

# ZG\_OBERGERICHT Z1 2024 11 vom 6. Juni 2025

ZG Obergericht, 2025-06-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg\\_obergericht\\_Z1\\_2024\\_11](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_obergericht_Z1_2024_11)

FR: ZG\_OBERGERICHT Z1 2024 11 du 6 juin 2025

IT: ZG\_OBERGERICHT Z1 2024 11 del 6 giugno 2025

## Regeste

Forderung | Auftrag/GfoA/Akkreditiv

## Erwägungen

### E. 1

In prozessualer Hinsicht ist vorab Folgendes festzuhalten:

#### E. 1.1

Im vorinstanzlichen Verfahren machte die Klägerin gegenüber der Beklagten auf Forderungen von CHF 1'620'837.89 für die Zeit 10. November 2017 bis 12. November 2019 einen Verzugszins von 5 % im Betrag von CHF 162'527.76 geltend (Ziff. 2 und 4 des in der Klage gestellten Rechtsbegehrens). Die Vorinstanz wies dieses Begehren grösstenteils ab und hielt fest, dass die Beklagte der Klägerin CHF 8'477.25 schulde (act. 60 E. 8), diese Forderung indessen zufolge Verrechnung erloschen sei (act. 60 E. 9). Die Klägerin beantragt in der Berufung zunächst die vollumfängliche Gutheissung ihrer Klage (Ziff. 1 der Berufungsanträge). Allerdings verlangt sie in der Folge – anders als noch vorinstanzlich – weder die Bezahlung der CHF 162'527.76 noch die Beseitigung des Rechtsvorschlages in entsprechendem Umfang (vgl. Ziff. 4 der Berufungsanträge). Auch in der Beru-

Seite 10/46 fungs begründung findet sich kein Hinweis darauf, dass die Klägerin an dieser Forderung festhalten wollte. Ihre Berufungsanträge sind deshalb nach Treu und Glauben (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 4A\_248/2024 vom 4. März 2025 E. 4.1.2) so zu verstehen, dass sie den Entscheid der Vorinstanz über die (separat geltend gemachte) Verzugszinsforderung (Ziff. 2 der Klagebegehren) nicht anfechten will. In diesem Umfang ist der angefochtene Entscheid demnach in Rechtskraft erwachsen, hemmt die Berufung die Rechtskraft des angefochtenen Entscheids doch nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Insofern erübrigen sich weitere Ausführungen dazu (s. dazu auch hinten E. 7).

#### E. 1.2

Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO). Das Berufungsverfahren ist als eigenständiges Verfahren ausgestaltet. Es dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dargelegter Beanstandungen. Entsprechend ist die Berufung nach Art. 311 Abs. 1 ZPO begründet einzureichen. Dabei muss die Berufungsklägerin aufzeigen, inwiefern und weshalb sie den angefochtenen Entscheid in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht als fehlerhaft erachtet bzw. weshalb (zulässige) Noven oder neue Beweismittel einen anderen Schluss aufdrängen.

Um diesen Anforderungen nachzukommen, genügt es nicht, wenn die Berufungsklägerin lediglich auf ihre Vorbringen vor erster Instanz verweist, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedengibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Vielmehr muss sie im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnen, die sie beanstandet, sich mit ihnen argumentativ auseinandersetzen und die Aktenstücke nennen, auf denen ihre Kritik beruht. Die Begründung muss hinreichend explizit sein, sodass sie vom Berufungsgericht einfach nachvollzogen werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_255/2021 vom 22. März 2022 E. 3.1.6; BGE 142 III 413 E. 2.2.2 und 138 III 374 E. 4.3.1 [= Pra 2013 Nr. 4]). Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbstständige Begründungen, so muss sich die Berufungsklägerin in der Berufung mit jeder einzelnen Begründung auseinandersetzen, ansonsten auf die Berufung nicht einzutreten ist (Urteil des Bundesgerichts 4A\_31/2025 vom 21. Februar 2025 E. 2.1 [für das bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren]; Hungerbühler, in: Brunner/Schwander/Vischer [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 3. A. 2025, Art. 311 ZPO N 42 f. m.w.H.). Die Begründung ist eine gesetzliche, von Amtes wegen zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung. Lässt die Berufung insgesamt oder hinsichtlich eines bestimmten Streitpunkts eine (hinreichende) Begründung vermissen, so tritt das Berufungsgericht darauf nicht ein. Die gerichtliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO entbindet nicht von einer gehörigen Begründung der Rechtsmitteleingabe. Ebenso wenig besteht eine Pflicht des Berufungsgerichts, die Berufung zur Verbesserung zurückzuweisen. Dabei handelt es sich nicht um einen verbesserlichen Mangel im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO (Urteil des Bundesgerichts 5A\_452/2022 vom 11. April 2023 E. 4.2.1; 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015; je m.w.H.).

### **E. 1.3**

Das Berufungsgericht verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache und kann das erstinstanzliche Urteil sowohl auf rechtliche wie tatsächliche Mängel hin überprüfen (vgl. Art. 310 ZPO). Das bedeutet aber nicht, dass das Berufungsgericht gehalten ist, von sich aus alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen. Es hat sich – abgesehen von offen-

Seite 11/46 sichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Begründung gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 147 III 176 E. 4.2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A\_194/2024 vom 11. Oktober 2024 E. 4.2.2.2 m.w.H.).

### **E. 2**

In Zusammenhang mit der Erstellung des Glasfasernetzes in Q.\_\_\_\_\_ macht die Klägerin – wie im vorinstanzlichen Verfahren – eine ausstehende Werklohnforderung von CHF 1'324'235.35 bzw. CHF 1'040'688.99 (nach Verrechnung) geltend (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 8). Dass es sich beim TU-Vertrag um einen Werkvertrag gemäss Art. 363 ff. OR handelt, ist zu Recht unbestritten (vgl. act. 60 E. 4.1). Uneinigkeit herrscht hingegen über das im TU-Vertrag vorgesehene Vergütungssystem (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 3) und damit über die Höhe der Entschädigung, die der Klägerin für die von ihr erbrachten Arbeiten vertraglich zusteht.

### **E. 2.1**

Die Vorinstanz kam in einem ersten Schritt zum Schluss, dass zwischen den Parteien ein tatsächlicher Konsens bestanden habe. Ihre diesbezüglichen Erwägungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

### **E. 2.1.1**

Die Parteien eines Werkvertrags seien frei, die Modalitäten des Werklohns zu regeln. So könnten sie namentlich einen reinen Höchstpreis vereinbaren. Damit werde die Vergütungspflicht des Bestellers limitiert, indem der Höchstbetrag fixiert werde, den dieser für die Werkleistung des Unternehmers schulde. Vergütungen, die über den Höchstpreis hinausgingen, stünden dem Unternehmer nicht zu, sofern die Parteien diesbezüglich nichts anderes vereinbart hätten. Wie sich die geschuldete Vergütung bis zum Höchstbetrag bemesse, beurteile sich nach dem übrigen Inhalt des Vertrags. Infrage komme insbesondere die Abrechnung nach Aufwand oder nach Einheitspreisen. Ob im Einzelfall ein reiner Höchstpreis vereinbart worden sei, sei durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Werde ein "Kostendach" vereinbart, handle es sich dabei meistens um einen reinen Höchstpreis (act. 60 E. 4.2.2).

### **E. 2.1.2**

Der Inhalt eines Vertrags bestimme sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, d.h. nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Ein derartiger Wille könne sich einerseits aus entsprechenden Äusserungen, andererseits aus den Umständen ergeben. Umstände in diesem Sinne könnten Erklärungen sein, die im Vorfeld des Vertragsschlusses abgegeben worden seien, oder Tatsachen, die sich nach diesem ereignet hätten, namentlich das spätere Verhalten der Parteien. Die subjektive Vertragsauslegung beruhe auf Beweiswürdigung. Stehe eine tatsächliche Willensübereinstimmung fest (sog. natürlicher oder tatsächlicher Konsens), bleibe für eine Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz kein Raum. Nur wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibe oder wenn feststehe, dass eine Partei den von der anderen erklärten Willen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht verstanden habe, seien zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen hätten verstanden werden dürfen und müssen (act. 60 E. 4.2.3 f.).

### **E. 2.1.3**

Vorliegend bestehe zwischen den Parteien in folgender Hinsicht ein natürlicher Konsens: Die in den Kostengruppen genannten Gesamtinvestitionskosten abzüglich des Betrags für die "Rohr-Kabelmiete" (Q.\_\_\_\_\_) bzw. die "Umsatzabgabe" (S.\_\_\_\_\_) bildeten ein Kostendach im Sinne eines reinen Höchstpreises, welches ohne Zustimmung der Beklagten

Seite 12/46 nicht überschritten werden dürfen. Für Q.\_\_\_\_\_ habe das Kostendach CHF 22'684'520.00 betragen. Der Werklohn für die Erstellung der Glasfasernetze habe sich nach dem tatsächlichen Aufwand der Klägerin bestimmt, limitiert durch das jeweilige Kostendach. Die Klägerin habe nicht einen bestimmten Erschliessungsgrad geschuldet; stattdessen seien bis zum Erreichen des Kostendachs so viele OTO-Dosen wie möglich zu realisieren (gewesen). Bei Erreichen des Kostendachs habe es der Klägerin obliegen, sich von der Beklagten eine Erhöhung des Budgets genehmigen zu lassen oder andernfalls die Arbeiten zu beenden (act. 60 E. 4.2.4.6).

## E. 2.2

In der Berufung bringt die Klägerin demgegenüber vor, zwischen den Parteien habe weder ein tatsächlicher Konsens bestanden noch ergebe sich eine solche Vereinbarung aufgrund einer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip. Bei den Kostengruppen handle es sich nicht um ein Kostendach; sie seien lediglich als "Kostenmodell" anzusehen, die auf einer Vorstudie basiert hätten. Zudem sei der Business- Case vom 1. November 2012 bezüglich Q.\_\_\_\_\_ mit einem Erschliessungsgrad von 84 % definiert worden. Dem Investor sei zu Beginn der Projekte denn auch klar gewesen, dass er mehr zahlen müsse, wenn man mehr Häuser mit OTO-Dosen an die Glasfasernetze anschliessen könne. Dies zeige ebenfalls, dass von einem Kostendach nicht die Rede sein könne. Bei einem Kostendach werde als Grundlage ein Werkvertrag geschlossen. Dieser beinhalte Mengen mit Preisen, Teuerung bei Projekten über mehrere Jahre, Definitionen zu Qualität und zeitlichem Verlauf und weitere Bedingungen, die es den Vertragsparteien möglich machten, die Risiken einzugrenzen. Der (weitgehend von H.\_\_\_\_\_ verfasste) TU-Vertrag sei zu einer Zeit geschlossen worden, als weder die Preise der Dienstleister noch der Lieferanten noch die Mengen definiert gewesen seien, sondern die Kosten nur als Schätzungen vorgelegt hätten. Die tatsächlichen Aufwendungen hätten zu diesem Zeitpunkt unmöglich abgeschätzt werden können und seien nicht voraussehbar gewesen. "Im Ergebnis" seien am Standort Q.\_\_\_\_\_ 11'991 anstatt 9'408 OTO-Dosen und am Standort S.\_\_\_\_\_ 12'305 anstatt 10'730 OTO-Dosen realisiert worden. Dass bei dieser Sachlage ein Kostendach vereinbart worden sein solle, sei absurd. Niemand vereinbare einen fixen Preis und leiste anschliessend ohne zusätzliches Entgelt zusätzliche Leistungen. Folglich seien die Preise gemäss den Kostengruppen vom 1. November 2012 nur für die 9'408 OTO-Dosen in Q.\_\_\_\_\_ bzw. für die 10'370 OTO-Dosen in S.\_\_\_\_\_ (und nicht für die tatsächlich erstellten 11'991 bzw. 12'305 OTO-Dosen) massgebend (act. 61 Ziff. III.1.1).

## E. 2.3

Mit diesen Ausführungen ist die Klägerin nicht zu hören. Sie beschränkt sich im Wesentlichen darauf, ihren bereits im vorinstanzlichen Verfahren vertretenen Standpunkt wiederzugeben, und übt weitgehend rein appellatorische Kritik (vgl. Hungerbühler, a.a.O., Art. 311 ZPO N 31), ohne sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen und den Bestimmungen des TU-Vertrags argumentativ auseinanderzusetzen. Vielmehr gibt sie vor, dass sie nach der "absurden" vorinstanzlichen Auslegung des TU-Vertrags verpflichtet (gewesen) wäre, die von ihr geschuldeten Leistungen unabhängig vom tatsächlichen Aufwand zu einer zum Voraus fixierten Geldsumme zu erbringen (was im Ergebnis der Vereinbarung eines Pauschalpreises entspräche; vgl. dazu Gauch, Der Werkvertrag, 6. A. 2019 Nr. 900 f.; König, Berner Kommentar, 2024, Art. 373 OR N 23). Dies trifft offensichtlich nicht zu. Die Vorinstanz ging davon aus, dass sich der Werklohn für die Erstellung der Glasfasernetze nach dem tatsächlichen Aufwand der Klägerin bestimme, und erwog, dass die in den Kostengruppen genannten Gesamtinvestitions-

Seite 13/46 kosten ein Kostendach im Sinne eines reinen Höchstpreises bildeten, das ohne Zustimmung der Beklagten nicht überschritten werden dürfe. Bei Erreichen des Kostendachs habe es der Klägerin obliegen, sich von der Beklagten eine Erhöhung des Budgets genehmigen zu lassen oder andernfalls die Arbeiten zu beenden (vgl. vorne E. 2.1.3; s. auch hinten E. 3, 4.1.3.1, 4.3.3 und 4.5.3). Auf diese Erwägung, die ihrer Argumentation die Grundlage entzieht, geht die Klägerin nicht ein (s. auch act. 67 Rz 17 f.). Wie die Beklagte in der Berufungsantwort sodann zu Recht bemerkt (und bereits im vorin-

stanzlichen Verfahren belegt hat), wusste die Klägerin schon im Zeitpunkt der Unterzeichnung des TU-Vertrags, dass am Standort Q.\_\_\_\_\_ nicht bloss 9'407, sondern mindestens 11'000 Nutzungseinheiten zu erschliessen sein würden. Die Behauptung der Klägerin, wonach bei Abschluss des TU-Vertrags weder Preise der Dienstleister noch Lieferanten noch Mengen definiert gewesen seien und nur Kosten als Schätzungen vorgelegen hätten, trifft somit nicht zu (s. dazu auch hinten E. 4.1.2.1 und 4.1.3.1; act. 67 Rz 23-27 und Rz 34 a.E.).

#### **E. 2.4**

Die Klägerin will ihren Standpunkt sodann mit einem "Beispiel" untermauern, wobei sie auf zwei mit der Replik eingereichte Listen (act. 17/35 und 17/36) verweist. Was die Klägerin damit belegen will, ist allerdings unverständlich, zumal ihre diesbezüglichen Erklärungen nicht nachvollziehbar sind (act. 61 Ziff. III.1.1 S. 7 f.; s. dazu auch act. 67 Rz 28-31). Ferner verweist sie wiederholt auf Vorbringen in ihren Rechtsschriften, die vom Zeugen J.\_\_\_\_\_ bestätigt worden seien. Dabei versäumt sie es jedoch anzugeben, wo genau sie was bereits in der 129-seitigen Klage (act. 1) und/oder in der 194-seitigen Replik (act. 13) vorgebracht bzw. bestritten haben will. Damit bleibt auch unklar, was der Zeuge J.\_\_\_\_\_ mit seinen Aussagen, welche die Klägerin ohne Angabe des Inhalts nur mit der Ziffer der jeweiligen Frage zitiert, bestätigt haben soll (vgl. act. 61 Ziff. III.1.1 S. 9 a.E., S. 10 Abs. 2 und 3 sowie Ziff. III.1.4). Unbeachtlich ist auch die blosser Behauptung der Klägerin, dass "die Arbeiten geliefert" worden seien, was "sich aus dem Stick [ergibt], welcher gemäss Eingabe vom 25. November 2020 zu den Akten gegeben wurde" (act. 61 Ziff. III.1.1 S. 11 Abs. 2). Mit solchen Vorbringen ist die Berufung offenkundig nicht hinreichend begründet, weshalb darauf nicht einzutreten ist (vgl. vorne E. 1.2).

#### **E. 3**

Im Weiteren erkannte die Vorinstanz, dass sich am Ergebnis auch dann nichts ändern würde, wenn eine tatsächliche Übereinstimmung nicht bewiesen und der TU-Vertrag anhand des Vertrauensprinzips auszulegen wäre (act. 60 E. 4.2.5).

#### **E. 3.1**

Zur Begründung führte die Vorinstanz zusammengefasst Folgendes aus:

##### **E. 3.1.1**

Aus dem Wortlaut von Ziff. 11 des TU-Vertrages ("Kosten") ergebe sich, dass sich der Werklohn nach dem Aufwand der Klägerin bestimme [nachfolgende Hervorhebungen von der Vorinstanz hinzugefügt]. So heisse es in Abs. 2: "Es wird mit offener Abrechnung (inkl. Bauteuerung bis zur Bauschlussabrechnung) verfahren." In Abs. 4 habe sich die Klägerin verpflichtet, das "bestellte Bauwerk (FttH S.\_\_\_\_\_, FttH Q.\_\_\_\_\_) unter Einhaltung der vorgegebenen Projekt- und Qualitätsanforderungen so zu planen, dass möglichst günstige Bau- und Betriebskosten resultieren und die offen ausgewiesenen und abzurechnenden Kosten nicht überschritten werden." In Ziff. 4 Abs. 2 sei schliesslich vorgesehen, dass die Klägerin der Beklagten "alle 2 Monate (erstmalig am 17.01.2014) eine Übersicht über die Entwicklung der effektiven Baukosten pro Standort (S.\_\_\_\_\_, Q.\_\_\_\_\_) im Vergleich mit dem vereinbarten Kos-

Seite 14/46 tenmanagement (gemäss Kostengruppe im Businesscase 01.11.2012) [unterbreitet]" (act. 60 E. 4.2.5.1).

