

ZH_HANDELSGERICHT HG180098 vom 6. Oktober 2021

Zh Handelsgericht, 2021-10-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG180098

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG180098 du 6 octobre 2021

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG180098 del 6 ottobre 2021

Erwägungen

E. 1

Örtliche und sachliche Zuständigkeit

E. 1.1

Laut der Beklagten ist die Betreuung von CHF 346'228.90 nebst Zins zu 5 % seit 4. September 2016 und CHF 589'495.65 nebst Zins zu 5 % seit 11. August 2016 offensichtlich zu Unrecht erfolgt. Die Klägerin sei einzig berechtigt gewesen, im Rahmen der dritten Meilensteinzahlung die Bezahlung von 5 % des vereinbarten Pauschalpreises zu verlangen, was sie mit Rechnung Nr. 14 vom 13. September 2016 getan habe. Die Rechnung Nr. 14 vom 13. September 2016 habe die Beklagten denn auch unbestrittenermassen bezahlt. Die Parteien hätten vertraglich keine Meilensteine 2.6 und 2.7 vereinbart, welche die Klägerin in Betreuung gesetzt habe. Die Klägerin verlange auch keine Beseitigung des Rechtsvorschlages, was infolge verpasster Frist gemäss Art. 88 SchKG ohnehin nicht mehr möglich wäre. Die Beklagte möchte verhindern, dass Dritten Auskunft über die zu Unrecht erfolgte Betreuung der Klägerin gegeben werde. Damit die Beklagte beim Betreibungsamt Zürich 5 ein Begehren um Nichtmitteilung des Eintrages an Dritte gemäss Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG stellen könne, sei festzustellen, dass die in Betreuung gesetzten Forderungen von CHF 346'228.90 nebst Zins zu 5 % seit 4. September 2016 und CHF 589'495.65 nebst Zins zu 5 % seit 11. August 2016 (Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 5 vom 1. November 2016) nicht bestehen (vgl. act. 18 Rz. 396 ff.).

E. 1.2

Die Klägerin bringt vor, dass die Beklagte mit E-Mail vom 23. August 2016 die Bezahlung von zwei bereits fälligen Rechnungen, die Meilenstein-Zahlungen

E. 1.3

Anspruch 3 Unter Anspruch 3 steht der Klägerin Forderung von EUR 80'098.79 zuzüglich GBP 14'649.98 Mehrwertsteuer zu. Ausserdem schuldet die Beklagte Verzugszins zu 5% auf EUR 66'328.00 seit 28. Mai 2016, Verzugszins zu 5% auf

- 161 - EUR 13'770.79 seit 25. November 2016, Verzugszins zu 5% auf GBP 12'131.32 seit 28. Mai 2016 und Verzugszins zu 5% auf GBP 2'518.66 seit 25. November 2016.

E. 1.4

Anspruch 4 Unter Anspruch 4 steht der Klägerin eine Forderung von EUR 39'534.48 zuzüglich GBP 7'230.81 Mehrwertsteuer zu. Ausserdem schuldet die Beklagte Verzugszins zu 5% auf EUR 39'534.48 und auf GBP 7'230.81 seit 17. Januar 2017. 2. Gegenforderungen der Beklagten Unter dem Posten "Scaffolding" steht der Beklagten eine Forderung von EUR 5'034.78 zu. Diese wurde mit Anspruch 1 verrechnet. 3. Schlussrechnung

E. 2

Anwendbares Recht Gemäss Art. 116 Abs. 1 IPRG untersteht der Vertrag dem von den Parteien ge- wählten Recht. Bei Fehlen einer Rechtswahl untersteht der Vertrag dem Recht des Staates, mit dem er am engsten zusammenhängt (Art. 117 Abs. 1 IPRG). Als anwendbares Recht haben die Parteien in Ziffer 33.1 der General Conditions Schweizer Recht unter Ausschluss der Kollisionsregeln und des Wiener Kauf- rechts vereinbart (vgl. act. 1 Rz. 21; act. 18 Rz. 105; act. 3/13 Ziff. 33.1).

E. 2.1

Die Beklagte hat im Ausmass ihres Obsiegens Anspruch auf eine Partei- entschädigung für ihre berufsmässige Vertretung. Die Höhe der Parteientschädi- gung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu bemessen (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Bei einem Streitwert von CHF 5'396'583.15

- 166 - beträgt die Grundgebühr rund CHF 72'000.00. Sie ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlun- gen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Zuschlag von je höchst- tens der Hälfte der Grundgebühr berechnet (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). Vorliegend ist aufgrund der Vergleichsverhandlung und der zusätzlichen Rechtsschriften eine Erhöhung der Grundgebühr um zwei Drittel an- gemessen. Dies führt in Anwendung von §§ 4 und 11 AnwGebV zu einer Partei- entschädigung in der Höhe von rund CHF 120'000.00. Ausgangsgemäss ist der Beklagten eine Parteientschädigung von 6/20, entsprechend CHF 36'000.00 zu- zusprechen.

E. 2.1.1

Laut der Klägerin hat sie die Kosten für den Einsatz ihres Projekt- und Bau- leitungsteams gemäss der von der Beklagten vorgegebenen Bauzeit berechnet

- 116 - und mit der Beklagten vereinbart. Für die Kosten des Projekt- und Bauleitungs- Teams sei ein Betrag von EUR 424'287.87 (exkl. MwSt.) vorgesehen gewesen. Für die Berechnung dieser Position habe die Klägerin den geschätzten Stunden- aufwand ihres Projektleiters, des Bauleiters und der übrigen Mitglieder des Baulei- tungsteams kalkuliert. Gesamthaft habe die Klägerin mit einem Einsatz von sechs Mitarbeitern während der geplanten Projektdauer gerechnet. Ausgehend von rund 200 Stunden Arbeitszeit pro Monat pro Mitarbeiter habe die Klägerin basierend auf dem damaligen Zeitplan der Beklagten einen Aufwand von insgesamt 5'316 Arbeitsstunden für die Leitung des Projekts und die Aufsicht über die Mitarbeiter auf der Baustelle angenommen (act. 1 Rz. 620). Der durchschnittliche Stunden- ansatz belaufe sich auf EUR 73.81. Die zum Projekt- und Bauleitungsteam der Klägerin gehörenden Mitarbeiter hätten dann aber insgesamt 11'220.1 Stunden geleistet. Gemäss der Klägerin sei das zum einen der längeren Projektdauer (Fer- tigstellung am 2. September 2016 anstelle von Mitte März) geschuldet gewesen, zum anderen dem wegen fehlerhafter Planungsunterlagen wesentlich grösseren Aufwand. Zu addieren seien ausserdem noch 905.0 Stunden hauptsächlich im Zusammenhang mit der Koordination der Mängelbehebung, der Dokumentation sowie der Räumung der Baustelle. Somit sei von einem tatsächlichen Aufwand von insgesamt 12'125 geleisteten Arbeitsstunden auszugehen. Dieser sei mit dem im Vertrag angenommenen Pauschalaufwand zu vergleichen. Das ergebe ein To- tal an zusätzlich zu vergütenden Stunden von 6'809 Stunden. Zuzüglich 20 % Mehrwertsteuer resultiere eine Forderung von

EUR 652'111.55 (act. 1 Rz. 624 f.).

E. 2.1.2

Abgesehen vom Einwand der ungenügenden Substanziierung bringt die Beklagte zunächst allgemein vor, dass allfällige Mehrvergütungsansprüche infolge Verzögerungen und Ineffizienzen, sofern solche von der Beklagten zu verantworten wären (was bestritten werde), bereits mit dem Change Order 1 vom 10. März 2016, welcher die verspätete Lieferung von Planungsinformationen und den verspäteten Zugang zur Baustelle ausdrücklich erwähnt habe, pauschal abgegolten worden seien. Auf jeden Fall aber falle ein allfälliger Mehrvergütungsanspruch unter die Saldoklausel gemäss DoA vom 27. April 2016, da die Klägerin bereits vor Abschluss des DoA vom 27. April 2016 Ansprüche infolge angeblich verspäteter,

- 117 - unvollständiger und fehlerhafter Planungsleistungen der Beklagten geltend gemacht habe.

E. 2.1.3

Zum eigentlichen Anspruch der Klägerin betreffend Mehraufwand des Projekt- und Bauleitungsteams (Position Overhead) bringt die Beklagte vor, dass die Parteien einen Pauschalpreis vereinbart hätten (sie verweist dabei auf Art. 373 Abs. 1 und 2 OR). Die Beklagte bestreitet sowohl die Anzahl als auch die Funktionen der angeblich im Projekt- und Bauleitungsteam eingesetzten Mitarbeiter. Sie bestreitet weiter die angeblich geplanten 5'316 Arbeitsstunden. Die klägerischen Behauptungen seien weder nachvollziehbar noch überprüfbar (act. 18 Rz. 851). Die Behauptung der Klägerin, wonach ihr Projekt- und Bauleitungsteam die Arbeit bei einer effizienten Arbeitsausführung innerhalb der angeblich vorgesehenen 5'316 Stunden hätte erledigen können, sei völlig unsubstanziert und werde bestritten. Die in den SAP-Auszügen aufgeführten Stunden seien weder substantiiert noch überprüf- oder nachvollziehbar und würden daher bestritten. Zudem ergäben sich aus den SAP-Auszügen einzig die von den Mitarbeitern der Klägerin angeblich geleisteten Stunden; den SAP-Auszügen lasse sich jedoch nicht entnehmen, welche Leistungen die einzelnen Mitarbeiter in den aufgeführten Stunden konkret erbracht haben sollen. Die Klägerin lege die angeblich konkret erbrachten Arbeitsleistungen auch in der Klageschrift nicht dar (act. 18 Rz. 853).

E. 2.2

Die Beklagte verlangt die Parteientschädigung zuzüglich der Mehrwertsteuer. Sie weist die fehlende Berechtigung zum Vorsteuerabzug jedoch nicht nach. Entsprechend ist die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 Ziffer 2.1.1 S. 3 unten; abrufbar unter <http://www.gerichte-zh.ch/kreisschreiben/kreisschreiben.html>); Urteil des Bundesgericht 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5; KassGer ZH vom 19. Juli 2005, ZR 104 [2005] Nr. 76, E. III.2.g S. 293-294 = SJZ 101 [2005] 531). Das Handelsgericht beschliesst:

E. 2.2.1

Die Klägerin macht wiederum Mehrstunden geltend. Sie beschränkt sich darauf, die Funktion ihrer Mitarbeiter zu bezeichnen, welche die Mehrstunden geleistet haben, sowie das Total der Stunden anzugeben. Sie stützt sich dabei auf interne Stundenrapporte.

E. 2.2.2

Wie bereits bei Anspruch 6 aufgezeigt, genügt dieses Vorgehen nicht, um den Anspruch substantiiert zu behaupten. Bei den geltend gemachten Arbeitsstunden ist es unabdingbar, dass auch gesagt wird, was genau geleistet wurde und weshalb die Leistung der geltend gemachten Mehrstunden notwendig waren. Beide Angaben lassen sich nicht strikt trennen. Was in diesen Stunden genau gemacht wurde, behauptet die Klägerin nicht. Die Aussage, es sei das geleistet

- 118 - worden, was die betroffene Funktion beinhaltet, ist viel zu pauschal und hilft nicht weiter. Auch der Hinweis, dass die Beklagte alle Verzögerungen verursacht habe, bleibt pauschal, zumal er in dieser Absolutheit unzutreffend ist. Auch müsste die Klägerin ihren Aufwand behaupten und nachweisen – und nicht anhand dem gestützt auf eigene Kalkulationen für die Pauschalposition vertraglich vereinbarten Preis einen nicht überprüfbaren Stundenansatz herleiten. Ohnehin spielt es aber keine Rolle, ob der Anspruch unter die Remeasurement-Klausel subsumiert oder als mitwirkungsbedingter Aufwand verstanden wird. Auch im Anwendungsbereich der Remeasurement-Klausel muss der Inhalt der Leistung behauptet werden, weil sie sonst nicht nachvollziehbar ist. Die Anzahl Stunden stellen gleichsam bloss die äussere Hülle der Leistung dar und ermöglichen keinen Schluss auf deren Inhalt. Es kann ergänzend auch auf die Ausführungen zu Anspruch 6 verwiesen werden (vgl. Erwägungen unter Titel "VII. Anspruch 6 der Klägerin: Remeasurement als Folge von Verzögerungen und Ineffizienzen").

E. 2.2.3

Bei diesem Ergebnis braucht der Einwand der Beklagten, allfälliger Mehraufwand sei mit dem COR 1 resp. dem DoA bereits abgegolten, nicht mehr geprüft zu werden.

E. 2.3

Selbst wenn auf das Feststellungsbegehren der Beklagten einzutreten wäre, wäre dieses abzuweisen. Die in Betreuung gesetzten Forderungen fallen unter Anspruch 1 der Klägerin. Sie gehören als Milestone Payments noch zum ursprünglich vorgesehenen Vertragspreis von rund 2.8 Mio. Die Klägerin erhält im Rahmen des Remeasurements betragsmässig mehr als den ursprünglichen Vertragspreis. Entsprechend wäre das Feststellungsbegehren der Beklagten abzuweisen, denn die Klägerin weist nach, dass die Forderungen tatsächlich bestehen.

- 165 - XIV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Gerichtskosten Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert wird gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO durch das Rechtsbegehren im Zeitpunkt der Begründung der Rechtshängigkeit bestimmt. Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens sowie allfällige Eventualbegehren werden nicht hinzugerechnet. Zu berücksichtigen sind hingegen Zinsen, die als selbständige Forderungen eingeklagt werden. Der Streitwert beträgt demnach EUR 4'437'682.03, entsprechend CHF 5'137'460.10 (Wechselkurs [Mittelwert Geldkurs] EUR/CHF von 1.15769 am 29. Mai 2018, Datum Rechtshängigkeit; Kurs gemäss www.oanda.com), plus CHF 259'123.05, ergibt das CHF 5'396'583.15. Die Grundgebühr beträgt rund CHF 74'000.00. Die Grundgebühr kann unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls ermässigt oder um bis zu einem Drittel, in Ausnahmefällen bis auf das Doppelte, erhöht werden. Die Bearbeitung des vorliegenden Prozesses erwies sich als äusserst aufwändig. Die Parteien reichten

umfangreiche Rechtsschriften von gesamt- haft über 1'900 Seiten sowie 18 Bundesordner Beilagen ein. Die Gerichtsgebühr ist um circa die Hälfte auf rund CHF 110'000.00 zu erhöhen. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss zu rund 13/20 (65%) der Klägerin und zu 7/20 (35%) der Beklagten aufzuerlegen und vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kosten- vorschuss zu beziehen. 2. Parteientschädigungen

E. 2.4

Voraussetzungen für die Zusprechung einer Vertragsstrafe ist namentlich die Nicht- oder Schlechterfüllung der Hauptleistung durch den Schuldner. Voraus- gesetzt wird zudem das Verschulden des Schuldners, welches aber analog Art. 97 OR vermutet wird. Bevor man jedoch zur Frage des Verschuldens vor- dringt, muss zunächst feststehen, dass der Gläubiger der Vertragsstrafe seiner- seits seinen Verpflichtungen nachgekommen ist und nicht selbst einen Grund ge- setzt hat, der die rechtzeitige Erfüllung der Leistung verhinderte (vgl. WID- MER/COSTANTINI/EHRAT, in BSK OR I, N 16 und N 19b zu Art. 160).

E. 2.4.1

Es stellt sich somit die Frage, ob die Beklagte ihren Verpflichtungen (oder Obliegenheiten) nachkam. Dabei geht es weder um eine präzise Quantifizierung eines allfälligen Aufwands wegen Bauverzögerungen noch darum, sämtliche Er- eignisse zu würdigen, die eine Verzögerung zur Folge hatten. Es genügt nachfol- gend, anhand einiger Beispiele aufzuzeigen, dass auch die Beklagte zu den ein- getretenen Verzögerungen beitrug und deswegen die im DoA anvisierten Termine

- 149 - verpasst wurden. Dabei ist das Augenmerk auf Ereignisse zu richten, die nach Abschluss des DoA eintraten.

E. 2.4.1.1

Die Klägerin verweist auf Schwierigkeiten bei der Ausführung der Arbei- ten im Zusammenhang mit AJ._____. Eine Beendigung der Arbeiten sei für die Klägerin bis Ende Mai 2016 schlicht nicht möglich gewesen, weil weder die für die Klägerin erforderlichen Planungsunterlagen vollständig vorgelegen hätten, noch die anzuschliessenden Geräte überhaupt schon auf der Baustelle eingetroffen gewesen seien. Als die Klägerin zuerst selbst eine Baustellenbegehung vorge- nommen und vor Ort vergeblich nach dem Schaltschrank gesucht habe, habe sie am 1. Juni 2016 eine E-Mail an die Beklagte gesendet und nachgefragt, wo sich der Schaltschrank denn befinde. Daraufhin habe die Beklagte am 3. Juni 2016 geantwortet, dass der Ort erst in der Folgewoche, am 8. Juni 2016, überhaupt be- stimmt werde und dass der Schaltschrank danach vom Unternehmen "AJ._____" geliefert und installiert werde (vgl. act. 1 Rz. 254 ff.; act. 27 Rz. 390). Die Beklagte hält hierzu fest, es habe sich erstens nur um einen kleinen Isolator gehandelt und zweitens habe eine andere Unternehmerin die Installation vorgenommen (vgl. act. 18 Rz. 345). Dieser Einwand geht an der Sache vorbei: Die Klägerin behaup- tet nicht, dass sie den Isolator oder den Schaltkasten (die Parteien sind sich nicht einig, was von AJ._____ installiert wurde) habe installieren wollen, sondern, dass sie Kabel verlegen wollte und auf besagtes Objekt angewiesen war, dieses aber noch fehlte (vgl. act. 27 Rz. 391). Wenn die Beklagte vorbringt, die Installation habe wegen Versäumnissen der Klägerin nicht rechtzeitig erfolgen können (vgl. act. 37 Rz. 506), ist das nicht schlüssig: Die Beklagte erklärt nicht, inwiefern die Drittunternehmerin auf die Leistung der Klägerin angewiesen gewesen sein soll, um "einen (kleinen) Isolator" zu installieren. Somit bleibt es bei der Behauptung der

Klägerin. Sie wartete vergeblich auf die rechtzeitige Installation des Schaltkreises/Isolators, welche aber Voraussetzung für ihre Leistung gewesen wäre.

E. 2.4.1.2

Nach dem 9. Juni 2016 habe die Klägerin umfangreiche Anschlusspläne mit zahlreichen handschriftlichen Eintragungen sowie eine Liste erhalten, in welcher nicht weniger als 36 neue oder geänderte Kabel enthalten gewesen sowie 7 andere Kabel entfallen seien. Die Klägerin habe ihren Arbeitsprozess Anfang Juni

- 150 - 2016 neu starten müssen, weil sie unerwartet nochmals eine ganze Gruppe von neuen und geänderten Kabeln erhalten habe (act. 1 Rz. 257). Die Beklagte äußert sich nicht zum klägerischen Vorbringen betreffend die 36 neuen Kabel (vgl. act. 18 Rz. 351). Auch hier ist der Klägerin zu folgen, dass die Beklagte die Verzögerung zumindest mitverursachte.

E. 2.4.1.3

Im Zusammenhang mit dem Verbrennungssystem macht die Klägerin geltend, dass sie am 21. Juni 2016 immer noch auf Planungsinformationen für die Verlegung von 10 Kabeln wartete, da die Anschlusspunkte für diese Kabel ungeklärt gewesen seien. Die Kabelverlegung sei damit nicht möglich gewesen, obwohl die Beklagte zuvor die Priorisierung dieses Bereichs gewünscht habe. Mit E-Mail vom 21. Juni 2016 habe die Klägerin um Ergänzung der Planungsinformationen ersucht. Nur wenig später habe sich das nächste Problem gestellt: Der Klägerin hätten 10 Anschlüsse gefehlt, um die Kabel für die Ventile installieren zu können. Diese Anschlüsse hätten von der Beklagten geliefert werden sollen (vgl. act. 1 Rz. 261 ff., wobei die Klägerin auf mehrere E-Mails verweist, die sie an die Beklagte sendete). Die Beklagte geht wiederum nicht präzise genug auf die klägerischen Behauptungen ein. So führt die Klägerin aus, die bestehenden Pläne hätten sich vor Ort als fehlerhaft herausgestellt (vgl. act. 27 Rz. 401). Die Beklagte hält hierzu fest, die Pläne hätten schon bei Projektbeginn vorgelegen (vgl. act. 37 Rz. 519 und Rz. 520). Das sagt aber nichts darüber aus, ob sich die Pläne vor Ort als fehlerhaft herausstellten. Ausserdem macht die Beklagte geltend, dass die Klägerin ohnehin das Planungsrisiko getragen habe, weil sie ihre Anzeigepflicht verletzt habe (vgl. act. 37 Rz. 520). Das hilft der Beklagten im vorliegenden Kontext nicht. Selbst wenn die Klägerin ihre Anzeigepflicht verletzt haben sollte, geht es hier um die Frage, ob auch die Beklagte zur Projektverzögerung beitrug. Wenn aber Grund zur Anzeige von Fehlern der erhaltenen Planunterlagen bestand, ist damit auch gesagt, dass die Beklagte zur Verzögerung beitrug, trug sie doch die Verantwortung für die Lieferung einwandfreier Pläne. Die klägerischen Vorbringen sind zumindest Indizien dafür, dass auch die Beklagte das Projekt verzögerte.

E. 2.4.1.4

Ein weiteres Beispiel für Versäumnisse der Beklagten sei sodann die Tatsache, dass die Beklagte im Juli 2016 92 neue und geänderte Kabelziehkarten für

- 151 - die zwei Funktionsgruppen "Civil System" (= Tiefbau) und "BOP" (=Balance of Plant; Anlagenperipherie) geliefert habe. Diese Planungsleistungen der Beklagten seien verspätet erfolgt und würden aufzeigen, dass die Beklagte ihre Planung auch im Juli 2016 noch ergänzte und änderte. Die Kabelziehkarten für diese zwei Funktionsgruppen seien damit mindestens bis zu diesem Zeitpunkt unvollständig gewesen und die Bereiche hätten von der Klägerin somit auch nicht fertiggestellt werden können (vgl. act. 1 Rz. 266). Die

Beklagte macht geltend, es handle sich hier nicht um verspätete Planungsleistungen, sondern um die Verlegung zusätzlicher Kabel. Den Zusatzauftrag habe sie anlässlich einer Baustellenbegehung am 8. Juni 2016 erteilt. Es wäre der Klägerin freigestanden, den Auftrag abzulehnen. Die Vergütung dieser Zusatzleistung hätte gestützt auf die Remeasurement-Klausel erfolgen sollen (vgl. act. 18 Rz. 366). In der Duplik führt die Beklagte dann aber aus, betreffend die 92 Kabelziehkarten habe es sich nicht um einen Zusatzauftrag gehandelt, sondern um Beschleunigungsmassnahmen (vgl. act. 37 Rz. 521). Die Vorbringen der Beklagten sind widersprüchlich und überzeugen nicht. Wenn die Beklagte behauptet, die Klägerin hätte substantiiert aufzeigen müssen, bei welchen der 92 Kabelziehkarten ein Wegbeschrieb nötig gewesen wäre, ist das hinsichtlich der hier interessierenden Frage irrelevant. Die Beklagte bestätigt nämlich, dass bei mehreren Kabelziehkarten der Wegbeschrieb fehlte, weil es sich "um weniger komplexe Fälle" gehandelt habe (vgl. act. 37 Rz. 526). Damit steht aber fest, dass von der Beklagten geschuldete Informationen fehlten. Die damit einhergehenden Verzögerungen sind somit nicht ausschliesslich der Klägerin vorzuwerfen.

E. 2.4.1.5

Laut der Klägerin hat sie erst am 24. August 2016 die letzten zur Installation nötigen Daten kennen können. Die Beklagte habe ihr mit Schreiben vom

E. 2.4.2

Aus den vorstehend dargestellten Ereignissen lässt sich schliessen, dass die Beklagte die Projektverzögerung nach Abschluss des DoA mitverursachte. Dabei gilt es abermals zu betonen, dass hier nicht quantitative Schlüsse im Vordergrund stehen. Welcher Aufwand entstand und wer diesen genau verursachte, ist eine

- 153 - Frage, die sich bei mehreren Ansprüchen der Klägerin stellt. Entscheidend ist dort die Darstellung des Kausalzusammenhangs und die Substanziierung des Aufwands. Hier geht es lediglich um die Frage, ob auch die Beklagte zur Projektverzögerung beitrug. In welchem Verhältnis die Parteien die Projektverzögerung verursachten, ist vorliegend indes nicht entscheidend. Die Beklagte kann keine Vertragsstrafe für eine Vertragsverletzung verlangen, die sie mitverursacht hat.

E. 2.5

Auf der Baustelle gelang es nicht, einen reibungslosen Ablauf sicherzustellen. Es kam immer wieder zu Verzögerungen, die zu entsprechenden Wartezeiten seitens der Klägerin führten. Es hätte an der Beklagten gelegen, näher darzulegen, dass sie ihrerseits die notwendigen Voraussetzungen schaffte, um eine rechtzeitige Leistungserbringung durch die Klägerin zu ermöglichen, nachdem die Klägerin ihr diesbezüglich zahlreiche Versäumnisse vorgeworfen hat. Selbst wenn man aber die Behauptungslast der Klägerin auferlegen würde, würde sich am Ergebnis nichts ändern, ist doch ausreichend erstellt, dass die Klägerin auch wegen des Verhaltens der Beklagten die Termine nicht einhalten konnte. Diese Feststellung steht übrigens nicht im Widerspruch zur Abweisung der klägerischen Ansprüche auf Vergütung des mitwirkungsbedingten Mehraufwands, die unabhängig von der Antwort auf die Frage erfolgt, ob auch die Beklagte zu den Verzögerungen beitrug. Zusammenfassend fehlt es an einer Voraussetzung für die Zusprechung einer Vertragsstrafe; die Verrechnungsforderung besteht nicht. 3. EUR 13'825.00 «Scaffolding»

E. 2.6

und 2.7, verweigert habe. Bei diesen beiden Rechnungen der Klägerin (Rechnungen Nr. 15 und 6) gehe es um einen Betrag von netto EUR 712'943.43 (vgl. act. 1 Rz. 293). Die Beklagte habe eine Verletzung der Dokumentationspflicht durch die Klägerin als Grund für die Nichtzahlung vorgebracht (act. 1 Rz. 295). Die Klägerin habe sich gezwungen gesehen, die beiden Forderungen in Betreuung zu setzen (Betreibung vom 28. November 2016 [recte: 1. November 2016] über den Betrag von CHF 589'495.65, zuzüglich 5% Zins seit dem 11. August 2016

- 163 - [Meilenstein-Zahlung 2.6] und über den Betrag von CHF 346'228.90 zuzüglich 5% Zins seit dem 4. September 2016 [Meilenstein-Zahlung 2.7]). Da beide Forderungen im vorliegenden Prozess gutzuheissen seien, sei das Feststellungsbegehren der Beklagten abzuweisen (vgl. act. 27 Rz. 431).

E. 3

Grad der Substanziierung des Preisanpassungsanspruchs

E. 3.1

Der Klägerin steht im Ergebnis eine Forderung von EUR 1'270'099.14 und GBP 233'220.64 zuzüglich aufgelaufener Zins von EUR 65'891.28 und GBP 12'051.44, demnach EUR 1'335'990.42 und GBP 245'272.08 zu.

E. 3.1.1

Für die Budgetposition Gerüstungen ("Scaffolding") habe die Klägerin ein Budget von EUR 83'734.00 kalkuliert (act. 37 Rz. 1274). Weiter hätten die Parteien vereinbart, dass bei Überschreitung der Budgetpositionen für die Gerüstungen ("Scaffolding") ein entsprechender Abzug von der letzten Meilensteinzahlung vorzunehmen sei. Dieser Abzug belaufe sich vorliegend auf EUR 13'825.00 (act. 18 Rz. 991 f.). Die Klägerin anerkenne, dass die von ihr kalkulierte Budgetposition überschritten worden sei und bis zum 31. August 2016 ein Betrag von GBP 79'910.35 aufgelaufen sei (act. 18 Rz. 993).

- 154 -

E. 3.1.2

Die Klägerin bestreitet, dass die Beklagte den zutreffenden Umrechnungskurs GBP/EUR verwendet habe. Sodann habe die Beklagte die Budgetüberschreitung verursacht (act. 1 Rz. 736). Die Beklagte habe die Mehrkosten beim Gerüstaufwand dadurch verursacht, dass sie die Klägerin ihre Arbeit nicht effizient erledigen lassen. Die Beklagte habe ihre Planungsaufgaben nicht erfüllt und der Klägerin die Planungsunterlagen stark verspätet, scheinbarweise, unvollständig und grob fehlerhaft zugesandt. Die Klägerin habe weit über die ursprünglich vorgesehene Zeit hinaus auf der Baustelle bleiben und mehrfach in die gleichen Bereiche des Heizkraftwerks zurückkehren müssen. Hierdurch seien notwendigerweise auch zusätzliche Gerüstkosten entstanden, weil Gerüste länger verwendet werden mussten bzw. mehrfach im gleichen Bereich ein Gerüst erforderlich geworden sei (act. 1 Rz. 738; act. 27 Rz. 991 ff.). Überdies sei darauf hinzuweisen, dass Appendix B zum Schreiben vom 10. Oktober 2016 der Beklagten kaum leserlich sei. Wäre diese Tabelle besser lesbar, würde man erkennen, dass teilweise an denselben Orten zweimal ein Gerüst gebaut werden musste. Genau so würde man erkennen, dass mehrere Gerüste "urgent" ("dringend") gebaut oder angepasst werden mussten, was ebenfalls ein Hinweis darauf sei, dass es zu ungeplanten Änderungen in der Planung gekommen sei und deshalb auch die Gerüste dringend und unerwartet hätten angepasst werden müssen. Ohne diese

Vorfälle wäre das Budget nicht überschritten worden (act. 27 Rz. 994).

E. 3.1.3

Damit steht aber der Vertragsabschluss noch nicht fest. Die Frage kann letztlich offen bleiben. Wie nachfolgend ersichtlich, vermag die Klägerin – selbst wenn eine stillschweigende Vereinbarung oder eine andere Rechtsgrundlage angenommen würde – ihren Anspruch nicht genügend zu substantizieren und nachzuweisen.

E. 3.2

Ausserdem hat sie Anspruch auf folgenden Verzugszins: Anspruch 1: Zins zu 5% auf EUR 1'118'274.37 seit 1. Dezember 2017 und auf GBP 205'452.06 seit 1. Dezember 2017.
Anspruch 2: Zins zu 5% auf EUR 32'191.50 und auf GBP 5'887.79 seit 28. Mai 2016.
Anspruch 3: Zins zu 5% auf EUR 66'328.00 seit 28. Mai 2016, auf EUR 13'770.79 seit 25. November 2016, auf GBP 12'131.32 seit 28. Mai 2016 und auf GBP 2'518.66 seit 25. November 2016. Anspruch 4: Zins zu 5% auf EUR 39'534.48 und auf GBP 7'230.81 seit 17. Januar 2017.

- 162 - XIII. Feststellungsbegehren der Beklagten 1. Parteibehauptungen

E. 3.2.1

In den MoN haben die Parteien das Folgende vereinbart (vgl. act. 3/9 S. 2; Purchaser ist die Beklagte):

E. 3.2.2

In den MoN findet sich sodann eine Bestimmung, die den GBP- Wechselkurs betrifft und auf welche die Beklagte zur Begründung des Wechselkurses verweist (vgl. act. 3/9 S. 4 f.):

- 155 -

E. 3.2.3

Die mangelnde Substantiierung zeigt sich exemplarisch darin, dass es sich in Bezug auf die Arbeitsstunden von AH._____ letztlich um eine blosser Schätzung der Klägerin handelt. Die Klägerin führt aus, dass er nebst seiner Hilfestellung bei Planungsleistungen – welche mindestens 80% seiner Arbeitszeit von Dezember 2015 bis Juli 2016 beansprucht hätten – während seiner restlichen Arbeitsstunden (maximal 20% der Arbeitszeit) das klägerische Bauleitungsteam unterstützt habe, und zwar bei der Bewältigung des hohen Arbeitsanfalls, welcher Folge der zahlreichen von der Beklagten verursachten Probleme gewesen sei. Diese Arbeitsstunden seien daher ebenfalls nur aufgrund der von der Beklagten verursachten Problemen und Ineffizienzen angefallen, womit die Beklagte entschädigungspflichtig sei. Zugunsten der Beklagten gehe aber die Klägerin bei diesen Arbeitsstunden (maximal 20% der Arbeitszeit) von Mehraufwand im Tätigkeitsbereich "On site electrical installation" aus und wende entsprechend – obwohl für einen Fachplaner unangemessen tief – den in den MoN vermerkten Stundenansatz von EUR 63.69 für einen "Senior and Chief Specialist in Installation" an (vgl. act. 1 Rz. 690).

