



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, und Oberrichter Prof. Dr. Alexander Brunner, die Handelsrichter Thomas Wirth, Vinicio Cassani und Dr. Myriam Gehri sowie der Gerichtsschreiber Matthias-Christoph Henn

Urteil vom 13. Oktober 2015

in Sachen

A._____ S.r.l.,

Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt X._____

gegen

B._____ AG,

Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren der Hauptklage:

(act. 1 S. 2)

"Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin den Betrag von 3 Millionen Euro zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5% seit dem 22. März 2011. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Rechtsbegehren der Widerklage:

(act. 14 S. 2)

"Die Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Widerklägerin den Betrag von EUR 280'294.56 zuzüglich Zins zu 3% über dem 3-Monats Euribor (4.53%) seit dem 9. September 2011 zu bezahlen.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Widerbeklagten."

Inhaltsverzeichnis:

Sachverhalt und Verfahren.....	4
A. Sachverhaltsübersicht.....	4
a. Parteien und Kurzzusammenfassung.....	4
b. Prozessklärungen der Parteien.....	5
B. Prozessverlauf.....	6
a. Klageeinleitung.....	6
b. Wesentliche Verfahrensschritte.....	7
c. Beweisvorbringen der Parteien.....	7
d. Beweisabnahmen.....	7
e. Hauptverhandlung.....	7
Erwägungen.....	7
1. Formelles.....	8
1.1. Zuständigkeit.....	8
1.1.1. Zuständigkeit für die Hauptklage.....	8
1.1.2. Zuständigkeit für die Widerklage.....	8
1.1.3. Zusammenfassung.....	9
1.2. Anwendbares Recht.....	9
2. Zum entgangenen Gewinn der Klägerin (Erfüllungsinteresse).....	9
2.1. Parteibehauptungen.....	9
2.2. Beweismittel der Parteien.....	11
2.3. Würdigung.....	11
2.4. Ergebnis.....	15
3. Zur Widerklage im Allgemeinen und Verrechnungserklärung der Klägerin.....	15
3.1. Parteibehauptungen.....	15
3.2. Verrechnungserklärung der Klägerin.....	18
3.3. Zwischenfazit.....	19
4. Zu den offenen Rechnungen der Beklagten.....	19
4.1. Parteibehauptungen.....	19
4.2. Qualifikation des Vertrages.....	20
4.3. Vertragsauslegung.....	21
4.3.1. Allgemeine Auslegungsregeln des Obligationenrechts.....	21
4.3.2. Konkrete Vorgehensweise.....	23
4.4. Zu den Rechnungen Nr. 416683, 416668, 416676 und 416682.....	24
4.4.1. Unbestrittener Sachverhalt.....	24
4.4.2. Klägerische Behauptungen.....	25
4.4.3. Beklagliche Behauptungen.....	26
4.4.4. Relevante Bestimmung.....	26

4.4.5. Würdigung	27
4.4.6. Fazit.....	40
4.5. Zu den Rechnungen Nr. 416725, 416726, 416729, 416730, 416735, 416736 und 416795	40
4.5.1. Zur verabredeten Anzahl Wagen und Wagentypen ab 28. Februar 2011	41
4.5.2. Zur Anzahl tatsächlich eingesetzter Wagen ab 28. Februar 2011	43
4.5.3. Zur Preisgestaltung ab 28. Februar 2011	45
4.5.4. Ansprüche der Beklagten aus den zwischen 28. Februar 2011 und 22. März 2011 durchgeführten Rundfahrten	56
5. Zum Schadenersatz der Beklagten für Mietkosten und Wagenstillstand ..	58
5.1. Vorbemerkung	58
5.2. Zum Kündigungs- und zum Einstellungsrecht der Beklagten / Art. 3 Abs. 5 RTSA	58
5.2.1. Parteibehauptungen	59
5.2.2. Kündigungsrecht	60
5.2.3. Einstellungsrecht nach Art. 3 Abs. 5 RTSA	61
5.3. Zum Schadenersatz der Beklagten für Mietkosten und Wagenstillstand im Besonderen	64
5.3.1. Parteibehauptungen	64
5.3.2. Rechtliches	65
5.3.3. Würdigung.....	65
5.3.4. Zusammenfassung	66
6. Zusammenfassung	66
7. Verzugszinsen.....	66
8. Streitwert / Prozesskosten.....	67
8.1. Streitwert.....	67
8.2. Kosten- und Entschädigungsfolgen	67

Sachverhalt und Verfahren:

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und Kurzzusammenfassung

Die Klägerin und Widerbeklagte (nachfolgend Klägerin), ein italienisches Transportunternehmen, schloss mit der Beklagten und Widerklägerin (nachfolgend Beklagte), ein schweizerisches Eisenbahnverkehrsunternehmen, am 29. Oktober 2010 ein "Rail Traction Service Agreement" (act. 3/1; im Folgenden "RTSA") ab.

Darin verpflichtete sich die Beklagte unter anderem, Traktionsleistungen zu erbringen (Art. 2.A.a RTSA) und Eisenbahnwagen zur Verfügung zu stellen (Art. 2.A.c RTSA). Die Klägerin verpflichtete sich insbesondere zur Bezahlung dieser Leistungen (Art. 2.B.h RTSA). Aufgrund fehlender Wagen bei Projektbeginn unterzeichneten die Parteien am 2./7. Februar 2011 noch einen Zusatz zum RTSA ("Annex 1"), der unter anderem einen tieferen Preis für eine Rundfahrt (d.h. Fahrt von C._____ nach D._____ und zurück bzw. von D._____ nach C._____ und zurück) festlegte (act. 3/21).

Als die Klägerin im März 2011 gewisse Rechnungen nicht bezahlte, stellte die Beklagte ihre Leistungen ab 23. März 2011 ein. Die Klägerin macht geltend, dass die Beklagte dazu nicht berechtigt gewesen sei und verlangt den ihr entgangenen Gewinn von EUR 3 Mio. im Sinne einer Teilklage.

b. Prozessklärungen der Parteien

aa. Wesentliche Prozessklärungen der Klägerin

Die Klägerin macht geltend, dass die Beklagte zu keinem Zeitpunkt die versprochenen Wagen, weder typ- noch anzahlmässig, habe zur Verfügung stellen können (act. 1 S. 4; act. 1 S. 14). Auch nach einer von den Parteien gesetzten Frist – nach dem 28. Februar 2011 – seien die Züge mit einem um einen Drittel reduzierten Angebot gefahren (act. 1 S. 4; act. 1 S. 16). Die Beklagte hätte aber weiterhin den Preis verlangt und in Rechnung gestellt, welcher während der Gültigkeitsdauer des Annex, d.h. bis und mit 27. Februar 2011, gegolten habe. Die Klägerin habe diese Rechnungen – wie vertraglich vorgesehen – bestritten (act. 1 S. 17). Die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, den Vertrag zu kündigen (act. 1 S. 4; act. 1 S. 18; act. 19 S. 12). Nun fordere sie von der Beklagten das Erfüllungsinteresse (entgangener Gewinn) und beschränke sich im vorliegenden Verfahren im Sinne einer Teilklage auf die Forderung von EUR 3 Mio. (act. 1 S. 4). Die Klägerin reicht zur Gewinnermittlung ein Gutachten (act. 20/41) ein und erklärt, dass es sich um das einzige Beweismittel handeln würde, um ihren entgangenen Gewinn zu berechnen (act. 29 S. 5).

In Bezug auf die Forderung der Beklagten (Widerklage) erklärt die Klägerin, dass sie jede einzelne Rechnung fristgerecht bezahlt habe (act. 19 S. 25). Es würden keine offenen Forderungen bestehen (act. 19 S. 25). Weiter führt die Klägerin zu den Forderungen der Beklagten aus, dass sie nach der unrechtmässigen Kündigung des Vertrages durch die Beklagte keine Rechnungen mehr bezahlt habe. Das vertraglich vereinbarte Verrechnungsverbot gelte nach der Kündigung nicht mehr und daher sei die Widerklageforderung nun mit einem entsprechend kleinen Teil des entgangenen Gewinns zu verrechnen (act. 29 S. 14).

Die Klägerin bestreitet, dass es eine Grundlage für den von der Beklagten geltend gemachten Schadenersatz für Mietkosten und Wagenstillstand geben würde. Auch die Verzugszinsen bestreitet sie (act. 19 S. 26).

bb. Wesentliche Prozessklärungen der Beklagten

Die Beklagte führt aus, dass sie ihre Leistung vertragskonform erbracht habe (act. 14 Rz. 92). Sie macht geltend, dass sie die Leistungen habe einstellen müssen, weil die Klägerin Rechnungen für drei Wochen nicht mehr habe bezahlen wollen und dies für sie finanziell unzumutbar geworden sei (act. 14 S. 5). Sie bestreitet die klägerische Forderung und macht geltend, dass diese nicht substantiiert sei (act. 29 Rz. 22). Mit ihrer Widerklage macht sie einerseits mehrere Rechnungen geltend (act. 14 Rz. 107 ff.). Andererseits fordert sie von der Klägerin Schadenersatz für Mietkosten und Wagenstillstand (act. 14 Rz. 113 ff.) sowie Verzugszinsen (act. 14 Rz. 116).

B. Prozessverlauf

a. Klageeinleitung

Die Klägerin erhob ihre Klage am 26. April 2011 (act. 1). Mit Eingabe vom 27. April 2011 (Poststempel 28. April 2011) stellte sie ein Gesuch um (superprovisorische) Anordnung von vorsorglichen Massnahmen (act. 5). Mit Verfügung vom 2. Mai 2011 wurde das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden konnte (act. 7).

b. Wesentliche Verfahrensschritte

Die Beklagte erhob mit ihrer Klageantwort Widerklage (act. 14). Nach erfolgter Replik/Widerklageantwort (act. 19; Prot. S. 10) fand am 30. Mai 2012 eine Vergleichsverhandlung statt (Prot. S. 10 f.). Mit Einreichung der Widerklageduplik am 15. November 2012 (act. 29) wurde der zweite Schriftenwechsel abgeschlossen.

c. Beweisvorbringen der Parteien

Die Klägerin hat diverse Urkunden ins Recht gelegt (act. 3/1-3, 5-39 und act. 20/40-42). Weiter offeriert sie E._____, F._____ und G._____ als Zeugen. Die von der Klägerin im Beweismittelverzeichnis angeführte Parteibefragung (act. 11 unten), auf welche sie sich nach Abschluss des Schriftenwechsels verschiedentlich beruft (act. 37 S. 2 und act. 55 S. 6), wurde einzig im Zusammenhang mit der allgemeinen Tätigkeit der Klägerin und zudem ohne Nennung der zu befragenden Person als Beweismittel anerboden (act. 1 S. 5 Ziff. 3.2.; vgl. auch Erw. 2.3.), wobei sich diesbezüglich – nicht zuletzt mangels Bestreitung durch die Beklagte (act. 14 Rz. 20) – von vornherein eine Beweisabnahme und auch die beantragte Beweisergänzung (act. 55 S. 2 und 6) erübrigt (vgl. dagegen act. 62 Rz. 6).

Von der Beklagten stammen die Beilagen act. 15/1-39. Zudem offeriert die Beklagte H._____, I._____ und J._____ als Zeugen sowie K._____ zur Beweis- bzw. Parteiaussage.

d. Beweisabnahmen

Am 30. Januar 2014 fand eine Beweisverhandlung statt (Prot. S. 25 ff.). Zudem erfolgten Beweiserhebungen auf dem Rechtshilfeweg in Belgien (act. 38) und Italien (act. 39 f.). Die Parteien haben mit Eingaben vom 8. September 2014 zum Beweisergebnis Stellung genommen (act. 55 f.).

e. Hauptverhandlung

Am 13. Oktober 2015 fand die Hauptverhandlung statt (act. 55 S. 2, act. 56 Rz. 2; Prot. S. 42 und 49 ff.)

Erwägungen:

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

1.1.1. Zuständigkeit für die Hauptklage

Die Parteien haben in Art. 17 RTSA die zuständigen Gerichte in Zürich ("*competent courts in Zurich, Switzerland*") prorogiert (act. 3/1). Da die Klägerin ihren Sitz in ..., Italien, hat, ist vorliegend das LugÜ (vgl. Art. 1 Abs. 2 IPRG) für die Frage der örtlichen Zuständigkeit anwendbar. Die Voraussetzungen von Art. 23 Abs. 1 LugÜ betreffend Gültigkeit einer Gerichtsstandsklausel sind erfüllt; die Zürcher Gerichte sind für die Hauptklage örtlich zuständig.

Die Klägerin ist in einem dem schweizerischen Handelsregister vergleichbaren Register in Italien eingetragen (act. 3/3). Die Beklagte ist im schweizerischen Handelsregister eingetragen. Die Streitigkeit bezieht sich auf die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien. Beim vorliegenden Streitwert ist auch die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht gegeben. Die Voraussetzungen nach Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO liegen somit vor. Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist daher für die Hauptklage sachlich zuständig (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

1.1.2. Zuständigkeit für die Widerklage

Die Beklagte hat mit der Klageantwort Widerklage erhoben. Die Zürcher Gerichte sind für die Widerklage ebenfalls örtlich zuständig (Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Ziff. 3 LugÜ).

Die Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Widerklage gemäss Art. 224 ZPO sind gegeben. Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist daher auch für die Widerklage sachlich zuständig.

1.1.3. Zusammenfassung

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich ist somit gegeben und im Übrigen auch unbestritten geblieben (act. 1 S. 2 Ziff. 1; act. 14 Rz. 3-6; act. 19 S. 3).

1.2. Anwendbares Recht

Die Parteien haben in Art. 16 RTSA Schweizer Recht für anwendbar erklärt ("*This Agreement shall be governed by the material laws of Switzerland.*"). Weiter haben sie in Art. 7 RTSA für die zwischen ihnen vertraglich abgemachten Leistungen vereinbart, dass die Bestimmungen des "Übereinkommens über den internationalen Eisenbahnverkehr" (COTIF) [SR 0.742.403.1], die "Einheitlichen Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Gütern" (CIM; Anhang B zum COTIF) und andere internationale Vereinbarungen im Bereich der Eisenbahnbeförderung Anwendung finden.

Die Rechtswahlklauseln in Art. 7 und 16 RTSA sind gültig (Art. 116 Abs. 2 IPRG). Schweizer Recht und – sofern eine Rechtsfrage auch in den Regelungsbereich der erwähnten internationalen Übereinkommen fällt – sind auch die internationalen Übereinkommen anwendbar.

2. Zum entgangenen Gewinn der Klägerin (Erfüllungsinteresse)

2.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin macht das "Erfüllungsinteresse aus dem Vertrag" in Höhe von EUR 3 Mio. geltend (act. 1 S. 4). Sie sei im Rahmen des RTSA ein eigenes finanzielles Engagement von mehr als EUR 10 Mio. eingegangen. Dieser Betrag ergebe sich aus der Anzahl (vorgesehenen) Züge multipliziert mit dem vereinbarten Normpreis. Dazu würden noch andere Verpflichtungen gegenüber Dritten kommen (act. 1 S. 11). Ihre Aufwandkosten würden EUR 29'710.– pro Tag und ihr Gesamtertrag EUR 41'132.– betragen. Somit hätte sie einen ihr verbleibenden Bruttoertrag von EUR 11'422.– pro Tag erzielt, was bei 250 Umlaufzügen pro Jahr einen Gesamtgewinn von EUR 2'852'500.– ergeben würde (act. 1 S. 21). Gemäss ihrem Businessplan (act. 3/11) sei vorgesehen gewesen, einen jährlichen Profit

von gut EUR 2.8 Mio. zu erwirtschaften (act. 1 S. 11). Wenn die Beklagte ihre vertraglichen Verpflichtungen korrekt erfüllt hätte, dann hätte der über die Vertragsdauer erwirtschaftete Gewinn über EUR 5 Mio. betragen (act. 1 S. 12). Im Sinne einer Teilklage beschränke sie sich nun auf EUR 3 Mio. Wenn aber die Beklagte widerklageweise Forderungen gegenüber der Klägerin erheben würde, würde sie ihre Forderung um diesen widerklageweise geltend gemachten Betrag erhöhen (act. 1 S. 12).

Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerin ein finanzielles Engagement von EUR 10 Mio. eingegangen sei (act. 14 Rz. 139). Der Businessplan könne das nicht belegen. Auch bestreitet sie den angeblichen möglichen Gewinn der Klägerin (act. 14 Rz. 139). Die Beklagte erklärt, dass die klägerischen Ausführungen zum Gesamtertrag, der Aufwände und dem möglichen Gewinn nicht nachvollziehbar seien. Auch seien diese weder substantiiert noch belegt. Der Businessplan sei kein genügender Beweis (act. 14 Rz. 166).