##### **E. 3.1.2**

Ebenso lasse sich dem Wortlaut des TU-Vertrags entnehmen, dass ein Kostendach vereinbart worden sei. So heisse es in Ziff. 3 Abs. 3, die Klägerin "garantiert der Bauherrin die Einhaltung [...] der Gesamtkosten (Kostengruppe gemäss Businesscase 01.11.2012 von der Bauherrin) [...]" [Hervorhebung von der Vorinstanz hinzugefügt]. In der genannten Kostengruppe würden verschiedene "Gesamtkosten" ausgewiesen (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 2): Einerseits enthalte die Tabelle für jede Arbeitsgattung (bzw. "Funktion") die "Gesamtkosten" bestehend aus der Summe von Personal- und Materialkosten. Zum anderen würden in der Tabelle auch die Gesamtkosten (verstanden als Total der Gesamtkosten sämtlicher Arbeitsgattungen) dargestellt. Diese würden für Q. \_\_\_\_\_ CHF 24'460'520.00 ("mit OTO") bzw. CHF 18'020'520.00 ("ohne OTO") betragen und seien grafisch hervorgehoben (fette Schrift). Ebenfalls unter der Spalte "Gesamtkosten" würden die Kosten pro Gebäudeanschluss (CHF 7'439.00 bzw. CHF 5'480.00) und pro Wohneinheit (CHF 2'600.00 bzw. CHF 1'915.00) ausgewiesen, wiederum mit und ohne OTO (ebenfalls in fetter Schrift). Im auf die Tabelle folgenden Fazit heisse es schliesslich: "Die Gesamtinvestitionskosten belaufen sich auf CHF 24'460'520.00." In Anbetracht dessen, dass für die Beklagte relevant sei, was sie der Klägerin für die Erstellung des gesamten Glasfasernetzes (CO bis OTO-Dose) und nicht bloss für einzelne Arbeitsgattungen bezahlen müsse, könnten mit den "Gesamtkosten" in Ziff. 3 Abs. 3 des TU-Vertrags nur die "Gesamtinvestitionskosten" – reduziert um den Betrag für die "Rohr-Kabelmiete", der nicht von der Klägerin, sondern von der T. \_\_\_\_\_ AG (T. \_\_\_\_\_) zu bezahlen gewesen sei – gemeint sein. Dieser Schluss decke sich mit der in Ziff. 3 Abs. 1 des TU-Vertrags erwähnten Zielsetzung der Beklagten ("Einhalten der Gesamtinvestition (Kostengruppe) gemäss Businesscase"). Dafür, dass es sich bei den Gesamtinvestitionskosten abzüglich des Betrags für die "Rohr-Kabelmiete" um ein Kostendach im Sinne eines reinen Höchstpreises handle, sprächen auch die weiteren Vertragsbedingungen. In Ziff. 11 Abs. 4 des TU-Vertrags verpflichtete sich die Klägerin, das "bestellte Bauwerk (FtH S. \_\_\_\_\_, FtH Q. \_\_\_\_\_) unter Einhaltung der vorgegebenen Projekt- und Qualitätsanforderungen so zu planen, dass möglichst günstige Bau- und Betriebskosten resultieren und die offen ausgewiesene und abzurechnenden Kosten nicht überschritten werden" [Hervorhebung von der Vorinstanz hinzugefügt]. Indem die Klägerin die Einhaltung dieser Kosten ausdrücklich garantiert habe, seien die um die "Rohr-Kabelmiete" (Q. \_\_\_\_\_) bzw. die "Umsatzabgabe" (S. \_\_\_\_\_) reduzierten Gesamtinvestitionskosten gemäss Kostengruppen zum Kostendach (verstanden als reinem Höchstpreis) erhoben worden. Dass – wie die Klägerin vorbringe – die Gesamtinvestitionskosten gemäss Kostengruppen auf blossen Schätzungen beruhten, stehe dem nicht entgegen. Die Parteien seien frei gewesen, das Kostendach anhand einer Kostenschätzung festzulegen (act. 60 E. 4.2.5.2).

### **E. 3.1.3**

In Ziff. 11 Abs. 5 des TU-Vertrages sei geregelt, wie vorzugehen sei, falls die Beklagte "Mehr- oder Minderleistungen" verlange [nachfolgende Hervorhebungen von der Vorinstanz hinzugefügt]: "Verlangt die Bauherrin Mehr- oder Minderleistungen, so hat die TU diese inkl. Honorar (TU, Planer, Unternehmer, Lieferanten) und Auswirkungen auf den Terminplan schriftlich zu offerieren. Die Bauherrin entscheidet alsdann schriftlich, solche Leistungsänderungen in die Ausführungsplanung oder Bauausführung einzubeziehen oder darauf zu verzichten. Je nach Entscheid der Bauherrin werden die Kosten um den offerierten und akzeptierten Betrag erhöht resp. gesenkt. Verzichtet die Bauherrin auf die Ausführung einer auf Wunsch von ihr

Seite 15/46 offerierten Änderung, so hat die TU Anspruch auf eine Entschädigung für die Ausarbeitung der Offerte. Dasselbe gilt für besonders aufwendige Studien im Zusammenhang mit Änderungswünschen. Solche Entschädigungen sind vorgängig durch die Bauherrin genehmigen zu lassen." In Abs. 11 heisse es weiter: "Werden die Gesamtkosten durch Entscheide der Bauherrin überschritten, so werden die jeweiligen Kosten unter Aufrechnung des TU-Honorars von 20% (Planer und TU) entsprechend erhöht. Werden die Gesamtkosten durch Entscheide der Bauherrin hingegen unterschritten, so trägt dies zur Unterschreitung der jeweiligen Kosten bei und es gilt die Partizipation der Bauherrin zu 100 %." Unabhängig davon, was mit "Mehr- oder Minderleistungen" genau gemeint sei, spreche der Wortlaut der genannten Bestimmungen dafür, dass Überschreitungen des Kostendachs der Zustimmung der Beklagten bedürften, andernfalls sie nicht entschädigt würden. Dass eine (von der Beklagten zu entschädigende) Überschreitung des Kostendachs der Zustimmung der Beklagten bedürfe, sei logische Folge des Kostendachs bzw. des reinen Höchstpreises. Andernfalls wäre das Kostendach seines Sinnes entleert (act. 60 E. 4.2.5.3).

#### **E. 3.1.4**

Wie viele OTO-Dosen das Glasfasernetz in Q.\_\_\_\_\_ habe umfassen sollen bzw. welcher Erschliessungsgrad anzustreben gewesen sei, ergebe sich aus dem Wortlaut des TU-Vertrags nicht ausdrücklich. Entgegen der Ansicht der Beklagten könne das Ziel eines höchstmöglichen Erschliessungsgrades nicht aus Ziff. 4 Abs. 1 abgeleitet werden. Im TU-Vertrag werde verschiedentlich auf die Kostengruppen Bezug genommen. Die Bezugnahme erfolge jeweils ausdrücklich hinsichtlich der (Gesamt-)Kosten; der in der Kostengruppe genannte Erschliessungsgrad werde im TU-Vertrag hingegen nicht erwähnt. Für das Ziel einer höchstmöglichen Erschliessung sprächen jedoch die nachfolgend dargelegten Begleitumstände und die Interessenlage der Parteien bei Vertragsschluss (act. 60 E. 4.2.5.4).

#### **E. 3.1.5**

Die Klägerin habe verschiedentlich ausgeführt, die Kostengruppen basierten auf Vorstudien und hätten lediglich als "Indikatoren" für mögliche Investoren gedient. Im Jahr 2012 sei man für Q.\_\_\_\_\_ noch von einem geschätzten bestmöglichen Erschliessungsgrad von 84 % ausgegangen, wobei es sich um eine blosser Schätzung handle, wie hoch die Errichtungskosten bei einem Erschliessungsgrad von 84 % ausfallen könnten. Die Klägerin verweise damit auf die Unsicherheiten, die den Kostengruppen zugrunde gelegen hätten. In diesem Zusammenhang habe – so die Vorinstanz – der Zeuge J.\_\_\_\_\_ sinngemäss ausgeführt, man könne zu Beginn eines Glasfaserprojekts keine fixe Anzahl an OTO-Dosen festlegen, da ungewiss sei, wie viele OTO-Dosen schliesslich realisiert werden könnten. Das Einzige, was man zu Beginn des Projekts machen könne (und auch tue), sei einen Erschliessungsgrad zu definieren, den man anstreben wolle. Anhand dieses Erschliessungsgrades könne im Business Case ein Durchschnittspreis pro OTO-Dose bestimmt werden. Dieser Durchschnittspreis könne dazu dienen, einen Investitionsentscheid zu fällen, d.h. zu entscheiden, ob das Glasfasernetz tatsächlich realisiert werden solle (act. 40 Ziff. 18-20 und 25). Aufgrund dieser Ausgangslage hätten die Parteien vereinbart, nach effektiven Kosten und nicht nach Stückpreisen abzurechnen (act. 40 Ziff. 21, 18 und 50). Der Zeuge J.\_\_\_\_\_ habe ferner dargelegt, dass die Beklagte die Glasfasernetze nach deren Bau besitze. Je mehr OTO-Dosen realisiert würden, desto höher sei das Vermarktungspotential. Es sei der Wunsch aller Beteiligten eines Projektes, dass möglichst alle Gebäude an das Glasfasernetz angeschlossen werden

könnten, damit einem Provider ein gutes Angebot unterbreitet werden könne (act. 40 Ziff. 27).

Seite 16/46 Die Vereinbarung eines reinen Höchstpreises und eines aufwandbasierten Werklohnes trage – so die Vorinstanz – den vorstehend genannten Unsicherheiten bei Vertragsschluss wie auch den verschiedenen Interessen der Parteien Rechnung. Die Beklagte als Bauherrin, die dem Investor gegenüber für die Einhaltung der Kosten verantwortlich sei (vgl. act. 40 Ziff. 15 und 35), habe insofern Kostensicherheit, als sie wisse, wie viel sie das Glasfasernetz maximal kosten werde. Eine Überschreitung des Maximalbetrags setze ihre Zustimmung voraus. Die Klägerin werde anhand des tatsächlichen Aufwands entlohnt. Die Unsicherheiten mit Bezug auf die Kosten würden so von den Parteien gemeinsam getragen. Weder setze sich die Klägerin dem Risiko aus, das Werk zu einem zu tiefen Preis zu versprechen, noch bestehe für die Beklagte die Gefahr, zu viel für das Glasfasernetz zu bezahlen. Auch von einem maximal erschlossenen Glasfasernetz würden beide Parteien profitieren. Die Beklagte vermöge dadurch das Vermarktungspotential des Glasfasernetzes zu maximieren, während der (aufwandbasierte) Werklohn der Klägerin mit dem Erschliessungsgrad steige. Indem die Parteien einen Mechanismus vorgesehen hätten, um das Kostendach gegebenenfalls zu erhöhen, hätten sie dem Umstand Rechnung getragen, dass das Kostendach auf einer Schätzung beruhe und bei Vertragsschluss nicht abschliessend klar gewesen sei, welcher Erschliessungsgrad damit effektiv möglich sein werde, aber grundsätzlich eine möglichst vollständige Erschliessung angestrebt werde (vgl. act. 40 Ziff. 25 und 27). Damit sei gleichzeitig auch klar gestellt, dass die anzustrebende maximale Erschliessung durch das Kostendach limitiert sei. Im Idealfall könnten mit dem reinen Höchstpreis sämtliche erschliessbaren OTO-Dosen realisiert werden. Im ungünstigeren Fall reiche der Betrag dafür nicht aus und er müsse erhöht werden, falls sämtliche OTO-Dosen erschlossen werden sollten. Entscheide sich die Beklagte gegen eine Erhöhung, dürfe und müsse die Klägerin die Arbeiten beenden. Da aber nur die Klägerin als Totalunternehmerin einen Überblick über die tatsächlich anfallenden Kosten habe, trage zwingend sie die Verantwortung für die Einhaltung des Kostendachs und die rechtzeitige Benachrichtigung der Beklagten im Falle einer drohenden Überschreitung (act. 60 E. 4.2.5.5).

### **E. 3.2**

In der Berufung macht die Klägerin demgegenüber geltend, die Beklagte habe auch nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen müssen, dass ein höherer Erschliessungsgrad zu höheren Kosten führe (act. 61 Ziff. III.2.2). Dies begründet sie wie folgt:

#### **E. 3.2.1**

In den entscheidenden Antworten des Zeugen J. \_\_\_\_\_ zu den Fragen 50 und 25 (act. 40) sei nicht der geringste Hinweis auf ein Kostendach zu finden. Der Zeuge habe lediglich erklärt, der Investor habe gewusst, dass durch eine erhöhte Erschliessung (von z.B. 100 %) schlussendlich mehr Kosten entstehen würden und er mehr zahlen müsse, wenn man mehr Häuser an die Glasfasernetze anschliessen könne. Dass ein Kostendach beachtet werden müsse, habe der Zeuge J. \_\_\_\_\_ – zu Recht – nicht gesagt. Ferner habe die Vorinstanz richtigerweise ausgeführt, dass es auch dem Willen der Klägerin entsprochen habe, eine möglichst hohe Anzahl OTO-Dosen zu realisieren. Die Parteien hätten sich diesbezüglich übereinstimmend verstanden und geeinigt, was unbestritten sei. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz sei aber falsch. Zwar habe auch die Klägerin so viele OTO-Dosen wie möglich

realisieren wollen. Natürlich sei sie aber davon ausgegangen, dass ihr dafür mehr bezahlt werden würde. Nach dem Vertrauensprinzip habe die Beklagte dies nicht anders verstehen können. Weiter habe die Vorinstanz zu Recht erklärt, dass die Klägerin ebenfalls von einer Abrechnung nach tatsächlichem Aufwand ausgegangen sei und auch diesbezüglich eine Willensübereinstimmung vorliege. Zudem könne die von G.\_\_\_\_\_ an der Parteibefragung gemachte

Seite 17/46 Aussage, wonach er die Mehrleistungen bilateral mit H.\_\_\_\_\_ besprochen habe, nur so verstanden werden, dass H.\_\_\_\_\_ mit dem Mehraufwand und der entsprechenden zusätzlichen Entschädigung einverstanden gewesen sei. Auf ein Kostendach könne aus diesen Ausführungen nicht geschlossen werden (act. 61 Ziff. III.2.3.-2.6).

### **E. 3.2.2**

Für die Erschliessung von 9'408 OTO-Dosen sei – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – der ursprünglich in Aussicht genommen Preis geschuldet gewesen. Nur die zusätzlich zu erschliessende OTO-Dosen seien – so wiederum nach Ansicht der Vorinstanz – nach Aufwand zu entschädigen gewesen. Der Auftrag zur Realisierung aller möglichen OTO-Dosen habe vorgelegen. Hätte ein Kostendach ohne Mengengerüst vorgelegen, so wären die Leistungen für fehlende BEP und OTO-Dosen tatsächlich geschuldet. Darauf gehe die Vorinstanz mit keinem Wort ein. Dasselbe gelte auch für den Umstand, dass H.\_\_\_\_\_ – wie vom Zeugen J.\_\_\_\_\_ bestätigt – die vollständige Kontrolle über die entstehenden Kosten gehabt habe. Die Beklagte habe sodann den Rechnungen entnehmen können, dass darin jeweils alle Teilrechnungen aufgeführt gewesen seien; die Kostenkontrolle sei somit auf einem Blick und ohne Berechnung möglich gewesen. Richtigerweise sei davon auszugehen, dass die Beklagte die Zahlungen nach offener Abrechnung geleistet habe, weil ihr bewusst gewesen sei, dass die Klägerin ihre Leistungen an den Standorten Q.\_\_\_\_\_ und S.\_\_\_\_\_ vertragsgemäss erbracht habe (act. 61 Ziff. III.2.7 f.).

### **E. 3.2.3**

Schliesslich habe die Klägerin entgegen der Behauptung der Beklagten kein schlüsselfertiges Werk abliefern müssen, was der Zeuge J.\_\_\_\_\_ ebenfalls bestätigt habe. Es könnten nur einzelne OTO-Dosen schlüsselfertig erstellt werden, nicht aber ein ganzes FTTH-Netz. Als Ergebnis könne somit festgehalten werden, dass die Parteien kein Kostendach vereinbart hätten und die Klägerin kein schlüsselfertiges Werk abliefern müssen. Der Preis gemäss Kostengruppe vom 1. November 2012 sei nur für die 9'408 OTO-Dosen in Q.\_\_\_\_\_ massgebend und nicht für die tatsächlich erstellten 11'991 OTO-Dosen. Gleich verhalte es sich für S.\_\_\_\_\_, wo die Kostengruppe für 10'730 OTO-Dosen und nicht für die tatsächlich erstellten 12'305 OTO-Dosen massgebend sei (act. 61 Ziff. III.2.9).

### **E. 3.3**

Was die Klägerin vorbringt, ist teilweise widersprüchlich und zielt – soweit verständlich – an den Erwägungen der Vorinstanz vorbei. Diese gelangte nicht zum Schluss, dass die Klägerin unabhängig von der Anzahl der realisierter OTO-Dosen zu entschädigen sei. Vielmehr ging – wie die Klägerin selbst bemerkt – auch die Vorinstanz davon aus, dass jene nach Aufwand entschädigt wird und die Entschädigung auch das vereinbarte Kostendach übersteigen kann, falls die Mehrleistungen von der Beklagten genehmigt werden (vgl. vorne E. 2.1.3, 2.3 und 3.1.3-3.1.5). Auf Letzteres geht die Klägerin nur insofern ein, als sie

geltend macht, dass die Preise gemäss der Kostengruppe vom 1. November 2012 nur für die im TU-Vertrag genannte Anzahl und nicht für die tatsächlich erstellten OTO-Dosen massgebend gewesen seien. Im Weiteren behauptet sie zwar, dass H.\_\_\_\_\_ bei bilateralen Besprechungen mit G.\_\_\_\_\_ sein Einverständnis zum Mehraufwand und der entsprechenden zusätzlichen Entschädigung erklärt habe. Damit wiederholt die Klägerin aber nur das, was sie vor erster Instanz bereits behauptet hat, und übt appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid, anstatt sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen zu befassen. Dies gilt insbesondere auch für die einlässliche Auslegung des TU-Vertrags nach dem Vertrauensprinzip (auf die ohne Weiteres verwiesen werden kann; vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 4A\_229/2024 vom

Seite 18/46 25. Juli 2024 E. 4.2 m.w.H.), zu der sich die Klägerin – wenn überhaupt – nur allgemein und am Rand äussert (s. dazu auch act. 67 Rz 59). Inwiefern die Vorinstanz das Recht unrichtig angewendet oder den Sachverhalt unrichtig festgestellt haben soll, zeigt sie damit nicht auf und ist dementsprechend auch nicht nachvollziehbar. Mangels einer argumentativen Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen ist mithin auch in diesem Punkt auf die Berufung nicht einzutreten (vgl. vorne E. 1.2). Im Übrigen weist die Beklagte in der Berufungsantwort zu Recht darauf hin, dass – entgegen der Auffassung der Klägerin – auch die Antworten des Zeugen J.\_\_\_\_\_ durchaus auf ein Kostendach hindeuten (vgl. act. 67 Rz 60). Auf die Frage, ob er sich an irgendeine Diskussion erinnern könne, an der die Beklagte geäussert habe, dass sie dies [Mehrkosten] nicht toleriere, oder ob man die Mehrkosten einfach zur Kenntnis genommen und diese genehmigt habe, antwortete der Zeuge nämlich Folgendes: "Man muss immer das Verhältnis betrachten. Man muss überprüfen, ob Mehrkosten das Budget oder den Zahlungsplan der Beklagten gegenüber dem Investor gefährdeten. Ich fragte mich stets, ob die Kosten in Beträgen bestanden, die man nicht mehr im Griff hatte. Solange man aber mit den effektiven Kosten unter dem Budget lag, war dies nicht alarmierend. Ich nahm das als gewöhnliche Probleme wahr, die es einfach auf einem Bau gibt. Wenn man heutzutage etwas baut oder saniert, bestehen solche Probleme immer" (act. 40 Ziff. 49; vgl. dazu auch act. 60 E. 4.3.3.5). Insofern nützen der Klägerin auch die von ihr angeführten Aussagen des Zeugen J.\_\_\_\_\_ nichts.

### **E. 3.4**

Die Klägerin geht sodann auf die (von ihr stark verkürzt wiedergegebenen) E. 4.2.5.1-4.2.5.3 des vorinstanzlichen Entscheids (vgl. vorne E. 3.1.1-3.1.3) ein und hält dazu fest, dass (i) kein Kostendach vereinbart gewesen sei und es daher keine Kosten gegeben habe, die hätten überschritten werden können (act. 61 Ziff. III. 2.10); (ii) die Vorinstanz bei ihrem Schluss auf ein Kostendach die Vereinbarung der Parteien ausblende, wonach die Kosten dann höher hätten ausfallen müssen, wenn weit mehr als die ursprünglich in Aussicht genommene Anzahl OTO-Dosen erstellt worden seien; (iii) der Beklagten auch der Hinweis auf Ziff. 11 Abs. 4 des TU-Vertrags nicht helfe, weil die "offen ausgewiesenen und abzurechnenden Kosten [...] nicht überschritten" worden seien, und daher unerfindlich sei, weshalb diese Bestimmung auf ein Kostendach hindeuten solle (act. 61 Ziff. III.2.11); und (iv) sich in Ziff. 11 des TU-Vertrags das Wort Kostendach nicht finde, sodass der Schluss der Vorinstanz, wonach Überschreitungen des Kostendachs der Zustimmung der Beklagten bedürft hätten, nicht überzeuge (act. 61 Ziff. III.2.12.). Auch mit diesen Vorbringen wiederholt die Klägerin lediglich ihren eigenen (unzutreffenden) Standpunkt. Ihre Rügen sind zudem derart pauschal, dass sie die einlässliche und differenzierte Auslegung der einschlägigen Bestimmungen des TU-Vertrags durch die Vorinstanz

offenkundig nicht infrage zu stellen vermögen. Weitere Ausführungen dazu erübrigen sich deshalb.

