

# ZH\_HANDELSGERICHT HG160067 vom 9. Januar 2019

Zh Handelsgericht, 2019-01-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG160067](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG160067)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG160067 du 9 janvier 2019

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG160067 del 9 gennaio 2019

## Erwägungen

### E. 5

Verwirkung eines allfälligen Nachbesserungsanspruchs

#### E. 5.1

Allgemeines Die Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag enthält für den Fall des Auftretens von Werk- mängeln folgende Regelung (act. 1 Rz. 79-82; act. 18 Rz. 29, 39; act. 40 Rz. 272; act. 44 Rz. 182, 184; Übersetzung gemäss act. 4/7):

- 33 - Gemäss § 263 Abs. 1 HGB-CZ ist die gesetzliche Regelung der Mängelrechte dispositiv (act. 40 Rz. 274, 278; act. 44 Rz. 186; act. 24/12). Die gesetzliche Re- gelung lautet folgendermassen (act. 40 Rz. 275; Übersetzung gemäss act. 3/44): Weiter verweist § 564 HGB-CZ auf §§ 436 bis 441 HGB-CZ (act. 40 Rz. 218; act. 41/15). Bei einer erheblichen Vertragsverletzung sieht § 436 HGB-CZ folgen- de Mängelrechte vor (act. 40 Rz. 219, 302; Übersetzung gemäss act. 41/16):

- 34 - Die Geltendmachung des Neuerstellungsanspruchs steht somit unter den folgen- den Voraussetzungen: – Die Mängelrüge erfolgt schriftlich (§ 15.5 Satz 1 der Anlage Nr. 1 zum Werk- vertrag; act. 40 Rz. 272; act. 44 Rz. 182, 184). Diesbezüglich gehen die An- forderungen der vertraglichen über jene der gesetzlichen Regelung hinaus (vgl. act. 40 Rz. 277; act. 44 Rz. 186; Ob.Ger. CZ, Urteil vom 29. November 2012, Az. 23 Cdo 1553/2012, act. 41/22). – Die Mängelrüge erfolgt innerhalb der Garantiefrist (§ 10.1.1 Werkvertrag; § 15.1 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag; § 562 Abs. 2 lit. c HGB-CZ; act. 40 Rz. 276.1). Da die sog. vorläufige Übergabe des Werks i.S.v. § 10.9 des Werkvertrags am 19. August 2007 stattgefunden hat und die Garantie- frist 7 Jahre beträgt (Ziffer II.4.2 oben), läuft diese gemäss der Berechnung der Klägerin bis 18. August 2014 (act. 1 Rz. 25; act. 40 Rz. 263, 494; abwei- chend von der Berechnungsweise nach Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR, welche aufgrund des tschechischen Sachrechts nicht anwendbar ist). – Die Mängelrüge wird unverzüglich nach Feststellung des Mangels vorge- bracht (§ 15.5 Satz 1 und 2 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag; § 562 Abs. 2 HGB-CZ; act. 1 Rz. 82; act. 18 Rz. 29, 30; act. 40 Rz. 272, 276.2, 312, 433; act. 44 Rz. 184, 187). Nach der Rechtsprechung ist unter Unverzüglichkeit

- 35 - eine sehr kurze Frist zu verstehen, deren Dauer von den Umständen des Einzelfalles abhängt (act. 40 Rz. 280; act. 44 Rz. 189; Ob.Ger. CZ, Urteil vom 10. Dezember 2013, Az. 32 Cdo 2484/2012, act. 41/23). Diese Anforde- rungen an die Bemessung der Rügefrist decken sich weitgehend mit jenen im schweizerischen Recht (BGE 118 II 142 E. 3b S. 148). Nach der schwei- zerischen Rechtsprechung gilt etwa eine Rügefrist von sieben Tagen als an- gemessen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_336/2007 vom 31. Oktober 2007 E. 4.4 m.Nw.). – Die Mängelrüge spezifiziert den gerügten Mangel (§ 15.5 Satz 3 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag; act. 1 Rz. 82; act. 40 Rz. 272, 278; act. 44 Rz. 184, 186). – Mit der

Mängelrüge erfolgt die Wahl des Nachbesserungs- bzw. Neuerstellungsanspruchs (§ 15.5 Satz 3 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag; § 436 Abs. 2 Satz 1 HGB-CZ; act. 40 Rz. 272, 278, 296; act. 44 Rz. 184, 186). Diese Anforderung geht über jene des schweizerischen Werkvertragsrecht hinaus, nach welchem der Besteller in der Mängelrüge zwar zum Ausdruck bringen muss, dass er das Werk nicht als vertragsgemäss anerkennen und den Unternehmer haftbar machen wolle (BGE 107 II 172 E. 1a S. 175-176), die Wahl des Mangelanspruchs jedoch nicht unverzüglich zu treffen braucht (Urteil des Bundesgerichts 4C.231/2004 vom 8. Oktober 2004 E.2.2). Zwischen den Parteien ist streitig, ob für die Ausübung des Wahlrechts eine (ausdrückliche) Bezugnahme auf § 15.4 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag erforderlich ist (act. 40 Rz. 272; act. 44 Rz. 184). Wie zu zeigen sein wird, kann diese Frage offen gelassen werden. – Die Mängel machen das Werk unbenutzbar (§ 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag; § 436 Abs. 2 Satz 3 HGB-CZ; act. 1 Rz. 79; act. 18 Rz. 39, 168; act. 40 Rz. 301, 302; act. 44 Rz. 1, 199, 384). – Mit der Wahl des Neuerstellungsanspruchs erfolgt die Ansetzung einer angemessenen Frist (§ 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag; act. 1 Rz. 79; act. 18 Rz. 39; act. 44 Rz. 198). Diese vertragliche Anforderung geht

- 36 - über die gesetzliche Regelung hinaus. Dementsprechend ist die von der Klägerin vorgebrachte Ansicht des Schrifttums zum unbestimmten Rechtsbegriff der angemessenen Frist (act. 40 Rz. 300; LUBOŠ TICHÝ/PETRA JOANNA PIPKOVÁ/JAN BALARIN, *Kupní smlouva v novém občanském zákoníku* [Kaufvertrag unter dem Neuen Bürgerlichen Gesetzbuch], 2014, N. 2 zu § 2106 BGB-CZ; act. 41/25) auf die vertragliche Regelung nicht übertragbar. Die Beweislast bestimmt sich ebenfalls nach der *lex causae* (Urteil des Bundesgerichts 5A\_725/2010 vom 12. Mai 2011 E. 3.1; 4A\_469/2010 vom 1. Dezember 2010 E. 2.1; FRANÇOIS KNOEPFLER/PHILIPPE SCHWEIZER/SIMON OTHENIN-GIRARD, *Droit international privé suisse*, 3. Aufl. 2005, N 657, 659; IVO SCHWANDER, *Einführung in das internationale Privatrecht*, 3. Aufl. 2000, N 679; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., § 18 N 151; GERHARD WALTER/TANJA DOMEJ, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, 5. Aufl. 2012, S. 348), während sich das Beweisrecht nach der *lex fori* richtet (Urteil des Bundesgerichts 5A\_725/2010 vom 12. Mai 2011 E. 3.1; 4A\_469/2010 vom 1. Dezember 2010 E. 2.1; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, a.a.O., N 657, 661-666; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., § 18 N 147, 148, 150, 151, 152; WALTER/DOMEJ, a.a.O., S. 348). Die Parteien äussern sich nicht zur Verteilung der Beweislast nach tschechischem Recht. Nicht jede Rechtsordnung kennt eine Art. 8 ZGB entsprechende allgemeine Regelung der Beweislast. Es entspricht jedoch einem anerkannten Prinzip, dass jede Partei die Beweislast für die Tatsachen trägt, auf welche sie ihre Klage oder Klageerwiderung stützt (Art. 27 Abs. 1 der UNCITRAL-Schiedsverfahrensordnung 2010, deutsche Übersetzung abrufbar unter <http://www.disarb.org/de/>; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, a.a.O., N 667a). Da dies mit dem Grundsatz von Art. 8 ZGB bzw. des schweizerischen Rechts übereinstimmt, rechtfertigt es sich, hinsichtlich der Voraussetzungen des Nachbesserungsrechts von derselben Beweislastverteilung wie nach schweizerischem Recht auszugehen. Nach der Rechtsprechung hat der Besteller die Verspätung der Mängelrüge unter Beachtung des prozessualen Novenrechts zu behaupten (BGE 118 II 142 E. 3a S. 147; BGE 107 II 50 E. 2a S. 54; Urteil des Bundesgerichts 4A\_405/2017 vom

- 37 - 30. November 2017 E. 3.3; 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007 E. 4.2.3). Bei der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge handelt es sich jedoch um eine um eine rechtsbegründende Tatsache (BGE 118 II 142 E. 3a S. 147). Folglich trifft den Besteller die Behauptungs- und Beweislast für den Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels und die Rechtzeitigkeit der Rüge (BGE 118 II 142 E. 3a S. 147; BGE 107 II 172 E. 1a S. 176; Urteil des Bundesgerichts 4A\_405/2017 vom 30. November 2017 E. 3.3; 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007 E. 4.2.3). Nachfolgend ist für die geltend gemachten Mängel zu prüfen, ob der Klägerin bei den Beanstandungen Nr. 3-9 dieser Nachweis gelingt. Zu den allfälligen Beanstandungen Nr. 1 und 2 äussern sich die Parteien nicht. Sie bilden nicht Gegenstand des vorliegenden Prozesses.