Replicando erklärt die Klägerin, dass der interne Businessplan tatsächlich keine fundierte Grundlage für die Ermittlung des entgangenen Gewinns bilde. Sie habe daher durch den Lehrstuhl für Logistikmanagement an der Universität St. Gallen im Rahmen eines wissenschaftlichen Gutachtens eine szenariobasierte Gewinnermittlung erstellen lassen (act. 20/41). Dieses Gutachten komme zum Schluss, dass die eingeklagte Forderung den wissenschaftlich errechneten entgangenen Gewinn nicht übersteige. Damit sei die eingeklagte Forderung genügend substantiiert (act. 19 S. 6 und S. 31).

Duplicando verneint die Beklagte, dass das klägerische Gutachten zur Substantiierung und Belegung des angeblichen klägerischen Schadens genügen würde. So beruhe das Gutachten auf reinen und nicht weiter belegten Hypothesen. Es sei zudem ein Parteigutachten und habe wie eine reine Parteibehauptung keinen weiteren Beweiswert (act. 27 Rz. 22). Ihr und dem Gericht seien die konkrete Fragestellung und die Instruktion des Gutachters unbekannt. Auch hätte sie sich nicht dazu äussern können (act. 27 Rz. 22). Die Beklagte führt zudem aus, dass es daher auch nicht erstaune, dass die Klägerin in der Replik zum Beispiel keine Kundenverträge oder sonstigen konkreten Belege eingereicht habe (act. 27 Rz. 22).

In ihrer Widerklageduplik macht die Klägerin geltend, dass das von ihr beigebrachte Parteigutachten das einzige Beweismittel sei, das vorliegend zur Verfügung stehe, um den entgangenen Gewinn aus dem Vertrag zu berechnen (act. 29 S. 5 und 6). Aufgrund der Natur des Geschäfts hätten ihre Kunden keine mittelfristigen Buchungsverpflichtungen abgeschlossen (act. 29 S. 5). So verfüge kein Akteur im internationalen kombinierten Verkehr über Kundenverträge von mehreren Monaten (act. 29 S. 6). Kunden würden nur knapp im Voraus buchen und sich nicht über längere Zeit hinaus verpflichten (act. 29 S. 10). Im Gutachten seien verschiedene Szenarien untersucht worden, die in der Gegenwart bzw. zum Zeitpunkt des Urteils sehr gut auf ihre Realisierung hin beurteilt werden könnten (act. 29 S. 10).

2.2. Beweismittel der Parteien

Die Klägerin reicht als Beweismittel für das von ihr geltend gemachte Erfüllungsinteresse (entgangener Gewinn) einen Businessplan (act. 3/11) sowie ein von ihr in Auftrag gegebenes Gutachten (act. 20/41) ein. Weitere Beweismittel offeriert sie nicht. Die Beklagte reicht bezüglich der Hauptklage keine Beweismittel ein.

2.3. Würdigung

Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Sie müssen in ihren Rechtsschriften bzw. Parteivorträgen diejenigen Tatsachen, auf welche sie ihre Begehren stützen, bestimmt und vollständig darlegen (Art. 8 ZGB). Die Tatsachenbehauptungen müssen so konkret formuliert werden, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann. In einem ersten Schritt genügt es für die behauptungsbelastete Partei zwar, wenn sie dem Gericht eine einfache und schlüssige Behauptung unterbreitet. Die Schlüssigkeit entfällt jedoch, wenn die Gegenpartei die Behauptung bestreitet oder das Gericht im Rahmen der gerichtlichen Frage- und Aufklärungspflicht weitere Fragen zu dem Tatsachenvortrag stellt. In diesem Fall muss die behauptungsbelastete Partei die Schlüssigkeit der Tatsachenbehauptung durch Zerlegung in Einzeltatsachen und detaillierte Begründung wieder herstellen. Die

Tatsachenbehauptungen müssen dabei so formuliert sein, dass sie als Beweissatz in die Beweisaufnahme aufgenommen werden können. Rechtserhebliche Behauptungen müssen in der Rechtsschrift selbst vorgebracht werden. Ausnahmsweise kann ein Aktenstück Teil einer Parteibehauptung sein. Voraussetzung ist, dass in der Rechtsschrift klar referenziert ist, welcher Teil eines Aktenstückes Teil der Behauptung sein soll (BGE 127 III 365 E. 2.b, 117 II 113, E. 2; ZR 102 [2003] Nr. 15; ZR 79 [1980] Nr. 130, ZR 84 [1985] Nr. 52; SUTTER-SOMM/VON ARX, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 55 N. 23 ff. mit weiteren Hinweisen; so bereits FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 4 zu § 55, N 1 ff. zu § 113 und N 3 zu § 130 ZPO/ZH). Weiter müssen die Beweismittel eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zugeordnet werden können (Art. 152 Abs. 1 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO; dazu auch Urteil des Bundesgerichts 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4).

Für ihre Behauptungen in Bezug auf die Höhe des entgangenen Gewinns obliegt der Klägerin sowohl die Behauptungs- als auch die Beweislast (Art. 8 ZGB). Sie beschreibt zwar in der Klageschrift in groben Zügen, wie sie ihren entgangenen Gesamtgewinn pro Jahr berechnet (EUR 2'852'500.–) und geht insgesamt von einem solchen von mehr als EUR 5 Mio. aus. Dazu führt sie Zahlen bezüglich des Gesamtertrags, ihres Aufwandes und möglichen Gewinns auf (act. 1 S. 21). Die Beklagte bestreitet diese klägerischen Behauptungen und insbesondere die Höhe des entgangenen Gewinns in der Klageantwort jedoch und rügt ausdrücklich fehlende Nachvollziehbarkeit und Substantiierung der diesbezüglichen Sachdarstellung (act. 14 Rz. 166). Spätestens damit kann in den Vorbringen der Klageschrift keine schlüssige Darlegung des diesbezüglichen Klagefundamentes (mehr) gesehen werden.

Mit der Hauptklagereplik offeriert die Klägerin nun zur Ermittlung des entgangenen Gewinns ein von ihr in Auftrag gegebenes Gutachten (act. 20/41). Ihre Berechnung des entgangenen Gewinns erläutert sie jedoch nicht weiter, sondern verweist pauschal auf das Gutachten. Bei diesem Gutachten handelt es sich um ein Parteigutachten, das nicht als Beweismittel im eigentlichen Sinne zu qualifizieren ist, sondern dem – sofern ordnungsgemäss in den Prozess eingebracht – le-

diglich der Rang einer Parteibehauptung zukommen kann (Botschaft ZPO, S. 7325; BGE 132 III 83 E. 3.4). Die Klägerin setzt sich mit diesem Gutachten in ihrer Replik überhaupt nicht auseinander. Sie führt nur aus, dass "das professorale Gutachten zum Schluss kommt, dass die eingeklagte Forderung (in einem durchschnittlichen Basisszenario) den wissenschaftlich errechneten entgangenen Gewinn nicht übersteigt" (act. 19 S. 6). Damit trägt sie allfällige Aussagen des Parteigutachtens nicht prozesskonform vor. Nicht einmal eine Seitenzahl in Bezug auf die zitierte Aussage gibt die Klägerin an, was im Übrigen allerdings auch nicht genügen würde. Überdies ist festzustellen, dass das Gutachten selbst im Rahmen dessen Abschätzung des entgangenen Gewinns mehrere Szenarien alternativ nebeneinander stellt (vgl. act. 20/41 S. 19 ff.) und sich aus einem blossen Hinweis keine Behauptung einer konkreten hypothetischen Entwicklung ergeben kann. Die Grundlagen der klägerischen Herleitung des entgangenen Gewinns sind auf diese Weise keineswegs schlüssig dargelegt. Auch der eingereichte Businessplan genügt hierzu nicht (act. 3/11). Die Klägerin verweist auf diesen auch lediglich pauschal, indem sie geltend macht, dieser sehe einen jährlichen Profit von gut EUR 2.8 Mio. vor (act. 1 S. 11). Wo dies im Businessplan stehe, erklärt sie nicht. Wie sich der angebliche entgangene Gewinn von mehr als EUR 5 Mio. insgesamt bzw. EUR 3 Mio. für den im vorliegenden Verfahren gestellten Anspruch ergibt, trägt sie ebenfalls nicht hinreichend vor. Ferner wird nicht restlos klar, aus welcher genauen Zeitperiode die Klägerin den eingeklagten (Teil)Betrag von EUR 3 Mio. ableitet und, falls darin auch ein Erfüllungsinteresse für die Zeit vor Vertragskündigung enthalten sein sollte, welche Erträge sie während dieser Zeit tatsächlich erwirtschaften konnte. Die Klägerin kommt vor dem Hintergrund des Ausgeführten weder ihrer Substantiierungsobliegenheit nach Art. 55 Abs. 1 ZPO nach noch könnte sie auf diese Weise einen genügenden Beweis erbringen.

Nachdem die Beklagte in der Duplik erneut vorbringt, die Substantiierung erweise sich auch nach Einreichung des obgenannten Gutachtens als ungenügend und die Klägerin habe keine Kundenverträge oder sonstigen konkreten Belege ins Recht gelegt (act. 27 Rz. 10 und 22), erwidert letztere – wohlgermerkt in der Widerklageduplik – nur, dass ihre Kunden keine mittelfristigen Buchungsverpflichtungen abgeschlossen hätten (act. 29 S. 5 f., 10) und dass kein einziger Akteur im

internationalen kombinierten Verkehr über Kundenverträge verfüge, die über mehrere Monate hinausgingen (act. 29 S. 6; vgl. auch act. 62 Rz. 16). Auch wenn dies zutreffen würde, was insofern erstaunt, als sie in ihrem Businessplan den Abschluss von Dreimonats-Verträgen erwähnt (act. 3/11, S. 1) und daneben angibt, der Abschluss von "mittleren oder langfristigen Verträgen" bedeute (auch) für die Klägerin ein sicheres wirtschaftliches Gleichgewicht (act. 3/22), hilft ihr dies nicht weiter. Sie macht ihren entgangenen Gewinn bzw. ihr Erfüllungsinteresse nicht einmal plausibel. Insbesondere zeigt sie nicht nachvollziehbar die einzelnen Parameter auf, aus denen sich der konkret für eine bestimmte Zeitperiode erwartete Gewinn ergibt bzw. sich der von ihr pauschal angenommene tägliche Aufwand und Ertrag zusammensetzt. Dies wäre – unabhängig vom Horizont allfälliger Buchungsverpflichtungen von Kunden – allerdings nötig gewesen, um der Beklagten konkrete Bestreitungen und dem Gericht die tatsächliche Abklärung der Umstände zu ermöglichen. Da die Klägerin über einen (beschränkten) Zeitraum tatsächlich bereits Rundfahrten durchführte, ist auch nicht ersichtlich, warum entsprechend konkrete Angaben nicht hätten vorgebracht werden können. Im Übrigen fehlen auch spezifische Verweise auf allfällige einschlägige Ausführungen des Parteigutachtens. Darüber hinaus wurden auch keine Urkunden offeriert, aus denen solche Bemessungsparameter für den von ihr behaupteten Schaden hervorgingen und in welchen solche belegt wären, wie beispielsweise Kundenverträge für die Monate Februar und März 2011 oder Rechnungen für Terminalumschlagskosten.

Weitere Beweisofferten unterbreitet die Klägerin nicht. Durch das Anführen des Vermerks "Die Genannten" im Anschluss an ihre entsprechenden Tatsachenbehauptungen (act. 1 S. 20 f., S. 11 f.; vgl. auch act. 19 S. 6 und act. 29 S. 6 und 10) hat sie keine konkreten Beweismittel formgerecht angeboten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4). Es bleibt unklar, welche Beweismittel damit überhaupt gemeint sind. Eine eindeutige Zuordnung von Beweismitteln zu den zu beweisenden Tatsachenbehauptungen findet nicht statt, wie es Art. 152 Abs. 1 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO aber vorschreiben. In gleicher Weise ginge es auch nicht an, bei jeder Tatsachenbehauptung einfach pauschal auf das Beweismittelverzeichnis hinzuweisen. Die Verweisung auf "die Ge-

nannten" ist daher ungenügend. Insoweit sie sich nun im Nachhinein auf den Standpunkt stellt, sie habe zum hier fraglichen Punkt eine Parteibefragung beantragt (vgl. act. 62 Rz. 6), ist dem nicht zu folgen und ergänzend zu bemerken, dass – bei der einzigen ausdrücklichen Offerte einer Parteibefragung (act. 1 S. 5 Ziff. 3.2.) – auch keine zu befragenden Person namentlich genannt wurde, obschon es sich bei der betroffenen Partei um eine juristische Person handelt (ebenso wenig in den Beweismittelverzeichnissen, act. 11 und 19 letzte Seite; vgl. auch oben Erw. B.c.). Im Übrigen führt die Klägerin selbst aus, das Parteigutachten sei ihrer Meinung nach vorliegend der einzig mögliche Beweis für den geltend gemachten entgangenen Gewinn (act. 29 S. 6 unten). Erst nach Abschluss des Schriftenwechsels vorgebrachten (weiteren) Beweisofferten kann, ohne dass besondere Umstände vorliegen, die nicht geltend gemacht werden, keine Wirkung mehr zukommen (vgl. etwa act. 55 S. 6).

2.4. Ergebnis

Der Anspruch der Klägerin auf EUR 3 Mio. ist nicht hinreichend dargelegt. Entsprechend ist die Klage abzuweisen.

Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Klägerin, auch wenn sie einen entgangenen Gewinn von EUR 3 Mio. bzw. 5 Mio. substantiiert dargelegt hätte und diesen sogar beweisen könnte, keinen Anspruch auf dessen Ersatz hätte, weil die Beklagte berechtigt war, ihre Leistungen gemäss RTSA per 22. März 2011 einzustellen (vgl. hinten Erw. 5.2.).

3. Zur Widerklage im Allgemeinen und Verrechnungserklärung der Klägerin

3.1. Parteibehauptungen

Die Beklagte macht geltend, dass folgende Rechnungen offen und fällig seien (act. 14 Rz. 107):

- Rechnung Nr. 416683 vom 28. Februar 2011 über EUR 100'500.–, fällig seit 10. März 2011, mit Restforderung EUR 10'422 (act. 15/21);

- Rechnung Nr. 416668 vom 15. Februar 2011 über EUR 9'450.–, fällig seit 15. April 2011 (act. 15/22);
- Rechnung Nr. 416676 vom 22. Februar 2011 über EUR 8'400.–, fällig seit 22. April 2011 (act. 15/23);
- Rechnung Nr. 416682 vom 28. Februar 2011 über EUR 10'500.–, fällig seit 28. April 2011 (act. 15/24);
- Rechnung Nr. 416725 vom 10. März 2011 über EUR 110'500.–, fällig seit 20. März 2011 (act. 15/25);
- Rechnung Nr. 416726 vom 10. März 2011 über EUR 10'500.–, fällig seit 10. Mai 2011 (act. 15/26);
- Rechnung Nr. 416729 vom 14. März 2011 über EUR 8'400.–, fällig seit 14. Mai 2011 (act. 15/27);
- Rechnung Nr. 416730 vom 14. März 2011 über EUR 88'400.–, fällig seit 24. März 2011 (act. 15/28);
- Rechnung Nr. 416735 vom 23. März 2011 über EUR 10'500.–, fällig seit 23. Mai 2011 (act. 15/29);
- Rechnung Nr. 416736 vom 23. März 2011 über EUR 110'500.–, fällig seit 2. April 2011 (act. 15/30);
- Rechnung Nr. 416795 vom 31. März 2011 über EUR 776.28, fällig seit 30. April 2011 (act. 15/31).

Insgesamt habe die Klägerin offene und fällige Rechnungen in Höhe von EUR 378'348.28 nicht beglichen. Dies sei auch aus dem Auszug aus dem Debitorenkonto vom 5. September 2011 ersichtlich (act. 14 Rz. 108; act. 15/32). Von diesem Betrag seien aber einerseits EUR 100'000.– abzuziehen, welche die Beklagte durch Ziehung der Bankgarantie am 4. Mai 2011 erhalten habe (act. 14 Rz. 109); andererseits würde sie zwei (Gegen)Rechnungen der Klägerin, Nr. 123 vom

28. Februar 2011 und Nr. 173 vom 7. März 2011 von je EUR 5'790.–, insgesamt EUR 11'580.–, akzeptieren. Dies ergebe eine Forderung gegenüber der Klägerin von EUR 266'768.28 (act. 14 Rz. 109 f.). Die Beklagte führt weiter aus, dass die Klägerin einfach nicht den vollen Preis für die Dienstleistungen habe zahlen wollen und deshalb die gesamten Zahlungen zurückgehalten habe (act. 14 Rz. 43; act. 15/2).