### **E. 3.5**

Bezüglich der E. 4.2.5.4 f. des vorinstanzlichen Entscheids (vgl. vorne E. 3.1.4 f.) entgegnet die Klägerin, die Vorinstanz habe vorab festgehalten, dass anhand des Erschliessungsgrades im Business Case ein Durchschnittspreis pro OTO-Dose bestimmt werden könne, der es erlaube, einen Investitionsentscheid zu fällen. Aufgrund dieser Ausgangslage hätten die Parteien vereinbart, nach effektiven Kosten abzurechnen. Die Vorinstanz argumentiere dann weiter

Seite 19/46 und versteige sich zur erstaunlichen Aussage, dass die Vereinbarung eines reinen Höchstpreises und eines aufwandbasierten Werklohns den Unsicherheiten bei Vertragsschluss wie auch den verschiedenen Interessen beider Parteien Rechnung trage. Dabei übersehe die Vorinstanz etwas Entscheidendes: Wäre es tatsächlich so, dass die Klägerin einerseits so viele OTO-Dosen wie möglich hätte erschliessen müssen, dabei aber an das Kostendach gebunden gewesen wäre, hätte dies dazu geführt, dass die einzelnen OTO-Dosen immer billiger zu stehen gekommen wären. Tatsächlich seien die einzelnen OTO-Dosen günstiger als ursprünglich vorgesehen erstellt worden, was der Effizienz der Klägerin zu verdanken sei. Beliebiger billiger hätten diese OTO-Dosen selbstverständlich nicht werden können, ansonsten die Klägerin nicht nur keinen Gewinn erzielt, sondern Verluste produziert hätte. Inwiefern dies der Interessenlage der Klägerin entsprochen haben sollte, bleibe das Geheimnis der Vorinstanz. So habe es auch dem Investor klar sein müssen, dass die Klägerin kein Interesse gehabt habe, zwar beliebig OTO-Dosen mehr zu erstellen, dafür aber immer weniger zu bekommen. Ausserdem habe H. \_\_\_\_\_ an der Parteibefragung auf Frage der Referentin (act. 41 Ziff. 61) bestätigen müssen, dass es für einen Unternehmer "definitiv teurer" sei, wenn er eine höhere Anzahl OTO-Dosen ausführe als vereinbart und zum Beispiel anstelle von nur einer OTO-Dose 1'000 OTO-Dosen realisiere (act. 61 Ziff. III.2.3 S. 9 f.). Diese Einwände sind ebenfalls unbehelflich. Dass es für einen Unternehmer teurer ist, anstelle von nur einer OTO-Dose 1'000 OTO-Dosen zu realisieren, ist offenkundig. Was die Klägerin aus dieser Tatsache bzw. aus der von ihr zitierten Aussage von H. \_\_\_\_\_ für den vorliegenden Fall zu ihren Gunsten ableiten will, ist hingegen nicht ersichtlich. Dies gilt umso mehr, als sie aufgrund des TU-Vertrags gerade nicht verpflichtet war, eine beliebige Zahl von OTO-Dosen zu einem fixen, zum Voraus bestimmten Preis zu realisieren, und der TU-Vertrag (bei zutreffender Auslegung) den unterschiedlichen Interessen der Parteien angemessen Rechnung trägt (vgl. vorne E. 2.3 und E. 3.3). Darauf geht die Klägerin wiederum nicht ein, sondern beharrt im Wesentlichen auf der unzutreffenden Prämisse, wonach die Parteien kein Kostendach (im Sinne eines reinen Höchstpreises) vereinbart hätten. Von irgendwelchen "Geheimnissen" kann sodann keine Rede sein: Die vorinstanzlichen Erwägungen sind überzeugend und nachvollziehbar, weshalb auch in diesem Zusammenhang darauf verwiesen werden kann. Zudem zeigt das Projekt S. \_\_\_\_\_, dass es der Klägerin (auch) möglich war, das Kostendach deutlich zu unterschreiten, auch wenn sie wesentlich mehr OTO-Dosen erstellte als geplant (vgl. hinten E. 4.4).

### **E. 4**

In einem nächsten Schritt erwog die Vorinstanz, die Parteien hätten für die Erstellung des Glasfasernetzes in Q. \_\_\_\_\_ ein Kostendach (reinen Höchstpreis) in der Höhe von CHF

22'684'520.00 vereinbart. Die Endabrechnung der Klägerin belaufe sich jedoch auf CHF 25'846'639.94 (act. 1/34). Die Klägerin trage die Beweislast dafür, dass sich die Parteien darauf geeinigt hätten, das Kostendach (mindestens) auf diesen Betrag zu erhöhen, und sie sich dabei einvernehmlich über den im TU-Vertrag vorgesehenen Schriftlichkeitsvorbehalt (Ziff. 11 Abs. 5 und Ziff. 20 Abs. 3) hinweggesetzt hätten (vgl. Art. 8 ZGB). Dieser Beweis sei der Klägerin nicht gelungen (act. 60 E. 4.3).

#### **E. 4.1**

Die Vorinstanz gab zunächst die Standpunkte der Parteien wieder (act. 60 E. 4.3.1 f.) und führte zur Begründung danach Folgendes aus:

Seite 20/46

##### **E. 4.1.1**

Die Klägerin habe aufforderungsgemäss 32 Protokolle von Baukommissionssitzungen ediert, die den Zeitraum vom 23. Mai 2014 bis zum 27. Juni 2018 abdeckten. Diesen Protokollen und den Aussagen des Zeugen J. \_\_\_\_\_ sowie von G. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ liessen sich keine Hinweise darauf entnehmen, dass in den Jahren 2014 und 2015 das Kostendach bzw. das Budget aufgrund des "gemeldeten Mehraufwands" bzw. der "protokollierten Mehrkosten" erhöht worden wäre. Hingegen sei erstellt, dass die Beklagte das Budget für die Jahre 2016 und 2017 genehmigt habe, während die Genehmigung des Budgets 2018 offenbar unterblieben sei. Ob mit den Genehmigungen auch eine Erhöhung des Budgets bzw. Kostendachs einhergegangen sei, könne den Protokollen nicht entnommen werden. In den Protokollen sei jedoch mehrfach festgehalten worden, wenn die Beklagte aufgrund bestimmter Vorkommnisse mit Mehrkosten gerechnet oder solche für möglich gehalten habe. Vor diesem Hintergrund erscheine es wenig wahrscheinlich, dass an den Baukommissionssitzungen beschlossene Budgeterhöhungen im behaupteten Umfang von über CHF 3 Mio. keinen Niederschlag in den Sitzungsprotokollen gefunden hätten. Dies gelte umso mehr, als der Zeuge J. \_\_\_\_\_ ausgeführt habe, dass für an den Baukommissionssitzungen getroffene Entscheidungen Protokolle verfasst worden seien (vgl. act. 40 Ziff. 29 f.). Die Behauptung der Klägerin, wonach im Zeitraum von 2016 bis 2018 achtmal Budgeterhöhungen im Betrag von insgesamt CHF 3'127'306.00 mündlich vereinbart worden seien, vermöchten die Protokolle der Baukommissionssitzungen mithin nicht zu belegen. Dies gelte auch für die diesbezüglichen Aussagen des Zeugen J. \_\_\_\_\_ sowie von H. \_\_\_\_\_ und G. \_\_\_\_\_ (act. 60 E. 4.3.3-4.3.3.7).

##### **E. 4.1.2**

Dem hält die Klägerin in der Berufung zusammengefasst Folgendes entgegen:

###### **E. 4.1.2.1**

Die Argumentation der Vorinstanz setze voraus, dass die Parteien ein Kostendach vereinbart hätten. Dies sei gerade nicht der Fall gewesen. Nur schon aus diesem Grund gingen die Ausführungen der Vorinstanz ins Leere. Abgesehen davon habe es der Beklagten klar sein müssen, dass eine höhere Anzahl OTO-Dosen zu höheren Kosten geführt habe und es für die Klägerin absolut widersinnig gewesen wäre, möglichst viele Erschliessungen vorzunehmen und dafür immer weniger pro OTO-Dose zu erhalten. Zu dieser Fehlüberlegung der Vorinstanz passe, dass sie zwar erwähne, dass die Klägerin mit ihren Subunternehmern vereinbart habe, mindestens 11'000 OTO-Dosen zu erschliessen, in E. 4.3.2 jedoch die unbestrittene Tatsache unterschlage, dass H. \_\_\_\_\_ diesen Vertrag

mitunterschieden habe (act. 61 Ziff. III.2.13 S. 19 f.).

#### **E. 4.1.2.2**

G.\_\_\_\_\_ habe an der Parteibefragung erklärt, die Klägerin habe Mehrleistungen erbracht und diese bilateral mit H.\_\_\_\_\_ besprochen. Fortlaufend habe es mitunter auch Kosten- erhöhungen gegeben (act. 41 Ziff. 12). Zudem habe G.\_\_\_\_\_ Folgendes erklärt: "Während die Klägerin im Rollout arbeitete, war H.\_\_\_\_\_ noch ein Mitarbeiter bei der Klägerin. Er war derjenige, welcher als Erster die Verträge entgegennahm, welche unterschrieben wieder bei der Klägerin eintrafen. H.\_\_\_\_\_ sah also als Erster, dass die Klägerin die festgehaltenen Kennzahlen überstieg. Selbstverständlich sprach die Klägerin diesbezüglich mit der Beklagten" (act. 41 Ziff. 22). Diese Aussagen seien plausibel: Die Kosten- gruppen hätten vom Jahre 2012 datiert. Der TU-Vertrag sei im Jahre 2014, also zwei Jahre später, geschlossen worden. In der Folge sei gebaut worden, wobei für Q.\_\_\_\_\_ unbestritten mindestens 11'991 OTO-Dosen erstellt worden seien. Gemäss Kosten- gruppe habe man angenommen, dass die OTO-Dosen CHF 2'600 pro Stück kosten würden. Hätte man ein Kostendach vereinbart, dann hätten die OTO-Dosen gemäss Aussage von

Seite 21/46 G.\_\_\_\_\_ im Durchschnitt rund CHF 2'100.00 gekostet (act. 41 Ziff. 26; act. 61 Ziff. III.2.13 S. 20 f.).

#### **E. 4.1.2.3**

Richtig sei, dass die [Protokolle der] Baukommissionssitzung[en] keinen Beweis für die Darstellung der Klägerin geben könnten. Diese Protokolle würden aber auch nicht zum Gegenbeweis beitragen. Vielmehr seien sie für die Beweisführung nicht relevant, weil sie erst im Rahmen des Prozesses von der Beklagten ediert worden und der Klägerin – mit Ausnahme des Protokolls der Sitzung vom 23. Mai 2025 (act. 34/1) – nicht bekannt gewesen seien. Alle anderen Sitzungsprotokolle seien nicht an die Klägerin gegangen und seien von ihr auch nicht genehmigt worden. Der Inhalt der Protokolle sei deshalb nicht zum Beweis tauglich, insbesondere nicht für die Behauptung, dass ein Kostendach vereinbart worden sei (act. 61 Ziff. III.2.14).

#### **E. 4.1.3**

Auch in diesen Punkten kann der Klägerin nicht gefolgt werden.

##### **E. 4.1.3.1**

Zum einen stützt sie sich erneut auf ihre Auffassung, dass kein Kostendach vereinbart sei, was – wie bereits mehrmals dargelegt – nicht zutrifft (vgl. vorne E. 2.3 und E. 3). Zum anderen wiederholt sie ihren unbehelflichen Einwand, wonach es für die Klägerin absolut widersinnig gewesen wäre, möglichst viele Erschliessungen vorzunehmen und dafür immer weniger pro OTO-Dose zu erhalten (vgl. vorne E. 3.5). Im Weiteren wirft sie der Vorinstanz vor, in E. 4.3.2 des angefochtenen Entscheids eine unbestrittene Tatsache unterschlagen zu haben (vgl. vorne E. 4.2.1.1 a.E.). Dabei übersieht sie allerdings, dass die Vorinstanz in der zitierten Erwägung lediglich den Standpunkt der Beklagten wiedergab, weshalb der Vorwurf offenkundig fehl geht. Abgesehen davon ist ohnehin nicht klar, was die Klägerin aus dieser Tatsache zu ihren Gunsten ableiten will, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

##### **E. 4.1.3.2**

Ferner gibt die Klägerin vereinzelte Aussagen von G. \_\_\_\_\_ wieder und will damit wohl ihren Standpunkt untermauern, wonach (i) die Preise gemäss den Kostengruppe vom 1. November 2012 nur für die im TU-Vertrag genannte Anzahl und nicht für die tatsächlich erstellten OTO-Dosen massgebend gewesen seien und (ii) H. \_\_\_\_\_ bei bilateralen Besprechungen mit G. \_\_\_\_\_ sein Einverständnis zum Mehraufwand und der entsprechenden zusätzlichen Entschädigung erklärt habe. Auch hier fehlt es jedoch an einer argumentativen Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid (vgl. vorne E. 3.3), weshalb darauf nicht einzutreten ist (s. dazu auch hinten E. 4.6).

#### **E. 4.1.3.3**

Schliesslich hat die Vorinstanz nicht festgehalten, dass aufgrund der Protokolle der Baukommissionssitzungen ein Gegenbeweis erbracht worden sei. Sie gelangte lediglich zum Schluss, dass diese Protokolle die Behauptung der Klägerin, wonach im Zeitraum von 2016 bis 2018 achtmal Budgeterhöhungen im Betrag von insgesamt CHF 3'127'306.00 mündlich vereinbart worden seien, nicht zu belegen vermöchten. Dem stimmt auch die Klägerin explizit zu. Zum weiteren Schluss, dass dies auch für die diesbezüglichen Aussagen des Zeugen J. \_\_\_\_\_ sowie von H. \_\_\_\_\_ und G. \_\_\_\_\_ gelte, äussert sich die Klägerin nicht, sodass sich weitere Ausführungen dazu erübrigen.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz würdigte sodann die Aussagen von G. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ und des Zeugen J. \_\_\_\_\_.

Seite 22/46

#### **E. 4.2.1**

G. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ seien auch generell zum Thema Erhöhung bzw. Überschreitung des Budgets befragt worden. Dabei hätten sie im Wesentlichen die Standpunkte der Parteien bekräftigt. So habe H. \_\_\_\_\_ auf die Frage, was er dazu sage, dass Kostenüberschreitungen gemeinsam vereinbart worden seien, geantwortet, das sei eine absurde Unterstellung (act. 41 Ziff. 15). Auf der anderen Seite habe G. \_\_\_\_\_ auf die Frage, ob – und wenn ja, auf welche Art – die Beklagte die zusätzlichen Kosten für die Überschreitung des Budgets gemäss Kostengruppe genehmigt habe, wörtlich geantwortet: "Ich würde sagen, dass die Beklagte die zusätzlichen Kosten stillschweigend genehmigte. Wie H. \_\_\_\_\_ zuvor sagte, sah er, was die produzierte Menge an OTO-Dosen war." H. \_\_\_\_\_ habe entgegnet: "Nein, die Beklagte erhielt ja nie etwas bezüglich dieser zusätzlichen Kosten. Die Beklagte erhielt bis im Mai 2018 immer nur Akonto-Rechnungen" (act. 41 Ziff. 54). Nachdem das Ergebnis der Parteibefragung grundsätzlich neutral zu werten sei (act. 60 E. 4.3.3.6), könne keine Partei daraus etwas zu ihren Gunsten ableiten (act. 60 E. 4.3.4).

#### **E. 4.2.2**

Auch der Zeuge J. \_\_\_\_\_ sei allgemein zum Thema der Überschreitung bzw. Erhöhung des Budgets (Kostendachs) befragt worden.

#### **E. 4.2.2.1**

Auf die Frage, ob im TU-Vertrag eine fixe Anzahl OTO-Dosen vereinbart worden sei, habe der Zeuge J. \_\_\_\_\_ sinngemäss geantwortet, dass man bei einem Glasfaserprojekt keine fixe Anzahl an OTO-Dosen festlegen könne. Die einzige Grössenangabe, die man bei Pro-

jektbeginn definieren könne, sei ein anzuvisierender Erschliessungsgrad zu einem gewissen Preis. Vorliegend habe man diesen (für Q. \_\_\_\_\_) auf 84 % festgelegt. Wenn es jedoch mehr werde, müsse dies in der Abrechnung berücksichtigt werden (vgl. act. 40 Ziff. 19). Auf Nachfrage der Referentin, ob er damit meine, dass der Preis oder die Anzahl OTO-Dosen nach Projektbeginn bei der Abrechnung wieder berücksichtigt werden sollte, habe er erklärt: "Ich meine damit, dass wenn die Anzahl an bearbeiteten OTO-Dosen höher wird, als man zu Beginn des Projektes festhielt, muss die Bearbeitung der zusätzlichen OTO-Dosen bei der Abrechnung berücksichtigt werden [...]" (act. 40 Ziff. 20). Gemäss des Aussagen des Zeugen J. \_\_\_\_\_ habe man denn auch vereinbart, nach effektiven Kosten abzurechnen und nicht nach fixen Preisen (Einheitspreis pro realisierte OTO-Dose), da man dieses Modell als fairer erachtet habe (vgl. act. 40 Ziff. 50 und 21). Weiter habe er ausgeführt, dem Investor sei klar gewesen, dass er mehr zahlen müsse, wenn man einen höheren Erschliessungsgrad erreiche als zu Beginn des Projekts angenommen (act. 40 Ziff. 25 und 50). Der Zeuge J. \_\_\_\_\_ habe in diesem Zusammenhang aber auch erwähnt, er wisse nicht, welche Arbeiten man mit dem festgelegten Geldbetrag machen können, weil er nur bis im Jahr 2016 bei der Beklagten tätig gewesen sei und die Schlussabrechnung nicht kenne (vgl. act. 40 Ziff. 20 und 50). Auf entsprechende Frage habe der Zeuge J. \_\_\_\_\_ weiter zu Protokoll gegeben, dass H. \_\_\_\_\_ stets die Übersicht über die Anzahl realisierter OTO-Dosen wie auch die vollständige Kontrolle über die entstehenden Kosten gehabt habe (act. 40 Ziff. 22 f.). Auch er selbst habe gewusst, wie viel der Bau der OTO-Dosen gekostet habe; er habe diese zumindest im Controlling-Bereich aufgrund der eingereichten Preisübersicht (act. 40/1) auch gesehen (act. 40 Ziff. 24). Er wisse, dass die Klägerin und Beklagte nachträglich gemeinsam viel mehr OTO-Dosen als 84 % gebaut hätten (act. 40 Ziff. 19, vgl. auch Ziff. 22; act. 60 E. 4.3.5.1).