- 136 -

E. 3.2.4

Gestützt auf welche Kriterien die Klägerin diese Abgrenzung vornimmt, wird mit keinem Wort begründet. Es ist nicht ersichtlich, warum es der Klägerin nicht möglich gewesen wäre, die Stunden präzise, d.h. auch unter Angabe der konkreten Tätigkeit und erbrachten

Leistung, zu erfassen. 4. Fazit Die Klägerin behauptet eine stillschweigende Vereinbarung, gemäss welcher sie zahlreiche Planungsleistungen übernommen habe, die ausserhalb ihrer ursprüng- lich vereinbarten vertraglichen Pflichten gelegen hätten. Es kann offen bleiben, ob die Klägerin diesen stillschweigenden Vertragsabschluss nachweisen kann. Die Klägerin scheitert an der Substanziierung ihres Anspruchs 8. Auch stellt sie letzt- lich eine blosser Schätzung auf, ohne diese näher zu erklären. Der von ihr geltend gemachte Anspruch 8 ist demnach abzuweisen.

- 137 - X. Anspruch 9 der Klägerin: Ausserprozessuale Anwaltskosten der Klägerin 1. Übersicht Mit Anspruch 9 verlangt die Klägerin ausserprozessuale Anwaltskosten. Es geht dabei um Anwaltskosten, die nicht von einer allfälligen Parteientschädigung ge- deckt wären. 2. Parteibehauptungen

E. 3.3

Würdigung

E. 3.3.1

Die Höhe der Forderung ist – zumindest in GBP – unbestritten: Für "Scaf- folding" liefen Kosten in Höhe von GBP 79'910.53 auf. Ebenso ist unbestritten, dass die MoN vorsehen, dass die Klägerin eine Budgetüberschreitung der Budgetposition "Scaffolding" (EUR 83'734.00) grundsätzlich tragen muss.

E. 3.3.2

Die Klägerin bringt vor, die Beklagte habe die Budgetüberschreitung verur- sacht, weshalb sie nichts schulde. Damit bringt sie rechtshindernde Tatsachen vor, für die sie die Beweislast trägt (vgl. Art. 8 ZGB). Sie muss aufzeigen, welche konkreten Versäumnisse sie der Beklagten im Zusammenhang mit der Budget-

- 156 - überschreitung vorwirft. Die Klägerin verweist auf die Randziffern 68, 69 f., 90, 171 ff., 180, 191 ff., 245 ff. und 345 in ihrer Klage (vgl. act. 1 Rz. 738). Aus den genannten Randziffern der Klage geht aber nicht hervor, welche Mehrkosten die Beklagte im Bereich der Gerüste verursacht habe. Es genügt nicht, Behauptun- gen aufzustellen, wonach es auf der Baustelle immer wieder zu Ablaufstörungen etc. gekommen sei, denn die behaupteten Verzögerungen lassen sich nicht ein- deutig der Budgetüberschreitung zuordnen. Damit dringt die Klägerin mit ihren Einwänden nicht durch. Die Kalkulation der Budgetüberschreitung bestreitet die Klägerin mit Ausnahme des Wechselkurses nicht.

E. 3.3.3

Es stellt sich die Frage, welcher Wechselkurs anwendbar ist. Die Beklagte stützt sich auf einen Vertragspassus in den MoN, wonach die Kurse der AK._____ anwendbar sind. Die Klägerin entgegnet, besagte Vertragsstelle beziehe sich ers- tens auf Rechnungen der Klägerin und zweitens auf die Umrechnung der Mehr- wertsteuer.

E. 3.3.4

Die MoN halten zwar fest, dass "[a]ctual exchange Rates must be issued according to the AK._____ monthly exchange rates". Systematisch gehört der Satz zur Bestimmung, welche die Mehrwertsteuer regelt. Die Mehrwertsteuer war in den MoN auch die einzige Forderung, die in GBP auszuweisen war ("VAT must be shown in GBP on the invoice). Der Beklagten ist also nicht zu folgen, wenn sie behauptet, sämtliche GBP Umrechnungen hätten nach dem Wechselkurs gemäss AK._____ zu erfolgen. Daran ändert nichts, dass sich

die Bestimmung im Abschnitt "Invoicing" befindet. Objektives Auslegungsergebnis bleibt, dass die Parteien spezifisch den Wechselkurs im Zusammenhang mit der Umrechnung der Mehrwertsteuer regelten, weil die Klägerin ihre Leistungen in Euro erbrachte, aber die Mehrwertsteuer in Britischen Pfund angeben musste. Mehr regelten die Parteien mit der Bezeichnung des Wechselkurses nicht. Das überrascht auch nicht, ist doch die AK. _____ im Vereinigten Königreich zuständig für die Eintreibung und Abrechnung der Mehrwertsteuer und ist die Mehrwertsteuer zudem in Britischen Pfund zu bezahlen, wobei als massgebender Wechselkurs für die Umrechnung der Wechselkurs gemäss AK. _____ gilt.

- 157 -

E. 3.3.5

Demnach steht fest, dass der Wechselkurs, den die Beklagte anwenden will, unzutreffend ist. Die Klägerin behauptet einen tieferen Wechselkurs, wobei sie als Datum dasjenige des beklaglichen Schreibens vom 10. Oktober 2016 nimmt, mit welchem die Beklagte die Forderung erstmals gegenüber der Klägerin vorbrachte. In der Regel richtet sich der Wechselkurs für eine allfällige Umrechnung bei zivilrechtlichen Forderungen nach dem Zeitpunkt der Fälligkeit. Die Beklagte äussert sich nicht zur Fälligkeit ihrer Forderung. Da die Fälligkeit gemäss Art. 75 OR sofort eintritt, ist nichts gegen den klägerischen Standpunkt einzuwenden, es sei das Datum der erstmaligen Geltendmachung durch die Beklagte massgebend (die in den MoN ersichtliche Zahlungsfrist von 45 Tagen ab Rechnungsstellung dürfte sich nur auf Rechnungen der Klägerin beziehen; etwas anderes wird von keiner Partei behauptet). Die Beklagte bestreitet den klägerischen Wechselkurs einzig mit dem Hinweis auf die MoN sowie auf die "AK. _____"- Wechselkurse. Dass die Klägerin ihren Wechselkurs falsch berechnet habe oder ein falsches Datum genommen habe, um die Kursumrechnung vorzunehmen, behauptet die Beklagte nicht. Damit ist vom Wechselkurs der Klägerin auszugehen.

E. 3.3.6

Die Klägerin geht von einem Wechselkurs von EUR 1 = GBP 0,90022 per 10. Oktober 2016 aus und kommt auf einen Betrag für die Position "Scaffolding" von EUR 88'767.78 (vgl. act. 1 Rz. 737). Diese Berechnung ist korrekt (die Position "Scaffolding" beträgt GBP 79'910.53; $\text{EUR } 88'767.78 * 0,90022 = \text{GBP } 79'910.53$). Zieht man von diesem Betrag die budgetierten EUR 83'733.85 ab, verbleibt eine Restforderung der Beklagten in Höhe von EUR 5'034.78, die mit den klägerischen Forderungen zu verrechnen ist. Die Beklagte verlangt weder Zins noch Mehrwertsteuer auf ihre Verrechnungsforderung.

E. 3.4

Fazit Die Beklagte macht eine Vergütung aus Budgetüberschreitung unter dem Posten "Scaffolding" geltend. Die Einwände der Klägerin, die Beklagte habe die Budgetüberschreitung verursacht, bleiben unsubstanziert. Die Beklagte wendet den falschen Wechselkurs an, weil sie sich auf eine nicht einschlägige Vertragsstelle beruft. Zur Anwendung kommt hingegen der Wechselkurs der Klägerin, was zu einer

- 158 - Restforderung zugunsten der Beklagten von EUR 5'034.78 führt. Für die Verrechnung ist auf Ziff. II.11.3 zu verweisen. 4. EUR 66'565.35 «Welfare Charges» Die "Welfare Charges" betreffen zwei Positionen: "Site Facilities, exchange room and sanitary" und "Office Containers". Die Klägerin hat zu diesen Positionen ebenfalls Ansprüche geltend

gemacht (siehe unter Anspruch 7, Erw. VIII. 5 und Erw. VIII. 6). Die Klägerin mietete die Einrichtungen von der Beklagten. Die Beklagte macht eine Forderung von GBP 54'523.65 geltend (vgl. act. 18 Rz. 1000).

E. 3.4.1

Es erscheint zunächst als fraglich, ob die als Beweismittel offerierten Stundenrapporte den Beweis erbringen könnten. Die Klägerin verzichtete darauf, die Stundenrapporte von der Beklagten visieren zu lassen. Die nunmehr geltend gemachten Stunden wurden demnach von der Beklagten nicht bestätigt. In den Stundenrapporten sind teilweise die Namen der Arbeitnehmer, die Anzahl der aufgeschriebenen Stunden sowie das Datum des Arbeitstages ersichtlich (vgl. act. 3/177.1–7; act. 3/178.1–9; act. 179.1–9; act. 3/183.1–8; act. 3/185.1–6; act. 3/186.1–5; act. 187.1–2; act. 3/188.1–2). Die Stundenrapporte der W._____

- 110 - Ltd. (einer Subunternehmerin der Klägerin) weisen weder die Anzahl Stunden noch die Namen der eingesetzten Arbeitnehmer aus. Ersichtlich ist ein Datum sowie der Zusatz "AA._____ Engineers Day Rate" (für den 6. Mai 2016 sind mehrere Materialteile aufgelistet, ohne Preis). Wie hoch diese daily rate ausfällt, ist nicht ersichtlich (vgl. act. 3/180.1–4; für die Subunternehmerin AA._____ Splicing vgl. act. 3/184.1–3). Hinsichtlich des Subunternehmers AB._____ findet sich eine Spalte "Art der Tätigkeit". Die verwendeten Begriffe wie beispielsweise "Projektbearbeitung" lassen aber keine Schlüsse zu, welche Arbeiten erbracht wurden (vgl. act. 3/181.1–2). In den Rapporten der AC._____ findet sich unter auszuführende Arbeiten mehrmals die Bezeichnung "ELT u. LT Montage" (vgl. act. 3/182.1–5). Die Klägerin macht aber keine weiteren Ausführungen hierzu. Gleiches gilt für die Rapporte der AD._____ GmbH & Co. KG und der AE._____ (vgl. act. 189.1–8 und act. 3/190.1–3). Auffallend ist, dass sich in den Stundenrapporten keine Hinweise auf allfällige Wartezeiten der eingesetzten Arbeitnehmer finden, obwohl das durchaus zu erwarten gewesen wäre, wenn es bei der Arbeitsausführung wegen des Verhaltens der Beklagten zu erheblichen Verzögerungen gekommen wäre. Auch sonst fehlen in den Stundenrapporten jegliche Hinweise auf die klägerseits behaupteten Mitwirkungsversäumnisse der Beklagten. Bei den Stundenrapporten handelt es sich um interne Unterlagen der Klägerin. Sie hat diese selbst erstellt. Die Beklagte hat diese nicht unterzeichnet noch ist behauptet, dass ihr die Rapporte zeitnah zugestellt wurden. Die Aufstellungen stellen letztlich eine reine Parteibehauptung dar. Als solche taugen sie aber nicht, um die identische Parteibehauptung in der Klageschrift nachzuweisen (vgl. zum Beweiswert von Stundenrapporten auch Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150056 vom 29. September 2016, E. 6.3).

E. 3.4.2

Unbesehen von dieser für die Klägerin ungünstigen Beweislage muss sie den Kausalzusammenhang zwischen dem behaupteten Aufwand und den Versäumnissen aufzeigen, die sie der Beklagten vorwirft. Es geht also um die Darstellung der Versäumnisse (Ursache) und der Folgen der Versäumnisse (Arbeitsstunden und Tätigkeit). Vorauszusetzen ist insbesondere auch, dass dargetan wird, welche Arbeiten während welcher Zeit erledigt wurden. Das ist wichtig, um

- 111 - nachzuvollziehen, ob der Aufwand gerechtfertigt sowie kausal durch die Beklagte verursacht war.

E. 3.4.2.1

Der Klägerin unterlässt es bereits, den Kausalzusammenhang zwischen den behaupteten Versäumnissen der Beklagten und dem behaupteten klägerischen Stundenaufwand darzustellen. Sie legt nicht dar, welches Verhalten der Beklagten welche Stunden verursacht hat. Es kann folglich nicht beurteilt werden, ob die geltend gemachten Mehrstunden (bzw. wie viele) tatsächlich durch die Beklagte verursacht wurden. Entscheidend – und darum darzustellen – sind die Gründe für die Abweichung. Es reicht nicht aus, im allgemeinen Teil der Rechtschrift mehrere Verhaltensweisen der Beklagten zu behaupten, die angeblich zu Mehraufwand geführt haben. Nur aus der Verbindung einer Ursache mit dem (verursachten) Aufwand hätte man schliessen können, ob der Aufwand kausal durch die Beklagte verursacht wurde.

E. 3.4.2.2

Die Darstellung des Kausalzusammenhangs erfordert auch, Behauptungen dazu aufzustellen, was die Klägerin in den Mehrstunden konkret leistete. Es geht einerseits darum, welche Ursache welche Folgen nach sich gezogen hat, aber auch darum, die in den Mehrstunden erbrachten Leistungen aufzuzeigen, was es erst erlaubt zu prüfen, ob der Mehraufwand gerechtfertigt war.

E. 3.4.2.3

Die Klägerin zeigt nicht auf, was in den behaupteten Arbeitsstunden getan wurde, sondern beschränkt sich darauf, ein Total an Stunden zu behaupten. Die konkrete Tätigkeit ist auch aus den Stundenrapporten nicht ersichtlich. Die Klägerin hält diesbezüglich einzig fest, in den aufgeführten Stunden habe die Klägerin die von ihr geschuldete Leistung erbracht (vgl. act. 27 Rz. 804). Eine solche Aussage ist viel zu pauschal und lässt sich nicht überprüfen. Nur aus der inhaltlichen Darstellung des Mehraufwands hätte man schliessen können, ob der Aufwand plausibel, gerechtfertigt und von der Beklagten verursacht war.

E. 3.4.3

Nicht zu hören ist die Klägerin mit ihrem Einwand, die Forderung der Klägerin für ihren Mehraufwand könne im Übrigen gar nicht anders berechnet werden, als durch den Vergleich des Aufwands bei effizienter Arbeitserledigung mit dem tatsächlichen Aufwand im vorliegenden Projekt. Dies insbesondere vor dem Hin-

- 112 - tergrund, dass es bei den Ansprüchen 6 und 7 nicht um eigentliche, klar abgrenzbare Zusatzarbeiten gehe, sondern primär um einen stark erhöhten Zeitbedarf für die – durch die Beklagte verursachte – verzögerte und ineffiziente Ausführung des vertraglich vorgesehenen Arbeitsbereichs der Klägerin, und damit letztlich um einen Effizienzverlust der Klägerin (act. 27 Rz. 789). Die klägerische Vorgehensweise ist eine Scheinlösung. Denn der Schluss der Klägerin setzt voraus, dass die Klägerin ihre Leistungen stets sorgfältig innert des von ihr kalkulierten und pauschalisierten Zeitbedarfs hätte erbringen können und ausschliesslich wegen eines der Beklagten vorzuwerfenden Verhaltens Mehrstunden leisten musste. Nicht jede Verzögerung kann aber ohne Weiteres der Beklagten angelastet werden. Um zu beurteilen, ob die geltend gemachten Mehrstunden wirklich ausschliesslich von der Beklagten verursacht wurden und die Klägerin ihre Leistung immer zeitig und angemessen erbrachte, müsste unter anderem bekannt sein, was die Klägerin in den Mehrstunden konkret tat. Hierfür trägt die Klägerin die Behauptungs- und Beweislast, denn sie macht den Mehraufwand geltend. Die Klägerin nimmt mit ihrer Argumentation als selbstverständlich an, dass sie ihre Leistung stets effizient erbrachte und auch innerhalb des vertraglich zugestandenen Zeitbedarfs hätte erbringen können. Mit

diesem Vorgehen überbürdet die Klägerin der Beklagten im Ergebnis ihre eigene Beweislast.

E. 3.4.4

Die angeblich erbrachten Tätigkeiten näher zu spezifizieren hätte sich umso mehr aufgedrängt, bestehen doch Hinweise in den Rechtsschriften, dass auch die Klägerin nicht konstant effizient arbeitete. Dies geht namentlich bereits aus dem Wortlaut des im April 2016 abgeschlossenen DoA hervor, dessen Einleitung in die andere Richtung weist: "K._____ arranged a meeting on site with C._____ as the situation on site was unacceptable in terms of the uncertainty regarding impact of cost and schedule concerning the Electrical Installation works" (vgl. act. 3/56). Es ist nicht anzunehmen, dass die Klägerin diesen Wortlaut – der gemäss Klägerin von der Beklagten stammt – akzeptiert hätte, wenn die Verzögerung ausschliesslich die Schuld der Beklagten gewesen wären. Erst recht kann aber ausgeschlossen werden, dass die Klägerin Konventionalstrafen akzeptiert hätte, wenn sie bis dahin stets effizient und einwandfrei geleistet hätte und die eingetretenen Verzögerungen einzig durch die Beklagte verursacht gewesen wären. Das gilt unab-

- 113 - hängig davon, welche Rechtswirkungen das DoA entfaltet. Zusammenfassend vermögen die klägerischen Vorbringen nicht zu überzeugen.

E. 3.4.5

Auch eine sinngemässe Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR kommt vorliegend nicht infrage. Diese Bestimmung enthält eine bundesrechtliche Beweisvorschrift, die dem Geschädigten den Schadensnachweis erleichtern soll. Sie räumt dem Sachgericht für Fälle, in denen der strikte Nachweis des Schadens ausgeschlossen ist, einen erweiterten Ermessensspielraum ein, indem sie ihm gestattet, den Schaden aufgrund einer blossen Schätzung als ausgewiesen zu erachten. Eine analoge Anwendung im Falle eines Mehraufwands aufgrund von Mitwirkungsversäumnissen rechtfertigt sich somit, soweit der Mehraufwand nicht ziffernmässig nachweisbar ist. Die Schadens- bzw. Mehraufwandsbestimmung nach richterlichem Ermessen bildet indessen die Ausnahme gegenüber einer genauen Berechnung und ist daher nur zulässig, sofern eine zahlenmässige, auf reale Daten gestützte Berechnung für den Geschädigten tatsächlich nicht möglich oder unzumutbar ist. Keine Berufung auf Art. 42 Abs. 2 OR ist möglich, wenn der konkrete Schadens- bzw. Mehraufwandnachweis zwar unmöglich ist, diese Unmöglichkeit aber in den Verantwortungsbereich des Beweispflichtigen fällt (siehe auch Urteil des Handelsgerichts HG120098-O vom 4. August 2015, E. 3.5.2.2.4).

E. 3.4.6

Auch eine allfällige sinngemässe Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR entbindet die Klägerin somit nicht davon, ihre Aufwände soweit möglich und zumutbar zu substantiieren bzw. beziffern. Es wäre der Klägerin möglich gewesen, ihren Mehraufwand substantiiert zu behaupten und nicht bloss Stundenpositionen zu nennen und zu addieren, wobei sich die behaupteten Stunden nicht konkreten Arbeiten zuordnen lassen. Dies gilt umso mehr, als der Klägerin bewusst war, dass noch keine Vereinbarung zwischen den Parteien betreffend den Mehraufwand bestand: In ihrem Schreiben vom 27. Mai 2016 betreffend die drohende Projektverzögerung und den daraus entstehenden Mehraufwand schlug die Klägerin vor, anlässlich eines persönlichen Treffens zwischen den Parteien eine Einigung über den Mehraufwand für zusätzliches Personal zu erzielen (vgl. act. 3/57 S. 6, im Original: "In order to move forward we propose the following steps and hope to obtain

your assent: 1. [...] 2. Acceptance of additional costs for (to be agreed up-

- 114 - on in a personal meeting according to 19.1) additional blue collar staff, extension for site overhead, extra resources for amendment and additional cable planning 3. [...]"

E. 3.4.7

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass auch die in den MoN vereinbarten Stundensätze, auf welche die Klägerin hinweist, nicht dazu führen, dass die Klägerin lediglich das Total der Stunden nennen darf, um ihren Anspruch rechtsgenügend zu behaupten. Wie erwähnt, sind die in den MoN erwähnten Stundenansätze für Anspruch 6 irrelevant. Ohnehin lässt sich aus den Bestimmungen zu den Stundenansätzen keine reduzierte Substanziierungspflicht der Klägerin ableiten, selbst wenn man sie hilfsweise hinzuziehen würde. 4. Fazit Die Klägerin beschränkt sich unter Anspruch 6 darauf, ein Total an Mehrstunden zu behaupten. Was in den Stunden konkret geleistet wurde, lässt sich den klägerischen Ausführungen nicht entnehmen. Ebenso bleibt unbekannt, welche angeblichen Versäumnisse der Beklagten welche Mehrstunden verursacht haben sollen.

Ausserdem legt die Klägerin einzig interne Stundenrapporte vor, die zudem keine sehr hohe Detaillichte aufweisen – ihr Beweiswert erscheint fraglich. Der Anspruch 6 der Klägerin ist abzuweisen.

- 115 - VIII. Anspruch 7 der Klägerin: Remeasurement für weitere Zusatzleistungen als Folge von Verzögerungen und Ineffizienzen 1. Übersicht Auch Anspruch 7 ist laut der Klägerin Teil des Remeasurements. Die Klägerin macht sieben Ansprüche geltend, die wegen Verzögerungen und Ineffizienzen, verursacht durch die Beklagte, entstanden seien: (1) Vergütung für Mehraufwand des Projekt- und Bauleitungsteams der Klägerin (Position Overhead) (2) Vergütung für Mehraufwand bei der Position "Documentation and PM" (3) Vergütung für Mehraufwand bei der Position "Tools" (Werkzeuge, Gabelstapler, mobile Kräne, Hebebühnen etc.) (4) Vergütung für Mehraufwand bei der Position "Site Facilities, exchange room and sanitary" (5) Vergütung für Mehraufwand bei der Position Arbeitsplätze (6) Vergütung für Mehraufwand bei der Position "Health and Safety" (7) Position "Insurance" Die Beklagte schulde der Klägerin unter Anspruch 7 als Vergütung für die weiteren von der Klägerin erbrachten Zusatzleistungen den Betrag von EUR 935'584.85 (inkl. MwSt.) zuzüglich Zins. 2. Vergütung für Mehraufwand des Projekt- und Bauleitungsteams der Klägerin (Position Overhead)

E. 3.5

Die Klägerin stellt hinsichtlich einiger Kabeltrommeln eingehendere Behauptungen auf. Als Nachweis der Lieferung offeriert sie drei Beilagen, die sie als Lieferscheine bezeichnet. Die Beklagte bestreitet, dass es sich bei den offerierten Urkunden um Lieferscheine handle. Es könne sich dabei auch um ohne weiteres stornierbare Bestellbestätigungen oder Rechnungen handeln. Die Beklagte wisse nicht, wann der Klägerin welche Kabeltrommeln geliefert worden sein sollen (vgl. act. 18 Rz. 752). Die Klägerin entgegnet, dass der Lieferschein auf den 25. Januar 2016 datiert sei, was beweise, dass das Kabel an diesem Datum auf die Baustelle geliefert worden sei. Die Klägerin bestätige ausdrücklich, dass es sich bei den Urkunden act. 3/172, act. 3/173 und act. 3/174 um Lieferscheine handle. Alle Lieferscheine dieses Anbieters sähen so aus. Entsprechend würden auf diesen Lieferscheinen keine Preise, dafür aber die genauen Nummern (Drum Number) und das Gewicht der gelieferten Trommeln aufgeführt. Auch die Angabe des Gewichts der Kabeltrommeln weise auf einen Lieferschein hin, denn diese Angaben wären sicherlich

nicht auf einer Bestellungsbestätigung aufgeführt (act. 27 Rz. 748).

E. 3.6

Auf den eingereichten Urkunden findet sich kein Hinweis darauf, dass es sich um Lieferscheine handelt. Die Urkunde act. 3/173 (die allerdings eine bezahlte Kabeltrommel betrifft) ist mit "Certificate of Conformity" betitelt. Die anderen zwei Urkunden (act. 3/172 und act. 174) weisen keine Bezeichnung auf. Auffallend ist, dass es sich um Auszüge eines Dokuments handelt. Es werden die Seiten 3 und 5 von 15 Seiten eingereicht. Evident ist in der Spalte "Description" die Nummer der Bestellposition, die auf Seite 5 mit Bestellnummer 22 aufhört. Das bloss auszugsweise vorgelegte Dokument vermag die Lieferung nicht zu belegen. Es bleibt unerfindlich, weshalb die Klägerin nicht das ganze Dokument, allenfalls auch weitere Transportdokumente oder Bestellungsbestätigungen vorgelegt hat. Hinzu kommt, dass auch aus den angeblichen Lieferscheinen die zeitlichen Angaben wie unter Erwägung VI. 3.3 genannt nicht hervorgehen.

E. 3.6.1

Die Klägerin verlangt im Eventualstandpunkt eine Mehrwertsteuer in Höhe von GBP 7'230.81 (vgl. act. 27 Rz. 722). Die Beklagte bestreitet die klägerische Mehrwertsteuerforderung einzig mit dem Argument, der Klägerin stünde unter Anspruch 4 gar keine Forderung zu. Zum Eventualfall, dass doch eine Forderung bejaht wird, äussert sich die Beklagte nicht (vgl. act. 1 Rz. 711; act. 37 Rz. 944).

E. 3.6.2

Damit bestreitet die Beklagte nicht, dass eine Mehrwertsteuer in Höhe von GBP 7'230.81 geschuldet ist, wenn die Hauptforderung bejaht wird. Die Beklagte schuldet der Klägerin unter Anspruch 4 demnach eine Mehrwertsteuer von GBP 7'230.81.

E. 3.7

Zusammenfassend vermag die Klägerin weder die Lieferung selbst noch die genaueren Umstände der Bestellung und der Lieferung nachzuweisen, wes-

- 105 - halb auch auf die drei separat geltend gemachten Kabeltrommeln nicht mehr einzugehen ist. 4. Fazit Im Ergebnis ist der klägerische Anspruch 5 abzuweisen: Der Sachvortrag der Klägerin ist unsubstanziert. Die Klägerin versäumt es insbesondere, die zeitlichen Aspekte der Kabelbestellungen aufzuzeigen. Sodann erscheint auch die Beweislage hinsichtlich der angeblich gelieferten Kabel als illiquid.

- 106 - VII. Anspruch 6 der Klägerin: Remeasurement als Folge von Verzögerungen und Ineffizienzen 1. Übersicht Die Klägerin verlangt mit Anspruch 6 eine Vergütung für den zusätzlichen Aufwand wegen Verzögerungen und Ineffizienzen auf der Baustelle. Bei Anspruch 6 geht es um behauptete zusätzliche Arbeitsleistungen, welche die auf der Baustelle von der Klägerin eingesetzten Arbeitnehmer von Drittunternehmen laut der Klägerin erbracht haben (vgl. act. 1 Rz. 584). 2. Parteibehauptungen

E. 3.7.1

Die Klägern verlangt aufgelaufene Verzugszinsen für den Zeitraum bis zum 30. November 2017 von EUR 1'727.60 und GBP 315.98 sowie laufende Zinsen

- 100 - zu 5% auf EUR 39'534.48 und auf GBP 7'230.81 seit 30. November 2017 (vgl. act. 27 Rz. 721 f.). Die Beklagte bestreitet den klägerischen Verzugszins einzig mit dem Argument, der Klägerin stünde unter Anspruch 4 gar keine Forderung zu. Zum

Eventualfall, dass doch eine Forderung bejaht wird, äussert sich die Beklagte nicht (vgl. act. 1 Rz. 711; act. 37 Rz. 944).

E. 3.7.2

Damit ist der Verzugszins, wie von der Klägerin beantragt, gutzuheissen. Der Einfachheit halber sind laufende Verzugszinsen auf EUR 39'534.48 und auf GBP 7'230.81 seit 17. Januar 2017 zuzusprechen (vgl. act. 1 Rz. 526, wobei Fälligkeit nicht mit dem Verzug verwechselt werden darf). Die Zahlungsfrist für die Rechnung vom 1. Dezember 2016 endete am 15. Januar 2017. Dabei handelt es sich um einen Sonntag. Fällt der Zeitpunkt der Erfüllung oder der letzte Tag einer Frist auf einen Sonntag, so gilt als Erfüllungstag oder als letzter Tag der Frist der nächstfolgende Werktag (Art. 78 Abs. 1 OR). Die Beklagte befand sich somit ab dem 17. Januar 2017 in Verzug. 4. Fazit Anspruch 4 der Klägerin ist gutzuheissen. Die Forderung der Klägerin unter Anspruch 4 beläuft sich auf EUR 39'534.48 und GBP 7'230.81. Zusätzlich schuldet die Beklagte laufende Verzugszinsen auf EUR 39'534.48 und auf GBP 7'230.81 seit 17. Januar 2017.

- 101 - VI. Anspruch 5 der Klägerin: Restmengen aus Materiallieferungen 1. Übersicht Unter Anspruch 5 machte die Klägerin ursprünglich drei Forderungspositionen geltend, welche alle im Zusammenhang mit Materiallieferungen und -übergaben standen. Bei einem ersten Teil der Forderung geht es um Kabel, welche von der Klägerin aufgrund der Planung der Beklagten und entsprechend der damals aktuellen Kabelliste bestellt und geliefert worden seien und laut der Klägerin nachträglich wegen Planungsänderungen nicht haben verwendet werden können. Bei der zweiten und dritten Forderungsposition ging es um Material, welches die Beklagte bzw. ihre Subunternehmerin V._____ unerlaubt von der Klägerin bezogen haben sollen (act. 1 Rz. 530). Die zweite und dritte Forderung verlangt die Klägerin mit ihrer Replik nicht mehr (vgl. act. 27 Rz. 762 f.). Offen bleibt darum unter Anspruch 5 die Forderung hinsichtlich der Restkabel in Höhe von EUR 108'344.56 (exkl. MwSt.). Das Total der überzähligen Kabel beträgt nämlich EUR 121'044.81, wovon ein Verkaufserlös (minus Verkaufsaufwand) von EUR 12'700.25 abzuziehen ist (vgl. zur Höhe der Forderung act. 1 Rz. 530, Rz. 560 und Rz. 570). 2. Parteibehauptungen

E. 4

Verweis auf die BoQ

E. 4.1

Parteibehauptungen

E. 4.1.1

Die Klägerin führt aus, dass es sich bei den beiden beklagten Positionen "Site Facilities" und "Office Container" jeweils um einen Anteil der höheren Positionen "Site Facilities, exchange room and sanitary" und Arbeitsplätze ("working desk / per week") handle, welche die Beklagte an die Klägerin hätte zahlen müssen. Es habe sich nämlich bei letzteren um Leistungen der Klägerin gehandelt, bei welchen Teilleistungen – nämlich die "Site Facilities" und den "Office Container" – von der Beklagten bezogen worden seien. Entsprechend habe die Klägerin der Beklagten zwar als Gegenposition die vereinbarten Beträge geschuldet, dies aber unter der Voraussetzung, dass die Klägerin für die entsprechende Dauer ihre diesbezüglichen (höheren) Positionen, wie im Preisblatt vorgesehen, von der Beklagten vergütet erhalte (act. 1 Rz. 747). Die Klägerin anerkenne die Forderung unter dem Vorbehalt, dass auch ihre Gegenpositionen anerkannt würden (vgl.

act. 27 Rz. 1002).

E. 4.1.2

Die Beklagte macht geltend, die Klägerin verwende einen unzutreffenden Wechselkurs. Die Berechnung der Klägerin sei aber im Übrigen zutreffend (vgl. act. 18 Rz. 1000 ff.). Falsch und bestritten sei jedoch, dass der Anspruch an die Bedingung geknüpft gewesen sei, "dass die Klägerin für die entsprechende Dauer ihre diesbezüglich (höheren) Positionen vergütet" erhalte. Der Bestand des Anspruchs der Beklagten sei zu keinem Zeitpunkt an eine solche Bedingung geknüpft gewesen (act. 18 Rz. 1006). Anzuwenden sei ein Wechselkurs gemäss

- 159 - AK. _____ von 1.22070, womit die Forderung der Beklagten EUR 66'565.35 (GBP 54'523.65*1.22070, Anmerkung: Resultat der beklagtischen Rechnung: EUR 66'557.01) betrage (vgl. act. 37 Rz. 1286).