Weiter macht die Beklagte geltend, dass sie aufgrund des klägerischen Verhaltens gezwungen gewesen sei, ihre Leistungen einzustellen. Die für die Klägerin reservierten Züge seien bis zum 4. April 2011 stillgestanden, somit insgesamt 13 Tage. Während dieser Zeit seien ihr Kosten von EUR 13'300.56 (Züge) und EUR 225.50 (Trassen), total EUR 13'525.76, entstanden, welche die Klägerin zu bezahlen habe (act. 14 Rz. 111 ff.).

Die Klägerin bringt demgegenüber vor, die von ihr eingereichte Aufstellung über den Stand sämtlicher Rechnungen (act. 20/40) zeige auf, dass jede einzelne Rechnung vor der vertragswidrigen Kündigung durch die Beklagte fristgerecht durch die Klägerin bezahlt bzw. in einem allfällig bestrittenen Umfang vertragskonform bestritten worden sei (act. 19 S. 25). Die Leistung von Schadenersatz für Mietkosten und Wagenstillstand weist die Klägerin pauschal von sich, da sie sich zu keinem Zeitpunkt eine Vertragswidrigkeit zu schulden habe kommen lassen (act. 19 S. 26).

Replicando erklärt die Beklagte, dass sie weiterhin die unter Annex 1 vereinbarten Leistungen erbracht und daher den in Annex 1 vereinbarten Preis auch nach dessen Gültigkeitsdauer in Rechnung gestellt habe (act. 27 Rz. 18, 87, 100). Doch die Klägerin habe plötzlich den vereinbarten Preis nicht mehr bezahlen wollen (act. 27 Rz. 18, 42); diese habe die Rechnungen nicht mangels erbrachter Leistung gerügt, sondern die Nichtzahlung und ihre Drohungen dazu benützt, einen viel tieferen Preis auszuhandeln als vertraglich vereinbart (act. 27 Rz. 44). Die Rechnung Nr. 416725 sei seit dem 20. März 2011 fällig gewesen; die Klägerin sei daher bereits dann in Verzug gewesen (act. 27 Rz. 96). Ein weiterer Rechnungsbetrag, EUR 10'422.–, sei zu diesem Zeitpunkt auch schon fällig und ausstehend gewesen (act. 27 Rz. 96, act. 14/32). In Bezug auf das klägerische act. 20/40

macht die Beklagte geltend, dass diese Übersicht das Bild der offenen Rechnungen bestätigen würde (act. 27 Rz. 101).

In der Widerklageduplik erklärt die Klägerin, dass sie nach der unrechtmässigen Kündigung keine Rechnungen mehr bezahlt habe (act. 29 S. 14). Das vertraglich vereinbarte Verrechnungsverbot würde nach der Kündigung nicht mehr gelten. Daher gehe die Widerklageforderung im geltend gemachten Schadensbetrag der Klägerin auf bzw. sei mit einem entsprechend kleinen Teil des entgangenen Gewinns zu verrechnen (act. 29 S. 14).

3.2. Verrechnungserklärung der Klägerin

In der Widerklageantwort macht die Klägerin geltend, es würden ihr gegenüber keine Forderungen der Beklagten bestehen. Letztere habe den Vertrag nicht richtig erfüllt (act. 19 S. 25). In der Widerklageduplik führt sie sodann wiederholt aus, dass die Beklagte ihre Leistungen nicht genügend erbracht habe. Ebenso erhebt sie die Einrede der Verrechnung (act. 29 S. 14): "Die Widerklage geht daher im geltend gemachten Schadenbetrag der Klägerin auf bzw. ist mit einem entsprechend kleinen Teil des entgangenen Gewinns zu verrechnen." Es stellt sich die Frage, ob die Klägerin aufgrund dieser Verrechnungserklärung die Widerklage anerkennt.

Bei einer solchen Ausgangslage darf gemäss BUCHER keine "Anerkennung der durch Verrechnung zu tilgenden Schuld hineingelesen werden" (BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 433 FN 25). Nur wenn sich die (Wider-)Beklagte allein auf ihre abgegebene Verrechnungserklärung beruft, hat der Richter die Klageforderung – soweit sie von der Verrechnung betroffen ist – als anerkannt zu betrachten (ZK-AEPLI, Vorbem. zu Art. 120-126 OR, N 137; BGE 41 II 95 E. 1).

Vorliegend hat die Klägerin stets behauptet, dass die Beklagte ihre Leistungen nicht richtig erbracht habe. Ihr Rechtsbegehren lautet auf Abweisung der Widerklage. In der Widerklageduplik erhebt sie die erwähnte, unglücklich formulierte Verrechnungseinrede. Bei einem solchen prozessualen Verhalten darf – insbe-

sondere auch mit Blick auf die (zwar spärliche) Rechtsprechung und Lehre – nicht von einer Klageanerkennung ausgegangen werden.

Schliesslich ist auch noch darauf hinzuweisen, dass die Verrechnungseinrede vorliegend gar nicht zulässig ist, wie dies von der Beklagten auch mehrmals geltend gemacht wird (act. 14 Rz. 100, 110 und act. 27 Rz. 144). So haben die Parteien in Art. 3 Abs. 4 letzter Satz RTSA ein Verrechnungsverbot seitens der Klägerin vereinbart:

"In any case, A._____ shall not be entitled to set-off any disputed amounts due by B._____ against the amounts due to B._____ under this Article 3."

Die Klägerin macht zwar geltend, dass das vertragliche Verrechnungsverbot nach Vertragskündigung nicht mehr gelten würde (act. 29 S. 14). Es ist indessen nicht erstellt, dass das Verrechnungsverbot nach Vertragskündigung nicht mehr gelten solle. Die von der Klägerin ins Recht gelegten Urkunden – wobei sie mit der pauschalen Angabe in Bezug auf die Beweisofferte "Die Genannten" (act. 29 S. 14 f. ad Rz. 98-107) im Übrigen ohnehin den Anforderungen von Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO nicht gerecht wird – enthalten überhaupt keinen Hinweis darauf, dass die Parteien etwas Anderes vereinbart haben, als aus dem klaren Wortlaut von Art. 3 Abs. 4 letzter Satz RTSA hervorgeht: Die Klägerin verzichtet darin auf die Verrechnung, egal zu welchem Zeitpunkt. Ein solcher Verzicht ist gemäss Art. 126 OR zulässig und wäre vom Gericht – würde überhaupt eine klägerische Forderung auf entgangenen Gewinn bestehen – zu berücksichtigen.

3.3. Zwischenfazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass keine Anerkennung der Widerklage durch die Klägerin vorliegt.

4. Zu den offenen Rechnungen der Beklagten

4.1. Parteibehauptungen

Die oben wiedergegebenen elf Rechnungen (vgl. die Auflistung vorne in E. 3.1.) führt die Beklagte jeweils einzeln mit der Nummer der Rechnung samt Rech-

nungsdatum, dem Rechnungsbetrag und dem Fälligkeitsdatum auf. Zudem offeriert sie die elf Rechnungen als Beweis (act. 15/21-31). Weiter reicht sie einen Auszug aus ihrer Buchhaltung ein, welcher diese Rechnungen zusammenfassen soll (act. 15/32). Aus den Rechnungen ergebe sich insgesamt ein Anspruch von EUR 278'348.28 (vor Abzug der anerkannten Gegenforderung von EUR 11'580.-; act. 14 Rz. 109 f.). Die Rechnungen seien immer noch offen und zu zahlen. Es handle sich auch um solche aus der Dauer des Geltungsbereiches des Annex 1 (act. 14 Rz. 99). Sie habe ebenfalls nach Ablauf der Geltungsdauer des Annex 1 und bis zum Datum der Einstellung der Leistungen (immerhin ca. 3 Wochen) weiterhin die Züge gefahren (act. 14 Rz. 100).

Die Klägerin bestreitet, dass der Beklagten offene Forderungen zustünden (act. 19 S. 25). Sie anerkennt zwar sinngemäss, dass die Züge gefahren seien. Sie macht jedoch insbesondere geltend, dass die Züge nicht die vertraglich abgemachte Anzahl Wagen transportiert hätten (act. 19 S. 25).

In der Folge ist zu prüfen, ob die Beklagte den Vertrag richtig erfüllt hat und somit, ob sie Anspruch auf Bezahlung der Rechnungen hat.

4.2. Qualifikation des Vertrages

Die Klägerin steht auf dem Standpunkt, es handle sich vorliegend um einen gemischten Vertrag sui generis, wobei betreffend die Transportdienstleistungen ein klassischer Transportvertrag vorliege und subsidiär auch mietrechtliche Elemente zu berücksichtigen seien (act. 19 S. 27 f., act. 29 S. 15 f.). Die Beklagte geht dagegen von einem einfachen Auftrag aus und weist darauf hin, dass auch auf einen Frachtvertrag subsidiär Auftragsrecht zur Anwendung komme. Elemente des Mietrechts vermag sie nicht zu erkennen (act. 14 Rz. 170 ff., act. 27 Rz. 113 ff.).

Durch das RTSA hat sich die Beklagte verpflichtet, regelmässige Transportdienstleistungen für die Klägerin zu erbringen, indem sie die von der Klägerin bereit gestellten (und auch auf- und abzuladenden) Güter mit einer bestimmten, zur Verfügung zu stellenden Zug- und Wagenkomposition zwischen Italien und Deutschland mit einer bestimmten Frequenz transportiert (vgl. 3/1). Zu dem im Kern vor-

liegenden Transport von Gütern tritt hier die Bereitstellung und das Betreiben einer eigentlichen 'Transportinfrastruktur', die von der Klägerin je nach ihren Bedürfnissen genutzt werden kann. In diesem Sinne wurde für eine Hin- und Rückfahrt auch ein Pauschalpreis von EUR 26'500.– vereinbart, unabhängig von der Anzahl der transportierten Güter bzw. der konkreten Auslastung der jeweiligen Zugkomposition. Im Weiteren wurde auch das Bereitstellen von Ersatzwagen vereinbart. Nach dem Ausgeführten liegt weder ein reiner Frachtvertrag noch ein einfacher Auftrag vor. Es ist vielmehr – mit der Klägerin – von einem Innominatvertrag auszugehen, der neben frachtvertraglichen (und damit auch subsidiär auftragsrechtlichen) Elementen hinsichtlich der Bereitstellung einer bestimmten Zugkomposition auch mietrechtliche Elemente aufweist.

4.3. Vertragsauslegung

In Bezug auf die richtige Erfüllung des Vertrages (wie auch in Bezug auf die Frage der Leistungseinstellung, vgl. dazu unten Erw. 5.2.) berufen sich beide Parteien auf die einschlägigen Vertragsbestimmungen. Es bestehen allerdings unterschiedliche Auffassungen darüber, was vertraglich abgemacht war. Die betreffenden Vertragsbestimmungen sind daher auszulegen.

4.3.1. Allgemeine Auslegungsregeln des Obligationenrechts

Der Bestand eines Vertrages ist wie dessen Inhalt durch Auslegung der Willensäußerungen der Parteien zu bestimmen. Das Ziel der richterlichen Vertragsauslegung besteht in der Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben (subjektive Auslegung) (Art. 18 Abs. 1 OR). Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung. Lässt sich dieser übereinstimmende wirkliche Wille feststellen, so bestimmt sich der Vertragsinhalt danach. Lässt sich der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien indes nicht mehr mit Sicherheit feststellen, dann hat der Richter durch objektivierte Auslegung den Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben. Hierbei hat der Richter das als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen, auch persönlichen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte

oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden. Massgebend ist hier also der objektive Sinn des Erklärten, dessen Ermittlung eine Wertung erfordert: Das Gericht hat nach einem sachgerechten Resultat zu suchen, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 131 III 611, BGE 132 III 632, BGE 119 II 372; statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008. N 1200 f.). Dabei ist jede einzelne Willenserklärung nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durfte und musste (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., N 207 ff. und N 1226 m.w.H.).

Bei der Auslegung bildet der Wortlaut das primäre Auslegungsmittel. Bei der Auslegung nach dem Wortlaut kommt dem Sinngehalt des Wortes, den ihm der allgemeine Sprachgebrauch zulegt, entscheidende Bedeutung zu. Denn mangels anderer Anhaltspunkte ist anzunehmen, dass die Parteien ein von ihnen verwendetes Wort gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch zur Zeit des Vertragsabschlusses, somit im Sinne der damaligen Alltags- oder Umgangssprache, verwendet haben (Urteil des Bundesgerichts 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.2 ff.). Wurde ein Wort verwendet, dem ein juristisch-technischer Sinn zukommt, so ist zu vermuten, dass die Parteien dieses Wort entsprechend seinem juristischen Sinn verstanden haben. Dies gilt allerdings nur, wenn der juristische Sinn des Wortes eindeutig und allgemein – zumindest aber in Kreisen der beteiligten Parteien – bekannt ist (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., N 1209 m.H.a. BGE 113 II 438 und BGE 131 III 612). Im Rahmen der grammatikalischen Auslegung ist auch das systematische Element zu berücksichtigen. Ein einzelner Ausdruck ist im Zusammenhang, in dem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen. Auch wenn der Wortlaut für sich allein nicht als entscheidend anzusehen ist, kommt ihm doch im Verhältnis zu den ergänzenden Mitteln der klare, entscheidende Vorrang zu: Immer dann, wenn die übrigen Auslegungsmittel, insbesondere der Vertragszweck, nicht sicher einen anderen Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden (Urteil des Bundesgerichts 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.2 ff.).

Für eine Auslegung sind im Weiteren die Umstände mit zu berücksichtigen, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren. Es ist somit der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgebend, weshalb bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nachträgliches Parteiverhalten nicht von Bedeutung ist. Später eintretende Umstände – wie das nachträgliche Verhalten der Parteien – lassen dagegen erkennen, wie sie selbst den Vertrag seinerzeit gemeint bzw. ihre Erklärungen tatsächlich verstanden hatten. Das ergibt den wirklichen, nicht den hypothetischen Parteiwillen und ist deshalb eine tatsächliche Feststellung (BGE 107 II 417 E. 6; 129 III 675 E. 2.3).

4.3.2. Konkrete Vorgehensweise

Die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand und den Inhalt eines vom objektivierten Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., N 1201a; BGE 121 III 123).

Zunächst ist somit – trotz des Vorrangs eines übereinstimmenden, tatsächlichen Vertragswillens – zu prüfen, ob ein übereinstimmender, mutmasslicher Vertragswille besteht. Je nach dem Vertragsinhalt gemäss Vertrauensprinzip trägt nämlich die Klägerin oder die Beklagte die Behauptungs- und Beweislast für einen von diesem Auslegungsergebnis abweichend behaupteten tatsächlichen Konsens und bleibt es für den Fall des Misslingens des Beweises beim Auslegungsergebnis.

Das Bundesgericht hat diese Art der Vorgehensweise geschützt. Es führte dazu aus: *"E. 5.1: [...] Ziel der Vertragsauslegung ist es demnach, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen festzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. E. 5.2: Die Vorinstanz ging umgekehrt vor, indem sie zuerst eine normative Auslegung vornahm und hernach prüfte, ob die Beschwerdeführerin ihre davon abweichende Behauptung eines übereinstimmenden Parteiwillens bewiesen ha-*

be. Im Ergebnis schadet dieses Vorgehen nicht, da die Vorinstanz so oder anders prüfte, ob ein tatsächlich übereinstimmender Parteiwille, wie ihn die Beschwerdeführerin behauptete, bewiesen sei. [...]" (Urteil des Bundesgerichts 4A_683/2011 vom 6. März 2012).