#### **E. 4.2.2.2**

Statt der in der Kostengruppe erwähnten 9'408 OTO-Dosen (was einem Erschliessungsgrad von 84 % entspreche) seien – so die Vorinstanz – am Standort Q. \_\_\_\_\_ über 11'000 Seite 23/46 OTO-Dosen erstellt worden. Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen des Zeugen J. \_\_\_\_\_ könnte geschlossen werden, dass aufgrund des höheren Erschliessungsgrads auch höhere Kosten anfielen als in der Kostengruppe Q. \_\_\_\_\_ angenommen ("Gesamtinvestitionskosten"), und der Beklagten dies habe bewusst sein müssen. Zu beachten sei in- dessen, dass es sich bei den Ausführungen des Zeugen um Überlegungen grundsätzlicher Natur handle. Denn dieser habe eben auch gesagt, dass man nach tatsächlichem Aufwand habe abrechnen wollen und folglich die in den Kostengruppen vorgesehenen Zahlen "nicht schön linear [habe] verteilen" können (vgl. act. 40 Ziff. 18). Massgeblich seien also die tatsächlichen Kosten gewesen, weshalb es nicht ausgeschlossen gewesen sei, dass diese am Ende (erheblich) tiefer ausfielen als die im Business Case zu Beginn angenommenen Gesamtinvestitionskosten, wie dies beim Projekt S. \_\_\_\_\_ der Fall gewesen sei. Ausserdem habe der Zeuge J. \_\_\_\_\_ bestätigt, dass sich die Klägerin zur Einhaltung der Gesamtinvestitionskosten gemäss Kostengruppe verpflichtet habe (vgl. act. 40 Ziff. 16 f.), mithin, dass ein Kostendach vereinbart worden sei. Relevant sei zudem, dass der Zeuge J. \_\_\_\_\_ einerseits ausgeführt habe, es habe die Parteien gefreut, dass man viel mehr OTO-Dosen gebaut habe, als sie sich je gewünscht hätten (act. 40 Ziff. 22), er andererseits aber erklärt habe, nicht zu wissen, welche Arbeiten man mit dem festgelegten Betrag (d.h. den Gesamtinvestitionskosten gemäss Kostengruppe) habe

machen können, da er die Schlussrechnung nicht kenne (act. 40 Ziff. 50). Der Zeuge J. \_\_\_\_\_ sei im August 2016 aus dem Verwaltungsrat der Beklagten ausgeschieden (act. 40 Ziff. 57). Nach seiner Aussage seien die Glasfasernetze nach 2016 "schon fast fertiggestellt" gewesen; es hätten nur noch wenige Aufgaben erledigt werden müssen (vgl. act. 40 Ziff. 15). Er habe erläutert, dass die Beklagte das Controlling der Kosten anhand des Budgets gemäss Kostengruppen vorge- nommen habe (act. 40 Ziff. 18). In diesem Zusammenhang habe er an der Einvernahme ei- nen "Plan" (in Form einer Tabelle [act. 40/1]) eingereicht und diesen als das Controlling- Instrument der Beklagten bezeichnet (act. 40 Ziff. 14 f.). Dieser Plan liste in einer ersten Spal- te die in den Kostengruppen genannten Arbeitsgattungen (bzw. "Funktionen") samt den zu- gehörigen Gesamtkosten auf, getrennt nach Projekt (Q. \_\_\_\_\_ und S. \_\_\_\_\_). Der Plan sehe sodann für jedes Jahr – beginnend im Jahr 2013 – eine Spalte vor, in welche die Be- klagte die im betreffenden Jahr angefallen Kosten habe eintragen können. Im Plan seien für jede Arbeitsgattung für die Jahre 2013 bis 2016 Beträge eingetragen. In der Spalte 2017 sei hingegen einzig das gemäss Gesamtinvestitionskosten noch verfügbare Budget festgehalten – für Q. \_\_\_\_\_ CHF 6'315'731.00 und für S. \_\_\_\_\_ CHF 7'224'770.00 (act. 40/1). Nun habe J. \_\_\_\_\_ bestätigt, dass die Beklagte bis zu seinem Ausscheiden stets nur Akonto- rechnungen der Klägerin bezahlt habe (vgl. act. 40 Ziff. 52 und 54). Das Controlling bzw. die Prüfung der Einhaltung des Budgets habe demnach anhand dieser Akontorechnungen vorge- nommen werden müssen (vgl. act. 40 Ziff. 18). Der Zeuge J. \_\_\_\_\_ habe jedenfalls nicht ausgeführt, die Klägerin habe – neben den Akontorechnungen und vor der Schlussrechnung – jeweils detailliert über die bereits entstandenen Kosten Rechenschaft abgelegt. Die Beklagte habe wiederholt vorgebracht, dass die Klägerin ihr keine detaillierten Rechnun- gen im Sinne einer offenen Abrechnung, sondern lediglich Akontorechnungen habe zukom- men lassen und sie auch ihrer Pflicht gemäss Ziff. 4 Abs. 3 des TU-Vertrages, der Beklagten alle zwei Monate eine Übersicht über die Entwicklung der effektiven Baukosten pro Standort zu unterbreiten, nicht nachgekommen sei. Die Klägerin habe diese Behauptungen nicht sub- stanziert bestritten. G. \_\_\_\_\_ habe an der Parteibefragung vielmehr argumentiert, die Be-

Seite 24/46 klagte habe die zusätzlichen Kosten stillschweigend genehmigt, denn H. \_\_\_\_\_ habe ja gesehen, "was die produzierte Menge an OTO-Dosen war" (act. 41 Ziff. 54). Dass H. \_\_\_\_\_ die effektiven Kosten gekannt habe, habe G. \_\_\_\_\_ nicht behauptet. Die Aus- sage des Zeugen J. \_\_\_\_\_, wonach auch er gewusst habe, was der Bau der OTO-Dosen gekostet habe (vgl. act. 40 Ziff. 24), sei vor diesem Hintergrund zu verstehen und entspre- chend zu relativieren (act. 60 E. 4.3.5.2)

#### **E. 4.2.2.3**

Diese Überlegungen führten – so die Vorinstanz – zu folgendem Schluss: Wenn der Zeuge J. \_\_\_\_\_ ab August 2016 nicht mehr für die Beklagte tätig gewesen sei, zu diesem Zeitpunkt die Glasfasernetze "schon fast fertiggestellt" gewesen seien, das Budget im Jahr 2017 noch nicht ausgeschöpft gewesen sei (Restbetrag für Q. \_\_\_\_\_ über CHF 6,3 Mio.) und die Klä- gerin bis dato ausschliesslich Akontorechnungen gestellt habe, habe der Zeuge J. \_\_\_\_\_ gar nicht wissen können, ob zu einem späteren Zeitpunkt eine Erhöhung des Kostendachs bzw. Budgets nötig geworden sei, um eine möglichst vollständige Erschliessung zu erreichen, geschweige denn, ob die Beklagte eine solche dann auch genehmigt habe. Seine Ausführun- gen vermöchten deshalb für sich nicht zu beweisen, dass (i) die Klägerin die Beklagte über ei- ne (drohende) Überschreitung des Budgets bzw.

Kostendachs informiert und (ii) die Beklagte einer Erhöhung des Budgets bzw. Kostendachs zugestimmt habe. In diesem Zusammenhang sei abschliessend festzuhalten, dass der Zeuge J. \_\_\_\_\_ – entgegen der Darstellung der Klägerin – nicht ausgesagt habe, die Beklagte habe Budgeterhöhungen zugestimmt. Er habe vielmehr lediglich (allgemein) ausgeführt, Entscheide an den Baukommissionsitzungen seien einvernehmlich gefällt worden (vgl. act. 40 Ziff. 28). Ebenso wenig habe der Zeuge J. \_\_\_\_\_ bestätigt, dass dem Investor Mehrleistungen periodisch mitgeteilt worden seien (vgl. act. 55 S. 4 und act. 40 Ziff. 15; act. 60 E. 4.3.5.3).

#### **E. 4.2.3**

Dazu führt die Klägerin in der Berufung vorab aus, die Vorinstanz begründe, weshalb die Parteibefragung kein Beweis für die Sachdarstellung der Parteien gebe [vgl. vorne E. 4.2.1]. Dies wäre möglicherweise so, wenn einzig auf die Parteibefragung abgestellt werde. Zieht man die Aussagen des Zeugen J. \_\_\_\_\_ bei, zeigt sich aber, dass dieser im Wesentlichen die Aussagen von G. \_\_\_\_\_ gestützt habe (act. 61 Ziff. III.2.15). Mit dieser pauschalen Behauptung ist der Klägerin offenkundig nicht geholfen, legt sie doch nicht ansatzweise dar, welche Aussagen von G. \_\_\_\_\_ der Zeuge J. \_\_\_\_\_ bestätigt haben soll.

#### **E. 4.2.4**

In der Folge geht die Klägerin – wiederum stark verkürzt – auf die Aussagen des Zeugen J. \_\_\_\_\_ ein und hält fest, dass die Vorinstanz in E. 4.3.5.2 des angefochtenen Entscheids [vgl. vorne E. 4.2.2.2] erklärt habe, "[g]estützt auf die Ausführungen von J. \_\_\_\_\_ könnte geschlossen werden, dass aufgrund des höheren Erschliessungsgrads auch höhere Kosten anfielen als in der Kostengruppe Q. \_\_\_\_\_ angenommen ('Gesamtinvestitionskosten'), und dass dies der Beklagten bewusst gewesen sein musste". Die Vorinstanz behauptete dann aber, dass es sich bei diesen Ausführungen von J. \_\_\_\_\_ um Überlegungen grundsätzlicher Natur handle. Dies stimmt nicht. Zu Frage 25 habe der Zeuge erklärt: "Dem Investor war zu Beginn der Projekte auch klar, dass er mehr zahlen musste, wenn man mehr Häuser an die Glasfasernetze erschliessen konnte. Die Beklagte und Klägerin erklärten auch zuvor, dass ein Erschliessungsgrad von 100% bevorzugt wäre und man versuche, möglichst alle Häuser an die entsprechenden Glasfasernetze in S. \_\_\_\_\_ und Q. \_\_\_\_\_ anzusch-

Seite 25/46 liessen" (act. 40 Ziff. 25). Zu Frage 50 habe der Zeuge erklärt: "Der Investor wusste, und ich habe es ihm auch mitgeteilt, dass man darauf achten musste, dass durch eine erhöhte Erschliessung von z.B. 100% schlussendlich auch mehr Kosten entstehen würden" (act. 40 Ziff. 50). Inwiefern diese präzisen Aussagen lediglich Überlegungen grundsätzlicher Natur sein sollten, bleibe das Geheimnis der Vorinstanz. Vielmehr habe der Zeuge erklärt, dass die Mehrkosten dem Investor klar gewesen seien (act. 61 Ziff. III.2.16). Zu der vom Zeugen J. \_\_\_\_\_ eingereichten Tabelle (act. 40/1) habe die Vorinstanz sodann ausgeführt, dass das Controlling bzw. die Prüfung der Einhaltung des Budgets anhand der von der Klägerin gestellten Akontorechnungen habe vorgenommen werden müssen; G. \_\_\_\_\_ habe nicht behauptet, dass H. \_\_\_\_\_ die effektiven Kosten gekannt habe. Dies widerspreche diametral den Ausführungen der Vorinstanz in E. 4.3.8.2, wonach die Beklagte die einzelnen Akontorechnungen lediglich habe addieren müssen, um die – bestrittene – Überschreitung des Kostendachs feststellen zu können [s. dazu hinten E. 4.5]. Sie verkenne auch, dass H. \_\_\_\_\_ aufgrund seiner Doppelfunktion über die getätigten

Arbeiten bestens im Bilde gewesen sei (act. 61 Ziff. III.2.17). Fehl gehe auch die von der Vorinstanz in E. 4.3.5.3 des angefochtenen Entscheids [vgl. vorne E. 4.2.2.3] gezogene Schlussfolgerung. Der Zeuge J. \_\_\_\_\_ habe ausgesagt, dass von allem Anfang an klar gewesen sei, dass eine höhere Erschliessung als 84 % zu höheren Kosten führe, was dem Investor von allem Anfang an bekannt gewesen sei. Da der Zeuge auch erklärt habe, H. \_\_\_\_\_ habe stets den Überblick über die geleisteten Zahlungen gehabt, habe er "sinngemäss belegt, dass Budgeterhöhungen genehmigt worden" seien. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz hätten Budgeterhöhungen nicht periodisch genehmigt werden müssen. Vielmehr sei es der übereinstimmende Wille der Parteien gewesen, dass eine Entschädigung nach Aufwand stattfinden solle (act. 61 Ziff. III.2.18).

#### **E. 4.2.5**

Die Vorbringen der Klägerin genügen den Anforderungen an die Begründung einer Berufung erneut nicht. Sie hält daran fest, dass eine höhere als die ursprünglich vorgesehene Anzahl OTO-Dosen höhere Kosten verursache, was zwar als logisch erscheint, wie das Projekt S. \_\_\_\_\_ zeigt, aber keineswegs zwingend ist (s. dazu vorne E. 3.5 und hinten E. 4.4). Zudem stützt sie sich auf vereinzelte Aussagen ihres Geschäftsführers und des Zeugen J. \_\_\_\_\_, die ihren Standpunkt stützen sollen, lässt jedoch die meisten von der Vorinstanz zitierten Aussagen und deren einlässliche Würdigung gänzlich ausser Acht. Abgesehen davon ist es kein Geheimnis, dass es möglich ist, auch zu Fragen grundsätzlicher Natur präzise Aussagen zu machen, während mit der blossen Aussage des Zeugen J. \_\_\_\_\_, wonach H. \_\_\_\_\_ stets den Überblick über die geleisteten Zahlungen gehabt habe, offenkundig nicht (und auch nicht "sinngemäss") belegt ist, dass Budgeterhöhungen genehmigt worden sind. Inwiefern der angefochtene Entscheid fehlerhaft sein soll, zeigt die Klägerin mit ihren Argumenten nicht auf, weshalb nicht darauf einzutreten ist. Auf die von der Klägerin in Rechnung gestellten und von der Beklagten geleisteten Akontozahlungen ist noch zurückzukommen (vgl. hinten E. 4.5).

#### **E. 4.3**

Zum Nachweis der erfolgten Budgeterhöhungen (bzw. der entsprechenden Genehmigungen durch die Beklagte) machte die Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren geltend, dass die Parteien vereinbart hätten, die Werkvertragssumme für die Subunternehmerin Y. \_\_\_\_\_ GmbH (nachfolgend: Y. \_\_\_\_\_ GmbH) um CHF 1'181'595.90 zu erhöhen, nachdem diese mitgeteilt

Seite 26/46 habe, dass sie den Netzausbau am Standort Q. \_\_\_\_\_ gemäss den vereinbarten Konditionen nicht kostendeckend ausführen könne. Damit sei bewiesen, dass H. \_\_\_\_\_ bzw. die Beklagte sehr wohl Kenntnis von Budgeterhöhungen gehabt und diesen auch zugestimmt habe.

#### **E. 4.3.1**

Die Vorinstanz erwog, auch diesem Argument könne nicht gefolgt werden. Zwar sei erstellt, dass am 15. November 2016 Z. \_\_\_\_\_, der Geschäftsführer der Y. \_\_\_\_\_ GmbH, eine Sitzung zum obgenannten Anliegen anberaumt habe, die von H. \_\_\_\_\_ organisiert worden sei. Am 17. Februar 2017 habe eine weitere Besprechung zwischen H. \_\_\_\_\_, G. \_\_\_\_\_ und Z. \_\_\_\_\_ stattgefunden, bei der es um die "Preissituation FTTH Q. \_\_\_\_\_" gegangen sei. Schliesslich habe G. \_\_\_\_\_ Z. \_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 16. Mai 2018 u.a. mitgeteilt, dass die im Werkvertrag zwischen der Klägerin und der Y. \_\_\_\_\_ GmbH vereinbarten Einheitspreise angehoben würden,

sodass die Werkver- tragssumme um brutto CHF 1'181'595.90 erhöht werde (act. 13/16). Im Weiteren hielt die Vorinstanz fest, dass gemäss dem zwischen den Parteien geltenden TU-Vertrag die Klägerin ihre Aufwendungen gegenüber der Beklagten offen abrechne. Mit anderen Worten erhöhe sich der von der Klägerin der Beklagten in Rechnung gestellte Betrag um CHF 1'181'595.90, wenn der Werklohn der Subunternehmerin im entsprechenden Umfang steige. Daraus könne nun aber nicht geschlossen werden, dass das zwischen den Parteien geltende Kostendach wegen der Erhöhung des Werklohns der Subunternehmerin überschritten worden sei. Dafür fänden sich in den Akten keine Hinweise. Vielmehr habe G.\_\_\_\_\_ gegenüber der Subunternehmerin im Schreiben vom 16. Mai 2018 festgehalten, man habe mit der Bauherrin (also der Beklagten) mehrere Diskussionen geführt, inwiefern "allfällige Einheitspreisanpassungen akzeptabel und für das Projekt verkraftbar sind" (act. 13/16 S. 2). Offenbar sei man dabei zum Schluss gekommen, dass eine Einheitspreis- erhöhung gegenüber der Subunternehmerin für das Projekt verkraftbar gewesen sei. Dies spreche tendenziell eher gegen eine Überschreitung des Kostendachs. Jedenfalls vermöge die Erhöhung der Werklohnsumme gegenüber der Subunternehmerin weder eine Überschrei- tung des Kostendachs noch eine Zustimmung der Beklagten zu einer Erhöhung des Kosten- dachs zu beweisen (act. 60 E. 4.3.6).

#### **E. 4.3.2**

Die Klägerin wendet hiergegen ein, sie habe mit dem Schreiben vom 16. Mai 2018 die Preisan- passung gegenüber der Y.\_\_\_\_\_ GmbH bestätigt und dabei erklärt: "Dem Bauherrn ist wichtig darauf hinzuweisen, dass diese Diskussion und den (sic!) daraus folgenden Mass- nahmen absolut freiwillig erfolgen und keinen Rechtsanspruch haben (sic!)" (act. 13/16 S. 2). Gegenüber der Y.\_\_\_\_\_ GmbH habe somit eine massive Preiserhöhung stattgefunden, nämlich in der Höhe von CHF 1'181'592.90. Die Vorinstanz behaupte, daraus könne nicht ge- schlossen werden, dass das zwischen den Parteien geltende Kostendach durch die Erhöhung des Werklohns der Subunternehmerin überschritten worden sei. Diese Vorstellung sei lebens- fremd und widerspreche wiederum dem Vertrauensprinzip. Nach der Theorie der Vorinstanz habe die Klägerin einerseits so viele OTO-Dosen wie möglich erstellen müssen und wäre dabei an ein Kostendach gebunden gewesen, womit die OTO-Dosen für die Beklagte immer billiger geworden seien. Darüber hinaus wolle die Vorinstanz allen Ernstes behaupten, dass Mehrkosten von CHF 1'188'595.90, von denen der Vertreter der Beklagten unbestrittenermassen gewusst habe, nicht zu einer Erhöhung

Seite 27/46 des Werklohns geführt hätten. Dies sei eine lebensfremde Behauptung, insbesondere auf- grund der Tatsache, dass H.\_\_\_\_\_ als Vertreter der Beklagten immer über die Zahlun- gen und die Erschliessungen im Bilde gewesen sei, wie der Zeuge J.\_\_\_\_\_ bestätigt ha- be. Mit einem solchen Vertrag würde das Risiko einseitig einer Partei zugewiesen; bei einer einfachen Gesellschaft würde man von einer *societas leonina* sprechen. Der gesunde Men- schenverstand spreche dagegen. Vielmehr zeige dieser Vorgang, dass eine Kostenerhöhung stillschweigend bzw. konkludent vereinbart worden sei. Wenn die Beklagte tatsächlich der Meinung gewesen wäre, dass ein Kostendach vereinbart worden wäre, hätte es für sie nicht den geringsten Grund gegeben, an der Besprechung mit der Y.\_\_\_\_\_ GmbH teilzuneh- men, die H.\_\_\_\_\_ sogar noch organisiert habe. Wäre ein Kostendach vereinbart worden, dann wäre dies H.\_\_\_\_\_ völlig gleichgültig gewesen. Er habe jedoch an dieser Bespre- chung teilgenommen, was zeige, dass er sich bewusst gewesen sei, dass die Preiserhöhung gegenüber dem

Subunternehmer zu Preiserhöhungen auch gegenüber der Beklagten habe führen müssen. Die Bemerkung der Klägerin im Schreiben an die Y. \_\_\_\_\_ GmbH, wo- nach es dem Bauherrn wichtig sei, darauf hinzuweisen, dass die Preiserhöhung eine freiwillige Massnahme sei, spreche Bände (act. 61 Ziff. III.2.19).