## E. 5.2

Beanstandung Nr. 3 vom 31. Mai 2011 Die Beanstandung Nr. 3 vom 31. Mai 2011 spezifizierte rund 600 sog. Punktfehler als Mangel. Die Klägerin behauptet, diese am 23. Mai 2011 entdeckt zu haben, nachdem das Wasser aus dem oberen Speicherbecken abgelassen worden sei (act. 40 Rz. 57). Dagegen wendet die Beklagte ein, die Mängel seien bereits Monate oder ein-zwei Jahre früher entdeckt worden (act. 18 Rz. 34, 35, 36, 90, 91, 171; act. 44 Rz. 60, 64, 187, 188, 282, 318, 366). Zwischen den Parteien unstritten ist jedoch, dass diese am 20. Mai 2011 anlässlich einer gemeinsamen Begangung bereits Fehlstellen entdeckten (act. 18 Rz. 32; act. 40 Rz. 58; act. 19/9). Diesbezüglich ist die mehr als 10 Tage nach Entdeckung erhobene Mängelrüge verspätet und sind § 15.5 Satz 1 und 2 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag sowie § 562 Abs. 2 HGB-CZ nicht eingehalten. In den anschliessenden Verhandlungen thematisierten die Parteien zwar die Klärung der Mängelursache (act. 40 Rz. 64), kamen jedoch offenbar zu keinem Ergebnis (vgl. act. 40 Rz. 75). Aus den Schriftsätzen der Parteien ergibt sich nicht, dass die Klägerin damals konkret einen weitergehenden Mangel wie z.B. ein fehlerhaftes Sanierungskonzept der Beklagten oder eine falsche Zusammensetzung der Asphaltbetonschicht geltend machte.

- 38 - Mit der Beanstandung Nr. 3 übte die Klägerin – unabhängig davon, für die Ausübung des Wahlrechts eine Bezugnahme auf § 15.4 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag erforderlich ist – weder ihr Wahlrecht gemäss § 15.5 Satz 3 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag und § 436 Abs. 2 Satz 1 HGB-CZ gegenüber der Beklagten aus, noch setzte sie dieser eine angemessene Frist zur Neuerstellung nach § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag an (vgl. act. 44 Rz. 65, 197, 198). Entgegen der Ansicht der Klägerin stellt die Aufforderung zur Vorlage von Vorschlägen hinsichtlich Terminen und Art der Mängelbeseitigung (act. 40 Rz. 61, 62, 299) keine Fristansetzung dar. Die inhaltlichen Anforderungen an die Mängelrüge sind damit nicht eingehalten. Nachdem die Beklagte dennoch die gerügten 600 sog. Punktfehler im Oktober 2011 ausgebessert hat (act. 40 Rz. 66, 291), wäre ein bestehender Nachbesserungsanspruch ohnehin durch Erfüllung untergegangen (vgl. act. 40 Rz. 262, 270, 434). Die Ansicht der Klägerin, wonach die inhaltlichen Anforderungen an die Mängelrüge erfüllt seien (act. 40 Rz. 292, 297), erweist sich einzig vor diesem Hintergrund als gerechtfertigt. Was die Klägerin aus dem Hinweis auf § 15.8 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag, wonach die Beklagte im Falle der Gefahr einer Stilllegung innerhalb von 24 Stunden nach der Mängelrüge mit der Behebung des Mangels zu beginnen hätte (act. 40 Rz. 304, 377), ableiten will, ist nicht nachvollziehbar, zumal es zu einer solchen ausserplanmässigen Stilllegung nicht gekommen ist. Bezüglich der mit Beanstandung Nr. 3 vom 31. Mai 2011 gerügten Mängel erübrigen sich Weiterungen.

### **E. 5.3**

Beanstandung Nr. 4 vom 9. Mai 2012 Die Beanstandung Nr. 4 vom 9. Mai 2012 spezifizierte rund 5'200 weitere Punktfehler als Mangel. Nachdem die Beklagte die gerügten 9'800 Fehlstellen im Juni 2012 ausgebessert hat (act. 40 Rz. 74, 75, 293), erübrigen sich nach Ansicht der Klägerin diesbezüglich ebenfalls Weiterungen (vgl. act. 40 Rz. 262, 270; Prot. S. 34). Ein darüber hinausgehender Anspruch der Klägerin besteht nicht. Die Beklagte macht nicht geltend, die Mängelrüge sei verspätet, obschon der Klägerin ein entsprechender Beweis nicht gelingen dürfte, nachdem sie diesbezüglich lediglich die Beanstandung vom 9. Mai 2012 (act. 4/26) als Beweismittel anbietet.

- 39 - Inhaltlich verlangt die Klägerin nunmehr eine umfassende Instandsetzung statt die Reparatur einzelner Fehler (act. 1 Rz. 30; act. 40 Rz. 68, 289, 296; act. 3/26), setzt allerdings lediglich eine Frist zur Vorlage eines Sanierungsplans (act. 40 Rz. 69; act. 4/26), nicht jedoch zu einer Neuerstellung des Werks an. Entgegen der Ansicht der Klägerin (act. 40 Rz. 299) stellt dies keine ausreichende Fristansetzung dar. Es fehlt an der Ansetzung einer angemessenen Frist zur Neuerstellung nach § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag.

### **E. 5.4**

Beanstandung Nr. 5 vom 17. Oktober 2012 Die Beanstandung Nr. 5 vom 17. Oktober 2012 spezifizierte Risse der Dichtung entlang der Böschung und 500 neue Punktfehler. Die Mängelrüge erfolgte innerhalb der Garantiefrist (vgl. act. 40 Rz. 266). Streitig ist jedoch, ob sie auch unverzüglich nach der Feststellung des Mangels erklärt wurde. Die Klägerin behauptet, die neuen Mängel anlässlich einer Inspektion am 11. Oktober 2012 entdeckt zu haben (act. 40 Rz. 76), was die Beklagte bestreitet (act. 44 Rz. 71). Als Beweismittel bietet die Klägerin lediglich das der Beanstandung Nr. 5 vom 17. Oktober 2012 beigefügte Protokoll über die genannte Inspektion an (act. 40 Rz. 76; act. 3/27). Damit lässt sich jedoch nicht belegen, dass die Mängel nicht bereits früher entdeckt wurden oder hätten entdeckt werden müssen, befinden sich die geltend gemachten Risse doch nicht an versteckter Stelle unter der Wasseroberfläche, sondern entlang der Böschung (act. 40 Rz. 76). Demnach ist die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge i.S.v. § 15.5 Satz 1 und 2 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag sowie § 562 Abs. 2 HGB-CZ nicht bewiesen. In der Mängelrüge verlangte die Klägerin ausdrücklich einen Vorschlag für die Beseitigung sämtlicher neuer Mängel (act. 40 Rz. 76; act. 3/27), nicht jedoch die Nachbesserung (act. 44 Rz. 71). Dadurch unterliess es die Klägerin, ihr Wahlrecht gemäss § 15.5 Satz 3 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag und § 436 Abs. 2 Satz 1 HGB-CZ auszuüben. Dies gilt unabhängig davon, für die Ausübung des Wahlrechts eine Bezugnahme auf § 15.4 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag erforderlich ist.

- 40 - Selbst wenn in der Beanstandung Nr. 5 ein Nachbesserungsbegehren zu sehen wäre, würde jedenfalls lediglich das Verlangen einer Nachbesserung i.S.v. § 15.4 lit. b der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag und nicht jenes einer Neuerstellung der Asphaltichtungsschicht i.S.v. § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag vorliegen, wie sie die Klägerin mit der vorliegenden Klage begehrt. Die entgegengesetzte Schlussfolgerung der Klägerin, sie habe mit der Beanstandung Nr. 5 vom 27. Oktober 2012 eine umfassende Sanierung verlangt (act. 40 Rz. 76, 298), erweist sich vor dem Hintergrund ihrer tatsächlichen Behauptungen und Belege nicht als nachvollziehbar. Überdies hätte es dazu der Ansetzung einer angemessenen Frist zur Neuerstellung nach § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag bedürft. Eine solche liegt – entgegen der Ansicht der Klägerin (act. 40 Rz.

299) – nicht vor. Mangels Rechtzeitigkeit, Ausübung des Wahlrechts und Fristansetzung sind die Rechte der Klägerin aus den mit Beanstandung Nr. 5 vom 17. Oktober 2012 gerügten Mängeln verwirkt.

### **E. 5.5**

Beanstandung Nr. 6 vom 19. März 2013 Die Beanstandung Nr. 6 vom 19. März 2013 spezifizierte aufgrund einer Georadar-Untersuchung 3'860 anomale Erscheinungen (act. 40 Rz. 77; act. 44 Rz. 72; act. 3/30), wovon 508 markant oder mittel-markant seien (act. 44 Rz. 72; act. 3/30). Weitergehend ging die Klägerin jedoch von einem Umfang von ca. 20'000 verborgenen Mängeln aus (act. 18 Rz. 105; act. 40 Rz. 77; act. 3/30), welche Zahl auf einer Hochrechnung beruhte (act. 18 Rz. 105; act. 44 Rz. 72). Die Mängelrüge erfolgte innerhalb der Garantiefrist (vgl. act. 40 Rz. 266). Die Klägerin legt jedoch nicht dar, wann die entsprechende Georadar-Untersuchung stattgefunden haben soll. Folglich lässt sich nicht beurteilen, ob die Klägerin die Mängel unverzüglich gerügt hat. Da es an entsprechenden Behauptungen fehlt, ist darüber auch kein Beweis abzunehmen, zumal die Klägerin in diesem Zusammenhang ohnehin lediglich die Beanstandung Nr. 6 vom 19. März 2013 zum Beweis anbietet (act. 40 Rz. 77, 78; act. 3/30). Demnach ist die Rechtzeitigkeit der

- 41 - Mängelrüge i.S.v. § 15.5 Satz 1 und 2 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag und § 562 Abs. 2 HGB-CZ weder dargelegt noch erstellt. In der Mängelrüge informierte die Klägerin die Beklagte über die Zeitfenster für eine Sanierung der Mängel. Eine nach § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag genügende Fristansetzung stellt dies – entgegen der Ansicht der Klägerin (act. 40 Rz. 299) – nicht dar. Die Klägerin unterliess es, ihr Wahlrecht gemäss § 15.5 Satz 3 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag und § 436 Abs. 2 Satz 1 HGB-CZ auszuüben. Selbst wenn in der Beanstandung Nr. 6 ein Nachbesserungsbegehren zu sehen wäre, läge jedenfalls lediglich das Verlangen einer Nachbesserung i.S.v. § 15.4 lit. b der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag und nicht jenes einer Neuerstellung der Asphaltdeckschicht i.S.v. § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag vor, wie sie die Klägerin mit der vorliegenden Klage begehrt. Die entgegengesetzte Schlussfolgerung der Klägerin, sie habe mit der Beanstandung Nr. 6 vom 19. März 2013 eine umfassende Sanierung verlangt (act. 40 Rz. 78, 298), ergibt sich aus diesem Schreiben nicht, selbst wenn für die Ausübung des Wahlrechts eine Bezugnahme auf § 15.4 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag nicht erforderlich ist (act. 40 Rz. 272; act. 44 Rz. 184). Mangels Rechtzeitigkeit, Ausübung des Wahlrechts und Fristansetzung sind die Rechte der Klägerin aus den mit Beanstandung Nr. 6 vom 19. März 2013 gerügten Mängeln verwirkt.