4.4. Zu den Rechnungen Nr. 416683, 416668, 416676 und 416682

Diese Rechnungen betreffen unbestrittenermassen Leistungen bis 27. Februar 2011 (act. 14 Rz. 108). Die Klägerin bestreitet in Bezug auf diese Leistungen, dass die Beklagte die vereinbarten Wagentypen (nämlich solche, die zum Transport von besonders grossen Behältern für den Gütertransport, sog. Megatrailern, geeignet sind) zur Verfügung gestellt habe (act. 1 S. 13 ff.). Die Anzahl der gemäss Beklagter tatsächlich zur Verfügung gestellten Wagen oder auch, dass diese überhaupt gefahren sind, wird von der Klägerin nicht bestritten. Auch ist der Preis für die Leistungen der Beklagten bis 27. Februar 2011 unbestritten.

Es ist daher im Folgenden im Zusammenhang mit den Rechnungen Nr. 416683, 416668, 416676 und 416682 lediglich zu prüfen, ob die Beklagte in Bezug auf die vereinbarten Wageneigenschaften den Vertrag durch die von ihr tatsächlich zur Verfügung gestellten Wagen richtig erfüllt hat.

4.4.1. Unbestrittener Sachverhalt

Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass die Beklagte ursprünglich gemäss RTSA verpflichtet war, 28 sog. "L.____-Wagen" (davon vier als Ersatzwagen) sowie sechs 60 Fuss lange Wagen (im Folgenden "60'-Wagen") zur Verfügung zu stellen (Annex A RTSA; act. 3/1). Bei L.____-Wagen handelt es sich um sechsachsige N.____-Wagen, die ganz verschiedene Behälter für den Gütertransport laden können (act. 14 Rz. 23 und act. 19 S. 7 Ziff. B; dies ergibt sich im Übrigen auch aus sämtlichen Zeugenaussagen, Prot. S. 31 und 39, act. 38/4, act. 39/3/1 und act. 40/3/2). Auf gewissen L.____-Wagen, beispielsweise denjenigen des Herstellers M.____, können auch Megatrailer geladen werden (act. 14 Rz. 23 und act. 19 S. 7 Ziff. B).

Als nach Unterzeichnung des RTSA klar wurde, dass rechtzeitig keine L.____ Wagen beschafft werden konnten, einigten sich die Parteien darauf, dass anstatt der L.____-Wagen N.____-Wagen ... der Herstellerin O.____ (im Folgenden "O.____-Wagen") eingesetzt würden (act. 3/18). Bis zum Projektstart am 7. Februar 2011 waren jedoch nicht genügend solcher Wagen bereit; zehn Wagen (davon vier Ersatzwagen) fehlten. Die Parteien unterzeichneten daher am 2./7. Februar 2011 den Annex 1 für die Zeitperiode vom 7. bis 27. Februar 2011 (act. 3/21), in welchem sie eine Preisreduktion aufgrund der fehlenden Wagen vereinbarten. Eine Rundfahrt C.____ – D.____ sollte lediglich EUR 24'200.– anstatt EUR 26'500.– kosten. Zudem verpflichtete sich die Beklagte in Annex 1, per 28. Februar 2011 zwölf 90 Fuss lange Wagen (im Folgenden "90'-Wagen") bereitzustellen (act. 1 S. 12 ff., act. 14 Rz. 75 ff.).

Während der Geltungsdauer des Annex 1 vom 7. bis 27. Februar 2011 hatte die Beklagte die genannten 18 O.____-Wagen und sechs 60'-Wagen zur Verfügung zu stellen, welche in diesem Zeitraum auch unbestrittenermassen zur Verfügung standen (act. 1 S. 13 ff.; act. 14 Rz. 77 ff.).

4.4.2 Klägerische Behauptungen

Die Klägerin behauptet, dass die Wageneigenschaften – die Wagen hätten Megatrailer befördern können sollen – während der Vertragsverhandlungsphase ein zentrales Thema gewesen und jederzeit offen zwischen den Parteien diskutiert worden sei (act. 1 S. 8; act. 19 S. 8, 9, 18). Die im RTSA vereinbarten L.____-Wagen würden die von ihr verlangte Eigenschaft erfüllen, Megatrailer transportieren zu können (act. 1 S. 8; act. 19 S. 9 Ad Rz. 39). Als die Beklagte im November 2010 Alternativen für die L.____-Wagen vorgeschlagen habe (nämlich O.____-Wagen), hätte die Beklagte auf explizite Aufforderung der Klägerin hin bestätigt, dass sämtliche (beidseitig) bekannten Kundenbedürfnisse, darunter auch der Transport von Megatrailern, abgedeckt werden könnten (act. 1 S. 12; act. 19 S. 4, 8 f., 18; act. 3/18). Die Beklagte hätte ihr stets zugesichert, dass die O.____-Wagen alle Arten von Wechselbehältern, auch Megatrailer, transportieren könnten (act. 19 S. 7, 15 f.). Die Klägerin sei beim Projektstart am 7. Februar 2011

konsterniert gewesen, weil sich gezeigt habe, dass die O.____-Wagen keine Megatrailer hätten transportieren können (act. 1 S. 13).

4.4.3. Beklagtische Behauptungen

Die Beklagte bestreitet, dass alle L.____-Wagen Megatrailer transportieren könnten (act. 14 Rz. 23; act. 27 Rz. 14, 32 und 38). Weiter seien die Megatrailer in den Vertragsverhandlungen nie konkret thematisiert worden. In der ganzen Beschreibung ihrer Dienstleistung sowie im ganzen Vertrag finde sich keine Ausführung dazu, dass die Wagen Megatrailer hätten befördern müssen oder dass die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, ausschliesslich Megatrailer-taugliche Wagen zur Verfügung zu stellen (act. 14 Rz. 39; act. 27 Rz. 64, 69). Die Beklagte hätte bis zum 7. Februar 2011 nicht gewusst, dass die Klägerin Megatrailer habe transportieren wollen (act. 14 Rz. 63, 81; act. 27 Rz. 7, 14). Sie hätte der Klägerin nie bestätigt, dass alle üblichen Wechselbehälter bzw. jede Art von Wechselbehältern mit den O.____-Wagen hätten transportiert werden können (act. 27 Rz. 32 f., 57).

4.4.4. Relevante Bestimmung

Die von den Parteien im vorliegenden Zusammenhang vorgebrachte Bestimmung lautet wie folgt (act. 3/1):

"Annex A: Service description

(...)

Wagons: Provided by B.____, 2 sets, rented through primary operators, composed each one by 12 L.____ wagons plus 3 60' wagons. 4 L.____ wagons will be available as spare to cope with possible maintenance and repair needs"

4.4.5. Würdigung

a) Mutmasslicher Wille

Ausgehend von den Vorbringen der Parteien ist im Folgenden zu ermitteln, ob deren mutmasslicher Wille beim Abschluss des Vertrages einschliesslich bei dessen späterer Modifikation (Annex 1) darin bestand, dass die Beklagte verpflichtet war, Wagen bereit zu stellen, die Megatrailer transportieren konnten.

aa) Ursprünglicher Vertragsabschluss

Im RTSA, inkl. Annex A, findet sich der Begriff "Megatrailer" nicht. Annex A besagt lediglich, dass L.____-Wagen eingesetzt werden müssen. Was jedoch unter L.____-Wagen zu verstehen ist, ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus der Systematik. Das RTSA enthält keine Definition von L.____-Wagen (vgl. Annex A RTSA). Es ist daher zunächst zu prüfen, ob die Parteien aufgrund übriger, über den Vertragstext hinausgehender Umstände mutmasslich davon ausgegangen sind, es gehöre zur notwendigen Eigenschaft eines L.____-Wagens, Megatrailer transportieren zu können. Dabei können – wie bereits angemerkt – nur Umstände bis zum Vertragsschluss vom 29. Oktober 2010 eine Rolle spielen (zur späteren Vertragsmodifikation betreffend O.____-Wagen siehe weiter unten, Erw. 4.4.5.a.bb).

Diesbezüglich führt die Klägerin zwar mannigfach an, die Transportmöglichkeit auch von Megatrailern sei ein zentrales Thema der Vertragsverhandlungen gewesen (act. 1 S. 8 mit Hinweis auf act. 3/14 und act. 3/16, act. 19 S. 8 Ad Rz. 31 und S. 9 Ad Rz. 39), die über ein Jahr lang intensiv geführt worden seien (act. 1 S. 22 f.; act. 19 S. 17 f. Ad Rz. 77-81) und die Klägerin habe zu jeder Zeit der Verhandlungen unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass der vorgesehene Zug jede Art von Wechselbehältern transportieren können müsse (act. 19 S. 15 Ad Rz. 60-66 und S. 18 Ad Rz. 82-86). Wann und durch wen die Klägerin diese aus ihrer Sicht besondere Eigenschaft eines L.____-Wagens auf welche Weise gegenüber wem der Beklagten geäussert haben will, wird aber in keiner Art näher dargelegt. Dies auch nicht, nachdem die Beklagte die pauschalen Vorbringen zu solchen Umständen der Vertragsverhandlungen ausdrücklich bestritt und

deren fehlende Substantiierung anmahnte (act. 14 Rz. 31 und 134). Nur mit entsprechend konkreteren Sachverhaltsvorbringen liesse sich aber feststellen, ob und inwieweit sich die Beklagte in welcher Person zu welchem Zeitpunkt ein bestimmtes Wissen von Organen oder Hilfspersonen anrechnen lassen müsste.

Im Übrigen lässt sich auch den in diesem Zusammenhang von der Klägerin erwähnten Beweismitteln – die allerdings ohnehin keine genügende Behauptungsgrundlage ersetzen können – ebenfalls keine genügend konkreten Informationen zu derartigen Umständen in den Vertragsverhandlungen entnehmen:

Aus der Produktebeschreibung des Unternehmens M._____ zu deren "6-achsigen Megatrailer-...wagen" " ... L._____" geht lediglich hervor, dass selbiger Megatrailer transportieren kann (act. 3/14; in diesem Sinne auch die Aussage des Zeugen F._____ in act. 39/3/1 Antworten auf Fragen 9 und 10). Dies wird von der Beklagten allerdings gar nicht in Abrede gestellt (act. 14 Rz. 23), vermag aber nichts darüber auszusagen, ob die Parteien mutmasslich diese Eigenschaft für den vereinbarten "L._____-Wagen" als wesensbildend angesehen haben. In diesem Fall hätte man ohne Weiteres im Vertragstext den Begriff Megatrailer-Taschenwagen aufgreifen oder in irgendeiner Weise auf den konkreten Wagentyp der M._____ Bezug nehmen können, was offenbar nicht geschehen ist. Es wurde im Übrigen auch nicht behauptet, diese Produktebeschreibung sei der Beklagten mitgeteilt worden. Die überdies eingereichten E-Mails von I._____ (von der Beklagten) an P._____ (von der Klägerin) vom 2. und 10. Dezember 2010 (act. 3/16) können alleine von ihrem Datum her keine Rolle für den mutmasslichen Parteiwillen bei Vertragsschluss spielen. Sie enthalten aber auch nirgends Hinweise auf Eigenschaften der vereinbarten L._____-Wagen. Ebenso wenig ergeben sich solche aus den act. 3/12-13, act. 3/15 und act. 3/17, die allerdings ohnehin von der Klägerin anderen Tatsachenbehauptungen zugeordnet wurden (act. 1 S. 9 i.V.m. act. 1 S. 8 f. jeweils am Rand). Schliesslich wurde noch ganz am Schluss des Abschnitts Ziff. 3.5. der Klageschrift direkt nach der Tatsachenbehauptung betreffend Bankgarantie der Zeuge E._____ aufgeführt (act. 1 S. 9). Eine genügende Zuordnung zu in früheren Absätzen desselben Abschnitts erhobenen Tatsachenbehauptungen (act. 1 S. 8) ist fraglich. Nähme man aber eine solche Zuordnung

vor, wäre festzustellen, dass dessen Angaben (dazu ausführlicher unten) zwar einen Hinweis darauf bieten, Megatrailer seien im Rahmen der Vertragsverhandlungen einmal thematisiert worden (act. 40/3/2 S. 3 Antwort zur entsprechenden Frage 14: "Si"). Zu den Umständen, in welcher Weise, unter welchen Beteiligten und in welcher Phase der Vertragsverhandlung dies geschehen sein soll – was für die Heranziehung als Indiz für einen bestimmten mutmasslichen Parteiwillen der Beklagten nach objektiver Auslegung aber erforderlich wäre und wozu, wie gesagt, auch bereits konkrete Behauptungen fehlen – ergibt sich aber nichts aus seiner Zeugenaussage. Selbst unter der Annahme seiner Angabe, er habe im Einverständnis der beklagtischen Direktion mit der Klägerin den Vertrag verhandelt (act. 40/3/2 S. 3 Antwort zu Frage 13: "Ho negoziato il contratto con A._____, d'accordo con direzione B._____"), was von der Klägerin ebenfalls gar nicht erst behauptet wurde, läge noch kein Umstand vor, der genügend konkrete Schlüsse auf den mutmasslichen Parteiwillen der Beklagten bei Vertragsabschluss in Person von K._____ zuliesse. Das blosse Thematisieren von Megatrailern zu einem unbekanntem Zeitpunkt im Rahmen von sich über ein Jahr hinstreckenden Vertragsverhandlungen mit einem lokalen Angestellten der Beklagten, dessen genaues Verhalten völlig im Dunkeln bleibt, kann für ein konkretes, mutmassliches Verständnis des Begriffes "L._____-Wagen" in die eine oder andere Richtung im Zeitpunkt des nachherigen Vertragsabschlusses durch den beklagtischen Geschäftsführer nicht ausschlaggebend sein (ebenso wenig kann mit der persönlichen Ansicht des Angestellten über den Inhalt der tatsächlichen Einigung ein solcher objektiver Umstand dargelegt werden, vgl. act. 40/3/2 S. 3 f. Antwort zu Frage 15). Weitere Beweismittel wurden in Bezug auf die allgemeinen Vorbringen betreffend Vertragsverhandlungen nicht genannt (zum E-Mailverkehr aus dem November 2010 in act. 3/18 siehe unten).

Darüber hinaus hilft der Klägerin die Behauptung nicht weiter, dass alle als L._____-Wagen bezeichneten Wagen auch Megatrailer transportieren könnten bzw. dass die Transportmöglichkeit von Megatrailern zum notwendigen Merkmal eines L._____-Wagens gehöre (act. 19 S. 8 Ad Rz. 31 und S. 9 Ad Rz. 39). Dies wird von der Beklagten ausdrücklich bestritten (act. 14 Rz. 23; act. 27 Rz. 14, 32 und 38) und die Klägerin offeriert zu dieser konkreten Behauptung keine Beweise,

weshalb der von ihr angerufene Umstand zu ihren Lasten unbewiesen bleiben muss. Ferner kann die Klägerin nichts aus ihrem Vorbringen ableiten, sie hätte ihre Kundenakquisition auf die Möglichkeit des Transports von Megatrailern ausgerichtet (act. 1 S. 9), da dies den mutmasslichen Willen der Beklagten bei Vertragsabschluss nicht beschlägt, solange diese nicht darin involviert war, was nicht behauptet wird. Ebenso kann eine allfällige Anfrage der Klägerin bei M._____, in der es ohnehin um die zeitlichen Aspekte einer Bestellung der dort gefertigten L._____-Wagen ging (act. 19 S. 7 f. Ad Rz. 29 und Ad. Rz. 30 und S. 14 Ad. Rz. 57 und 58) der Beklagten in Bezug auf deren Willensbildung nicht entgegengehalten werden. Im Weiteren ergeben sich auch aus der geführten Korrespondenz betreffend die von der Beklagten geforderten Bankgarantie (act. 1 S. 9; act. 19 S. 3 Ad Rz. 12) keinerlei Hinweise auf die von der Klägerin an die Bezeichnung L._____-Wagen geknüpfte Eigenschaft, Megatrailer transportieren zu können. Es wird lediglich von "*i vagoni*" ohne irgendwelche Eigenschaften gesprochen (act. 3/15). Schliesslich kann ein mutmasslicher Wille der Beklagten auch nicht durch das Geschäftsmodell der Klägerin begründet werden, welches auf der Idee gefusst habe, sämtliche im Strassentransport üblichen Wechselbehälter auf der Schiene transportieren zu können (act. 19 S. 8 Ad Rz. 31), wenn dieses Modell der Beklagten gegenüber nicht genügend klar kommuniziert wurde, was indessen weder behauptet wurde noch erstellt werden kann.