E. 4.2

Würdigung Nach Ansicht der Beklagten hat die Klägerin sämtliche Verzögerungen verursacht und folglich alleine zu einer längeren Bauzeit beigetragen. Die Beklagte substantiiert ihren Anspruch nicht einmal ansatzweise. Sie bestätigt einzig die Berechnung der Klägerin, welche in einer einfachen Multiplikation besteht. Die Beklagte äussert sich nicht mal zur Anspruchsgrundlage. Es ist unklar, ob sie diese Position im Sinne eines eigenen Remeasurements geltend macht oder, ob sie einen Verzugschaden geltend macht. Mit ihrer Betrachtungsweise, wonach die Klägerin alleine für die verlängerte Bauzeit verantwortlich ist, setzt sie sich nicht mit den zahlreichen Vorbringen der Klägerin auseinander, die indizieren, dass auch die Beklagte zur längeren Bauzeit beitrug. Es erschliesst sich nicht, weshalb die Klägerin der Beklagten sämtliche Kosten aufgrund einer längeren Bauzeit schulden sollte, wenn die Beklagte die längere Bauzeit mitverursachte. Selbst ohne entsprechende Behauptungen der Klägerin, müsste die Beklagte immer noch aufzeigen, weshalb der entstandene Aufwand zulasten der Klägerin gehen soll. Ergänzend ist auch auf die Erwägungen VIII.5 und VIII.6 zu den Positionen "Site Facilities" und "Arbeitsplätze" der Klägerin hinzuweisen. Die vorliegende Position ist gleichsam die spiegelbildliche Kostenposition zu den unter Anspruch 7 von der Klägerin verlangten Positionen. Die Klägerin erklärte sich darum auch bereit, diese Position der Beklagten zu akzeptieren, wenn auch die Beklagte ihre Positionen anerkennen würde. Diese Bedingung ist nicht eingetreten, macht doch die Beklagte vom klägerischen Angebot keinen Gebrauch. Eine Anerkennung der beklagtischen Position wie sie die Beklagten sehen will, besteht nicht. Der Anspruch ist abzuweisen.

- 160 -

E. 4.2.1

Die Klägerin macht mitwirkungsbedingten Aufwand geltend. Soweit ersichtlich stützt sie sich nicht auf die Remeasurement-Klausel. Zu Recht nicht, da die Klausel nicht auf die pauschalisierte Position anwendbar ist, sondern die Vereinbarung von Einheitspreisen voraussetzt. Zur Anwendung kommt Art. 374 OR (vgl. GAUCH, Werkvertrag, N 1337 i.V.m. N 785).

- 122 -

E. 4.2.2

Es stellt sich aber die Frage, ob die Klägerin den monatlichen Aufwand korrekt berechnet hat. Die Klägerin dividiert in einem ersten Schritt den vereinbarten Pauschalpreis für die hier relevante Position mit der vertraglich vorgesehenen Projektdauer von 4.5 Monaten (vgl. act. 1 Rz. 62 und act. 18 Rz. 162). Ungeachtet der Frage, ob die Berechnungsmethode der Klägerin ausreichend genau ist, stellt sie jedenfalls eine Preisfortschreibung dar. Eine solche setzt bei mitwirkungsbedingtem Mehraufwand eine Parteivereinbarung voraus. Liegt keine vertragliche Regel vor, wie der Preis für den Mehraufwand festzusetzen ist, ist auf Art. 374 OR zurückzugreifen (vgl. zum Ganzen REY, Pascal, a.a.O., N 1079 f.). Eine vertragliche Abmachung behauptet die Klägerin nicht. Das hat zur Folge, dass sie ihren Aufwand hätte behaupten müssen. Das wäre vorliegend auch möglich gewesen, musste die Klägerin die verschiedenen Werkzeuge doch vor Ort mieten. Entsprechend hätte sie die gemieteten Werkzeuge samt der Mietpreise behaupten können. Auf die weiteren Einwendungen der Beklagten braucht unter diesen Umständen nicht mehr eingegangen zu werden.

E. 4.3

Fazit Die Beklagte verlangt die Entschädigung von Aufwand, den die Klägerin unter umgekehrten Vorzeichen auch unter Anspruch 7 betreffend zwei Positionen beantragt. Die Positionen hängen zusammen. Die Beklagte legt ihren Anspruch aber nicht substantiiert dar. Auch geht sie fehl, wenn sie eine Anerkennung seitens der Klägerin annimmt. Der Beklagten steht kein Anspruch zu und folglich auch kein Recht auf Verrechnung. XII. Endresultat 1. Gutzuheissende Forderungen der Klägerin

E. 4.3.1

Die Beklagte bringt vor, die Parteien hätten im DoA eine Saldoklausel vereinbart. Erfasst von der Klausel seien sämtliche bis zum 27. April 2016 geltend gemachten Forderungen. Diese Forderungen dürfe die Klägerin deshalb nicht mehr klageweise durchsetzen.

E. 4.3.2

Eine Saldoklausel beinhaltet einen Vergleich (Urteile des Bundesgerichts 4A_523/2014 vom 12. Februar 2015, E. 4.2 und 4A_298/2014 vom 4. Dezember 2014, E. 3.1 und 3.4). Mit dem Vergleichsvertrag legen die beteiligten Parteien einen Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Zugeständnissen bei (BGE 132 III 737 E. 1.3, 130 III 49 E. 1.2). Haben die Parteien eine Saldoklausel vereinbart, ist zu prüfen, welches der Gegenstand bzw. Umfang der Saldoklausel ist (vgl. hierzu die Urteile des Bundesgerichts 4A_523/2014 vom 12. Februar 2015 E. 4.3, 4A_298/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 3, 4A_596/2014 vom 18. März 2015 E. 3). Dafür, wie für die Auslegung des Vergleichsvertrags überhaupt (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A_596/2014 vom 18. März 2015 E. 3.1 4A_298/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 3.4), ist nach Art. 18

- 74 - Abs. 1 OR zunächst massgebend, was die Parteien tatsächlich gewollt haben (Urteil 4A_539/2016 vom 6. März 2017 E. 8.3.1). Hat das Gericht einen wirklichen Willen nicht feststellen können, so sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien im Rahmen der objektivierten Vertragsauslegung aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 138 III 659 E. 4.2.1 mit weiteren Hinweisen). Das Ziel, einen Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis zu beenden, lässt sich regelmässig nur erreichen, wenn sämtliche mit dem Streit oder der Ungewissheit zusammenhängenden Fragen geregelt werden. Dieses

Anliegen ist bei der Auslegung zu berücksichtigen, auch wenn der Umfang einer vergleichswisen Beilegung von Streitigkeiten oder Meinungsverschiedenheiten unterschiedlich weit gezogen werden kann. Wenn daher Fragen nicht ausdrücklich geregelt sind, die in engem Zusammenhang mit den vergleichsweise beigelegten Meinungsverschiedenheiten stehen und deren Beantwortung sich zur Beilegung des Streits aufdrängt, darf in der Regel davon ausgegangen werden, dass sie von den Parteien mangels eines ausdrücklichen Vorbehalts nicht vom Vergleich ausgenommen werden sollten (Urteile des Bundesgerichts 4A_596/2014 vom 18. März 2015 E. 3.1, 4A_298/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 3.4). Bei der Auslegung des Vergleichsvertrags hat das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 126 III 119 E. 2c S. 121; Urteile des Bundesgerichts 4A_539/2016 vom 6. März 2017 E. 8.3.2, 4A_298/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 3.4).

E. 4.3.3

Die Saldoklausel lautet im Original wie folgt: "After the terms of this Deed of Agreement have been executed, the Parties shall have no claims whatsoever against each other relating to the Agreement and the claims presented". Für die Würdigung der Tragweite der Saldoklausel bereitet bereits der Einleitungssatz Schwierigkeiten: "After the terms of this Deed of Agreement have been executed [...]". Auf Deutsch lautet eine mögliche Übersetzung "Mit dem vollständigen Vollzug dieses Vergleichs [...]". Rechtlich handelt es sich um eine Bedingung. Die Saldoklausel greift erst, wenn bestimmte zukünftige, ungewisse Ereignisse – hier der vollständige Vollzug des Vergleichs – erfüllt sind.

- 75 -

E. 4.3.4

Welche Bedingungen genau gemeint sind bzw. wann ein vollständiger Vollzug des Vergleichs vorliegt, lässt sich aber nicht eindeutig sagen. Die Frage kann offen bleiben. Wie nachfolgend ersichtlich, erfasst die Saldoklausel die unterzeichneten COR nicht, selbst wenn die Klausel anwendbar wäre. Einzig bei drei nicht unterzeichneten COR, die grundsätzlich gutzuheissen wären, stellt sich die Frage, ob die Saldoklausel greift. Auf diese drei COR wird an gegebener Stelle eingegangen.

E. 4.4

Es stellt sich die Frage, ob die Klägerin mit ihrem Verweis auf die Honorarnoten den soeben skizzierten bundesgerichtlichen Anforderungen an einen Verweis in den Rechtsschriften auf Beilagen genügt. Die eingereichten Honorarnoten weisen einen Detaillierungsgrad auf, der es sicherlich erlaubt, die erbrachte Leistung in ihren Grundzügen nachzuvollziehen. Ersichtlich sind jeweils das Datum der Leistungserbringung, durch wen die Leistung erbracht wurde, die aufgewendete Zeit für die einzelnen Leistungen sowie eine kurze Beschreibung der Leistung. Die Honorarnoten sind klar und übersichtlich aufgebaut. Die Beschreibung der Leistung ist aber kurz und nähert sich eher einer stichwortartigen als einer erklärenden Beschreibung an. Es liegt aber auch keine unklare oder verwirrende Aufstellung der behaupteten Leistungen vor. Insofern ist nichts gegen einen Verweis auf die Beilagen einzuwenden und es rechtfertigt sich, die darin ersichtlichen Tatsachen zu würdigen.

- 142 -

E. 4.4.1

Die 17 unterzeichneten COR summieren sich auf EUR 75'943.48 (vgl. act. 1 Rz. 498, EUR 8'097.49 bereits bezahlt [3 COR]). Die Beklagte verweist zur Abwehr dieser 17 COR auf das DoA und die darin enthaltene Saldoklausel. Dieser Einwand überzeugt aber nicht. Wie im DoA festgehalten und auch von der Beklagten nicht bezweifelt, wollten die Parteien mit der Saldoklausel "claims presented" erfassen (vgl. act. 3/56: "[...] the Parties shall have no claims whatsoever against each other relating to the Agreement and the claims presented", Hervorhebung hinzugefügt). Es ging also um noch offene Forderungen, betreffend die noch keine Einigung erzielt werden konnte. Das trifft aber auf die Forderungen aus den unterzeichneten COR nicht zu. Hier hatten die Parteien bereits eine Einigung erzielt, was die Unterzeichnung durch die Beklagte gerade zum Ausdruck bringt. Hätten die Parteien auch diese Forderungen erfassen wollen, hätten sie festhalten müssen, dass sämtliche noch nicht bezahlte Forderungen – unabhängig von einer allfälligen Genehmigung – von der Saldoklausel erfasst sind. Der Beklagten hilft auch nicht weiter, dass Saldoklauseln in der Regel weit auszulegen sind. Denn Saldoklauseln schaffen Rechtssicherheit, indem sie offene Fragen, unklare Sachverhalte oder ganze Rechtsverhältnisse einer endgültigen Einigung zuführen. Die unterzeichneten COR erfüllen allerdings keines dieser Kriterien. Die Forderungen aus den unterzeichneten COR sind weder unklar noch strittig.

E. 4.4.2

Die Beklagte wendet weiter ein, die unterzeichneten COR seien von O._____ unterzeichnet und nicht von einem kaufmännisch Verantwortlichen der Beklagten wie vertraglich vorgesehen. O._____ sei als Electrical Supervisor on site nicht befugt gewesen, die COR gültig für die Beklagte zu unterzeichnen, weil er

- 76 - kein kaufmännisch Verantwortlicher gewesen sei (act. 18 Rz. 666). Mit diesem Einwand ist die Beklagte nicht zu hören: In den MoN war zwar vorgesehen, dass die COR von einem kaufmännischen Verantwortlichen der Beklagten zu visieren seien (vgl. act. 3/9 S. 7 "Extra work must be approved in writing by the Purchaser's commercial contact before execution of the work using the Change Order Request (COR) Form"). Erstens musste die Beklagte aber wissen, dass COR eingingen und O._____ diese unterzeichnete. Es wäre Sache der Beklagten gewesen, eine griffige Compliance sicherzustellen. Zweitens hat die Beklagte selbst in einer E-Mail von P._____ an die Klägerin diese aufgefordert, gemeinsam mit den Electrical Supervisors vor Ort – zu denen auch O._____ gehörte – nach Lösungen zu suchen (vgl. sogleich Erw. IV. 4.5.5). Sie verhält sich inkonsequent, wenn sie nun nachträglich auf die MoN verweist und auf deren wortwörtliche Einhaltung pocht.

E. 4.4.3

Die Unterzeichnung durch die Beklagte gilt als Genehmigung der COR. Die genehmigten 17 COR in Höhe von EUR 75'943.48 sind geschuldet. Es sind folgende 17 COR zu bezahlen: COR 43021, COR 43019, COR 43020, COR 43012, COR 43018, COR 43027, COR 43005, COR 43014, COR 43004, COR 43010, COR 43013, COR 43015, COR 43002, COR 42010, COR 43007, COR 43003 und COR 43001 (vgl. act. 1 Rz. 498).

E. 4.4.4

Die Beklagte hat 3 COR in Höhe von insgesamt EUR 8'097.49 bereits bezahlt (vgl. act. 1 Rz. 495; COR 43002, COR 43005 und COR 42010). Sie schuldet der Klägerin gestützt auf die 17 genehmigten COR noch EUR 67'845.99 (exkl. MwSt.).

E. 4.5

Damit steht aber noch nicht fest, ob die in den Beilagen ersichtlichen Tatsachen ausreichend substantiiert sind. Zu beachten ist, dass die Beklagte nicht die Auftraggeberin der klägerischen Rechtsvertretung ist. Allfällige Erleichterungen der Substanziierungslast, die wegen eines Auftragsverhältnisses denkbar sind, sind daher nicht anzunehmen, zumal im Auftragsverhältnis bereits die Unterscheidung zwischen ausser- und vorprozessualen Aufwand entfällt, was die Substanziierungspflichten weiter reduziert (vgl. auch Urteil 4A_459/2013 vom 22. Januar 2014, E. 5.2).

E. 4.5.1

Die Parteien sind sich darin einig, dass für Zusatzarbeiten vertraglich ein COR-Verfahren vorgesehen war. Gestützt auf dieses Verfahren hatte die Klägerin bei der Beklagten ein Gesuch einzureichen, wenn sie Zusatzarbeiten für nötig hielt. Ausführen durfte sie die Zusatzarbeiten erst nach Genehmigung der Arbeiten durch die Beklagte. Dabei waren die Gesuche an den Hauptsitz der Beklagten in Zürich zu senden, diese hätte sie dann unterzeichnet an die Klägerin zurück-

- 77 - senden müssen, womit die Arbeiten zur Ausführung freigegeben gewesen wären. Insofern besteht hinsichtlich der Auslegung der relevanten Vertragsbestimmung ein tatsächlicher Konsens der Parteien. Strittig ist jedoch, ob die vertragliche Regelung, wie sie im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestand, auch nach Projektbeginn weiterhin galt – also während der Leistungserbringung durch die Klägerin. Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe das vertraglich vorgesehene COR-Verfahren faktisch ausser Kraft gesetzt (act. 1 Rz. 240).

E. 4.5.2

Laut der Klägerin dauerte die Bearbeitung der COR durch die Beklagte zu lange, was zu spürbaren Verzögerungen auf der Baustelle geführt habe (act. 1 Rz. 236 ff.). Um solchen Verzögerung auf der Baustelle entgegenzuwirken, habe die Beklagte die Klägerin aufgefordert, sich stellende Probleme sogleich auf der Baustelle zu lösen, und zwar unabhängig von "commercial agreements" (vgl. act. 1 Rz. 483). Ausserdem habe die Beklagte im Laufe der Leistungserbringung die Bearbeitung der COR eingestellt und diese der Klägerin gar nicht mehr zurückgesandt (act. 1 Rz. 239 f.). Die Beklagte habe damit auf die Einhaltung des COR-Verfahrens verzichtet.

E. 4.5.3

Es bleibt bereits unklar, was die Klägerin anstelle des vereinbarten COR-Verfahrens zur Anwendung bringen will und als Grundlage für ihren Anspruch betrachtet. Denn stünde fest, dass das COR-Verfahren aufgehoben wurde, hiesse das in einem ersten Schritt nur, dass die Formalitäten des COR-Verfahrens nicht mehr Voraussetzung für die Vergütung der Zusatzarbeiten gewesen wären. Wie aber das konkrete Vorgehen hinsichtlich der Zusatzarbeiten dann ausgesehen hätte, stünde damit noch nicht fest. Insbesondere würde sich dann auch die Frage stellen, wie die Klägerin die Beklagte betreffend die Zusatzarbeiten überhaupt noch hätte involvieren wollen. Die Klägerin behauptet zwar, die Beklagte hätte nach Ausführung der Zusatzarbeiten Einwände erheben können (vgl. act. 27 Rz. 375, wo die Klägerin festhält, die Beklagte habe nie etwas gegen die Zusatzarbeiten eingewendet; vgl. auch Rz. 662). Es erschliesst sich aber nicht, welche Rechtswirkungen die Klägerin solchen nachträglichen Einwänden zugestanden hätte. Kernelement des COR-Verfahrens war jedenfalls vor allem die von der Klägerin bei der Beklagten

vorgängig einzuholende Genehmigung des Änderungsan-

- 78 - trags. Fällt dieser Genehmigungsprozess dahin, der sich nicht nur auf die Entschädigung, sondern auf die Zusatzarbeiten an sich bezog, scheidet die Beklagte faktisch aus dem Entscheidungsprozess betreffend die Zusatzarbeiten aus. Das liefe letztlich darauf hinaus, dass die Klägerin alleine hätte entscheiden dürfen, welche Zusatzarbeiten sie ausführen wollte. Offenbar zieht die Klägerin genau diesen Schluss. In der Regel setzen Zusatzarbeiten – Arbeiten also, die nicht in einem Werkvertrag vereinbart sind – entweder eine einseitige Bestellungenänderung von der Bestellerin oder eine vereinbarte Bestellungenänderung voraus, damit die Unternehmerin erfolgreich eine Vergütung durchsetzen kann (vgl. GAUCH, Peter, a.a.O., N 769 f.). Sowohl die einseitige Bestellungenänderung als auch eine vereinbarte Bestellungenänderung sowie auch die alleinige Entscheidungsmacht der Unternehmerin stellen eine Anpassung des Werkvertrages dar, für welche die Klägerin die Beweislast trägt. Fehlt es an einer vertraglichen Grundlage, so hat die Klägerin nicht bestellte Zusatzleistungen erbracht, für die gestützt auf den Werkvertrag in der Regel keine Vergütung geschuldet ist.

E. 4.5.4

Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe zahlreiche COR auf der Baustelle mündlich genehmigt und vorbesprochen (vgl. act. 27 Rz. 652, wo die Klägerin ausführt, die COR seien grossteils (welche?) bereits auf der Baustelle genehmigt worden, Rz. 655.1, Rz. 659, Rz. 660, wo die Klägerin zusätzlich erwähnt, die COR (welche?) seien teilweise wegen Behinderungen (welche?) auf der Baustelle notwendig gewesen; Rz. 665, wo die Klägerin etwas widersprüchlich festhält, im Normalfall (also nicht immer?) seien die Zusatzarbeiten vorbesprochen worden, wobei sie dann aber festhält, das gelte für sämtliche COR; vgl. auch act. 27 Rz. 374 f.). Dieses Vorbringen der Klägerin ist nicht stringent: Die Klägerin scheint von zwei unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen auszugehen. Zum einen behauptet sie auf der Baustelle getroffene mündliche Vereinbarungen mit welchen die Zusatzarbeiten vereinbart worden seien. Zum anderen erläutert sie, habe sie betreffend die Zusatzarbeiten auf den tatsächlich gelebten Ablauf vertrauen dürfen, macht also eine Art Vertrauenstatbestand geltend. Liegt aber eine mündliche Vereinbarung vor, braucht es keinen hinzutretenden Vertrauenstatbestand, um einen Anspruch zu begründen. Unklar bleibt, ob die Klägerin diese unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen gleichzeitig verwirklicht sieht, sie diese eventualiter

- 79 - geltend macht, oder ob sie für einige Zusatzarbeiten von einer mündlichen Vereinbarung und für andere von einem Vertrauenstatbestand ausgeht. Diese Unklarheit bleibt letztlich unbedeutend, da die Klägerin ihren Anspruch, was die nicht genehmigten COR anbelangt, nicht überzeugend darzulegen vermag. Die behaupteten mündlichen Vereinbarungen von Zusatzarbeiten, welche die Beklagte bestreitet (vgl. act. 37 Rz. 893), bleiben unsubstanziert und unbewiesen. Die Klägerin legt weder dar, welche COR genau auf der Baustelle mündlich vereinbart worden seien noch bezeichnet sie die involvierten Personen. Somit scheiden mündliche Vereinbarungen der Zusatzarbeiten als Grundlage für den klägerischen Anspruch aus, da nicht erstellbar.

E. 4.5.5

Auch eine ausdrückliche Änderungsvereinbarung vermag die Klägerin nicht überzeugend darzutun. P. _____ von der Beklagten forderte die Klägerin in seiner E-Mail vom 27. Mai 2016 zwar auf, sie solle Zusatzarbeiten unabhängig von den getroffenen Vereinbarungen

ausführen (vgl. act. 1 Rz. 483; "[...] if any of the CORs potentially relate to an impact on your Contractually agreed completion dates, then from your experience as competent Contractor and through co-ordination with K._____ Electrical Supervisors, you are expected to find a solution independent of commercial agreement."). Dass die Beklagte mit dieser Aufforderung darauf verzichten wollte, Zusatzarbeiten vor ihrer Ausführung gemeinsam mit der Klägerin zu vereinbaren, geht aus der E-Mail aber nicht hervor. Die Beklagte verlangt in der E-Mail ausdrücklich vor der Ausführung von Zusatzarbeiten eine Koordination mit der Beklagten ("[...] and through coordination with K._____ Electrical Supervisors [...]"). Insofern könnte man höchstens erwägen, dass die Beklagte das COR-Verfahren nicht mehr über den Sitz in Zürich laufen lassen wollte. Eine solche Koordination und Genehmigung vor Ort müsste die Klägerin aber immer noch für jeden einzelnen COR nachweisen.

E. 4.5.6

Somit stellt sich die Frage, ob die Parteien den Vertrag konkludent bzw. stillschweigend anpassten und neu vereinbarten, dass die Klägerin de facto selbstständig entscheiden durfte, welche Arbeiten sie für notwendig erachtete. Konkludent/stillschweigend bedeutet vorliegend, dass die Klägerin aufgrund des Verhaltens der Beklagten annehmen durfte, die Parteien hätten einen neuen mo-

- 80 - dus vivendi hinsichtlich der Zusatzarbeiten vereinbart. Es geht hier also um den Vertrauenstatbestand, den die Klägerin aus der gelebten Vertragswirklichkeit herleiten will.

E. 4.5.7

Laut der Klägerin ist auch bei den 17 genehmigten COR die Genehmigung durch die Beklagte in aller Regel erst nach Ausführung der Arbeiten erfolgt (vgl. act. 1 Rz. 497). Insbesondere habe die Klägerin auch die drei von der Beklagten bezahlten COR erst nach Ausführung der Zusatzarbeiten gestellt (act. 27 Rz. 368, Rz. 657). Nach dem 6. April 2016 habe die Beklagte die COR weitgehend nicht mehr behandelt und retourniert (act. 27 Rz. 370). Weiter habe die Beklagte die Arbeitsergebnisse jeweils akzeptiert, ohne jemals einzuwenden, sie habe die Zusatzarbeiten nicht genehmigt (act. 27 Rz. 375). Aus diesen Behauptungen konstruiert die Klägerin eine Anpassung des Vertrages, in die sie habe vertrauen dürfen. Eine konkludente/stillschweigende Vertragsanpassung – also gestützt auf das Verhalten der Parteien – setzt in der Regel ein eindeutiges (schlüssiges) Verhalten voraus, welches sich oft auch durch Beständigkeit – also über einen längeren Zeitraum gleichbleibend – auszeichnet.

E. 4.5.8

Vorweg ist festzuhalten, dass sämtliche COR, die nach dem 27. Mai 2016 von der Klägerin gestellt und nicht unterschriftlich von der Beklagten genehmigt wurden, keine Entschädigungspflicht der Beklagten auslösen, ausser die Klägerin vermag eine ausdrückliche Auftragserteilung nachzuweisen. Mit der bereits erwähnten E-Mail vom 27. Mai 2016 hatte die Beklagte erklärt, sie sei mit den bereits eingereichten, noch offenen COR nicht einverstanden. Ab diesem Zeitpunkt konnte die Klägerin nicht mehr annehmen, dass ihre Zusatzarbeiten durch eine stillschweigende Abrede mit der Beklagten gedeckt waren. Daran ändert auch nichts, dass die Beklagte die Klägerin aufforderte, sich stellende Probleme so gleich auf der Baustelle zu lösen, unbesehen von einem commercial agreement. Die Beklagte verlangte nämlich eine Koordination mit ihren Electrical

Supervisors vor Ort. Selbst wenn es vor dem 27. Mai 2016 zu einer Vertragsänderung hinsichtlich der Zusatzarbeiten gekommen wäre, hätte die Beklagte diese Übereinkunft einseitig aufheben können.

- 81 -

E. 4.5.9

Betreffend die COR, die vor diesem Zeitpunkt gestellt und noch nicht genehmigt wurden, vermag die Klägerin nicht überzeugend aufzuzeigen, dass die Parteien konkludent oder stillschweigend den Vertrag anpassten und damit die Klägerin berechtigten, generell frei über die Zusatzarbeiten zu entscheiden. Allein schon die Tatsache, dass 17 der eingereichten COR unterschriftlich bestätigt wurden, widerlegt die klägerische These vom erweckten Vertrauen in eine Anpassung des Vertrages. Dass ein Teil der COR von der Beklagten unterzeichnet wurden und ein Teil nicht, zeigt zwar, dass kein einheitliches Vorgehen der Parteien vorlag. Die Klägerin durfte deswegen aber nicht annehmen, die Beklagte genehmige stillschweigend oder konkludent sämtliche klägerseits ausgeführten Zusatzarbeiten. Die fehlende Reaktion der Beklagten auf mehrere COR genügt nicht, um eine Vertragsanpassung zu bejahen oder darin eine nachträgliche Genehmigung der Zusatzarbeiten zu sehen. Es hätte an der Klägerin gelegen, die offensichtlich bestehende Unklarheit betreffend die Ausführung der Zusatzarbeiten mittels Nachfragen bei der Beklagten zu beseitigen. Die Klägerin kann sodann nichts zu ihren Gunsten daraus ableiten, dass die Beklagte im Verlauf der Arbeiten aufhörte, überhaupt auf die COR zu reagieren. Vielmehr wäre dies Anlass gewesen, bei der Beklagten nach dem Grund zu fragen, stellt das doch auch nach dem eigenen Empfinden der Klägerin eine Veränderung des beklagtischen Verhaltens dar. Diese Veränderung des Verhaltens kann nicht als Einwilligung in sämtliche Zusatzarbeiten verstanden werden. Über die Gründe, weshalb die Klägerin hinsichtlich der Zusatzleistungen nicht auf eine klare Vereinbarung beharrte, lässt sich nur mutmassen. Die unterbliebene Regelung im Zusammenhang mit den nicht unterzeichneten COR ist vorliegend jedenfalls nicht der Beklagten vorzuwerfen.

E. 4.5.10

Die Klägerin bringt betreffend mehrere nicht unterzeichnete COR vor, diese seien von der Beklagten schriftlich in Auftrag gegeben worden, allerdings nicht in einem COR-Formular. Darauf ist nachfolgend einzugehen. Soweit die COR dabei nach dem 27. April 2016 in Auftrag gegeben wurden und die Voraussetzungen für eine Gutheissung erfüllt sind, sind sie von der Saldoklausel im DoA nicht erfasst, selbst wenn man diese für grundsätzlich anwendbar erklären würde. Denn mit der Saldoklausel regelten die Parteien, wie erwähnt, die bis zum 27. April 2016 strittig gebliebenen Forderungen.

- 82 -

E. 4.5.10.1

COR 43008: Die Klägerin verlangt eine Vergütung von EUR 2'677.35 (vgl. act. 1 Rz. 500 COR 43008). Sie macht eine Anweisung durch einen Mitarbeiter der Klägerin geltend (vgl. act. 27 Rz. 673). Die Beklagte bestreitet, einen Auftrag erteilt zu haben, die bereits installierten Kabeltrassen zu demontieren und neue Kabeltrassen zu installieren (vgl. act. 37 Rz. 900). Die Klägerin verweist auf eine E-Mail vom 10. Februar 2016. Darin schrieb Q._____ von der Klägerin an O._____ von der Beklagten und hielt fest, dass R._____ (Mitarbeiter der Beklagten) darum gebeten habe, die Kabeltrassen zu demontieren. Die

Klägerin würde anschliessend die Kabeltrassen wieder montieren, sobald er (gemeint ist R._____) mit dem "piping" fertig sei. Die E-Mail wurde in Kopie auch an R._____ gesendet. Das COR mit der Forderung wurde am 12. Mai 2016 (auch) an die Beklagte zugestellt (vgl. act. 3/164.05). Die Beklagte wusste somit, dass die Klägerin von einem Auftrag ausging. Die Klägerin teilte das klar mit und zwar auch den direkt involvierten Personen auf Seiten der Beklagten. Auch erhob die Beklagte keinerlei Einwände, als später die Klägerin diesen Auftrag in Rechnung stellte – weder gegen den Auftrag an sich noch gegen den mitgeteilten Leistungsumfang noch gegen die verlangte Vergütung. Die Klägerin verlangte dabei, soweit ersichtlich, erstmals am 12. Mai 2016 eine Vergütung des COR. Ob die Forderung aus diesem COR schon am 27. April 2016 zwischen den Parteien strittig war, geht weder aus den Rechtsschriften der Parteien noch aus den Akten hervor. Die Parteien schränkten die Saldoklausel auf claims presented ein. Sie erfassten nicht sämtliche möglicherweise aus einem Rechtsverhältnis entspringenden Forderungen. Es ist anzunehmen, dass die Beklagte erst recht interveniert hätte, wenn die Klägerin kurze Zeit nach Abschluss des DoA eine Forderung geltend gemacht hätte, die nach Auffassung der Beklagten offensichtlich von der Saldoklausel erfasst gewesen wäre. Damit ist aber anzunehmen, dass die Forderung erstmals nach dem 27. April 2016 geltend gemacht wurde und folglich wiederum offen bleiben kann, ob die Saldoklausel vorliegend überhaupt zur Anwendung kommt. Es ist von einem Einverständnis der Beklagten hinsichtlich der erbrachten Leistung und der verlangten Vergütung auszugehen. Die Beklagte schuldet demnach EUR 2'677.35.

- 83 -

E. 4.5.10.2

COR43039: Dieser COR wurde von der Beklagten nicht unterzeichnet, allerdings behauptet die Klägerin eine schriftliche Anweisung vom 27. April 2016 durch einen Mitarbeiter der Beklagten (vgl. act. 27 Rz. 678). Die Beklagte bestreitet die Instruktion nicht, macht aber geltend, dieser COR sei durch das DoA abgegolten. Ausserdem ist sie der Ansicht, dass die im COR beschriebene Leistung nicht substantiiert werde, insbesondere sei nicht ersichtlich, warum der Klägerin ein Mehraufwand von 30 Stunden für die Lieferung und Installation entstanden sein soll (vgl. act. 37 Rz. 905). Die Klägerin substantiiert in der Tat nicht, welche Leistungen sie konkret erbrachte. Aus der Instruktion der Beklagten, wonach die Klägerin "extra terminals in the Protection panel, Transformer panel and 11kv cubicles as necessary for all spare cores and spare cables [...]" installieren soll, lässt sich nicht ableiten, ob der Aufwand der Klägerin gerechtfertigt war. Die Klägerin liess der Beklagten jedoch – nach Erledigung der Zusatzarbeiten – einen COR zukommen und listete die geleisteten Arbeitsstunden auf (vgl. act. 3/164.10). Für die Arbeitsstunden im Rahmen von COR vereinbarten die Parteien in den MoN sodann einen Stundensatz (vgl. act. 3/9 S. 8). Die Beklagte reagierte, soweit ersichtlich, nicht auf die Anzeige der Klägerin. Insbesondere rekonstruierte sie nie gegen die geltend gemachte Entschädigung. Wenn die Beklagte aber der Klägerin einen Zusatzauftrag erteilt, die Klägerin diesen Zusatzauftrag erfüllt und hernach in Rechnung stellt und die Beklagte nie irgendwelche Einwände gegen die Abrechnung erhebt, dann hat die Beklagte die erbrachte Leistung und die Vergütung für diese Leistung akzeptiert. Der Hinweis der Beklagten auf das DoA hilft ihr sodann nicht weiter: Der Auftrag wurde am 27. April 2016 erteilt. Die Beklagte hätte hier nachweisen müssen, dass die Forderung bereits am 27. April 2016 strittig war und somit möglicherweise von der Saldoklausel erfasst. Das tut sie nicht, obschon sie es ist, die

Rechte aus der Saldoklausel ableitet. Sie beschränkt sich darauf zu bestätigen, dass die Instruktion am 27. April 2016 erfolgte (vgl. act. 18 Rz. 679). Die Klägerin hat somit Anspruch auf EUR 1'380.00 gestützt auf den COR 43039.