### **E. 5.6**

Beanstandung Nr. 7 vom 9. Mai 2013 Die Beanstandung Nr. 7 vom 9. Mai 2013 spezifizierte 7'000 neue offene und 3'000 beginnende (noch geschlossene) Punktfehler. Die Mängelrüge erfolgte innerhalb der Garantiefrist (vgl. act. 40 Rz. 266). Die Beklagte macht nicht geltend, die Klägerin habe die Mängelrüge nicht unverzüglich angebracht (vgl. act. 18 Rz. 107, 108; act. 44 Rz. 74). Damit ist von einer rechtzeitigen Anzeige auszugehen.

- 42 - Es bleibt jedoch unklar, für welche Mängelrechte die Klägerin sich entscheidet. So gibt sie der Beklagten einerseits ein Zeitfenster zwischen von 27. Mai bis 20. Juni 2013 bekannt, um Sanierungen durchzuführen (act. 40 Rz. 80), schreibt der Beklagten andererseits, "sofern sie sich nicht zu einer grundlegenden Sanierung der zu Tage getretenen und verborgenen Mängel bereit erkläre, die Klägerin eine Drittpartei mit der

temporären Ausbesserung für das laufende Jahr 2013 beauftragen würde" (act. 40 Rz. 82; act. 3/33). Die später androhungsgemäss von einem Drittunternehmen vorgenommenen Ausbesserungen waren nach Darstellung sowohl der Klägerin als auch der Beklagten wiederum lokale Verbesserungen der Punktfehler (act. 1 Rz. 41; act. 18 Rz. 42, 109; act. 40 Rz. 100, 325; act. 44 Rz. 9, 41, 75, 76, 81, 207, 243, 266, 384). Diesbezüglich will die Klägerin zwischen einer vorübergehenden (lokalen) Ausbesserung der Punktfehler zur Sicherstellung des weiteren Betriebs des Wasserwerks und der grundlegenden (fundamentalen) Sanierung der VABH-Schicht unterscheiden (act. 40 Rz. 72, 317, 546; Prot. S. 33- 34). Diese Unterscheidung entbindet die Klägerin jedoch nicht von der Ausübung des Wahlrechts hinsichtlich einer umfassenden Sanierung, selbst wenn davon ausgegangen wird, dass für die Ausübung des Wahlrechts eine Bezugnahme auf § 15.4 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag nicht erforderlich ist. Eine hinreichende Erklärung der Klägerin über die Wahl des Nachbesserungsanspruchs liegt damit nicht vor. Die entgegengesetzte Schlussfolgerung der Klägerin, sie habe mit der Beanstandung Nr. 7 vom 9. Mai 2013 eine umfassende Sanierung verlangt (act. 40 Rz. 80, 298), geht daraus nicht hervor. Die Klägerin unterliess es, ihr Wahlrecht gemäss § 15.5 Satz 3 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag und § 436 Abs. 2 Satz 1 HGB-CZ auszuüben. Die Klägerin hat der Beklagten zudem keine angemessene Frist zur Neuerstellung nach § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag angesetzt (act. 18 Rz. 43; act. 40 Rz. 299; act. 44 Rz. 198). Das von der Klägerin bekannt gegebene Zeitfenster bezog sich entgegen ihrer Auffassung (act. 40 Rz. 299) nicht auf die von ihr begehrte umfassende Sanierung.

- 43 - Mangels Ausübung des Wahlrechts und Fristansetzung sind die Rechte der Klägerin aus den mit Beanstandung Nr. 7 vom 9. Mai 2013 gerügten Mängeln verwirkt.

### **E. 5.7**

Beanstandung Nr. 8 vom 2. September 2013 Die Beanstandung Nr. 8 vom 2. September 2013 spezifizierte ca. 12'000 neue Mängel über dem Schwankungsspiegel und unter der Wasserwechselzone. Die Mängelrüge erfolgte innerhalb der Garantiefrist (vgl. act. 40 Rz. 266). Die Beklagte macht nicht geltend, die Klägerin habe die Mängelrüge nicht unverzüglich angebracht (vgl. act. 18 Rz. 112, 113; act. 44 Rz. 81). Damit ist von einer rechtzeitigen Anzeige auszugehen. Die Klägerin verlangte von der Beklagten lediglich eine Anerkennung der Haftung (act. 1 Rz. 39; act. 40 Rz. 98). Weder äusserte sich die Klägerin eindeutig im Sinne der Wahl einer Neuerstellung nach § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag, noch setzte sie die dazu erforderliche Frist. Damit fehlt es an einer hinreichenden Erklärung der Klägerin über die Wahl des Nachbesserungsanspruchs und an einer Fristansetzung. Dies gilt auch dann, wenn eine Bezugnahme auf § 15.4 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag zur Ausübung des Wahlrechts nicht erforderlich ist. Die Klägerin unterliess es, ihr Wahlrecht gemäss § 15.5 Satz 3 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag und § 436 Abs. 2 Satz 1 HGB-CZ auszuüben und eine angemessene Frist zur Neuerstellung nach § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag anzusetzen. Im Rahmen von Verhandlungen zwischen den Parteien präsentierte die Beklagte im Nachgang zur Besprechung vom 21. Juni 2013 drei Sanierungsvarianten (act. 1 Rz. 42, 43; act. 18 Rz. 119). Mit Schreiben vom 5. November 2013 lehnte die Klägerin diese zwar als ungeeignet ab (act. 1 Rz. 45; act. 18 Rz. 120), verlangte jedoch eine weitere Ausarbeitung der Variante 1, welche in einem Teilersatz der schadhaften Bereiche der Dichtungsschicht bestand (act. 1 Rz. 45; act. 18 Rz. 119, 120; act. 3/38). In diesem Zusammenhang macht die Klägerin einseitig geltend, die Beklagte habe für die Varianten 2 und 3 von ihr eine enorme

- 44 - finanzielle Beteiligung verlangt (act. 1 Rz. 43), andererseits will sie nach einer ausführlichen technischen Auswertung alle drei Varianten als ungeeignet abgelehnt haben (act. 1 Rz. 45). Aus dem Schreiben vom 5. November 2013 ergibt sich indessen, dass die Klägerin die Sanierungsvarianten aus technischen Gründen ablehnte (act. 3/38). Nachdem die Beklagte im Schreiben vom 26. November 2013 auf Wunsch der Klägerin dennoch die Variante 1 näher ausgearbeitet hatte (act. 1 Rz. 45; act. 3/39), scheiterte eine Umsetzung bzw. Weiterverfolgung später daran, dass sich die Parteien über die Aufteilung der Kosten uneinig waren (act. 1 Rz. 46; act. 18 Rz. 124). Im Zeitpunkt der Beanstandung vom 2. September 2013 war das Ergebnis der Verhandlungen deshalb offen und eine Lösung im Sinne der Variante 1 möglich. Die umfassenden Varianten 2 und 3 wurden hingegen aus technischen, nicht aus Kostengründen verworfen. Diese Umstände sprechen ebenfalls dagegen, dass sich die Klägerin mit der Beanstandung vom 2. September 2013 für eine Neuerstellung nach § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag entschied. Mangels Ausübung des Wahlrechts und Fristansetzung sind die Rechte der Klägerin aus den mit Beanstandung Nr. 8 vom 2. September 2013 gerügten Mängeln verwirkt.

### **E. 5.8**

Beanstandung Nr. 9 vom 14. Juli 2014 Die Beanstandung Nr. 9 vom 14. Juli 2014 spezifizierte 3'800 neue Punktfehler, 25'500 mit der Georadar-Methode festgestellte Mängel sowie neu 2'992 auf einer Fläche von 678 m<sup>2</sup> identifizierte sog. Pocken, bei welchen es sich um eine untiefe Flächenbeschädigung des AB-Mantels durch Ausfall der Zuschlagkörner handle, die progressiv bis zu einer Tiefe von 15 mm der Dichtungsschicht des AB-Mantels auftreten (act. 1 Rz. 47, 48; act. 40 Rz. 101, 102, 103, 509). Nach der Klagebegründung habe es sich bei der mit 25'500 bezifferten Anzahl der nicht an der Oberfläche sichtbaren Mängel des AB-Mantels, die mittels der Georadar-Methode festgestellt worden seien, um eine Aktualisierung gehandelt (act. 1 Rz. 48). Gemäss Schreiben vom 14. Juli 2014 seien die 25'500 Stück verborgener Mängel mit Hilfe von Bodenradar ermittelt worden und dem beigefügten Grundriss zu entnehmen; gemäss der Passportisierung sei in diesem Jahr die Zahl von 3'771 ver-