Nach dem Ausgeführten ergibt die objektivierte Auslegung der Service Description in Bezug auf die bereitzustellenden Wagen, dass mit den genannten L._____-Wagen nach dem mutmasslichen Vertragswillen der Parteien nicht N._____-Wagen gemeint waren, die notwendigerweise über die Fähigkeit verfügen müssen, Megatrailer transportieren zu können. Letzteres hat nirgends Niederschlag im Wortlaut gefunden, und weitere Umstände, die einen darüber hinausgehenden Schluss zulassen, sind nicht ersichtlich.

bb) Spätere Modifikation des Vertrages

Nun wurde allerdings der Vertrag Ende November 2010 unstrittig dahingehend angepasst, dass die Beklagte anstelle der L._____-Wagen O._____-Wagen zur Verfügung stellen konnte. Ob im Rahmen dieser Vertragsänderung nach dem ob-

jektiviert zu ermittelndem mutmasslichen Vertragswillen die Beklagte die Verpflichtung eingegangen ist, mit diesen Wagen solche zur Verfügung zu stellen, die Megatrailer befördern können, ist wiederum anhand der oben dargestellten Auslegungsmittel zu beurteilen. Zunächst ist festzustellen, dass auch im Annex 1 zum RTSA keine Rede von Megatrailern ist (act. 3/21). Da die übrigen diesbezüglich relevanten (schriftlichen) Willenserklärungen im Rahmen der per E-Mail geführten und insoweit unbestritten gebliebenen Korrespondenz zwischen den Parteien abgegeben wurden (act. 3/18), ist zunächst diese näher zu betrachten.

Mit E-Mail vom 16. November 2010 verschickte I. _____ (von der Beklagten) an P. _____ (von der Klägerin) Datenblätter der O. _____-Wagen mit der Bemerkung, er denke, diese Wagen seien für die Bedürfnisse der Klägerin geeignet, sowie der Bitte um Bestätigung dieser Annahme (act. 3/18 S. 3). Am 22. November 2010 antwortete P. _____, er habe die Wagen [gemeint wohl die Datenblätter] durchgesehen, und wirft die Frage auf, ob es Probleme "für die ... geben" könne. Die Möglichkeiten, die sie benötigten, seien ja Wagen für alle Typen von ihren Einheiten/Kunden, die der Beklagten ja bekannt seien. Er bitte um Bestätigung dieses Details (act. 3/18 S. 2). Am 24. November 2010 bestätigte I. _____ "nach Rücksprache mit dem Flottenmanager" der Beklagten, dass die O. _____-Wagen "45'-Container, Swap Bodies bis 7.82m und Semi-Trailers bis 13.60m" transportieren könnten. Das Profil ... sei ebenfalls machbar (act. 3/18 S. 1). Noch am selben Tag antwortete P. _____, es sei alles gut, "wenn man alle diese art von equipment laden" könne (act. 3/18 S. 1).

Auch hier ist zu konstatieren, dass nirgends die Rede von Megatrailern ist, auch nicht in den zur Verfügung gestellten Datenblättern betreffend die O. _____-Wagen. Ebenso wenig wird von P. _____ angeführt, dass schlechthin alle Typen von Containern geladen werden können müssten. Er beschränkt sich in seiner Nachfrage vielmehr lediglich auf alle Typen der klägerischen "Einheiten/Kunden", die der Beklagten bekannt seien. Bezüglich der von allfälligen klägerischen Kunden benötigten Wechselbehälter gibt I. _____ aber gerade keine Bestätigung ab, sondern er zählt stattdessen einzeln auf, welche Wechselbehälter aus Sicht der Beklagten transportiert werden könnten. Er überlässt die Zuordnung zu allfälligen

Kundenbedürfnissen damit eindeutig der Klägerin (vgl. dagegen act. 1 S. 12 und S. 23; act. 19 S. 4 Ad Rz. 14, S. 7 Ad Rz. 22-25, S. 8 Ad Rz. 31, S. 15 Ad Rz. 60-66 und S. 18 f. Ad Rz. 82-86). In seiner Aufzählung nennt er den Begriff Megatrailer nicht. Als direkte Antwort erklärt sich P._____ mit den O._____ -Wagen einverstanden, wenn man all dieses Equipment, also das von I._____ aufgezählte, laden könne. Dass mit den Bezeichneten schlichtweg alle Arten von Wechselbehältern umfasst sind und darunter auch Megatrailer verstanden werden mussten, ist nicht ersichtlich und wird von der Klägerin auch weder näher dargelegt noch irgendwie belegt. Im Weiteren ergibt sich auch aus einer "Machbarkeit" des Profils ... – soweit dargelegt – nicht notwendigerweise, dass die O._____ -Wagen Megatrailer befördern könnten. Weitere Umstände zur objektivierten Auslegung des mutmasslichen Parteiwillens sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist bereits in Bezug auf den ursprünglichen Vertragsschluss (L._____ -Wagen) kein übereinstimmender Wille beider Parteien auf die Transportmöglichkeit von Megatrailern anzunehmen (siehe zum mutmasslichen Willen oben Erw. 4.4.5.a.bb und zum tatsächlichen Willen unten Erw. 4.4.5.b.).

Aber selbst wenn man annähme, die Parteien hätten sich im ursprünglichen Vertrag durch die Vereinbarung von L._____ -Wagen auf solche Wagen geeinigt, die den Transport von Megatrailern ermöglichten, müsste diese Eigenschaft nicht auch automatisch für die O._____ -Wagen gelten. Der Bitte von P._____, der Beklagten seien ja die Typen von Einheiten bzw. Kunden bekannt und sie benötigten Wagen für alle diese, was er bestätigt haben wolle, wurde von I._____ gerade nicht entsprochen, sondern dieser führte die transportierbaren Wechselbehälter im Einzelnen auf, mit welchen sich P._____ zufrieden gab. Selbst wenn daher der Beklagten bekannt gewesen wäre oder hätte bekannt sein müssen, dass die Klägerin unter den initial vereinbarten L._____ -Wagen solche mit Transportmöglichkeit auch von Megatrailern verstand, konnte sie nun davon ausgehen, die Klägerin habe sich mit den O._____ -Wagen unter Berücksichtigung der transportierbaren Wechselbehälter gemäss Aufzählung sowie gemäss dem zuvor mitgeteiltem detaillierten Datenblatt einverstanden erklärt.

Die objektivierte Auslegung ergibt somit, dass auch die Einigung in Bezug auf die O.____-Wagen keinen übereinstimmenden, mutmasslichem Parteiwillen umfasste, nach welchem diese Wagen Megatrailer hätten befördern können müssen.

b) Tatsächlicher Wille

Nach dem Ausgeführten liegt die Beweislast für eine abweichende, tatsächliche Willensübereinkunft bei der Klägerin. Vor diesem Hintergrund wurde beweismässig abgeklärt, ob die Parteien sich in tatsächlicher Hinsicht darüber geeinigt haben, dass die Beklagte Wagen zur Verfügung stellen musste, die Megatrailer befördern können (act. 32 S. 4; so das richtige Verständnis von Beweissatz 2.d, der fälschlicherweise das Zur-Verfügung-Stellen von Megatrailern anstelle der entsprechenden Wagen erwähnt, was jedoch von beiden Parteien zutreffend erkannt wurde, Prot. S. 31, und nicht weiter schadet). Dazu wurden die folgenden Beweise abgenommen: Diverse Urkunden, Zeugnisse von E.____, F.____, I.____, H.____ sowie eine persönliche Befragung von K.____.

Die Zeugen F.____ und H.____ waren nach eigenen Aussagen beide an den Vertragsverhandlungen und unstreitig auch am Vertragsschluss nicht beteiligt. Aus der geltend gemachten Erkundigung der Klägerin bei M.____ und den Eigenschaften des dort produzierten L.____-Wagens kann – wie bereits bei der objektivierten Auslegung (siehe oben Erw. 4.4.5.a) – nichts für den wirklichen Willen der Beklagten abgeleitet werden. Ebenso wenig ist ersichtlich, wie allfällige Auffassungen des Zeugen H.____ für die Beklagte willensbildend gewesen sein sollen oder konkrete Schlüsse darauf zulassen.

Der Zeuge E.____ gab anlässlich seiner rechtshilfeweise erfolgten Einvernahme vom 10. April 2014 an, er habe bis Ende Januar 2011 in der Funktion eines "Dir. Commerciale Europa e Amm. Delegato della filiale Italiana" für die Beklagte gearbeitet. L.____-Wagen könnten Megatrailer sowie auch andere Transportbehälter laden. Er habe im Einverständnis mit der Direktion der Beklagten mit der Klägerin über den Vertrag vom 29. Oktober 2010 verhandelt. Es seien im Rahmen dieser Verhandlungen Megatrailer thematisiert worden. Die Beklagte habe zum Transport von Megatrailern L.____-Wagen liefern müssen (act. 40/3/2 S. 3 f.).

Der Zeuge I._____ führte bei seiner Einvernahme vom 30. Januar 2014 aus, er sei bis Mitte 2012 bei der Beklagten angestellt gewesen. Es könnten mit L._____ -Wagen auch andere Trailer als Megatrailer geladen werden. Einzelne Personen, die dann aber später bei der Umsetzung nicht mehr bei der Beklagten gewesen seien, hätten gewusst, dass die Klägerin habe Megatrailer befördern wollen. Auf die Nachfrage des klägerischen Rechtsvertreters, ob sich die Parteien einig gewesen seien, dass die Klägerin unter anderem auch Megatrailer habe transportieren wollen und dass die Beklagte Rollmaterial zur Verfügung habe stellen müssen, das die (dazu geeigneten) Spezifikationen eines L._____ -Wagens habe erfüllen müssen, äusserte der Zeuge I._____, er glaube, bei der Bezeichnung L._____ -N._____ -Wagen bestehe leider eine Ungenauigkeit. Es gäbe N._____ -Wagen und N._____ -Wagen. Es gäbe N._____ -Wagen, die nicht für Megatrailer gedacht seien. Und dann gäbe es neuere Modelle, die Megatrailer transportieren könnten. Bei der englischen Bezeichnung L._____ im Vertrag gäbe es Unschärfen. Vielleicht sei bei den Vertragsverhandlungen durch den damaligen Verantwortlichen des Verkaufs klar gewesen, ob die Klägerin nur erfolgreich sein könne, wenn Megatrailer transportiert werden könnten. Zu einem späteren Zeitpunkt, vielleicht auch im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung sei es vielleicht nicht klar gewesen, ob es nur mit L._____ -Wagen gehe, die Megatrailer transportieren könnten. Er könne nicht sagen, ob sich die Parteien geeinigt hätten, dass es nur mit Megatrailern gehe (Prot. S. 25 ff.). Nachdem es infolge einer Übernachfrage schwierig gewesen sei, L._____ -Wagen zu beschaffen, habe man als Alternative Wagen N._____ von O._____ angeboten (Prot. S. 28).

Weiter wurde am 30. Januar 2014 K._____ befragt, aufgrund seiner Eigenschaft als CEO der Beklagten in Form der Parteibefragung (Art. 159 ZPO). Er gab zu Protokoll, dass L._____ -Wagen verschiedene Transportbehälter laden könnten, nicht nur Megatrailer. Die Beklagte habe keine Ahnung, was die Klägerin mit den L._____ -Wagen mache. Die einzige Frage der Klägerin sei nur gewesen, ob die Beklagte L._____ -Wagen mieten könne. Am Ende habe die Beklagte N._____ -Wagen gemietet und zur Verfügung gestellt (Prot. S. 39).

Der bei einer juristischen Person bei Vertragsschluss bestehende Wille muss letztendlich bei bestimmten natürlichen Personen gebildet und zum Ausdruck gebracht werden (Art. 55 ZGB). Vorliegend erfolgte der Abschluss des RTSA vom 29. Oktober 2010 für die Beklagte durch K.____ (act. 3/1 S. 6), der bereits damals CEO der Beklagten war und über Einzelzeichnungsberechtigung verfügte (vgl. act. 5/1 S. 2). Bei der Ermittlung dessen tatsächlichen Willens sind nun verschiedene Umstände zu berücksichtigen:

Zunächst ist – wie bereits im Rahmen der objektivierten Auslegung – festzustellen, dass im schriftlich fixierten Wortlaut der massgeblichen Vertragsbestimmung in Annex A lediglich die Rede von L.____-Wagen ist, nicht jedoch von deren Eigenschaften oder der Notwendigkeit, mit diesen Megatrailer transportieren zu können. Da – wie ebenfalls bereits ausgeführt wurde (oben Erw. 4.4.5.a.aa) – keineswegs erstellt ist, dass die Transportmöglichkeit von Megatrailern zum notwendigen Merkmal eines jeden L.____-Wagens gehört, kann aus der Wahl dieser Begrifflichkeit nicht auf einen dahingehenden tatsächlichen Willen geschlossen werden. Die im RTSA abgegebenen Willenserklärungen vermögen damit nicht für die von der Klägerin behauptete tatsächliche Willensübereinkunft zu sprechen.

Auch die weiteren, als Beweisurkunden abgenommenen Dokumente enthalten keine Hinweise auf einen derartigen Schluss, insbesondere nicht auf einen entsprechenden Willen seitens der Beklagten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Die E-Mailkorrespondenz zwischen dem 16. und 24. November 2010 (act. 3/18 und act. 15/11), die sich um die Ersatzbeschaffung von O.____-Wagen dreht, enthält gerade keine Erwähnung der Transportmöglichkeit von Megatrailern, was erstaunlich wäre, wenn die Parteien mit der Bezeichnung L.____-Wagen diese besondere Eigenschaft verbunden hätten. Der Umstand, dass die Beklagte der Klägerin als Alternative Wagen vorschlägt, die keine Megatrailer transportieren können, spricht sogar eher dafür, dass sie die Transportmöglichkeit solcher Trailer nicht als notwendige Eigenschaft der ursprünglich vereinbarten L.____-Wagen angesehen hat. Auch der intern bei der Beklagten geführte E-Mailverkehr zur Frage möglicher Ersatzwagen (act. 15/8) lässt nicht vermuten, die involvierten

Personen der Beklagten seien von der Annahme ausgegangen, die Beförderungsmöglichkeit von Megatrailern sei Vertragsinhalt gewesen. Ebenso wenig ergibt sich dies aus dem E-Mail des Zeugen I._____ an P._____ vom 16. November 2010, in welchem er die zunächst intern diskutierten 6-achsigen N._____ -Wagen ... des Typs ... und ... des Unternehmens M._____ als Ersatzwagen vorschlägt unter Beilage der Datenblätter und mit der Bemerkung "Ich denke, diese Wagen wären für eure Bedürfnisse okay. Kannst du mir das bitte rückbestätigen?" (act. 15/10). Überdies lässt sich auch aus der Pressemeldung über das Eröffnungsereignis vom tt./tt. Februar 2011 (act. 3/22) und die anschliessend ausgetauschten E-Mails vom 11. bis 17. Februar 2011 nichts für einen tatsächlichen Willen der Beklagten im Sinne der klägerischen Vorbringen ableiten. Bekanntlich kam anlässlich der Eröffnung ans Licht, dass die O._____ -Wagen nicht die von der Klägerin gewünschte Eigenschaft aufwiesen (act. 1 S. 13; act. 14 Rz. 81). Dementsprechend wird im E-Mailwechsel diskutiert, ob und wie man Wagen organisieren kann, die diese Eigenschaft erfüllen. Dazu wird seitens des Zeugen I._____ nun ausdrücklich von L._____ -N._____ -Wagen für Megatrailers ("L._____ pocket wagons for megafret trailers") oder Megatrailer-kompatiblen Wagen ("megafret compatible wagons") gesprochen (act. 3/23 S. 2 f.). Dies spricht in keiner Weise dafür, dass die Beklagte bereits den Begriff L._____ -Wagen so verstanden wissen wollte, dass mit diesen auch notwendigerweise Megatrailer befördert werden können müssen, eher im Gegenteil. Auch der nun erfolgende Hinweis von P._____ vom 17. Februar 2011, D._____ sei Spitze, nur weil dort das Profil ... und Megatrailer benutzt werden könnten, und so sei es immer geplant worden (act. 3/25 S. 1), kann daran nichts ändern. Er belegt höchstens einen entsprechenden Willen auf der Seite der Klägerin.

Im Weiteren ist der Blick auf die Zeugen- und Parteiaussagen zu richten, die im Verhältnis zu schriftlichen Nachweisen und infolge des Zeitablaufs von mehr als drei Jahren zwischen dem fraglichen Geschehen und der Befragung naturgemäss weniger verlässlichen sind. Für die Feststellung des zum Ausdruck gebrachten, tatsächlichen Willens der Beklagten kommt es – wie ausgeführt – massgeblich auf die Person des unterzeichnenden K._____ an. Eine eigentliche Zurechnung vom Wissen oder von Handlungen von Hilfspersonen kann vielmehr im Bereich des

mutmasslichen Willens oder normativen Konsens in Frage kommen. Im Rahmen des tatsächlichen Willens können diese Umstände nur Indizien für einen bestimmten Organwillen darstellen. Den Angaben von K._____ kommt nach dem Ausgeführten eine ganz zentrale Bedeutung zu.

