopbühne zu pauschal und unbelegt. Auch der von der Klägerin angeblich verursachte Schaden an der Tele-



skopbühne erweist sich als unsubstantiiert, fehlt es doch an genaueren Angaben dazu. Die Widerklage ist in diesem Punkt bereits mangels Substantiierung abzuweisen.

Kommt hinzu, dass sich die Klägerin (wie vorstehend ausgeführt) gerade nicht in Verzug befand. Wenn die Beklagte die Notwendigkeit der Teleskopbühne teilweise damit begründen möchte, dass deren Miete ein Verzugsschaden darstelle, wäre sie gehalten gewesen, die beiden Perioden (Auftrag zur Miete durch die Klägerin; Notwendigkeit infolge Verzug) mindestens grob aufzuschlüsseln, damit eine Abgrenzung möglich ist. Dies hat sie nicht getan, weshalb angesichts des Umstands, dass die Klägerin sich gerade nicht in Verzug befand, auch keine Aufteilung der Kosten möglich wäre und die Widerklage in diesem Punkt auch deshalb abzuweisen wäre.

#### 2.4.3. Trocknen der Tanks

##### 2.4.3.1. Streitpunkte

Die Beklagte führt aus, sie habe die Tanks nach den durchgeführten Dichtigkeits-tests jeweils trocknen lassen müssen, damit die Klägerin ihre Arbeiten zur Versiegelung habe vornehmen können. Grundsätzlich hätten die Tanks ohne zusätzliches Dichtungsmaterial von Anfang an dicht sein sollen. Die diesbezüglich von ihr bezahlten Arbeiten und Aufwendungen seien daher klarerweise von der Klägerin verursacht und verschuldet (act. 13 Rz. 359). Für die Anmietung von Wasserpumpen, Ventilatoren und Entfeuchter habe sie Rechnungen von insgesamt CHF 8'042.55 bezahlt (act. 13 Rz. 360 f.). Die Pumpen für die Entleerung der Tanks seien keinesfalls nur während weniger Tage benötigt worden, sondern die Mängelbehebung habe während Monaten dafür gesorgt, dass die Tanks immer wieder (teilweise) hätten entleert werden müssen (act. 57 Rz. 1509). Es sei nicht nachvollziehbar, wie die Lecks mit Wasser im Tank nicht nur versiegelt, sondern anschliessend auch getrocknet hätten werden können (act. 57 Rz. 1508 m.H.a Rz. 1289).

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die Lecks hätten auch mit Wasser in den Tanks behoben werden können (act. 28 Rz. 428). Zudem seien die Pumpen für die Entleerung der Tanks nur wenige Tage verwendet worden. Es werde jedoch eine Miete von rund vier Monaten in Rechnung gestellt. Ferner wäre die Miete von Entfeuchtungsgeräten und Ventilatoren nicht notwendig gewesen. Dies sei ein Entscheid der Beklagten gewesen, um die von ihr verlangte (nicht notwendige) Entleerung und Trocknung zu beschleunigen (act. 28 Rz. 429).

#### 2.4.3.2. Würdigung

Die Klägerin rügt die Ausführungen der Beklagten zu Recht als ungenügend. So erschliesst sich insbesondere nicht, für welche konkrete Mängelbehebung die gemieteten Geräte verwendet worden sein sollen. Insbesondere betreffend der Wasserpumpe sowie der Entfeuchter von F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ bleibt nur schon im Dunkeln, für die Trocknung welcher Tanks diese überhaupt gedient haben sollen. Die Widerklage ist daher in diesem Punkt ohne Weiterungen abzuweisen.

#### 2.4.4. Reinigungsarbeiten

##### 2.4.4.1. Streitpunkte

Die Beklagte führt aus, die Klägerin habe mit ihren Arbeiten zur Versiegelung der Tanks sehr viel Staub verursacht und habe die Baustelle immer wieder und trotz mehrfacher Abmahnung seitens der Bauleitung sehr unsauber und unaufgeräumt hinterlassen, so dass sie (die Beklagte) sich gezwungen gesehen habe, die I.\_\_\_\_\_ SA mit Aufräum- und Reinigungsarbeiten zu beauftragen. Dies habe zu Kosten von CHF 4'230 geführt (act. 13 Rz. 362). Ziffer 1 der "Description of Services", welcher eine Reinigungspflicht der Beklagten vorsehe, gelte nur für Reinigungsarbeiten, welche bei ordnungsgemässer Arbeitserbringung anfallen, nicht für solche, welche der nachlässigen Arbeitsausführung der Klägerin entsprängen (act. 57 Rz. 1512).

Die Klägerin bestreitet diese Forderung unter anderem mit dem Hinweis, dass die Reinigung der Baustelle gemäss Ziffer 1 der "Description of Services" der Beklagten obliegen und die Klägerin lediglich eine Endreinigung geschuldet habe (act. 28

Rz. 431 m.H.a. Rz. 418). Ausserdem werde auch nicht substantiiert dargetan, für welche Reinigungsarbeiten welche Kosten angefallen sein sollen; der geltend gemachte Zeitaufwand von 90 Stunden erscheine zudem als hoch und objektiv nicht notwendig (act. 28 Rz. 431)

#### 2.4.4.2. Würdigung

Wie von der Klägerin richtigerweise festgehalten wird, fehlt es vorliegend an einer Rechtsgrundlage, aufgrund welcher die Klägerin diese Reinigungskosten tragen müsste. Die Reinigung ist (grundsätzlich) unbestrittenermassen die Aufgabe der Beklagten. Das Vorbringen der Beklagten, diese Pflicht treffe sie nur, sofern die Klägerin die Arbeiten nicht nachlässig ausführe, findet im Wortlaut von Ziffer 1 der "Description of Services" keine Stütze. Diese lautet (act. 3/7):

*"It is the Clients [Beklagte] job to regularly keep the construction site tidy. When the building is finished the Contractor [Klägerin] must arrange a final clean-up of its own work."*

Der Wortlaut ist klar und dass sich die Parteien ausserhalb dieses Wortlauts darauf geeinigt hätten, dass ausserordentlicher Schmutz von der Klägerin gereinigt werden müsste, behauptet nicht einmal die Beklagte, sondern offeriert diesbezüglich nur den Werkvertrag als Beweis, welchem nichts zu entnehmen ist, was die Behauptung der Beklagten stützen würde. Es fehlt somit eindeutig an einer Rechtsgrundlage für den geltend gemachten Kostenersatz. Die Widerklage ist in diesem Punkt abzuweisen.

#### 2.4.5. Mehrkosten der Bauleitung

##### 2.4.5.1. Streitpunkte

Die Beklagte führt aus, die nicht vertragskonforme und verspätete Erstellung des Werks durch die Klägerin habe einen grossen Zusatzaufwand der Bauleitung zur Folge gehabt, der ihr von der Klägerin zu ersetzen bzw. vom Werklohn abzuziehen sei. Die J. \_\_\_\_\_ habe ihr zusätzliche Aufwendungen bis zum Shut down von mindestens CHF 111'088.80 in Rechnung gestellt (act. 13 Rz. 367). Die J. \_\_\_\_\_

habe der Beklagten aber nicht ausgewiesen, welche Leistungen die Bauleitung aus welchem Grund erbracht habe, weshalb es nicht mehr möglich sei, den Mehraufwand in allen Einzelheiten darzulegen. Sie habe deshalb gestützt auf eine Schätzung der Bauleitung (act. 14/174) den Mehraufwand schätzen müssen (act. 57 Rz. 1517). Darauf folgend macht die Beklagte auf rund 25 Seiten Ausführungen zu den einzelnen erbrachten Zusatzleistungen. Diese wurden aufgeschlüsselt nach der leistungserbringenden Person, wobei jeweils kurz erwähnt wurde, wann und welche Arbeiten ausgeführt wurden und weshalb dies notwendig gewesen sei (act. 57 Rz. 1518 ff.). Ferner habe die J. \_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit dem Shut-Down der Beklagten drei Rechnungen im Gesamtbetrag von CHF 12'783.30 gestellt, welche nur wegen des von der Klägerin verursachten Shut-Downs entstanden seien (act. 13 Rz. 368).

Die Klägerin bestreitet die Ausführungen der Beklagten unter anderem mit dem Hinweis, dass die Beklagte ja gerade selbst vorbringe, dass sie ihrer Substanziierungspflicht nicht nachkomme. Weiter seien die offerierten Beweismittel untauglich. Denn die nachträglich erstellten Aufstellungen hätten keinen Beweiswert und die offerierten Zeugen seien für den Nachweis der geltend gemachten Mehrleistungen ebenfalls untauglich. Da es sich um eine Schätzung handle, die in den Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR falle, wäre es zudem der Beklagten obliegen, einen Beleg oder eine Begründung dafür zu liefern, weshalb eine Schätzung notwendig sei (act. 68 Rz. 855 ff.). Schliesslich bestreitet die Klägerin sowohl den Verzug, die falsche Position des Haupttanks sowie die nicht funktionalen ...-netze. Zusätzliche Dichtigkeitstest seien ebenfalls nicht notwendig gewesen (act. 28 Rz. 433; act. 68 Rz. 857). Ausserdem sei der Shut-Down nicht von der Klägerin verursacht worden, da eine Mängelbehebung auch bei laufendem Betrieb möglich gewesen wäre. Zudem weise die Beklagte den Mehrvergütungsanspruch der J. \_\_\_\_\_ nicht nach (act. 28 Rz. 435).

#### 2.4.5.2. Würdigung

Einleitend ist unter Hinweis auf die vorstehenden Ausführungen festzuhalten, dass die Kosten der Bauleitung, sofern sie durch den angeblichen Verzug der

Klägerin begründet werden, mangels klägerischem Verzug ohnehin nicht geschuldet sind.

Weiter bestritt die Klägerin in der Widerklageantwort das Vorliegen von Mehrkosten besonders für den Fall, dass die Beklagte mit der J.\_\_\_\_\_ ein Honorar nach den Baukosten im Sinne der SIA-Norm 102 vereinbart hätte. Diesfalls wären die Garantiarbeiten vom Honorar gedeckt (GAUCH/STÖCKLI, Art. 170 Rz. 4). Darauf geht die Beklagte in der Widerklagereplik jedoch nicht ein (act. 57 Rz. 1517 ff.). Angesichts der klägerischen Bestreitungen, wonach es sich bei den geltend gemachten Kosten um zusätzliche Kosten gehandelt habe, wäre es allerdings zwingend notwendig gewesen, die Vertragsgrundlagen zur J.\_\_\_\_\_ in ihren Grundzügen darzustellen. Dadurch, dass die Beklagte dies nicht tut, scheitern ihre geltend gemachten Ansprüche aufgrund von Mehrkosten der Bauleitung infolge Mängelbehebung. Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass aus den Rechnungen der J.\_\_\_\_\_ (act. 58/234-248) nichts anderes hervorgeht. Als Grundlage für die Rechnungstellung wird entweder auf den Architektenvertrag ("Architecture contract") oder den Vertrag über die Projektmanagementdienstleistungen ("Contract signed on the 02.03.2014") verwiesen, was keine weiteren Rückschlüsse auf die vertragliche Vereinbarung zulässt und damit darauf, ob die Beklagte die J.\_\_\_\_\_ überhaupt für Mehraufwendungen im Zusammenhang mit der Mängelbehebung entschädigen musste. Letztendlich entscheidend sind aber nicht Mutmassungen des Gerichts über den Inhalt von Rechnungen, sondern der Umstand, dass sich die Beklagte in keiner Weise dazu äussert.

Gleichwohl ist insbesondere noch auf die beklagtischen Vorbringen zur Höhe der Mehrkosten einzugehen. Diese Vorbringen sind widersprüchlich. Einerseits erklärt sie, die Kosten könnten von ihr nur geschätzt werden, da sie auch von der Bauleitung lediglich geschätzt worden seien (act. 57 Rz. 1517). Andererseits erklärt sie später, welche Leistungen durch die Bauleitung – einleitend schreibt sie gar "konkret" – erbracht worden seien (vgl. act. 57 Rz. 1519 ff.). Jedenfalls ist die Beklagte auf ihre deutlichen Ausführungen, wonach es sich um Schätzungen handle, zu behaften.

Bei der Höhe der Mehrkosten der Bauleitung handelt es sich um eine rechtserzeugende Tatsache, für die gemäss Art. 8 ZGB die Beklagte die Beweislast trägt. In Übereinstimmung mit der Klägerin ist diesbezüglich zunächst festzuhalten, dass die beklagtischen Ausführungen ganz grundsätzlich nicht geeignet sind, um den notwendigen Beweis zu erbringen, und zwar deshalb, weil die geforderten Mehrkosten in der Höhe lediglich geschätzt werden. Demnach behauptet die Beklagte nicht, dass es sich dabei um die effektiven Kosten handle, weshalb ihr auch ein strikter Nachweis der Kostenhöhe von vornherein nicht gelingen kann.

Eine Schätzung durch das Gericht wäre wohl in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR grundsätzlich möglich, sofern die diesbezüglichen Voraussetzungen (vgl. vorne Ziffer III/2.3.2) erfüllt wären. Demnach wäre es an der Beklagten darzutun, inwiefern eine genaue Bezifferung der verlangten Aufwendungen der Bauleitung für sie unmöglich oder unzumutbar ist. Ferner hätte sie darzutun, inwiefern sie die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit nicht selbst zu vertreten hat. All dies tut die Beklagte nicht hinreichend, um die hohen Hürden gemäss der bundesgerichtlichen Praxis, wonach die gerichtliche Schätzung nur in Ausnahmefällen zulässig sein soll, zu überwinden. Die kurze Erklärung, die Bauleitung habe ihr nicht ausgewiesen, welche Leistungen sie aus welchem Grund erbracht habe, genügt dafür nicht. Es ist insbesondere nicht nachvollziehbar oder dargetan, weshalb es zu dieser von der Beklagten vorgebrachten Unmöglichkeit gekommen ist. Es ist mithin auch völlig unklar, inwiefern die Unmöglichkeit durch die Beklagte selbst zu verantworten ist. Jedenfalls ist zu beachten, dass es der Beklagten als Auftraggeberin der Bauleitung ohne weiteres möglich gewesen wäre, diese anzuweisen, ihre Aufwendungen genau zu dokumentieren – wobei es ohnehin eher lebensfremd erscheint, dass dies nicht geschehen ist. Weiter führt die Beklagte zwar relativ ausführlich aus, wie ihre Schätzung zu Stande gekommen ist, doch es obläge ihr auch, die nötige Grundlage dazu mit tauglichen Beweisanträgen zur Feststellung der Mehrkosten zu liefern. Ob und allenfalls inwiefern die offerierten Personalbeweise diese Anforderungen erfüllen, erscheint zweifelhaft, kann aber angesichts des mangelhaften Behauptungsfundaments zu den Voraussetzungen einer gerichtlichen Schätzung ohnehin offen gelassen werden.

Die Widerklage wäre daher auch für die Mehrkosten der Bauleitung mangels Nachweis der effektiven Kostenhöhe und mangels Darlegung der Voraussetzungen zur (analogen) Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR abzuweisen.