- 45 - borgenen Mängeln reduziert worden, indem sie sich bereits als äusserlich erkennbare Mängel geäussert hätten (act. 3/40). Dabei bleibt unklar, ob es sich bei den 25'500 Stück verborgener Mängel um neue Mängel handelte. Bereits die Beanstandung Nr. 6 vom 19. März 2013 kam aufgrund einer Hochrechnung der Ergebnisse der Georadar-Untersuchung auf 20'000 Mängel. Mit Beanstandung Nr. 8 vom 2. September 2013 rügte die Klägerin nochmals ca. 12'000 mittels der Bodenradarmethode über der Schwankungszone und unter der Wasserwechselzone entdeckte Mängel. Sodann hat die Klägerin die Behauptung der Beklagten, sie habe lediglich im mittleren Bereich die Prüffläche von 192.6 m<sup>2</sup> auf 345.6 m<sup>2</sup> erhöht (act. 18 Rz. 126), nicht substantiiert bestritten (act. 40 Rz. 510) und räumt selber ein, dass ausgewählte Profilflächen mit dem Radar untersucht wurden (act. 40 Rz. 102). Zudem entspricht der Wegfall von 3'771 verborgenen Mängel der Zahl der 3'800 neuen Punktfehler (act. 3/40; in den Rechtsschriften wurde diese Zahl auf 3'800 gerundet; act. 1 Rz. 47; act. 40 Rz. 101). Darüber hinaus fasst die Klägerin in der Beanstandung Nr. 9 vom 14. Juli 2014 die bereits erfolgten Beanstandungen Nr. 3 bis 8 nochmals zusammen. Aus einer Wiederholung bereits gerügter Mängel ergeben sich jedoch keine neuen Rechte. Insbesondere können damit unzureichende vergangene Mängelrügen nicht geheilt werden, da sonst die sofortige Rügeobliegenheit ins Leere liefe. Beachtlich sind damit alleine die 3'800 neuen Punktfehler und die 2'992 neuen

sog. Pocken. Die Mängelrüge erfolgte innerhalb der Garantiefrist (vgl. act. 40 Rz. 266). Die Beklagte bestreitet die Entstehung neuer Mängel im Jahre 2014, macht dagegen nicht geltend, die Klägerin habe die Mängelrüge nicht unverzüglich angebracht (vgl. act. 18 Rz. 12-127; act. 44 Rz. 82), falls sich die Entstehung der neuen Mängel nachweisen liesse. Damit ist von einer rechtzeitigen Anzeige auszugehen. Die Klägerin verlangte eine umfassende Instandsetzung des gesamten AB-Mantels des Oberbeckens des Wasserwerkes (act. 1 Rz. 48; act. 40 Rz. 104; act. 3/40). Damit übte sie ihr Wahlrecht im Sinne der Wahl einer Neuerstellung nach § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag aus. Es kann offen bleiben, ob sie darüber hinaus auch ausdrücklich auf § 15.4 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag hätte Bezug nehmen müssen, denn die Klägerin setzte der Beklagten kei-

- 46 - ne angemessene Frist zur Neuerstellung nach § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag an. Selbst die Klägerin behauptet nicht, mit der Beanstandung Nr. 9 vom 14. Juli 2014 eine Frist zur Nachbesserung angesetzt zu haben (vgl. act. 40 Rz. 299, wo ein entsprechender Verweis bezüglich Beanstandung Nr. 9 vom 14. Juli 2014 fehlt). Soweit die Mängelrechte aufgrund der mit der Beanstandung Nr. 9 vom 14. Juli 2014 gerügten Mängel bestehen, fehlt es somit an einer Fristansetzung. Allfällige Rechte der Klägerin aus den mit Beanstandung Nr. 9 vom 14. Juli 2014 gerügten Mängeln sind deshalb verwirkt. Im Übrigen dürften die einzig relevanten 3'800 neuen Punktfehler und die 2'992 neuen sog. Pocken für sich allein nicht zu einer Unbenutzbarkeit des Werks im Sinne von § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag führen. Eine solche lässt sich beweismässig selbst für die Gesamtheit der von der Klägerin geltend gemachten Mängel nicht erstellen (zum Ganzen: Ziffer II.6 unten).

## **E. 5.9**

Zwischenergebnis Die Beanstandungen der Klägerin entsprechen nicht den von den Parteien vereinbarten formellen Anforderungen und sind teilweise verspätet. Allfällige Mängelrechte der Klägerin sind deshalb verwirkt. Insbesondere ist ein allfälliger Anspruch auf Neuerstellung des Werks verwirkt. Im Ergebnis ist die Klage abzuweisen, soweit überhaupt auf sie eingetreten werden kann oder sie nicht schon aus anderen Gründen abzuweisen ist. Selbst wenn von formell korrekten und rechtzeitigen Mängelrügen ausgegangen würde, müsste die Klage mangels eines materiellen Anspruchs abgewiesen werden, wie sogleich aufzuzeigen ist.

## **E. 6**

Anspruch auf Neuerstellung des Werks

### **E. 6.1**

Gemäss § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag und in Übereinstimmung mit § 436 Abs. 2 Satz 3 HGB-CZ besteht ein Anspruch auf Behebung der Mängel durch eine neue Leistung nur, soweit es sich um Mängel handelt, die

- 47 - das Werk unbenutzbar machen (act. 1 Rz. 79; act. 18 Rz. 39; act. 40 Rz. 301; act. 44 Rz. 1; Ziffer 5.1 oben). Die Klägerin vertritt unter Hinweis auf die Kommentierung von ŠTENGLOVÁ/PLÍVA/TOMSA zu § 560 HGB-CZ die Ansicht, Unbenutzbarkeit eines Werks liege nach tschechischem Recht vor, wenn dieses nicht seinem Zweck entspreche (act. 40 Rz. 301; IVANA ŠTENGLOVÁ/STANISLAV PLÍVA/MILOŠ TOMSA, Obchodní zákoník: komentář [Handelsgesetzbuch: Kommentar], 13. Aufl. 2010, act. 41/26). Der Begriff "irreparabel" gemäss § 436 Abs. 2 HGB-CZ stimme mit dem Begriff

"unbenutzbar" gemäss § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag überein (act. 40 Rz. 302). Nachdem die Klägerin bereits in ihrer Mängelrüge Nr. 5 vom 17. Oktober 2012 darauf hingewiesen habe, dass der weitere Betrieb des Speicherbeckens von der Sanierung der zwischenzeitlich erneut entstandenen Mängel abhängig sei, sei ein zweckgemässer Betrieb ausgeschlossen und das Werk "unbenutzbar" im Sinne der vertraglichen Regelung (act. 40 Rz. 303). Die Beklagte tritt der Ansicht der Klägerin entgegen, ein Werk sei bereits dann unbenutzbar, wenn einer Beanstandung die Gefahr immanent sei, dass der ordnungsgemässe Betrieb eingeschränkt werde (act. 18 Rz. 168; act. 44 Rz. 200). Eine Sache sei unbenutzbar (nepoužitelný), wenn sie nicht mehr benutzbar, nicht mehr zu gebrauchen sei; ein unbenutzbares Werk leide an totalen Mängeln, welche die essentiellen Eigenschaften des Werkes beeinträchtigten und das Werk als Ganzes unbenutzbar machten (act. 44 Rz. 200; act. 46/22). Die mietrechtliche Bestimmung von § 2227 BGB-CZ präzisiere den Begriff sodann, dass die Sache (aus welchem Grund auch immer) nicht zum vereinbarten oder üblichen Zweck genutzt werden könne (act. 44 Rz. 200; act. 46/20). Unbenutzbarkeit liege deshalb erst vor, wenn ein Werk nicht seinem Zweck entsprechend genutzt werden könne (act. 44 Rz. 200).

## E. 6.2

In tatsächlicher Hinsicht ist unbestritten, dass sich das Oberbecken des streitgegenständlichen Pumpspeicherwerks seit dem Abschluss der Sanierung im Jahre 2007 – abgesehen von den üblichen jährlichen Betriebsunterbrechungen (vgl. act. 1 Rz. 35; act. 18 Rz. 130) – ununterbrochen in Betrieb befindet (act. 18

- 48 - Rz. 86, 108, 150, 175; act. 40 Rz. 474, 494; act. 44 Rz. 7, 10, 31, 34, 54, 199, 208, 283, 335, 302, 323, 324, 335, 342, 356, 373). Die vertraglich garantierte Durchsickerungsmenge gemäss der Anlage Nr. 5 zum Werkvertrag vom 22. März 2006 (Garantierte Parameter; act. 3/11; nachfolgend Anlage Nr. 5 zum Werkvertrag) werden eingehalten (act. 18 Rz. 4, 7, 26, 28, 31, 93, 104, 158, 162, 163, 172; act. 44 Rz. 7, 34, 40, 54, 279; act. 4/22; act. 19/7). Die Beklagte bestreitet diese zwar an einer Stelle der Replik mit dem Hinweis auf "bestrittene Tatsache" (act. 40 Rz. 209), während sie an anderer Stelle lediglich auf die Irrelevanz der Sickerwassermengen verweist (act. 40 Rz. 411, 430, 432, 435, 461, 479, 483, 540). Sie tut dies jedoch in pauschaler Art und Weise. Die Nichteinhaltung der Durchsickerungsmenge ist denn auch von der Klägerin nie gerügt worden (act. 40 Rz. 540; act. 44 Rz. 367). Soweit im Hinweis auf "bestrittene Tatsache" eine Bestreitung durch die Klägerin gesehen würde, wäre diese jedenfalls unsubstantiiert und unbeachtlich. Schliesslich sind unstrittig die einzelnen Schichten verbunden geblieben, d.h. eine allfällige Schichtablösung hat nicht stattgefunden (act. 18 Rz. 86; act. 40 Rz. 474, 486 [widersprüchlich]). Zudem hat die Klägerin eine Mastix-Sanierung (Schutzanstrich) ausgeschrieben und zwischenzeitlich durchführen lassen (act. 18 Rz. 151; act. 40 Rz. 521; act. 44 Rz. 31, 199, 354; act. 49 Rz. 119; act. 19/41). Streitig ist, ob die vertraglich garantierte Dicke der Dichtungsschicht von 80 mm (Toleranz + 20 mm) gemäss Anlage Nr. 5 zum Werkvertrag ebenfalls eingehalten wurde. Unter Berufung auf das Gutachten H.\_\_\_\_\_ vom 14. August 2014 behauptet die Klägerin, aufgrund von Musterentnahmen sei festgestellt worden, dass 32 % der entnommenen Muster der vertraglich vereinbarten Stärke der Dichtungsschicht nicht entsprochen hätten (act. 1 Rz. 56.9; act. 40 Rz. 171, 174, 207, 531; act. 3/21 Ziff. 6.2.7 S. 47-48 = act. 41/2 Ziff. 6.2.7 S. 49; act. 41/44 S. 34; act. 41/45 S. 43-44). Demgegenüber behauptet die Beklagte, von den beim Einbau durch Einlegung einer Folie auf die Unterbauschicht mit einem geeigneten

und entsprechend geeichten Messgerät vorgenommenen 82 Prüfungen hätten lediglich 4 Prüfungen (3 \* 7.8 cm bzw. 1 \* 7.3 cm) minim unterhalb der geforderten Schichtstärke von 8.0 cm gelegen (act. 18 Rz. 146.4; act. 19/40). Beim Schneiden