Dabei ist zu beachten, dass er als aktueller und langjähriger Geschäftsführer der Beklagten ein evidentes Interesse am Ausgang des hiesigen Verfahrens im Sinne der Beklagten haben dürfte. Immerhin deponierte er seine Aussagen unter Hinweis auf die Pflicht zur Wahrheit gemäss Art. 306 StGB und dessen Straffolgen (Prot. S. 33). Seine Glaubwürdigkeit ist aber dennoch infolge seiner Stellung im Prozess entsprechend eingeschränkt. Inhaltlich weist er von sich, einen Willen aufgewiesen zu haben, nach welchem mit L._____ -Wagen solche Wagen hätten zur Verfügung gestellt werden müssen, die Megatrailer transportieren könnten. Einen Willen in Bezug auf den Verwendungszweck oder Kenntnis von besonderen Anliegen der Klägerin habe er nicht gehabt (Prot. S. 39). Diese Aussagen sind nicht per se unglaubhaft und stehen auch nicht in Widerspruch zum aus der Würdigung der Beweisurkunden gewonnen Bild. Nun ist in Erinnerung zu rufen, dass es der Klägerin nicht genügt, die diesbezügliche Darstellung der Beklagten zu erschüttern. Das Gericht muss vielmehr nach dem Regelbeweismass zur Überzeugung gelangen, dass die Beklagte in der Person von K._____ den von der beweisbelasteten Klägerin geltend gemachten Willen aufgewiesen hat. Dies gelingt ihr mittels der übrigen Beweismittel und geltend gemachten Umstände jedoch nicht:

Der Zeuge E._____ sagte unter Hinweis auf seine Wahrheitspflicht aus (act. 40/3/2 S. 2). Gemäss eigener Angaben beendete er seine Tätigkeit für die Beklagte am 31. Januar 2011 und habe zu beiden Parteien freundschaftliche, gelegentliche Beziehungen (act. 40/3/2 S. 3). Die Beklagte weist indessen darauf hin, dass er nun für eine ihrer direkten Konkurrentinnen tätig sei (vgl. auch act. 40/3/2 S. 2), und bringt vor, dass sich bei seinem Weggang Differenzen ergeben hätten, da er versucht habe, sämtliche bei der italienischen Tochter der Beklagten angestellten Manager zur Konkurrenz hin abzuwerben, was auch in zwei Fällen gelungen sei. Dies bezeichnet die Klägerin als unzulässiges Novum, ohne

jedoch weiter darauf einzugehen (act. 62 Rz. 9). Ob es sich bei diesem (neuen) Vorbringen anlässlich der Stellungnahme zum Beweisergebnis um einen Umstand handelt, der zu diesem Zeitpunkt nicht mehr hätte vorgebracht werden können, erscheint zweifelhaft, da das Vorbringen zum Hintergrund des Zeugen offensichtlich durch die Beweiserhebung veranlasst wurde. Dies kann jedoch letztlich offen bleiben, da es hier nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist, kommt es doch hauptsächlich auf die Glaubhaftigkeit der Aussagen und nicht auf eine (allenfalls geminderte) Glaubwürdigkeit des Zeugen an. Von ihrem Inhalt her betrachtet, sind die Aussagen für sich genommen nicht unglaubhaft. Sie bilden jedoch nur ein schwaches Indiz für eine bestimmte Willensbildung der Beklagten bei Vertragsschluss. Zum einen ist aus einer blossen Thematisierung von Megatrailern im Rahmen von Vertragsverhandlungen für den Vertragsschluss in einer bestimmten Richtung nichts gewonnen. Zum andern hilft auch die eigene Auffassung des Zeugen über den Umfang der vertraglichen Verpflichtung nicht entscheidend weiter, da völlig unklar bleibt, inwiefern sein Verständnis eine Auswirkung auf dasjenige von K. _____ bei Abschluss des Vertrages gehabt haben soll. Es ist noch nicht einmal behauptet worden, dass der Zeuge E. _____ die Vertragsverhandlungen mit der Klägerin geführt hat, geschweige denn, dass er dort federführend gewesen oder bei diesen bis zum unterschriftsreifen Vertrag beteiligt gewesen sei oder mit K. _____ sein allfälliges Verständnis der Bezeichnung als L. _____-Wagen erörtert habe. Die Aussagen des Zeugen E. _____ stellen diejenigen von K. _____ zwar in gewissem Ausmass in Frage, sind aber keineswegs geeignet, das Gegenteil als erwiesen zu betrachten.

Schliesslich liegen Aussagen des Zeugen I. _____ vor, der bis Mitte 2012 bei der Beklagten angestellt gewesen ist. Es ist daher anzunehmen, dass er kein wirtschaftliches Interesse am Ausgang des Verfahrens hat. Gleichwohl könnte aufgrund seiner vormaligen Anstellung bei der Beklagten noch eine gewisse Verbundenheit mit dieser vorhanden sein. Er deponierte seine Aussagen unter der strengen Strafandrohung von Art. 307 StGB (Prot. S. 26). Insgesamt ist ihm eine nur leicht herabgesetzte Glaubwürdigkeit zu attestieren. Seine Aussage lässt darauf schliessen, dass es Personen bei der Beklagten gab, die von einer klägerischen Absicht der Beförderung von Megatrailern gewusst haben. Dafür kommt insbe-

sondere der Zeuge E._____ in Frage. Um welche allfälligen weiteren Personen es sich dabei gehandelt habe und was dies letztlich für den Vertragsschluss durch K._____ bedeutet haben soll, erschliesst sich daraus nicht. In diesem Sinne führt der Zeuge I._____ auch aus, er könne nicht sagen, ob sich die Parteien nach klägerischem Verständnis einig geworden wären. Vielmehr betont er, dass der Begriff L._____ -Wagen in Bezug auf die Eigenschaft eines N._____ -Wagens, Megatrailer transportieren zu können, gerade nicht eindeutig sei. Vielleicht hätten unterschiedliche Personen unterschiedliche Vorstellungen damit verbunden. Seine Aussagen erweisen sich als in sich schlüssig und grundsätzlich glaubhaft. Sie lassen sich insbesondere auch mit denjenigen des Zeugen E._____ wie auch K._____ vereinbaren. Zur Widerlegung der Sachdarstellung von K._____ dienen sie jedenfalls nicht.

Damit bleibt der von der Klägerin behauptete tatsächliche Wille der Beklagten bei Vertragsschluss betreffend L._____ -Wagen unbewiesen.

Gleiches muss auch bezüglich der nachträglichen Abrede gelten, mit der sich die Parteien (unstreitig) auf die (Ersatz)Lieferung von O._____ -Wagen geeinigt haben. Ein der Beklagten zuzurechnender Wille, dass damit Wagen zu liefern seien, die Megatrailer befördern könnten, ist nicht auszumachen. Die als Beweismittel zur Verfügung stehenden Urkunden wurden bereits oben im Rahmen der Ermittlung des mutmasslichen Willens in Bezug auf L._____ - sowie O._____ -Wagen (oben Erw. 4.4.5.a) sowie des tatsächlichen Willens in Bezug auf L._____ -Wagen gewürdigt, worauf zu verweisen ist. Es kann ihnen auch für den tatsächlichen Willen in Bezug auf die Einigung auf O._____ -Wagen nichts anderes entnommen werden. Lediglich ergänzend ist auf ein von der Klägerin eingereichtes E-Mail von P._____ an den Zeugen I._____ vom 27. November 2010 hinzuweisen, in welchem der erste unterstreicht, die Klägerin habe die neu gefundenen Wagen, womit die O._____ -Wagen gemeint sein müssen, als vollkommen ihren Ansprüchen genügend akzeptiert ("..., you have confirmed the finding of new wagons that we have accepted as perfectly matched to our needs."; act. 3/19 S. 1). Aussagekräftige Zeugenangaben zur Willensbildung in Bezug auf die Vereinbarung von O._____ -Wagen liegen nicht vor. Aus den Äusserungen des Zeugen I._____ und

K._____ ergibt sich lediglich, dass anstelle der L._____ -Wagen O._____ -Wagen angeboten bzw. angemietet worden seien (Prot. S. 28 und 39). Weitere relevante Beweismittel oder Umstände sind nicht ersichtlich. Der Vollständigkeit halber ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass die von der Klägerin nach Abschluss des Schriftenwechsels verschiedentlich erwähnte Parteibefragung (act. 37 S. 2 und act. 55 S. 6) zu den Beweisthemen nicht konkret angeboten wurde (siehe dazu oben Erw. B.c. sowie 2.3.).

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Klägerin keinen tatsächlichen Willen der Beklagten nachweisen konnte, nach welchem diese Wagen zur Verfügung stellen musste, die Megatrailer befördern können. Damit hat es beim Ergebnis der objektivierten Auslegung sein Bewenden.

4.4.6. Fazit

Aufgrund der obigen Erwägungen ergibt sich, dass die Beklagte nicht verpflichtet war, Wagen einzusetzen, die Megatrailer transportieren können.

Es ist somit festzuhalten, dass die Beklagte in Bezug auf die Wagentypen den modifizierten Vertrag bis zum 27. Februar 2011 richtig erfüllt hat. Die Klägerin ist daher zu verpflichten, die Rechnungen Nr. 416683, 416668, 416676 und 416682, insgesamt einen Betrag in Höhe von EUR 38'772.-, zu bezahlen.

4.5. Zu den Rechnungen Nr. 416725, 416726, 416729, 416730, 416735, 416736 und 416795

Bei diesen Rechnungen handelt es sich erstelltermassen um Leistungen ab 28. Februar 2011. Es ist unbestritten, dass die Züge gefahren sind (Rundfahrten am 28. Februar und jeweils am 1.-4., 8.-11., 14.-18. sowie 21. März; vgl. act. 14 Rz. 105 ff. i.V.m. act. 15/25, act. 15/28 und act. 15/30 und act. 19 S. 25). Unbestritten ist auch, dass die Beklagte die Rechnungen zugestellt hat (act. 20/40). Streitig ist, ob die Beklagte ihre Leistungen richtig erfüllt hat, und zwar in Bezug auf die Anzahl Wagen und Wagentypen (vgl. E. 4.5.1. und E. 4.5.2.). Weiter ist streitig, welchen Preis die Beklagte für ihre Leistungen in Rechnung stellen durfte (vgl. E. 4.5.3.).

4.5.1. Zur verabredeten Anzahl Wagen und Wagentypen ab 28. Februar 2011

a) Parteibehauptungen

Die Klägerin macht geltend, sie sei auf entsprechenden Vorschlag der Beklagten damit einverstanden gewesen, dass anstatt der zwölf 90'-Wagen ab 28. Februar 2011 einzelne Wagen, welche "per sofort" verfügbar seien, angehängt würden, um auf die vertraglich vorgesehene Platzzahl zu kommen, weil die in Annex 1 vorgesehenen zwölf 90'-Wagen Ende Februar 2011 nicht zur Verfügung gestanden seien. Die Beklagte habe sodann versprochen, ab Mitte März 2011 die zusätzlichen Wagen (zwölf 90'-Wagen) zur Verfügung zu stellen (act. 1 S. 14). Doch ab 28. Februar 2011 seien weder die zusätzlichen 90'-Wagen noch die "per sofort" verfügbaren Wagen bereit gewesen (act. 1 S. 15).

Darauf erwidert die Beklagte, dass die Klägerin sie kurz vor der Auslieferung der zusätzlichen zwölf 90'-Wagen angerufen und ihr mitgeteilt habe, dass sie die 90'-Wagen doch nicht haben wolle. Aus diesem Grund habe sie diese für andere Kunden eingesetzt. Als die Klägerin dann kurz darauf die Wagen trotzdem wieder hätte haben wollen, seien diese nicht mehr verfügbar gewesen (act. 14 Rz. 87). Weiter habe es Verzögerungen bei den Lieferanten und technische Probleme bei diesen Wagen gegeben (act. 14 Rz. 148, 190). In der Woche vom 21. März 2011 wären jedoch zwölf 90'-Wagen verfügbar gewesen (act. 14 Rz. 91). Die Klägerin habe dann aber anstelle der zwölf 90'-Wagen 24 Einzelwagen (45') gewünscht (act. 14 Rz. 148). Die Beklagte macht weiter geltend, dass am 21. März 2011 abends vier der sieben 45' Wagen (Set von zehn Wagen) angehängt worden seien (act. 14 Rz. 99). Schliesslich behauptet sie, dass sie ab 28. Februar 2011 die gleichen Leistungen wie in Annex 1 vereinbart, erbracht habe (act. 14, Rz. 92 f., 151; act. 27 Rz. 18, 42, 81, 95, 100 und 121). Damit macht sie sinngemäss geltend, dass sie 18 O.____-Wagen und sechs 60'-Wagen zur Verfügung gestellt habe (vgl. dazu vorne E. 4.4.1.b.).

Die Klägerin bestreitet, dass sie die von der Beklagten versprochenen zwölf 90'-Wagen nicht akzeptiert habe (act. 19 S. 19). Sie führt jedoch aus, dass sie damit einverstanden gewesen sei, "einfach einzelne Wagen anzuhängen, um auf die vertraglich vorgesehene Platzzahl zu kommen" (act. 1 S. 14).

b) Würdigung

Auch wenn gemäss Annex 1 vereinbart war, dass ab 28. Februar 2011 zwölf 90'-Wagen verfügbar hätten sein müssen, bestreitet die Klägerin nicht, dass anstelle der zwölf 90'-Wagen 24 Einzelwagen (45') zum Einsatz kommen sollten. Unbestritten blieb auch, dass am 21. März 2011 abends vier der sieben 45' Wagen eingesetzt wurden und die restlichen drei 45'-Wagen ab 22. März 2011 hätten eingesetzt werden sollen. Es ist aber auch unbestritten, dass in der Zeit vom 28. Februar bis 21. März 2011 abends weder zwölf 90'-Wagen noch 24 45'-Wagen zur Verfügung standen.

Nicht dargelegt hat die Klägerin, welche Wagentypen – abgesehen von den zwölf 90' bzw. 24 45'-Wagen – ab 28. Februar 2011 zur Verfügung hätten stehen sollen. Sie macht diesbezüglich keine hinreichend genügende Behauptungen bzw. bestreitet die Behauptung der Beklagten, es hätten wie gemäss Annex 1 18 O._____- und sechs 60'-Wagen eingesetzt werden müssen, nicht. Dabei hilft der Klägerin auch nicht weiter, dass sie "nach wie vor" (vor 28. Februar 2011) an den L._____-Wagen Interesse gehabt habe (act. 19 S. 19). Die Klägerin behauptet an keiner Stelle, dass ab 28. Februar 2011 die gemäss Annex A vereinbarten Wagentypen (24 L._____-Wagen und sechs 60'-Wagen) hätten zur Verfügung stehen müssen. Vielmehr macht sie selber geltend, dass ab 28. Februar 2011 zwölf 90'-Wagen (bzw. 24 45'-Wagen) hätten bereit stehen müssen, die gemäss Annex A nicht vorgesehen waren (act. 1 S. 14).

c) Fazit

Es ist somit festzustellen, dass ab 28. Februar 2011 zum einen weiterhin 18 O._____- und sechs 60'-Wagen zur Verfügung stehen mussten. Zum anderen hätte die Beklagte zusätzlich zwölf 90' bzw. 24 45' Wagen zur Verfügung stellen müssen, um dem (modifizierten) RTSG gerecht zu werden. Davon geht aber noch nicht einmal die Beklagte aus, standen die letztgenannten Wagen doch unstrittig nicht zur Verfügung und rechnete die Beklagte folglich auch weiterhin mit dem reduzierten Preis gemäss Annex 1 (vgl. act. 15/25-30; zur Preisbestimmung weiter unten E. 4.5.3.).