#### 2.4.6. Miete Lagerhalle

##### 2.4.6.1. Streitpunkte

Die Beklagte führt aus, aufgrund des Verzugs der Klägerin habe sie bereits gelieferte Materialien von F. \_\_\_\_\_ zwischenlagern und hierfür im Juni und Juli 2016 700 m<sup>2</sup> und von August bis November 2016 400 m<sup>2</sup> Lagerhalle für insgesamt CHF 15'000.- (exkl. MWST) anmieten müssen. Die Materialien hätten wegen den verspätet installierten Gehwegen und wegen der durchzuführenden Arbeit zur Versiegelung der Tanks noch nicht in die Anlage eingebaut werden können (act. 13 Rz. 370 f.). Überdies verpflichte Ziffer 7 der Description of Services die Beklagte nicht, zusätzliche Lagerplätze anzumieten, für Material, das aufgrund von Verzögerungen noch nicht habe eingebaut werden können (act. 57 Rz. 1559).

Gemäss der Klägerin sei die Beklagte werkvertraglich verpflichtet gewesen, Lagerplätze für Materialien zur Verfügung zu stellen. Nicht dargelegt und belegt sei zudem, dass Lagerfläche ausschliesslich für Material verwendet worden sei, welches aufgrund von Verzögerungen nicht habe eingebaut werden können (act. 28 Rz. 437).

##### 2.4.6.2. Würdigung

Wie hiervor unter Ziffer IV/1 zur Widerklage festgehalten, befand sich die Klägerin zu keinem Zeitpunkt in Verzug. Somit sind der Beklagten diese Kosten als Folge des angeblichen Verzugs der Klägerin nicht zu ersetzen. Unbestritten ist zudem, dass die Kosten für Lagerflächen – abgesehen vom Verzugsfall – von der Beklagten zu tragen sind (vgl. insb. act. 57 Rz. 1559). Es fehlt damit an einer Anspruchsgrundlage für die Überbindung dieser Kosten an die Klägerin, weshalb die Widerklage in diesem Punkt abzuweisen ist.

## 2.4.7. Containermiete und Leitern

### 2.4.7.1. Streitpunkte

Die Beklagte führt aus, C.\_\_\_\_\_ habe für von der Klägerin benutzte Bürocontainer und Leitern CHF 4'600.– in Rechnung gestellt (act. 13 Rz. 373). Diese Container hätten nicht zum "normalen" Leistungsumfang gemäss Werkvertrag gehört, sondern seien zusätzlich benötigt worden. Die Leitern seien als Ersatz für die fehlenden Transportwege erforderlich geworden (act. 57 Rz. 1562).

Gemäss Klägerin hatte die Beklagte die Baustelle mit Containern auszustatten. Nicht nachvollziehbar sei, um was für vier Leitern es sich handeln soll. Die Klägerin bestreitet die Behauptungen der Beklagten zudem mit Nichtwissen (act. 28 Rz. 439).

### 2.4.7.2. Würdigung

Da die Klägerin die pauschalen Vorbringen der Beklagten in der Widerklagebegründung bestritten hat, wäre es der Beklagten oblegen, ihre Behauptung zu substantiieren. Das tut sie offensichtlich nicht, wenn sie pauschal vorbringt (act. 57 Rz. 1562):

"Bei den hier interessierenden Bürocontainern handelte es sich um zusätzliche für die Widerbeklagte benötigte Bürocontainer, welche nicht zum „normalen“ Leistungsumfang gemäss dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Werkvertrag gehörten. Die Kosten für die Miete von Bürocontainern für die Widerbeklagte sowie für die Installation ebendieser Bürocontainer sind demnach von der Widerklagten zu tragen. Dies gilt ebenso für die Kosten für die vier Leitern, welche einzig als Ersatz für die fehlenden Transportwege erforderlich wurden."

Es ist auch nach diesen Vorbringen unklar, um was für Bürocontainer es sich handelt, und vor allem bleibt im Dunkeln, weshalb diese (zusätzlich) notwendig gewesen sein sollen. Gleiches gilt für die Leitern, bei denen die Beklagte nicht einmal ausführt, ob und weshalb die fehlenden Transportwege auf die Klägerin zurückzuführen sind. Die Widerklage ist hinsichtlich dieser Forderung daher schon mangels Substantiierung abzuweisen. Hinzu kommt, dass die Beklagte



nicht bestreitet, dass es gemäss Werkvertrag ihre Pflicht ist, die Container zu organisieren (vgl. act. 57 Rz. 1562). Weshalb die zusätzlichen Container nicht von dieser vertraglichen Pflicht der Beklagten umfasst sein sollen, erklärt die Beklagte hingegen nicht, weshalb der beklagte Anspruch mangels Anspruchsgrundlage auch dann zu verneinen wäre, wenn die Beklagte ihren Substanziierungspflichten hinreichend nachgekommen wäre.

#### 2.4.8. Aufwendungen von L. \_\_\_\_\_ Partners

##### 2.4.8.1. Streitpunkte

Die Beklagte führt aus, am Betonboden des Quarantäne-Tanks seien im Verlauf des März 2016 Risse entstanden und die Oberfläche der Tankwände sei derart rau gewesen, dass ... [Tiere] hätten verletzt werden können. Sie habe daher u.a. L. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend L. \_\_\_\_\_ Partners) am 6. April 2016 mit dem Erstellen eines Gutachtens betreffend dieser Risse beauftragt, was CHF 3'826.90 und CHF 1'127.– gekostet habe. Die Erstellung dieses Gutachtens sei notwendig und angezeigt gewesen, weil die Tanks aus Gründen des Umweltschutzes und für den ordentlichen Betrieb der Anlage absolut wasserdicht sein müssten (act. 13 Rz. 374). L. \_\_\_\_\_ Partners sei zudem nach Durchführung der ersten Dichtigkeits-tests mit der Begutachtung der lecken Stellen beauftragt worden, wofür Kosten von CHF 559.50 entstanden seien (act. 13 Rz. 376). In der Widerklagereplik ergänzt die Beklagte zudem ihre Ausführungen, indem sie den Inhalt der Rechnungen von L. \_\_\_\_\_ Partners erläutert (act. 1566 f.).

Die Klägerin bestreitet die Notwendigkeit des Gutachtens. Die Mängelbehebung sei zudem ausschliesslich Sache des Unternehmers (act. 28 Rz. 440).

##### 2.4.8.2. Würdigung

Die Beklagte nennt die Anspruchsgrundlage, auf die sie ihre Forderungen unter diesem Titel stellen möchte, nicht. Implizit ist davon auszugehen, dass es sich jedoch am ehesten um eine Ersatzvornahme handelt. So macht die Beklagte geltend, aufgrund der mangelhaften Arbeit der Klägerin habe sie einen Dritten im Rahmen der Mängelbehebung (oder -beurteilung) beauftragt. Was die Beklagte

aber an dieser Stelle (vgl. dazu auch Ziffer II/1.3) nicht vorbringt, ist, dass sie der Klägerin eine angemessene Frist zur Mangelbehebung resp. zur Nachbesserung angesetzt hätte. Dies stellt eine zwingende Voraussetzung der Ersatzvornahme dar, weshalb unter diesem Titel die Beklagte ihre Ansprüche gegen die Klägerin nicht geltend machen kann. Eine andere Anspruchsgrundlage ist nicht ersichtlich und dass diese Gutachten im Einverständnis mit der Klägerin entstanden seien, wird von der Beklagten nicht behauptet. Die Widerklage ist in diesem Punkt daher abzuweisen.

#### 2.4.9. Aufwendungen G. \_\_\_\_\_

##### 2.4.9.1. Streitpunkte

Die Beklagte führt aus, dass die Bauleitung die G. \_\_\_\_\_ SA (nachfolgend G. \_\_\_\_\_) am 7. April 2016 mit der Evaluation möglicher Lösungen für die Risse im ...-Tank beauftragt habe. Die G. \_\_\_\_\_ habe hierfür sowie für die Lieferung von Material für die Versiegelung der Risse CHF 3'240.75 in Rechnung gestellt (act. 13 Rz. 378). Die Quarantäne-Tanks (T11 und T12) seien sodann von der Klägerin mit einem Material versiegelt worden, das so rau gewesen sei, dass es die jungen ... [Tiere] hätte verletzen können. Ferner habe das verwendete Dichtungsmaterial selbst wiederum Risse aufgewiesen, worauf die Klägerin – unter gleichzeitiger Aufforderung zur Mängelbehebung – nachgewiesenermassen mehrfach hingewiesen worden sei. Weil die Klägerin die Mängel nicht innert angemessener Frist behoben habe, habe sie (die Beklagte) G. \_\_\_\_\_ "im Juli 2016" mit der Versiegelung und der Behandlung der Oberflächen in den Quarantäne-Tanks beauftragt, wofür ihr Kosten von CHF 25'400.– entstanden seien (act. 13 Rz. 380).

Die Klägerin hält dafür, die Nachbesserung sei ausschliesslich Sache des Unternehmers. Auf welche Weise er den Mangel beseitigen wolle, könne er frei entscheiden. Allfällige Anordnungen müsse er nicht befolgen. G. \_\_\_\_\_ sei von der Beklagten beauftragt worden, ohne dass sie darüber vorgängig informiert worden sei und ohne dass sie dem Vorgehen (auch nicht nachträglich) zugestimmt habe. Nach Auftreten der Lecks habe sie die Situation umgehend analysiert und der Beklagten das geplante Vorgehen kommuniziert. Entsprechend seien die Kosten für

die Leistungen von G.\_\_\_\_\_ von der Beklagten selbst zu tragen (act. 28 Rz. 442). Bei den Quarantäne-Tanks habe sie die Risse und Lecks behoben und die Oberflächen der Versiegelung soweit notwendig behandelt. Hinzu komme, dass die Beklagte ihr keine Frist zur Behebung der Mängel angesetzt und auch nicht angedroht habe, dass die Verbesserung einem Dritten übertragen werde (act. 28 Rz. 444). Zudem bestreitet die Klägerin, dass sie nicht in der Lage gewesen sei, die Risse im Ringtank nachhaltig zu sanieren (act. 68 Rz. 1006).

#### 2.4.9.2. Würdigung

Wenn die Beklagte Dritte mit der Mängelbehebung beauftragt, dann handelt es sich um Ersatzvornahmen. Damit eine Bestellerin zur Ersatzvornahme schreiten darf, ist insbesondere notwendig, dass sie der Unternehmerin eine angemessene Frist zur Mängelbehebung ansetzt (Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118).

Hinsichtlich der Evaluation möglicher Lösungen durch G.\_\_\_\_\_ behauptet die Beklagte nicht, der Klägerin zuvor eine Frist zur Nachbesserung angesetzt zu haben (act. 13 Rz. 378), sondern bringt pauschal unter Hinweis auf die Widerklagebegründung vor, es habe sich gezeigt, dass die Klägerin nicht zur nachhaltigen Sanierung in der Lage gewesen sei (act. 57 Rz. 1570 m.H.a. act. 13 Rz. 83 ff.). Diesen Ausführungen in der Widerklagebegründung lassen sich jedoch keine Umstände entnehmen, die darauf schliessen lassen, dass die Klägerin "offensichtlich nicht imstande" war, die Nachbesserung vorzunehmen. Vielmehr bringt die Beklagte einzig vor, dass die Klägerin am 4. April 2016 einen Lösungsvorschlag für die im "Verlaufe des Monats März 2016" festgestellten (und mit E-Mail vom 31. März 2016 angesprochenen; act. 14/31) Risse unterbreitet habe, mit dem die Beklagte nicht einverstanden gewesen sei. Bereits am 6. April 2016 habe die Bauleitung der Klägerin dann mitgeteilt, dass man ein lokales Unternehmen (wohl G.\_\_\_\_\_ ) involviert habe (act. 13 Rz. 85 ff.). Mangels substantzierter Behauptungen zur Leistungsunfähigkeit der Klägerin ist die Widerklage betreffend die Aufwendungen von G.\_\_\_\_\_ betreffend die Evaluation möglicher Lösungen für die Risse im ...-Tank abzuweisen.

Die Beklagte verweist als Nachweis für die erfolgte Aufforderung zur Mängelbehebung bei den Quarantine-Tanks (T11 und T12) auf das Protokoll vom 20. Mai 2016 (act. 14/43), wo unter Punkt 7 festgehalten wird:

**"7. CRACKS IN THE ... [Tank] AND THIRD PARTY REPORT**

J'.\_\_\_\_\_ informs that the surveyor released a report about the A.\_\_\_\_\_ 's works. It will be shared in the coming days.

J'.\_\_\_\_\_ reminds that the AA.\_\_\_\_\_ treatment applied to waterproof the cracks showed some cracks in the corner and A.\_\_\_\_\_ re-applied it.

As requested weeks ago, A.\_\_\_\_\_ must issue a final guarantee on the ... [Tank] works, confirming the waterproof of the system is granted and a specific insurance certificate."

Zudem verweist sie auf eine E-Mail vom 7. Juli 2016 (act. 14/51), wo auf Seite 5 unter Fotos festgehalten wird:

"5) Quarantine tank sealing:

As you can see there are some cracks on the sealing into quarantine tanks. Furthermore the sealing surface is too rough and it is not suitable for the ... [Tiere]. These sealing are not acceptable."

Dass die Beklagte der Klägerin eine Frist zur Verbesserung angesetzt hätte, wird nicht dargetan und ist nicht zu sehen. So werden weder in den Behauptungen noch in den Urkunden Daten oder Fristen genannt, bis wann die Klägerin die (behaupteten) Mängel hätte beheben müssen. Auch bezüglich der Mängelbehebung bei den Quarantine-Tanks (T11 und T12) behauptet die Beklagte nicht in rechtsgenügender Weise, inwiefern die Klägerin ausserstande gewesen sei, die Mängelbehebung selbst durchzuführen. Dies wäre jedoch zwingend notwendig, wenn die Beklagte ohne Fristansetzung zur Ersatzvornahme schreiten will.

Im Ergebnis wird von der Beklagten weder die Ansetzung einer Frist zur Verbesserung, noch die Leistungsunfähigkeit der Klägerin genügend dargetan. Damit kann die Beklagten die Kosten der Ersatzvornahme nicht auf die Klägerin überwälzen, sondern es handelt sich um Eigenverbesserungen, deren Kosten sie selbst zu tragen hat. Die Widerklage ist auch in diesem Punkt abzuweisen.

#### 2.4.10. Versiegelung der Tanks T1, T3 und T4

##### 2.4.10.1. Streitpunkte

Die Beklagte führt aus, die drei Tanks hätten – nach mehreren erfolglosen Versuchen der Klägerin – von M.\_\_\_\_\_ SA (nachfolgend M.\_\_\_\_\_) im Sinne einer Ersatzvornahme versiegelt werden müssen, zu Kosten von CHF 48'941.50 (act. 13 Rz. 446 i.V.m. Rz. 133, 136).

Die Klägerin bestreitet die Notwendigkeit der Versiegelung der Tanks T3 und T4. Die Mängelbeseitigung sei sodann Sache des Unternehmers (act. 28 Rz. 446). Die Kosten für die Versiegelung des Tanks T1 durch M.\_\_\_\_\_, in deren Tragung sie eingewilligt habe, würden nicht substantiiert dargelegt bzw. belegt (act. 28 Rz. 449).