- 49 - der Musterentnahmen gehe Dicke verloren, was wohl die Ursache der (bestrittenen) zu geringen Dicke sei (act. 18 Rz. 146; act. 44 Rz. 119). Zudem sehe das Regelwerk EAAW [Empfehlungen für die Ausführung von Asphaltarbeiten im Wasserbau] eine Mindestschichtdicke von lediglich 60 mm vor, welche im Rahmen von weiteren Proben stets bei weitem eingehalten worden sei, da die Schichtdicke den Wert von 70 mm nie unterschritten habe (act. 18 Rz. 146.3). Weiter ist streitig, ob die Aufrechterhaltung des Betriebs nur durch die von der Klägerin veranlassten Ausbesserungen möglich war (act. 18 Rz. 131; act. 40 Rz. 7, 9, 10, 209.2, 303, 461, 474, 494, 513, 521, 528; act. 44 Rz. 8, 315). Die Klägerin behauptet, die zuständige Aufsichtsbehörde und die wasserrechtliche Behörde hätten anlässlich einer ausserordentlichen sicherheitstechnischen Überprüfung des Wasserwerks am 13. Mai 2013 einvernehmlich festgestellt, dass ca. 7'220 offene Punktfehler und ca. 3'000 beginnende Punktfehler identifiziert worden seien, und die Tiefe der offenen Krater dabei schon die besorgniserregende Tiefe von 6-7 cm, damit knapp vor einem Durchbruch durch die VABH-Dichtungsschicht, erreicht habe (act. 40 Rz. 108). Die Beschädigung der Dichtungsschicht des AB-Mantels grenze an einen Notzustand und eine umfassende (definitive) Instandsetzung des beschädigten Bandes der Dichtungsschicht in der Zone der Betriebswasserspiegel von 1'339 - 1'346 m ü.d.M. sei zwingend nötig (act. 1 Rz. 51; act. 40 Rz. 89, 108, 109). Zum Beweis verweist die Klägerin auf den Bericht über die ausserordentliche Inspektion des Wasserwerkes vom 13. Mai 2013 (act. 1 Rz. 51; act. 40 Rz. 108-110; act. 3/42). Die Beklagte bestreitet, dass diese Aussagen zutreffend seien (act. 18 Rz. 129, 130; act. 44 Rz. 83). Die Klägerin hat zudem Gutachten bzw. Stellungnahmen bei Prof. Ing. H. \_\_\_\_\_ (act. 3/21 = act. 41/2 [Neuübersetzung]; act. 41/44; act. 41/45) und bei Dr.-Ing. I. \_\_\_\_\_ (act. 41/1) eingeholt. Das Gutachten H. \_\_\_\_\_ vom 14. August 2014 führt verschiedene Ursachen der von der Klägerin geltend gemachten Mängel auf (act. 1 Rz. 56, 57; act. 40 Rz. 138-176). Die Oberflächenbeschädigung des AB-Mantels gründe sich in der Freiwerdung und im Herausfallen von Gesteinskörner aus der Oberfläche des AB-Mantels bis zu einer Tiefe von auch mehr als 10 mm, was die Durchlässigkeit des Mantels senke, das Eindringen von Wasser in den

- 50 - Mantel unterstütze und die Bildung von punktuellen Fehlstellen innerhalb der Schicht VABH beschleunige (act. 1 Rz. 58; act. 3/21 S. 64 = act. 41/2 S. 66). Der Eintritt eines Notzustands des Werks könne weder mittel- noch langfristig ausgeschlossen werden (act. 1 Rz. 61; act. 3/21 S. 61, 65 = act. 41/2 S. 63, 67). Nach dem weiteren Gutachten H. \_\_\_\_\_ vom 20. Februar 2017 würden sich die Pusteln ohne Sanierung insbesondere im Winter in die Breite und die Tiefe ausdehnen, vorwiegend infolge von Frost in Verbindung mit dem Wasserwechsel im Becken, und es würde zu einer gesamten Degradation der VABH-Aussendichtung und anschliessend zur Erhöhung der Sicherwasserwerte kommen (act. 40 Rz. 202; act. 41/44). Das Gutachten I. \_\_\_\_\_ vom 7. Juli 2017 eruiert ebenfalls die Ursachen der von der Klägerin behaupteten Mängel (act. 40 Rz. 183-198; act. 41/1). Inwiefern das Gutachten I. \_\_\_\_\_ vom 7. Juli 2017 ebenfalls den Eintritt eines Notzustands für möglich oder wahrscheinlich halte, legt die Klägerin nicht dar (vgl. act. 40 Rz. 177-198). Die Beklagte bestreitet die von der Klägerin behaupteten Ursachen (act. 18 Rz. 134-147; act. 44 Rz. 126-133) und die dargelegten Ursachen-Kombination der aufgetretenen Pusteln (act. 18 Rz. 148). Ein Notzustand sei weder in der Vergangenheit

gegeben gewesen, noch liege ein solcher unmittelbar bevor oder habe vorgelegen (act. 18 Rz. 151); eine gesamte Degradation der VABH- Aussendichtung liege nicht vor, denn seit Juli 2014 habe die Klägerin keine neuen Pusteln mehr nachgewiesen (act. 18 Rz. 150; act. 40 Rz. 136), und selbst Dr.-Ing. I. \_\_\_\_\_ gebe an, dass sich die Pustel-Bildung dem Ende zuneige (act. 40 Rz. 136). Die mit den Eingaben vom 26. April 2018 (act. 59; act. 60/1-2), 3. Mai 2018 (act. 61; act. 62/1) und 26. Juni 2018 (act. 64; act. 65/1) durch die Klägerin eingeführten neuen Behauptungen und Beweismittel zur Feststellung von Mängeln betreffen eine Inspektion vom 19. April 2018 (act. 59 Rz. 3), einen Bericht der Aufsichtsbehörde vom 27. April 2018 (act. 64 Rz. 3) und einen Ortstermin mit Dr.-Ing. I. \_\_\_\_\_ vom 28. Mai 2018 sowie einen von diesem erstellten Bericht vom 20. Juni 2018 (act. 64 Rz. 3). Nachdem die 7-jährige Garantiefrist am 18. August 2014 abgelaufen ist (Ziffer II.5.1 oben), fallen die neuen Feststellungen der Klägerin aus-

- 51 - serhalb der Garantie und sind nicht mehr zu berücksichtigen (vgl. auch act. 40 Rz. 436, 494). Damit erübrigen sich auch weitere Ausführungen zur Stellungnahme der Beklagten zu den Eingaben der Klägerin vom 26. April 2018, 3. Mai 2018 und 26. Juni 2018 (act. 71 Rz. 11-23), zur entsprechenden Gegenstellungnahme der Klägerin (act. 74 Rz. 11-19) sowie zu den diesbezüglichen Ausführungen an der Hauptverhandlung vom 9. Januar 2019.

### **E. 6.3**

Bei den weiteren streitigen Behauptungen der Klägerin ist zunächst zwischen eigentlichen Tatsachenbehauptungen einerseits sowie Wertungen und Schlussfolgerungen andererseits zu unterscheiden. Beweisbedürftig bzw. -fähig sind nur Tatsachenbehauptungen (Art. 55 ZPO; Art. 150 Abs. 1 ZPO; Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO). Tatsachen sind Ereignisse und Zustände (FRANZ HASENBÖHLER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], hrsg. von Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N. 7 zu Art. 150 ZPO m.Nw.). Somit stellen die Behauptungen der Klägerin, dass die vereinbarte Dicke der Dichtungsschicht nicht eingehalten sei sowie dass die von der Klägerin behaupteten Mängel in einer Art Negativspirale die Durchlässigkeit des Dichtungsmantels erhöhe und dadurch die Bildung von Fehlstellen beschleunige, (künftige) Tatsachen dar. Dagegen handelt es sich bei der Frage der Unbenutzbarkeit um eine Frage der Wertung. Die Behauptungen von beweisbedürftigen Tatsachen i.S.v. Art. 150 Abs. 1 ZPO müssen mit Beweisanträgen der beweisbelasteten Partei verknüpft sein. Den angebotenen sog. Privatgutachten, welche eine Partei einseitig in Auftrag gegeben hat, kommt lediglich die Bedeutung von Parteibehauptungen zu (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 437-438; BGE 140 III 16 E. 2.5 S. 24; BGE 132 III 83 E. 3.4 S. 88, E. 3.6 S. 88-89; BGE 95 II 364 E. 2 S. 368; Urteil des Bundesgerichts 5D\_56/2017 vom 30. November 2017 E. 3.1.3). Da sich das Beweisrecht nach der lex fori richtet (Ziffer II.5.1 oben), sind die angebotenen Beweismittel nach dem schweizerischen Prozessrecht zu werten. Eine davon abweichende Qualifikation im tschechischen Recht, wie sie die Klägerin für das Gutachten H. \_\_\_\_\_ vom 14. August 2014 geltend macht (act. 1 Rz. 87, 88; act. 40 Rz. 457, 499, 515), ist deshalb unbeachtlich.