4.5.2. Zur Anzahl tatsächlich eingesetzter Wagen ab 28. Februar 2011

Zwischen den Parteien ist somit strittig, ob ab 28. Februar 2011 tatsächlich 18 O._____ und sechs 60'-Wagen zur Verfügung standen.

a) Klägerische Behauptungen

Die Klägerin macht geltend, dass ab 28. Februar bis 16. März 2011 lediglich neunzehn Wagen (14 O._____ - und fünf 60'-Wagen) und vom 17. bis 22. März 2011 zwanzig Wagen (15 O._____ - und fünf 60'-Wagen) zur Verfügung gestanden seien (act. 1 S. 15). Es seien Züge mit nur je zehn Stellplätzen (anstatt 15) gefahren, was ein um ein ganzes Drittel reduziertes Angebot bedeute (act. 1 S. 16).

b) Beklagtsche Behauptungen

Die Beklagte führt aus, dass sie ab 28. Februar 2011 ihre Dienstleistungen fortgesetzt habe, und zwar mit der gleichen Komposition von Wagen wie unter Annex 1 (act. 14 Rz. 92 f.; act. 27 Rz. 18, 42, 81, 95, 100 und 121). Einschränkend fügt sie dazu an, dass es vereinzelt technische Ausfälle gegeben habe, weshalb sie aber auch zwei Gegenrechnungen der Klägerin akzeptieren würde (act. 27 Rz. 100; act. 14 Rz. 92).

c) Feststellung des Sachverhalts

Aufgrund der klägerischen Bestreitungen wurde der Beklagten der Hauptbeweis auferlegt, dass sie ab 28. Februar 2011 die wie unter Annex 1 vereinbarten Wagen (18 N._____ -Wagen ... von O._____ und sechs 60 Fuss lange Wagen) zur Verfügung gestellt habe (Beweissatz 1.a.). Als Beweismittel der Beklagten wurden die Aussagen von K._____, des Zeugen I._____ sowie die zwei E-Mails vom 21. März 2011 (Urk. 15/18-19) abgenommen.

Der Zeuge I._____ konnte aus seiner Erinnerung keine Angaben mehr dazu machen, wann konkret welche Wagen tatsächlich im Einsatz standen (Prot. S. 27 ff.). K._____ führte im Allgemeinen aus, die Beklagte habe diese Wagen zur Verfügung gestellt, aber es seien nicht alle Wagen immer zur Verfügung gestanden. Die Beklagte habe nur eine bestimmte Menge O._____ -Wagen gehabt und es

habe keine anderen mehr auf dem Markt gegeben. Wenn es zu einer Beschädigung beim Ent- oder Beladen eines Wagen gekommen sei, dann hätten ein oder zwei Wagen gefehlt. Die Beklagte habe dann der Klägerin umgehend einen Rabatt, eine 'credit note', zugeschickt. Das sei separat gewesen. Ein oder zwei Wagen der 60'-Wagen hätten gefehlt. Die Rabatte seien zusätzlich zu den in Annex 1 festgelegten Preisen gewährt worden und hätten nur für die beschädigten Wagen gegolten. Wie gross dieser Rabatt gewesen sei, wisse er nicht mehr (Prot. S. 34 ff.). Die Beklagte sieht in dieser Aussage die Bestätigung ihrer Vorbringen (act. 56 Rz. 6).

Auf die aufgrund seiner Stellung im Prozess eingeschränkte Glaubhaftigkeit von K._____ wurde bereits hingewiesen (siehe oben E. 4.4.5.b). Seine Aussagen erweisen sich als frei von erheblichen Widersprüchen und erscheinen insgesamt schlüssig. Sie sind allerdings nicht geeignet, den fraglichen Beweis zu erbringen, da er ausdrücklich einräumte, dass nicht immer alle Wagen zur Verfügung gestanden seien. Dies gilt zum einen für die O._____-Wagen, von denen alleine aufgrund der Marktsituation nur eine beschränkte Anzahl vorhanden gewesen sei, weshalb eine Beschädigung direkt zu einem Ausfall geführt habe, und zum anderen für die 60'-Wagen, von denen auch ein oder zwei Stück gefehlt hätten (Prot. S. 34 f.). Dabei spielt auch keine Rolle, dass er erklärte, einzelne Ausfälle hätten immer zu besonderen Rabatten geführt. Das Gewähren solcher Rabatte in der Zeit ab dem 28. Februar 2011 wurde von der Beklagten auf der Behauptungsebene in keiner Weise konkret dargelegt. Vielmehr im Gegenteil ergibt sich aus den von der Beklagten eingereichten Rechnungen, mit denen sie ihre Forderungen begründet, keinerlei zusätzliche Rabattgewährung. Diese berechnen für jede der in Rechnung gestellten Rundfahrten den (reduzierten) Preis von EUR 24'200.– und bringen diesen dann ungeschmälert in Anschlag (act. 14 Rz. 107 f.; act. 15/25-30). Inwiefern die von der Beklagten akzeptierten Gegenrechnungen vom 28. Februar 2011 und 7. März 2011 (act. 14 Rz. 110; act. 15/33-34) solchen Rabatten entsprechen sollten und damit alle von der Klägerin behaupteten Zugausfälle (vier O._____-Wagen [ab dem 17. März 2011 drei O._____-Wagen] sowie ein 60'-Wagen zu wenig) abgegolten seien, führt die Beklagte in keiner Weise aus.

Den zwei E-Mails vom 21. März 2011 (Urk. 15/18-19) lassen sich keine Hinweise zum fraglichen Beweisthema entnehmen. Die im E-Mail von Q. _____ an K. _____ vom 11. März 2011 (act. 15/17) verwendete Berechnungsmethode eines angemessenen Preises geht zwar vom (grundsätzlichen) Einsatz von 24 Wagen aus (act. 56 Rz. 8 ff.). Auch dies könnte allerdings – ungeachtet der Tatsache, dass diese Urkunde nicht direkt im Anschluss an die fragliche Behauptung offeriert (act. 14 Rz. 92) und daher nicht als Beweismittel abgenommen wurde – keinen ausreichenden Beweis dafür erbringen, dass tatsächlich in der Zeit vom 28. Februar 2011 bis 22. März 2011 auch immer so viele Wagen zum Einsatz zur Verfügung standen.

Es ist somit festzuhalten, dass die Beklagte den ihr obliegenden Beweis, dass sie ab 28. Februar 2011 18 O. _____-Wagen und sechs 60'-Wagen zur Verfügung gestellt hat, nicht mit dem erforderlichen Beweismass erbringen konnte. Es ist somit von der klägerischen Behauptung auszugehen, dass ab 28. Februar bis 16. März 2011 lediglich neunzehn Wagen (14 O. _____ - und fünf 60'-Wagen) und vom 17. bis 22. März 2011 zwanzig Wagen (15 O. _____ - und fünf 60'-Wagen) zur Verfügung gestanden sind.

4.5.3. Zur Preisgestaltung ab 28. Februar 2011

a) Unbestrittener Sachverhalt

Gemäss ursprünglichem RTSA verpflichtete sich die Klägerin, pro Rundfahrt EUR 26'500.– zu bezahlen. In Annex 1 einigten sich die Parteien auf eine Preisreduktion und einen neuen Preis von EUR 24'200.– pro Rundfahrt. Die Parteien sind sich uneinig, wie der Preis ab 28. Februar 2011 festzusetzen ist, da in Annex 1 die Gültigkeitsdauer dieses Vertragsanhangs mit 7. bis 27. Februar 2011 bezeichnet wird.

b) Parteibehauptungen

Die Klägerin macht geltend, dass die Zahlungsbedingungen unter den gegebenen Umständen ab 28. Februar 2011 (verminderte Anzahl Wagen und andere Wagentypen) angepasst werden müssten. Für sie sei es nicht in Frage gekommen, dass

der Mechanismus des Annex 1 weitergelten würde. Den Vertrag habe sie aber nie aufgeben wollen. Der von der Beklagten vorgeschlagene Annex 2 habe für sie keine praktikable Lösung dargestellt (act. 1 S. 15 ff., 21).

Die Beklagte entgegnet, dass sie ab 28. Februar 2011 denselben Betrag mit den gleichen Zahlungsbedingungen in Rechnung gestellt habe wie unter Annex 1. Sie habe ihre Dienstleistungen mit der gleichen Komposition von Wagen wie unter Annex 1 ausgeführt (act. 14 Rz. 92 f., 151). Sobald die 24 45' Wagen (anstelle der zwölf 90'-Wagen) vorhanden gewesen wären, hätte die Klägerin den ursprünglich im RTSA vereinbarten Preis leisten müssen (act. 14 Rz. 99, 188, act. 27 Rz. 77 f.). Einen anderen Sinn habe die Befristung der Vertragsanpassung von Annex 1 nicht haben können (act. 14 Rz. 188). Sofern es Ausfälle von Wagen gegeben habe, habe die Klägerin dafür sogleich Gegenrechnungen gestellt (act. 14 Rz. 151). Annex 2 sei von der Klägerin nicht unterschrieben worden (act. 14 Rz. 91). Die Klägerin habe aber die Leistungen der Beklagten angenommen und durch ihr Verhalten ihr Einverständnis gezeigt; so habe die Klägerin die Güter immerhin laden und abladen müssen (act. 14 Rz. 191). Sie, die Beklagte, habe in guten Treuen davon ausgehen können, dass dieselbe Leistung wie unter Annex 1 auch mit dem selben Preis honoriert werden sollte. Eine andere übereinstimmende Willenserklärung der Parteien habe nicht vorgelegen und sei auch nicht zu eruieren (act. 27 Rz. 81). Gemäss Art. 6 RTSA müsse zwar eine permanente Änderung des Vertrages schriftlich erfolgen; doch vorliegend wäre auch eine Abänderung ohne Schriftlichkeit zulässig gewesen (act. 14 Rz. 192 f.). Die Klägerin habe nicht nur durch Schweigen zugestimmt oder konkludent gehandelt, sondern auch den in Rechnung gestellten Preis der Beklagten nach der Geltungsdauer von Annex 1 anerkannt, weil sie zu Beginn die Rechnungen der Beklagten noch beglichen habe (act. 27 Rz. 81). Die Klägerin habe am 11. März 2011 plötzlich die Höhe des in Rechnung gestellten Betrages moniert und verlangt, dass die Beklagte ihr lediglich einen Betrag von EUR 18'150.– pro Rundfahrt in Rechnung stelle (act. 14 Rz. 93).

Die Klägerin behauptet, dass nach Ablauf des Annex 1 der Preis proportional im Verhältnis der zur Verfügung gestellten Wagen zu den vertraglich zugesicherten

Wagen hätte angepasst werden müssen (act. 19 S. 11, S 20). Die Weiterführung des Angebots nach Ablauf von Annex 1 sei eine Selbstverständlichkeit gewesen. Die Klägerin habe zu keinem Zeitpunkt akzeptiert, zu den Bedingungen des Annex 1 weiterfahren zu wollen, letzterer sei eine reine Übergangslösung gewesen. Es treffe nicht zu, dass die Parteien beim Abschluss des befristeten Annex 1 davon ausgegangen seien, dessen Bedingungen würden auch nach dessen Ablauf weiterhin gelten. Dass ein stark reduziertes Angebot auch einen in diesem Verhältnis gekürzten Preis nach sich ziehen habe müssen, sei objektiv verständlich und sachlich gerechtfertigt (act. 19 S. 21 f.). Der von der Klägerin bezahlte Betrag habe exakt dem Verhältnis zwischen der Anzahl der tatsächlich transportierten und der Anzahl der vertraglich vereinbarten Wagen entsprochen (act. 19 S. 23, 24). Weiter bestreitet die Klägerin, dass die Nichtlieferung der zwölf 90'-Wagen und einer von der Beklagten vorgeschlagenen Weitergeltung der Bedingungen des Annex 1 keine kleine Änderung sei, die auch formlos vereinbart werden könne (act. 19 S. 29). Schliesslich macht die Klägerin geltend, dass Sinn und Zweck der salvatorischen Klausel im RTSA darin bestehe, eine gemeinsame Lösung zu suchen, wenn sich die Parteien nicht einig seien. Typischer Gegenstand dieser Klausel sei die Verpflichtung zur Aushandlung eines angemessenen Preises für ein qualitativ und quantitativ reduziertes Angebot der Beklagten (act. 29 S. 11). Wäre keine Lösung gefunden worden, hätte der Preis für die reduzierte Leistung der Beklagten gerichtlich bestimmt werden müssen (act. 29 S. 9 f.). Die Beklagte habe nach Ablauf des Annex 1 56% der versprochenen Wagen zur Verfügung gestellt (19 von 34), aber 91% des Preises verlangt (EUR 24'200.– anstatt EUR 26'500.–). Die Klägerin habe das nicht akzeptieren wollen und die Rechnungen vertragsgemäss bestritten (act. 29 S. 4, 13).

Die Beklagte bestreitet, dass von einem bestimmten Verhältnis der versprochenen und der bereit gestellten Wagen je die Rede gewesen bzw. dass dies für die Preisfindung relevant gewesen sei (act. 27 Rz. 16, 63). Erst mit ihrem E-Mail vom 11. März 2011 (act. 20/42) habe die Klägerin mit einer angeblich mathematischen Berechnung mit Preisen pro Wagen zu argumentieren begonnen. Dem RTSA, dem Annex 1 oder sonstigen Vereinbarungen zwischen den Parteien sei aber eine solche Berechnung nicht zu entnehmen (act. 27 Rz. 43, 90). Die Berechnung

nach Anzahl der Wagen sei nie diskutiert und nie Grundlage des Preises gewesen. Der Preis habe der internen Kalkulation der Beklagten unter Berücksichtigung aller involvierter Kosten plus einer Marge entsprochen (act. 27 Rz. 78). Die Klägerin habe den so bestimmten Vertragspreis bezahlt und sei daher damit einverstanden gewesen (act. 27 Rz. 90). In Bezug auf die salvatorische Klausel führt die Beklagte aus, dass die Klägerin deren Sinn und Zweck missverstehe (act. 14 Rz. 220); eine einvernehmliche Abänderung der wirtschaftlichen Eckpunkte eines Vertrages habe nichts mit dieser Klausel zu tun (act. 27 Rz. 49).

c) Rechtliches in Bezug auf die Form des Vertrages

Auch wenn das Gesetz für einen bestimmten Vertrag keine besondere Form vorsieht, können die Parteien eine solche vereinbaren (Art. 16 Abs. 1 OR). Der vertragliche Formvorbehalt kann sodann jederzeit formfrei aufgehoben werden. Eine Aufhebung oder Abänderung des Formvorbehalts ist auch stillschweigend oder durch konkludentes Handeln möglich (BGE 125 III 263 E. 4c; Urteil des Bundesgerichts 4A_416/2012 vom 21. November 2012 E. 3.3; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, Rz. 31.51).

d) Relevante Bestimmungen

Die von den Parteien im Zusammenhang mit der Form des Vertrages vorgebrachten Bestimmungen lauten wie folgt (act. 3/1):

"6 Amendment of Services

Permanent amendments of characteristics, composition, and frequency of the Services may only be agreed in writing and duly signed by the Parties resulting in the according amendment of Annex A hereto. (...)"

"15 Invalidity and Severability

If any provision of this Agreement is found by any court or administrative body of competent jurisdiction to be invalid or unenforceable, the invalidity or unenforceability shall not affect the other provisions of this Agreement and all provisions not affected shall remain in full force and effect. Both Parties will attempt to substitute the unenforceable clause with a valid and enforceable provision, which achieves to the greatest extent possible the economic, legal and commercial objectives of the invalid or unenforceable provision."

Die strittigen Bestimmungen in Bezug auf die Preisgestaltung ab 28. Februar 2011 sind die Folgenden (act. 3/1 und 3/21):

"3 Prices and Payment Conditions

In consideration for the provision of the Services A._____ shall pay to B._____ the prices set forth in Annex B. A._____ shall pay such prices irrespective of the level and frequency of use of the trains operated by B._____ in accordance with Annex A. The prices are calculated on round trip basis and A._____ shall pay the full price also in the event of a single trip.

B._____ shall determine the amounts due by A._____ according to the agreed prices in Annex B on a weekly basis and shall issue and dispatch to A._____ the related invoice each week. (...)

(...)"

"Annex B: Price

The price to be paid by A._____ for each round trip train as described in Annex A is Euro 26,500.00 (twentysix thousands and five hundreds,00). (...)"

"Annex 1

Validity 07.02.2011-27.02.2011

(...)