E. 4.5.10.3

COR43042: Die Klägerin macht auch für COR43042 einen schriftlichen Auftrag geltend. Sie führt aus, dass die Zusatzarbeit im Zusammenhang mit der Vorbereitung der Teilentladungsmessung beim Generator gestanden habe. Die

- 84 - Messung selber sei mit dem COR 42010 in Rechnung gestellt und von der Beklagten bezahlt worden. Für diese Teilentladungsmessung und damit natürlich auch die vorbereitenden Arbeiten liege eine vorgängige schriftliche Anordnung der Beklagten (S._____) vor (vgl. act. 27 Rz. 679). Die Beklagte bestreitet den Anspruch substantiiert (vgl. act. 37 Rz. 906). Die Vorbringen der Klägerin überzeugen nicht. Zwar liegt für COR42010 (bezahlt) eine schriftliche Auftragserteilung vor (vgl. act. 3/163.14), aber nicht für COR43042. Die Klägerin möchte COR43042 vom Auftrag für COR42010 erfasst wissen, weil COR43042 Vorbereitungsarbeiten für COR42010 betreffe. Es bleibt aber bei dieser Behauptung. In COR43042 wird zwar festgehalten, dass "in agreement with K._____, C._____ prepared and repulled cables at generators before the measurement [...]" (vgl. act. 3/164.11). Die Aussage stammt indes von der Klägerin, nicht von der Beklagten. Die Beklagte wendet ein, dass Vorbereitungsarbeiten für die Messung in COR42010 enthalten gewesen seien, was plausibel erscheint. Die Klägerin trifft die Beweislast, wobei das Beweismass des vollen Beweises gilt. Insgesamt vermag die Klägerin keinen ausdrücklichen Auftrag der Beklagten für COR43042 nachzuweisen.

E. 4.5.10.4

COR49002: Für COR49002 verlangt die Klägerin eine Entschädigung von EUR 1'380.00. Der COR sei mit E-Mail vom 4. August 2016 bestellt worden (vgl. act. 27 Rz. 681). Die Beklagte bestreitet den Anspruch (vgl. act. 37 Rz. 908). Aus der E-Mail vom 4. August 2016 geht der von der Beklagten erteilte Auftrag hervor (vgl. act. 3/164.13 S. 4). Es kann auf die Ausführungen zu COR43039 verwiesen werden (vgl. Erw. IV. 4.5.10.2). Die Beklagte erteilte einen Zusatzauftrag und wendete gegen die Abrechnung nichts ein. Die Beklagte schuldet gestützt auf COR49002 eine Entschädigung von EUR 1'380.00.

E. 4.5.10.5

COR45001: Mit COR45001 macht die Klägerin EUR 1'326.00 für unnütze Aufwendungen geltend. Nach erfolgter Arbeitsvorbereitung und Überprüfung von Kabelziehkarten sei eine Planungsänderung durch die Beklagte erfolgt (Wegfall eines Schaltschranks). Dies habe zu ungenutzten Restmaterialien und unnötigem Arbeitsaufwand (3.5 Stunden) auf der Baustelle geführt (act. 1 Rz. 500 COR45001). Die Beklagte bestreitet den Anspruch insbesondere mit dem Argu-

- 85 - ment, er sei unsubstantiiert (vgl. act. 37 Rz. 909). Die Klägerin verweist auf eine E-Mail vom 18. Mai 2016 mit welcher sie die Beklagte nach dem Standort eines Schaltschranks fragte. Die Beklagte antwortete gleichentags, dass der Schaltschrank nicht mehr vorgesehen sei. Die zugehörigen Kabelziehkarten könnten gelöscht werden (vgl. act. 3/164.14 S. 5). Im COR selbst hält die Klägerin folgendes fest: "After everything was planned by C._____ for setting some Cable pulling Card's in right Place, K._____ canceled this job during that the Cabinet [...]" (vgl. act. 3/164.14 S. 1). Es ist

wahrscheinlich, dass die Klägerin betreffend den weggefallenen Schaltschrank bereits Arbeit erbracht hatte; das folgt direkt aus den E-Mails. Das musste die Beklagte wissen. Angesichts dieser Sachlage darf die Beklagte nicht erst im vorliegenden Prozess die Forderung bestreiten und der Klägerin mangelnde Substanziierung vorwerfen. Die Klägerin sandte der Beklagten den COR eine Woche nach dem Ereignis zu. Dass der entstandene Aufwand in Form eines COR geltend gemacht werden darf, bestreitet die Beklagte nicht. Die Beklagte hätte bei der Klägerin intervenieren müssen, wenn sie der Ansicht war, dass der Aufwand nicht gerechtfertigt ist. Mit ihrem Schweigen, obwohl sie bestätigt hatte, dass der Schaltschrank nicht mehr geplant war, akzeptierte sie den geltend gemachten Aufwand. Die Beklagte schuldet der Klägerin gestützt auf COR45001 EUR 1'326.00.

E. 4.5.11

COR43041: Bei COR43041 macht die Klägerin eine mündliche Vereinbarung auf der Baustelle geltend, die gestützt auf eine E-Mail vom 12. Mai 2016 nachgewiesen werde (vgl. act. 27 Rz. 684 mit Verweis auf act. 3/164.16 S. 4). Der Klägerin ist nicht zu folgen: Die E-Mail wurde von T._____ an U._____ gesendet, beide Mitarbeiter der Klägerin. Dass mit O._____ der Electrical Supervisor der Beklagten die E-Mail in Kopie erhielt, genügt nicht, um eine Vereinbarung des COR nachzuweisen. Anders als bei den gutzuheissenden, nicht unterzeichneten COR liegt vorliegend keine dokumentierte Beauftragung durch die Beklagten vor. In der E-Mail wird U._____ aufgefordert, mit O._____ über einen COR zu reden. Gleichzeitig wird O._____ um Bestätigung gebeten ("@S._____: Please confirm"). Die Klägerin zeigt nicht auf und behauptet auch nicht, dass sie eine Bestätigung erhalten habe. Eine solche kann sie auch nicht durch die spätere Zusendung des COR an die Beklagte ersetzen. Der Anspruch ist abzuweisen.

- 86 -

E. 4.5.12

COR45029: Schliesslich behauptet die Klägerin auch betreffend COR45029 einen schriftlichen Auftrag (act. 27 Rz. 685). Die Klägerin verlangt EUR 1'104.00 (24 Stunden à EUR 46). Die Beklagte bestreitet den Anspruch insbesondere mit dem Argument, der COR sei von der Beklagten nicht unterzeichnet worden (vgl. act. 37 Rz. 912). Aktenkundig ist eine E-Mail vom 26. Mai 2016 der Beklagten mit welcher die Klägerin beauftragt wurde, gewisse Modifikationen an Kabeltrassen vorzunehmen (vgl. act. 3/164.17 S. 5). Soweit kann auf die Ausführungen zu den anderen nicht unterzeichneten COR verwiesen werden, die gleichwohl gutzuheissen sind. Im COR selbst sind aber lediglich 4 Stunden für Total EUR 184.00 aufgeführt. Die Klägerin führt hierzu aus, es habe sich hier um eine Schätzung gehandelt, der tatsächliche Aufwand habe sich auf 24 Stunden belaufen (vgl. act. 1 Rz. 500 COR45029). Um die 24 Stunden nachzuweisen verweist sie auf eine von ihr erstellte Excel-Tabelle. Das genügt nicht. Die eingereichte Tabelle allein vermag keinen entsprechenden Nachweis zu erbringen. Die Beklagte schuldet eine Vergütung für den COR, weil sie den Auftrag erteilte und auf den erhaltenen COR nicht reagierte und damit signalisierte, dass sie die aufgeführte Vergütung akzeptiere. Für nachträgliche Erhöhungen bleibt kein Raum, auch wenn die Klägerin nunmehr bemerkt, es habe sich um eine Schätzung gehandelt, als sie den COR an die Beklagte sendete. Die Klägerin führt auch nicht aus, wann genau sie der Beklagten den behaupteten finalen Aufwand mitgeteilt habe. Die Beklagte schuldet somit gestützt auf COR45029 noch EUR 184.00 (und nicht EUR

1'104.00).

E. 4.5.13

Zusammenfassend hat die Klägerin für die nicht unterzeichneten COR mit einem Wert von EUR 74'361.72 keinen Anspruch auf Vergütung. Für die nicht unterzeichneten COR 43008, COR 43039, COR 49002, COR 45001 und COR 45029 erhält die Beklagte total EUR 6'947.35 (exkl. MwSt.).

E. 4.6

Entscheidend ist insbesondere, ob die Honorarrechnungen es erlauben, zwischen ausserprozessualen und vorprozessualen Kosten zu unterscheiden. Ausserdem muss es möglich sein, gestützt auf die Honorarrechnungen die Frage nach der Angemessenheit des Aufwandes zu beantworten. Das ist nachfolgend anhand der Honorarrechnungen zu prüfen:

E. 4.6.1

Rechnung Nr. 9 vom 27. Oktober 2016 (act. 3/207.01):

E. 4.6.1.1

Betrachtet man die in den Honorarnoten ersichtlichen Bezeichnungen der Leistungen wird schnell klar, dass die Klägerin den geltend gemachten Schadenersatz nicht genügend substantiiert.

E. 4.6.1.2

So sind beispielsweise die Leistungen zwischen dem 27. September 2016 und dem 2. Oktober 2016 entweder vorprozessuale Leistungen oder sie lassen sich nicht einer Kategorie zuordnen. So gehören die Vertragsanalyse (30. September 2016), das Studium der Verträge (30. September 2016 und 2. Oktober 2016) und das Studium der Vertragsdokumente (1. Oktober 2016) zu den vorprozessualen Kosten. Sie sind unabdingbare Voraussetzung, um überhaupt eine Klageschrift verfassen zu können. Die Evaluation rechtlicher Möglichkeiten (2. Oktober 2016) lässt sich nicht eindeutig einer Kategorie zuordnen. Ebenso wenig das Studium der Korrespondenz, zumindest solange man die Korrespondenz nicht kennt. Dass es dabei in der Korrespondenz um rechtliche Beratung geht (vgl. act. 27 Rz. 965), ändert nichts. Ohne Kenntnis der Korrespondenz lässt sich weder eine Einordnung vornehmen noch kann die Angemessenheit des Aufwands geprüft werden. Wenn die Klägerin festhält, die Korrespondenz sei der Beklagten - 143 - ja bekannt (vgl. act. 27 Rz. 968), ist dagegen zu halten, dass auch das Gericht die Korrespondenz kennen muss. Gestützt auf Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO muss die Klage die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen enthalten. Die Korrespondenz muss also dort als Beweismittel angeboten werden, wo sie als Beweismittel relevant ist. Ein Zusammensuchen in den Beilagen der infrage kommenden Korrespondenz ist ausgeschlossen – und vorliegend ohnehin nicht möglich, da eine Verknüpfung zwischen Aufwand und Korrespondenz nicht einmal ansatzweise dargetan wird. Auch die umfangreiche Erstellung eines Memorandums lässt sich weder einer Kostenkategorie zuordnen noch lässt sich die Angemessenheit würdigen. Es genügt nicht zu behaupten, dass das Memorandum für die Klägerin gewesen sei (vgl. act. 27 Rz. 971). Es ist betreffend das Memorandum – mit Ausnahme der Bezeichnung – nichts bekannt.

E. 4.6.1.3

Als ausserprozessuale Kosten kämen die Aufwände im Zusammenhang mit der von der Beklagten verlangten Dokumentation infrage (3. Oktober 2016, act. 3/207.01). Abschliessend beurteilen lässt sich das aber nicht, denn es wird nicht gesagt, um welche Dokumentation es geht. Auch wird nicht dargetan, was die Leistungen im Zusammenhang mit der Dokumentation gewesen sind, was es verunmöglicht, die Leistungen einer Kostenkategorie zuzuordnen oder ihre Angemessenheit zu prüfen. Auch wäre die Notwendigkeit aufzuzeigen. Da die offenbar von der Beklagten verlangte Dokumentation unbekannt ist, lässt sich nicht sagen, ob die Beauftragung der Rechtsvertretung notwendig war. Von einer Vertragspartei darf grundsätzlich erwartet werden, dass sie ohne anwaltliche Unterstützung versteht, welche Dokumentation sie vertraglich schuldet; das gehört gleichsam zu ihrer vertraglich geschuldeten Leistung. Soweit es um Einwände der Beklagten gegen die offerierte Dokumentation gehen sollte, wären die Leistungen wiederum genauer darzulegen gewesen.

E. 4.6.2

Die weiteren Honorarrechnungen der Klägerin (act. 3/207.02-11):

E. 4.6.2.1

Bei den weiteren Honorarrechnungen zeigt sich kein anderes Bild als bei der Honorarrechnung vom 27. Oktober 2016. Wiederum wirkt sich die voraussetzende, aber von der Klägerin unterlassene thematische Unterscheidung zwischen ausserprozessualen und vorprozessualen Kosten zu Ungunsten der Klägerin aus.

Ausserdem stellen sich auch hinsichtlich der Frage der Angemessenheit die identischen Probleme, wie sie soeben aufgezeigt wurden. Allein gestützt auf die Honorarnoten ist es kaum möglich, die ausserprozessualen Kosten aussondern. Wegen der (rechtlichen) Unterscheidung zwischen ausser- und vorprozessualen Anwaltskosten gehen die klägerischen Hinweise auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 400 OR fehl (vgl. act. 27 Rz. 968 mit Verweis auf die Urteile des Bundesgerichts, 4A_459/2013 vom 22. Januar 2014, E. 5.2 sowie 4A_238/2016 vom 26. Juli 2016, E. 2.2.2). Bei einem Streit um das Honorar zwischen Auftraggeber und Beauftragtem spielt die Unterscheidung zwischen ausser- und vorprozessualen Kosten keine Rolle. Wenn die Klägerin sodann der Beklagten vorwirft, diese bestreite den Anspruch nicht genügend (vgl. z.B. act. 27 Rz. 968), ist sie damit nicht zu hören: Die Beklagte konnte aufgrund der klägerischen Darstellung gar nicht substantiiert bestreiten.

E. 4.6.2.2

Exemplarisch können die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Abklärung betreffend die Vorwürfe der Beklagten hinsichtlich der Kabellängen genannt werden (vgl. act. 27 Rz. 973). Es ist anzunehmen, dass es hierbei vor allem um die Stichproben der Beklagten ging. Genau diese Thematik wird von den Parteien unter Anspruch 1 ausführlich diskutiert. Die thematische Nähe zum Prozess ist offensichtlich. Soweit die Klägerin sodann auf zahlreiche Schreiben hinweist, um aufzuzeigen, dass es um eine äusserst umfangreiche Korrespondenz ging (vgl. act. 27 Rz. 965), lassen sich die dort angegebenen Schreiben nicht einer bestimmten Aufwandposition in den Honorarrechnungen zuordnen. Ohnehin geht es nicht an, auf längere Schreiben zu verweisen, ohne näher auf den Inhalt einzugehen (z.B. act. 3/135 ist ein 11-seitiges Schreiben, in welchem unter anderem die Vertragsstrafe angesprochen wird, welche auch im vorliegenden Prozess Thema ist). Das Gericht muss nicht in mehrseitigen Schreiben

nach Ausführungen suchen, die möglicherweise ausserprozessualen Aufwand begründen könnten.

E. 4.6.2.3

Dementsprechend kann darauf verzichtet werden, jede einzelne Honorarrechnung gesondert zu würdigen.

E. 4.6.3

Einzugehen ist allerdings auf den Aufwand im Zusammenhang mit dem Take over certificate:

- 145 -

E. 4.6.3.1

Die Klägerin verweist auf die Korrespondenz im Zusammenhang mit dem Take over/Take over certificate (vgl. act. 27 Rz. 961; act. 3/142–144). Mit Verweis auf act. 3/144 behauptet die Klägerin, beim "Entwurf Schreiben" vom 9.5.2017 in der Honoraraufstellung gehe es um den Entwurf eines Schreibens an die Beklagte im Zusammenhang mit dem Take over/Take over certificate. Das entworfenen 5-seitige Schreiben sei schliesslich am 11. Mai 2017 an die Beklagte versandt worden, zusammen mit einem Entwurf des Take Over Certificate (vgl. act. 27 Rz. 973). Laut der Beklagten gehört das Take Over Certificate zur Prozessthematik (vgl. act. 37 Rz. 1255).

E. 4.6.3.2

In den Honorarrechnungen lässt sich erstmals am 3. Mai 2017 Aufwand feststellen, welcher im Zusammenhang mit dem Take Over Certificate steht (vgl. act. 3/207.10). Die Beilagen act. 3/142 und 3/143 betreffen ein Schreiben vom 29. März 2017 und eine E-Mail der Klägerin vom 29. März 2017. Demnach geht es um Aufwand vor Mai 2017, weshalb dieser Aufwand vorliegend nicht relevant ist, da erst ab 3. Mai 2017 Aufwand im Zusammenhang mit dem Take Over Certificate ersichtlich ist. Die Beilage act. 3/144 ist ein Schreiben vom 11. Mai 2017 der Klägerin an die Beklagte. Für den Entwurf des Schreibens und des zugehörigen Schreibens sowie damit zusammenhängender Korrespondenz macht die Klägerin einen Aufwand von 18 Industriestunden geltend. Im Schreiben werden zehn Standpunkte der Klägerin festgehalten (vgl. act. 3/144). Die Punkte 1–5 betreffen direkt Themen, die auch Prozessthema sind. So wird in Punkt 5 der DoA angesprochen. In Punkt 6 geht es, soweit ersichtlich, um die Abnahme der Werkleistungen, aber auch um strittige Forderungen zwischen den Parteien (diese gehören wiederum zum Prozess). Die Klägerin zeigt auch nicht auf, inwiefern die Aufwendungen der klägerischen Rechtsvertreter notwendig waren. Das gilt insbesondere auch für die verbleibenden Punkte 7–10, die unter anderem Tatsachen betreffen, die (teilweise) auch im vorliegenden Prozess vorgebracht werden oder mit dem Final Milestone Invoice zusammenhängen. Zusammenfassend vermag die Klägerin weder aufzuzeigen, dass es sich um ausserprozessualen Aufwand handelt noch – falls man gleichwohl ausserprozessualen Aufwand annähme –, dass es sich um notwendigen Aufwand gehandelt hat, der den Beizug der Rechtsvertreter rechtfertigt.

- 146 -

E. 4.6.4

Die Beklagte erhebt mehrere Einwände (vgl. act. 37 Rz. 917), die allesamt nicht überzeugen:

E. 4.6.4.1

Nicht zielführend ist das Argument, es handle sich bei den Timesheets nicht um die vertraglich vorgesehenen Change Order Requests (COR). Es ist der Beklagten selbstverständlich als Bestellerin auch erlaubt, Zusatzarbeiten in anderer Form als mit den COR-Formularen zu genehmigen. Entscheidend ist, ob ein genügender Nachweis für die Genehmigung vorhanden ist. Dass das COR-Formular Voraussetzung für die Gültigkeit der Auftragserteilung gewesen sei, kann aus der gelebten Vertragswirklichkeit nicht abgeleitet werden.

E. 4.6.4.2

Der Einwand, dass O. _____ (Electrical Supervisor on site) kein kaufmännischer Verantwortlicher der Beklagten und daher nicht zur Genehmigung von Beststellungsänderungen befugt gewesen sei, wurde bereits andernorts verworfen (vgl. Erw. IV. 4.4.2).

E. 4.6.4.3

Nicht zu hören ist die Beklagte, wenn sie behauptet, die Timesheets seien nicht vor Ausführung der behaupteten Zusatzarbeiten unterzeichnet worden. Die Beklagte als Bestellerin durfte die Zusatzaufträge auch nachträglich genehmigen, was übrigens erst recht das Argument entkräftet, es sei die Form nicht eingehalten worden, da die Formvorschrift, wenn überhaupt, einzig für vorgängige Genehmigungen gelten kann. Damit hilft auch der Hinweis auf die angeblich ungenügende Substanziierung des Anspruchs nicht weiter; zumal die Beklagte die Leistung genehmigt hat.

E. 4.6.4.4

Sodann behauptet die Beklagte, dass die Timesheets im Gegensatz zu den COR keine Preise enthalten würden. Das ist zutreffend. Die Klägerin macht für den COR 43022 einen Stundenpreis à EUR 46 und für den COR 43006 einen solchen von EUR 46 und von EUR 74.13 geltend (vgl. act. 27 Rz. 688). Die Parteien haben in den MoN Stundenpreise für COR-Zusatzarbeiten vereinbart (vgl. act. 3/9, S. 8). Beide von der Klägerin verwendeten Stundenansätze sind dort ersichtlich. Die Beklagte macht denn auch nicht geltend, die Klägerin habe die falschen Stundenansätze verrechnet, sondern nur, es seien keine Preise ersichtlich. Dem ist nicht zu folgen.

E. 4.6.5

Die erbrachten Zusatzleistungen sind auch im nicht genehmigten Umfang gutzuheissen. Die Beklagte bestreitet die beiden Forderungen gesamthaft. Für

- 89 - den Eventualfall, dass der genehmigte Anteil gutgeheissen wird, führt sie nichts Weitergehendes aus.

E. 4.6.6

Zusammenfassend sind auch die zwei teilweise genehmigten COR wie beantragt zuzusprechen. Die Klägerin hat gestützt auf die COR 43022 und COR 43006 eine Forderung von EUR 5'305.45 (exkl. MwSt.) gegen die Beklagte.

E. 4.7

Fazit Zusammenfassend vermag die Klägerin den ihr angeblich entstandenen ausserprozessualen Aufwand nicht aufzuzeigen. Die Darstellung der Klägerin fusst auf der unzutreffenden Annahme, die Abgrenzung zwischen ausser- und vorprozessualen Aufwand sei nach zeitlichen Kriterien vorzunehmen – konkret gestützt auf den Zeitpunkt, als entschieden wurde, eine Klage einzureichen. Die Abgrenzung muss aber thematisch erfolgen: Die Vorfrage lautet, welcher Aufwand von der Parteientschädigung gedeckt ist und folglich nicht ausserprozessual sein kann. Der Anspruch 9 der Klägerin ist abzuweisen.

- 147 - XI. Gegenforderungen der Beklagten: 1. Übersicht Die Beklagte will drei Forderungen mit den klägerischen Forderungen verrechnen (vgl. act. 18 Rz. 61–63): (1) Eine Konventionalstrafe von EUR 422'901.30 (act. 18 Rz. 980 ff.); (2) EUR 13'825.00 für die behauptete Budgetüberschreitung betreffend die Gerüstungen «Scaffolding» (act. 18 Rz. 991 ff.); (3) EUR 66'565.35 für die angeblich nicht korrekt abgerechnete Position «Welfare Charges» (act. 18 Rz. 1000). 2. Die Konventionalstrafe in Höhe von EUR 422'901.30

E. 4.8

Mehrwertsteuer

E. 4.8.1

Die Klägerin macht gestützt auf die von ihr unter Anspruch 3 verlangte Gesamtforderung von EUR 149'155.06 eine Mehrwertsteuer von GBP 27'280.30 geltend (vgl. act. 27 Rz. 691; Forderung von EUR 149'155.06, 20% MwSt. = EUR 29'831.01 zum Kurs 1.0935). Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerin Anspruch auf Mehrwertsteuer habe, da die Klägerin keinen Mehrvergütungsanspruch für zusätzliche Leistungen (COR) habe (vgl. act. 37 Rz. 923).

E. 4.8.2

Wie gesehen, hat die Klägerin einen solchen Anspruch, weshalb die Beklagte mit ihrer Bestreitung der Mehrwertsteuer nicht zu hören ist. Ausgehend von der gutzuheissenden Forderung von EUR 80'098.79 beträgt die Mehrwertsteuer EUR 16'019.76 (Mehrwertsteuersatz von 20%). Die Beklagte bestreitet den von der Klägerin verwendeten Wechselkurs nicht (vgl. act. 37 Rz. 919 ff., vgl. auch act. 27 Rz. 557 i.V.m. act. 37 Rz. 696 f.). Es ist somit der von der Klägerin verwendete Wechselkurs von 1 GBP = EUR 1.0935 massgebend, was eine geschuldete Mehrwertsteuer von GBP 14'649.98 ergibt.

- 90 -

E. 4.9

Verzugszins

E. 4.9.1

Die Klägerin verlangt aufgelaufenen Verzugszins für den Zeitraum bis zum 30. November 2017 von EUR 9'224.92 und GBP 1'687.23 (20% MwSt. = EUR 1'844.98 zum Kurs von 1.0935), sowie laufender Zins zu 5% auf EUR 149'155.06 und GBP 27'280.30 seit 30. November 2017 (vgl. act. 27 Rz. 691). Der Verzugszins beginne gestützt auf einen vertraglichen Verfalltag 45 Tage ab Rechnungsdatum der jeweiligen COR, wobei sie insgesamt 4 Rechnungen gestellt habe (vgl. act. 1 Rz. 503 f.; act. 27 Rz. 689). Da die Klägerin nur einen Teil der von ihr beantragten Forderung zugesprochen erhält, ist der Verzugszins neu zu berechnen.

E. 4.9.2

Die Beklagte bestreitet auch unter Anspruch 3, dass in den MoN ein Verfall- tag vereinbart gewesen sei. Wie unter Anspruch 1 aufgezeigt, war der unbenutzte Ablauf der Zahlungsfrist indes verzugsauslösend (vgl. Erw. II. 13.2 ff.).

E. 4.9.3

Die Beklagte bestreitet den Verzugszins – abgesehen vom bereits verwor- fenen Einwand, die vertragliche Zahlungsfrist von 45 Tage habe bei unbenutztem Verstreichen keinen Verzug zur Folge – einzig damit, dass der Klägerin keine Forderung zustehe und darum kein Verzugszins geschuldet sei (vgl. act. 37 Rz. 922). Für den Eventualfall, dass doch eine Forderung der Klägerin resultiert, stellt die Beklagte keine Behauptungen auf.

E. 4.9.4

Weil die Klägerin nicht die Vergütung für sämtliche COR erhält, sind die gutzuheissenden COR (vgl. Erw. 4.4.3 und Erw. 4.6.6) den einzelnen Rechnun- gen zuzuordnen, um die Laufzeit des Verzugszinses zu erstellen. Die Klägerin bezeichnet mehrere Rechnungen, welche die einzelnen COR enthalten (vgl. act. 1 Rz. 504 sowie zugehörige Beweisofferten). Es kann darauf verzichtet wer- den, einen Teil der laufenden Zinsen als aufgelaufene Zinsen auszuweisen, wie es die Klägerin in ihren Rechtsschriften tat. Es sind die laufenden Zinsen zu be- stimmen.

- 91 -

E. 4.9.4.1

COR 43002, COR 43005 und COR 42010 wurden bereits bezahlt (vgl. act. 1 Rz. 504, act. 3/151.02 und act. 3/151.09).

E. 4.9.4.2

COR 43001, COR 43003, COR 43004, COR 43007, COR 43012, COR 43013, COR 43014, COR 43015, COR 43018, COR 43019, COR 43020 und COR 43027 wurden mit Rechnung vom 12. April 2016 in Rechnung gestellt. Ihr addierter Wert beträgt EUR 66'328.00 (vgl. act. 3/151.05). Die Klägerin verlangt Verzugszins ab 27. Mai 2016. Das ist der letzte Tag der Zahlungsfrist. Demnach schuldet die Beklagte Verzugszins zu 5% auf EUR 66'328.00 seit 28. Mai 2016.

E. 4.9.4.3

COR 43008, COR 43010, COR 43021, COR 43022, COR 43006, COR 43039, COR 45001, COR 45029 und COR 49002 im Wert von EUR 13'770.79 wurden mit Rechnung vom 10. Oktober 2016 in Rechnung gestellt (vgl. act. 3/151.18 inkl. Appendix). Die Klägerin verlangt Verzugszins ab 24. November 2016. Das ist der letzte Tag der Zahlungsfrist. Demnach schuldet die Beklagte Verzugszins zu 5% auf EUR 13'770.79 seit 25. November 2016.

E. 4.9.5

Die Beklagte schuldet auch Verzugszins auf die Mehrwertsteuer. Auch die- ser Verzugszins ist anhand der Rechnungen aufzuteilen:

E. 4.9.5.1

Rechnung vom 12. April 2016: Die Summe der COR beträgt EUR 66'328.00. Die Mehrwertsteuer von 20% beträgt EUR 13'265.60. Umgerech- net mit dem unbestrittenen

gebliebenen Wechselkurs der Klägerin ergibt das eine Mehrwertsteuer von GBP 12'131.32. Die Beklagte schuldet demnach Verzugszins zu 5% auf GBP 12'131.32 seit 28. Mai 2016.

E. 4.9.5.2

Rechnung vom 10. Oktober 2016: Die Summe der COR beträgt EUR 13'770.79. Die Mehrwertsteuer von 20% beträgt EUR 2'754.16. Umgerechnet mit dem unbestritten gebliebenen Wechselkurs der Klägerin ergibt das eine Mehrwertsteuer von GBP 2'518.66. Die Beklagte schuldet demnach Verzugszins zu 5% auf GBP 2'518.66 seit 25. November 2016.

- 92 - 5. Fazit

E. 5

Substanziierung der Preisanpassung gestützt auf die BoQ

E. 5.1

Parteibehauptungen

E. 5.1.1

Bei der Position 5.04 bzw. 70.5.004 aus dem Leistungsverzeichnis (Preisblatt, Beilage 15) mit der Bezeichnung "Site Facilities, exchange room and sanitary" gehe es um Einrichtungen für die klägerischen Mitarbeiter und Subunternehmer auf der Baustelle. Die Klägerin habe diese Einrichtungen grundsätzlich stellen müssen, weshalb hierfür die Klägerin gemäss Preisblatt von der Beklagten mit EUR 14.00 pro Manntag auf der Baustelle zu entschädigen gewesen sei. Da Einrichtungen wiederum von der Beklagten gemietet worden seien, gebe es für einen

- 123 - Betrag von maximal GBP 6.00 pro Manntag eine Gegenposition der Beklagten. Gestützt auf die MoN seien die tatsächlichen Mengen massgeblich. Gemäss der eigenen Abrechnung der Beklagten seien bis zur Beendigung des Projektes seitens der Klägerin 6'187 Manntage auf der Baustelle angefallen. Diese Zahl von Manntagen (gemäss Aufstellung der Beklagten) sei das Ergebnis der von der Beklagten verursachten Verzögerungen und Ineffizienzen gewesen. Damit ergebe sich für die vorliegende Position, basierend auf der vereinbarten Vergütung von EUR 14.00 pro Manntag, ein von der Beklagten geschuldeter Betrag von EUR 86'618 exkl. MwSt. (6'187 Manntage x EUR 14). Davon in Abzug zu bringen sei der im Preisblatt bereits erwähnte und deshalb auch im Ausmass bereits verrechnete Betrag von EUR 28'013.12, womit sich der Forderungsbetrag auf EUR 58'604.88 (exkl. MwSt.) belaufe. Unter der Voraussetzung, dass diese Position vollumfänglich anerkannt werde, sei die Klägerin bereit, die von der Beklagten diesbezüglich geltend gemachte Gegenposition "Welfare charges" / "Site Facilities" in Höhe von EUR 40'238.66 (GBP 36'223.65 umgerechnet in EUR) verrechnungsweise zu akzeptieren. Damit habe die Klägerin einen Anspruch von netto EUR 18'366.22. Zuzüglich 20 % Mehrwertsteuer belaufe sich der Anspruch auf EUR 22'039.46 (vgl. act. 1 Rz. 637 ff.).