- 52 - Beim im Bericht über die ausserordentliche Inspektion des Wasserwerkes vom 13. Mai 2013 festgestellten Notzustand und Instandsetzungsbedarf handelt es sich nicht um eine Feststellung von Tatsachen, sondern um eine Schlussfolgerung unter wertenden Gesichtspunkten. Für das vorliegende Verfahren ist diese Einschätzung nicht verbindlich. Stattdessen ist aufgrund des Tatsachenfundaments, allenfalls nach Beweiserhebungen,

eine Würdigung vorzunehmen, ob die Voraussetzung der Unbenutzbarkeit vorliegt. Aus dem Bericht vom 13. Mai 2013 kann die Klägerin somit keinen direkten Schluss auf eine Unbenutzbarkeit i.S.v. § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag ziehen. Vorab festzuhalten ist, dass die von der Klägerin behauptete zu geringe Dicke der Dichtungsschicht nicht zu berücksichtigen ist. Die Klägerin behauptet und belegt nicht, eine von der vertraglichen Vereinbarung nach unten abweichende Dicke der Dichtungsschicht innerhalb der Garantiefrist gerügt zu haben (vgl. act. 44 Rz. 7, 120, 363; nach Aktenschluss auch noch Prot. S. 30-31). Damit gilt das Werk dies- bezüglich als genehmigt. Die zu diesem Punkt beantragte Abnahme eines gerichtlichen Gutachtens (act. 40 Rz. 171, 192) kann deshalb unterbleiben. Was die im Bericht vom 13. Mai 2013 enthaltenen Tatsachenfeststellungen be- trifft, so handelt es sich um einen Urkundenbeweis i.S.v. Art. 177 ZPO. Eine schriftliche Auskunft i.S.v. Art. 190 ZPO liegt nicht vor, da diese durch das Gericht einzuholen wäre. Eine allfällige abweichende Einordnung im tschechischen Recht, welche allerdings auch die Klägerin mindestens nicht ausdrücklich geltend macht (vgl. act. 40 Rz. 90, 91, 512), würde daran nichts ändern, da sich das Be- weisrecht nach der lex fori richtet (Ziffer II.5.1 oben). Im Bericht vom 13. Mai 2013 haben die beteiligten Personen ihre Feststellungen dokumentiert. Als Urkunde vermag der Bericht zwar die Tatsache dieser Wahrnehmungen zu beweisen; als Beweismittel für die Richtigkeit dieser Wahrnehmungen ist er jedoch nicht geeig- net und vermag eine formelle Zeugenaussage oder Erhebungen durch ein ge- richtliches Gutachten nicht zu ersetzen (vgl. ANNETTE DOLGE, in: Basler Kommen- tar Zivilprozessordnung, a.a.O., N. 12 zu Art. 177 ZPO). Die Klägerin hat es aber versäumt, mit ihren Behauptungen, welche sie auf den Bericht vom 13. Mai 2013 (act. 3/42) stützt, gleichzeitig die Inspektoren bzw. Ersteller des Berichts und/oder

- 53 - die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens als Beweismittel anzubieten. Selbst wenn man die im Bericht vom 13. Mai 2013 festgehaltenen ca. 7'220 offenen und ca. 3'000 beginnenden Punktfehler als erstellt betrachten würde, würde dies noch keinen Schluss auf die Unbenutzbarkeit erlauben. Es fehlt insbesondere an einer Begründung in den klägerischen Rechtsschriften, wie sich die festgestellten Män- gel in der Zukunft konkret entwickeln würden bzw. der Umschreibung der Um- stände, welche auf eine Unbenutzbarkeit schliessen lassen. Für die wesentliche Frage, inwiefern sich die Mängel zu einer Degradation der gesamten VABH-Schicht und dem Verlust der erforderlichen Dichtigkeit entwi- ckeln werden, offeriert die Klägerin lediglich das nach dem einschlägigen schwei- zerischen Prozessrecht als Privatgutachten zu qualifizierende Gutachten H.\_\_\_\_\_ vom 14. August 2014 (act. 1 Rz. 58, 61). Dieses stellt kein Beweismittel dar. Die Klägerin führt in ihrem Beweismittelverzeichnis zwar ein "Gerichtliches Gutachten über die Schadensbilder am Oberbecken des ...-Speicherkraftwerkes C.\_\_\_\_\_ und deren Ursachen" auf (act. 40 S. 135). Gemäss Art. 152 Abs. 1 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO hat eine Partei das Recht auf Abnahme der form- und fristge- recht angebotenen tauglichen Beweismittel, die sie zu den behaupteten Tatsa- chen bezeichnet hat. Ein Beweismittel ist dabei jedoch nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, "wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbe- hauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen." (Urteil des Bundes- gerichts 4A\_574/2015 vom 11. April 2016 E. 6.6.4; 4A\_452/2013 vom 31. März 2014 E. 2.1; 4A\_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4). Die Klägerin bietet das ge- richtliche Gutachten lediglich im Zusammenhang mit den von ihr behaupteten Mangelursachen an, so insbesondere im Zusammenhang mit einem zu

hohen Pa- raffingehalt (act. 40 Rz. 144, 183), Tonmineralien im verwendeten Schotter (act. 40 Rz. 148, 183, 184, 185, 186), zu grobem Füller mit ungenügender Quell- resistenz (act. 40 Rz. 153, 188), Einpressung von Wasser bei der Verlegung (act. 40 Rz. 160, 182), übermässiger Besprengung mit Walzwasser (act. 40 Rz. 162, 182, 189), Entmischung und schlechter Streifenanbindung (act. 40 Rz. 167, 190), ungenügender Schichtdicke (act. 40 Rz. 171, 192) und Nichtur-

- 54 - sächlichkeit der VABM-Drainbinderschicht (act. 40 Rz. 196). Ein entsprechender Beweisantrag findet sich auch nicht in den Noveneingaben der Klägerin vom 26. April 2018 (act. 59), 3. Mai 2018 (act. 61) und 26. Juni 2018 (act. 64). Da es sich bei der behaupteten Degradation nicht um ein Novum handelt, wäre ein sol- cher allerdings sowieso verspätet. Die für die Beurteilung der Unbrauchbarkeit i.S.v. § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag und § 436 Abs. 2 Satz 3 HGB-CZ wesentliche, von der Beklagten jedoch bestrittene Tatsache einer künfti- gen Verschlechterung der Mängel bleibt unbewiesen. Eine laufende Degradation der VABH-Schicht ist damit mangels Beweises nicht erstellt. Eine Unbenutzbar- keit liegt deshalb auch dann nicht vor, wenn dieser das weitere Begriffsverständ- nis der Klägerin zugrunde gelegt wird. Hinzu kommt, dass die für das Jahr 2014 verlangte grundsätzliche Reparatur der Asphaltbetondichtungsschicht (act. 40 Rz. 89, 108; act. 3/42) bislang weder be- hördlich angeordnet (act. 40 Rz. 521) worden ist, noch stattgefunden hat (act. 44 Rz. 10, 79). Die Klägerin macht entsprechendes – mehr als zwei Jahre nach Ab- lauf der gemäss ihrer Darstellung für die Reparatur der Asphaltbetondichtungs- schicht angesetzten Frist – weder in der Klage vom 24. März 2016 (act. 1) noch in der Replik vom 10. Juli 2017 (act. 40) geltend. Die Klägerin hat lediglich die erfor- derlichen Unterhaltsarbeiten, insbesondere eine Mastix-Sanierung, durchgeführt (act. 40 Rz. 521; act. 49 Rz. 119). Aus dem Umstand, dass das Oberbecken des streitgegenständlichen Pumpspeicherwerks weiter in Betrieb ist, muss geschlos- sen werden, dass bislang keine Unbenutzbarkeit eingetreten ist. Im Übrigen wird im schweizerischen Werkvertragsrecht für die ähnlich einschneidenden Folgen der Wandelung eines auf Grund und Boden errichteten Werks eine gänzliche Un- brauchbarkeit und Unbehebbarkeit des Werks verlangt, damit der mit diesem Rechtsbehelf des Bestellers verbundene Nachteil für den Unternehmer noch als verhältnismässig gilt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_177/2014 vom 8. September 2014 E. 4.1 und 6.3). Der sehr weitgehende Rechtsbehelf einer Neuerstellung wä- re damit nur verhältnismässig, wenn sich die Unbenutzbarkeit des Werks inner- halb der Garantiefrist bis zum 18. August 2014 wenigstens unweigerlich abge- zeichnet hätte. Nachdem seither mehr als vier Jahre vergangen sind, ist ein sol- cher Schluss nicht naheliegend.

- 55 -

#### **E. 6.4**

Im Ergebnis besteht kein Anspruch auf Neuerstellung des Werks. Die Kla- ge wäre deshalb auch abzuweisen, wenn die Klägerin sämtliche formellen Vo- raussetzungen zur Durchsetzung eines Anspruchs auf Neuerstellung eingehalten hätte, soweit auf die Klage überhaupt eingetreten werden könnte oder sie nicht aus anderen Gründen abgewiesen werden müsste.

#### **E. 7**

Verrechnungseinrede Die Beklagte erhebt vorsorglich die Einrede der Verrechnung im Umfang des Wi- derklagebegehrens (act. 44 Rz. 226). Nachdem die Rechtsbegehren der

Klägerin abzuweisen sind oder auf sie nicht einzutreten ist, muss auf die Verrechnungseinrede nicht weiter eingegangen werden. Dazu sei lediglich erwähnt, dass § 550 aZGB-CZ (wie Art. 120 Abs. 1 OR) die Gleichartigkeit von Haupt- und Verrechnungsforderung verlangt (act. 49 Rz. 96; von der Beklagten unbestritten geblieben, act. 53 Rz. 42; in act. 50/16 fehlt eine Übersetzung, es dürfte sich jedoch um die Verrechnungsbestimmung von § 550 aZGB-CZ handeln). Daran würde es fehlen, da der einzige Geldbetrag, welchen die Klägerin einklagt, einen Kostenvorschuss betrifft, welcher zudem auf CZK lautet (vgl. act. 49 Rz. 97, 98). Mithin wären die Voraussetzungen für eine Verrechnung nicht gegeben. Ebenfalls erübrigen sich Weiterungen betreffend die weiteren, im Übrigen jedoch unsubstantiierten Einreden des Mehrwerts und der Ohnehinkosten (act. 44 Rz. 227, 228).