### **E. 4.3.3**

Auch diese (im Kern immer gleiche) Argumentation der Klägerin scheitert aus dem immer gleichen Grund: Entgegen ihren Ausführungen war die Klägerin nicht verpflichtet, eine beliebige Zahl von OTO-Dosen zu einem Pauschalpreis (d.h. einer zum Voraus fixierten Geldsumme) zu realisieren. Vielmehr gelangte die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, dass sich der Werklohn für die Erstellung der Glasfasernetze nach dem tatsächlichen Aufwand der Klägerin bestimmt und die in den Kostengruppen genannten Gesamtinvestitionskosten ein Kostendach im Sinne eines reinen Höchstpreises bildeten. Dieses durfte die Klägerin ohne Zustimmung der Beklagten nicht überschreiten, ohne sich von der Beklagten eine Erhöhung des Budgets genehmigen zu lassen (vgl. vorne E. 2.3, 3.3 und 3.5 sowie die nachfolgende E. 4.4). Dagegen spricht weder der "gesunde Menschenverstand" noch hat sich die Klägerin (im übertragenen Sinn) auf eine *societas leonina* eingelassen (vgl. zum Begriff *Sethe*, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkommentar OR, 2014, Art. 533 OR N 6). Vielmehr trägt die Regelung im TU-Vertrag – wie die Vorinstanz zutreffend festhielt – den unterschiedlichen Interessen beider Parteien Rechnung (vgl. vorne E. 3.1.5 und 3.3). Im Übrigen war H. \_\_\_\_\_ nicht befugt, im Alleingang für die Beklagte zu handeln und Erhöhungen des Budgets in deren Namen (konkludent) zu genehmigen (s. dazu hinten E. 4.6.1-4.6.4). Mithin erweist sich die Berufung in diesem Punkt als unbegründet.

### **E. 4.4**

Im Weiteren verwarf die Vorinstanz das Argument der Klägerin, wonach in Q. \_\_\_\_\_ der Erschliessungsgrad an OTO-Dosen höher ausgefallen sei als ursprünglich angenommen, was logischerweise Mehrkosten (d.h. höhere Gesamtinvestitionskosten als in der Kostengruppe vorgesehen) verursacht habe. Dieser Schluss sei falsch.

#### **E. 4.4.1**

Zur Begründung führte die Vorinstanz Folgendes aus:

##### **E. 4.4.1.1**

In der Kostengruppe S. \_\_\_\_\_ seien Gesamtinvestitionskosten von CHF 28'300'020.00 vorgesehen. Von diesem Betrag sei unbestrittenermassen die Umsatzabgabe an die U. \_\_\_\_\_ (SA) in Höhe von CHF 3'515'360.00 abzuziehen. Der verbleibende Betrag von CHF 24'784'660.00 sei im TU-Vertrag zum Kostendach im Sinne eines reinen Höchstpreises erhoben worden. Die Klägerin habe der Beklagten für die Erstellung des Glasfasernetzes in

Seite 28/46 S. \_\_\_\_\_ schliesslich CHF 22'913'265.67 in Rechnung gestellt (act. 1/57). Das Kostendach sei somit um rund CHF 1,9 Mio. unterschritten worden. Statt der in der Kostengruppe erwähnten 10'730 OTO-Dosen (was einem Erschliessungsgrad von 81 % entspreche) seien am Standort S. \_\_\_\_\_ letztlich über 11'800 OTO-Dosen erstellt worden. Demnach habe die Klägerin in S. \_\_\_\_\_ mindestens 1'122 OTO-Dosen mehr erstellen können als ursprünglich angenommen. Dennoch sei das Kostendach unangetastet geblieben und habe gar um rund CHF 1,9 Mio. unterschritten werden können (act. 60 E. 4.7.3 1).

#### **E. 4.4.1.2**

Die Klägerin wende gegen diese Feststellung ein, das Kostendach sei nur deshalb nicht erreicht (resp. unterschritten) worden, weil von den ursprünglich in der Kostengruppe für Tiefbauarbeiten budgetierten CHF 6 Mio. schlussendlich CHF 4 Mio. von der U.\_\_\_\_\_ (SA) (der Eigentümerin der Rohrinfrasturktur) getragen worden seien. Nur deshalb habe das Glasfasernetz in S.\_\_\_\_\_ zu einem tieferen Gesamtpreis errichtet werden können als in der Kostengruppe angenommen (act. 13 Rz 99 und 256).

Demgegenüber bestreite die Beklagte die Relevanz der behaupteten CHF 4 Mio. Dieser Betrag betreffe Investitionen in die Rohrinfrasturktur auf öffentlichem Grund. Die U.\_\_\_\_\_ (SA) habe der Beklagten diesen Betrag weiterverrechnet, und zwar in Form der in der Kostengruppe genannten "Umsatzabgabe". Dabei handle es sich um die Miete für die Rohrinfrasturktur. Die Kosten für Investitionen in die Rohrinfrasturktur auf öffentlichem Grund hätten – so die Beklagte sinngemäss – mit der Klägerin nichts zu tun und seien in der Kostengruppe entsprechend auch nicht enthalten. Demgegenüber sehe die Kostengruppe eine Position für Tiefbauarbeiten auf privatem Grund vor (CHF 1'710'000.00). Für Tiefbauarbeiten auf privatem Grund sei die Klägerin zuständig (act. 60 E. 4.7.3.2).

#### **E. 4.4.1.3**

An der Parteibefragung hätten G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ – so die Vorinstanz – im Wesentlichen an den Standpunkten in den Rechtsschriften festgehalten. So habe G.\_\_\_\_\_ Folgendes zu Protokoll gegeben: "Die Klägerin hat im Glasfasernetz des Projektes in S.\_\_\_\_\_ einige Probleme [in der] Trasse vorgefunden, welche vom U.\_\_\_\_\_ erstellt wurde. Das Vertragswerk zwischen der Beklagten und des U.\_\_\_\_\_ sah vor, dass man in die Trassen, welche brauchbar sind, reingehen kann. Durch diesen Umstand nahm man das U.\_\_\_\_\_ in die Pflicht. Die Klägerin führte daraufhin die Tiefbaumassnahmen zulasten vom U.\_\_\_\_\_ durch. Diese Arbeiten entstanden in einem Umfang, welches eigentlich das Budget der Netzbetriebsgesellschaft entlastete. Die Klägerin hatte schon einen gewissen Anteil an Tiefbauarbeiten im Budget vorgesehen. Jedoch wurde dieses Budget nicht beansprucht, das U.\_\_\_\_\_ hat dies bezahlt. Dies hatte auf die Gesamtkosten einen positiven Einfluss. [...]" (act. 41 Ziff. 64). Demgegenüber habe H.\_\_\_\_\_ geantwortet: "[...] Die Beklagte plante seit Beginn des Projektes nie irgendwelche Kosten für Rohrtiefbauarbeiten für den öffentlichen Grund, wie sie in den Einheiten unter der Leiste 'A' der Kostenübersicht aufgeführt sind. Die Beklagte plante nur, dass man auf dem Privatgrund Tiefbaukosten hat. Auf dem öffentlichen Grund hatte die Beklagte gar keine Kosten festgelegt. Ob das U.\_\_\_\_\_ nun gewisse Arbeiten nachbaute oder das T.\_\_\_\_\_ ihre Aufgaben schon vor dem Projekt vollzog, ist für die Klägerin nicht wichtig, weil dies keinen Einfluss auf die Klägerin hatte" (act. 41 Ziff. 65). Der Zeuge J.\_\_\_\_\_ habe ausgeführt, er habe in Vorstudien investiert, als er die Arbeit am Glasfasernetz begonnen habe. Zu diesem Zeitpunkt habe ihm Dr. AA.\_\_\_\_\_ von der U.\_\_\_\_\_ (SA) versichert, dass die Verkabelung für das Glasfasernetz problemlos durchgeführt werden könne. Das habe sich jedoch als "Traumvorstellung" entpuppt, was dazu geführt habe, dass die U.\_\_\_\_\_ (SA) relativ viel auf eigene Kosten

Seite 29/46 nachbauen müssen, damit sie das Rohrnetz den Parteien habe zur Verfügung stellen können (vgl. act. 40 Ziff. 45).

#### **E. 4.4.1.4**

Mit seinen Aussagen habe der Zeuge J. \_\_\_\_\_ – so die Vorinstanz – die Ausführungen der Beklagten bestätigt. Wenn er zum Zeitpunkt der Vorstudie – die dem späteren Business-Case bzw. der Kostengruppe zugrunde gelegt worden sei – damit gerechnet habe, eine Rohrinfrastuktur vorzufinden, die für die Erstellung des Glasfasernetzes ohne Weiteres genutzt werden könne, habe die Beklagte keinen Grund gehabt, in diesem Zusammenhang Kosten zu budgetieren. Dies spreche dafür, dass die in den Kostengruppen budgetierten Tiefbaukosten (primär) den Privatgrund betreffen. Davon abgesehen habe die Klägerin nicht weiter substantiiert, in welcher Budgetposition in der Kostengruppe die behaupteten CHF 6 Mio. für Tiefbauarbeiten auf öffentlichem Grund enthalten sein sollten. Folglich sei irrelevant, dass die U. \_\_\_\_\_ (SA) für Tiefbauarbeiten auf öffentlichem Grund habe aufkommen müssen, weil davon auszugehen sei, dass das Kostendach keine solchen Kosten enthalten habe. Die (von der Klägerin beantragte) Befragung von AB. \_\_\_\_\_ habe bei diesem Ergebnis unterbleiben können, zumal die Klägerin nicht dargelegt habe, inwiefern sich AB. \_\_\_\_\_ zum fraglichen Sachverhalt hätte äussern können (vgl. act. 13 Rz 99).

#### **E. 4.4.1.5**

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die Klägerin in S. \_\_\_\_\_ mehr OTO-Dosen realisieren können als in der Kostengruppe angenommen, sie das Kostendach aber dennoch um rund CHF 1,9 Mio. unterschritten habe. Der Schluss der Klägerin, es sei logisch, dass die Realisierung von mehr OTO-Dosen automatisch zu höheren Gesamtinvestitionskosten führe als in der Kostengruppe vorgesehen, erweise sich somit als falsch. Entsprechend könne die Klägerin aus dem Umstand, dass die Beklagte jederzeit über die Anzahl erstellter OTO-Dosen Bescheid gewusst habe – sei es aufgrund des durchgeführten Controllings oder der Mitunterzeichnung der Werkverträge mit den Subunternehmern –, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Dieses Ergebnis unterstreiche vielmehr die Bedeutung der vertraglichen Pflicht der Klägerin, für die Einhaltung des Kostendachs zu sorgen und die Beklagte im Falle einer drohenden Überschreitung rechtzeitig zu benachrichtigen (act. 60 E. 4.3.7.5).

#### **E. 4.4.2**

Die Klägerin bringt demgegenüber vor, sie habe in Ziff. 99 der Replik (act. 13) dargetan, dass am Standort S. \_\_\_\_\_ einzig deshalb ein tieferer Gesamtpreis erzielt werden können, weil die Parteien anfänglich noch von Kosten für Tiefbauarbeiten von total CHF 6 Mio. ausgegangen seien. Von diesen ursprünglich budgetierten 6 Mio. für Tiefbauarbeiten habe schlussendlich die U. \_\_\_\_\_ (SA) "als Werkeigentümerin der Stadt S. \_\_\_\_\_" CHF 4 Mio. der Kosten getragen. Für diese Behauptung habe die Klägerin den Zeugen AB. \_\_\_\_\_ angerufen. Diesen habe die Vorinstanz nicht befragt, womit sie den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör verletzt habe. Inwiefern der Zeuge J. \_\_\_\_\_ mit der von der Vorinstanz zitierten Aussage (vgl. act. 40 Ziff. 45) die Aussage der Beklagten [(bzw. von H. \_\_\_\_\_ und nicht die ebenfalls zitierte Aussage von G. \_\_\_\_\_ [act. 41 Ziff. 64]) bestätigt haben sollte, sei unerfindlich. Dazu, dass die Klägerin – wie G. \_\_\_\_\_ behaupte – die Tiefbaumassnahmen zulasten der U. \_\_\_\_\_ durchgeführt habe, was das Budget der Netzbetriebsgesellschaft entlastet habe, habe der Zeuge J. \_\_\_\_\_ gar nichts gesagt. Angesichts dieser Unklarheiten wäre die Befragung von AB. \_\_\_\_\_ zwingend gewesen. Indem die Vorinstanz dies unterlassen habe, habe sie den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör verletzt. Unverständlich sei sodann die Be-

Seite 30/46 hauptung der Vorinstanz, wonach die Klägerin aus dem Umstand, dass die Beklagte jederzeit über die Anzahl der erstellten OTO-Dosen Bescheid gewusst habe, nichts zu ihren Gunsten ableiten könne (act. 61 Ziff. III.20).

#### **E. 4.4.3**

Den von der Klägerin erhobenen Einwänden kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden. Zum einen erschöpfen sich ihre Ausführungen überwiegend darin, ohne hinreichenden Bezug auf die Argumentation der Vorinstanz ihre eigene Sicht der Dinge darzulegen (vgl. vorne E. 1.2). Zum anderen begnügt sie sich mit der pauschalen Behauptung, es sei unerfindlich, inwiefern der Zeuge J.\_\_\_\_\_ die Aussage der Beklagten bestätigt haben solle, nachdem dieser zur "Behauptung" von G.\_\_\_\_\_ gar nichts gesagt habe. Dieser Hinweis geht nur schon deshalb fehl, weil ein Zeuge die Behauptung einer Partei offenkundig auch dann bestätigen kann, wenn er sich zur gegenteiligen Behauptung der anderen Partei nicht äussert. Liest man die Aussagen des Zeugen J.\_\_\_\_\_ und von H.\_\_\_\_\_, wird zudem deutlich, dass diese im Wesentlichen übereinstimmen. Warum dem nicht so sein soll, ist nicht ersichtlich und wird von der Klägerin denn auch nicht dargetan. Zur Feststellung der Vorinstanz, dass sie nicht weiter substantiiert habe, in welcher Budgetposition in der Kostengruppe die behaupteten CHF 6 Mio. für Tiefbauarbeiten auf öffentlichem Grund enthalten sein sollten, und folglich davon auszugehen sei, dass das Kostendach keine solchen Kosten enthalten habe, verliert die Klägerin sodann kein Wort (s. auch act. 67 Rz 98-100). Ferner macht sie geltend, dass die Vorinstanz den von ihr angerufenen Zeugen AB.\_\_\_\_\_ hätte einvernehmen müssen. Indessen stellt sie – wie schon im vorinstanzlichen Verfahren – nicht klar, inwiefern AB.\_\_\_\_\_ überhaupt Aussagen zu welchen (streitigen) Sachverhalten machen und er damit einen Beitrag zur Wahrheitsfindung leisten könnte (vgl. dazu Carr, Stolpersteine im erstinstanzlichen Zivilprozess, ZZZ 60/2022 S. 384 f.; Urteil des Bundesgerichts 4A\_348/2024 vom 7. November 2024 E. 2.4.3). Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz auf die Einvernahme von AB.\_\_\_\_\_ als Zeugen verzichtete (s. dazu auch hinten E. 4.7). Dies gilt umso mehr, als das Beweisverfahren nicht dazu dient, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, sondern solche vielmehr voraussetzt; über unsubstantiierte Behauptungen ist daher von vornherein kein Beweis zu führen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_126/2024 vom 17. Dezember 2024 E. 3.4.6.2; 4A\_44/2024 vom 11. Juni 2024 E. 2.3; BGE 144 III 67 E. 2.1). Schliesslich ist – entgegen der Auffassung der Klägerin – ohne Weiteres nachvollziehbar, dass sie aus dem Umstand, dass die Beklagte jederzeit über die Anzahl der erstellten OTO-Dosen Bescheid wusste, nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Voraussetzung ist allerdings, dass dieser von der Vorinstanz gezogene Schluss nicht isoliert betrachtet, sondern im entsprechenden Kontext gelesen wird (vgl. vorne E. 4.4.1.5), was die Klägerin unterlässt. Mithin ist die Berufung auch in diesem Punkt abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

#### **E. 4.5**

In einem nächsten Schritt ging die Vorinstanz auf die Akontozahlungen ein, welche die Beklagte der Klägerin unbestrittenermassen geleistet habe, obschon im TU-Vertrag keine solchen vorgesehen gewesen seien (act. 60 E. 4.3.8).

#### **E. 4.5.1**

Die diesbezüglichen Erwägungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

#### **E. 4.5.1.1**

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung würden unter Akontozahlungen – wozu auch Abschlagszahlungen gehörten – gemeinhin vorläufige Zahlungen verstanden, die einzig unter Vorbehalt einer definitiven Abrechnung zu leisten seien. Entsprechend sei die Differenz zwischen den geleisteten Akontozahlungen und dem durch die Abrechnung festgestellten, effektiven vertraglichen Anspruch von der einen oder anderen Partei auszugleichen und stelle eine Akontozahlung im Regelfall keine Anerkennung einer bestimmten Forderungshöhe dar (Urteil des Bundesgerichts 4A\_51/2023 vom 23. Mai 2023 E. 6.3 m.H.). Es sei anzunehmen, dass die Parteien von Akontozahlungen im vorstehend genannten Sinne ausgegangen seien, nachdem die Klägerin anerkenne, dass die Beklagte für das Glasfasernetz in S.\_\_\_\_\_ CHF 580'148.90 (inkl. MWST) zu viel an Akontozahlungen geleistet habe und Anspruch auf deren Rückerstattung habe (act. 60 E. 4.3.8.1).

#### **E. 4.5.1.2**

Im Zusammenhang mit dem Glasfasernetz in Q.\_\_\_\_\_ habe die Beklagte während mehrerer Jahre unzählige Akontorechnungen im Gesamtbetrag von CHF 24'609'430.75 bezahlt. Dieser Betrag übersteige das Kostendach um CHF 1'924'910.75 (= CHF 24'609'430.75 – CHF 22'684'520.00). Die Beklagte habe in der Duplik vorgebracht, sie habe die Akontorechnungen vor der Freigabe stets auf die Einhaltung des Kostendachs überprüft. An der Parteibefragung habe H.\_\_\_\_\_ dargelegt, er sei bei der Beklagten für die Kontrolle der Kosten zuständig gewesen. Dabei seien die eingehenden Akontorechnungen mit dem Budget bzw. den Gesamtinvestitionskosten verglichen und anschliessend jeweils freigegeben worden, weil die Summe der Akontorechnungen nie zu einer Überschreitung des Budgets geführt habe (vgl. act. 41 Ziff. 33 und 67). Angesichts der von ihr behaupteten Kostenkontrolle sei es – so die Vorinstanz – kaum vorstellbar, dass die Beklagte irrtümlich rund CHF 1,9 Mio. an Akontozahlungen über das Kostendach hinausgehend geleistet habe, zumal sie zahlreiche Akontorechnungen habe begleichen müssen, damit eine Differenz von mehr als CHF 1,9 Mio. entstanden sei. Entsprechend hätte sie diverse Male feststellen können (und müssen), dass das Kostendach überschritten sei. Dass die Akontorechnungen laut der Beklagten intransparent gewesen seien, ändere daran nichts: Die Beklagte habe die einzelnen Akontorechnungen lediglich addieren müssen, um die Überschreitung des Kostendachs feststellen zu können (act. 60 E. 4.3.8.2).