E. 5.1.2

Die Beklagte bestreitet die Forderung der Klägerin mit dem Argument, die Parteien hätten für diese Position einen Pauschalpreis vereinbart. Die klägerische Behauptung, die 6'187 Manntage seien das Ergebnis der angeblich von der Beklagten verursachten (bestrittenen) Verzögerungen und Ineffizienzen, sei zum einen völlig unsubstanziert und zum anderen falsch. Die 6'187 Manntage würden sich auf die gesamte Projektdauer beziehen und stünden

in keinem Zusammen- hang zu den angeblichen (bestrittenen) Verzögerungen und Ineffizienzen. Die Klägerin verkenne, dass sie für eine schlüssige Begründung des angeblichen Mehraufwandes konkret darlegen müsste, dass, warum und in welchem Ausmass zusätzliche Manntage unter der Position «Site Facilities, exchange room and sanitary» als Folge der angeblich durch die Beklagte verursachten Verzögerungen und Ineffizienzen notwendig gewesen sein sollen. Die pauschale Behauptung, die 6' 187 Manntage wären das Ergebnis der angeblich von der Beklagten verursach- ten Verzögerungen und Ineffizienzen, vermöge den Substantiierungsanforderun- - 124 - gen bei weitem nicht zu genügen (act. 18 Rz. 873 ff.). Ausserdem greife sowohl der Change Order 1 als auch die Saldoklausel des DoA.

E. 5.2

Würdigung

E. 5.2.1

Die Klägerin stützt sich auch für diese Position auf die vertragliche Remea- surement-Klausel (vgl. act. 27 Rz. 862), wobei sie ihren Anspruch als Vergütung für mitwirkungsbedingten Aufwand versteht (vgl. act. 1 Rz. 639). Mitwirkungsbe- dingter Aufwand löst eine Vergütungspflicht der Bestellerin aus, wenn diese nicht oder nicht rechtzeitig bei der Ausführung des Werkes mitgewirkt hat. Die Klägerin unterscheidet weiter nicht klar zwischen Einheitspreisen und Pauschalpositionen. Sie nimmt unter Anspruch 7 grundsätzlich Pauschalpositionen an (vgl. act. 27 Rz. 836).

E. 5.2.2

Die Klägerin beziffert den entstanden Mehraufwand auf EUR 86'618 exkl. MwSt. Dieser Betrag ergibt sich, wenn man die während der Bauzeit angefallenen man/days mit dem Preis pro Tag multipliziert. Davon zieht die Klägerin den im Vo- rausmass angenommenen Aufwand von EUR 28'013.12 ab. Die Klägerin unter- stellt damit, dass jede Verzögerung, die jemals auf der Baustelle eingetreten sei, jeder entstandene Mehraufwand auf der Baustelle, von der Beklagten verursacht wurde.

E. 5.2.3

Gegen den klägerischen Anspruch spricht bereits, dass die Parteien als Recheneinheit sogenannte man/days vereinbarten, wobei die Klägerin diese Ein- heit nicht näher definiert. Die relevanten Angaben müssen aber in der Rechts- schrift gemacht werden.

E. 5.2.4

Die vorliegende Position betrifft keine eigentliche Leistung, sondern erfasst Aufwand, der in Erfüllung der eigentlichen Werkvertragsleistungen angefallen ist. Der Aufwand lässt sich nicht einer bestimmten Leistungsposition im Leistungsver- zeichnis zuordnen; er ist vielmehr abhängig von der Anzahl der eingesetzten Ar- beitnehmer und auch von der Dauer der Vertragserfüllung. Die Bemessung der Position hängt nun entscheidend davon ab, dass die Klägerin ihren Leistungs- mehraufwand nachweisen könnte. Zu behaupten und nachzuweisen wäre der

- 125 - aufgrund des Mehraufwands kausal verursachte Einsatz von Mehrpersonal sowie (falls relevant) die kausal verursachte Verlängerung der ursprünglich angenom- menen Bauzeit. Erst wenn der Mehraufwand der Klägerin im Zusammenhang mit der Erfüllung der Einzelleistungen bekannt wäre, könnte auch die vorliegende Po- sition bemessen und den

Parteien zugeordnet werden. Vorliegend ist nicht einmal eine Schätzung der Position möglich. Denn der Klägerin gelingt es nicht ihren Mehraufwand nachzuweisen, weshalb es bereits nicht möglich ist, eine aus diesem Mehraufwand folgende Verzögerung des Bauprojekt zu eruieren oder den Einsatz von Mehrpersonal kausal einzugrenzen. Entsprechend lässt sich auch die vorliegende Position nicht bemessen. Daran würde auch eine Beweiserleichterung im Sinne von Art. 42 OR nichts ändern.

E. 5.3

Fazit Der Anspruch der Klägerin ist abzuweisen. Die Klägerin vermag ihren behaupteten mitwirkungsbedingten Mehraufwand nicht nachzuweisen. Die Kenntnis des Mehraufwands ist aber Voraussetzung für die Bemessung der vorliegenden Position. Ohne diese Kenntnis lässt sich die Position nicht ermitteln, selbst wenn man eine Beweiserleichterung im Sinne von Art. 42 OR anwenden würde. 6. Vergütung für Mehraufwand bei der Position Arbeitsplätze

E. 6

Bestreitung durch die Beklagte

E. 6.1

Parteibehauptungen

E. 6.1.1

Bei der Position 5.05 bzw. 70.5.005 aus dem Leistungsverzeichnis (Preisblatt, Beilage 15) mit der Bezeichnung "working desk / per week" gehe es ebenfalls um Einrichtungen – nämlich Arbeitsplätze – für die klägerischen Mitarbeiter und Subunternehmer auf der Baustelle. Weil auch diese Einrichtungen grundsätzlich von der Klägerin zu stellen gewesen seien, sei hierfür die Klägerin gemäss Preisblatt von der Beklagten mit EUR 82 pro Arbeitsplatz und Woche zu entschädigen gewesen. Da für die Arbeitsplätze Einrichtungen (Containers) von der Beklagten gemietet worden seien, gebe es für einen Teilbetrag von maximal GBP 25.00 pro Arbeitsplatz und Woche eine Gegenposition der Beklagten. Gemäss der eigenen Abrechnung der Beklagten seien bis zur Beendigung des Pro-

- 126 - jektes seitens der Klägerin 732 Arbeitsplätze (abgerechnet pro Woche) gestellt worden. Damit ergebe sich für die vorliegende Position, basierend auf der vereinbarten Vergütung von EUR 82 pro Arbeitsplatz und Woche, ein von der Beklagten geschuldeter Betrag von EUR 60'024 exkl. MwSt. (732 Arbeitsplätze x EUR 82). Davon in Abzug zu bringen sei der im Preisblatt bereits erwähnte und deshalb auch im Ausmass bereits verrechnete Betrag von EUR 18'220.13, womit sich der Forderungsbetrag auf EUR 41'803.87 (exkl. MwSt.) belaufe. Unter der Voraussetzung, dass diese Position vollumfänglich anerkannt werde, sei die Klägerin bereit, die von der Beklagten diesbezüglich geltend gemachte Gegenposition "Welfare charges" / "Office Containers" in Höhe von EUR 20'328.37 (GBP 18'300 umgerechnet in EUR) verrechnungsweise zu akzeptieren. Damit verbleibe ein Anspruch der Klägerin von netto EUR 21'475.50. Zuzüglich 20% Mehrwertsteuer resultiere eine Forderung der Klägerin gegenüber der Beklagten von EUR 25'770.60 (act. 1 Rz. 641).

E. 6.1.2

Die Beklagte verweist auf den vereinbarten Pauschalpreis. Bei den von der Klägerin erwähnten EUR 82.00 pro Arbeitsplatz pro Woche handle es sich lediglich um die dem Pauschalpreis zugrundeliegende (interne) Kalkulationsgrundlage, weshalb die Klägerin ihren (bestrittenen) Mehrvergütungsanspruch nicht darauf abstützen könne (act. 18 Rz. 878). Sodann bestreitet sie, dass der Preisanpassungsmechanismus auf diese Position anwendbar sei. Ebenso wenig seien die eingetretenen Verzögerungen der Beklagten vorzuwerfen. Die 732 Arbeitsplätze stünden in keinem Zusammenhang zu den angeblichen (bestrittenen) Verzögerungen und Ineffizienzen. Die Klägerin verkenne, dass sie für eine schlüssige Begründung des angeblichen Mehraufwandes konkret darlegen müsste, warum und in welchem Ausmass sie zusätzliche Arbeitsplätze als Folge der angeblich durch die Beklagte verursachten Verzögerungen und Ineffizienzen stellen musste. Wiederum verweist die Beklagte auch auf den Change Order 1 und auf den DoA (act. 18 Rz. 879 ff.).

E. 6.2

Würdigung und Fazit

E. 6.2.1

Die Rechtslage betreffend die Position Arbeitsplätze ist mutatis mutandis identisch mit derjenigen betreffend die vorhergehende Position "Site Facilities,

- 127 - exchange room and sanitary". Um Wiederholungen zu vermeiden, kann auf die dortigen Erwägungen, die auch hier analog zur Anwendung kommen, verwiesen werden.

E. 6.2.2

Der Klägerin steht unter dieser Position keine Forderung von EUR 41'803.87 (exkl. MwSt.) zu. 7. Vergütung für Mehraufwand bei der Position "Health and Safety"

E. 6.3

Die Einwände der Beklagten lassen sich wie folgt zusammenfassen: (1) Die BoQ würden nicht zum Beweis des Remeasurement-Anspruchs taugen. (2) Weiter möchte sie anhand eigener Stichproben aufzeigen, dass die behaupteten Leistungen der Klägerin unzutreffend sein müssen. (3) Die Klägerin habe weniger Kabel verlegt als in der ursprünglichen Offerte vorgesehen, weshalb es nicht sein

- 22 - könne, dass sie Anspruch auf eine Mehrvergütung habe. Die zu verlegende Kabelmenge sei im Laufe des Bauprojekts mehrmals verringert worden, was die Parteien in sogenannten "Revisionen" festgehalten hätten.

E. 7

Der erste Einwand der Beklagten: BoQ als Ausmassurkunde

E. 7.1

Parteibehauptungen

E. 7.1.1

Die Klägerin sei vertraglich verpflichtet gewesen, Massnahmen im Bereich der Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz zu ergreifen und zu diesem Zweck insbesondere einen "Health and Safety Instructor" (= Verantwortlicher für Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz) auf der Baustelle einzusetzen, sofern eine bestimmte Anzahl von Mitarbeitern vor Ort gewesen sei. Die Kosten für diese Massnahme sei ebenfalls Teil des

Leistungsverzeichnisses (Preisblatt) gewesen. Gemäss Position 5.07 bzw. 70.5.007 des Leistungsverzeichnisses habe die Beklagte der Klägerin hierfür eine Vergütung von EUR 86'662.98 geschuldet. Bei der Berechnung des aufgeführten Betrages sei die Klägerin davon ausgegangen, dass der Verantwortliche für Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz insgesamt nicht mehr als 100 Tage auf der Baustelle sein würde. Dies habe angemessen erschienen, da 100 Mann-Tage ungefähr einer Einsatzdauer von 4.5 Monaten entsprechen würden. Auf einer Baustelle gehe man von 10 Arbeitsstunden pro Tag aus, somit entsprächen 100 Mann-Tage 1'000 Arbeitsstunden. Wenn man den im Leistungsverzeichnis aufgeführten Preis von EUR 86'662.98 entsprechend durch die Anzahl der geplanten Stunden teile, ergebe dies einen Stundenansatz von EUR 86.66. Entgegen den dargelegten Annahmen der Klägerin habe der "Health and Safety Instructor" – verursacht durch die Beklagte – viel länger als geplant auf der Baustelle verbleiben müssen. Aus den Zeitnachweisen für den "Health and Safety Instructor" würden sich insgesamt 1'620 geleistete Stunden ergeben, d.h. ein Mehraufwand von 620 Stunden. Auch dieser Mehraufwand sei direkt kausal durch die von der Beklagten verursachten Projektverzögerung verursacht. Unter Anwendung des durchschnittlichen Stundenansatzes von EUR

- 128 - 86.66 ergebe sich eine Forderungssumme von EUR 53'729.20 (620 Stunden * EUR 86.66). Zuzüglich 20 % Mehrwertsteuer resultiere eine Forderung von EUR 64'475.04 (act. 1 Rz. 645).

E. 7.1.2

Die Beklagte macht einen Pauschalpreis geltend. Die von der Klägerin dargelegte Kalkulation, welche dem Pauschalpreis von EUR 86'622.98 exkl. MwSt. zugrunde liegen soll, sei völlig unsubstanziert und werde bestritten. Insbesondere die behaupteten 100 Arbeitstage bzw. 1000 Arbeitsstunden des Health and Safety Instructors seien weder nachvollziehbar noch überprüfbar. Entsprechend sei auch der behauptete Stundenansatz von EUR 86.66 unsubstanziert. Es werde bestritten, dass die Klägerin für das streitgegenständliche Projekt insgesamt 1'620 Arbeitsstunden im Bereich «Health and Safety» erbracht habe. Es bleibe insbesondere unklar, welche Leistungen der Safety Inspector an den aufgeführten Arbeitstagen konkret erbracht und für welches Projekt er überhaupt gearbeitet haben soll (act. 18 Rz. 884 f.).

E. 7.2

Würdigung Die Klägerin vermag abermals nicht substantiiert darzulegen, inwiefern die Mehrstunden nötig und angemessen waren. Auch müsste die Klägerin ihren Aufwand rechtsgenügend behaupten und nachweisen – und nicht anhand der für die Pauschalposition vertraglich vereinbarten Preis einen nicht überprüfbaren Stundenansatz herleiten. Ohnehin spielt es aber keine Rolle, ob die Stunden unter dem Titel "Remeasurement-Klausel" oder "mitwirkungsbedingter Mehraufwand" geltend gemacht werden. Beide setzen voraus, dass die Leistung auch inhaltlich beschrieben wird; ergänzend ist auf die Erwägungen, namentlich zu Anspruch 6, zu verweisen. Wiederum kann die Frage offen bleiben, ob die von der Klägerin eingereichten Beweise tauglich wären. 8. Position "Insurance"

E. 7.2.1

Die Parteien haben vertraglich nicht geregelt, wie eine Preisanpassung gestützt auf die Remeasurement-Klausel geltend zu machen ist. Insbesondere haben sie nicht vereinbart,

dass eine Preisanpassung ausschliesslich gestützt auf bestimmte Unterlagen erfolgen kann oder ein bestimmtes Zusammenwirken voraussetzt. Im Vertrag ist der Passus "Any request for price adjustment must be fully substantiated with supporting documentation" entscheidend (vgl. act. 3/9 S. 2, Hervorhebung hinzugefügt). Die Klägerin bringt zwar vor, der Satz sei auf den Anspruch 1 nicht anwendbar, sondern beziehe sich auf eine andere Art der Preisanpassung. Die klägerische Ansicht vermag sich aber einzig auf ein systematisches Argument zu stützen, welches erst noch wenig überzeugend ist. Der Satz

- 24 - ist dem zweiten Absatz der Preisanpassungsbestimmung angehängt, wo es um eine Preisanpassung aufgrund behördlicher Vorgaben geht. Dagegen spricht aber bereits der Vertragswortlaut: Die Parteien sprechen auch bei der hier einschlägigen Preisanpassung von einem adjustment des Preises ("[...] Net Total Price amount shall be adjusted with the third milestone payment [...]"). Eine Einschränkung auf nur bestimmte Arten von adjustments ist nicht ersichtlich. Sodann hält der Vertrag fest, dass "Any request for price adjustment [...]" (Hervorhebung hinzugefügt) erfasst wird. Dass also nur Preisanpassungen erfasst werden, die aufgrund behördlicher Vorgaben nötig sind, lässt sich ebenso wenig sagen. Auch erscheint es naheliegend, dass sämtliche Preisanpassungen "fully substantiated with supporting documentation" behauptet werden müssen. Die Klägerin legt jedenfalls keine überzeugenden Gründe dar, weshalb das nur für Preisanpassungen aufgrund behördlicher Anordnungen gelten soll.

E. 7.2.2

Ein tatsächliches Verständnis, wie die Parteien den Satz verstanden, lässt sich nicht feststellen und ist auch von keiner Partei genügend behauptet. Auch im Rahmen der objektiven Auslegung lässt sich keine vertraglich vereinbarte Vorgehensweise feststellen, anhand welcher Dokumente eine Preisanpassung erfolgen kann. Der Vertrag regelt nicht, anhand welcher Unterlagen und gestützt auf welches allfällige Zusammenwirken der Parteien eine Preisanpassung möglich ist. Mit den Worten "supporting documentation" wird zunächst die Selbstverständlichkeit ausgedrückt, dass eine blosser Behauptung nicht ausreicht, um eine Preisanpassung zu erwirken. Erforderlich sind Unterlagen, die die Preisanpassung stützen und nachvollziehbar machen. Spezifischeres lässt sich dem Vertrag nicht entnehmen. Wie die Unterlagen aufgebaut sein müssen, welche Informationen sie enthalten müssen und ob eine Mitwirkung der Parteien bei der Erstellung der Unterlagen Voraussetzung ist, bleibt offen. Letztlich ist das im Bauwesen übliche Verständnis entscheidend. Im Bauwesen kommt den Ausmassurkunden im Hinblick auf die Bemessung der erbrachten Leistungen eine zentrale Bedeutung zu. Die Frage lautet also, ob die BoQ Ausmassurkunden sind.

- 25 -

E. 7.3

Die BoQ als Ausmassurkunden

E. 7.3.1

Die Beklagte behauptet, vertraglich sei ausgeschlossen worden, dass die BoQ Ausmassurkunden darstellen könnten. Die BoQ würden in Wirklichkeit Monthly Progress Reports darstellen. In Ziffer 11.4 der General Conditions sei präzisiert geregelt, dass den Monthly Progress Reports keine Bedeutung im Zusammenhang mit anderen Vertragsbestimmungen zukomme (vgl. act. 18 Rz. 48). Die Klägerin hält dafür, dass es sich

bei den BoQ um Ausmassurkunden handelt.

E. 7.3.2

Ziffer 11.4 der General Conditions hält fest, dass "no Progress Report shall constitute a notice for the purposes of any other Clause in the Contract" (vgl. act. 3/13 S. 14). Die Klägerin legt überzeugend dar, dass es sich bei den BoQ nicht um Monthly Progress Reports handelt. Dagegen spricht schon die Bezeichnung als BoQ und nicht als Monthly Progress Reports. Insbesondere erfüllen aber die BoQ nicht die Definition der Monthly Progress Reports in den General Conditions. Gemäss Ziffer 11.3 der General Conditions müssen die Monthly Progress Reports eine detaillierte Beschreibung des Leistungsstandes (inkl. einer zugehörigen Fotodokumentation), einschliesslich des Leistungsstandes der Subunternehmer, die Nennung möglicher Probleme, der vom Unternehmer zu ergreifenden Massnahmen und eines detaillierten Ausblicks auf die weiteren (künftigen) Leistungen enthalten (vgl. act. 27 Rz. 88; act. 3/13 S. 14).

E. 7.3.3

Weiter finden sich in den Beilagen Unterlagen, die laut der Klägerin als Progress Reports dienten. Diese weisen eine andere Darstellung als die BoQ auf (vgl. act. 27 Rz. 91 mit Verweis auf act. 19/25 und act. 19/27). Die Beklagte bestreitet zwar, dass es sich bei den genannten Beilagen um Progress Reports handle (act. 37 Rz. 134). Vielmehr handle es sich um Progress Lists. Als Beweis offeriert sie jedoch act. 19/25, bezeichnet als "Progress Report vom 12. Februar 2016". Die Beklagte zeigt nicht auf, weshalb die Progress Reports einmal scheinbar unter der Bezeichnung BoQ und ein anderes Mal als Progress Reports/Progress Lists zirkulierten. Auffallend ist in diesem Zusammenhang, dass in den General Conditions von Progress Reports die Rede ist, während die Beklagte von Monthly Progress Reports spricht.

- 26 -

E. 7.3.4

Auch aus der Korrespondenz zwischen den Parteien ist zu schliessen, dass beide Parteien die BoQ als Ausmassurkunden betrachteten: Mit E-Mail vom 2. September 2016 bat die Klägerin die Beklagte, ihr die ausstehenden, noch nicht unterzeichneten "Ausmasse" zeitnah zukommen zu lassen (vgl. act. 3/148). Die Beklagte antwortete mit E-Mail vom 6. September 2016, dass "[t]he C._____ bill of quantity sheets August are on my desk and partially signed. For the rest I have to do some checks on site. For those checks, C._____ as built drawings of the cable tray are required. I will hand-over the already signed documents to L._____ and sign the remaining ones as soon as I had a change (sic!) to check the submitted documents from C._____ against on site condition" (vgl. act. 3/148). Die Beklagte verstand also im September 2016 die Nachfrage nach den Ausmassen als Nachfrage nach den BoQ. Es ergibt sich demnach, dass die Parteien die BoQ tatsächlich als Ausmassurkunden verstanden. Damit scheidet der beklagte Hinweis auf Ziffer 11.4 der General Conditions als taugliches Argument gegen die BoQ als Ausmassurkunden aus, denn die Ziffer bezieht sich einzig auf die Progress Reports, nicht auf die hier zu würdigenden BoQ. Irrelevant ist sodann, ob die BoQ gleichzeitig auch Grundlage für die fortlaufende Rechnungsstellung durch die Klägerin waren. Warum es sich bei den BoQ deswegen nicht um Ausmassurkunden handeln sollte, erschliesst sich nicht.

E. 7.3.5

Die Beklagte bringt weiter vor, die Klägerin habe die BoQ selbst nicht als Ausmassurkunden verstanden, sondern die darin ersichtlichen Angaben als bloss provisorische Grössen betrachtet, die dann gestützt auf tatsächliche Messungen definitiv festzusetzen gewesen wären (act. 18 Rz. 50; act. 37 Rz. 148). Sie weist hierfür auf das klägerische Schreiben vom 5. August 2016, mit welchem die Klägerin erstmals eine Preisanpassung geltend gemacht habe (vgl. act. 3/101). Im Schreiben heisst es nach der Auflistung der in Rechnung gestellten Leistungspositionen "[p]lease note, that the figures above only have indicating character as an estimate as per 31 July 2016 and that the final figures will be based on quantities actually measured" (act. 3/101 S. 4, Hervorhebung hinzugefügt). Die Klägerin führt hierzu aus, dass am 5. August 2016 das Gesamtausmass noch nicht feststehen können, weil die Arbeit auf der Baustelle noch nicht vollständig abgeschlossen gewesen sei. Aus diesem Grund habe die Klägerin am 5. August 2016

- 27 - nur eine Schätzung des Gesamttotals abgeben können (act. 27 Rz. 97). Auf den oben hervorgehobenen Satz geht die Klägerin in ihren Rechtsschriften nicht ein. Sie bestreitet aber, dass die Zahlen in den BoQ bloss Schätzungen gewesen seien. Bei diesen handle es sich um die tatsächlichen Ausmasse, die dann auch Grundlage für die As-Built-Dokumente gewesen seien. Letztere seien einzig Zusammenfassungen der BoQ. Die Beklagte antwortete auf das Schreiben vom 5. August 2016 mit Schreiben vom 8. August 2016. Darin forderte sie die Klägerin auf, die "Final BoQs" einzureichen, damit die Beklagte die Zahlen im Schreiben vom 5. August 2016 prüfen könne (vgl. act. 3/102 S. 1, "Please provide your Final BoQs in order, for us to assess these three figures", Hervorhebung hinzugefügt). Nach dem Wortlaut der beiden Schreiben scheint es zunächst so, dass beide Parteien annahmen, es müsse noch eine Messung der erbrachten Leistungen erfolgen und erst dann würden die endgültigen BoQ mit den massgebenden Leistungen feststehen. Ein solches Verständnis des klägerischen Schreibens vom 5. August 2016 ginge indes fehl. Dagegen spricht zunächst der Verlauf der Rechnungsstellung (vgl. act. 1 Rz. 397). Aus diesem ist ersichtlich, dass nach dem 5. August 2016 zahlreiche BoQ noch gar nicht in Rechnung gestellt worden waren. Das Gesamtausmass stand noch nicht fest. Auffallend ist auch, dass im Schreiben vom 5. August 2016 stets runde Zahlen genannt werden (namentlich EUR 3'350'000.00 für die Mengen nach BoQ). Die Klägerin teilte in ihrem Schreiben vom 5. August 2016 einzig eine erste Schätzung (eine erste Anzeige der Preisanpassung) mit. Mit dem Vorbehalt, die endgültigen Mengen müssten sich auf tatsächliche Messungen stützen, zeigt die Klägerin einzig auf, dass noch nicht sämtliche Ausmasse vorlagen. Die Zahlen standen für die Grössenordnung der zu erwarteten Preisanpassung; die endgültigen Zahlen wären erst später zusammengestellt worden.

E. 7.3.6

Gegen die Annahme der Beklagten, die BoQ seien keine Ausmassurkunden, weil bloss provisorisch, spricht auch ein weiteres Argument: Nach dem Verständnis der Beklagten hätte ihr die Klägerin nach Beendigung ihrer Arbeiten die final BoQ übergeben sollen. Die Beklagte hätte dann anhand der erhaltenen BoQ die Leistung der Klägerin überprüft. Ein anderer Ablauf, um die Leistungen zu prüfen, wäre nach diesem Verständnis nicht denkbar. Es erscheint aber bereits aus-

- 28 - geschlossen, dass die Leistung der Klägerin nach Beendigung der Arbeiten mit der von der Beklagten nunmehr verlangten Präzision (Substanziierung) hätte festgestellt werden können. Folgt man den Ausführungen der Parteien zu den technischen Eigenschaften der klägerischen Leistungen, drängt sich der Schluss auf, dass eine genaue

und umsetzbare Messung nur fortlaufend – dem Baufortschritt folgend – erfolgen konnte. Wie eine nachträgliche Messung der Leistungen ausgesehen hätte, legt die Beklagte denn auch nicht dar.

E. 7.3.7

Schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass die Beklagte selbst ausführt, dass die Klägerin mit Schreiben vom 5. August 2016 überhaupt keinen konkreten Anspruch gestellt, sondern sich einen solchen lediglich vorbehalten habe (vgl. act. 18 Rz. 397). Sich etwas vorbehalten heisst aber gerade, dass die nächsten Schritte noch nicht definitiv feststehen – und sich die Zahlen noch ändern können.

E. 7.3.8

Zusammenfassend stellen die BoQ Ausmassurkunden dar. Dem Einwand der Beklagten ist nicht zu folgen.

E. 7.4

Das anwendbare Beweismass

E. 7.4.1

Steht fest, dass die BoQ nicht bloss provisorische Ausmasse enthalten, stellt sich die Frage, ob die Klägerin ihren Anspruch gestützt auf die BoQ nachweisen kann. Massstab für den Nachweis der Leistungen ist das anwendbare Beweismass.

E. 7.4.2

Nach dem bundesrechtlichen Regelbeweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Ausnahmen von diesem Regelbeweismass der vollen Überzeugung ergeben sich einerseits aus dem Gesetz; andererseits wurden sie durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet. Danach wird insbesondere eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet, wo ein strikter Beweis nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist und insofern eine "Beweisnot" besteht (BGE 132 III 715 E. 3.1; BGE 130 III 321 E. 3.2 S. 324 mit Hinweisen). Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn

- 29 - für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen. Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist wiederum von der Glaubhaftmachung abzugrenzen. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 140 III 610, S. 612 f. E. 4.1; BGE 132 III 715 E. 3.1 S. 720; BGE 130 III 321 E. 3.3 mit Hinweisen).

E. 7.5

Vorliegend beurteilt sich der Nachweis des klägerischen Anspruchs nach dem Regelbeweismass. Nachfolgend ist deshalb zu fragen, ob das Gericht von den klägerseits gestützt auf die BoQ aufgestellten Behauptungen überzeugt ist.

E. 7.6

Die Klägerin reicht insgesamt 124 BoQ ein. Die BoQ Nr. 1–99 wurden von der Beklagten unterzeichnet; die BoQ 100–124 wurden von der Beklagten nicht an die Klägerin zurückgesandt (vgl. act. 1 Rz. 379; act. 27 Rz. 78). Laut der Klägerin weisen die BoQ ihren Anspruch nach, unabhängig davon, ob sie von der Beklagten unterzeichnet wurden oder nicht. Die Beklagte entgegnet, dass selbst dann, wenn die BoQ von ihr unterzeichnet seien, keine Anerkennung der Richtigkeit der BoQ vorliege.

E. 7.7

Die unterzeichneten BoQ

E. 7.7.1

Die gegenseitige Anerkennung des Ausmasses begründet eine tatsächliche Vermutung für die Richtigkeit der in den Urkunden anerkannten Ausmasse. Für die Entkräftung einer tatsächlichen Vermutung genügt der blosse Gegenbeweis. Ein Beweis des Gegenteils ist nicht nötig (vgl. GAUCH, Peter, *Der Werkvertrag*, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, N 921; BRAZEROL, Roman, *Der Einheitspreis im Bauwerkvertrag* (= Band 38, Beiträge aus dem Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht), Zürich/Basel/Genf 2019, N 270). Mit dem Gegenbeweis erweckt eine Prozesspartei beim Gericht erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Sachbehauptungen, die Gegenstand des Hauptbeweises bilden. Für das Gelingen des Gegenbeweises ist erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird - 30 - und damit die Sachbehauptungen nicht mehr als überwiegend wahrscheinlich erscheinen (vgl. BGE 133 III 81, S. 89 E. 4.2.2; BGE 130 III 321, S. 326 E. 3.4).

E. 7.7.2

Die Zusammenstellung der Mengen in den BoQ stellen zunächst eine reine Behauptung der Klägerin dar. Mit der Kenntnisnahme durch die Beklagte und der späteren Unterzeichnung der BoQ ändert sich allerdings ihr Beweiswert. Die Unterzeichnung stellt eine Einverständniserklärung dar. Mit ihr wird zum Ausdruck gebracht, dass die mitgeteilten Daten zur Zeit der Unterschrift als korrekt betrachtet werden. Es liegt also eine tatsächliche Vermutung für die Richtigkeit der BoQ vor. Die Beklagte erhebt gegen einzelne Positionen verschiedene Einwände, auf die später einzugehen ist. Soweit aber keine Einwände geltend gemacht werden, ist von der Richtigkeit der – unterschriftlich bestätigten – Positionen auszugehen und diese sind der Klägerin zuzusprechen.

E. 7.8

Die nicht unterzeichneten BoQ

E. 7.8.1

Im Vergleich zu den unterzeichneten BoQ lassen sich zwei Unterscheidungsmerkmale ausmachen: Zum einen die fehlende Unterzeichnung durch die Beklagte, zum anderen hat die Beklagte die BoQ nie der Klägerin zurückgesandt. Die Klägerin behauptet eine Mitwirkungspflicht der Beklagten betreffend die Feststellung der Mengen. Vertraglich ist keine solche Pflicht vereinbart. Das Werkvertragsrecht begründet nicht ohne weiteres eine Pflicht, zugesandte Unterlagen fortlaufend zu prüfen und zu unterzeichnen – vielmehr ist die Feststellung des Ausmasses den Parteien überlassen. Aus der fehlenden Unterschrift können also per se keine nachteiligen Rechtsfolgen zulasten der Beklagten abgeleitet werden.

E. 7.8.2

Daraus folgt die Frage, ob die Klägerin bei der Beklagten hätte nachfragen müssen, um den Grund der Nichtunterzeichnung zu erfahren, bzw., welche Beweiskraft den nicht unterzeichneten BoQ zukommt, wenn die Klägerin nicht auf eine Unterzeichnung bestand, aber gleichwohl ihre Leistung weiterhin erbrachte? Die Unterzeichnung durch beide Parteien ist eine Möglichkeit, um einer gemeinsamen Anerkennung Ausdruck zu verleihen. Rechtlich spielt aber die Form der Anerkennung keine Rolle. Entscheidend ist die Wertung, ob eine Anerkennung, in welcher Form auch immer, vorliegt. Davon ist auszugehen, wenn ein anderes

- 31 - Verhalten der Beklagten vorliegt, das an Stelle der fehlenden Unterzeichnung treten kann. Das Verhalten muss geeignet sein, eine Vertrauenslage zu schaffen, die der Unterzeichnung der BoQ gleichzusetzen ist. Zu fordern ist ein Verhalten der Beklagten, das bei der Klägerin die berechtigte Erwartung weckte, die Beklagte stimme den mitgeteilten Angaben zu. Eine solche Erwartungshaltung ist dann zu bejahen, wenn die Klägerin annehmen durfte, die Beklagte sei mit dem Inhalt der noch nicht unterzeichneten BoQ einverstanden, oder sie würde nun zeitnah zu den noch nicht unterzeichneten BoQ Stellung nehmen und/oder es seien noch bloss Formalitäten offen.