III. Widerklage 1. Die Beklagte stützt die internationale und örtliche Zuständigkeit auf Art. 6 Ziff. 3 LugÜ (act. 18 Rz. 18; act. 44 Rz. 229, 266). Die Klägerin bestreitet die Zuständigkeit (act. 40 Rz. 356, 366, 367, 414, 423). 2. Wie im Zusammenhang mit der Hauptklage dargelegt, haben die Parteien den allgemeinen Gerichtsstand der beklagten Partei vereinbart. Die Vereinbarung über die internationale Zuständigkeit für Streitigkeiten aus dem Werkvertrag vom 22. März 2006 bezieht sich auf "sämtliche Streitigkeiten und Meinungsverschiedenheiten, die während der Erfüllung des Vertrags oder in Verbindung damit entstehen können" (Ziffer II.1.1 oben). Diese Formulierung erfasst auch Streitigkeiten

- 56 - im Zusammenhang mit der Gültigkeit des Vertrags und Ansprüchen aus Nichtigkeit, Ungültigkeit, Verletzung oder Auflösung, seien diese vertraglicher, bereicherungsrechtlicher, deliktischer oder sonstiger gesetzlicher Natur (BERGER, in: Lugano-Übereinkommen, Basler Kommentar, a.a.O., N. 37 zu Art. 23 LugÜ; JAN KROPHOLLER/JAN VON HEIN, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2011, N. 69 zu Art. 23 EuGVO). Somit beansprucht die Vereinbarung der internationalen Zuständigkeit auch für die widerklageweise geltend gemachten Ansprüche Anwendung. Dies gilt auch für die Ansprüche aus dem behaupteten unberechtigten Bezug der Gewährleistungsgarantie: Die Beklagte fasst hier die Klägerin ins Recht und beruft sich damit auf ein gestörtes Valutaverhältnis (zu den einzelnen Rechtsverhältnissen im Zusammenhang mit einer Bankgarantie vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_111/2014 vom 31. Oktober 2014 E. 3.3 m.Nw.). Wollte die Beklagte (im Deckungsverhältnis; wie bei einem vorsorglichen Auszahlungsverbot) aus dem Garantievertrag vorgehen, müsste sie die leistende Bank ins Recht fassen. Der Bereicherungsausgleich hat deshalb vorliegend im Valutaverhältnis zwischen der Beklagten und der Klägerin stattzufinden (BGE 117 II 404 E. 3a und 3b S. 407-409; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2016, N 56.20, 56.22). Da das Valutaverhältnis auf dem Werkvertrag vom 22. März 2006 beruht, gilt dessen Gerichtsstandsklausel. Ein Rückforderungsanspruch aus Leistungskondiktion nach § 2991 Abs. 1 BGB-CZ (act. 18 Rz. 202; act. 40 Rz. 367; bei einem gesetzlichen Schuldverhältnis ist intertemporalrechtlich – entgegen act. 40 Rz. 368 – nicht auf den Vertragsschluss abzustellen) wegen rechtsgrundloser Zahlung bei der Abwicklung des Werkvertrags vom 22. März 2006 fällt ebenfalls unter die Gerichtsstandsklausel. Nun stellt sich die Frage, ob ein anderer zwingender Gerichtsstand dieser Gerichtsstandsklausel vorgeht. 3. Der Gerichtsstand der Widerklage aufgrund Sachzusammenhangs von Art. 6 Ziff. 3 LugÜ ist wegbedingbar (THOMAS ROHNER/MATTHIAS LERCH, in: Lugano-Übereinkommen, Basler Kommentar, hrsg. von Christian Oetiker/Thomas Weibel, 2. Aufl. 2016, N. 81 zu Art. 6 LugÜ; BERGER, in: Lugano-Übereinkommen, Basler Kommentar, a.a.O., N. 64 zu Art. 23

LugÜ). Gemäss Art. 23 Abs.1 Satz 2

- 57 - LugÜ sind die Gerichte des prorogierten Staates ausschliesslich zuständig, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Zur Widerlegung der Vermutung von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 LugÜ beruft sich die Beklagte zunächst auf eine Lehrmeinung von HAUSMANN, wonach ein Ausschluss der Widerklage am forum derogatum im Wege der Widerklage auch für den Fall, dass der Widerkläger selbst an diesem forum belangt werde, häufig dem vermutlichen Parteiwillen nicht entsprechen werde, so dass der Beklagte/Widerkläger in diesem Fall nicht gezwungen sei, seine Forderung ausschliesslich im forum prorogatum geltend zu machen (act. 44 Rz. 236; RAINER HAUSMANN, in: Internationales Vertragsrecht, hrsg. von Christoph Reithmann/Dieter Martiny, 8. Aufl. 2015, N 8.143). Auch wenn diese Lehrmeinung von einigen Autoren geteilt wird, handelt es sich nicht um eine herrschende Ansicht, findet sich doch eine erhebliche Zahl namhafter Autoren, welche diese nicht teilen (abweichend namentlich ANDREAS BUCHER, in: Loi sur le droit international privé. Convention de Lugano, Commentaire romand, hrsg. von Andreas Bucher, Basel 2011, N. 44 zu Art. 23 LugÜ; YVES DONZALLAZ, La Convention de Lugano, Volume III, Bern 1998, N 6662; KROPHOLLER/VON HEIN, a.a.O., N. 98 zur Art. 23 EuGVO; weitere Nw. des Meinungsstands im deutschen Schrifttum bei HAUSMANN, a.a.O., S. 2108 Fn. 1). Entscheidend ist indessen, dass die Rechtsprechung der von HAUSMANN und einigen weiteren Autoren vertretenen Ansicht nicht folgt. In der zugänglichen Rechtsprechung schweizerischer Gerichte ist das Verhältnis zwischen Art. 6 Ziff. 3 LugÜ und Art. 23 LugÜ zwar, soweit ersichtlich, bislang nicht geklärt worden. Bereits Zustimmung in Entscheidungen gefunden hat hingegen die Auffassung, dass der Gerichtsstand der objektiven Klagehäufung von Art. 6 Ziff. 1 LugÜ hinter eine Gerichtsstandsvereinbarung zurücktreten muss (Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG160186-O vom 9. Mai 2017 E. 3.1, abrufbar unter <[www.gerichte-zh.ch/entscheide/](http://www.gerichte-zh.ch/entscheide/)>; Chambre des recours VD vom 10. Mai 2006, JdT 2007 III 107, E. 3d/cc S. 111-112). Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Protokolls 2 zum LugÜ über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens und den Ständigen Ausschuss trägt jedes Gericht, welches das Übereinkommen anwendet und auslegt, den Grundsätzen gebührend Rechnung, die in massgeblichen Entschei-

- 58 - dungen von Gerichten der durch dieses Übereinkommen gebundenen Staaten sowie in Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zu den Bestimmungen des Übereinkommens oder zu ähnlichen Bestimmungen des Lugano-Übereinkommens von 1988 und der in Art. 64 Abs. 1 LugÜ genannten Rechtsinstrumente entwickelt worden sind. Dies entspricht auch der Praxis des Bundesgerichts (BGE 144 III 175 E. 3.2 S. 178-179). Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat sich, soweit ersichtlich, bislang ebenfalls nicht in einem konkreten Fall zum Verhältnis zwischen Art. 6 Ziff. 3 und Art. 23 LugÜ (bzw. den entsprechenden Bestimmungen von parallelen Rechtsakten) geäussert. Nach seiner ständigen Rechtsprechung verdrängt jedoch eine Gerichtsstandsvereinbarung i.S.v. Art. 23 Abs. 1 LugÜ (bzw. Brüssel-I-Verordnung) sowohl den allgemeinen Gerichtsstand von Art. 2 LugÜ als auch die besonderen Zuständigkeiten nach Art. 5-7 LugÜ (EuGH, Urteil vom 21. Mai 2015, Rs. C-322/14, Rz. 25; Urteil vom 20. Februar 1997, Rs. C-106/95, Slg. 1997, I-911, Rz. 14 m.Nw.). Im Zusammenhang mit einer wechselseitigen (reziproken) Gerichtsstandsvereinbarung hat der EuGH zudem Folgendes ausgeführt: Die Anerkennung der Parteiautonomie im Bereich von Vereinbarungen über die gerichtliche Zuständigkeit für Entscheidungen von Rechtsstreitigkeiten "gilt besonders in einem Fall, in dem die Parteien

durch eine solche Vereinbarung wechselseitig die in der allgemeinen Vorschrift des Artikels 2 des Übereinkommens [vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen] bezeichneten Gerichte als zuständig bestimmt haben. Obwohl eine solche Abmachung mit der Wirkung dieser Vorschrift zusammenfällt, bleibt sie dennoch sinnvoll, insofern sie zwischen den Parteien zum Ausschluss anderer, fakultativer Gerichtsstände der in den Artikeln 5 und 6 des Übereinkommens genannten Art führt" (EuGH, Urteil vom 9. November 1978, Rs. 23/78, Slg. 1978, 2134, Rz. 5). Konkret mit dem Verhältnis zwischen Art. 6 Ziff. 3 und Art. 23 LugÜ hat sich hingegen der österreichische Oberste Gerichtshof befasst. Nach dessen Rechtsprechung führt eine Gerichtsstandsvereinbarung gemäss Art. 24 LugÜ zu einer ausschliesslichen Zuständigkeit und verdrängt die Zuständigkeitsregel von Art. 6 Ziff. 3 LugÜ (österreich. OGH, Beschluss vom 30. März 2000, Az. 2 Ob 74/00x;

- 59 - vom 3. August 2004, Az. 5 Ob 32/04y; jeweils abrufbar unter <[www.ris.bka.gv.at/jus/](http://www.ris.bka.gv.at/jus/)>). Die Beklagte bestreitet weiter, dass die Parteien mit § 30.1 Anhang 1 des Werkvertrags vom 22. März 2006 eine Derogation sämtlicher anderer Gerichtsstände vereinbart hätten; da die Widerklage gemäss Art. 6 Ziff. 3 LugÜ in einem engen Zusammenhang zur Hauptklage stehen müsse, sei nach dem Vertrauensprinzip gestützt auf die weite und abstrakte Formulierung ("allgemeine Gerichtsbarkeit") davon auszugehen, dass der Angreifer (vorliegend die Klägerin) nicht vor einer Widerklage am forum prorogatum geschützt werden sollte; die Parteien hätten mit der weiten Formulierung zum Ausdruck gebracht, dass sie lediglich eine Ausschliesslichkeit i.w.S. vereinbaren wollten, und gerade nicht beabsichtigt, dass die Beklagte/Widerklägerin gezwungen sei, ihre Forderung ausschliesslich am forum prorogatum geltend zu machen (act. 44 Rz. 237). Der Begriff Streitigkeit lasse nur den Schluss zu, dass eben nicht nur die Forderung gemäss Klage und Klageantwort, sondern darüber hinaus auch die Forderung aus einer Widerklage am entsprechenden Ort einzureichen sei (act. 44 Rz. 238). Die Beklagte anerkennt das Vorliegen einer Gerichtsstandsvereinbarung in § 30.1 des Anhang Nr. 1 zum Werkvertrag. Was sie unter "Ausschliesslichkeit i.w.S." verstehen will, ist nicht nachvollziehbar. Der Begriff "Streitigkeit" lehnt sich eng an den Begriff "Rechtsstreitigkeit" gemäss Art. 23 Abs. 1 LugÜ an. Damit stellt er keine charakteristische Eigenschaft der vorliegenden Gerichtsstandsklausel dar. Diese zeichnet sich vielmehr durch ihre Reziprozität aus, was nach der Rechtsprechung weder unzulässig ist noch der Ausschliesslichkeit entgegensteht. Die Beklagte vermag keine konkreten Umstände darzutun, welche eine Abweichung von der Vermutung in Art. 23 Abs. 1 Satz 2 LugÜ rechtfertigen. Damit muss es bei der Vermutung der Ausschliesslichkeit bleiben, denn diese will gerade Unklarheiten wie im vorliegenden Fall beseitigen. 4. Die Vereinbarung einer reziproken ausschliesslichen internationalen Zuständigkeit durch die Parteien führt dazu, dass die internationale Zuständigkeit für die Klage in der Schweiz, für die Widerklage gegen die Klägerin dagegen in der Tschechischen Republik liegt. Die internationale Zuständigkeit ist für die vorlie-