##### 2.4.10.2. Würdigung

Die Klägerin anerkennt, in die Tragung der Kosten für die Versiegelung des Tanks T1 eingewilligt zu haben (act. 28 Rz. 384). Umstritten ist hingegen, wie es sich bezüglich der Tanks T3 und T4 verhält. Da es sich dabei ebenfalls um eine Ersatzvornahme handelt, sind die diesbezüglichen Voraussetzungen (insbesondere die Ansetzung einer angemessenen Frist zur Nachbesserung) für die Frage, ob die Klägerin diese Kosten zu tragen hat, zu prüfen.

Mit Blick auf die Tanks T3 und T4 verpasst es die Beklagte zu behaupten, dass sie der Klägerin eine Frist zur Behebung der angeblichen Mängel angesetzt habe (vgl. act. 13 Rz. 133, 135, 382, 385; act. 57 Rz. 1576 ff.). Aus den Unterlagen, auf welche die Parteien verweisen, ergibt sich zudem lediglich Folgendes:

- Im Sitzungsprotokoll vom 6. Oktober 2016 (act. 14/66) werden die Leck-Situation seit August 2016 und die Versuche der Klägerin, diese zu beheben, ausführlich dargestellt. Bei verschiedenen Tanks wurden Lecks festgestellt. Zu Tank T1 wird festgehalten: "After 3 attempts to repair it with Vandex, Masterseal and injections, AB.\_\_\_\_\_ confirms it cannot be water-proofed this way. Therefore AB.\_\_\_\_\_ accepts to adopt a different technical

solution at their cost to try to repair it. AC.\_\_\_\_\_ ask AB.\_\_\_\_\_ why T1 is leaking and why the reparations are not efficient. This is important because T3 and T4 are built in the same way. AB.\_\_\_\_\_ cannot explain the problems of this tank" (S. 4 f.).

Zu den Tanks T3 und T4 steht hingegen nichts zu Lecks, sondern: "They are now full of water, after the new repairs by A.\_\_\_\_\_. AB.\_\_\_\_\_ took the first water measures yesterday. AC.\_\_\_\_\_ requires to take the measures together with AD.\_\_\_\_\_ and keep track of the levels. Some water observed at the base of the tanks."

Unter "Technical Solutions and Decisions" wird u.a. festgehalten: "So far A.\_\_\_\_\_ wanted to proceed with the Masterseal+Vandex solutions and accepted to apply the M.\_\_\_\_\_ product on the T1 only" (S. 6). Zu den Tanks T3 und T4 wird nichts weiter erwähnt.

- E-Mail von T.\_\_\_\_\_ vom 13. Oktober 2016 (act. 14/68): Die Bauleitung informierte die Klägerin, dass M.\_\_\_\_\_ nicht nur beauftragt worden sei, den Tank T1 zu versiegeln, sondern auch die Tanks T3 und T4, und begründete dies wie folgt: Es gebe immer noch undichte Stellen sowohl in T3 wie T4 und diese Tanks hätten bei früheren Tests viel Wasser verloren. Sie seien gleich gebaut wie der Tank T1, der nach drei erfolglosen Versuchen der Klägerin immer noch undicht sei. Zudem seien die Tanks T3 und T4 von grosser Bedeutung für die Funktionalität der ganzen ...-farm.
- E-Mail von AE.\_\_\_\_\_ (von der Klägerin) vom 14. Oktober 2016 (act. 14/69): Die Klägerin stimmte der Versiegelung von T1 durch M.\_\_\_\_\_ und der Kostentragung durch sie zu. Bezüglich T3 und T4 erklärte die Klägerin, es sei ihre klare Meinung, dass diese Tanks dicht seien und deren weitere Behandlung nicht erforderlich sei. Deshalb sei sie nicht bereit, die entsprechenden Kosten zu tragen.

Somit kann festgestellt werden, dass die Beklagte der Klägerin in der Sitzung vom 4. Oktober 2016 (Protokoll vom 6. Oktober 2016; act. 14/66) keine Frist hinsicht-

lich der Tanks T3 und T4 ansetzte. Diese wurden nur am Rande thematisiert und es wurden nicht einmal Lecks geltend gemacht. In der nächsten Kommunikation zwischen den Parteien (resp. der Bauleitung) wurde der Klägerin bereits zur Kenntnis gebracht, dass man zur Ersatzvornahme bezüglich den Tanks T3 und T4 schreiten werde. Eine Fristansetzung ist darin nicht zu erblicken. Weiter bringt die Beklagte auch nicht in substantzierter Form vor, dass die Klägerin hinsichtlich der Tanks T3 und T4 nicht imstande gewesen sei, allfällige Mängel selbst nachzubessern. Vor dem Hintergrund, dass die Nachbesserungsarbeiten der Klägerin hinsichtlich des baugleichen Tanks T1 mehrfach scheiterten, ist es zwar nachvollziehbar, dass die Beklagte auf Sicherheit bedacht war. Angesichts des Umstands, dass am 4. Oktober 2016 noch keine Rede von Lecks bei den Tanks T3 und T4 war, lässt dies jedoch den Schluss auf eine subjektive Unmöglichkeit der Nachbesserung der Klägerin nicht zu. Die Versiegelung der Tanks T3 und T4 wurden somit nicht im Rahmen einer zulässigen Ersatzvornahme vorgenommen, weshalb die Klägerin diesbezüglich keine Kosten zu tragen hat.

Hinsichtlich der Kosten ist zunächst zu konstatieren, dass die Beklagte ihren Substanziierungspflichten in der Widerklagereplik (act. 57 Rz. 1579) grundsätzlich genügend nachgekommen ist. Unklar und damit unsubstanziert bleibt nach dem zweiten Parteivortrag der Beklagten einzig die Position 5.111 (Baustelleninstallation). Denn was unter "alle Maschinen und Ausrüstung" zu verstehen ist, erschliesst sich nicht. "Alle Maschinen" steht zudem im Widerspruch dazu, dass die Beklagte in der Folge konkret Aufwendungen (Miete und Transport) für einzelne Maschinen geltend macht (Hydro-Abbruch/Sandstrahlanlage, Tauchpumpe, Absetzbecken). Diese dürften also von dieser Position nicht umfasst sein. Welche anderen Maschinen und Ausrüstungen gemeint sind, tut die Beklagte indessen nicht dar. Hinsichtlich der übrigen geltend gemachten Aufwände wäre es in der Folge aber an der Klägerin gewesen, ihre Bestreitungen detailliert vorzutragen und auf die einzelnen Punkte der beklaglichen Begründungen einzugehen, was sie nicht getan hat (vgl. act. 68 Rz. 1015). Ihre pauschalen Bestreitungen in der Widerklageantwort sind daher unbeachtlich. Gänzlich unbestritten blieb zudem, dass der Tank T1 über ein leicht grösseres Volumen verfügt als die Tanks T3 und T4. Daher ist es ohne Weiteres zulässig, hinsichtlich sämtlicher Kosten, bei denen

es sich nicht, wie von der Beklagten geltend gemacht, um Ohnehinkosten handelt, der Klägerin einen Drittel aufzuerlegen. Dies betrifft die "Vorbereitung von zementösen Arbeiten" in Höhe von CHF 8'502.00 und die "Abdichtung mit Flüssigfolie" im Umfang von CHF 32'700.– (act. 57 Rz. 1579; act. 25/217).

Was die Ohnehinkosten betrifft, die gemäss beklagtischer Darstellung auch angefallen wären, wenn nur Tank T1 versiegelt worden wäre, ist hinsichtlich der beklaglichen Behauptungen zu differenzieren. Die Behauptung "Denn die Kosten für die Posten 5 bis 7.1111 für den Transport und die Nutzung der verwendeten Geräte im Betrag von insgesamt CHF 7'800 [...] wären auch angefallen, wenn nur Tank T1 versiegelt worden wäre." (act. 13 Rz. 384) ist für sich gesehen deutlich zu pauschal, sodass bereits eine pauschale Bestreitung, wie von der Klägerin vorgebracht (act. 28 Rz.449), ausreicht, um die Substanziierungspflicht auszulösen. In der Widerklagereplik bringt die Beklagte dann zwar keine neuen Vorbringen hinsichtlich der Aufteilung, doch beschreibt sie – wie hiavor erwähnt – die Arbeiten in substanzierter Art und Weise, sodass aufgrund dieser Behauptungen in der Replik, durchaus Rückschlüsse zur Aufteilung der Kosten auf die drei Tanks möglich werden. Die Beklagte spricht hinsichtlich der verwendeten Maschinen von einer Hydro-Abbruch/Sandstrahlanlage, von einer Tauchpumpe, von einem Absatzbecken (act. 57 Rz.1579). Es kann daher bei diesen Geräten, die notabene nur für einen Tag in Rechnung gestellt wurden (vgl. act. 14/190; act. 25/217), sowie deren Transport und Montage mangels hinreichender Bestreitung von Ohnehinkosten ausgegangen werden. Diese betragen CHF 1'100.– (Hydro-Abbruch/Sandstrahlanlage), CHF 250.– (Tauchpumpe) sowie CHF 1'000.– (Absatzbecken), mithin gesamthaft CHF 2'350.–. Hinsichtlich der Baustelleninstallation und dem Gerüst, lassen die Ausführungen der Beklagten zum genauen Inhalt der Arbeiten hingegen nicht den Schluss zu, dass diese Ohnehinkosten wären. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Arbeiten für einen Tank weniger Zeit in Anspruch genommen hätten, weshalb das Gerüst entsprechend weniger lang hätte gemietet werden können. Betreffend der Abdeckung der "angrenzenden Flächen" ist ebenfalls davon auszugehen, dass diese Flächen kleiner ausgefallen wären, hätten die Arbeiten nur einen Tank betroffen. Die Beklagte tut diesbezüglich nur ungenügend dar, dass diese Arbeiten im gleichen



Umfang angefallen wären, hätte nur ein Tank versiegelt werden müssen. Dementsprechend schuldet die Klägerin von den Positionen Gerüstbau (CHF 2'250.–) und Vorbereitungsarbeiten (CHF 200.–) ebenfalls nur einen Drittel. Um was für Regiearbeiten im Umfang von CHF 979.50 es sich handeln soll, erklärt die Beklagte auch in der Widerklagereplik nicht. Diese Aufwendungen sind vollkommen unsubstanziert und damit nicht geschuldet.

Die Klägerin hat der Beklagten daher folgende Aufwendungen im Rahmen der Ersatzvornahme durch die M. \_\_\_\_\_ zu ersetzen:

|  |            |              |
|--|------------|--------------|
| Vorbereitung zementöse Arbeiten (1/3 von CHF 8'502.00) | CHF        | 2'834.–      |
| Abdichtung mit Flüssigfolie (1/3 von CHF 32'700.–)     | CHF        | 10'900.–     |
| Hydro-Abbruch/Sandstrahlanlage                         | CHF        | 1'100.–      |
| Tauchpumpe   | CHF        | 250.–        |
| Absatzbecken   | CHF        | 1'000.–      |
| Gerüstbau (1/3 von CHF 2'250.–)                        | CHF        | 750.–        |
| <u>Vorbereitungsarbeiten (1/3 von CHF 200.–)</u>       | <u>CHF</u> | <u>66.67</u> |
| Total  | CHF        | 16'900.67    |

Die Beklagte verlangt diesen Kostenersatz replicando neu zuzüglich Mehrwertsteuer (act. 57 Rz. 1582). Die Klägerin bestreitet hingegen, dass sie für die geltend gemachte Mehrwertsteuer ersatzpflichtig sei, da die Beklagte in diesem Betrag Vorsteuern in Abzug habe bringen dürfen (act. 68 Rz. 1017 m.H.a. Rz. 844). Tatsächlich hat die Bestellerin gegenüber der Unternehmerin nur Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Kosten. Unnötige Aufwände sind ihm nicht zu ersetzen (GAUCH, a.a.O., N 1809). Die Beklagte führt nicht aus, sie sei nicht mehrwertsteuerpflichtig (oder sie könne keinen Vorsteuerabzug geltend machen) (vgl. auch act. 81 Rz. 57). Vielmehr bleibt sie jede Begründung schuldig, weshalb sie neu auch die Mehrwertsteuer ersetzt haben will. Da somit von der Möglichkeit des Vorsteuerabzugs bei der Beklagten auszugehen ist, bleiben nur zwei Möglichkeiten. Entweder hat sie den Vorsteuerabzug gemacht, womit ihr die Mehrwertsteuern nicht zu ersetzen wären, da die Beklagte diesen Aufwand effektiv nicht hatte. Oder sie hat den Vorsteuerabzug trotz der Möglichkeit dazu nicht gemacht, womit

sie zwar Aufwände gehabt hätte, diese aber unnötig und damit nicht zu ersetzen wären. Die geltend gemachten Mehrwertsteuern sind daher nicht geschuldet.

Wie es sich mit dem Verzugs- resp. Schadenszins verhält, kann vorliegend offen bleiben, da diese Forderung, wie unter Ziffer V zu zeigen sein wird, im Moment ihrer Entstehung wieder untergeht.

Somit ist die Forderung aus der Versiegelung von Tank T1 in Höhe von CHF 16'900.67 ausgewiesen.

2.4.11. N.\_\_\_\_\_

#### 2.4.11.1. Streitpunkte

Die Beklagte führte aus, die N.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: N.\_\_\_\_\_) sei eine Subunternehmerin der Klägerin gewesen und habe für diese verschiedene Arbeiten ausgeführt (insbesondere im Zusammenhang mit den Gehwegen und ...-netzen). Ferner hätten Mitarbeiter von N.\_\_\_\_\_ Reinigungsarbeiten ausgeführt und beim Befüllen und Entleeren der Tanks geholfen (act. 13 Rz. 387). Die von N.\_\_\_\_\_ in Rechnung gestellten Beträge hätten zum einen der Erstellung des Werks der Klägerin gedient sowie der Beseitigung von Mängeln. Sie enthielten allerdings auch Leistungen, die N.\_\_\_\_\_ für andere Unternehmer erbracht habe. Die Bauleitung habe daher eine Aufstellung erstellt, aus der im Einzelnen ersichtlich sei, welche Arbeiten die N.\_\_\_\_\_ für die Klägerin ausgeführt habe und welche Beträge dafür ihr (der Beklagten) in Rechnung gestellt worden seien (act. 13 Rz. 388). Insgesamt seien es CHF 113'112.95 (exkl. MWST). Die Aufwendungen in Zusammenhang mit den ...-netzen sei wegen der mangelhaften Erstellung der ...-netze durch die Klägerin geschuldet (act. 13 Rz. 182 ff.; act. 57 Rz. 1586 m.H.a. Rz. 952 ff.). Die Mithilfe der N.\_\_\_\_\_ sei ferner wegen der mangelhaften Erstellung der Gehwege notwendig geworden. Auch die Unterstützung der N.\_\_\_\_\_ beim Befüllen und Entleeren der Tanks sei nur erforderlich gewesen, weil die Beklagte ihren Pflichten nicht richtig nachgekommen sei (act. 57 Rz. 1588 m.H.a. act. 13 Rz. 387).