E. 7.8.3

Aktenkundig ist eine – bereits erwähnte – E-Mail vom 2. September 2016 der Klägerin, in welcher sie die Beklagte bat, ihr die noch nicht unterzeichneten BoQ unterschrieben zukommen zu lassen (vgl. 3/148). Die Beklagte antwortete auf diese E-Mail, sie habe mehrere der BoQ bereits unterzeichnet, sie brauche aber noch bestimmte Unterlagen von der Klägerin. Sie werde dann aber der Klägerin die unterzeichneten BoQ übermitteln (vgl. act. 3/148 "The C. _____ bill of quantity sheets August are on my desk and partially signed"). Bereits beim ersten Lesen der E-Mail entsteht der Eindruck, die Beklagte erhebe keine Einwände gegen die noch nicht unterzeichneten BoQ. Offen seien bloss noch gewisse Formalitäten. Dass die Beklagte sich auf den Standpunkt stellte, die Ausmasse seien unzutreffend und sie darum die Unterschrift verweigere, geht aus der E-Mail erst recht nicht hervor. Die E-Mail wurde sodann am 6. September 2016 versandt, also kurz nachdem die Klägerin am 2. September 2016 ihre Arbeiten beendet hatte (vgl. act. 27 Rz. 99 und act. 3/148). Die Klägerin durfte annehmen, die Beklagte würde ihr die BoQ demnächst unterzeichnet übermitteln. Denn bis anhin hatte die Beklagte die BoQ stets unterzeichnet retourniert.

E. 7.8.4

In ihren Rechtsschriften begründete die Beklagte die Nichtunterzeichnung der BoQ damit, ihr sei aufgefallen, dass die Klägerin auf den BoQ das Firmenzeichen der Beklagten verwendet habe. Um den Anschein zu verhindern, es handle sich bei den BoQ um Dokumente der Beklagten, habe sie fortan die Unterschriften verweigert (vgl. act. 18 Rz. 53; act. 37 Rz. 152). Diese Erklärung der Beklagten vermag nicht zu überzeugen, erscheint doch als wenig glaubhaft, dass die ge-

- 32 - schäftsgewandte Beklagte ganze 99 unterzeichnete, über mehrere Monate erstellte BoQ brauchte, um festzustellen, dass die BoQ ihr Geschäftszeichen aufwiesen. Ausserdem hat die Klägerin nie behauptet, dass die Beklagte die BoQ erstellt habe; eine solche Behauptung lässt sich auch der Korrespondenz zwischen den Parteien nicht entnehmen. Sodann hat die Erklärung der Beklagten mit der hier interessierenden Frage streng genommen nichts zu tun. Vorliegend geht es um die Frage, ob die Klägerin annehmen

durfte, die Beklagte erhebe keine Einwände gegen den Inhalt der BoQ. Ob sich die Beklagte daran störte, dass ihr Zeichen auf den BoQ angebracht war, tut in diesem Kontext nichts zur Sache. Ausgehend von der Antwortmail der Beklagten durfte die Klägerin darauf vertrauen, dass sie die noch ausstehenden BoQ von der Beklagten unterzeichnet erhalten würde. Mithin bestanden für die Klägerin nicht nur keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte gegen den Inhalt der BoQ protestieren würde, sondern sie durfte annehmen, die Beklagte sei mit dem Inhalt der BoQ einverstanden, auch wenn diese noch nicht unterzeichnet retourniert worden waren.

E. 7.8.5

Es rechtfertigt sich aber auch aus einem anderen Grund, auf die nicht unterzeichneten BoQ abzustellen. Wie aufgezeigt, war die gelebte Vertragswirklichkeit dergestalt, dass die Beklagte den weitaus grössten Teil der BoQ stets unterzeichnet zurücksandte. Der Austausch der BoQ wurde so gleichsam zum Vertragsinhalt. Auf Seiten der Beklagten ist diese Mitwirkung bei der Ermittlung der Ausmasse vorliegend mindestens als Mitwirkungsobliegenheit zu qualifizieren, die schon allein aufgrund der gelebten Vertragswirklichkeit begründet wurde. Wenn die Beklagte ihrer Obliegenheit nicht nachkam, trägt sie die Nachteile ihres Versäumnisses, zumal wenn sie bei der Klägerin hinsichtlich des Inhalts der BoQ nie zeitnah reklamierte. Demnach ist davon auszugehen, dass auch den nicht unterzeichneten BoQ eine Beweiskraft zukommt, die über jene einer blossen Behauptung hinausgeht.

E. 7.9

Zusammenfassend überzeugt der erste Einwand der Beklagten nicht. Sämtliche BoQ stellen Ausmassurkunden dar und sind als Beweismittel hinsichtlich der verurkundeten Tatsachen zu berücksichtigen.

- 33 -

E. 8

Der zweite Einwand der Beklagten: Der Gegenbeweis anhand von Stichproben

E. 8.1

Parteibehauptungen

E. 8.1.1

Die Klägerin sei gemäss Vereinbarung mit der Beklagten verpflichtet gewesen, eine Montageversicherung abzuschliessen, was die Klägerin getan habe

- 129 - (act. 3/204). Als Entschädigung für die verlangte Versicherung habe die Beklagte die Klägerin gemäss Position 5.08 bzw. 70.5.008 des Leistungsverzeichnisses (Preisblatt) mit 0.5825% des Auftragswerts von EUR 2'819'342.00, entsprechend EUR 16'422.67, entschädigen müssen (sie verweist auf S. 40 von act. 3/15). Da sich in diesem Projekt der Auftragswert erheblich gesteigert habe, erhöhe sich die von der Beklagten geschuldete Entschädigung für die verlangte Versicherung entsprechend. Basierend auf dem heutigen Vertragswert, welcher netto EUR 5'527'496.83 betrage (entsprechend der von der Beklagten bisher bezahlten Summe von EUR 2'247'518.56 zuzüglich der Summe der Ansprüche 1–7 dieser Klage von EUR 3'279'748.27) belaufe sich die Entschädigung auf EUR 32'196.33 (vgl. act. 1 Rz. 649 ff.).

E. 8.1.2

Die Beklagte behauptet, es sei falsch, dass die Parteien für die Position "Insurance" eine Entschädigung von 0.5825 % des Auftragswerts vereinbart hätten. Vielmehr hätten sich die Parteien gemäss Position 5.08 im vertraglichen Leistungsverzeichnis auf einen Pauschalpreis von EUR 16'422.67 geeinigt (vgl. act. 18 Rz. 888; sie verweist auf act. 3/15).

E. 8.2

Würdigung

E. 8.2.1

Die Klägerin behauptet eine Vereinbarung, wonach die Parteien als Entschädigung für das Abschliessen einer Montageversicherung eine Entschädigung von 0.5825% vorgesehen hätten. Die Klägerin bringt vor, es ergebe sich aus act. 3/204, dass die Versicherungsprämie anhand des Auftragswerts bemessen werde und zwar mit 0.5825% des Auftragswertes (vgl. act. 27/875). Die Klägerin trägt die Beweislast für die behauptete Vereinbarung und für die behauptete Berechnung.

E. 8.2.2

Aus der Versicherungsbestätigung der AF. _____ geht nicht hervor, dass sich die Versicherungsprämie anhand des Auftragswerts bemisst und zwar mit 0.5825% des Auftragswertes. Der Auftragswert wird nirgends genannt, ebenso wenig der Wert 0.5825%, auch die Prämienhöhe ist nicht ersichtlich (vgl. act. 3/204). Damit kann sich die Klägerin nicht auf die Versicherungsbestätigung berufen, um die von ihr behauptete Vereinbarung nachzuweisen. Ohnehin er-

- 130 - scheint als fraglich, ob anhand der Versicherungsbestätigung, die von der AF. _____ an die Klägerin ausgestellt wurde, eine Vereinbarung zwischen der Klägerin und der Beklagten nachweisbar wäre.

E. 8.2.3

Im C. _____ Price Sheet ist einzig der Betrag EUR 16'422.67 für die Insurance festgehalten. Dieser Betrag entspricht zwar tatsächlich 0.5825% des damaligen Auftragswertes von EUR 2'819'342.00. Daraus folgt aber keine Vereinbarung, wie sie die Klägerin behauptet. Jede Zahl kann in Prozenten der Vertragssumme ausgedrückt werden. Andere Belege für die behauptete Vereinbarung nennt die Klägerin nicht.

E. 8.3

Fazit Zusammenfassend gelingt es der Klägerin nicht nachzuweisen, dass die Parteien eine Vergütung von 0.5825% des aktualisierten Auftragswertes für den Abschluss einer Montageversicherung vereinbart haben.

- 131 - IX. Anspruch 8 der Klägerin: Zusatzleistungen ausserhalb des Vertrags 1. Übersicht Laut der Klägerin musste sie die Planungsleistungen auf der Baustelle fortlaufend korrigieren und ergänzen, weil diese mangelhaft gewesen seien. Dabei habe es sich nicht um Tätigkeiten gehandelt, die unter das Purchase Order Nr. 8 gefallen seien, sondern um zusätzliche Leistungen ausserhalb des Tätigkeitsbereichs des "Package 9: On site electrical installation". Konkret habe die Klägerin Tätigkeiten übernommen, welche die Beklagte selbst bzw. deren Subunternehmerin AG. _____ hätte ausführen müssen. Zur Erfüllung dieser Pflichten sei die Klägerin gezwungen gewesen, während eines Grossteils der Projektdauer zwei zusätzliche Fachkräfte auf der Baustelle zu beschäftigen. Die Klägerin

macht als Anspruch 8 die entsprechenden Arbeitsstunden der beiden klägerischen Fachplaner geltend (vgl. act. 1 Rz. 658). 2. Parteibehauptungen

E. 8.4

Die BoQ begründen, wie aufgezeigt, grundsätzlich die Vermutung der Richtigkeit hinsichtlich der aufgelisteten Mengen. Das ist die Ausgangslage und die Beklagte muss nun zwar nicht selbst die tatsächlichen Mengen beweisen, um den klägerischen Anspruch 1 abzuwehren. Sie muss aber doch derart erhebliche

- 34 - Zweifel wecken, dass die Vermutung der Richtigkeit und die gestützt darauf gewonnene Überzeugung in die Massgeblichkeit der BoQ dahinfallen. Die Beklagte hat sich für ein summarisches Vorgehen entschieden, indem sie anhand von 89 Kabelstichproben aufzeigen will, dass erhebliche Zweifel an der klägerischen Darstellung angebracht sind. Es ist bereits fraglich, ob die behaupteten Stichproben angesichts der grossen Zahl von mehr als 3'000 Kabel (vgl. auch nachfolgende Erw. 9.3) sowie der komplizierten technischen Sachlage geeignet sind, den gestützt auf die BoQ geführten Beweis der Mengen zu entkräften. Die Stichproben bleiben Stückwerk und führen nicht dazu, dass der ganze Anspruch 1 abzuweisen wäre, wenn sie denn zuträfen. Anhand der Stichproben lässt sich prozessrechtlich jedenfalls kein systematisches falsches Messen durch die Klägerin erstellen. Entscheidend ist weiter, dass es sich bei den Stichproben um eine reine Parteibehauptung der Beklagten handelt, die ausserdem teilweise der Unterzeichnung der BoQ entgegenstehen. Deswegen wäre vorauszusetzen gewesen, dass die Beklagte genau erklärt hätte, wie die Stichproben vorgenommen wurden, anhand welcher Standards, und dass sie die erhaltenen Resultate auch mit den technischen Plänen verglichen hätte. So könnte das Gericht die Qualität der Stichproben wenigstens nachvollziehen. Die Beklagte beschränkt sich aber darauf, die Resultate ihrer stichprobenweisen Messungen in einer Excel-Liste darzustellen und auf diese Beilage zu verweisen (sie verweist auf act. 3/153). Die Beklagte nimmt die klägerische Längenbehauptung und stellt ihr eine eigene, abweichende Längenbehauptung gegenüber. Das genügt nicht. Hinzu kommt, dass die BoQ fortlaufend während der Bauzeit erstellt wurden. Die Beklagte erstellte ihre Excel-Tabelle hingegen erst am 6. März 2017, also lange nachdem die Klägerin die Baustelle verlassen hatte. Die Stichproben selbst erfolgten ohne Mitwirkung der Klägerin. Unzulässig ist es auch, eine Gerichtsexpertise zur Frage zu verlangen, ob die tatsächlich verlegten Kabellängen mit den Angaben der Klägerin in den BoQ übereinstimmen (vgl. act. 37 Rz. 722 Beweisofferte). Die Aufnahme des tatsächlichen Ausmasses war vorliegend die Aufgabe der Parteien. Sollte die Beklagte es versäumt haben, das tatsächliche Ausmass aufzuzeichnen (die Stichproben weisen nicht das tatsächliche Ausmass aus), kann sie das jetzt nicht nachträglich an einen Gerichtsexperten delegieren. Die Stichproben erbringen

- 35 - abschliessend – angesichts der vorhanden Ausmassurkunden – keinen Gegenbeweis.

E. 9

Der dritte Einwand der Beklagten: Die Klägerin habe weniger Kabel installiert als ursprünglich im Vertrag vorgesehen

E. 9.1

Auch dem dritten Argument der Beklagten, nämlich die geringere Gesamtmenge an verlegten Kabeln im Vergleich zu den verschiedenen Leistungszeichnungen, ist nicht zu folgen.

E. 9.2

Die Beklagte vergleicht die Gesamtkabellänge, wie sie im ursprünglichen Leistungsverzeichnis vorgesehen war, mit den später erfolgten Revisionen des Leistungsverzeichnisses sowie mit der Gesamtkabellänge gemäss den BoQ. Aus diesem Vergleich folge, dass die Gesamtlänge der von der Klägerin angeblich verlegten Kabel im Vergleich zum ursprünglichen Leistungsverzeichnis nicht zu- genommen, sondern sogar leicht abgenommen habe. Die Klägerin habe somit weniger Kabel verbaut als ursprünglich vorgesehen (act. 37 Rz. 650 und Rz. 657).

E. 9.3

Mit diesem Vorgehen setzt sich die Beklagte nur ungenügend mit den sub- stanzierten Behauptungen der Klägerin auseinander. Die behauptete Mehrvergü- tung setzt sich aus zahlreichen Einzelpreisen zusammen, die wiederum zahlrei- che Kabelkategorien betreffen. Nicht jedes Kabel hat den gleichen Preis. Vermin- dert sich die Menge eines günstigen Kabels und erhöht sich die Menge eines teu- ren Kabels, kann ein höherer Gesamtpreis resultieren, obwohl sich die Menge der verlegten Kabel insgesamt reduziert hat. Wie es sich damit verhält, kann aber of- fen bleiben. Die Klägerin hat substantiiert die verlegten Kabelkategorien behaup- tet, die für jede Kabelkategorie verlegte Menge, die Preise pro Einheit, den Ge- samtpreis pro Kabelkategorie und schliesslich den Gesamtpreis aller Kategorien. Die Klägerin führt nachvollziehbar aus, dass zwar die Gesamtlänge der Kabel verglichen mit der Zahl in der Preisliste leicht zurückgegangen sei, nicht aber die Anzahl der Kabel. Die Gesamtzahl Kabel habe in der ersten Kabelliste rund 2600 Kabeln betragen, in der Kabelliste Revision 5 hingegen bereits über 3'000 Kabel, und danach habe die Beklagte noch weitere Kabel hinzugefügt. Ausserdem seien häufig günstigere durch teurere Kabel ersetzt worden. Die Folge davon sei ein

- 36 - Anstieg der Summe aus Material und Leistungen unter dem Preisblatt (vgl. act. 27 Rz. 204.2). Der Anstieg der Summe wird endlich auch durch die BoQ belegt.

E. 9.4

Die Beklagte hätte sich nicht darauf beschränken dürfen, den klägerischen Tatsachenvortrag einzig gestützt auf die Gesamtkabelmenge zu bestreiten. Sie hätte vielmehr auf die einzelnen Behauptungen eingehen müssen, sich somit mit den Kabelkategorien, den behaupteten Mengen und insbesondere den zugehöri- gen Preisen auseinandersetzen müssen. Dieses Vorgehen hat die Beklagte denn auch mit ihrem zweiten Argument dem Grundsatz nach gewählt, wenn auch ein- zig gestützt auf Stichproben. Die Vorbringen der Beklagten hinsichtlich der Ge- samtkabellänge bleiben angesichts der klägerischen Tatsachenvortrags schlicht- weg unsubstanziert. Sie sind zur Führung des Gegenbeweises ungeeignet.

E. 10

Einwände der Beklagten gegen bestimmte Leistungspositionen In Bezug auf mehrere Leistungspositionen erhebt die Beklagte spezifische Ein- wände, die nachfolgend zu würdigen sind:

E. 10.1

Die Kabel mit den Kabel-Nr. 1 HLB 10 AN001-201_A und 1 HLB10AN001- 201_B (Kabeltyp [«Cores x Cross Section»]: 3 x 150)

E. 10.1.1

Die Kabel mit den Kabel-Nr. 1 HLB 10 AN001-201_A und 1 HLB10AN001- 201_B (Kabeltyp ["Cores x Cross Section"]: 3 x 150) weisen laut der Beklagten einen Querschnitt von rund 45.5 mm auf. Die behaupteten aufgerollten Überlängen dieser Kabel wären somit von enormem Gewicht gewesen. Hätte die Klägerin diese Kabel ab der Hälfte der zu verlegenden Länge aufrollen müssen, hätte die aufgerollte Restlänge ein Gewicht von 479 kg gehabt. Die Klägerin habe gemäss eigenen Angaben 143 m dieses Kabels verlegt. Bereits der Biegeradius (sog. "minimum bending radius") entspreche 8 x dem Querschnitt ("overall diameter") von 45.5 mm, was bedeute, dass solche Kabel nur wenige Meter überhaupt von Menschenhand aufgerollt werden könnten, und die Rollen würden aufgrund des Biegeradius enorm Platz beanspruchen. Die Klägerin könne nicht die behauptete Menge verlegt haben (vgl. act. 18 Rz. 545).

- 37 -

E. 10.1.2

Die Klägerin entgegnet, dass sie nie behauptet habe, die Kabel aufgerollt zu haben, sondern einzig die Kabelenden. Zudem seien Kabelenden, welche aufgrund von Länge, Durchmesser und/oder Gewicht rein physisch nicht von Hand hätten aufgerollt werden können, in Schlaufen auf den Boden gelegt worden. Die Beklagte habe sodann die Richtigkeit der Kabellänge der beiden fraglichen Kabel im Ausmass Nr. 061 unterschriftlich bestätigt (vgl. act. 27 Rz. 578). Die Beklagte verweist in der Duplik abermals auf ihre Stichproben. Ein Gerichtsgutachter könne die Richtigkeit der Stichprobe in Bezug auf die beiden Kabel bestätigen. Die Klägerin habe die Enden der Kabel weder aufgerollt noch in Schlaufen auf den Boden gelegt und erst recht sei so etwas nicht mit der örtlichen Bauleitung der Beklagten abgesprochen gewesen (vgl. act. 37 Rz. 732).

E. 10.1.3

Der Hinweis auf die Stichproben hilft der Beklagten nicht weiter. Es ist auf Erw. II. 8 zu verweisen. Was das beantragte Gutachten anbelangt, zeigt die Beklagte nicht auf, dass ein solches überhaupt durchführbar wäre, namentlich, ob eine Beweisaufnahme während laufendem Betrieb eines Kraftwerks einer Drittpartei möglich ist. Entscheidend ist aber, dass die Beklagte zu Unrecht annimmt, einzig die nunmehr vor Ort messbaren Kabel seien relevant. Wie die Klägerin aufzeigt, fällt bei der Installation von Kabeln immer Abschnittmaterial an. Die Beklagte beschränkt sich hier auf die Behauptung, die Klägerin verrechne trotzdem zu viele Kabelmeter. Sie muss aber nicht nur die jetzt noch messbaren Meter bezahlen, sondern auch namentlich das Abschnittmaterial. Dieses kann ein Gutachter aber gar nicht mehr messen, wurde es doch entsorgt. Dabei geht es hier nicht um Restkabelmengen, die gar nicht verwendet wurden; diese macht die Klägerin unter Anspruch 5 geltend. Soweit die Beklagte ein Gutachten hinsichtlich aller verlegter Kabel verlangt, versucht sie ihre Substanziierungspflichten mit einem Gutachten zu ersetzen, was unzulässig ist. Ohnehin bleibt unerfindlich, weshalb die Beklagte die BoQ unterzeichnete, obwohl es ihrer Ansicht nach offensichtlich ist, dass die Klägerin die behauptete Kabellänge gar nicht habe verlegen könne. Die Erklärung, die Kabel würden ein grosses Gewicht aufweisen und könnten nicht ohne weiteres aufgerollt werden, erscheint angesichts der vorhandenen BoQ als schwaches Argument. Die Beklagte dringt mit ihren Einwänden gegen diese Position nicht durch.

- 38 -

E. 10.2

Die Kabel 0 BBA01+05-1005_A.L1 bis 0 BBA01+5-1005_B.L3 (6 Kabel)

E. 10.2.1

Betreffend die Kabel 0 BBA01+05-1005_A.L1 bis 0 BBA01+5-1005_B.L3 gebe die Klägerin selbst zu, dass sie 25 Meter weniger Kabelmeter als ausgewiesen verlegt habe. Die Beklagte verweist dabei auf die – vorprozessual erfolgte – Kommentierung durch die Klägerin der Excel-Tabelle mit den Stichproben. Entsprechend seien die von der Klägerin in ihrer As-Built Dokumentation (As-Built Leistungsverzeichnis und As-Built Kabelliste vom 24. November 2016) behaupteten Kabellängen falsch (vgl. act. 18 Rz. 550).

E. 10.2.2

In ihrer Kommentierung zur Excel-Tabelle mit den Stichproben führte die Klägerin aus, der Kabelweg habe sich geändert, weshalb sich die Kabellänge um 25 Meter verkürzt habe (vgl. act. 3/154 S. 2 System UID A3NX4RS3SH– A3NX4S10SH). Die Klägerin führt hierzu aus, dass es eine nachträgliche Planungsänderung gegeben habe, welche alle 6 Kabel betroffen habe. Die Klägerin habe die Kabel in der gemäss Kabelziehkarten geplanten Länge bis zum Dieselgenerator bereits verlegt gehabt. Aus den Kabelziehkarten ergebe sich die geplante Länge (ohne Anschluss) von 162.6 m, sowie der geplante Weg mit den Wegelementen. Der Anschluss im Diesel habe mangels entsprechender Informationen noch nicht hergestellt werden können. Für die restliche Strecke innerhalb des Diesels (geschlossener Raum) bis zu den künftigen Anschlusspunkten sei eine Schätzlänge angenommen worden. Die Kabel seien also entsprechend der Planung der Beklagten durch die Klägerin verlegt worden, wobei man die Enden mit einer kleinen Überlänge aufgerollt habe, um sicher an die künftigen Anschlusspunkte innerhalb des Diesels zu gelangen. Auch aus act. 28/287 ergebe sich, dass die Kabel bereits verlegt gewesen seien. In der Folge habe die Klägerin aber noch mehrere Monate warten müssen, bis sie von der Beklagten alle erforderlichen Instruktionen für die Fertigverlegung der sechs fraglichen Kabel erhalten habe. Dabei habe sich schliesslich herausgestellt, dass die von der Beklagten geplanten und von der Klägerin bis zum Diesel bereits verlegten Kabel innerhalb des

- 39 - Diesels – namentlich infolge der grossen Biegeradien der armierten Kabel – gar nicht wie von der Beklagten vorgesehen anschliessbar gewesen seien. Deshalb habe die Beklagte schliesslich erneut die Pläne geändert und habe vor dem Diesel die Montage eines Zwischenklemmkasten (junction box) vorgesehen, um ab dort auf dem letzten Stück nichtarmierte Kabel verwenden zu können. Es hätten also nachträglich, nachdem die Kabel bereits durch die Klägerin verlegt gewesen seien, die 6 armierten Kabel wieder teilweise zurückgenommen und gekürzt sowie an einen zusätzlich zu installierenden Zwischenklemmkasten angeschlossen werden, und von dort neue Kabel zu den Anschlusspunkten im Diesel gezogen werden müssen. Wegen der Planungsfehler, welche der Beklagten zuzurechnen seien, seien die 6 Kabel heute zwar kürzer als die ursprünglich verlegte Länge. Die Klägerin habe das Kabel aber ursprünglich in der aufgeführten Länge von 166 m bzw. 170 m verlegt und auch die entsprechenden Materialien verwendet. Damit habe sie die im Ausmass verrechnete Leistung erbracht (act 27 Rz. 580 ff.). In der Duplik verweist die Beklagte wiederum auf ihre Stichproben, die auch diese sechs Kabel betrafen, und verlangt ein Gerichtsgutachten. Sie wiederholt, die Klägerin gebe doch selbst zu, dass die in Rechnung gestellten Kabellängen nicht den installierten Kabellängen entsprächen. Sodann bestreitet sie Planungsfehler auf Seiten der Beklagten. Falsch und bestritten werde

auch, dass Klemmenkästen/Junction Boxes zu massgeblichen Kabellängenänderungen geführt haben sollen. Dank diesen zusätzlichen Klemmenkästen habe die Klägerin vermehrt unarmierte Kabel anschliessen können, was für sie einfacher und weniger aufwendig gewesen sei (vgl. act. 37 Rz. 734 ff.).

E. 10.2.3

Damit geht die Beklagte aber gar nicht auf die soeben wiedergegebene Erklärung der Klägerin ein. Das Argument der Klägerin beschlägt genau besehen die zeitliche Abfolge der Installation, indem sie aufzeigt, dass die Kabel eben schon installiert gewesen seien und erst nachträglich aufgrund von Planänderungen hätten verändert werden müssen. Zu diesem zeitlichen Aspekt der Installation kann aus den Stichproben nichts abgeleitet werden. Auch ein Gerichtsgutachten taugt nicht zum Beweis, wobei die Beklagte die nötigen Tatsachenbehauptungen ohnehin nicht aufstellt. Die Klägerin gibt sodann eine nachvollziehbare Erklärung dafür, weshalb die nunmehr vor Ort installierten Mengen nicht den verrechneten

- 40 - Mengen entsprechen, aber gleichwohl die gesamte Menge zu vergüten sei. Es ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass die Klägerin die bereits verlegten Kabel in Rechnung stellt. Ob Planungsfehler vorlagen oder nicht, ist unmassgeblich, denn letztlich bleibt die Aussage, dass Planänderungen stattfanden, unbestritten, und mit dem Vorbringen, dass mit den zusätzlichen Klemmenkästen vermehrt unarmierte Kabel hätten angeschlossen werden können, wird der Sachverhalt der Klägerin eher bestätigt als widerlegt.

E. 10.3

Die Kabel 0 SGA10 GH501-201_A und 0 SGA10 GH501-201_B (sog. «FF-Cables», [Firefighting-Cables; Starkstromkabel für den Brandfall])

E. 10.3.1

Ein weiteres Beispiel für offensichtlich nicht mit den Verhältnissen vor Ort übereinstimmende Angaben in der As-Built Kabelliste und den As-Built Leistungsverzeichnissen der Klägerin würden die Kabel 0 SGA10 GH501-201_A und 0 SGA10 GH501-201_B (sog. «FF-Cables», [Firefighting-Cables; Starkstromkabel für den Brandfall]) aufzeigen, bei welchen die Klägerin angegeben habe, je 200 m verlegt zu haben. Tatsächlich habe die Klägerin plantheoretisch nur 167 m verlegen können. Diesen Umstand habe die Beklagte bereits am 23. September 2016 abgemahnt, da die Klägerin bereits zu diesem Zeitpunkt versucht habe, über die tatsächlich verlegte Länge der Kabel hinwegzutäuschen und die auf die Baustelle gelieferte Menge in Rechnung zu stellen. Nur weil die Klägerin Leerrohre habe verlegen müssen, durch welche die Kabel zu ziehen waren, berechtige dies die Klägerin nicht, je Kabel zusätzliche 36 Meter in Rechnung zu stellen, welche sie tatsächlich gar nicht verlegt habe. Die Klägerin gebe ja selber zu, die gelieferte Menge (2 x 200 m) und nicht die tatsächlich verbaute Menge in ihrer As-Built Dokumentation ausgewiesen zu haben (act. 18 Rz. 551). Laut der Klägerin lagen bei diesen Kabeln ebenfalls ständige Planungsänderungen sowie Planungsfehler der Beklagten vor. Gemäss den (dreimal revidierten) Kabelziehkarten der Beklagten bzw. ihrer Subunternehmerin AG. _____ seien beide Kabel in der Revision 3 mit einer Länge von 183.3 m geplant gewesen. In Absprache mit der Bauleitung der Beklagten habe die Klägerin Kabellängen von 2 x 200 m bestellt, da die letzten 40 m des Kabelwegs (Leerrohre bis zur Pumpenstation) nicht fertiggestellt gewesen seien, und auch weitere Änderungen bei Verlauf und Länge des Kabels nicht

- 41 - auszuschliessen gewesen seien. Im Zeitpunkt, als die Klägerin die 2 Kabel verlegt habe, hätten sich Teile des Kabelwegs immer noch im Bau befunden. Die Kabel hätten daher nicht ganz zu Ende verlegt werden können. Da gemäss der Kabelziehkarte der Weg weiterhin jeweils zumindest 183 m lang sein sollte, habe die Klägerin das restliche Kabel (insgesamt je 200 m) vor Ort an der 11 kV Station auf der Kabeltrommel belassen. Auch dieser Vorgang sei damals in Absprache vor Ort auf der Baustelle erfolgt. Der Hintergedanke sei gewesen, dass rund 185 m des Kabels für die Verlegung benötigt würden, plus einige Meter für den Anschluss, plus die restlichen Meter als Reserve für allfällige weitere Planungsänderungen (act. 27 Rz. 585). Die Beklagte bestreitet, dass es irgendwelche Absprachen zwischen der Klägerin und der Bauleitung vor Ort gegeben habe, insbesondere sei die Kabelmenge nicht in Absprache mit der Beklagten bestellt worden. Bestritten werde auch, dass die Klägerin die Kabel nicht zu Ende habe verlegen können. Schliesslich bestreitet die Beklagte, dass die Klägerin die restlichen Kabel auf der Baustelle belassen habe. Die Klägerin mache für die genannten Kabel eine Länge von 200 m geltend, die effektiv verlegte Kabellänge betrage aber nur 164 m. (act. 37 Rz. 740 f.).

E. 10.3.2

Die Sachlage betreffend die zwei Kabel ist vorliegend anders als bei den sechs Kabel, die bereits verlegt waren und nachträglich abgeändert wurden. Zum einen stützt sich das klägerische Vorbringen auf zwei Absprachen mit der Bauleitung, nämlich hinsichtlich der zu bestellenden Menge sowie der auf der Baustelle zu belassenden Kabel. Ohne diese Absprachen erscheint die klägerische Bestellung der Kabel als reine Vorsichtsmassnahme, die aber nicht ohne weiteres zu einer Vergütung führt. Die Klägerin substantiiert aber diese Abreden nicht ausreichend. So bleibt unbekannt, wann und mit wem sie getroffen wurden. Zum anderen stützt sich die Klägerin auch auf die relevanten Kabelziehkarten, die eine Länge von 183.3 Meter vorsahen (act. 28/288, wobei 185 Meter für die Verlegung und 1 Meter für den Anschluss, der Rest als Reserve vorgesehen gewesen sei, act. 27 Rz. 585). Diese Tatsachenbehauptung bleibt seitens der Beklagten unbestritten, geht doch die Beklagte in ihren Ausführungen gar nicht auf die Kabelziehkarte ein. Diese belegt aber, dass tatsächlich eine Länge von 183.3 Meter vorgesehen war (vgl. act. 28/288, Karten mit Cable type "Fireproof"). Ausgehend von

- 42 - diesem Wert ist es nachvollziehbar, dass 185 Meter für die Verlegung und 1 Meter für den Anschluss benötigt wurden, also pro Kabel 186 Meter. Was die restlichen 14 Meter pro Kabel anbelangt, vermag die Klägerin hingegen nicht aufzuzeigen, dass die Beklagte für diese eine Vergütung schuldet. Die angebliche Absprache auf der Baustelle ist, wie gesagt, allzu pauschal behauptet und bleibt unbewiesen. Insgesamt sind also 28 Meter Kabel abzuziehen (14 Meter pro Kabel).