#### **E. 4.5.1.3**

Zwar handle es sich bei Akontozahlungen um vorläufige Zahlungen, die unter dem Vorbehalt einer Schlussrechnung erfolgten und im Regelfall keine Anerkennung einer bestimmten Forderungshöhe darstellten. Die Begleichung einer Akontorechnung sei aber gleichwohl als Erfüllungshandlung zu qualifizieren. Dass der effektiv geschuldete Betrag im Zeitpunkt der Zahlung noch offen sei, weil er von der Schlussrechnung abhängt, ändere daran nichts. Der Vorbehalt der Schlussrechnung habe einzig zur Folge, dass aus der Akontozahlung für sich nicht geschlossen werden könne, der Schuldner anerkenne eine Forderung in Höhe der erfolgten Akontozahlung. Angewendet auf den vorliegenden Sachverhalt bedeute dies Folgendes: Dass die Beklagte Akontozahlungen im Umfang von mehr als CHF 1,9 Mio. über das Kostendach hinaus geleistet habe, obwohl sie behauptete, die Rechnungen stets auf die Einhaltung des Kostendachs überprüft zu haben, deute darauf hin, dass sie der Meinung gewesen sei, der Klägerin für die Erstellung des Glasfasernetzes in Q.\_\_\_\_\_ ungefähr CHF 24,6 Mio. zu schulden. Aufgrund des Vorbehalts der

Schlussrechnung könne der effektiv geschuldete Betrag auch tiefer sein als die geleisteten Akontozahlungen; für das Glasfasernetz in S.\_\_\_\_\_ habe die Beklagte beispielsweise unbestrittenermassen CHF 580'148.90 zu viel bezahlt. Wäre die Beklagte jedoch der Meinung gewesen, über das

Seite 32/46 Kostendach hinaus nichts zu schulden, hätte sie kaum zusätzliche Akontozahlungen von mehr als CHF 1,9 Mio. geleistet. Die Beklagte habe in der Duplik denn auch ausgeführt, sie habe die Akontorechnungen "im guten Glauben bezahlt, dass damit der ungefähre Aufwand abgedeckt würde" (act. 17 Rz 146; act. 60 E. 4.3.8.3).

#### **E. 4.5.1.4**

Würden Erfüllungshandlungen vorgenommen, sei das ein starkes Indiz für den vollzogenen Vertragsabschluss. Die das Kostendach übersteigenden Akontozahlungen der Beklagten seien folglich ein starkes Indiz dafür, dass das Kostendach gemäss TU-Vertrag – jedenfalls im Umfang von rund CHF 1,9 Mio. – mündlich oder konkludent erhöht und dabei auf den Schriftlichkeitsvorbehalt gemäss Art. 11 Ziff. 5 und Art. 20 Abs. 3 des TU-Vertrags verzichtet worden sei. Die Frage, ob das Kostendach um rund CHF 1,9 Mio. angehoben worden sei, könne jedoch offenbleiben. Vorliegend wäre der Klägerin nämlich selbst dann nicht geholfen, wenn aufgrund der geleisteten Akontozahlungen auf eine Erhöhung des Kostendachs im Umfang der Akontozahlungen geschlossen würde. Die Klägerin fordere von der Beklagten für die Erstellung des Glasfasernetzes in Q.\_\_\_\_\_ eine Zahlung von CHF 1'324'235.35. Bei diesem Betrag handle es sich um jenen Teil der Endabrechnung, der durch die geleisteten Akontozahlungen nicht gedeckt sei. Das einzige Indiz für eine Erhöhung des Kostendachs um rund CHF 1,9 Mio. seien die in diesem Umfang geleisteten Akontozahlungen. Solche fehlten jedoch für den geforderten Betrag (CHF 1'324'235.35). Weitere Indizien, die darauf schliessen liessen, dass das Kostendach nicht nur im Umfang von CHF 1,9 Mio., sondern zusätzlich um CHF 1'324'235.35 angehoben worden sei, bestünden nicht. Wie sich aus den vorstehenden und nachfolgenden Erörterungen ergebe, sei der Klägerin auch der unmittelbare Beweis dafür misslungen (act. 60 E. 4.3.8.4 f.).

#### **E. 4.5.1.5**

Die Klägerin argumentiere, dass nebst den an den gemeinsamen Besprechungen und Baukommissionssitzungen vereinbarten Budgeterhöhungen zusätzliche Aufwendungen für das Budget 2017 für die Standorte Q.\_\_\_\_\_ und S.\_\_\_\_\_ abgerechnet worden seien. Den Excel-Listen, die der E-Mail vom 29. November 2016 von G.\_\_\_\_\_ an H.\_\_\_\_\_ beigefügt gewesen seien, lasse sich entnehmen, dass am Standort Q.\_\_\_\_\_ im Jahr 2017 für die Budgetpositionen "Realisierung bis HAK, Arbeit" zusätzliche Aufwendungen von total CHF 572'395.40 und für "Realisierung bis HAK, Material" solche von total CHF 643'000.00 angefallen seien. Die von der Klägerin erwähnte Excel-Liste sei – so die Vorinstanz – mit "Budget FTTH Q.\_\_\_\_\_" überschrieben (act. 13/29). Unter der Rubrik "A6, Realisierung bis HAK, Arbeit + A10, Tiefbau" würden "zusätzliche Aufwendungen" im Gesamtbetrag von CHF 572'395.40 aufgelistet. Unter der Rubrik "A7, Realisierung bis HAK, Material" würden "zusätzliche Aufwendungen" im Gesamtbetrag von CHF 643'000.00 (act. 13/29 S. 2) aufgeführt. Gesamthaft würden für den Standort Q.\_\_\_\_\_ somit "zusätzliche Aufwendungen" in Höhe von CHF 1'215'395.40 erwähnt. Unklar und weder aus der Excel-Liste noch der E-Mail vom 29. November 2016 ersichtlich sei, ob und wie diese "zusätzlichen Aufwendungen" in das Budget 2017 eingeflossen seien. So sei insbesondere nicht klar, ob das Kostendach auf-

grund dieser "zusätzlichen Aufwendungen" überschritten und deshalb eine Erhöhung des Kostendachs im Umfang dieses Betrags erforderlich geworden sei. Gegen eine Überschreitung des Kostendachs spreche jedenfalls, dass in der Excel-Liste das Total der "effektiven" Kosten bis und mit 2017 mit CHF 21'895'765.65 angegeben werde. Die Klägerin habe es un-

Seite 33/46 terlassen, die Excel-Liste in ihren Rechtsschriften zu konkretisieren und zu erläutern. Damit sei sie ihren Substanziierungsobliegenheiten nicht hinreichend nachgekommen. Davon abgesehen sei unklar, ob die Beklagte diesen angeblichen "Budgeterhöhungen bzw. zusätzlichen Aufwendungen für das Jahr 2017" (act. 13 Rz 181) zugestimmt habe. Eine Erhöhung des vertraglich fixierten Kostendachs bedinge eine Änderung des TU-Vertrags. Die Klägerin gehe offenbar davon aus, dass die Beklagte ihre Offerte zur Vertragsänderung (also die E-Mail vom 29. November 2016 mit den Excel-Listen) stillschweigend akzeptiert habe, da diese die E-Mail bzw. die Excel-Listen "nie beanstandet und anstandslos bezahlt" habe (act. 13 Rz 181). Wie bereits dargelegt, stellten die das Kostendach übersteigenden Akontozahlungen der Beklagten zwar ein starkes Indiz dafür dar, dass das Kostendach gemäss TU-Vertrag im Umfang der Akontozahlungen erhöht worden sei. Dieser Schluss helfe der Klägerin aber auch im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter. Denn nach ihrer Ansicht habe die Beklagte die "zusätzlichen Aufwendungen für das Jahr 2017" im Umfang von CHF 1'215'395.40 durch die Leistung der Akontozahlungen akzeptiert. Entsprechend wäre dieser Betrag in den Akontozahlungen von insgesamt CHF 24'609'430.75 enthalten. Aus den erfolgten Akontozahlungen könne – wie dargelegt – jedoch nicht geschlossen werden, dass das Kostendach auch über diesen Betrag (CHF 24'609'430.75) hinaus erhöht worden sei. Auch die E-Mail vom 29. November 2016 mit den beigefügten Excel-Listen lasse keinen solchen Schluss zu (act. 60 E. 4.3.9.1 f.).

#### **E. 4.5.2**

Dem hält die Klägerin in der Berufung im Wesentlichen Folgendes entgegen (act 61 Ziff. III.21):

##### **E. 4.5.2.1**

Unbestritten sei, dass die Akontozahlungen für das Glasfasernetz in Q.\_\_\_\_\_ das (bestrittene) Kostendach um CHF 1'924'910.75 überschritten hätten. Die Vorinstanz habe so- dann zu Recht festgehalten, dass die Beklagte zahlreiche Akontorechnungen habe beglei- chen müssen, um auf einen Gesamtbetrag von rund 1,9 Mio. zu kommen, und sie die einzel- nen Akontorechnungen lediglich habe addieren müssen, um die Überschreitung des Kosten- dachs feststellen zu können. Weiter habe die Vorinstanz erklärt, dass das Kostendach gemäss TU-Vertrag – jedenfalls im Umfang im von rund CHF 1,9 Mio. – mündlich oder kon- kudent erhöht und dabei auf den Schriftlichkeitsvorbehalt des TU-Vertrags verzichtet worden sei, worauf ihre Begründung in der Aussage kulminiere, dass das einzige Indiz für die Er- höhung des Kostendachs von rund CHF 1,9 Mio. die in diesem Umfang geleisteten Akonto- zahlungen seien, solche jedoch für den geforderten Betrag von CHF 1'324'235.50 fehlen würden.

##### **E. 4.5.2.2**

Diese Argumentation gehe fehl. Die Akontozahlungen und die in diesem Zusammenhang richtigen Ausführungen der Vorinstanz zeigten, dass eben gar kein Kostendach vereinbart worden sei, und zwar auch nicht auf dem Betrag, um den die Akontozahlungen höher seien.

Vielmehr habe eine Vereinbarung bestanden, dass die Klägerin nach dem tatsächlichen Aufwand habe abrechnen dürfen, was ja auch die Vorinstanz anerkenne. Sie lege über das Ganze aber ein Kostendach, was aus den bereits genannten Gründen nicht zutrefte. Es sei wiederum zu berücksichtigen, dass H. \_\_\_\_\_ in einer Doppelfunktion tätig gewesen sei und er als Projektleiter der Klägerin genau gewusst habe, was vor sich gegangen sei. Dies sei ihm auch in seiner Eigenschaft als Verwaltungsrat der Beklagten zuzurechnen.

Seite 34/46

#### **E. 4.5.2.3**

Die Klägerin habe in der Replik (act. 13 Rz 179 ff.) behauptet, dass für den Standort Q. \_\_\_\_\_ im Jahre 2017 insgesamt CHF 1'215'395.40 zusätzlich an Kosten angefallen seien. Damit habe sie die Behauptung der Beklagten, wonach das Budget bzw. die Kosten- gruppe nie angepasst worden sei, bestritten. In der Duplik habe die Beklagte den Erhalt die- ser E-Mail samt Excel-Tabelle nicht bestritten, sondern mit dem Schriftlichkeitsvorbehalt ar- gumentiert. Die Begründung der Vorinstanz gehe daher ebenfalls fehl; sie gehe von einem Kostendach aus, was bestritten sei.

#### **E. 4.5.3**

Auch diese unspezifischen Ausführungen basieren auf der unzutreffenden Auffassung der Klägerin, wonach die Parteien kein Kostendach vereinbart haben (vgl. vorne E. 2.3 und E. 3). Die Klägerin beruft sich sodann auf die vorinstanzlichen Erwägungen, die sie allerdings nur sehr rudimentär wiedergibt und mit denen sie sich letztlich auch nicht auseinandersetzt. Ohne konkreten Bezug zu den Erwägungen der Vorinstanz ist aber nicht nachvollziehbar, inwiefern diese Erwägungen die Argumentation der Klägerin stützen sollen. Die Klägerin übergeht zu- dem die vorinstanzliche Feststellung, dass sie die Excel-Listen (bezüglich der "effektiven" Kosten bis und mit 2017) in ihren Rechtsschriften weder konkretisiert noch erläutert hat und sie damit ihren Substanziierungsobliegenheiten nicht hinreichend nachgekommen ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_401/2021 vom 11. Februar 2022 E. 4.3). Daran ändert auch der pauschale Hinweis der Klägerin auf die Rz 179 ff. der Replik nichts (vgl. vorne E. 1.2), zumal die Klägerin dort auf die von ihr erwähnte E-Mail [samt Excel-Tabelle] nur am Rand eingeht (vgl. Rz 181). Wesentlich ist hingegen, dass die Klägerin genau an der von ihr zitierten Stelle behauptet hat, dass – wie die Vorinstanz bemerkte – die Beklagte die "zusätzlichen Aufwen- dungen für das Jahr 2017" im Umfang von CHF 1'215'395.40 durch die Leistung von Akonto- zahlungen akzeptiert hat, weshalb dieser Betrag in den Akontozahlungen von insgesamt CHF 24'609'430.75 enthalten wäre (vgl. vorne E. 4.5.1.5 a.E. sowie act. 60 E. 4.3.9 und E. 4.3.9.2). Dazu äussert sich die Klägerin wiederum mit keinem Wort, sondern hält lediglich fest, dass die Argumentation der Vorinstanz, wonach Akontozahlungen für den geforderten Betrag fehlen würden, fehl gehe. Damit ist die Berufung nicht hinreichend begründet, weshalb auch in diesem Punkt darauf nicht einzutreten ist. Auf die Stellung bzw. "Doppelfunktion" von H. \_\_\_\_\_ ist später noch zurückzukommen (vgl. hinten E. 4.6.1).

#### **E. 4.6**

Zusammenfassend hielt die Vorinstanz fest, der (unmittelbare) Beweis dafür, dass die Beklagte einer Erhöhung des Kostendachs auf mindestens CHF 25'846'639.94 zugestimmt habe und der TU-Vertrag entsprechend abgeändert worden sei, sei der Klägerin nicht gelungen. Indizien bestünden einzig dafür, dass das Kostendach im Umfang der geleisteten Akontozahlungen (d.h. auf CHF 24'609'430.75) erhöht worden sein könnte. Diese Frage

könne indessen offen- bleiben. Da die Klägerin das Kostendach – verstanden als reinen Höchstpreis – jedenfalls im Umfang der vorliegend geltend gemachten Forderung (CHF 1'324'235.35) ohne Zustimmung der Beklagten überschritten habe, sei ein entsprechender Vergütungsanspruch zu verneinen. Folglich sei die Klage bezüglich der Forderung von CHF 1'324'235.35 abzuweisen (act. 60 E. 4.3.11).

#### **E. 4.6.1**

Im Weiteren erwog die Vorinstanz, dass an diesem Ergebnis auch der Hinweis der Klägerin, wonach zwischen ihr und H.\_\_\_\_\_ ein besonderes Vertrauensverhältnis bestanden ha- ben solle, nichts zu ändern vermöge. Dies begründete sie wie folgt:

Seite 35/46

##### **E. 4.6.1.1**

H.\_\_\_\_\_ sei [während der vorliegend relevanten Zeit] einerseits Mitglied des Verwaltungsrats der Beklagten mit Kollektivunterschrift zu zweien und andererseits als Projektleiter/Bauherrenberater bei der Klägerin angestellt gewesen. Im Rahmen seiner Anstellung bei der Klägerin sei er direkt dem Geschäftsführer G.\_\_\_\_\_ unterstellt gewesen. Es sei erstellt, dass H.\_\_\_\_\_ stark in die Umsetzung der Glasfasernetze in Q.\_\_\_\_\_ und S.\_\_\_\_\_ involviert gewesen sei. In seiner Funktion als Projektleiter der Klägerin sei er insbesondere für die Standortakquisition verantwortlich gewesen. Mit einer E-Mail vom

##### **E. 4.6.1.2**

Dass H.\_\_\_\_\_ für beide Parteien intensiv in die Glasfaserprojekte involviert gewesen sei und zuweilen Abgrenzungsprobleme bestanden hätten, ändere – so die Vorinstanz – nichts daran, dass die Klägerin die Beweislast dafür trage, dass die Parteien sich (mündlich oder konkludent) auf eine Erhöhung des Kostendachs auf mindestens CHF 25'846'639.94 geeinigt hätten. Wie dargelegt, gelinge ihr dieser Beweis nicht. Indizien beständen lediglich für eine Erhöhung auf CHF 24'609'430.75. Der blosse Umstand, dass H.\_\_\_\_\_ für beide Parteien

Seite 36/46 tätig gewesen sei, beweise oder indiziere die Vornahme einer solchen Vertragsänderung nicht. Vielmehr wäre zu erwarten, dass die Klägerin bei dieser Sachlage ein besonderes Augenmerk auf die Einhaltung der Bestimmungen des TU-Vertrags und eine hinreichende schriftliche Dokumentation gelegt hätte. Die behaupteten mündlichen Absprachen zwischen ihr und H.\_\_\_\_\_ (in dessen Funktion als Verwaltungsrat) seien nicht erstellt.

##### **E. 4.6.2**

Demgegenüber hält die Klägerin in der Berufung daran fest, dass zwischen ihr und H.\_\_\_\_\_ ein besonderes Vertrauensverhältnis bestanden habe. H.\_\_\_\_\_ sei während der Erstellung der Glasfasernetze in Q.\_\_\_\_\_ und S.\_\_\_\_\_ alles andere als ein gewöhnlicher Ange- stellter der Klägerin bzw. ein gewöhnliches Mitglied des Verwaltungsrats der Beklagten gewe- sen. Er habe bei der Klägerin sowie bei der Beklagten Tätigkeiten mit Geschäftsführungsauf- gaben ausgeübt und dabei massgeblich die strategische und organisatorische Ausrichtung der Klägerin sowie der Beklagten beeinflusst. H.\_\_\_\_\_ sei offensichtlich in einer Doppelfunktion tätig gewesen, weshalb zwischen ihm – als Mitglied des Verwaltungsrats der Beklagten – und als Angestelltem der Klägerin bzw. insbesondere zu seinem ehemaligen Vorgesetzten G.\_\_\_\_\_ ein besonderes Vertrauensverhältnis bestanden habe. Auch dem Zeugen J.\_\_\_\_\_ sei diese

Doppelfunktion bekannt gewesen. Für ihn sei dies nie ein Thema gewesen; er habe darin kein Problem gesehen (act. 40 Ziff. 11 f.). Die Vorinstanz anerkenne zwar, dass H. \_\_\_\_\_ für beide Parteien intensiv in die Glasfaserprojekte involviert gewesen sei. Sie verkenne aber, dass alles, was H. \_\_\_\_\_ für die Klägerin wahrgenommen habe, er auch als Verwaltungsrat der Beklagten wahrnehmen müssen. Das Wissen in der einen Funktion sei ihm in der anderen Funktion zuzurechnen. Wie die Vorinstanz mehrfach bestätigt habe, habe H. \_\_\_\_\_ Akontozahlungen für die Beklagte tätigen müssen. Dies habe er im Wissen darum getan, welche Arbeiten insbesondere in Q. \_\_\_\_\_ ausgeführt worden seien. Dieses Wissen sei ihm zuzurechnen (act. 61 Ziff. III.1.2 und Ziff. III.2.23).