Die Klägerin erklärt, es sei zutreffend, dass die N.\_\_\_\_\_ von ihr als Subunternehmerin mit der Installation von Gehwegen und ...-netzen betraut gewesen sei. Hierfür habe die N.\_\_\_\_\_ ihr direkt Rechnung gestellt. Zutreffend sei auch, dass die N.\_\_\_\_\_ auch von anderen (Neben-)Unternehmern und der Beklagten selbst für Arbeiten beauftragt worden sei. Solche Kosten könnten nicht auf sie abgewälzt werden (act. 28 Rz. 452). Im Übrigen habe die Reinigung der Baustelle ohnehin der Beklagten obliegen. Sie (Klägerin) habe nur eine Endreinigung geschuldet. Aus den Rechnungen gehe auch nicht hervor, für was die Reinigungsarbeiten erfolgt seien (act. 28 Rz. 453). Was etwa die Kosten für die eigenmächtige Abänderung der ...-netze im Haupttank T20 betreffe, seien diese von der Beklagten zu tragen. Dasselbe gelte für Kosten im Zusammenhang mit dem Befüllen, dem Entleeren und der Reinigung der beiden Tanks T3 und T4 für die nicht notwendige Versiegelung durch M.\_\_\_\_\_ (act. 28 Rz. 455). Ferner seien die Arbeiten in den Rechnungen (act. 14/192-194) und in der Aufstellung (act. 14/195) nicht detailliert beschrieben und sei die Aufteilung der Kosten durch die Bauleitung nicht nachvollziehbar (act. 28 Rz. 455).

#### 2.4.11.2. Würdigung

Ein Ersatz der Reinigungsarbeiten (CHF 20'604.– exkl. MWST) kann mit Hinweis auf Ziffer IV/2.4.4 hiervor verneint werden, da es in erster Linie bereits an einer vertraglichen Grundlage fehlt, da die Beklagte gemäss Werkvertrag für die Reinigung der Baustelle – mit Ausnahme der Schlussreinigung – zuständig war.

Ferner erweisen sich die Ausführungen der Beklagten, weshalb die anderen Arbeiten, insbesondere das Befüllen und Leeren der Tanks (CHF 22'465.50 exkl. MWST), notwendig gewesen sein sollen, als nicht hinreichend substantiiert. Die Beklagte beschreibt zwar die ausgeführten Arbeiten in der Widerklageduplik relativ detailliert (act. 57 Rz. 1589 ff.), unterlässt es dann aber, genauere Ausführungen zu den konkreten Mängeln und sonstigen Verfehlungen, die sie der Klägerin vorwirft, zu machen. Dies lässt insbesondere keine Möglichkeit zur Beurteilung der Notwendigkeit der geltend gemachten Leistungen zu. Auch das beantragte Gutachten schafft diesbezüglich keine Abhilfe, liegt dessen Zweck nicht darin, fehlende Behauptungen zu ersetzen, sondern vielmehr aufgestellte Behauptun-

gen zu beweisen. Zudem dürfte es sich bei diesen Dittleistungen um Ersatzvorhaben gehandelt haben, welche insbesondere eine Fristansetzung vorausgesetzt hätten. Auch dazu äussert sich die Beklagte an den erwähnten Stellen nicht (act. 13 Rz. 387-390; act. 57 Rz. 1583-1595). Damit ist die Beklagte ihrer Behauptungspflicht nicht nachgekommen. Dies selbst wenn sie an anderer Stelle ihrer umfangreichen Rechtsschrift darauf Bezug genommen hätte (vgl. vorne Ziffer II/1.3), denn es ist ihre Aufgabe, ihre Vorbringen in den Rechtsschriften in einer Weise zu gliedern und insbesondere – auf Wiederholungen verzichtend – mit Verweisen auszustatten, dass die Anspruchsgrundlagen konzentriert an einem Ort zu finden sind (resp. wenigstens auf sie verwiesen wird).

Schliesslich macht die Beklagte Arbeits- und Materialaufwand der N.\_\_\_\_\_ in der Gesamthöhe von CHF 98'043.45 (exkl. MWST) geltend. Diesbezüglich führte sie aus, sie habe der Klägerin am 4. Oktober 2016 mitgeteilt, dass sich die Netze nicht bewegen liessen und diese auf der Seite einen Freiraum hätten, durch welchen ...-e aus ihren Kompartimenten hätten entweichen können. Auf diese Umstände habe die Beklagte die Klägerin mit E-Mail vom 7. Oktober 2016 abermals aufmerksam gemacht und sie "dazu aufgefordert eine Lösung zu finden". Nachdem die Klägerin trotz "wiederholten Aufforderungen selbst keine Lösungen" präsentiert habe, habe sie die N.\_\_\_\_\_ mit der Mängelbehebung beauftragt (act. 13 Rz. 182 f.). In der Widerklagereplik bringt die Beklagte abermals vor, sie sei ordnungsgemäss nach Ansetzen einer Nachbesserungsfrist zur Ersatzvornahme geschritten (act. 57 Rz. 1568 m.H.a. Rz. 957). Die Klägerin bestreitet, dass ihr eine angemessene Nachbesserungsfrist angesetzt worden sei (act. 68 Rz. 484). Es wäre hier an der Beklagten gewesen, darzulegen, wann sie der Klägerin welche Frist zur Behebung von konkret bezeichneten Mängeln angesetzt hat und dass es sich dabei um eine angemessene Frist handelte. Dies tut sie allerdings nicht. Sie behauptet an keiner Stelle, das Ansetzen einer konkreten Frist zur Behebung eines konkreten Mangels (und eine solche ergibt sich auch nicht aus den von ihr offerierten E-Mails: act. 14/66; act. 14/67). Es ist daher von Eigenverbesserungen durch die Beklagte auszugehen, weshalb eine Ersatzpflicht der Klägerin nicht in Frage kommt.

Im Ergebnis ist daher die Widerklage bezüglich des geltend gemachten Mehraufwands von N. \_\_\_\_\_ abzuweisen.

#### 2.4.12. Kranmiete für Arbeiten am Fütterungssystem

##### 2.4.12.1. Streitpunkte

Die Beklagte führt aus, für Arbeiten zur versuchten (jedoch gescheiterten) Verbesserung des Fütterungssystems habe sie für Subunternehmer der Klägerin am 16. Februar 2016 sowie vom 20. bis 29. März 2017 einen Kranlift für CHF 1'200.– bzw. CHF 3'000.– gemietet. Es handle sich um Verbesserungskosten gemäss Art. 170 SIA-Norm 118. (act. 13 Rz. 391).

Die Klägerin bestreitet dies mit Nichtwissen (act. 28 Rz. 457).

##### 2.4.12.2. Würdigung

Die Bestreitung mit Nichtwissen der Klägerin in der Widerklageantwort war angesichts der dürftigen Behauptungen der Beklagten in der Widerklagebegründung ausreichend, um die Substanziierungspflicht der Beklagten auszulösen. In der Widerklagereplik (act. 57 Rz. 1596 f.) machte die Beklagte dann keine neuen Ausführungen zur Kranmiete, womit ihre Ausführungen gänzlich unsubstanziert geblieben sind. Die Widerklage ist in diesem Punkt abzuweisen.

#### 2.4.13. Ersatz ...-netze

##### 2.4.13.1. Unbestrittener Sachverhalt

Beide Parteien stützen sich in ihren Behauptungen im Wesentlichen auf die urkundlich belegte und unbestrittene Kommunikation zwischen ihnen (vgl. act. 13 Rz. 168 ff.; act. 28 Rz. 250 ff.). Diese verlief in Bezug auf die ...-netze wie folgt:

- Protokoll vom 6. Oktober 2016 (act. 14/66): Unter "OTHER A. \_\_\_\_\_'S PENDING ISSUES" und "Movable ... nets" wird festgehalten, dass sich die Netze mit Wasser im System nicht bewegen liessen. Das ...-netzsystem funktioniere nicht. Die Klägerin müsse eine alternative Lösung vorschlagen, die tat-

sächlich funktioniere. Eine Frist wurde der Klägerin dafür jedoch nicht angesetzt.

- Auf dieses Protokoll folgte eine Stellungnahme der Klägerin (act. 29/90), in welcher sie behauptet, am 6. Oktober habe ein erfolgreicher Test stattgefunden, bei dem es keine Probleme gegeben habe, die Netze zu bewegen.
- E-Mail von T.\_\_\_\_\_ (Bauleitung) an V.\_\_\_\_\_ (Klägerin) vom 7. Oktober 2016 (act. 14/67): Mitteilung, dass die beweglichen Netze im äusseren Ring von Tank T20 nicht funktionieren und insbesondere Aufforderung unter Fristansetzung, um Vorschläge zu unterbreiten.
- E-Mail der Bauleitung an die Klägerin vom 30. November 2016 (act. 14/75): Es sei unmöglich, die Netze gegen die Strömung zu bewegen. Im Antwort-E-Mail der Klägerin vom gleichen Tag wird dazu festgehalten, die Klägerin sei informiert, dass die Beklagte selbst ein ...-netz konstruiere, weil sie das System der Klägerin verändert habe.
- Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 9. Dezember 2016 (act. 14/77), in dem u.a. gerügt wird, dass die Netze in T20 sich nicht bewegen liessen. Für alle Mängel und ausstehenden Arbeiten werde Frist bis 23. Dezember 2016 angesetzt.
- E-Mail der Bauleitung an Klägerin vom 11. Januar 2017 (act. 14/100): Bezüglich ...-netze wird festgehalten, dass die Fliessgeschwindigkeit nun 0.2 m/s betrage und in der Folgewoche auf die beabsichtigten 0.5 m/s erhöht werde. Im Antwort-E-Mail vom 12. Januar 2017 hält die Klägerin fest, die ...-netze seien durch die Beklagte geändert worden. Sie werde bei keinen Anpassungen teilnehmen, bevor die Rechnungen gezahlt seien.
- Protokoll vom 27. Januar 2017 (act. 14/101): Unter "... [Tiere] nets in general: resistance to water flow and sludge accumulation + moving them in the outer circle" wird auf die verschiedenen Probleme mit den Netzen hingewiesen.

- E-Mail der Beklagten an die Klägerin vom 31. Mai 2017 (act. 14/92): Mitteilung, dass fünf der Netze des inneren und äusseren Circle bereits kaputt seien. Aufforderung, die Übernahme der Kosten für die Ersetzung (durch Gitter) zu bestätigen. Im Antwort-E-Mail vom 1. Juni 2017 wird im Wesentlichen darauf hingewiesen, dass die Beklagte das Netz verändert habe und das System beim Testen funktioniert habe. Daraufhin reagierte wiederum die Beklagte mit E-Mail vom gleichen Tag und warf der Klägerin u.a. vor, die von ihnen (der Beklagten) vorgenommene Anpassung mit den Tragschienen (supporting rails) kopiert zu haben in der Konstruktion der AF.\_\_\_\_\_ farm. Diese Anpassung habe sicher nichts zu tun mit dem Kaputtgehen der Netze aufgrund des Drucks des fliessenden Wassers. Nach einem kurzen Antwort-E-Mail seitens der Klägerin hielt die Beklagte mit E-Mail vom 1. Juni 2017 fest, dass die Netze nie richtig funktioniert hätten und schlug vor, AG.\_\_\_\_\_ möge die Situation vor Ort anschauen.
- E-Mail der Beklagten an die Klägerin vom 2. Juni 2017 (act. 14/94 mit angehängten Fotos): Rüge, dass Netze kaputt gegangen seien, dass sie viel Schutt auffingen und dass sie nicht gegen den Strom bewegt werden können. "The solution is clear - they need to be replaced with a stronger structure and one which does not trap so much feed and sludge. [...] Now we are asking you to do the right thing and to accept the replacement of the existing nets which do not work at all with structures that we can operate our fish farm properly".
- E-Mail der Beklagten an die Klägerin vom 19. Juni 2017 (act. 14/96): Zugewandt wird eine Offerte für Ersatzgitter und es wird auf ein vorheriges Mail der Klägerin eingegangen.
- E-Mail der Beklagten an die Klägerin vom 20. Juni 2017 (act. 14/97): mit Fotos von "ausgebrochenen" ...- [Tieren] und nochmals Rügen. "Please confirm your acceptance to pay for the replacement grids offered by F.\_\_\_\_\_."
- Antwort-E-Mail der Klägerin an die Beklagte vom 20. Juni 2017 (act. 14/98): Die Klägerin bestreitet, dass die Netze nicht vertragsgemäss seien. Sie sei

nicht verantwortlich für die Probleme mit den Netzen. Die Beklagte habe strukturelle und substanzielle Veränderungen an den Netzen vorgenommen. Die Netze seien auch nicht korrekt und nicht wie vorgesehen verwendet worden. Der Fehler liege alleine bei der Beklagten und diese sei alleine verantwortlich. Mit Antwort-Mail vom gleichen Tag führt die Beklagte aus, dass die kaputten Netze im inneren und äusseren Ring nie angerührt oder verändert worden seien.

- Vom 14. September 2017 datiert eine Dokumentation von L.\_\_\_\_\_ Partners mit dem Titel "Beweis für die zukünftige Erinnerung" mit einer Beschreibung und verschiedenen Fotos der Anlage, insbesondere auch der Netze (act. 14/90).

#### 2.4.13.2. Streitpunkte

Die Beklagte führt zusammengefasst aus, die ...-netze hätten ersetzt werden müssen, weil sie für den vorausgesetzten Gebrauch absolut untauglich gewesen seien (act. 13 Rz. 393 i.V.m. Rz. 168 ff.). Sie habe die Mängel an den Netzen mehrfach unmissverständlich gerügt und die Klägerin aufgefordert, für die Probleme mit den ...-netzen eine Lösung zu finden. Die Klägerin habe sich jedoch mit E-Mail vom 12. Januar 2017 geweigert, bei einer Lösungsfindung mitzuwirken, bevor ihre Rechnung bezahlt worden sei (act. 13 Rz. 171). Weil die von der Klägerin gelieferten Netze einen zu hohen Wasserwiderstand erzeugt hätten, habe sie (die Beklagte) am 2. Februar 2017 die Herstellung von vier neuen ...-netzen bzw. -gittern für den Ersatz der Netze (act. 13/8: Netze 1-4) direkt vor und nach den Propellern an AH.\_\_\_\_\_ ApS in Auftrag gegeben (act. 13 Rz. 173). In der Folge habe sich herausgestellt, dass die Klägerin die Mängel an sämtlichen ...-netzen nicht habe beheben können und nahezu sämtliche Netze nach einer Gebrauchsdauer von wenigen Monaten gerissen und die Netzhahmen gebrochen seien. Die Netze hätten dringend ersetzt werden müssen (act. 13 Rz. 174). Die Klägerin habe sich trotz mehrfacher Rügen geweigert, die bestehenden Mängel an den Netzen zu beheben. Sie habe daher am 26. Juni 2017 über F.\_\_\_\_\_ einen Auftrag zur Herstellung von neuen Netzen an AI.\_\_\_\_\_ A/S (nachfolgend: AI.\_\_\_\_\_) (act. 13/8: Netze 5-15) erteilt (act. 13 Rz. 175). Bei den neu bestellten



...-netzen bzw. -gittern handle es sich um fix installierte, die sich nicht wie vertraglich vereinbart bewegen liessen (act. 13 Rz. 176). Entgegen der Behauptung der Klägerin habe sie die Netze direkt vor und hinter den Propellern sowie die Netze im inneren Ring in keiner Art und Weise verändert (act. 13 Rz. 178 f.). Bei den Netzen im äusseren Ring des Haupttanks, die hätten bewegt werden können sollen, habe sie am unteren Ende sowie an den Seiten der Netze daher Rollen und horizontale Leisten angebracht. Der Widerstand, um die Netze gegen den Wasserstrom zu bewegen, habe sich indessen auch mit diesen Veränderungen als zu gross erwiesen (act. 13 Rz. 181). Die Kosten für die Ersatzvornahme hätten CHF 20'881.–, CHF 52'434.–, CHF 52'028.– und CHF 53'026.– betragen (act. 13 Rz. 394 ff.).