E. 10.3.3

Das installierte Kabel war in der Preisliste nicht vorgesehen, weshalb der Preis nicht im Vertrag vereinbart wurde. Die Beklagte macht hinsichtlich des Kabelpreises geltend, sie habe den Preisvorschlag der Klägerin nie angenommen. Sie sei aber bereit, den offerierten Preis für das Material von EUR 72.77/Meter zu akzeptieren, nicht jedoch den für die Arbeit von 14.13/Unit (vgl. act. 18 Rz. 575 f.). Die Beklagte setzt sich dann aber in Widerspruch zu ihrer eigenen Aussage und führt aus, da ja zwischen den Parteien keine Einigung über den Preis zustande gekommen sei, wäre die Klägerin richtigerweise nach tatsächlichem Aufwand zu vergüten (Art. 374 OR). Dieser werde von der Klägerin aber gar nicht

behauptet. Entsprechend stehe der Klägerin gar kein Anspruch auf Vergütung zu.

E. 10.3.4

Die Klägerin weist nach, dass sie vor Ausführung der Arbeiten einen Preis offeriert habe. Die Beklagte habe nicht reagiert, aber gleichwohl in die Ausführung der Arbeiten eingewilligt, was als stillschweigende Vereinbarung zu verstehen sei (vgl. act. 1 Rz. 424act. 27 Rz. 603). Die klägerischen Behauptungen bestreitet die Beklagte nicht substantiiert, sondern beschränkt sich darauf, eine eigene, tiefere Preiskalkulation zu behaupten (vgl. act. 18 Rz. 575 f.). Demnach könnte bereits dafür gehalten werden, dass die Beklagte die stillschweigende Vereinbarung nicht genügend bestreitet. Selbst wenn man aber eine ausreichende Bestreitung annähme, wäre gleichwohl eine stillschweigende Vereinbarung zu bejahen: Die Klägerin offerierte ihre Preise am 24. Mai 2016 (vgl. act. 3/155 S. 8 sowie letztes Blatt Position 20.1.235 und 20.1.236). Die Beklagte behauptet nicht, dass die Klägerin keine Preisofferte zugestellt habe. Damit kannte sie die Preisofferte. Auch behauptet sie nicht, dass sie vor der Installation der Kabel Einwände erhoben habe. Wer aber vor der Ausführung einer Werkleistung für diese Leistung einen ge-

- 43 - neuen Preis offeriert erhält und anschliessend nichts gegen die Installation einwendet, sondern im Gegenteil zu erkennen gibt, dass er mit der Installation einverstanden ist, willigt zumindest konkludent in den offerierten Preis ein (vgl. Art. 6 OR "nach den Umständen"). Auszugehen ist somit vom klägerischen Kabelpreis von EUR 86.90 pro Meter (vgl. auch act. 3/140 S. 22 Position 20.1.235; act. 3/147.078). Das ergibt einen Betrag von EUR 2'433.20 (28 Meter Kabel*EUR 86.90), der abzuziehen ist.

E. 10.4

LV Power Cables

E. 10.4.1

Unter dem Titel "LV Power Cables" möchte die Beklagte mehrere Positionen vom Total des Anspruchs 1 abziehen, weil die Klägerin sie doppelt und für einzelne Leistungen unangemessene Preise verrechnen würde (vgl. act. 18 Rz. 567). Es lassen sich drei strittige Positionen ausmachen: (1) Position 20.1.142s; (2) Position 20.1.047s und die (3) Positionen 20.1.235 und 20.1.236 (diese zwei letzten Positionen werden in den Rechtsschriften als zusammengehörend behandelt).

E. 10.4.2

(1) Position 20.1.142s

E. 10.4.2.1

Betreffend die Position 20.1.142s bringt die Beklagte vor, es handle sich dabei um eine nachträglich von der Klägerin dem As-Built-Leistungsverzeichnis hinzugefügte Supply-Only-Position. Die Klägerin habe, wie sich während der Projektdauer auf der Baustelle herausgestellt habe, die nicht behördenkonformen «FF-Cables» (Firefighting Cables) des Kabeltyps 5 x 185 mm² trotz vertraglicher Verpflichtung zur Überprüfung der Planunterlagen bestellt. Die Beklagte habe sich in der Folge bereit erklärt, die «FF-Cables» des Kabeltyps 5 x 185 mm² zu übernehmen. Die Beklagte sei bereit, den Marktpreis der Kabelrollen zu bezahlen. Die Klägerin versuche, die Kabelrollen doppelt zu verrechnen, da sie die Forderung auch unter Anspruch 5 geltend mache. Die übernommenen Kabelrollen seien aber nicht Teil des Remeasurements (act. 18 Rz. 569). Die Klägerin erwidert, die

Beklagte habe sich bereit erklärt, die Kabel zum Preis von EUR 22'198.40 (plus MwSt.) zu übernehmen und verweist auf act. 19/55 (vgl. act. 27 Rz. 598). Die Beklagte bestreitet, dass sie zugesagt habe, die Kabel zum Preis von

- 44 - EUR 22'198.40 zu übernehmen. Sie sei nur bereit gewesen, den Marktpreis zu bezahlen. Den Marktpreis müsse aber die Klägerin behaupten und nachweisen (vgl. act. 18 Rz. 569; act. 37 Rz. 765).

E. 10.4.2.2

Soweit die Beklagte eine doppelte oder gar dreifache Verrechnung der gleichen Position behauptet, setzt sie sich nicht mit den substantiierten Behauptungen der Klägerin zur behaupteten mehrfachen Verrechnung auseinander. Die Klägerin zeigt auf, dass sie zum einen bestimmte Kabel nicht doppelt verrechnet hat (vgl. act. 27 Rz. 600). Zum anderen war zwar eine Kabelposition in der Klage in der Tat doppelt aufgeführt, nämlich sowohl unter Anspruch 1 als auch unter Anspruch 5 (vgl. act. 27 Rz. 600). Die Klägerin hat dieses Versehen mit der Replik korrigiert und verlangt die Vergütung für die Kabel nur noch unter Anspruch 1, was auch von der Beklagten erkannt wurde (vgl. act. 37 Rz. 763).

E. 10.4.2.3

Die Beklagte hat die "FF-Cables» des Kabeltyps 5 x 185 mm²" erwiebsmassen zu Eigentum übernommen (vgl. act. 19/55). Die Klägerin möchte sie zum Preis gemäss Preisliste in Rechnung stellen, also zum Vertragspreis. Die Beklagte behauptet, sie sei nur bereit, den Marktpreis zu bezahlen. Für die Beklagten fallen die Kabel demnach nicht unter die vertragliche Preisabrede. Es stellt sich die Frage, ob die Kabel innerhalb oder ausserhalb der vertraglichen Abrede stehen. Zunächst ist festzuhalten, dass die Parteien in der Preisliste für die betroffenen Kabel einen Preis vereinbarten. Unbestritten ist sodann, dass die Kabel in den Planunterlagen der Beklagten vorgesehen waren, wirft die Beklagte der Klägerin diesbezüglich doch vor, die Planunterlagen trotz vertraglicher Verpflichtung nicht überprüft zu haben, vgl. act. 18 Rz. 569. Die Klägerin bestellte somit Kabel, die ursprünglich geplant waren und später wegfielen, weil sie sich als nicht behördenkonform herausstellten. Ursprung der Bestellung war somit eine Fehlplanung der Beklagten, woran auch eine allfällige Prüfpflicht der Klägerin nichts ändert. Bei den von der Beklagten übernommenen Kabeln handelt es sich letztlich um in der Preisliste vorgesehene, aber abbestellte Kabel. Ihre Vergütung zum Vertragspreis erscheint damit gerechtfertigt; die Beklagte ist mit ihrem Einwand nicht zu hören.

E. 10.4.3

(2) Position 20.1.047s

- 45 -

E. 10.4.3.1

Laut der Beklagten macht die Klägerin unter der Position 20.1.047s zu Unrecht mehrfach eine Forderung über EUR 5'784.57 für die Kabelrollen 2 x 50 m des Kabeltyps 5G150 geltend. Die Klägerin versuche wiederum eine mehrfache Verrechnung, indem sie die Vergütung auch unter Anspruch 5 und mit dem COR 43026 verlange (vgl. act. 18 Rz. 571 ff.). Die Beklagte bestreitet die Forderung sodann, wie schon bei der Position 20.1.142s, mit dem Argument, sie müsse einzig den Marktpreis der Kabel bezahlen und die Klägerin behauptet diesen nicht, weshalb der Klägerin gestützt auf die Position 20.1.047s keine Forderung zustehe (vgl. act. 37 Rz. 770). Die Klägerin erklärt, dass sie im COR 43026 kein

Material verrechnet habe. Sodann mache sie die Kabel unter Anspruch 5 nicht mehr geltend, sondern ausschliesslich unter Anspruch 1 (vgl. act. 27 Rz. 602).

E. 10.4.3.2

Die Klägerin zeigt in der Replik auf, dass sie die Forderung nicht mehrfach geltend macht. Insbesondere hat sie die ursprünglich doppelte Verrechnung unter Anspruch 1 und Anspruch 5 korrigiert. Die Beklagte anerkennt in der Duplik, dass keine mehrfache Verrechnung vorliegt (vgl. act. 37 Rz. 768). Hinsichtlich des Arguments der Beklagten, die Klägerin substanziiere den Preis – insbesondere den Marktpreis – der Kabel nicht, kann auf die vorstehenden Ausführungen zur gleichen Frage unter Position 20.1.142s verwiesen werden (vgl. Erw. II. 10.4.2). Unter der Position 20.1.047s rechtfertigt sich kein Abzug zulasten der Klägerin.

E. 10.4.4

(3) Positionen 20.1.235 und 20.1.236

E. 10.4.4.1

Die Positionen 20.1.235 und 20.1.236 betreffen laut der Beklagten die tatsächlich zu verlegenden, behördenkonformen «FF Cables» 4x 240 mm² (Fire-fighting-Cables; Starkstromkabel für den Brandfall). Die Klägerin habe aber höchstens je 167 m – statt der behaupteten je 200 m – verlegt haben können (vgl. act. 18 Rz. 574). Ausserdem seien zwischen den Parteien zu keinem Zeitpunkt neue Preise vereinbart worden und die Beklagte habe nie den klägerischen Preisvorschlag bestätigt, auch nicht stillschweigend (vgl. act. 18 Rz. 575 f.).

E. 10.4.4.2

Soweit die Ausführungen der Beklagten überhaupt nachvollziehbar sind, geht es hier um die gleichen Kabel wie schon unter Erw. 10.3 vorne (vgl. act. 18 Rz. 551 und Rz. 574; siehe auch act. 28/220.78 S. 23 und act. 28/220.80 S. 25).

- 46 - Beide Parteien verweisen auf ihre Ausführungen zu den Kabel 0 SGA10 GH501-201_A und 0 SGA10 GH501-201_B (sog. «FF-Cables», [Firefighting-Cables; Starkstromkabel für den Brandfall], vgl. act. 18 Rz. 574 mit Verweis auf act. 18 Rz. 551 und act. 27 Rz. 603 mit Verweis auf Rz. act. 27 Rz. 585). Es handelt sich, soweit ersichtlich, also nicht um eine neue Position, sondern die Beklagte macht an zwei verschiedenen Stellen in ihren Rechtsschriften Ausführungen zur gleichen Position. Es kann auf die Erw. 10.3 vorne verwiesen werden.

E. 10.5

Zusatzkonstruktionen aus Eisen

E. 10.5.1

Die Klägerin macht unter der Positionen (40.)1.115 und (41.)1.115 "Iron parts for special additional construction and supports" eine Vergütung von EUR 324'348.00 geltend. Die Klägerin erklärt, dass sie unter Preis-Position (40.)1.115 Zusatzkonstruktionen mit einem Gewicht von insgesamt 20'490.57 kg zu einem Preis von EUR 317'713.50 erstellt habe, und unter Preis-Position (41.)1.115 Zusatzkonstruktionen mit einem Gewicht von insgesamt 427,89 kg zu einem Preis von EUR 6'634.50. Sie verweist auch auf die Dokumentation zu den Ausmassen. Aus dieser ergebe sich im Detail, wo im Kehrichtheizkraftwerk die Klägerin welche Zusatzkonstruktionen erstellt habe. Auch seien sämtliche Zusatz-

konstruktionen in den BoQ aufgeführt und eindeutig bezeichnet gewesen (vgl. act. 27 Rz. 607).

E. 10.5.2

Laut der Beklagten sind unbestrittenermassen rund 20 Tonnen Stahl verbaut worden. Das entspreche genau der benötigten Menge Stahl für die vertraglich geschuldeten Arbeiten. Die Klägerin habe diese Menge bei der Kalkulation ihrer Offerte eingerechnet. Die Verrechnung von Zusatzkonstruktionen aus Eisen sei darum nicht korrekt (act 18 Rz. 579 ff.). Entsprechend stünde ihr auch kein Vergütungsanspruch über EUR 317'713.60 bzw. EUR 6'634.59 zu. Geplant gewesen seien 5'390 m Trassen, wobei alle 1.5 Laufmeter eine Stahlstütze vorgesehen gewesen sei. Entsprechend seien 12'567 kg Stahl für die Trassenführung in die Preise einzurechnen gewesen. Für die KHU 60 Profile seien weitere 2'254 kg Stahl einzurechnen gewesen (644 Profile x 3.5 kg bei 1 m Länge). Zusätzliche 4'700 kg Stahl seien bei den Steigtrassen berücksichtigt worden. Rund 19'530 kg Stahl seien von der Klägerin bei der Kalkulation in ihre Offertpreise berücksichtigt

- 47 - worden und im vertraglichen Leistungsverzeichnis enthalten gewesen (act. 18 Rz. 582). Bei den von der Klägerin in den BoQ unter den Positionen 40.1.115 und 41.1.115 aufgeführten rund 20 Tonnen Stahl handle es sich um die für die vertraglich geschuldeten Arbeiten (insbesondere die Befestigung der Trassen und Steigtrassen) erforderliche Stahlmenge (vgl. act. 37 Rz. 775).

E. 10.5.3

Der Streit der Parteien dreht sich letztlich um die Frage, ob diese Positionen bereits in den Preiselementen für die Kabeltrassen enthalten gewesen seien oder nicht (vgl. act. 1 Rz. 426). Laut der Klägerin war im Preisblatt auf dem Tabellenblatt "Cable trays Process" nebst den Kabeltrassen selbst und den Stützen auch die Position 1.115 für Zusatzkonstruktionen vereinbart. Abgemacht war ein Preis von EUR 6.02 pro Kilogramm. Das Gleiche gelte für das Tabellenblatt "Cable trays Civil". Die Zahl "0" bei "Quantity" sei von der Beklagten vorgegeben gewesen (wie bei vielen anderen Preiselementen auch) und bedeute nichts Weiteres, als dass im Zeitpunkt der Offerte für die Beklagte offenbar noch nicht bestimmbar gewesen sei, in welchem Umfang Zusatzkonstruktionen aus Eisen benötigt würden. Dies sei nicht erstaunlich, da es sich grundsätzlich um Konstruktionen handle, welche jeweils erst vor Ort auf der Baustelle geplant und gebaut würden, wenn die Trassen ohne solche Konstruktionen nicht befestigt werden könnten (act. 1 Rz. 429 ff.).

E. 10.5.4

Die Beklagte möchte aus zwei Formulierungen im Preisblatt ableiten, dass die Positionen bereits im Gesamtpreis enthalten waren. (1) Unter "notes" heisse es: "It must be included every accessory and means necessary for the proper assembly and erection as well as the technical specifications reflected in this document and in the Electrical Erection Technical Specification." Für die Beklagte bezieht sich diese Passage auf die Preise (vgl. act. 37 Rz. 777), für die Klägerin auf die aufzuführenden Positionen (vgl. act. 27 Rz. 610). Es ist die Lesart der Klägerin, die mehr überzeugt. Mit "it must be included [...]" wird angesprochen, was in der Tabelle (welche Position) aufgelistet sein muss, nicht, was im Preis enthalten ist. Es geht um Material und Arbeit. Was im Preis enthalten ist, ergibt sich vor allem aus der "Description" der einzelnen

- 48 - Positionen. Die Klägerin macht zu Recht geltend, dass die Position 1.115 mit einem Preis/kg aufgeführt war. (2) Unter "General description" heisse es ferner: "Supply and installation of Cable tray, ladder type (horizontal run). The maximal load capacity (Qmax) a cable ladder can carry securely will be 135kg/m for a distance between supports of 1.5m. Including proportional part of couplers (with screw nuts, washers, etc.), support brackets, hanger rods, clamps, etc., for the adequate support to the existing structures, ceilings or concrete walls, [...]". Laut der Beklagten habe die Klägerin aus dieser Umschreibung sowie aus dem abgegebenen 3D-Modell die nötige Menge an Stahl ablesen können. Sie habe die Menge entsprechend auch in ihre Offertpreise eingerechnet (vgl. act. 37 Rz. 778 f.). Die Klägerin hat aber bereits in ihrer Replik nachvollziehbar erklärt, dass die aufgezählten Bestandteile im Preisblatt separate Preisposition haben. Die Klägerin hält zutreffend fest, dass es nicht eine Preisposition "Cable Tray" (Kabelkanal) gebe, welche auch alle Befestigungen einschliesslich Zusatzkonstruktionen mitumfassen würde. Und ebenso wenig gibt es eine Preisposition "Support brackets" (Trassenausleger), welche alle Befestigungen einschliesslich Zusatzkonstruktionen mitumfassen würde (vgl. act. 27 Rz. 611, siehe dort auch i-v). Der Beklagten kann demnach auch in diesem Punkt nicht gefolgt werden.

E. 10.5.5

Die Beklagte bringt sodann vor, unter die Position 1.115 wären nur zusätzliche Spezialkonstruktionen aus Eisen gefallen, welche nicht bereits in den übrigen Positionen enthalten und zum damaligen Zeitpunkt noch nicht bekannt gewesen seien. Da solche zusätzlichen Spezialkonstruktionen nicht zu erwarten gewesen seien bzw. zumindest nicht im Voraus hätten quantifiziert werden können, seien diese Positionen im ursprünglichen Leistungsverzeichnis mit der Mengenangabe "0" versehen worden. Es handle sich hierbei um eine sog. Per-Position. Darum hätte es einer Bestellungsänderung bedurft, um allenfalls notwendig gewordene Zusatzkonstruktionen zu erstellen (vgl. act. 37 Rz. 781). Die Klägerin bestreitet, dass eine Per-Position vorliege, welche eine nachträgliche Bestellungsänderung der Klägerein vorausgesetzt hätte (vgl. act. 27 Rz. 622).

- 49 -

E. 10.5.6

Per-Positionen weisen keine Angabe der voraussichtlich zu erwartenden Menge (Vorausmass) auf. Die Per-Position lässt sich somit als schlichte Preisfrage ohne Menge beschreiben, die nicht in einen Positionsbetrag (eingesetzter Preis mal voraussichtliche Menge) einfließt und darum auch nicht in den Gesamtbetrag (Angebots- oder Hauptsumme) aufaddiert wird (siehe zur Per-Position MIDDENDORF, Patrick, Normpositionen-Katalog (NPK): Funktionen und Anwendungsprobleme, Schweizerische Baurechtstagung 2019, S. 137 ff., S. 144).

E. 10.5.7

Die Beklagte vermag keine Per-Position nachzuweisen, die eine Bestellungsänderung vorausgesetzt hätte. Die Klägerin zeigt auf, dass sich das Preiselement nicht von vielen anderen Preiselementen unterscheidet, welche die Mengenangabe "0" aufwiesen. Auch bei diesen Positionen hat die Klägerin in den Ausmassen Mengen abgerechnet, ohne dass eine Bestellungsänderung erforderlich gewesen wäre. In den MoN war vereinbart, dass der Preis entsprechend den tatsächlichen Mengen und Leistungen anzupassen ist (vgl. act. 27 Rz. 622; die Beklagte bestreitet das nicht substantiiert: vgl. act. 37 Rz. 799).

E. 10.5.8

Die Klägerin bezeichnete die vorliegend geltend gemachten Positionen in den BoQ als "Iron parts for special additional constructions and supports" (vgl. act. 27 Rz. 607, Hervorhebung hinzugefügt). Dem Einwand der Beklagten, sie habe gemeint, es handle sich bei den in den BoQ ersichtlichen Mengen um die in der Offerte enthaltenen Mengen, kann nicht gefolgt werden. Die verwendeten Worte "special" und "additional" lassen keine Zweifel daran, dass die Klägerin transparent anzeigte, dass sie Zusatzkonstruktionen erstellte.

E. 10.5.9

Die Beklagte führt auch aus, dass die Behauptung der Klägerin, wonach sie rund 20 Tonnen Zusatzkonstruktionen aus Eisen erstellt habe, schon aus statischen Gründen nicht stimmen könne bzw. schlicht unmöglich sei. Hätte die Klägerin zusätzlich zu den rund 20 Tonnen Stahl, welche für die vertraglich geschuldeten Arbeiten (insbesondere die Befestigung der Trassen und Steigtrassen) erforderlich gewesen seien, weitere 20 Tonnen Stahl verbaut (also die doppelte Menge), wäre das Bauwerk zusammengebrochen, da die Tragfähigkeit des Bauwerks nicht auf eine Stahlmenge von insgesamt 40 Tonnen ausgerichtet sei, was ein Gerichtsgutachten bestätigen könne. Bei einer Stahlmenge von insgesamt 40

- 50 - Tonnen hätten die Statiker neue Berechnungen vornehmen und es hätten Verstärkungen der Fundamente und Träger erfolgen müssen. Das sei jedoch nicht der Fall, was die Klägerin denn auch nicht behauptete (act. 37 Rz. 787). Mit diesem Argument möchte die Beklagte aufzeigen, dass die Klägerin nie und nimmer total rund 40 Tonnen Stahl habe verbauen können (20 Tonnen von Anfang an geplante Installationen und 20 Tonnen Zusatzkonstruktionen). Hätte sie das tatsächlich getan, wäre das ganze Bauwerk zusammengestürzt. Die Klägerin hat jedoch anhand der BoQ die Vermutung aufgestellt, dass sie die Zusatzkonstruktionen installierte. Die entsprechenden Leistungen waren von Anfang an in den BoQ klar ersichtlich aufgelistet. Dass die Klägerin die anderen Konstruktionen, die schon bei Projektbeginn vorgesehen waren, nicht erbracht habe, behauptet die Beklagte nicht. Es ist nicht wahrscheinlich, dass die Beklagte über Monate die klar bezeichneten Zusatzkonstruktionen unterschriftlich bestätigte, wenn diese die Gebäudestatik negativ beeinflusst hätten. Sie macht auch nicht geltend, bei der Klägerin nachgefragt zu haben, was denn da installiert und verrechnet werde. Auch erschöpft sich die Aussage der Beklagten über die Statik in einer blossen Behauptung, ohne diese näher zu substantiieren; der Beklagten als Planerin des Kraftwerks wäre es leichtgefallen, weiterhelfende Informationen zu liefern. Das kann auch nicht einfach an einen vom Gericht beauftragten Baustatiker delegiert werden. Hinzu kommt, dass die Beklagte mit ihrem Argument nachweisen möchte, dass gar keine Konstruktionen vorhanden sind. Das Vorhanden- oder Nichtvorhandensein der Konstruktionen hat aber nicht ein Statiker festzustellen. Die Beklagte hätte anhand der tatsächlich erfolgten Installation aufzeigen können, dass keine Zusatzkonstruktionen vorhanden sind. Die Beklagte ist folglich mit ihrem Einwand nicht zu hören.

E. 10.5.10

Zusammenfassend vermag die Beklagte die aus den BoQ fliessende Vermutung, dass die Klägerin Zusatzkonstruktionen erstellte, nicht umzustossen. Entsprechend ist auf Abzüge unter dieser Position zu verzichten.

E. 10.6

Earthing and Equipment Bonding

E. 10.6.1

Die Klägerin stellt unter diesem Titel EUR 77'351.12 in Rechnung (vgl. act. 1 Rz. 441). Aus den Ausmassen der Klägerin würden sich ohne weiteres die

- 51 - von der Klägerin in Rechnung gestellten Mengen von 2'674 Anschlüssen für die Position 50.1.026 sowie von 1'056 Anschlüssen für die Position 50.1.041 ergeben, und damit auch die in Rechnung gestellten Beträge von EUR 52'163.94 und EUR 25'187.18. Die Mengen seien auch in den BoQ enthalten gewesen (act. 1 Rz. 443 f.). Laut der Beklagten kann die Klägerin nichts aus den BoQ ableiten; diesen kämen keine Rechtswirkungen zu (vgl. act. 18 Rz. 601). Die von der Klägerin behaupteten Mengen seien auch nicht plausibel. Plausibel sei höchstens eine Menge von 1'620 Erdungsanschlüssen, nicht von rund 3'500 (vgl. act. 1 Rz. 602 ff.).

E. 10.6.2

Die Klägerin bringt in der Replik zu Recht vor, die in Rechnung gestellten Erdungsanschlüssen seien alle in den BoQ aufgeführt gewesen, wobei 3'610 von 3'730 Anschlüssen aus unterschriftlich bestätigten BoQ hervorgehen (vgl. act. 27 Rz. 625). Sodann wendet die Klägerin ein, die Beklagte habe vorprozessual eine Menge von 2'500 Anschlüssen für plausibel gehalten (vgl. act. 27 Rz. 624).

E. 10.6.3

Dass die BoQ keine Rechtswirkungen entfalten würden, wurde bereits mehrmals verworfen. Auf dieses Argument der Beklagten ist nicht mehr einzugehen. Die Beklagte versucht deren Beweiskraft damit in Zweifel zu ziehen, dass nur eine Menge von 1'620 Anschlüssen plausibel erscheine. Mit der Behauptung der Klägerin, wonach sie vorprozessual 2'500 Anschlüsse als plausibel betrachtete, setzt sich die Beklagte in der Duplik nicht auseinander. Zwar schlug die Beklagte vorprozessual auch eine Menge von 1'650 als Vergleichslösung vor, hielt aber gleichzeitig fest, 2'500 Anschlüsse seien eine vernünftige Annahme (vgl. act 3/152 S. 2 lit. g). Es bleibt letztlich unklar, von welchen Annahmen die Beklagte ausging.

E. 10.6.4

Soweit die Beklagte andere Zahlen für die Anzahl Anschlüsse behauptet, offeriert sie als Beweis eine nachträglich von ihr erstellte Excel-Tabelle (vgl. act. 37 Rz. 802 und die dortigen Beweismittel). Eine solche nachträgliche Zusammenstellung genügt aber nicht, stellt sie doch eine blosser Behauptung in Form einer Urkunde dar. Angesichts der vorhandenen BoQ hätte die Beklagte als Bauherrin mit den Planungsunterlagen argumentieren und anhand dieser aufzeigen können, weshalb die klägerischen Mengen technisch nicht zutreffen können,

- 52 - was die Beklagte aber unterlässt. Ausserdem hätte sie sich vor Ort die nötigen Beweismittel beschaffen können. Nicht zu hören ist die Beklagte mit ihrem Beweisantrag, es solle ein Gerichtsgutachter die ausgeführten Anschlüsse erstellen; es fehlt an substantiierten Behauptungen der Beklagten. Zusammenfassend genügen die Ausführungen der Beklagten nicht, um die BoQ zu entkräften.

E. 10.7

Other Equipment

E. 10.7.1

Die Beklagte macht geltend, vertraglich sei die Installation von 8 Stück "Local control box EU 1.2 according to TII 15.02.07" vorgesehen gewesen. Die Klägerin habe in den BoQ nunmehr 9 solcher Installationen aufgezeichnet, ohne dass sich der Grund für die Mehrmenge erschliesse (act. 18 Rz. 613). Gleiches gelte für die Installation von "Local control box EU 2.2 according to TII 15.02.07": Vertraglich seien 4 Stück vorgesehen gewesen, die Klägerin mache aber 5 Stück geltend (act. 18 Rz. 614). Die Beklagte möchte sodann die Position "Installation 21 Rio-Boxen" um EUR 2'430.00 kürzen (vgl. act. 18 Rz. 616). Die Klägerin verweist für die Mengen auf die BoQ und bestreitet eine Kürzung der Position betreffend die Rio-Boxen (act. 27 Rz. 629 f.).

E. 10.7.2

Die Beklagte versteift sich wieder darauf, den BoQ jede rechtliche Bedeutung für den hier zu beurteilenden Anspruch abzusprechen. Ausserdem verweist sie wieder auf eine von ihr nachträglich erstellte Excel-Liste, aus welcher sich ergeben soll, dass die Klägerin geringere Mengen installiert habe. Das genügt aber nicht, um die Beweiskraft der BoQ und die daraus gewonnene Überzeugung infrage zu stellen. Betreffend die Rio-Boxen bleibt unklar, wie die Beklagte auf den Abzug von EUR 2'430.00 kommt. Sie wirft der Klägerin zwar vor, bestimmte Transportleistungen nicht vorgenommen sowie 3 Serverschränke nicht installiert zu haben, verweist aber zur Begründung auf ein eigenes vorprozessuales Schreiben, wo lediglich der Betrag von EUR 2'430.00 als Abzug vorgeschlagen wird (vgl. act. 18 Rz. 615). Auch hier ist demnach auf die BoQ abzustellen.

E. 10.8

Commissioning

- 53 -

E. 10.8.1

Laut der Beklagten erbrachte die Klägerin die vertraglich geschuldeten Leistungen betreffend die Inbetriebnahme ("Commissioning") nicht. Entsprechend schulde die Beklagte keine Bezahlung der Pauschale, die sich auf EUR 93'252.00 belaufe (vgl. act. 18 Rz. 617 ff.). Die Pauschale erfasse gemäss Vertragswortlaut sowohl die klägerischen Leistungen für das "Commissioning" wie auch die klägerischen Leistungen für das "Testing" (vgl. act. 18 Rz. 618). Der Umfang der von der Klägerin zu erbringenden Leistungen betreffend das "Comissioning and Testing" sei in Ziff. 3.4.8 der technischen Spezifikationen "TSD P9" definiert. Dort sei unter anderem festgehalten, dass die Klägerin an den Systeminspektionen wie auch an den Tests, welche durch den Endkunden, die Beklagte oder Behörden gewünscht werden, teilzunehmen habe. Weiter sei die Klägerin verpflichtet gewesen, Personal zur Verfügung zu stellen, um ausstehende Mängelarbeiten auszuführen und die beklagtischen Ingenieure in der Fehlersuche und -behebung zu unterstützen. Sodann habe die Klägerin sämtliche Tests und Voraussetzungen für die Fertigstellung der Bauleistungen erbringen müssen. Unter anderem hätten Kurzschlussstrommessungen ("Loop Impedance Test") und die Isolationstests ("Insulation Resistance Measurement") Bestandteil der vertraglich vereinbarten Pauschale für die Leistung "Comissioning and Testing" gebildet. Die von der Klägerin zu erbringenden Leistungen seien vor Vertragsabschluss am 18. August 2015 und 7. September 2015 individuell ausgehandelt worden. Die Klägerin habe nicht eine bloss unterstützende Tätigkeit geschuldet (vgl. act. 18 Rz. 619 ff.).

E. 10.8.2

Die Klägerin entgegnet, die erbrachten Leistungen seien in den BoQ ersichtlich, wobei 66% des "Commissioning & Testing" in Ausmassen aufgeführt gewesen seien, welche die Beklagte unterschriftlich bestätigt habe. Beispielsweise sei im Ausmass Nr. 066 (act. 3/147.066) einzig die Position "70.6'001 Commissioning and Testing (C._____: 2 Persons for 3 month)" aufgeführt, und zwar 33% der Gesamtleistung, d.h. zwei von sechs Mann-Monaten: "2 man/month until 24.06.2016". Und die Beklagte habe unterschriftlich bestätigt, dass diese Leistung erbracht worden sei. Im Ausmass Nr. 084 (KB 147.084) habe die Klägerin erneut nur die Position "70.6'001 Commissioning and Testing (C._____: 2 Persons for 3 month)" abgerechnet, und zwar 33% der Gesamtleistung für 2 Mann-Monate im

- 54 - Juli 2016: "2 man-month until 31.07.2016". Und die Beklagte habe die Richtigkeit dieses Ausmasses wiederum unterschriftlich bestätigt (vgl. act. 27 Rz. 631).

E. 10.8.3

Ausgangslage ist auch bei dieser Position, dass sie in den BoQ enthalten ist: Es greift dementsprechend die Vermutung, dass die Leistungen tatsächlich erbracht wurden.