#### **E. 4.6.3**

Mit diesen Vorbringen ist die Klägerin nicht zu hören. Sie beharrt einfach auf ihren Behauptungen, wonach zwischen ihr und H. \_\_\_\_\_ ein besonderes Vertrauensverhältnis bestanden und dieser eine Doppelfunktion ausgeübt habe, weshalb sein Wissen ihm in der [jeweils] andere Funktion zuzurechnen sei. Auf die vorinstanzlichen Erwägungen nimmt sie jedoch nicht Bezug und versäumt es auch, Aktenstücke zu nennen, die ihren Standpunkt stützen könnten. Inwiefern der angefochtene Entscheid fehlerhaft sein soll, ist weder ersichtlich noch nachvollziehbar, weshalb auch in diesem Punkt auf die Berufung nicht einzutreten ist.

#### **E. 4.6.4**

Eventualiter erwog die Vorinstanz, dass der Klägerin auch dann nicht geholfen wäre, wenn ihr der Beweis für die behaupteten bilaterale Absprachen gelungen wäre, weil H. \_\_\_\_\_ als Verwaltungsrat der Beklagten während der vorliegend interessierenden Zeitspanne lediglich über Kollektivunterschrift zu zweien verfügt habe. Alleine hätte er daher über eine Abänderung des TU-Vertrags gar nicht entscheiden können. Die Klägerin habe es sodann versäumt, konkret und detailliert darzulegen, welche Entscheide "bilateral" getroffen und vom Verwaltungsrat der Beklagten anschliessend mitgetragen worden seien. Ihr Verweis auf eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht scheitere daher schon an der fehlenden substantiierten Behauptung eines Handelns in fremdem Namen. Ausführungen zu den weiteren Voraussetzungen (insbesondere berechtigter guter Glaube) würden sich deshalb erübrigen (act. 60 E. 4.3.12.3 a.E. und E. 3.12.4).

Seite 37/46 Mit dieser selbstständigen Eventualbegründung setzt sich die Klägerin nicht auseinander, weshalb auch aus diesem Grund auf ihre Rügen nicht einzutreten ist (vgl. vorne E. 1.2 a. E.).

#### **E. 4.7**

Schliesslich stellt die Klägerin im Berufungsverfahren erneut den prozessualen Antrag, AB. \_\_\_\_\_ sei als Zeuge zu befragen (act. 61 S. 3).

##### **E. 4.7.1**

Zur Begründung macht sie allgemein geltend, dass AB. \_\_\_\_\_ seit 29. Februar 2024 nicht mehr bei der Klägerin arbeite. Er habe nicht den geringsten Grund, zugunsten seiner früheren Arbeitgeberin auszusagen. Fehlgehe auch die Argumentation, AB. \_\_\_\_\_ sei an Sachverhalten, zu denen er als Zeuge angerufen worden sei, "nicht dabei" gewesen. Dies sei selbstverständlich nicht zwingend. Auch eine Aussage darüber, was der Zeuge erfahren habe, sei von Bedeutung. Seine Aussagen könnten "im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung gewürdigt" werden. Indem die Vorinstanz es unterlassen habe,

AB. \_\_\_\_\_ als Zeugen zu befragen, habe sie den Anspruch der Klägerin auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verletzt (act. 61 Ziff. II.3 f.).

#### **E. 4.7.2**

In der Folge bringt die Klägerin vor, die Argumentation der Vorinstanz setze voraus, dass die Parteien ein Kostendach vereinbart hätten. Nur schon, weil gerade kein Kostendach vereinbart worden sei, gingen diese Ausführungen ins Leere. Abgesehen davon habe es die Vorinstanz zu Unrecht unterlassen, den zur Befragung angebotenen Zeugen AB. \_\_\_\_\_ zu befragen. Damit habe sie den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (act. 61 Ziff. III.2.13 S. 19 a.E.; vgl. vorne E. 4.4.1.4). Im Weiteren weist die Klägerin darauf hin, dass am Standort S. \_\_\_\_\_ einzig deshalb ein tieferer Gesamtpreis erzielt werden können, weil die Parteien anfänglich noch von Kosten für Tiefbauarbeiten von CHF 6 Mio. ausgegangen seien. Von diesen ursprünglich budgetierten 6 Mio. für Tiefbauarbeiten seien schlussendlich CHF 4 Mio. von der U. \_\_\_\_\_ (SA) als Werkeigentümerin der Stadt S. \_\_\_\_\_ getragen worden. Für diese Behauptung habe die Klägerin den Zeugen AB. \_\_\_\_\_ angerufen. Dieser sei nicht befragt worden, obwohl eine Einvernahme angesichts der in diesem Zusammenhang bestehenden Unklarheiten zwingend gewesen wäre. Damit habe die Vorinstanz wiederum den Anspruch der Klägerin auf das rechtliche Gehör verletzt (act. 61 Ziff. III.2.20; vgl. dazu auch vorne E. 4.4.2 f.). Schliesslich beharrt die Klägerin auch im Zusammenhang mit den Kosten von CHF 1'215'395.40, die für den Standort Q. \_\_\_\_\_ im Jahr 2017 zusätzlich angefallen seien (vgl. vorne E. 4.5.2 f.), auf der Einvernahme des Zeugen AB. \_\_\_\_\_. Die Auffassung der Vorinstanz, wonach er als aktueller Angestellter der Klägerin nicht unabhängig und der Beweiswert seiner Aussage von vornherein beschränkt sei, sei an sich schon eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung. Seit dem 28. Februar 2024 arbeite der angerufene Zeuge AB. \_\_\_\_\_ nicht mehr bei der Klägerin. Dies sei eine neue Tatsache, die berücksichtigt werden könne. Der Zeuge habe nicht den geringsten Grund, zugunsten der Klägerin auszusagen. Deshalb sei seine Befragung zwingend (act. 61 Ziff. III.22).

#### **E. 4.7.3**

Der Klägerin ist vorab insoweit zuzustimmen, als AB. \_\_\_\_\_ offenbar tatsächlich nicht mehr bei ihr angestellt ist (s. dazu act. 69 f.). Ob er daher als unabhängiger Zeuge zu betrachten wäre und welcher Beweiswert seinen Aussagen allenfalls zukäme, kann allerdings offenbleiben. Die Vorinstanz hielt nämlich nur eventualiter fest, dass AB. \_\_\_\_\_ als aktueller Angestellter der Klägerin nicht unabhängig sei und der Beweiswert seiner Aussagen von vornherein beschränkt wäre (vgl. act. 60 E. 4.3.10). In erster Linie verzichtete die Vorinstanz

Seite 38/46 auf die Einvernahme von AB. \_\_\_\_\_, weil für sie nicht ersichtlich war, inwiefern sich dieser zum fraglichen Sachverhalt hätte äussern können (vgl. act. 60 E. 4.7.3.4), oder weil sie zum Schluss gelangte, dass AB. \_\_\_\_\_ die relevanten Tatsachen nicht unmittelbar wahrnehmen konnte (act. 60 E. 4.3.10; s. auch act. 60 E. 5.3.5.3; s. auch act. 67 Rz 9). Auf diese (selbstständige) Begründung geht die Klägerin nicht ein (s. dazu vorne E. 1.2 a.E.) und sie zeigt mit ihren pauschalen Ausführungen insbesondere auch nicht auf, weshalb und zu welchen konkreten Sachverhalten eine Einvernahme "zwingend" gewesen wäre. Mithin ist auch in diesem Zusammenhang auf die Berufung nicht einzutreten.

#### **E. 4.7.4**

Anzumerken bleibt, dass Gegenstand des Zeugnisses die Aussage über potenziell entscheidungsrelevante Tatsachen zu einem bestimmten Sachverhalt ist, welche die Zeugin bzw. der Zeuge unmittelbar selber wahrgenommen hat. Das sog. Zeugnis vom Hörensagen ist grundsätzlich ausgeschlossen, weil es sich um mittelbare Wahrnehmungen (Wahrnehmungen einer anderen Person, die davon berichtet) handelt (Art. 169 ZPO; vgl. Weibel/Singh, in: Sutter-Somm und andere [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 4. A. 2025, Art. 169 ZPO N 7; Guyan, Basler Kommentar, 4. A. 2025, Art. 169 ZPO N 1; je m.w.H.). Die Klägerin legt nicht substantiiert dar, welche Sachverhalte AB. \_\_\_\_\_ unmittelbar selbst wahrgenommen haben soll. Dementsprechend war und bleibt unklar, inwiefern AB. \_\_\_\_\_ einen Beitrag zur Wahrheitsfindung leisten könnte. Abgesehen davon dient das Beweisverfahren — wie bereits dargelegt — nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, sondern setzt solche vielmehr voraus (s. dazu auch vorne E. 4.4.3). An solchen Behauptungen mangelt es, weshalb die Vorinstanz zu Recht auf eine Befragung von AB. \_\_\_\_\_ verzichtet hat.

#### **E. 4.7.5**

Nach dem Gesagten kann von einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör keine Rede sein. Somit erweist sich auch diese Rüge der Klägerin als unbegründet.

#### **E. 4.8**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Klage bezüglich der Forderung von CHF 1'324'235.35 bzw. CHF 1'040'688.99 (nach Verrechnung) zu Recht abgewiesen hat. Was die Klägerin dagegen vorbringt, vermag — soweit überhaupt hinreichend begründet — nicht zu überzeugen. Demnach ist die Berufung in diesem Punkt abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. 5. Aus dem Vertrag Billing & Ticketing machte die Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren eine Gesamtforderung von CHF 180'517.15 geltend (vgl. Ziff. 3 des Klagebegehrens sowie act. 60 E. 5.1.1). Die Vorinstanz kam nach einlässlichen Erwägungen zum Schluss, dass die Beklagte der Klägerin aus dem Vertrag Billing & Ticketing total CHF 276'943.89 schulde (act. 60 E. 5.4). Im Weiteren stellte sie fest, dass der Beklagten für die Erstellung des Glasfasernetzes in S. \_\_\_\_\_ unbestrittenermassen ein Anspruch auf Rückerstattung von Akontoleistungen im Betrag von CHF 580'148.90 zustehe. Die Beklagte bringe diese Forderung zur Verrechnung (s. dazu auch vorne Sachverhalt Ziff. 8). Da die Verrechnungsforderung der Beklagten den der Klägerin zugesprochenen Forderungsbetrag von CHF 276'943.89 übersteige, würden die klägerischen Forderungen erlöschen, weshalb die Klage diesbezüglich abzuweisen sei (act. 60 E. 9).

Seite 39/46 5.1 In der Berufung wendet die Klägerin hiergegen ein, für Billing & Ticketing sei die Rechnung über CHF 45'862.75 (act. 1/204) mangels genügender Substanziierung abgewiesen worden. Aus act. 1/204 ergebe sich aber, dass die Klägerin für die Instandstellungen und Reparatur von Schäden, welche [in S. \_\_\_\_\_] von der U. \_\_\_\_\_ (SA) verursacht worden seien, 6 Rechnungen gestellt habe (nämlich 3 Rechnungen für Instandstellungsarbeiten am \_\_\_\_\_ [Adresse] und 3 Rechnungen für Instandstellungsarbeiten an der \_\_\_\_\_ [Adresse]). Der Beklagten wäre es zuzumuten gewesen, zumindest die Behauptung aufzustellen, dass an diesen Örtlichkeiten keinerlei Schäden entstanden seien bzw. die Klägerin "nichts getan" habe. Dies habe die Beklagte unterlassen und somit die entsprechenden Forderungen nicht substantiiert bestritten. Diese

Forderungen seien daher mit der gleichen Begründung, mit der die Vorinstanz die anderen Rechnungsbeträge für Billing & Ticketing gutgeheissen habe, ebenfalls gutzuheissen. Bei dieser Sachlage sei auch Ziff. 2 [recte: Ziff. 3] der Klage gutzuheissen (act. 61 Ziff. III.3.1).

5.2 Was die Klägerin vorbringt, ist unverständlich. Sie verweist auf ein einziges Aktenstück und leitet daraus ab, dass auch Ziff. 3 des in der Klage gestellten Rechtsbegehrens gutzuheissen sei. Dabei versäumt sie es nicht nur, im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen zu bezeichnen, die sie beanstandet. Vielmehr lässt sie auch jegliche argumentative Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid vermissen. Sie zeigt insbesondere nicht in nachvollziehbarer Weise auf, weshalb die Vorinstanz wegen der Rechnung über CHF 45'862.75 (act. 1/204) der Klägerin einen Betrag von CHF 180'517.15 hätte zusprechen sollen. Auf ihre Vorbringen ist nicht einzutreten; es ist nicht Aufgabe des Gerichts, in den Akten danach zu sehen, was die Klägerin gemeint haben könnte (vgl. vorne E. 1.2).

6. Dass die der Klägerin zugesprochenen Forderungen von CHF 72'154.00 für die Machbarkeitsstudie W. \_\_\_\_\_ und von CHF 82'154.00 für die Machbarkeitsstudie V. \_\_\_\_\_ ebenfalls durch Verrechnung mit der der Beklagten zustehenden Rückerstattungsforderung von CHF 580'148.90 getilgt worden sind (vgl. vorne E. 5 sowie act. 60 E. 6 und 9), ficht die Klägerin nicht an (s. dazu auch vorne Sachverhalt Ziff. 8). Sie beharrt hingegen auf der Rückerstattung der beiden von der Beklagten beanspruchten Bankgarantien im Gesamtbetrag von CHF 770'000.00 (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 7 und 10; Ziff. 5 und 6 des in der Klage gestellten Rechtsbegehrens).

6.1 Die Vorinstanz wies die Klage auch diesbezüglich ab, was sie zusammengefasst wie folgt begründete:

6.1.1.1 Bei den von der X. \_\_\_\_\_ zugunsten der Beklagten ausgestellten Bankgarantien handle es sich um selbstständige Garantien. In beiden Garantien sei als einzige Voraussetzung für den Abruf vorgesehen, dass die Beklagte erkläre, dass die Klägerin "ihren vertraglichen Gewährleistungspflichten nicht ordnungsgemäss nachgekommen ist" (act. 1/7 und 1/8). Eine solche Erklärung habe die Beklagte abgegeben. Die Frage, ob die Klägerin ihre Gewährleistungspflichten tatsächlich verletzt habe, sei für die Zahlungspflicht der X. \_\_\_\_\_ – Rechtsmissbrauch vorbehalten – somit irrelevant gewesen. Im Verhältnis zur X. \_\_\_\_\_ habe die Beklagte die Garantien also zu Recht abgerufen und die Klägerin habe die Bank für ihre Aufwendungen zu entschädigen (act. 60 E. 7.2.).

Seite 40/46 6.1.1.2 Die Frage, ob die Beklagte unter dem Grundverhältnis (TU-Vertrag) die Garantien abrufen dürfen oder den abgerufenen Betrag der Klägerin erstatten müsse, sei von der Frage zu unterscheiden, ob unter den Garantien selbst ein Zahlungsanspruch bestehe. Es betreffe einzig das Grundverhältnis, ob die erfolgten Garantiezahlungen als definitiv zu betrachten seien oder ob sie in diesem Verhältnis als rückforderbar gelten sollten. Die sofortige Realisierbarkeit der beiden Garantien durch die Beklagte führe zu einer Umkehr der Parteirollen in einer Auseinandersetzung über Leistungsstörungen im Grundverhältnis. Nicht die Beklagte müsse gegen die Klägerin vorgehen, wenn sie eine Verletzung der Gewährleistungspflichten der Klägerin moniere, sondern die Klägerin müsse eine unter der Bankgarantie erfolgte Zahlung zurückfordern, wenn sie der Auffassung sei, ihren Gewährleistungspflichten aus dem TU-Vertrag nachgekommen zu sein (act. 60 E. 7.3). Voraussetzungen, welche hätten gegeben sein müssen, damit die Beklagte die Garantien abrufen dürfen, würden im TU-Vertrag nicht ausdrücklich festgehalten und die Konsequenzen eines unberechtigten Abrufs der Garantien durch die Beklagte seien im TU-Vertrag ebenfalls nicht geregelt. Ob eine Vertragslücke vorliege und wie diese zu schliessen wäre, könne indessen offenbleiben, nachdem die Klägerin –

wie nachfolgend darzulegen sei – ihre Gewährleistungspflichten nicht vollumfänglich erfüllt habe (act. 60 E. 7.5). 6.1.1.3 Die Beklagte mache geltend, die Klägerin habe praktisch sämtliche OTO-Dosen der Glasfasernetze in Q.\_\_\_\_\_ und S.\_\_\_\_\_ mit falschen Identifikationsnummern (ID) beschriftet. Die Klägerin bestreite nicht, dass OTO-Dosen falsch beschriftet worden seien. Sie stelle sich jedoch auf den Standpunkt, es habe sich bloss um vereinzelte OTO-Dosen gehandelt. Ausserdem habe sie, nachdem sie von der Beklagten über den Mangel in Kenntnis gesetzt worden sei, diesen grösstenteils behoben, indem rund 90 % der falsch beschrifteten OTO-Dosen ausgewechselt worden seien. Damit habe die Klägerin – so die Vorinstanz – anerkannt, dass OTO-Dosen, welche mit einer falschen ID versehen (gewesen) seien, einen Werkmangel darstellten (act. 60 E. 7.5.1). 6.1.1.4 Die falsch beschrifteten OTO-Dosen seien unbestrittenermassen bereits am 31. Oktober 2018 Gegenstand einer Besprechung zwischen den Parteien gewesen. Am 21. Januar 2019 habe dann die Abnahmesitzung betreffend die Glasfasernetze in Q.\_\_\_\_\_ und S.\_\_\_\_\_ stattgefunden. Im Abnahmeprotokoll werde unter dem Punkt "Mängel" Folgendes festgehalten: "S.\_\_\_\_\_+Q.\_\_\_\_\_ OTO ID (nach wie vor zahlreiche falsch beschriftete OTO ID) [Pfeil] Mangel angemeldet, nach wie vor nicht behoben. A.\_\_\_\_\_ [Klägerin] vertritt die Ansicht, dass nur noch wenige Dosen falsch beschriftet sind, was sich nicht mit der täglichen Erfahrung von C.\_\_\_\_\_ [Beklagte] deckt. [Pfeil] C.\_\_\_\_\_ erwartet die Mängelbehebung bis spätestens 31. März 2019 mit Androhung Ersatzvornahme." Das Protokoll sei von beiden Parteien unterzeichnet worden (act. 7/10). Damit sei erstellt, dass die Beklagte von der Klägerin die Nachbesserung hinsichtlich beider Glasfasernetze in Q.\_\_\_\_\_ und S.\_\_\_\_\_ verlangt und dafür eine Frist bis am 31. März 2019 angesetzt habe. Die Hauptung der Klägerin, wonach sie das Glasfasernetz in S.\_\_\_\_\_ mängelfrei ausgeführt habe, andernfalls die Beklagte nicht die vollumfänglichen Kosten für S.\_\_\_\_\_ getragen hätte, sei somit nicht zu hören (act. 60 E. 7.5.3). 6.1.1.5 Die Klägerin habe mit Schreiben vom 17. Juni 2019 mitgeteilt, dass bloss noch die Nachbesserungsarbeiten betreffend die OTO-Dosen offen seien: "Leider erweist es sich, dass die Nachbesserung länger dauert als vorgesehen. Die Nachbesserung wird per 31. Juli 2019 fer-

Seite 41/46 tiggestellt sein, soweit die einzelnen Bewohner der einzelnen Liegenschaften bzw. Wohnungen den Zugang ermöglichen" (act. 7/33). Die Beklagte bzw. ihr Rechtsvertreter habe darauf mit Schreiben vom 2. Juli 2019 geantwortet: "Was die Mängelbehebung an den OTO-Dosen betrifft, wurde – nach mehrfacher Verschiebung – die Mängelbehebung durch Ihre Klientin bis 31. Mai 2019 zugesichert. Nachdem offensichtlich Ihre Mandantin erneut nicht in der Lage war, diesen Termin einzuhalten, verzichtet meine Mandantin auf die weitere Mängelbehebung in Bezug auf die OTO-Dosen und schreitet zur Ersatzvornahme auf Kosten Ihrer Mandantin. Im Übrigen behält sich meine Mandantin weiterhin die Geltendmachung von Mängelfolgeschaden aufgrund dieses Mangels vor" (act. 7/34; act. 60 E. 7.5.3.3 f.). 6.1.1.6 Verlangte der Besteller – wie vorliegend – vom Unternehmer die Nachbesserung des Werks, übe er damit in unwiderruflicher Weise ein Gestaltungsrecht aus. Ein allfälliges Wandlungs- oder Minderungsrecht aus diesem Mangel erlösche. Geräte der Unternehmer mit der Ausführung der Nachbesserung in Verzug, so kämen die allgemeinen Bestimmungen über den Schuldnerverzug zur Anwendung (Art. 102 ff. OR). Dies gelte sowohl in Bezug auf die Voraussetzungen (Mahnung und Nachfristansetzung, samt ihren Ausnahmen) als auch hinsichtlich der Rechtsfolgen. Habe der Besteller gemahnt (Art. 102 OR) und eine Nachfrist angesetzt (Art. 107 Abs. 1 OR), die unbenutzt abgelaufen sei, verfüge er über verschiedene

Möglichkeiten (act. 60 E. 7.5.4). Erstens könne der Besteller weiterhin die geschuldete Leistung sowie Schadenersatz wegen der Verspätung verlangen (erste Möglichkeit von Art. 107 Abs. 2 OR). Zweitens könne der Besteller, wenn er es unverzüglich erkläre, auf sein Nachbesserungsrecht verzichten und vom Unternehmer den Ersatz des (positiven) Schadens wegen der Nichterfüllung seiner Leistungspflicht verlangen (zweite Möglichkeit von Art. 107 Abs. 2 OR), wobei der aus der Nichterfüllung zu ersetzende Schaden zumindest dem Wert der ausgebliebenen Nachbesserung entsprechen müsse. Schliesslich bestehe die Möglichkeit, vom Vertrag zurückzutreten (dritte Möglichkeit von Art. 107 Abs. 2 OR). In diesem Fall bestehe jene Lage wie vor Ausübung des Gestaltungsrechts und der Besteller könne von Neuem zwischen den gemäss Art. 368 OR offenstehenden Wegen wählen (act. 60 E. 7.5.4.1-7.5.4.3).