Die Klägerin bestreitet, dass die ...-netze hätten ersetzt werden müssen, weil sie für den vorausgesetzten Gebrauch absolut untauglich gewesen seien (act. 28 Rz. 458; act. 28 Rz. 169 ff. m.H.a. act. 3/90). Die ...-netze seien beweglich gewesen. Sie habe der Beklagten angeboten, deren Handhabung vor Ort nochmals zu demonstrieren und sie habe auch die Zustellung einer Bedienungsanleitung in Aussicht gestellt. Die Beklagte habe von diesen Angeboten jedoch keinen Gebrauch gemacht (act. 28 Rz. 122 f. und 251). Sie habe vielmehr eigenmächtig und ohne vorgängig darüber zu informieren Änderungen an den ...-netzen vorgenommen (act. 28 Rz. 124). Die Klägerin bestreitet auch die weiteren geltend gemachten Mängel der Netze (act. 28 Rz. 253 ff.).

#### 2.4.13.3. Würdigung

Einleitend ist zu bemerken, dass die Beklagte zu den ...-netzen viele pauschale Ausführungen macht und teilweise nicht unterscheidet zwischen den verschiedenen Netzen, deren Ersatz und den Gründen dafür. Dies wirft durchaus die Frage auf, ob die Vorbringen der Beklagten überhaupt genügend spezifiziert sind und sich aus ihnen genau herleiten lässt, aufgrund welcher Voraussetzungen die Beklagte zu welcher Ersatzvornahme geschritten ist. Die Voraussetzungen an eine verständliche und übersichtliche Struktur dürften vorliegend jedoch knapp erreicht worden sein. Der Übersicht halber ist der Ersatz der ...-netze 1-4 und 5-15 jeweils

separat zu prüfen und es ist im Rahmen der Würdigung abermals auf die wichtigsten Parteivorbringen einzugehen.

#### Ersatz der ...-netze 1-4

Bezüglich des Ersatzes der ...-netze 1-4 bringt die Beklagte vor, für diese sei ihr am 31. März 2017 von AH.\_\_\_\_\_ ApS (nachfolgend: "AH.\_\_\_\_\_") DKK 145'100 (exkl. MWST) in Rechnung gestellt worden. Dieser Betrag sei von F.\_\_\_\_\_ vorfinanziert worden. Im Rahmen eines Vergleichs mit F.\_\_\_\_\_ habe die Beklagte F.\_\_\_\_\_ diesen Betrag vollumfänglich ersetzt (act. 13 Rz. 394). Die Klägerin bestreift in der Widerklageantwort die Vorfinanzierung durch F.\_\_\_\_\_ sowie die spätere Bezahlung durch die Beklagte mit Nichtwissen (act. 28 Rz. 459). Angesichts der von der Beklagten präsentierten Behauptungslage in der Widerklagebegründung ist eine Bestreitung mit Nichtwissen durch die Klägerin ohne Weiteres ausreichend, um die Substanziierungspflicht der Beklagten auszulösen. Es folgen jedoch keine weiteren Ausführungen in der Einzelbestreitung zu den klägerischen Bestreitungen (act. 57 Rz. 1599), womit sie ihrer Substanziierungspflicht nicht nachkommt. Sofern sie – wohl gemerkt im Rahmen ihrer Ausführungen zum Ersatz der ...-netze 5-15 – auf die Vereinbarung mit F.\_\_\_\_\_ hinweist, ist der Vollständigkeit halber festzuhalten, dass sich aus dieser Vereinbarung (act. 14/201) nichts im Zusammenhang mit dem Ersatz der Netze 1-4 ergibt, sondern diese lediglich auf die Netze 5-15 Bezug nimmt. Dies ergibt sich ohne Weiteres daraus, dass die Preise bei den beiden Positionen (3. und 4.) denjenigen entsprechen, die von der Beklagten für den Ersatz der Netze 5-15 verlangt werden (DKK 895'613.– und DKK 226'663.–).

Im Ergebnis bleibt daher mangels Substanziierung unbewiesen, ob der Beklagten die geltend gemachten Kosten für die ...-netze 1-4 überhaupt entstanden sind. Ihr Anspruch ist daher ohne Weiterungen abzuweisen.

#### Ersatz der ...-netze 5-15

Betreffend die ...-netze 5-15 bringt die Beklagte vor, die Herstellung der Ersatznetze durch Al.\_\_\_\_\_ habe sich auf DKK 895'613.– belaufen und F.\_\_\_\_\_ habe

diese für DKK 226'663.– einbauen sollen. Es handle sich dabei um eine Ersatzvornahme (act. 13 Rz. 395 f.). Nahezu sämtliche Netze seien nach einer Gebrauchsdauer von wenigen Monaten gerissen und die Netzrahmen gebrochen, weshalb die Netze 5-15 hätten ersetzt werden müssen (act. 13 Rz. 174; die Strömungsproblematik macht die Beklagte hier jedoch nur in Bezug auf die Netze 1-4 geltend, vgl. Rz. 173). Die Klägerin habe sich trotz mehrfacher Rügen geweigert, die Mängel zu beheben (act. 13 Rz. 175). Bei den neu installierten Netzen habe es sich um fix installierte Netze resp. Gitter gehandelt, die sich nicht, wie vertraglich vereinbart, hätten bewegen lassen. Es habe grosse zeitliche Dringlichkeit geherrscht, damit eine Installation während des Shut downs möglich gewesen sei. Sämtliche Netze seien dann während des Shut Downs eingebaut worden (act. 13 Rz. 176 f.)

Die Klägerin hält dafür, dass die einzelnen Netze einfach und kostengünstig hätten ersetzt werden können, ohne den Ersatz der gesamten Netze inklusive Rahmen. Ferner seien die geltend gemachten Kosten nicht durch Rechnungen belegt und die erwähnte Vereinbarungen vom 26. Juni 2017 und 1. September 2017 nicht bekannt (act. 28 Rz. 461).

Replicando bringt die Beklagte vor, die Netze hätten zwingend als Ganzes ersetzt werden müssen. Weiter legt sie die Vereinbarungen vom 26. Juni 2017 und 1. September 2017 offen. Dabei handelt es sich um ein E-Mail vom 26. Juli 2017 (act. 58/251) von F.\_\_\_\_\_ an die Beklagte, worin festgehalten werde, dass F.\_\_\_\_\_ die Kosten für die Herstellung vorfinanziere, welche aber hernach auf die Beklagte überwältzt würden. Mit E-Mail vom 1. September 2017 (act. 58/252) von F.\_\_\_\_\_ an die Beklagte werde festgehalten, dass F.\_\_\_\_\_ neben den Kosten für die Herstellung auch die Kosten der Installation übernehme (act. 57 Rz. 1600).

Was bezüglich des Ersatzes der ...-netze 5-15 festgehalten werden kann, ist, dass sich die Klägerin weigerte, Nachbesserungen vorzunehmen. Sie begründet das unter anderem damit, dass die Beklagte eigenmächtig die Netze im äusseren Ring abgeändert habe. Dies ist soweit zwischen den Parteien auch unbestritten. Ferner sind die übrigen Mängel separat zu prüfen. Die Beklagte bringt vor, dass sich sehr viele Sedimente von Nahrungspartikeln und Schlamm in den Netzen

verfangen hätten. Dies habe zwei Auswirkungen: Reduktion der Flussgeschwindigkeit und Beeinträchtigung der Wasserqualität. Ausserdem seien die Netze gerissen.

Zur *Wasserqualität* bringt die Beklagte vor (act. 13 Rz. 170):

"Dass sich in den Netzen Nahrungspartikel und Schlamm verfang, beeinträchtigte auch die Wasserqualität massiv. Diese Beeinträchtigung der Wasserqualität führte zu einem gesteigerten Infektionsrisiko für die ... [Tiere], was angesichts der langen geplanten Betriebsdauer der Anlage von über 20 Jahren absolut unhaltbar war (siehe dazu Beilage 94)."

Dabei handelt es sich offenkundig um (noch) nicht substantiierte Behauptungen. Diese wurden sodann von der Klägerin hinreichend bestritten (act. 28 Rz. 254), sodass die Beklagte gehalten gewesen wäre, ihre Behauptungen zu substantiieren. Dies wird von der Beklagten nur ungenügend getan, wenn sie zur Einzelbestreitung der klägerischen Bestreitung lediglich ausführt (act. 57 Rz. 1246):

"Bestritten. Die Widerklägerin hält an ihrem Standpunkt fest. Die Verunreinigungen, welche sich in den ...-netzen sammelten, führten zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Wasserqualität und zu einem [recte: einem] erhöhten Infektionsrisiko der ... [Tiere]. Dies sollte sich von selbst verstehen, wenn die ... [Tiere] sogar in ihrem eigenen Kot schwimmen müssen und dies kann sodann mittels einer Expertise bestätigt werden."

Neben der fehlenden Substanziierung sei zudem noch bemerkt, dass sich die Beklagte auch widersprüchlich äussert, wenn sie einmal bezüglich der schlechten Wasserqualität von "Nahrungspartikeln und Schlamm" spricht und andererseits von "Kot". Mangels substantzierter Behauptungen sind auch keine Beweise zu diesen Vorbringen abzunehmen. Namentlich dient auch ein Gutachten nicht dazu, fehlende Parteibehauptungen zu ersetzen, sondern diese zu beweisen. Eine Beeinträchtigung der Wasserqualität ist daher nicht nachgewiesen, worin daher auch kein Mangel zu erblicken ist.

Zur *Beeinträchtigung der Strömung resp. Flussgeschwindigkeit* bringt die Beklagte zunächst das Folgende vor (act. 13 Rz. 170, 173):

"In den Netzen verfangen sich aufgrund ihrer Konstruktion sehr viele Sedimente von Nahrungspartikel und Schlamm (sludge). Dies führte dazu, dass die Netze den Wasserstrom massiv beeinträchtigten - die Flussgeschwindigkeit des Wassers im äusseren Ring des Haupttanks reduzierte sich deswegen um mindestens 50% (siehe dazu Beilage 91 ) - und die Netze dreimal täglich manuell(!) gereinigt werden mussten (siehe dazu insbesondere Beilage 90, S. 5 (bzw. S. 4 der Übersetzung) und Beilage 94)."

"Weil die von der Widerbeklagten gelieferten Netze einen zu hohen Wasserwiderstand erzeugten und damit die notwendige Fliessgeschwindigkeit des Wassers im Haupttank für die Aufzucht der ... [Tiere] nicht erreicht werden konnte, gab die Widerklägerin am 2. Februar 2017 die Herstellung von vier neuen ...-netzen bzw. -Gitter für den Ersatz der Netze direkt vor und nach den Propellern (es handelt sich um die in Beilage 8 rot eingezeichneten Netze 1 - 4) in Auftrag (Ersatzvornahme der Widerklägerin)."

Die Klägerin bestreitet diese Vorbringen in einer ähnlichen Begründungsdichte und weist darauf hin, dass die Verschmutzung anlässlich der gemeinsamen Prüfung der Netze nicht beanstandet worden sei. Weiter bemängelt sie das Gutachten und hebt insbesondere den Umstand hervor, dass sich dieses nicht über die Ursache der Verschmutzung äussere. Der Hauptgrund für die Verschmutzung läge an den zu schwachen Strömungserzeugern von F.\_\_\_\_\_ (act. 28 Rz. 253). Die Beklagte wäre angesichts dieser Bestreitungen gehalten gewesen, ihre Vorbringen zu substantzieren. Replicando wiederholt die Beklagte dann ihren Standpunkt und bringt vor (act. 57 Rz. 1243):

"Aufgrund der systematisch fehlerhaften Erstellung der ...-netze durch die Widerbeklagte trat das vorstehend erwähnte Problem (Ansammlung von Sedimenten) bei den ...-netzen durchgehend auf. Im Gutachten der L.\_\_\_\_\_ AG, S. 4, wurde zudem ausdrücklich festgehalten, dass die in den ...-netzen vorhandenen Rückstände zu einer (erheblichen) Behinderung des Wasserflusses führten."

Zudem führt sie aus (act. 57 Rz. 1245):

"Die Bauleitung der Widerklägerin, namentlich Herr AJ.\_\_\_\_\_, hat gegenüber der Widerbeklagten per E-Mail vom 11. Januar 2017 ausdrücklich gerügt, dass die Fliessgeschwindigkeit

um mehr als 50% geringer ausfiel, als vereinbart war (vgl. KAB 100). Die Behauptung der Widerbeklagten, dass die zu geringe Fliessgeschwindigkeit auf einen von der F.\_\_\_\_\_ A/S eingebauten, zu wenig leistungsstarken Strömungserzeuger zurückzuführen gewesen sei, ist unzutreffend und wird bestritten."

Auch später wiederholt sie pauschal ihren Standpunkt, wonach die Strömungserzeuger von F.\_\_\_\_\_ nicht Ursache der zu geringen Wasserströmung gewesen seien (act. 57 Rz. 1256 ff).

Diese Vorbringen genügen den erhöhten Anforderungen an die Begründungsdichte aufgrund der klägerischen Bestreitung nicht. Es bleibt vielmehr auch nach der zweiten Äusserungsmöglichkeit der Beklagten im Rahmen der Duplik unklar, worin der Mangel, der für die Verlangsamung der Fliessgeschwindigkeit ursächlich sei, liegen soll. Die Verschmutzung an sich kann es ja nicht sein, da diese sachlogisch erst im Verlauf der Nutzung auftreten konnte – und nicht etwa die Klägerin verschmutzte Netze geliefert hat. Somit wäre vielmehr die Ursache der Verschmutzung indirekt der Mangel, welcher aus klägerischer Sicht auch zur Verlangsamung der Fliessgeschwindigkeit führt. Hierzu wäre die Beklagte gehalten gewesen, detailliertere Behauptungen vorzubringen, denn "aufgrund ihrer Konstruktion" (act. 13 Rz. 170) und "aufgrund der systematisch fehlerhaften Erstellung" (act. 57 Rz. 1243) sind völlig unspezifisch, was von der Klägerin denn auch zurecht bemängelt wird. Zu erwarten wären ferner Ausführungen dazu, wie sich die Flussgeschwindigkeit im Verlaufe der Nutzung verändert hat. Wenn die Flussgeschwindigkeit wegen der Verschmutzung reduziert gewesen wäre, müsste diese im Verlauf der Nutzung abgenommen haben, während die Verschmutzung stärker wurde. Richtigerweise hält die Klägerin zudem fest, dass sich das "Gutachten von L.\_\_\_\_\_ AG" (act. 14/90) nicht zur Ursache der Verschmutzung äussere. Letztlich trägt jedoch die Beklagte die Beweislast dafür, dass das gelieferte Werk nicht dem geschuldeten Werk entspricht, weshalb sie auch die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Vorliegend stellen "aufgrund ihrer Konstruktion" und "aufgrund der systematisch fehlerhaften Erstellung" keine hinreichende Begründung für eine Vertragsabweichung und damit für einen Mangel dar, weshalb auch keine Beweise abzunehmen sind. Diesbezüglich sei abermals bemerkt, dass

auch das von der Beklagten beantragte Gutachten keine Abhilfe schafft, da auch ein solches nur dann einzuholen wäre, wenn es hinreichende Behauptungen zu beweisen gäbe. Zudem wäre auch deutlich genauer auszuführen, über was mit dem Gutachten Beweis geführt werden soll. Ein Gutachten wäre aber angesichts der Pauschalität dieser Beweisofferte ("Expertise zur Verlangsamung der Wasserströmung bei ...-netzen mit zu hohem Wasserwiderstand") selbst bei substanzielleren Ausführungen kaum einzuholen.