E. 10.8.4

Die Beklagte verweist auf die Ziffer 3.4.8 der technischen Spezifikationen, um die von der Klägerin geschuldete Leistung zu behaupten. Sie kopiert weite Teile der technischen Spezifikationen in ihre Duplikschrift, ohne aber nähere Erklärungen zu geben. Entsprechend kann aus der Wiedergabe der technischen Spezifikationen nichts gewonnen werden. Die Klägerin habe bestimmte Leistungen nicht erbracht, namentlich Kurzschlussstrommessungen ("Loop Checks") und Isolationstests ("Insulation test and target check"). Ausserdem habe die Klägerin nicht eine bloss unterstützende Tätigkeit geschuldet (vgl. act. 18 Rz. 620 f.). Dem ist entgegenzuhalten, dass der in den technischen Spezifikationen verwendete Wortlaut eher für die Klägerin und gegen die Beklagte spricht: "The contractor shall participate in system inspections and tests [...]" (vgl. act. 3/10, Hervorhebung hinzugefügt; auch act. 27 Rz. 632 S. 392). Was die Kurzschlussstrommessungen anbelangt, behauptet die Beklagte nicht, dass die Klägerin überhaupt nicht tätig geworden ist, sondern, dass die gelieferten Messresultate offensichtlich falsch gewesen seien (vgl. act. 18 Rz. 624). Insofern stimmt bereits die Behauptung der Beklagten nicht, die Klägerin sei gar nicht tätig gewesen. Offenbar war die Beklagte aber hinsichtlich der Qualität der erbrachten Leistungen unzufrieden. Dies vermag den Beweiswert der BoQ nicht umzustossen. Zudem scheint die Beklagte in der vorprozessualen Kommunikation anerkannt zu haben, dass die Klägerin die "Loop Checks" und die "Insulation test and target check" durchgeführt hatte (vgl. act. 3/152 S. 2 lit. i; vgl. auch act. 27 Rz. 620); sie bestritt aber, dass diese erbrachten Leistungen Teil des Commissioning seien, was widersprüchlich ist und von der Beklagten auch nicht erklärt wird. Weiter seien die von der Klägerin gelieferten Installationsnachweise und EG-Konformitätserklärungen unbrauchbar gewesen (vgl. act. 18 Rz. 625). Die Klägerin macht hier geltend, dass die genannten Unterlagen gar nicht zum Commissioning gehörten, wobei sie bestreitet,

- 55 - die Unterlagen nicht geliefert zu haben. Die Klägerin habe nach entsprechender Abmahnung durch die Beklagte alle geschuldeten Dokumente, Nachweise und Zertifikate geliefert (act. 27 Rz. 635). Die Beklagte bezeichnet die angeblich nicht gelieferten Unterlagen nicht. Auch reicht sie die fehlerhaften Unterlagen nicht ein. Sie verweist auf ein

eigenes Schreiben mit welchem sie die Klägerin abmahnte: Das widerspricht aber der klägerischen Behauptung gerade nicht, sie habe nach entsprechender Abmahnung die Unterlagen geliefert. Die Beklagte hält sodann dafür, dass aus den Arbeitsnachweisen der Klägerin nicht hervorgehe, was für Arbeiten die Klägerin erbracht haben will (vgl. act. 18 Rz. 627). Da es sich hier aber um eine Pauschalposition handelt und die Klägerin auch nicht einen stundenweisen Mehraufwand geltend macht (anders als beispielsweise bei den Ansprüchen 6, 7 und 8), gehen die beklagtischen Einwände ins Leere. Ohnehin zeigt die Beklagte nicht auf, weshalb einzelne Fehler in Bezug auf einzelne Leistungen, selbst wenn sie denn erstellt wären, die gesamte Position Commissioning zu Fall bringen sollten.

E. 10.9

Instrumentation Supervisor

E. 10.9.1

Laut der Beklagten hat die Klägerin die Leistung "Instrumentation Supervisor" nicht erbracht, weshalb auch die hierfür vorgesehene Vergütung in Höhe von EUR 92'276.46 nicht geschuldet sei (vgl. act. 18 Rz. 629). Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerin einen Mitarbeiter mit den Aufgaben des Instrumentation Supervisors betraut habe (act. 18 Rz. 631 f.). Der von der Klägerin bezeichnete zuständige Arbeitnehmer, M._____, sei allein als Installateur und Instrumenteur tätig gewesen (act. 37 Rz. 847). Das zeige sich darin, dass M._____ nie an den Daily Meetings und den weiteren notwendigen Sitzungen teilgenommen habe (vgl. act. 37 Rz. 849 ff.). Den BoQ spricht die Beklagte wiederum jegliche Rechtswirkung ab, wobei sie festhält, dass 13.1% der Tätigkeit des "Instrumentation Supervisors" in keinem BoQ aufgeführt sei, weshalb eventualiter die Pauschalvergütung auf 86.9% zu reduzieren sei (vgl. act. 37 Rz. 857 f.).

E. 10.9.2

Aus der Nichtteilnahme einzelner Mitarbeiter der Klägerin an Sitzungen lässt sich nichts zugunsten der Beklagten ableiten. Es mag durchaus sein, dass die Tätigkeit des Supervisors auch die Teilnahme an Sitzungen voraussetzte.

- 56 - Primäre Leistung ist aber die Überwachung der Arbeiten. Hierzu führt die Beklagte nichts aus, sondern behauptet pauschal, nicht die klägerischen, sondern ihre Mitarbeiter (namentlich N._____) hätten die Arbeit des Supervisors erbracht. Sie beschreibt aber bereits die konkret erbrachten Arbeiten nicht, was sich angesichts der vorhandenen BoQ aufgedrängt hätte. Es stellt sich auch die Frage, warum die Beklagte die BoQ unterzeichnete, in denen die Leistung des Supervisors unbestrittenemassen aufgeführt ist, und gleichzeitig nie gegen die angeblich unabdingbare, aber unterbliebene Teilnahme an den Sitzungen remonstrierte.

E. 10.9.3

Die Beklagte behauptet, 13.1 % der Tätigkeit des Supervisors sei in keinem BoQ aufgeführt. Die Klägerin bestätigt dies, hält aber dafür, dass M._____ auch dann auf der Baustelle gewesen sei und die Tätigkeit ausgeübt habe; die fehlende Dokumentation sei dem ausgebrochenen Streit zwischen den Parteien geschuldet (vgl. act. 27 Rz. 639). Es trifft zwar zu, dass 13.1% der Tätigkeit nicht durch BoQ belegt sind. Gleichzeitig sind aber 86.9% der Tätigkeit belegt, was der Behauptung der Beklagten widerspricht, dass die Klägerin die Tätigkeit überhaupt nicht erbracht habe. Die Beklagte hätte aufzeigen müssen, dass in der Schlussphase tatsächlich kein Mitarbeiter der Klägerin die Tätigkeit des

Supervisors ausübte. Das tut sie nicht, weshalb die Klägerin Anspruch auf die ganze vereinbarte Pauschalposition "Instrumentation Supervisors" hat.

E. 11

Berechnung des Anspruchs 1

E. 11.1

Die Klägerin erklärt, dass sie effektive Leistungen für ein Gesamttotal von EUR 3'365'186.71 erbracht habe (vgl. act. 27 Rz. 548). Bei einem Vergleich der Summe der 124 Ausmasse mit dem Total des korrigierten Preisblattes (EUR 3'365'186.71) und dem Total der Ausmass-Zusammenstellung zeige sich eine minimale Differenz von rund EUR 20. Diese habe ihre Ursache in Rundungsdifferenzen bei der Addition der Einzelpositionen. Zu Gunsten der Beklagten gehe die Klägerin für die Begründung ihres Preisanpassungsanspruches (Anspruch 1) vom tiefsten Betrag aus: EUR 3'365'163.42 (Addition der Ausmasse Nr. 001-124, vgl. act. 27 Rz. 549). Davon ist der Betrag von EUR 2'433.20 für 28 Meter zu viel verrechnete Kabel abzuziehen (vgl. Erw. 10.3.3). Somit ergibt sich unter Anspruch 1 im Rahmen des Remeasurements ein Gesamttotal erbrachter Leistungen von EUR 3'362'730.22.

E. 11.2

Vom Gesamttotal sind die bisher geleisteten Zahlungen EUR 2'239'421.07 der Beklagten abzuziehen (vgl. act. 27 Rz. 556, vgl. auch act. 1 Rz. 399; in ihrer ersten Rechtschrift ging die Klägerin noch von einem leicht höheren Gesamttotal der unter Anspruch 1 erbrachten Leistungen aus). Die Beklagte schuldet unter Anspruch 1 den noch offenen Betrag von EUR 1'123'309.15.

E. 11.3

Die Beklagte macht mehrere Gegenforderungen geltend, die sie zur Verrechnung bringt. Zur besseren Übersicht werden die behaupteten Gegenforderungen an anderer Stelle gewürdigt (siehe Erwägungen "XI. Gegenforderungen der Beklagten"). Wie noch zu zeigen ist, steht der Beklagten unter dem Titel "Scaffolding" (vgl. Erw. XI. 3.4) eine Gegenforderung von EUR 5'034.78 zu. Die Beklagte verrechnet die ihr zustehende Gegenforderung mit dem im Vertrag vereinbarten Vertragspreis von EUR 2'819'342.00 (vgl. act. 1 Rz. 56, insbesondere Rz. 62-64). Da sich der nunmehr geschuldete Vertragspreis aus Anspruch 1 ergibt, ist die Gegenforderung dort abzuziehen. Entsprechend schuldet die Beklagte unter Anspruch 1 noch EUR 1'118'274.37 (exkl. MwSt.).

E. 12

Mehrwertsteuer

E. 12.1

Die Klägerin fordert unter Anspruch 1 im Hauptstandpunkt die Mehrwertsteuer in Euro und im Eventualstandpunkt in Britischen Pfund. Als Mehrwertsteuerersatz nimmt sie den damals im Vereinigten Königreich geltenden Steuersatz von 20%.

E. 12.2

Die Beklagte bestreitet die klägerseits verlangte Mehrwertsteuer hauptsächlich mit dem Argument, der Klägerin stünden ohnehin keine Forderungen zu. Sie macht auch geltend, dass die Klägerin die Mehrwertsteuer in ihrem Hauptrechtsbegehren in Euro verlange.

Eine Fremdwährungsschuld sei jedoch in der Währung einzuklagen und zu beziffern, auf welche die Geldforderung laute, d.h. in der geschuldeten Währung. Mache der Gläubiger seinen Anspruch nicht in der geschuldeten ausländischen Währung geltend, sei die Klage abzuweisen Da die

- 58 - Klägerin in Rechtsbegehren Ziffer 1 die Mehrwertsteuer in Euro anstatt wie vertraglich vereinbart in Britischen Pfund geltend mache, sei Rechtsbegehren Ziffer 1 der Klage im Umfang der geltend gemachten Mehrwertsteuer, d.h. in der Höhe von EUR 689'646.46 abzuweisen (act. 37 Rz. 597 f.; Rz. 697).

E. 12.3

Unbestritten ist, dass die Beklagte auf allfällige Vergütungsbeträge die Mehrwertsteuer schuldet. Der Steuersatz von 20% ist ebenfalls unbestritten. Es trifft zwar zu, was die Beklagte zu den Fremdwährungsforderungen ausführt. Die Klägerin hat aber mit der Replik ein Eventualbegehren gestellt und verlangt die Mehrwertsteuer neu in Britischen Pfund. Es handelt sich dabei um eine zulässige Klageänderung, wie die Klägerin zu Recht ausführt (vgl. act. 27 FN 16 zu Rz. 557) und auch die Beklagte, soweit ersichtlich, nicht bestreitet.

E. 12.4

Die Beklagte bestreitet den von der Klägerin angewendeten Wechselkurs nicht substantiiert (vgl. act. 37 Rz. 696 "Bestritten. Da der Klägerin gegenüber der Beklagten unter Anspruch 1 keine Forderung zusteht, ist auch keine Mehrwertsteuer geschuldet."). Die Klägerin führt aus, dass gemäss den MoN die aktuellen von Grossbritannien monatlich publizierten Wechselkurse massgebend seien. Sie wendet in der Folge den Wechselkurs von September 2019 an, also dem Zeitpunkt ihrer Replikeingabe (vgl. act. 27 Rz. 557 mit Verweis auf act. 3/9, S. 5). Sie behauptet damit ein tatsächliches Vertragsverständnis beider Parteien. Da die Beklagte dieses Vertragsverständnis nicht bestreitet, ist von diesem auszugehen. Die Klägerin durfte somit mit Einreichung der Replik den Wechselkurs vom September 2019 anwenden.

E. 12.5

Bemessungsgrundlage für die Berechnung der Mehrwertsteuer bleibt die unter Anspruch 1 erstellte Forderung vor Verrechnung der Gegenforderungen der Beklagten (die Verrechnungsforderung der Beklagten gilt mehrwertsteuerrechtlich als Entgelt). Mithin ist die Mehrwertsteuer nicht auf EUR 1'118'274.37, sondern auf EUR 1'123'309.15 zu berechnen. In Euro beläuft sich die Mehrwertsteuer auf EUR 224'661.83. Gestützt auf den klägerischen Wechselkurs (vgl. act. 27 Rz. 557) ergibt sich eine geschuldete Mehrwertsteuer von GBP 205'452.06.

- 59 -

E. 13

Verzugszins

E. 13.1

Die Klägerin verlangt 5% Verzugszins auf den ausstehenden bzw. zu spät bezahlten Beträgen. Sie macht auch geltend, die Parteien hätten in den MoN einen Verfalltag von 45 Tagen vereinbart. Der bis 30. November 2017 aufgelaufene Verzugszins beträgt laut der Klägerin EUR 66'348.31 und GBP 12'135.04. Lau-fender Verzugszins zu 5% ab 30. November 2017 sei auf EUR 1'125'742.35 und auf GBP 205'897.09 geschuldet (vgl. act. 27

Rz. 562). Die Beklagte führt aus, dass der Klägerin kein Preisanpassungsanspruch zustehe, weshalb die Beklagte auch kein Verzugszins schulde (vgl. act. 37 Rz. 698). Auch schulde sie keinen Verzugszins auf die Mehrwertsteuer (act. 37 Rz. 700).

E. 13.2

Laut der Klägerin vereinbarten die Parteien in den MoN einen Verfalltag, weshalb eine zusätzliche Mahnung nicht nötig gewesen sei, um die Beklagte in Verzug zu setzen. Die Klägerin habe zwar Mahnungen an die Beklagte verschickt, aber lediglich im Sinne von Zahlungserinnerungen; die Beklagte habe sich bereits in Verzug befunden. Gemäss Vertrag sei für den Beginn der Zahlungsfrist auf das Zustellungsdatum der jeweiligen Rechnung abzustellen. Die Klägerin habe die Rechnungen jeweils am Tag des Rechnungsdatums per E-Mail und per Post an die Beklagte geschickt, weshalb die Beklagte die Rechnungen per E-Mail bereits am Tag des Rechnungsdatums erhalten habe (vgl. act. 1 Rz. 370 ff.). Die Beklagte stellt in Abrede, dass die Parteien eine Verfalltagsabrede im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR vereinbart hätten. Es sei eine reine Fälligkeitsabrede (vgl. act. 37 Rz. 616, Rz. 698, wo die Beklagte auch auf act. 18 Rz. 744 [recte: Rz. 477] verweist).

E. 13.3

In den MoN vereinbarten die Parteien folgendes: "Payment term 45 days after receipt of the formally correct invoice" (vgl. act. 3/9 S. 4). Zu berücksichtigen ist sodann, dass in den Rechnungen jeweils die Zahlungsbedingungen wiederholt wurden (vgl. z.B. act. 3/151.05, "Terms of payment: Up to 27.05.2016 without deduction", wobei die Rechnung vom 12.04.2016 datiert und eine Zahlungsfrist von 45 Tage ab Rechnungsdatum berechnet wurde.).

- 60 -

E. 13.4

Der Schuldner einer Geldschuld hat, soweit nichts anderes vereinbart worden ist, von Gesetzes wegen Verzugszins zu zahlen, sobald er mit der Zahlung der Schuld in Verzug gerät (Art. 104 Abs. 1 OR). Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Wurde ein bestimmter Verfalltag verabredet, kommt der Schuldner nach Art. 102 Abs. 2 OR schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug. Ein Verfalltagsgeschäft liegt vor, wenn der Zeitpunkt, zu dem der Schuldner erfüllen muss, kalendermässig bestimmt oder zumindest bestimmbar ist; eine bloss ungefähre Festlegung des Erfüllungszeitpunktes reicht nicht aus. Eine undeutliche Verfalltagsbestimmung ist im Zweifel als Vereinbarung eines Mahngeschäfts auszulegen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2010 vom 9. April 2010, E. 6.2).

E. 13.5

Lehre und Rechtsprechung beantworten die Frage, ob eine bestimmte vertragliche Zahlungsfrist (oder eine Frist in einer Rechnung) einen Schuldnerverzug auslöst, unterschiedlich: Angenommen wird ein Verfalltag im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR (vgl. Urteil vom 20. April 2016 des Handelsgerichts des Kantons Zürich, HG150210, E. 3.4), oder eine analoge Anwendung der Verfalltagsregeln (vgl. VETTER/BUFF, Verzugszinsen bei "zahlbar innert 30 Tagen", in: SJZ 115/2019, S. 150 ff., S. 151), oder eine befristete Mahnung (vgl. WEBER/EMMENEGGER, in: Aebi-Müller/Müller (Hrsg.), Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, 2. Aufl., Bern 2020, N 68 5 zu Art. 10). Im Ergebnis haben diese Varianten alle einen

Schuldnerverzug zur Folge. Gemeinsam ist ihnen, dass der Schuldner erkennen kann (und folglich weiss), bis wann er spätestens erfüllen muss, um nicht in Verzug zu geraten. In der Lehre wird namentlich auch die Wendung "zahlbar innert 30 Tagen" als verzugsauslösend angenommen, "ähnlich wie bei der Nichtbeachtung eines bestimmten Verfalltags [...]" (vgl. VETTER/BUFF, Verzugszinsen bei "zahlbar innert 30 Tagen", in: SJZ 115/2019, S. 150 ff., S. 151; vgl. auch WEBER/EMMENEGGER, in: Berner Kommentar zum Obligationenrecht, a.a.O., N 68 und N 115 zu Art. 102).

E. 13.6

Die vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien hält ausreichend klar fest, bis wann die Beklagte spätestens bezahlen musste, um nicht in Verzug zu geraten. Die Vereinbarung wird zudem auch durch die Formulierung in den Rech-

- 61 - nungen (up to = bis zum) untermauert (und konkretisiert). Es war für beide Parteien klar, bis wann die Rechnungen jeweils zu bezahlen waren. Auch musste die Beklagte wissen, dass sie nach diesem Zeitpunkt auch ohne Mahnung in Verzug geraten würde. Das folgt auch aus einer E-Mail der Beklagten vom 6. Juni 2016, in welcher sie betreffend die Rechnung Nr. 4 festhielt, dass "payment term is running until the 01.07.2016 (vgl. act. 27 Rz. 500; act. 19/22, Hervorhebung hinzugefügt). Auch beglich die Beklagte die Rechnung Nr. 5 bereits am 14. Juni 2016, obschon die Zahlungsfrist erst am 16. Juni 2016 ablief (vgl. act. 27 Rz. 500).

E. 13.7

Wie in den vorstehenden Erwägungen aufgezeigt, steht der Klägerin unter Anspruch 1 eine leicht geringfügigere Forderung als beantragt zu. Dementsprechend ist der Verzugszins neu zu berechnen.

E. 13.7.1

Der Betrag von EUR 2'433.20 für 28 Meter zu viel verrechnete Kabel, den es abzuziehen gilt (vgl. Erw. 10.3.3), gehört zu 7/10 zur Rechnung Nr. 6 vom 21. Juli 2016 (Mit dieser Rechnung wurde Allowance K. _____ 078 und Allowance K. _____ 080 in Rechnung gestellt: vgl. act. 3/151.10 S. 2; Allowance steht dabei für Ausmass [vgl. act. 27 Rz. 86]; die Kabel wurden in den Ausmassurkunden [BoQ] Nr. 78 und Nr. 80 aufgelistet). Die verbleibenden 3/10 der BoQ 78 und 80 wurden mit Rechnung Nr. 7 vom 10. Oktober 2016 verlangt (vgl. act. 3/151.15 S. 2). Zugesprochen wird für die Kabel ein Betrag von EUR 32'771.50 (verlangt: EUR 35'204.70 [vgl. act. 27 Rz. 603] abzüglich EUR 2'433.20). Der abzuziehende Betrag von EUR 2'433.20 ist auf die zwei Rechnungen aufzuteilen, um die Anteile anschliessend vom Rechnungsbetrag abzuziehen: EUR 1'703.24 gehören zur Rechnung vom 21. Juli 2016 (7/10 von EUR 2'433.20) und EUR 729.96 (3/10 von EUR 2'433.20) gehören zur Rechnung vom 10. Oktober 2016. Diese beiden Beträge sind von den jeweiligen Rechnungen abzuziehen, um den aufgelaufenen Zins neu zu berechnen (vgl. zur Laufzeit und Verzugsdauer: act. 27 Rz. 558 Tabelle); Rechnung vom 21. Juli 2016: Rechnungsbetrag neu EUR 262'094.08 Laufzeit Verzugszins bis 30. November 2017: 452 Tage

- 62 - aufgelaufener Verzugszins bis 30. November 2017 gemäss Klägerin: EUR 16'333.75 aufgelaufener Zins bis 30. November 2017 neu: EUR 16'228.30 Rechnung vom 24. November 2016: Rechnungsbetrag neu EUR 60'522.65 Laufzeit Verzugszins bis 30. November 2017: 371 Tage aufgelaufener Verzugszins bis 30. November 2017 gemäss

Klägerin: EUR 3'112.98 aufgelaufener Zins bis 30. November 2017 neu: EUR 3'075.90
Total Differenz aufgelaufener Verzugszins gemäss klägerischen Rechnungen und neuer
Berechnung: EUR 142.53 Die Klägerin macht aufgelaufenen Verzugszins in Höhe von
EUR 66'348.31 geltend (vgl. act. 27 Rz. 558). Davon ist die Differenz von EUR 142.53
abzuziehen, was einen aufgelaufenen Verzugszins bis 30. November 2017 von EUR
66'205.78 ergibt.

E. 13.7.2

Es stellt sich die Frage, wie die Gegenforderung der Beklagten zu berücksichtigen ist, welche ja die Forderung der Klägerin reduziert und sich folglich auch auf den Verzugszins auswirkt. Gemäss Art. 124 Abs. 2 OR wird angenommen, zur Verrechnung stehende Forderung und Gegenforderung seien, soweit sie sich ausgleichen, schon im Zeitpunkt getilgt worden, in dem sie zur Verrechnung geeignet einander gegenüberstanden. Massgebend ist der Zeitpunkt, in dem der Verrechnende objektiv zum ersten Mal hätte Verrechnung erklären können (vgl. Kessler, Christina, in; Honsell, Heinrich (Hrsg), Kurzkomentar zum Obligationenrecht, Basel 2014, N 7 zu Art. 124). Die Beklagte nennt diesen Zeitpunkt nicht. Soweit ersichtlich stand die Höhe der Gegenforderung am 31. August 2016 endgültig fest (vgl. act. 18 Rz. 993 mit Verweis auf act. 3/134). Es rechtfertigt sich da-

- 63 - rum, diesen Zeitpunkt als massgebenden Tilgungszeitpunkt zu betrachten. Der Einfachheit halber ist auf die Gegenforderung der Verzugszins für den Zeitraum vom 31. August 2016 bis zum 30. November 2017 auszurechnen. Denn dieser Betrag entspricht demjenigen, den man erhalten würde, wenn man zunächst die Gegenforderung selbst abziehen würde und auf der tieferen Forderung der Klägerin den aufgelaufenen Zins berechnen würde. Der aufgelaufene Verzugszins auf EUR 5'034.78 für den Zeitraum vom 31. August 2016 bis zum 30. November 2017 beträgt EUR 314.50. Dieser aufgelaufene Verzugszins ist nun vom aufgelaufenen Verzugszins der Klägerin in Höhe von EUR 66'205.78 abzuziehen. Die Beklagte schuldet somit noch EUR 65'891.28 aufgelaufenen Verzugszins.

E. 13.8

Die Klägerin verlangt auf die Mehrwertsteuer aufgelaufenen Verzugszins bis 30. November 2017 von GBP 12'135.04 (vgl. act. 27 Rz. 562). Die Beklagte bestreitet, dass das zulässig sein soll. Es ist indes zulässig, auch auf der Mehrwertsteuer Verzugszins zu verlangen. Die Klägerin hat die Steuer gemäss eigener Aussage bezahlt. Entsprechend hatte sie einen Mittelabfluss und eine Forderung gegen die Beklagte. Die Beklagte befindet sich sodann auch mit dieser Forderung in Verzug.

E. 13.9

Die Klägerin erklärt, da ihre Berechnung des aufgelaufenen Zinses die Mehrwertsteuer von 20% noch nicht enthalte, sei – entsprechend dem tatsächlich um 20% höheren Ausstand – auch der berechnete aufgelaufene Zins noch um 20% zu erhöhen (vgl. act. 27 Rz. 562). Zu beachten ist, dass die klägerischen Zahlen in der Tabelle in Randziffer 558 ihrer Replik zuzüglich Mehrwertsteuer sind; die Mehrwertsteuer ist darin noch nicht enthalten. Auf den ersten Blick scheint es, dass die Klägerin die Mehrwertsteuer auf den Verzugszins berechnet, was unzulässig wäre, da Verzugszins mehrwertsteuerrechtlich kein Entgelt darstellt und folglich nicht Bemessungsgrundlage sein kann. Die Rechnung der Klägerin ist gleichwohl korrekt, denn sie verlangt nicht etwa die Mehrwertsteuer auf dem aufgelaufenen

Verzugszins, sondern berechnet den Verzugszins auf die Mehrwertsteuer. Das gleiche Ergebnis würde resultieren, wenn man zunächst die Mehrwertsteuer auf die einzelnen Rechnungsbeträge addieren würde und dann für jeden Betrag den aufgelaufenen Verzugszins gesondert berechnen würde.

- 64 - Das Resultat wäre ein um 20% höherer aufgelaufener Verzugszins. Darum spricht nichts dagegen, auf den ohne vorgängige Addition der Mehrwertsteuer berechneten aufgelaufenen Zins 20% zu addieren. Diese 20% belaufen sich auf EUR 13'178.26 (20% auf EUR 65'891.28). Umgerechnet in GBP – anwendbar ist wiederum der Wechselkurs der Klägerin – ergibt das einen aufgelaufenen Verzugszins bis 30. November 2017 auf die Mehrwertsteuer (nicht Mehrwertsteuer auf den aufgelaufenen Zins) von GBP 12'051.44.

E. 13.10

Sodann verlangt die Klägerin in der Replik laufende Verzugszinsen zu 5% seit 30. November 2017 auf EUR 1'118'274.37 und auf GBP 205'452.06 (vgl. act. 27 Rz. 559 für die Laufzeit). Im Rechtsbegehren werden die Zinsen hingegen ab 1. Dezember 2017 verlangt. Letzteres ist korrekt, wie auch nachfolgende Erwägungen aufzeigen:

E. 13.10.1

Die Klägerin zählt im Ergebnis einen Tag doppelt. Das ist beispielhaft anhand der Rechnungen für die Meilensteine 2.8 und 3.2 aufzuzeigen (vgl. Tabelle in act. 27 Rz. 558): Die Klägerin rechnet ab Rechnungsdatum jeweils 45 Tage hinzu (gemäss Zahlungsfrist in den MoN). Die beiden Rechnungen datieren vom 26. August 2016 und vom 13. September 2016. Als Verzugsdatum (die Klägerin spricht von Fälligkeit; gemeint dürfte der erste Tag des Verzugesintritts sein; Fälligkeit und Verzug sind auseinanderzuhalten) nimmt sie den 10. Oktober 2016 und den 28. Oktober 2016 an. Die aufgelaufenen Verzugszinsen rechnet sie vom 10. Oktober 2016 und vom 28. Oktober 2016 jeweils bis zum 30. November 2017 aus. Sie kommt so auf 416 Tage und auf 398 Tage Verzug.

E. 13.10.2

Gemäss Art. 77 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 OR fällt der Zeitpunkt der Erfüllung einer Verbindlichkeit, wenn diese mit dem Ablauf einer bestimmten Frist erfolgen soll, auf den letzten Tag der Frist, wenn die Frist nach Tagen bestimmt ist, wobei der Tag, an dem die Frist zu laufen beginnt, nicht mitgerechnet wird. Die Zahlungsfrist fing vorliegend mit dem Zustelltag der beiden Rechnungen an (Zustellung per E-Mail, somit Rechnungsdatum). Somit war der erste Tag der 45-tägigen Zahlungsfrist der 26. August 2016 und der 13. September 2016. Dieser Tag wird nicht mitgezählt für die Berechnung der Zahlungsfrist. Die Fristen endeten somit am 10. Oktober 2016 und am 28. Oktober 2016. Diese Tagen waren, an-

- 65 - ders als die Klägerin anzunehmen scheint, nicht die ersten Tag der jeweiligen Verzugsperiode der Beklagten, sondern der letzte Tag, an welchem die Beklagte noch rechtzeitig hätte erfüllen können. Der erste Tag, an welchem sich die Beklagte in Verzug befand und folglich Verzugszinsen schuldet, ist der 11. Oktober 2016 und der 29. Oktober 2016 (vgl. zum massgeblichen Berechnungszeitpunkt auch BGE 80 II 327 S. 337 E. 6). Berechnet man nun die Tage vom 11. Oktober 2016 (einschliesslich) bis zum 30. November 2017 (einschliesslich) ergibt das 416 Tage. Vom 29. Oktober 2016 (einschliesslich) bis zum 30. November 2017 (einschliesslich) sind es 398 Tage. Die Klägerin hat also die Anzahl

Tage des aufgelaufenen Verzugszinses richtig berechnet. Wenn sie nun aber Verzugszins ab 30. November 2017 beantragt, verlangt sie einen Tag zu viel. Da es um die richtige Anwendung von Art. 104 OR geht, folglich um Rechtsanwendung, muss das Gericht nach dem Grundsatz *iura novit curia* eingreifen. Die Beklagte schuldet laufende Verzugszinsen zu 5% auf EUR 1'118'274.37 seit 1. Dezember 2017 und auf GBP 205'452.06 seit 1. Dezember 2017.

E. 14

Fazit

E. 14.1

Die Klägerin macht unter Anspruch 1 gestützt auf eine Vertragsklausel einen Remeasurement-Anspruch geltend. Wegen Mehrmengen (Material und pauschalisierte Arbeit pro unit) schulde die Beklagte einen höheren Werklohn. Sie begründet ihren Anspruch 1 anhand der Bill of Quantities (BoQ) und bringt zu Recht vor, dass es sich dabei um Ausmassurkunden handelt. Dass die Beklagte nicht alle BoQ unterzeichnete, wirkt sich nicht zulasten der Klägerin aus. Die übrigen Einwände der Beklagten überzeugen nicht. Einzig hinsichtlich einer Kabelposition ist eine geringfügige Anpassung vorzunehmen.

E. 14.2

Zusammenfassend schuldet die Beklagte EUR 1'118'274.37 (exkl. MwSt.) und eine Mehrwertsteuer von GBP 205'452.06, aufgelaufenen Verzugszins bis 30. November 2017 von EUR 65'891.28 und von GBP 12'051.44 sowie laufende Verzugszinsen zu 5% auf EUR 1'118'274.37 seit 1. Dezember 2017 und auf GBP 205'452.06 seit 1. Dezember 2017.

- 66 - III. Anspruch 2 der Klägerin: Change Order 1 vom 10. März 2016 1. Übersicht Der klägerische Anspruch 2 betrifft einen Änderungsantrag der Klägerin (in der Terminologie der Vertragsparteien einen Change Order Request, fortan COR). Die Beklagte habe diesen Änderungsantrag akzeptiert. Die Parteien haben laut Klägerin im COR 1 vom 10. März 2016 eine Entschädigung von EUR 32'191.50 (exkl. MwSt.) für Mehraufwand und Beschleunigungsmassnahmen vereinbart (act. 1 Rz. 467). 2. Anerkennung durch die Beklagte Die Beklagte anerkennt grundsätzlich, dass sie gestützt auf den COR 1 vom 10. März 2016 EUR 32'191.50 schuldet, allerdings habe die Klägerin keinen Anspruch auf eine Mehrwertsteuer. Die Beklagte macht ihrerseits Gegenforderungen gegen die Klägerin geltend, die sie zur Verrechnung bringen will. 3. Verrechnungseinrede

E. 17

August 2016. Dort war sie es, die Feedback geben musste. Es war also die Beklagte, die Informationen liefern musste. Selbst wenn die Klägerin bei einer äusserst geringen Anzahl Kabel nicht über die vollständigen Planungsinformationen verfügt haben sollte (vgl. act. 37 Rz. 562), steht wiederum fest, dass die Klägerin nicht alleine für die Verzögerung verantwortlich war.

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