- 60 - gende Widerklage deshalb nicht gegeben (vgl. BERGER, a.a.O., N. 65, 66 zu Art. 23 LugÜ). Im Ergebnis ist auf die Widerklage nicht einzutreten. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Streitwert Zur Bestimmung des Kostenstreitwerts sind die Streitwerte von Klage und Widerklage zusammenzuzählen, sofern diese sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Bei Klagenhäufung werden die geltend

gemachten Ansprüche ebenfalls zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Den Streitwert der Hauptklage schätzt die Klägerin auf CZK 205'000'000 (act. 1 Rz. 12). Nach dem Wechselkurs vom 24. März 2016 (Erhebung der Klage) entspricht dies umgerechnet CHF 8'265'600.00 (CZK/CHF-Kurs 0,04032). Die Beklagte hat gegen die Schätzung keine begründeten Einwendungen erhoben (act. 18 Rz. 75). In Anwendung von Art. 91 Abs. 2 ZPO ist der Streitwert der Hauptklage auf CHF 8'265'600.00 festzusetzen. Die Widerklage umfasst Geldbeträge in verschiedenen Währungen. Nach den Wechselkursen vom 15. August 2016 (Erhebung der Widerklage) entsprechen die Beträge von EUR 63'881 CHF 69'478.89 (EUR/CHF-Kurs 1,08763) und von CZK 1'220'638.90 CHF 49'130.72 (CZK/CHF-Kurs 0,04025). Der Streitwert der Widerklage beläuft sich auf CHF 1'249'292.58 (CHF 781'702.60 + CHF 384'980.37 + CHF 69'478.89 + CHF 49'130.72). Das vorliegende Verfahren hat demnach einen Kostenstreitwert von CHF 9'514'892.58. Der Anteil der Hauptklage beträgt 86.87 % (CHF 8'265'600.00 / CHF 9'514'892.58), jener der Widerklage 13.13 % (CHF 1'249'292.58 / CHF 9'514'892.58).

- 61 - 2. Gerichtskosten Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Das Gericht kann die Grundgebühr unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls ermässigen oder erhöhen (§ 2 Abs. 1 lit. c und d, § 4 Abs. 2 GebV OG). Wird das Verfahren ohne Anspruchsprüfung oder nach Säumnis erledigt, kann die so bestimmte Gebühr bis auf die Hälfte herabgesetzt werden (§ 10 Abs. 2 GebV OG). Bei einem Kostenstreitwert von CHF 9'514'892.58 beträgt die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte Grundgebühr rund CHF 116'000.00. Das vorliegende Verfahren umfasste Fragen des internationalen Zivilprozessrechts und der Anwendung ausländischen materiellen Rechts. Der dadurch bedingte Zusatzaufwand rechtfertigt die Erhöhung der Grundgebühr um ca. einen Drittel (vgl. § 4 Abs. 2 GebV OG). Hingegen ist im auf die Widerklage entfallenden Anteil von 13.13 % ermässigen zu berücksichtigen, dass auf die Widerklage nicht einzutreten ist (vgl. § 10 Abs. 1 GebV OG). Die Gerichtsgebühr ist demgemäss auf CHF 150'000.00 festzusetzen. Die Verteilung der Gerichtskosten erfolgt nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Klägerin obsiegt vollständig bei der Widerklage, unterliegt jedoch vollumfänglich mit ihrer Hauptklage. Zu berücksichtigen ist die Reduktion der Gerichtsgebühr durch die Erledigung ohne Anspruchsprüfung bei der Widerklage. Es rechtfertigt sich daher, der Klägerin die Gerichtskosten zu neun Zehntel und der Beklagten zu einem Zehntel aufzuerlegen. Die Klägerin hat Kostenvorschüsse von insgesamt CHF 139'000.00, die Beklagte solche von CHF 45'000.00 geleistet. Die Kostenvorschüsse decken jeweils die den Parteien auferlegten Kosten. Diese sind aus den von den Parteien geleisteten

- 62 - Kostenvorschüssen zu decken. Der Mehrbetrag ist den Parteien zurückzuerstat- ten. 3. Parteientschädigungen Bei berufsmässig vertretenen Parteien richtet sich die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Die Parteientschädigung richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Das Ge- richt kann die Grundgebühr unter

Berücksichtigung der Verantwortung, des notwendigen Zeitaufwands der Vertretung und der Schwierigkeit des Falls ermässigen oder erhöhen (§ 2 Abs. 1 lit. c, d und e, § 4 Abs. 2 AnwGebV). Die so ermittelte ordentliche Gebühr deckt den Aufwand für die Erarbeitung eines Schriftsatzes und die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Gebühr berechnet (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Bei einem Kostenstreitwert von CHF 9'514'892.58 beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr rund CHF 103'000.00. Dem durch die Fragen des internationalen Zivilprozessrechts und die Anwendung ausländischen materiellen Rechts bedingten Zusatzaufwand ist mit einer Erhöhung der Grundgebühr um einen Drittel (vgl. § 4 Abs. 2 AnwGebV) auf rund CHF 137'000.00 Rechnung zu tragen. Für den doppelten Schriftenwechsel ist weiter ein Zuschlag von rund 50 % zu berechnen. Die Gebühr ist deshalb gerundet auf CHF 206'000.00 zu erhöhen. Die Zusprechung einer Parteientschädigung richtet sich nach Obsiegen und Untertliegen der Parteien (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Keine Partei obsiegt vollständig. Die Beklagte obsiegt, wie oben erwähnt, immerhin zu 9/10 (Abweisung der Hauptklage), die Klägerin lediglich zu 1/10 (Nichteintreten auf die Widerklage; Zif-

- 63 - fer IV.1 oben). Folglich ist der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von 80 %, was CHF 165'000.00 entspricht, zuzusprechen. Der beantragte Mehrwertsteuerzuschlag ist nicht zuzusprechen, da die Beklagte selber mehrwertsteuerpflichtig ist und nicht nachgewiesen hat, dass sie die auf das Anwaltshonorar bezahlte Mehrwertsteuer nicht als Vorsteuerabzug geltend machen kann (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 Ziffer 2.1.1 S. 3, abrufbar unter <http://www.gerichtszh.ch/kreisschreiben/>). V. Rechtsmittel Der Rechtsmittelstreitwert berechnet sich nach dem Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG). Bei Beschwerden bestimmt er sich nach den Begehren, die vor der Vorinstanz streitig geblieben sind (Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG), wobei Zinsen, Früchte, Gerichtskosten und Parteientschädigungen, die als Nebenrechte geltend gemacht werden, sowie Vorbehalte und die Kosten der Urteilsveröffentlichung nicht in Betracht fallen (Art. 51 Abs. 3 BGG). Bei objektiver Klagenhäufung erfolgt wie nach Art. 94 Abs. 2 ZPO eine Zusammenrechnung der Begehren, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 52 BGG). Im Gegensatz zum Kostenstreitwert nach Art. 94 Abs. 2 ZPO werden Haupt- und Widerklage nicht zusammengerechnet (Art. 53 Abs. 1 BGG). Klage und Widerklage haben damit je ihren eigenen Streitwert. VI. Ergebnis Die Rechtsbegehren Ziffer 2 und 5 der Hauptklage erweisen sich als unzulässig. Rechtsbegehren Ziffer 2 ist nicht vollstreckbar, da es der mit der Vollstreckung betrauten Behörde nicht möglich ist, die Einhaltung der durch generellen Verweis auf die vertraglichen Bedingungen massgebenden Bestimmungen zu überprüfen. Rechtsbegehren Ziffer 5 ist lediglich klarstellend; für eine entsprechende Feststellung fehlt es an einem Feststellungsinteresse. Rechtsbegehren Ziffer 1, 3 und 4 der Hauptklage sind abzuweisen. Einerseits hat die Klägerin die vertraglichen und gesetzlichen Vorgaben zur Geltendmachung

- 64 - von Mängelrechten nicht eingehalten. Andererseits liegt keine Unbenutzbarkeit des Werks vor bzw. sind die Tatsachen, welche zu diesem Schluss führen könnten, nicht erstellt, weshalb der Anspruch auf Nachbesserung auch bei Einhaltung der formellen Vorgaben zur Geltendmachung von Mängelrechten nicht besteht. Die akzessorischen Rechtsbegehren Ziffer 2-5 bestehen deshalb infolge Fehlen eines Hauptanspruchs nicht,

selbst wenn auf diese eingetreten würde. Rechtsbegehren Ziffer 4 fehlt es an einer Ermächtigung zur Ersatzvornahme. Da es der Klägerin an einem rechtlichen Anspruch auf Kostenbevorschussung fehlt, ist Rechtsbegehren Ziffer 4 auch aus diesem Grund abzuweisen. Auf die Widerklage ist mangels internationaler Zuständigkeit nicht einzutreten. Das Handelsgericht beschliesst:

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