Der Vollständigkeit halber sei zudem noch bemerkt, dass die Beklagte die Klägerin offensichtlich missversteht, wenn sie davon ausgeht, diese sei gemäss eigener Darstellung ohnehin mitverantwortlich für die zu geringe Strömung (act. 57 Rz. 1256 ff.). Die Klägerin brachte in der Widerklageantwort lediglich vor, der Ersatz der Netze vor den Strömungserzeugern sei eine unterstützende Massnahme im Rahmen der Mängelbehebung durch F.\_\_\_\_\_ gewesen und nicht, dass diese in Abweichung von der werkvertraglich geschuldeten Leistung (mit-)ursächlich für die zu geringe Fliessgeschwindigkeit gewesen sei (vgl. 28 Rz. 258), was von der Klägerin auch in der Widerklageduplik nochmals klargestellt wird (act. 68 Rz. 648).

Die vorstehenden Ausführungen erhellen zudem, dass auch die behauptete Verschmutzung der Netze, für sich gesehen, kein Mangel darstellt, da die Beklagte ja nicht geltend macht, die Klägerin hätte verschmutzte Netze geliefert. Vielmehr müsste auch hier von der Beklagten dargetan werden, inwiefern die Netze nicht der vertraglich geschuldeten Leistung entsprachen. Allein der Umstand, dass die Netze verschmutzt sind, lässt diesen Schluss nicht zu, da gerade angesichts der unbestrittenermassen zu geringen Strömung in den Tanks durchaus auch andere Ursachen dafür verantwortlich gewesen sein könnten. Hier kann vollumfänglich auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden, wonach die Beklagte den vertragswidrigen Zustand nur ungenügend behauptet, mithin darüber keine Beweise abzunehmen sind.

Schliesslich macht die Beklagte geltend, sie habe die *Netze* ersetzen müssen, da diese *gerissen* und die *Rahmen gebrochen* seien. Dazu ist zunächst zu bemerken, dass die Beklagte jeweils pauschal von "Netzen" oder "...-netzen" spricht

(vgl. act. 170 Rz. 170 Ziff. 4, Rz. 147, 175; act. 57 Rz. 1250, 1253). Dann sind einmal "die meisten Netze" (act. 170 Rz. 170 Ziff. 4), mal "nahezu sämtliche Netze" (act. 13 Rz. 174), dann "die Netze" (act. 170 Rz. 176) gerissen. Bezüglich des "Gutachtens der L.\_\_\_\_\_ AG" bestätigt sie, dass in diesem nur festgehalten worden sei, dass einige ...-netze Risse aufgewiesen hätten, was aber nicht den Umkehrschluss zulasse, dass die übrigen ...-netze mängelfrei gewesen seien (act. 57 Rz. 1249). Mit anderen Worten sind die Vorbringen der Beklagten völlig pauschal. Es bleibt aufgrund ihrer Vorbringen insbesondere unklar, welche Netze, wie und an welchen verbauten Stellen gerissen sind. Gleiches gilt für die Netzrahmen. Auch hier sind die behaupteten Mängel nicht weiter zuzuordnen. Angesichts des Umstands, dass die Klägerin die Mangelhaftigkeit der Netze bestreitet und insbesondere auch vorbrachte, dass der vollständige Austausch der Netze nicht notwendig gewesen sei, sondern vielmehr die einzelnen Netze hätten ausgetauscht werden können, wäre es an der Beklagten gewesen, genau darzustellen, welche (oder wenigstens wie viele) Netze, welche konkreten Mängel aufweisen. Dies wäre zwingend notwendig, damit die Sachlage genauer beurteilt werden könnte. Ohne ein genaues Schadensbild kann unmöglich beurteilt werden, ob der komplette Austausch der Netze notwendig war oder – wie die Klägerin behauptet – eben nicht. Ohne auch nur ansatzweise über Behauptungen zu verfügen, die die Schäden spezifizieren, ist dies nicht möglich und insoweit kommt die Beklagte ihrer diesbezüglichen Substanziierungspflicht auch nicht nach. Weiter darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Beklagte Eigenverbesserungen (auf eigene Gefahr) vornahm, weshalb durchaus auch die Position der beschädigten Netze im Tank von Bedeutung wäre. Die Beklagte erweist sich allerdings auch hier als nur wenig konkret. Einmal spricht sie von einer Fotografie, die zeigen soll, dass die ... [Tiere] im Inneren des Tanks T20 durch ein Loch in einem Netz von einem ins andere Kompartiment geschwommen seien (act. 57 Rz. 1251); dass man das Loch an sich sehe, behauptet sie aber auch hier nicht. Weiter vermag aus diesen Ausführungen auch nicht zu erhellen, wo genau sich das Netz befindet. Ebenfalls völlig unspezifisch ist, wenn die Beklagte vorbringt (act. 57 Rz. 1253):



"Sodann ist auf eine Reihe von Bildern zu verweisen (Beilage 224, S. 5 ff.), welche den Zustand von Netzen (insb. im inneren Ring des Tanks T20) zeigen, welche die Widerklägerin entfernen musste."

Dies gilt umso mehr, als dass es sich bei den Bildern, auf die verwiesen wird, um Nahaufnahmen handelt, aus denen weder hervorgeht, ob diese behaupteten Schäden an ein und demselben Netz zu sehen sind, noch wo dieses Netz genau verbaut war. Schliesslich gilt auch hier, dass die geltend gemachten Risse der Netze resp. Schäden an den Rahmen nicht den eigentlichen Mangel darstellen, sondern – wenn überhaupt – die Auswirkung des Mangels, der im Verlaufe der Benutzung auftrat. Auch diesbezüglich wären detailliertere Vorbringen der Beklagten zur fraglichen Abweichung vom werkvertraglich vereinbarten Soll-Zustand zu erwarten gewesen. Denn angesichts der Eigenverbesserungen und der anscheinend zu geringen Strömung und der Verschmutzung – deren Ursache, wie vorstehend beschrieben, auch unklar bleibt – kann jedenfalls nicht ohne Weiteres von Rissen u.ä. auf eine Abweichung von der Soll-Beschaffenheit geschlossen werden. Es wäre daher zusammenfassend an der Beklagten gelegen, nach den Bestreitungen der Klägerin detailliert aufzuzeigen, welche Netze, wo genau, welche Schäden aufgewiesen haben. Dies wäre der Beklagten angesichts des Umstands, dass im Tank T20 lediglich 15 Netze verbaut sind, ohne Weiteres zuzumuten gewesen. Da sie dies nicht getan hat, erübrigen sich entsprechende Beweisabnahmen.

Zusammenfassend gelingt es der Beklagten nicht, bezüglich der Netze 1-4 rechtsgenügende Behauptungen aufzustellen, wonach ihr überhaupt Kosten entstanden sind, die von der Klägerin zu ersetzen wären. Bezüglich der Netze 5-15 erweisen sich die Behauptungen der Beklagten ebenfalls als nicht ausreichend substantiiert. Insbesondere legt die Beklagte die konkreten Mängel nicht detailliert genug dar, um den Substanziierungsanforderungen gerecht zu werden. Die Widerklage ist in diesem Punkt daher abzuweisen.

#### 2.4.14. Kosten P.\_\_\_\_\_ während Shut-Down

##### 2.4.14.1. Streitpunkte

Die Beklagte führt aus, die P.\_\_\_\_\_ & Co. SA (nachfolgend: P.\_\_\_\_\_) habe während des Shut-Downs den Haupttank gereinigt, um der Klägerin die erneute Versiegelung zu ermöglichen. Dies habe CHF 20'239.– gekostet (act. 13 Rz. 460 f.; act. 57 Rz. 1601). P.\_\_\_\_\_ habe ihre aufwändigen Reinigungsleistungen während insgesamt 75 Stunden erbracht und darüber hinaus noch Abwasser entsorgt, was ebenfalls Kosten verursacht habe (act. 57 Rz. 1603).

Die Klägerin hält dafür, die Reinigung der Tanks sei aufgrund der Krankheit der ... [Tiere] ohnehin notwendig gewesen, sodass es sich um Ohnehinkosten handle. Zudem seien die geltend gemachten Kosten nicht nur für die Reinigung des Tanks T20 angefallen, sondern insbesondere auch für das Absaugen der Kläranlage und der Jauchetanks sowie Materialentsorgung und -transport. Auch hier handle es sich um Ohnehinkosten (act. 28 Rz. 461). Zudem bestreitet die Klägerin den geltend gemachten Aufwand (act. 68 Rz. 1043).

##### 2.4.14.2. Würdigung

Vorliegend kann offen bleiben, ob es sich um Ohnehinkosten handelt, wie von der Beklagten behauptet. Entscheidend ist vielmehr die mangelhafte Substanziierung der von P.\_\_\_\_\_ erledigten Arbeiten. Die Beklagte nennt diese Arbeiten pauschal "aufwändige Reinigungsarbeiten". Was aber genau der Inhalt dieser Arbeiten gewesen sein soll, legt die Beklagte überhaupt nicht dar. Eine genauere Darlegung der Arbeitsinhalte wäre aber bereits aufgrund der klägerischen Vorbringen in der Widerklageantwort (act. 28 Rz. 461) notwendig geworden, wo die Klägerin vorbringt, diese Arbeiten hätten nicht nur den Haupttank umfasst, wie von der Beklagten behauptet. Diese Forderung der Beklagten ist daher abzuweisen.

## 2.4.15. Minderung

### 2.4.15.1. Unbestrittener Sachverhalt

Zwischen den Parteien ist die nachfolgende Kommunikation unbestritten und urkundlich belegt:

- Abnahmeprotokoll vom 28. Februar 2017 (act. 14/86 S. 13 f.): Zum Fütterungssystem wird festgehalten, dass es wesentliche Mängel aufweise und nicht funktioniere:

"AK.\_\_\_\_ HAS NOT THE CONTROL OF THE COMPUTER. AB.\_\_\_\_ + U.\_\_\_\_ AGREE THAT AL.\_\_\_\_ AND AM.\_\_\_\_ HAS TO COORDINATE TO FIX THE SOFTWARE PROBLEMS.

FURTERMORE AB.\_\_\_\_ MUST CHANGE THE PIPES FROM THE FEEDING ROOM TILL THE TOP OF T20. [...]

AK.\_\_\_\_ TODAY STILL HAVE TO FEED THE ... [Tiere] MANUALLY. AK.\_\_\_\_ STATE THAT AN.\_\_\_\_ IS NOT ACCEPTED INTO THE BLUE SILO. AK.\_\_\_\_ NEED THE COMPUTER WORKING AT THE END OF THE WEEK. TO TEXT NEXT WEEK THE SYSTEM IS WORKING.

AO.\_\_\_\_-AK.\_\_\_\_-AB.\_\_\_\_ AGREE TO FIX THE PIPES/SILO/IN ONE MONTH."

- Schreiben der Bauleitung an die Klägerin vom 3. März 2017 (act. 14/87): Gerügt wird, dass das Fütterungssystem nicht funktioniere. Die ... [Tiere] würden gegenwärtig manuell gefüttert und das Rohrsystem sei nicht fertig. Sogar die Software funktioniere nicht:

"A.\_\_\_\_ must send in the next days a new proposal for the feeding silos and pipes route to grant a properly working system. For this reason we agreed to fix a specific deadline for this system:

- 06/03/2017 the software will be completely working.
- 28/03/2017 the pipes system (mechanical system) will be completed and fully operative."

- Schreiben der Bauleitung an die Klägerin vom 22. Mai 2017 (in dem das Fütterungssystem nicht erwähnt, aber der Abnahmerapport vom 24. April 2017

angehängt wird [act. 14/114]): In diesem werden Probleme bezüglich Software, Hardware und Blue Silos erwähnt sowie Bemühungen, diese zu beheben.

- Dokument "Commissioning sheet for Mechanical installation and electrical installation of AL.\_\_\_\_\_ feeding system" vom 8. Mai 2017 (act. 29/101): "The Client hereby confirmed that the mechanical installation is approved and that the client has received an introduction in the AL.\_\_\_\_\_ feeding system."
- Im Abnahmeprotokoll vom 18. September 2017 (act. 14/89 S. 16) wird einerseits "Object with major defects" sowie "Object not considered tested (art. 161)" festgehalten. Andererseits wird vermerkt: "This inspection is intended as a Pre-Commissioning." und "The Commissioning [...] will be possible only after filling the system with water and after checking it in the real working conditions."
- Im von der Klägerin nicht unterzeichneten Abnahmeprotokoll vom 29. Oktober 2018 (act. 14/121 S. 21) wird festgehalten: "The 18/09/2017 the feeding system was not working. (see Commissioning docs 18/09/2017)" und " AK.\_\_\_\_\_ has asked AB.\_\_\_\_\_ repeatedly to repair the defects within a reasonable deadline and has noticed AB.\_\_\_\_\_ that it would obtain substitute performance if AB.\_\_\_\_\_ would not comply. As the defects were not repaired by AB.\_\_\_\_\_, AK.\_\_\_\_\_ has removed the feeding System and will have the remediation works carried out by a third party or carry them out itself, in either case at the expense of AB.\_\_\_\_\_."

#### 2.4.15.2. Streitpunkte

Die Beklagte macht geltend, das abgelieferte Werk weise bis heute einen Minderwert von CHF 129'970.– auf, weil das zu installierende Fütterungssystem und die Mort Collectors von der Klägerin nie in einen funktionstauglichen Zustand gebracht worden seien (act. 13 Rz. 20, 404 ff.). Das Fütterungssystem sei von ihr (der Beklagten) demontiert worden, weil es schlechterdings unbrauchbar gewesen sei und von der Klägerin trotz wiederholter und monatelanger Versuche nie in

einen funktionstauglichen Zustand habe gebracht werden können (act. 13 Rz. 196 ff., 404). Sie habe die Klägerin mehrmals aufgefordert, die Mängel am Fütterungssystem zu beheben. Unter anderem habe sie anlässlich der gemeinsamen Prüfung des Werks am 28. Februar 2017 der Klägerin Frist bis 3. März 2017 zur Behebung der Software-Probleme und bis 28. März 2017 für die Lösung der mechanischen Probleme angesetzt (act. 13 Rz. 412). Die Klägerin habe die Mängel jedoch nicht behoben, worauf sie (die Beklagte) auf die Nachbesserung verzichtet habe und nun ihren Minderungsanspruch nach Art. 169 Abs. 1 Ziffer 2 SIA-Norm 118 geltend mache (act. 13 Rz. 413). Insbesondere habe die Beklagte das Fütterungssystem auch am 8. Mai 2017 nicht als mängelfrei akzeptiert. Sie habe vielmehr bestätigt, dass das Fütterungssystem installiert worden und eine Einführung in das System gegeben worden sei (act. 57 Rz. 980, 1296). Der Minderwert entspreche dem vertraglich vereinbarten Preis für das Fütterungssystem von EUR 112'759 bzw. CHF 129'976 (act. 13 Rz. 405 ff.).