6.1.1.7 Die Behauptung der Beklagten, wonach auch nach einseitig durch die Klägerin erstreckter und bis Ende Mai 2019 versprochener Nachbesserung nach wie vor nicht bekannt sei, welche OTO-Dosen nun korrekt beschriftet seien und welche nicht, sei unbestritten geblieben. Vielmehr habe die Klägerin selbst bestätigt, dass sie keine Kenntnis darüber habe, welche OTO-Dosen falsch und welche korrekt beschriftet seien. So habe sie ausgeführt, es sei klar, dass "tatsächlich weit weniger OTO-Dosen falsch beschriftet sein dürften als behauptet" (act. 13 Rz 393). Sie bestreite, dass an den Standorten Q.\_\_\_\_\_ und S.\_\_\_\_\_ sämtliche OTO-Dosen hätten überprüft werden müssen, und werfe der Beklagten vor, ihr nicht aufzuzeigen, welche OTO-Dosen noch falsch beschriftet seien. Damit sei – so die Vorinstanz – die Klägerin nicht zu hören. Schliesslich habe sie der Beklagten mit Schreiben vom 28. Februar 2019 zugesichert, die falsch beschrifteten OTO-Dosen "im Rahmen einer systematischen Aufarbeitung" nachzubessern. Ausserdem habe sie die Beklagte aufgefordert, "trotz dieser systematischen Aufarbeitung allfällige zum Vorschein kommende Falschbeschriftungen von OTO-Dosen umgehend und präzise zu rügen" (act. 7/32 Ziff. 3). Entsprechend habe die Beklagte – so die Vorinstanz – davon ausgehen dürfen, dass die Klägerin sämtliche OTO-Dosen auf ihre korrekte Beschriftung hin überprüfe und sie einzig "allfällige zum Vorschein kommende" Falschbeschriftungen zu rügen habe. Diese Vorgehensweise erscheine sinnvoll, zumal die Schwierigkeit der Mängelbehebung in einem solchen Fall unbestrittenermassen darin liege,

Seite 42/46 herauszufinden, welche Dosen des gesamten Netzwerks richtig und welche falsch beschriftet seien. Bei dieser Sachlage könne die Klägerin der Beklagten nachträglich nicht entgegenhalten, sie habe die noch falsch beschrifteten OTO-Dosen nicht genau gerügt. Auch der Einwand der Klägerin, wonach sie die falsch beschrifteten OTO-Dosen grösstenteils bereits neu beschriftet habe, helfe ihr nicht. Schliesslich sei unbestritten, dass die Klägerin kein Protokoll über die behobenen Mängel erstellt habe und ihre Bemühungen entsprechend nicht hätten kontrolliert werden können. Mangels eines Protokolls bleibe unklar, welche OTO-Dosen (bereits) überprüft und korrigiert worden seien (act. 60 E. 7.5.5.). Nach dem Gesagten sei nicht zu beanstanden, dass die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 2. Juli 2019 mitgeteilt habe, dass sie auf weitere Nachbesserung durch die Klägerin verzichte und zur Ersatzvornahme auf deren Kosten schreite (act. 60 E. 7.5.6).

6.1.1.8 Vorgängig habe die Beklagte die Klägerin gemahnt und ihr zugleich (indirekt) eine Nachfrist im Sinne von Art. 107 Abs. 1 OR angesetzt. Die Beklagte habe im Schreiben vom 14. März 2019 festgehalten, dass die (an der Abnahmesitzung festgelegte) Frist für die Nachbesserung nicht eingehalten werde und sie direkt zur Ersatzvornahme schreiten werde, falls die Klägerin auch bis Ende Mai 2019 nicht erfolgreich nachbessere (act. 7/12 S. 2). Dass die Nachfrist bis zum 31. Mai 2019 nicht angemessen gewesen wäre, habe die Klägerin nicht behauptet (act. 60 E. 7.5.6.1). Nachdem die Klägerin auch innert der

Nachfrist nicht erfolgreich nachgebessert habe, habe die Beklagte mit Schreiben vom 2. Juli 2019 erklärt, dass sie auf eine weitere Nachbesserung durch die Klägerin verzichte und zur Ersatzvornahme auf deren Kosten schreite. Aufgrund dieser Formulierung sei davon auszugehen, dass die Beklagte entsprechend der ersten Möglichkeit gemäss Art. 107 Abs. 2 OR habe vorgehen wollen [vgl. vorne E. 6.1.1.6]. Soweit ersichtlich habe sie denn auch vorprozessual nie erklärt, Schadenersatz für Nichterfüllung geltend zu machen. In der Klageantwort habe sie ihre Forderung zwar als Schadenersatz bezeichnet, dies in der Duplik aber korrigiert und ausgeführt, bei ihrem Anspruch handle es sich um Aufwendersatz für die Nachbesserung (act. 60 E. 7.5.6.2).

6.1.1.9 Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die Klägerin ihren Gewährleistungspflichten nicht vertragsgemäss nachgekommen sei, weshalb die Beklagte die beiden Bankgarantien berechtigtweise abgerufen habe. Die klägerischen Rechtsbegehren Ziff. 5 und 6 seien folglich abzuweisen. Der Vollständigkeit halber sei anzumerken, dass sich die Beklagte die erhaltenen Garantiebeträge im Umfang von total CHF 770'000.00 an ihre Forderungen in Zusammenhang mit der Beseitigung der Werkmängel der Glasfasernetze in Q.\_\_\_\_\_ und S.\_\_\_\_\_ anzurechnen habe (act. 60 E. 7.5.7).

6.2 Die Klägerin ficht den vorinstanzlichen Entscheid auch in diesem Punkt an und bringt im Wesentlichen Folgendes vor (act. 61 Ziff. III.4.1 f.):

6.2.1 Es sei unbestritten, dass die Beklagte im Verhältnis zur X.\_\_\_\_\_ die Garantien habe abrufen dürfen [vgl. vorne E. 6.1.1.1]. Die Forderungen der Klägerin betreffen ausschliesslich das Grundverhältnis zwischen den Parteien, nämlich den TU-Vertrag.

6.2.2 Die Klägerin habe der Beklagten mit Schreiben vom 17. Juni 2019 mitgeteilt, dass die Nachbesserung per 31. Juli 2019 fertiggestellt sein werde, soweit die einzelnen Bewohner der

Seite 43/46 Liegenschaften bzw. Wohnungen den Zugang ermöglichten. Die Beklagte habe ihrerseits mit Schreiben vom 2. Juli 2019 mitgeteilt, dass sie auf die weitere Mängelbehebung in Bezug auf die OTO-Dosen verzichte und zur Ersatzvornahme auf Kosten der Klägerin schreite. Damit sei klar, dass die Beklagte Nachbesserung verlangt habe. Die Vorinstanz habe sodann festgehalten, dass die allgemeine Bestimmung über den Schuldnerverzug zur Anwendung komme, wenn der Unternehmer mit der Ausführung der Nachbesserung in Verzug gerate, und der Besteller nach der Mahnung und Ansetzung einer Nachfrist, die unbenutzt abgelaufen sei, über verschiedene Möglichkeiten verfüge. Weiter habe sie erklärt, die Beklagte habe davon ausgehen dürfen, dass die Klägerin sämtliche OTO-Dosen auf ihre korrekte Beschriftung hin überprüfe und sie einzig allfällige zum Vorschein kommende Falschbeschriftungen zu rügen habe; diese Vorgehensweise erscheine sinnvoll, zumal die Schwierigkeiten der Mängelbehebung in einem solchen Fall unbestrittenmassen darin liege, herauszufinden, welche Dosen des gesamten Netzwerks richtig und welche falsch beschriftet seien. Unverständlicherweise habe die Vorinstanz diese Argumentation verlassen: Nachdem sie zuerst erklärt habe, es sei sinnvoll, allfällige zum Vorschein kommende falsche Beschriftungen zu rügen, werfe sie der Klägerin vor, sie könne der Beklagten nicht nachträglich entgegenhalten, die noch falsch beschrifteten OTO-Dosen nicht genau gerügt zu haben. Festzuhalten sei, dass die Beklagte die Angelegenheit in grotesker Weise aufgebauscht habe. Obschon die Klägerin die Beklagte aufgefordert habe (was die Vorinstanz als sinnvoll erachtet habe), einzelne falsch angeschriebene OTO-Dosen mitzuteilen, sei es zu einer einzigen Mängelrüge gekommen. Angesichts der Anzahl von über 20'000 OTO-Dosen sei dies absolut geringfügig. Damit liege rechtlich kein Mangel vor. Nachgewiesen sei genau eine falsch beschriftete OTO-Dose (act. 17 Rz 364). Dies sei ein geringfügiger Mangel, der das Nachbesserungsrecht gemäss Art. 368 OR ausschliesse:

Der Besteller müsse sich unter solchen Umständen mit dem Werk abfinden, ohne dass ihm eines der Mängelrechte zustehe. 6.2.3 Bei dieser Sachlage sei die Beklagte nicht zum Vorgehen gemäss Art. 107 Abs. 1 OR berechtigt gewesen. Abgesehen davon habe sich die Beklagte ausgesprochen ungenau geäussert, wie die Vorinstanz in E. 7.5.6.2. ihres Entscheids [vgl. vorne E. 6.1.1.8] angefügt habe. Die Vorinstanz sei zum Schluss gekommen, die Beklagte habe Aufwendungsersatz für die Nachbesserung verlangt, worauf die Beklagte zu behaftet sei. Nachdem genau ein Mangel an einer einzigen OTO-Dose gerügt worden sei, könne sich die Beklagte nicht auf den Standpunkt stellen, die Klägerin sei ihrer Gewährleistungspflicht nicht nachgekommen. Damit habe sie die Bankgarantien zu Unrecht beansprucht. Zudem sei die Vorinstanz in aktenwidriger Weise davon ausgegangen, die Beklagte habe der Klägerin "indirekt" eine Nachfrist i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR angesetzt. Zu beachten sei, dass die Bankgarantie im Verhältnis zwischen der Beklagten und der Klägerin nur beansprucht werden dürfen, wenn die Klägerin die Gewährleistungspflichten verletzt habe. Die Beweislast dafür, dass ein Werkmangel vorliege, trage der Besteller des Werks. Diesbezüglich habe die Beklagte Vieles behauptet; bewiesen habe sie aber gar nichts. 6.2.4 Zusammengefasst ergebe sich, dass die Beklagte angesichts der bestrittenen Mangelhaftigkeit der OTO-Dosen nicht gemäss Art. 107 Abs. 1 OR vorgehen dürfen, da nur ein geringfügiger Mangel vorgelegen habe. Andere Mängel habe die Beklagte nicht bewiesen.

Seite 44/46 Deshalb habe sie die Bankgarantie im Grundverhältnis zwischen den Parteien zu Unrecht abgerufen. Die Beklagte sei daher zur Rückerstattung der von der X. \_\_\_\_\_ geleisteten Beträge zu verpflichten. Somit seien auch Ziff. 5 und 6 der Klagebegehren gutzuheissen. 6.3 Auch in diesem Punkt kann der Klägerin nicht gefolgt werden. 6.3.1 Ihr Hauptargument scheint auf einem Missverständnis bzw. einer Fehlinterpretation des von ihr verkürzt wiedergegebenen vorinstanzlichen Entscheids zu beruhen. Die Vorinstanz erachtete es nämlich nicht als sinnvoll, dass die Beklagte der Klägerin "einzelne falsch angeschriebene OTO-Dosen mitzuteilen" habe (vgl. vorne E. 6.2.2). Vielmehr gelangte die Vorinstanz zum Schluss, dass die Beklagte davon ausgehen durfte, dass die Klägerin sämtliche OTO-Dosen auf ihre korrekte Beschriftung hin überprüft und sie (die Beklagte) einzig "allfällige zum Vorschein kommende Falschbeschriftungen" zu rügen hat (vgl. vorne E. 6.1.1.1; Hervorhebung hinzugefügt). Nur dies ergibt tatsächlich Sinn, weil es Aufgabe der Klägerin war, sämtliche OTO-Dosen auf ihre korrekte Beschriftung hin zu überprüfen, während die Beklagte selbst gar nicht in der Lage war, die bestehenden Mängel bei der Beschriftung festzustellen, und davon nur ausnahmsweise – z.B. aufgrund einer Mitteilung von Kunden – Kenntnis erhielt (vgl. act. 17 Rz 364). Unter diesen Umständen ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz festhielt, die Klägerin könne der Beklagten nachträglich nicht entgegenhalten, die noch falsch beschrifteten OTO-Dosen nicht genau gerügt zu haben. Im Übrigen bestreitet die Klägerin nicht, dass OTO-Dosen, die mit einer falschen ID versehen wurden, mangelhaft waren (vgl. vorne E. 6.1.1.3). Schliesslich versäumt es die Klägerin, sich mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen, wonach sie kein Protokoll über die behobenen Mängel erstellt hat und ihre Bemühungen entsprechend nicht kontrolliert werden konnten, weshalb unklar ist, welche OTO-Dosen (bereits) überprüft und korrigiert wurden (vgl. vorne E. 6.1.1.7 a.E.). Sie nimmt diese Erwägungen lediglich zum Anlass, um darzulegen, wie sich der Sachverhalt aus ihrer Sicht zugetragen habe und welche rechtlichen Folgen sich daraus ergeben sollten. Damit geht die Klägerin nicht über appellatorische Kritik hinaus und wird den Begründungsanforderungen nicht gerecht (vgl. vorne E. 1.2). 6.3.2 Der Vollständigkeit halber bleibt anzumerken, dass mit der von der

Klägerin angeführten Stelle in der Duplik nicht belegt ist, dass es seitens der Beklagten nur zu einer einzigen Mängelrüge gekommen ist. Die Beklagte schilderte dort bloss beispielhaft die Beschwerde einer Kundin und bemerkte dazu, dass sie [nicht nur in diesem einen Fall, sondern] bereits tausendfach korrekte Nummern habe installieren müssen und immer noch tagtäglich mit falsch beschrifteten OTO- Dosen konfrontiert werde (act. 17 Rz 364; s. auch act. 67 Rz 115-120). Daraus kann die Klä- gerin offenkundig nichts zur ihren Gunsten ableiten. Ihr Standpunkt steht zudem im Widerspruch zu den vorinstanzlichen Erwägungen, (i) wonach die Klägerin geltend gemacht habe, den Mangel grösstenteils behoben zu haben, indem rund 90 % der "falsch beschrifteten OTO-Dosen ausgewechselt worden seien" (vgl. vorne E. 6.1.1.3), und (ii) wonach die Klägerin ein Protokoll unterzeichnet habe, in dem u.a. fest- gehalten worden sei, dass es "nach wie vor zahlreiche falsch beschriftete OTO ID" gegeben habe bzw. die Klägerin die Ansicht vertreten habe, "dass nur noch wenige Dosen falsch be- schriftet sind" (vgl. vorne E. 6.1.1.4). Mit diesen, ihrer Argumentation widersprechenden Er- wägungen setzt sich die Klägerin in der Berufung nicht auseinander.

Seite 45/46 6.3.3 Mithin erweist sich die Berufung auch in diesem Punkt als unbegründet bzw. nicht hinreichend begründet.

## **E. 7**

Nach dem Gesagten ist die Berufung vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Zugleich ist der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen, soweit dieser nicht bereits in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. vorne E. 1.1). Im Ergebnis bleibt es somit bei der Abweisung der Klage, weshalb es sich erübrigt, auf die Ausführungen der Klägerin zum Verzugszins (act. 61 Ziff. III.5) einzugehen.

## **E. 8**

Bei diesem Ausgang sind die Prozesskosten des Berufungsverfahrens von der Klägerin zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

### **E. 8.1**

Der für die Festsetzung der Gerichtskosten massgebende Streitwert beläuft sich vorliegend auf CHF 2'153'733.90 (vgl. act. 60 E. 10.2; § 15 Abs. 1 KoV OG). Bei diesem Streitwert be- trägt die ordentliche Entscheidgebühr gerundet CHF 53'850.00 (§ 11 Abs. 1 KoV OG). Ange- sichts des Umfangs und der Schwierigkeit des vorliegenden Falls rechtfertigt es sich, die Ent- scheidgebühr für das Berufungsverfahren auf CHF 40'000.00 zu reduzieren (§ 3 KoV OG).

### **E. 8.2**

Hinsichtlich der Festsetzung der Parteientschädigung ist der im Berufungsverfahren noch in Betracht kommende Streitwert massgebend (§ 8 Abs. 1 AnwT), der sich insgesamt auf CHF 1'991'206.14 beläuft (vgl. act. 61 S. 2 f.). Demnach beträgt das Grundhonorar der Rechts- anwälte CHF 41'312.00 (§ 3 Abs. 1 AnwT), wovon in den Rechtsmittelverfahren ein bis zwei Drittel berechnet werden dürfen (§ 8 Abs. 1 AnwT). Das vom Rechtsvertreter der Beklagten geltend gemachte Honorar von CHF 17'352.45 (inkl. Barauslagen und MWST; vgl. act. 74/1) ist somit angemessen, weshalb die Klägerin zu verpflichten ist, die Beklagte für das Berufungs- verfahren in dieser Höhe zu entschädigen. Urteilsspruch