Die Klägerin bestreitet, dass das Fütterungssystem nie in einen funktionstauglichen Zustand gebracht worden sei. Die Ausführungen der Beklagten seien unzutreffend, unsubstanziert und unbelegt (act. 28 Rz. 132, 283 f.). Bereits im Zeitpunkt der gemeinsamen Prüfung vom 28. Februar 2017 sei die Fütterung der ... [Tiere] mit dem manuell über eine Bedieneinheit gesteuerten System trotz der bestehenden Softwareprobleme möglich. Die zu diesem Zeitpunkt vorhandenen Mängel seien behoben worden, und das Fütterungssystem sei von der Beklagten am 8. Mai 2017 geprüft und akzeptiert worden. Ein mangelhafter Zustand sei seitens der Beklagten nicht nachgewiesen worden und könne aufgrund der eigenmächtigen Demontage des Systems nicht mehr nachgewiesen werden (act. 28 Rz. 463). Aus dem Prüfprotokoll vom 8. Mai 2017 ergebe sich, dass die Beklagte mehr als nur eine Bestätigung abgegeben habe. Dem Protokoll lasse sich in Ziff. 36 und 37 entnehmen, dass bezüglich der Dosierschnecke sowohl die manuelle Bedienung als auch der Automatikmodus geprüft worden sei. Auf das Fütterungssystem verzichtet habe die Beklagte, weil sie den hierfür erforderlichen Lagerraum neu für die ... [Betrieb] benötigt habe (act. 28 Rz. 300).

### 2.4.15.3. Würdigung

Aus dem Abnahmeprotokoll vom 28. Februar 2017 ergibt sich klarerweise, dass zu diesem Zeitpunkt Mängel betreffend Software und Rohrsystem vorlagen. Dies wird von der Klägerin im Übrigen auch anerkannt (act. 28 Rz. 283). Inwiefern das System daneben bereits hätte verwendet werden können, ist daher irrelevant. Weiter ist urkundlich belegt, dass diese Mängel von der Bauleitung mit Schreiben vom 3. März 2017 gerügt und sie der Klägerin Frist bis zum 6. März 2017 (Software) und 28. März 2017 (Rohrsystem) ansetzte, um die Mängel zu beheben. Es wurde damit der Klägerin Frist zur Mängelbehebung gemäss Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 angesetzt, weshalb zu prüfen ist, inwiefern die Klägerin die Mängel behoben hat.

Die Klägerin hält dafür, dass die Beklagte das Werk am 8. Mai 2017 geprüft und abgenommen habe. Dazu verweist sie auf das "Commissioning sheet for Mechanical installation and electrical installation of AL. \_\_\_\_\_ feeding system" vom 8. Mai 2017 (act. 29/101). Die Beklagte bestreitet dies mit dem Hinweis, dass gemäss Wortlaut lediglich bestätigt worden sei, dass das Fütterungssystem installiert worden sei, nicht aber dessen Funktionstüchtigkeit. Die Beklagte stützt sich in ihrer Argumentation einzig auf den Wortlaut (vgl. act. 57 Rz 980), was in dieser Weise nicht zu überzeugen vermag. Dieser Wortlaut bedeutet übersetzt etwa: Der Auftraggeber bestätigt hiermit, dass die mechanische Anlage genehmigt ist. Entscheidend scheint dabei, dass das Wort "approved" verwendet wurde, was eben als "genehmigt" zu verstehen ist ("approve something" bedeutet "to officially agree to a plan, request, etc.", also zu etwas offiziell zustimmen; vgl. <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/approve?q=approve>, zuletzt besucht am 25. Mai 2023). Die Interpretation der Beklagten, wonach sie nur die Installation bestätigt habe, verfängt nicht. Denn gemäss Wortlaut bestätigt sie ihre Genehmigung des Werks, was offenkundig einen wesentlichen Unterschied darstellt. Der Wortlaut des "Commissioning sheet" ist somit bereits sehr klar und stützt das klägerische Verständnis, sodass auf die von der Klägerin neu gemachten Vorbringen (vgl. act. 68 Rz. 495) nicht weiter eingegangen werden

muss. Es ist daher bereits aufgrund des Wortlauts davon auszugehen, dass die Beklagte das Fütterungssystem am 8. Mai 2017 genehmigt hat.

Dafür spricht zudem auch der Umstand, dass danach gar keine gemeinsame Prüfung mehr stattfand resp. die Beklagte danach bis im Oktober 2018 keine Mängel mehr rügte. Denn im Abnahmeprotokoll vom 18. September 2017 hielten die Parteien fest, dass kein Test stattgefunden habe resp. ein solcher erst möglich sei, wenn die Tanks gefüllt seien. Das bedeutet nichts anderes, als dass mangels Prüfung auch keine Mängel festgestellt werden konnten. So werden insbesondere und im Unterschied zum Februar 2017 auch keine konkreten Mängel mehr gerügt. Ein Jahr später wird im – von der Klägerin nicht unterzeichneten – Abnahmeprotokoll dann auch bloss unter Verweis auf das Protokoll vom 18. September 2017, welchem, wie eben erwähnt, nichts Relevantes zu entnehmen ist und auch gar keine Prüfung zu Grunde lag, gesagt, dass das System nicht funktioniere. Gewissermassen ist dies lediglich ein Verweis ins Nichts, aus dem die Beklagte ohnehin nichts für sich ableiten könnte – selbst wenn die Klägerin das Protokoll unterzeichnet hätte.

In die gleiche Richtung weist der Umstand, dass selbst dann von einer Minderung abzusehen wäre, wenn nicht von einer Genehmigung des Werks am 8. Mai 2017 auszugehen wäre. Denn die Ausführungen der Beklagten erweisen sich bezüglich der behaupteten Mängel als deutlich zu wenig substanziiert. Dies im Unterschied zur Situation zuvor, wo sie noch bis zum 24. April 2017 differenziert darlegte, was genau am Fütterungssystem nicht funktioniere. Bei der Prüfung vom 28. Februar 2017 brachte die Beklagte noch vor, sie habe keine Kontrolle über den Computer und im Rohrsystem vom "feeding room" zu Tank T20 müssten die Rohre gewechselt werden (act. 13 Rz. 201). Am 24. April 2017 wurde moniert, dass nur ein blaues Silo mit Futter gefüllt gewesen sei und das System zu viel Staub mache (act. 13 Rz. 202). Wenn die Beklagte bezüglich der weiteren Prüfungen am 18. September 2017 lapidar vorbringt, das System sei nicht funktionstauglich, ohne zu erklären, welche Mängel genau vorlagen (vgl. act. 13 Rz. 203; act. 57 Rz. 1306), genügt das nicht. Es obläge der Beklagten gerade unter Berücksichtigung der bis dahin bereits gerügten Mängel im Einzelnen zu erläutern, welche

Mängel weiter bestehen oder ob neue Mängel hinzutreten. Dies wäre insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass das Fütterungssystem teilweise funktioniert zu haben scheint, umso wichtiger, um den Minderwert zu berechnen, da bei einem teilweise funktionstüchtigen Fütterungssystem jedenfalls nicht von vornherein der gesamte Preis des Fütterungssystems dem Minderwert entsprechen muss. Die Widerklage ist in diesem Punkt daher abzuweisen.

#### 2.4.16. Mangelfolgeschaden aufgrund des Fütterungssystems

##### 2.4.16.1. Streitpunkte

Die Beklagte führt aus, wegen des Nichtfunktionierens des automatischen Fütterungssystems müsse sie die ... [Tiere] heute manuell durch Angestellte füttern lassen (act. 13 Rz. 416 ff.).

Die Klägerin hält dafür, die ... [Tiere] hätten trotz der damals noch vorhandenen Softwareprobleme und dem Anpassungsbedarf betreffend Leitungsführung bereits am 28. Februar 2017 über das Fütterungssystem gefüttert werden können. Die Beklagte habe die Handfütterung und die damit verbundenen Kosten durch die eigenmächtige Demontage des Fütterungssystems selbst erforderlich gemacht (act. 28 Rz. 471): Auch wenn eine Handfütterung infolge der behaupteten Mängel notwendig gewesen wäre, wäre es der Beklagten zumutbar gewesen, das Fütterungssystem im Rahmen einer Ersatzvornahme nachbessern bzw. durch ein neues System ersetzen zu lassen. Dies würde zu einer Herabsetzung wegen Verletzung der Schadenminderungspflicht führen (act. 13 Rz. 473).

##### 2.4.16.2. Würdigung

Nach dem unter Ziffer 2.4.15 Ausgeführten ist aufgrund der bestehenden Behauptungs- und Aktenlage davon auszugehen, dass das Fütterungssystem nach der Nachbesserung ab dem 8. Mai 2017 funktioniert hatte. Ein Anspruch auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens ist nicht zu sehen und die Widerklage in diesem Punkt ohne Weiterungen abzuweisen.



## 2.4.17. Mangelfolgeschaden aufgrund der Mort Collectors

### 2.4.17.1. Streitpunkte

Die Beklagte hält dafür, weil die Mort Collectors nicht funktionierten, müssten die toten ... [Tiere] manuell aus dem Haupttank entfernt werden. Dadurch entstehe ihr ein Arbeitsaufwand von durchschnittlich 22 Stunden pro Woche bzw. 1'144 Stunden pro Jahr. Da zurzeit unklar sei, bis zu welchem Zeitpunkt und zu welchen Kosten ein funktionierendes Mort-Collector-System installiert werden könne, werde nur der Schaden vom 26. September 2017 bis zur Einreichung der Widerklage am 11. Februar 2019 (1.375 Jahre) geltend gemacht: CHF 44'000.– (act. 13 Rz. 420 ff.). Bei den Mort Collectors habe es sich um eine geschuldete Leistung gehandelt. Dies zeige sich am Verhalten der Parteien während den laufenden Bauarbeiten. Die Klägerin habe an der Bausitzung vom 22. September 2016 einen Prototypen gezeigt und zugesichert, die Mort Collectors innert drei Wochen zu liefern. Ferner habe die Klägerin auf Rückfrage der Bauleitung am 30. November 2016 umgehend geantwortet, wann die Collectors geliefert würden. Am 5. Dezember 2016 seien die Mort Collectors dann geliefert und installiert worden, womit spätestens dann klar geworden sei, dass diese zum Leistungsumfang der Widerbeklagten gehörten. Zudem sei dann auch anlässlich der Besichtigung vom 6. Dezember 2016 konstatiert worden, dass die Mort Collectors nicht funktionierten, weshalb der Klägerin Frist zur Mängelbehebung angesetzt worden sei (act. 57 Rz. 881 ff.).

Die Klägerin führt aus, dass die Lieferung und Montage der Mort Collectors vertraglich überhaupt nicht geschuldet gewesen sei. Es habe ihr insbesondere an einem Rechtsbindungswillen gefehlt (act. 28 Rz. 89 ff.). Hinzu komme, dass die Mort Collectors im äusseren Ring bereits Anfang 2017 mängelfrei funktioniert hätten und die Beklagte auf die ohnehin nicht geschuldeten Mort Collectors im inneren Ring verzichtet habe (act. 28 Rz. 475 m.H.a. Rz. 89). Der geltend gemachte Zeitaufwand sei unglaublich und unbelegt. Im Übrigen würde diesfalls eine Verletzung der Schadenminderungspflicht vorliegen, weil nicht ein neues System installiert worden sei (vgl. act. 28 Rz. 477).

#### 2.4.17.2. Würdigung

Wer Ansprüche aus Vertrag geltend macht, hat als rechtserzeugende Tatsache dessen Abschluss, den Konsens zu beweisen. Bei behaupteter konkludenter Willensäußerung hat er zusätzlich die Umstände zu beweisen, welche nach dem Vertrauensgrundsatz ein bestimmtes Verhalten oder das Schweigen eines Kontrahenten als Willenserklärung indizieren (BK ZGB-WALTER, Einleitung Art. 1-9 N 498 m.H.).

Unbestrittenermassen werden die Mort Collectors weder im Werkvertrag noch in der Changing Notification Nr. 5 als vertragliche Leistung definiert und im Price Breakdown nicht aufgeführt bzw. mit keinem Preis versehen. Die Beklagte erklärt in der Folge das Verhalten der Parteien während der Bauarbeiten, macht aber tatsächlich keinerlei konkrete Angaben zum Zustandekommen des Konsenses. Es ist daher sowie aufgrund der beklagtischen Ausführungen völlig unklar, wann, in welcher Form und zwischen welchen Personen es zu einem Konsens über die Mort Collectors gekommen sein soll. Kommt hinzu, dass die beklagtischen Behauptungen auch in sich nicht zu überzeugen vermögen. Wenn die Beklagte ausführt, spätestens bei der Installation der Mort Collectors sei klar gewesen, dass diese zum Leistungsumfang gehörten, ist sie darauf hinzuweisen, dass der Konsens zwischen den Parteien aus sachlogischen Gründen vor der Ablieferung des Werks resp. der Erfüllung des Vertrags stattgefunden haben müsste. Gleiches gilt für die Nachfragen hinsichtlich des Liefertermins. Auch die Auskunft zu einem Liefertermin ist für sich genommen vollkommen unspezifisch. Dies könnte vor oder nach Vertragsschluss stattfinden und sagt damit nichts über ebendiesen aus. Schliesslich reicht auch nicht, wenn die Beklagte das Verhalten der Klägerin wie folgt beschreibt (act. 57 Rz. 881): "So zeigte die Widerbeklagte [Klägerin] der Widerklägerin [Beklagten] einen Prototyp der Mort Collectors, was Gegenstand der Bausitzung vom 22. September 2016 war. Es zeigte sich, dass der Prototyp der Mort Collectors nicht funktionierte und technische Änderungen am Prototyp der Mort Collectors erforderlich waren. Die Widerbeklagte sicherte zu, dass die (angepassten) Mort Collectors innerhalb von drei Wochen geliefert werden sollten." In dieser Behauptung ist ebenfalls kein Vertragsschluss ersichtlich. Somit ver-

passt es die Beklagte überhaupt, einen Vertragsschluss zwischen den Parteien in rechtsgenügender Art und Weise zu behaupten, womit die Klägerin bezüglich der Mort Collectors auch nicht aus einem Werkvertrag für Mängel haftbar gemacht werden kann. Für eine Haftung aus Gefälligkeit tut die Beklagte zudem keine Grundlage dar und eine solche ist vorliegend auch nicht zu erkennen. Die Widerklage ist in diesem Punkt abzuweisen.

### 3. Fazit Widerklageforderung

Im Ergebnis ist somit eine Forderung der Beklagten im Umfang von CHF 16'900.67 für die Ersatzvornahme bei der Versiegelung von Tank T1 ausgewiesen. Im Übrigen ist die Widerklage abzuweisen.

## **V. Verrechnung zwischen Klage- und Widerklageforderung**

### 1. Ausgangslage

Aus der Beurteilung der Forderungen der Klage und der Widerklage ergibt sich eine Forderung der Klägerin von EUR 875'882.15 und eine Forderung der Beklagten von CHF 16'900.67. Die Beklagte hat im Rahmen der Klageantwort erklärt, die Werklohnforderung der Klägerin vollumfänglich mit ihren eigenen Forderungen zu verrechnen (act. 13 Rz. 463; zur Unwiderrufbarkeit der Verrechnungserklärung vgl. Ziff. III/1).

### 2. Rechtliches

#### 2.1. Voraussetzungen der Verrechnung

Die Verrechnung setzt zunächst voraus, dass sich zwei Forderungen gegenüber stehen. Die Forderung des Verrechnenden (Verrechnungsforderung) muss klagbar, unbelastet von Einreden und Einwendungen und fällig sein. Die Forderung des Verrechnungsgegners (Hauptforderung) muss demgegenüber entgegen dem Gesetzeswortlaut lediglich erfüllbar sein. Dabei muss sich die Verrechnungsforderung gegen den Verrechnungsgegner und die Hauptforderung gegen den Verrechnenden richten (BSK OR I-MÜLLER, Art. 120 N 3 ff. m.H.). Weiter muss es sich um gleichartige Forderungen handeln. Geldleistungen in unterschiedlichen

Währungen sind verrechenbar, sofern es einen Umrechnungskurs gibt und die Parteien keine Effektivklausel vereinbart haben, wonach mindestens eine der Leistungen effektiv in der vereinbarten Währung zu begleichen ist (BGE 130 III 312 E. 6.2). Umzurechnen ist dabei die Verrechnungsforderung im Zeitpunkt, in welchem die Verrechnungswirkungen eintreten (BK OR-ZELLWEGER-GUTKNECHT, OR 120, N 217 f.). Ferner muss eine Verrechnungserklärung vorliegen und die Verrechnung darf weder gesetzlich noch vertraglich ausgeschlossen sein (BSK OR I-MÜLLER, Art. 120 N 16 ff. m.H).

## 2.2. Wirkung der Verrechnung

Die Wirkungen der Verrechnung treten rückwirkend auf den Zeitpunkt ein, in dem Forderung und Gegenforderung zur Verrechnung geeignet einander gegenüberstanden. Für den Fall, dass die Verrechnungsbefugnis den Parteien nicht im selben Zeitpunkt zusteht, ist derjenige Zeitpunkt der massgebende, indem dem Verrechnenden die fällige, durchsetzbare Verrechnungsforderung gegen den Verrechnungsgegner und diesem die erfüllbare Hauptforderung gegen den Verrechnenden zustanden (BGer 4A\_17/2013 vom 13. Mai 2013 E. 3.1).

Eine Forderung ist fällig, wenn der Gläubiger die geschuldete Leistung verlangen kann und der Schuldner erfüllen muss (BGE 136 V 73 E. 2.2; 129 III 535 E. 3.2.1). Wann der Anspruch auf Kostenersatz des Bestellers fällig wird, ergibt sich nicht aus Art. 366 Abs. 2 OR. Es ist dem Besteller aber sicher erlaubt, nach durchgeführter Ersatzvornahme seine Forderung geltend zu machen (GAUCH, a.a.O., Rz. 871a).

## 3. Würdigung

Die Verrechnungsforderung ist vorliegend die beklagliche Forderung für die Versiegelung des Tanks T1 gemäss Ziffer IV/2.4.10 hiavor in der Höhe von CHF 16'900.67. Die Hauptforderung ist die Restanz der Pauschalwerklohnforderung von EUR 872'566.55. Diese Forderungen erweisen sich (unbestrittenermassen) als gleichartig und gegenseitig. Ausserdem besteht kein Verrechnungsverbot. Vorliegend bezahlte die Beklagte die Rechnung der M.\_\_\_\_\_ für deren Arbei-

ten am 7. Juni 2017 (act. 13 Rz. 386; act. 28 Rz. 451), mithin entstand ihre Forderung in diesem Moment und die Beklagte wäre ohne Weiteres berechtigt gewesen, die Leistung in diesem Zeitpunkt zu verlangen und die Klägerin hätte auch leisten müssen. Was die Hauptforderung anbelangt, ist richtig und durch die Beklagte auch nicht bestritten (vgl. act. 57 Rz. 392), dass diese im Fälligkeitszeitpunkt der beklagtischen Forderung bereits erfüllbar war. Somit liegt sowohl eine zulässige Verrechnungslage sowie eine rechtsgültige Verrechnungserklärung vor.

Was die Wirkung der Verrechnung betrifft, ist die beklagtische Forderung per 7. Juni 2017 von Schweizer Franken in Euro umzurechnen, da sich die Wirkung der Verrechnung auf diesen Zeitpunkt bezieht. Die Höhe des Wechselkurses zu diesem Zeitpunkt muss dabei von der Beklagten nicht behauptet werden, da es sich bei Wechselkursen um notorische Tatsachen handelt (BGE 135 III 88 E. 4.1 = Pra 98 [2009] Nr. 89). Der Wechselkurs betrug am 7. Juni 2017 CHF 1 = EUR 0.921 ([https://zkb-finance.mdgms.com/tools/calculator/exchangerates\\_customer/index.html](https://zkb-finance.mdgms.com/tools/calculator/exchangerates_customer/index.html)). Die beklagtische Verrechnungsforderung entspricht daher (gerundet) EUR 15'565.50, in welchem Umfang die klägerische Forderung damit per 7. Juni 2017 getilgt wurde.

Da es sich bei der Verrechnung um eine materiell-rechtliche Figur handelt, hat dies zur Folge, dass die Werklohnforderung von EUR 872'566.55 im Umfang von EUR 15'565.50 vor Fälligkeits- und Verzugseintritt getilgt wurde. Im Prozess bedeutet dies, dass die Klage betreffend die Werklohnforderung von EUR 872'566.55 in reduziertem Umfang von EUR 857'001.05 gutzuheissen ist.

Die beklagtische Ansprüche sind durch die Verrechnung demgegenüber vollumfänglich untergegangen, weshalb die Widerklage vollständig abzuweisen ist.

## **VI. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen**

Betreffend der Restanz des Pauschalwerklohns hat die Beklagte vorbehaltlos die Verrechnung dieses Betrags erklärt und damit sämtliche andere ihr im Zeitpunkt der Verrechnungserklärung bekannten Einreden und Einwendungen verwirkt.

Somit blieb diese Forderung der Klägerin in der Höhe von EUR 872'566.55 im Prozess unbestritten und ist daher ausgewiesen.

Demgegenüber ist von den vier von der Klägerin verlangten Mehrvergütungen ("Changing Notification No. 10", "Changing Notification No. 11", "Zusätzlich bestelltes Material", "Zusätzlich bestellte Leistungen") lediglich die Position "zusätzlich bestelltes Material" in der Höhe von EUR 3'315.60 (inkl. MWST) ausgewiesen. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen.

Soweit die Beklagte in ihrer Widerklage Schadenersatz wegen Verzugs der Klägerin bei der Werkserstellung geltend macht, ist die Widerklage abzuweisen. Einerseits weil die Parteien keinen Verfalltag vereinbart haben, den die Klägerin überschritten hätte, und andererseits weil es der Beklagten auch sonst nicht gelang, den Verzug der Klägerin nachzuweisen.

Betreffend die Mehraufwendungen und Mängelbehebungskosten sowie die Minderung und die Mangelfolgeschäden ist die Widerklage ebenfalls überwiegend abzuweisen – namentlich mangels substantzierter Behauptungen und wegen fehlender Anspruchsgrundlagen. Im Umfang von CHF 16'900.67 bzw. EUR 15'565.50 sind die Forderungen der Widerklage für die Ersatzvornahmen bei der Versiegelung der Tanks ausgewiesen.

Da die Beklagte ihre Forderungen mit jenen der Klägerin verrechnet hat, ging die ausgewiesene Forderung der Beklagten in der Höhe von CHF 16'900.67 bzw. EUR 15'565.50 im Moment ihrer Entstehung wieder durch Verrechnung unter. Dies hat zur Folge, dass die Widerklage vollumfänglich abzuweisen ist und sich der Betrag, in welchem die Klage gutzuheissen ist, entsprechend reduziert. Im Ergebnis ist der Klägerin daher EUR 857'001.05 zuzüglich Verzugszins von 12% p.a. seit 27. September 2017 sowie EUR 3'315.60 zuzüglich Verzugszins von 12% p.a. seit 2. Dezember 2016 zuzusprechen.

## VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### 1. Verteilung und Streitwert

Die Prozesskosten, welche die Gerichtskosten und die Parteientschädigung umfassen (Art. 95 Abs. 1 ZPO), werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Obsiegt keine Partei vollständig, werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

Stehen sich in einem Prozess Klage und Widerklage gegenüber, sind die Streitwerte zur Bestimmung der Prozesskosten zusammenzurechnen, sofern sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 94 Abs. 2 ZPO).

Vorliegend schliessen sich die (Pauschal-)Werklohnforderung der Klägerin und die von der Beklagten geltend gemachten Minderungs- bzw. Schadenersatzansprüche im Zusammenhang mit dem Fütterungssystem im Umfang des auf das Fütterungssystem entfallenden Werklohns gegenseitig aus. Der Anteil des Fütterungssystems am (Pauschal-)Werklohn beträgt gemäss der Changing Notification No. 5 EUR 112'755 (vgl. act. 13 Rz. 406 m.H.a. act. 14/2 S. 36). Dieser Betrag ist für die Berechnung des Streitwerts nicht zu berücksichtigen. Die übrigen Positionen (Klage: Mehrvergütung aufgrund von Bestellungsänderungen; Widerklage: Verzugsschaden sowie sämtliche Aufwände im Zusammenhang mit Nachbesserung und Mangelfolgeschäden) stehen hingegen für sich allein.

Das Klagebegehren lautet auf Euro. Für die Streitwertberechnung ist die auf eine fremde Währung lautende Klagesumme im Zeitpunkt der Klageerhebung in Schweizer Franken umzurechnen (BGE 63 II 34).

Der Streitwert zur Bestimmung der Prozesskosten berechnet sich demnach wie folgt:

|                              |                       |
|------------------------------|-----------------------|
| Streitwert Klage             | EUR 970'531.24        |
| <u>./.. Fütterungssystem</u> | <u>EUR 112'755.00</u> |
| Summe                        | EUR 857'776.24        |

|                                |                         |  |
|--------------------------------|-------------------------|--|
| in Schweizer Franken           | CHF 974'948.50          | Kurs per 24. Oktober 2018 [Datum Rechtshängigkeit]: EUR 1 = CHF 1.1366 [www.zkb.com] |
| <u>+ Streitwert Widerklage</u> | <u>CHF 8'422'557.80</u> |  |
| Streitwert total               | CHF 9'397'506.30        |  |

Die Klägerin unterliegt im Rahmen ihrer Klage im Betrag von EUR 110'214.59 (EUR 970'531.24 ./ EUR 860'316.65), was CHF 125'269.90 entspricht. Im Rahmen der Widerklage unterliegt sie nicht. Das bedeutet, dass die Klägerin insgesamt zu 1/100 unterliegt (CHF 125'269.90/CHF 9'397'506.30=0.013) und zu 99/100 obsiegt. Dementsprechend sind die Kosten zu verteilen.

## 2. Gerichtskosten

Die ordentliche Gerichtsgebühr beträgt CHF 115'000.–. Angesichts des Aufwandes des Gerichts – Durchführung einer Vergleichsverhandlung, Beurteilung komplexer Rechtsfragen, Anzahl und Umfang der Rechtsschriften und Beilagen – erscheint es gerechtfertigt, die ordentliche Gerichtsgebühr um die Hälfte, mithin auf CHF 173'000.–, zu erhöhen. Davon sind der Klägerin CHF 1'730.– (1/100) und der Beklagten CHF 171'270.– (99/100) aufzuerlegen. Die Kosten sind aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen (Klägerin CHF 32'000.–; Beklagte CHF 122'200.–) zu decken und im ungedeckten Umfang (CHF 18'800.–) von der Beklagten nachzufordern. Im Umfang von CHF 30'270.– ist der Klägerin sodann das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

## 3. Parteientschädigungen

Stellt man die – vorerst abstrakt bestimmten – gegenseitigen Ansprüche auf Parteientschädigungen einander gegenüber (Anspruch der Klägerin von 99/100 sowie Anspruch der Beklagten von 1/100), ist der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung im Umfang von 98/100 zuzusprechen (ZR 72 [1973] Nr. 18).

Die Höhe der Parteientschädigung wird nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) bestimmt. Sie setzt sich aus der Gebühr und den notwendigen Auslagen zusammen (§ 1 Abs. 2 AnwGebV). Die Grundgebühr



ist mit der Begründung oder Beantwortung der Klage verdient, wobei auch der Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung abgedeckt wird; für jede weitere Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Die Grundgebühr beträgt CHF 101'880.–. Für die Teilnahme an der Vergleichsverhandlung und die Erstattung der zweiten Rechtsschrift ist die Grundgebühr um 50 % auf CHF 152'820.– zu erhöhen (§§ 2, 4 und 8 AnwGebV). Davon kommt der Klägerin ein Anteil von 98/100, mithin gerundet CHF 150'000.–, zu.

Die Klägerin beantragt die Parteientschädigung unter Zuzug der Mehrwertsteuer. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei aufgrund aussergewöhnlicher Umstände nicht im vollen Umfange zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (BGer 4A\_552/2015, E. 4.5; ZR 104 [2005] S. 291 ff.; SJZ 101 [2005] S. 531 ff.), was die Klägerin nicht getan hat. Ihr ist die Parteientschädigung demnach ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Im Übrigen ist der Klägerin die von ihr geleisteten Sicherheitsleistung für eine allfällige Parteientschädigung der Beklagten zurückzuerstatten.

**Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin EUR 860'316.65 (inkl. 8% MWST) zuzüglich Zins von 12 % p.a. seit 2. Dezember 2016 auf den Betrag von EUR 3'315.60 sowie von 12 % p.a. seit 27. September 2017 auf den Betrag von EUR 857'001.05 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 173'000.–.

4. Die Kosten werden der Klägerin im Betrag von CHF 1'730.– und der Beklagten im Betrag von CHF 171'270.– auferlegt. Die auferlegten Kosten werden aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen gedeckt und im ungedeckten Umfang (CHF 18'800.–) von der Beklagten nachgefordert. Der Klägerin wird im Umfang von CHF 30'270.– das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 150'000.– zu bezahlen.
6. Die Sicherheit für die Parteientschädigung (CHF 32'500.–) wird der Klägerin zurückerstattet.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
8. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 9'397'506.30.

Zürich, 26. Mai 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Fabian Herren