1. Price reduction: EUR 26500.– contractual price per roundtrip

EUR 900.– price reduction due to missing wagons

EUR 1400.– price reduction as a one time contribution of
_____ B._____

EUR 24200.– total amount per roundtrip (07.02.-27.02.11)

(...)"

e) Würdigung

Von der Klägerin blieb unbestritten, dass sie die Leistungen der Beklagten auch ab 28. Februar 2011 weiterhin annahm und sie im Zuge dessen auch weiterhin Güter lud und ablud. Fraglich ist allerdings, ob daraus auf eine formlose Verlängerung des Gültigkeitszeitraums des Annex 1 geschlossen werden kann, beispielsweise bis zum 22. März 2011, dem Zeitpunkt, zu welchem gemäss letzter Zusage der Beklagten sämtliche gemäss Annex 1 vereinbarten Wagen zur Verfügung hätten stehen können. Art. 6 RTSA, in welchem die Parteien die Schrift-

form für dauerhafte Änderungen der Leistungsmerkmale, der Zusammensetzung und der Häufigkeit der Leistungen der Beklagten vereinbart haben, stünde einer solchen Annahme nicht zwingend entgegen. Zum einen könnte – nähme man aufgrund der weiteren Umsetzung des RTSA einen entsprechenden Konsens an – auf einen stillschweigenden bzw. konkludenten Verzicht auf die Schriftform als Gültigkeitsvoraussetzung geschlossen werden. Zum anderen bezieht sich auch Art. 6 RTSA nur auf *dauerhafte* (englisch: "permanent") Änderungen. Bei einer zeitlichen Ausdehnung der Übergangsregelung des Annex 1 um einige Wochen würde es sich jedoch nur um eine temporäre, nicht aber eine dauerhafte Änderung handeln.

Eine tatsächliche Willensübereinkunft in Bezug auf die Weitergeltung des Annex 1 wurde von keiner Partei konkret behauptet. Indem die Beklagte vorbringt, sie habe in guten Treuen davon ausgehen können, dass dieselbe Leistung wie unter Annex 1 auch mit dem selben Preis honoriert werden sollte, beruft sie sich vielmehr auf einen dementsprechenden mutmasslichen Willen der Klägerin oder einen normativen Konsens in Bezug auf die Erstreckung des Annex 1 auf den Zeitraum nach dem 27. Februar 2011. Die Klägerin stellt einen solchen in Abrede. Die von der Beklagten diesbezüglich dargelegten Umstände – soweit sie als erstellt gelten können – vermögen eine auf Konsens basierende Erstreckung der Gültigkeitsdauer von Annex 1 nicht zu begründen.

Explizite Willenserklärungen, welche die schriftlich begrenzte Gültigkeit des Annex 1 per 27. Februar 2011 hinausschieben würden, werden nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich. Zwar ist die weitere Annahme der Leistungen durch die Klägerin auch nach dem 27. Februar 2011 erstellt, doch muss diese einem Ablauf der Gültigkeit des Annex 1 nicht notwendig entgegenstehen, da unstrittig das RTSA selbst immer noch in Kraft stand. Die blossere Inanspruchnahme von Leistungen durch die Klägerin gemäss RTSA alleine muss nicht unbedingt das Einverständnis mit der Weitergeltung der zeitlich befristeten Preisänderung bedeuten. Die Bezahlung einer Rechnung aber, die für nach dem 27. Februar 2001 erbrachte Leistungen beruhend auf dem Preis aus Annex 1 gestellt wurde und die als Einverständnis mit diesem Preis gedeutet werden könnte,

ist gerade nicht erwiesen. Auch wenn dies die Beklagte behauptet (act. 27 Rz. 81), ergibt es sich nicht aus den von ihr ins Recht gelegten Urkunden. So handelt es sich bei den ersten, vorliegend geltend gemachten Rechnungen für erbrachte Leistungen nach dem 27. Februar 2011 um diejenigen mit der Nr. 416725 und Nr. 416726. Diese haben Rundfahrten vom 28. Februar bis zum 6. März 2011 zum Inhalt und datieren vom 10. März 2011 (act. 14 Rz. 105 ff.; vgl. act. 15/25-6 und act. 15/32). Umgehend auf diese Rechnung hin erfolgte jedoch auch nach den beklagtischen Vorbringen bereits die entsprechende Beanstandung des Preises seitens der Klägerin (act. 14 Rz. 93 unter Verweis auf act. 15/17). Die Beklagte kann daher nicht aus einem Begleichen von Rechnungen herleiten, die Klägerin habe die Weitergeltung der Preise aus Annex 1 anerkannt. Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Beklagte für die Zeitperiode nach dem 27. Februar 2011 der Klägerin die Vereinbarung eines Annex 2 vorschlug, der von der Weitergeltung des Preises aus Annex 1 ausging und dem diese gerade nicht zustimmte (act. 14 Rz. 88-91). Vor diesem Hintergrund ist kein Konsens über eine unmittelbare, zeitliche Erstreckung des in Annex 1 vereinbarten Preisregimes anzunehmen.

Vielmehr kommt in Bezug auf die Preisbestimmung das ursprüngliche RTSA zur Anwendung, freilich unter Berücksichtigung der von den Parteien getroffenen Abreden in Bezug auf die von der Klägerin zur Verfügung zu stellenden Wagen (zu den bis zum 27. Februar 2011 sowie ab dem 28. Februar 2011 zu stellenden Wagen siehe oben Erw. 4.4.1. und 4.5.1.). Nun stellt das RTSA und die ergänzend für anwendbar erklärten Abkommen – soweit vorgebracht oder ersichtlich – für den Fall, dass die Beklagte einige, aber nicht alle Wagen zur Verfügung stellt, die sie gemäss Annex A bzw. nachträglicher Vereinbarung zur Verfügung stellen müsste, mithin die Rundfahrten nur mit einer verkürzten Wagenkomposition durchgeführt werden können, keine Preisanpassungsregeln auf. Das RTSA erweist sich insofern als unvollständig. Ferner ergeben sich auch aus dem Anhang B keine einschlägigen Hinweise. Hingegen anerkennt die Klägerin selbst, dass grundsätzlich auch für solche unvollständigen Rundfahrten eine Entschädigung zu leisten sei. Sie vertritt nur die Ansicht, der Preis sei mathematisch, basie-

rend auf dem Verhältnis zwischen der Anzahl der tatsächlich zur Verfügung gestellten und der Anzahl der vertraglich vereinbarten Wagen, zu kalkulieren.

Beim vorliegenden Vertragsverhältnis handelt es sich – wie ausgeführt (siehe oben Erw. 4.2.) – um einen Innominatkontrakt, der neben Elementen des Frachtvertrages auch solche des Mietvertrags aufweist. Gerade in Bezug auf das Zur-Verfügung-Stellen der vereinbarten Wagenkomposition, das unabhängig von den mit dieser tatsächlich transportierten Gütern im Rahmen eines Pauschalpreises pro Rundfahrt abgegolten wird, handelt es sich um eine Komponente, die dem Mietvertrag nahe steht. Es rechtfertigt sich daher, in Ermangelung einer vertraglichen Abrede für den Fall, dass nur eine unvollständige Wagenkomposition zur Verfügung gestellt wird, in Bezug auf die Festsetzung der Gegenleistung auf mietrechtliche Regeln zurückzugreifen. Nach Art. 259d OR kann der Mieter für den Fall, dass die Tauglichkeit der Mietsache zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigt oder vermindert wird, vom Vermieter verlangen, dass er den Mietzins bis zur Behebung des Mangels entsprechend herabsetzt. Für die Bestimmung der Herabsetzung ist der Wert der mangelhaften Sache ins Verhältnis zu setzen zu demjenigen der gebrauchstauglichen, wobei auf objektive Kriterien abzustellen ist, wie auf Art und Beschaffenheit des Mietobjekts und des Mangels sowie auf den Vertragsinhalt (BSK OR I-Weber, Art. 259d N. 6).

Betrachtet man den Wert der Durchführung einer Rundfahrt mit einer bestimmten Wagenkomposition, wird dieser keineswegs nur durch die Anzahl eingesetzter Wagen verkörpert. Enthalten in der Leistung einer (ursprünglich vereinbarten) Rundfahrt, die mit dem Pauschalpreis von EUR 26'500.– abgegolten wird, sind vielmehr auch Traktionsdienstleistungen, Bereitstellung der Trassen, usw. (act. 27 Rz. 78 und Rz. 90; act. 29 S. 13 f.). Eine rein mathematisch, auf dem Verhältnis zwischen der Anzahl der tatsächlich zur Verfügung gestellten und der Anzahl der vertraglich vereinbarten Wagen basierende Herabsetzung dieses Pauschalpreises entbehrt daher der sachlichen Grundlage. Dies wird nicht zuletzt auch dadurch bekräftigt, dass für die Rundfahrten während der Geltungsdauer von Annex 1 mit im Verhältnis zur ursprünglich vereinbarten Anzahl um zehn Wagen eingeschränkter Wagenkomposition von beiden Parteien ein Preis festgelegt

wurde, der vom Preis gemäss Annex A lediglich zwei geringfügigere Abzüge macht. Dabei handelt es sich um einen Abzug von EUR 900.– wegen fehlender Wagen und von EUR 1'400.– aufgrund eines einmaligen "Beitrages" (*contribution*) seitens der Beklagten. Eine mathematischen Reduktion des Gesamtpauschalpreises nach dem Verhältnis der zur Verfügung gestellten Wagen erscheint daher auch vor diesem Hintergrund nicht als angemessen. Daran ändern auch der von der Klägerin ins Recht gelegte E-Mailwechsel zwischen Q._____ und K._____ vom 11. März 2011 (act. 20/42) sowie die anderen Beweisurkunden der Klägerin nichts.

Zunächst ist bei der Bestimmung des der beklagischen Leistung entsprechenden, reduzierten Preises dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die – neben den 18 O._____ - und sechs 60'-Wagen – zur Verfügung zu stellenden zusätzlichen zwölf 90'- bzw. 24 45'-Wagen fehlten. In Bezug auf diese Leistungseinschränkung (auf das Niveau von 18 O._____ - und sechs 60'-Wagen) ist davon auszugehen, dass diese durch die während der Gültigkeitsdauer von Annex 1 geltende Preisreduktion adäquat zum Ausdruck gebracht wird. Zwar weist die Klägerin darauf hin, sie habe sich mit dieser Preisreduktion in Annex 1 vor allem im Hinblick auf die Zusage in deren Ziff. 3 einverstanden erklärt. Dies mag zutreffen. Gleichwohl beinhaltet Annex 1 auch unter Berücksichtigung dieses Umstands ein Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, das zumindest für diese Zeit von beiden Seiten als angemessen betrachtet wurde und das daher für die anschliessenden drei Wochen, soweit ein gleiches Leistungsniveau der Beklagten fortbestand, noch als gangbare Grundlage dienen kann. Es ist davon auszugehen, dass die beiden in Annex 1 vorgesehenen Abzüge von insgesamt EUR 2'300.– sowohl der Art und Einschränkung des zur Verfügung zu stellenden Objektes (Wagenkomposition) als auch dem Vertragsverhältnis (Innominatvertrag mit fracht- und mietvertraglichen Komponenten) angemessener Rechnung tragen, als dies die nicht weiter abgestützte, von der Klägerin beigezogene mathematische Methode tut. Weitere Anhaltspunkte sind nicht ersichtlich.

Nun basieren diese Abzüge bzw. der sich so errechnende Preis von EUR 24'200.– pro Rundfahrt allerdings auf der Annahme, dass – gemäss des

Leistungsniveaus während der Gültigkeit von Annex 1 – auch tatsächlich 18 O.____-Wagen und sechs 60'-Wagen eingesetzt werden können. Dies ist aber für die Zeit nach dem 27. Februar 2011 gerade nicht erstellt. Es standen zwischen dem 28. Februar 2011 und dem 22. März 2011 weniger Wagen zur Verfügung und zwar vier O.____-Wagen (ab dem 17. März 2011 drei O.____-Wagen) zu wenig sowie ein 60'-Wagen zu wenig (siehe oben Erw. 4.5.2.). Auch diese weitere Leistungseinschränkung muss eine Preisreduktion nach sich ziehen, die sich – mangels Regelung im Vertrag – an den oben dargelegten Grundsätzen anzulehnen hat und nach dem Verhältnis der zu den bereits berücksichtigten Abzügen zusätzlichen Leistungseinschränkung zu bestimmen ist.

Vergleicht man nun die während der Geltung des Annex 1 zur Verfügung gestellten Wagen, nämlich 18 O.____-Wagen und sechs 60'-Wagen, mit der ursprünglich vorgesehenen Wagenkomposition, bestehend aus 24 L.____-Wagen (zuzüglich vier L.____-Wagen als Reserve) sowie sechs 60'-Wagen, ergibt sich eine Differenz von sechs in einer Rundfahrt einsetzbaren Wagen. Die vier Reservewagen sind hier zu vernachlässigen, da es bei der zu ermittelnden Preisreduktion für eine Rundfahrt, an der weniger Wagen als vorgesehen eingesetzt werden können, hauptsächlich um die auf der Rundfahrt einsetzbare Wagenkomposition geht und nicht um die Möglichkeit eines Ersatzes durch Reservewagen, durch welche eine verminderte Wagenkomposition und eine entsprechende Leistungs- und Preisreduktion überhaupt vermieden werden kann. Eine um sechs Wagen reduzierte Komposition steht demnach einer Preisreduktion von insgesamt EUR 2'300.– pro Rundfahrt gegenüber. Auf den Ausfall eines Wagens entfallen nach dieser Sichtweise gerundete EUR 383.–. Nun besteht diese Preisreduktion allerdings aus den zwei genannten Abzügen und man kann sich fragen, ob lediglich der Abzug von EUR 900.– wegen "fehlender Wagen" massgeblich sein sollte, was zu einem Abzug von nur EUR 150.– pro zusätzlich fehlendem Wagen führte. Dies ist jedoch abzulehnen, da der Preisnachlass aus Annex 1 von einer Reduktion von 30 fahrenden auf 24 fahrende Wagen ausgeht, eine weitere Reduktion der fahrenden Wagen – je niedriger der fahrende Restbestand ist – aber für die Klägerin tendenziell stärker zu Buche schlägt. Gerade weil die für eine Rundfahrt entgoltene Kosten sich längst nicht nur nach der Anzahl der Wagen richten, die-

se jedoch für den Ertrag der Klägerin ausschlaggebend sind, ist von einem zunehmenden Preisnachlass auszugehen, je niedriger die verbleibende Gesamtanzahl von Wagen ist. Dem ist vorliegend dadurch Rechnung zu tragen, dass auch der Abzug des einmaligen Beitrags der Beklagten von EUR 1'400.– pro Rundfahrt anteilmässig auf die zusätzlichen Wagenausfälle zu erstrecken ist, mithin die Beklagte für den Ausfall der weiteren fünf Wagen auf insgesamt nur noch 19 Stück einen entsprechend erhöhten einmaligen Beitrag abziehen muss (EUR 383.– anstatt EUR 150.– pro zusätzlich fehlendem Wagen).

Daraus ergibt sich für den Zeitraum vom 28. Februar 2011 bis und mit 16. März 2011 ein Preis für eine Rundfahrt von EUR 22'285.– (EUR 26'500.– abzüglich EUR 2'300.– in Nachachtung des Leistungsniveaus Stand Annex 1 sowie abzüglich EUR 1'915.– in Nachachtung der zusätzlich fehlenden fünf Wagen [vier O.____-Wagen und ein 60'-Wagen]). In Anlehnung an die Regelung in Annex 1 sind davon ein Teil von EUR 20'342.– innert 10 Tagen und ein Teil von EUR 1'943.– innert 60 Tagen zu zahlen. Für den Zeitraum vom 17. bis 22. März 2011, in dem lediglich zwei Rundfahrten, nämlich am 18. und 21. März 2011, stattgefunden haben (act. 14 Rz. 105 ff. und act. 15/29-30), ergibt sich ein Preis für eine Rundfahrt von EUR 22'668.– (EUR 26'500.– abzüglich EUR 2'300.– in Nachachtung des Leistungsniveaus Stand Annex 1 sowie abzüglich EUR 1'532.– in Nachachtung der zusätzlich fehlenden vier Wagen [drei O.____-Wagen und ein 60'-Wagen]). In Anlehnung an die Regelung in Annex 1 sind davon ein Teil von EUR 20'701.– innert 10 Tagen und ein Teil von EUR 1'967.– innert 60 Tagen zu zahlen.

Unbeachtlich bleibt im Übrigen die Aussage von K.____, der ausführte, die Beklagte habe für zusätzliche Wagenausfälle Rabatte gewährt (Prot. S. 35 f.). Das Gewähren von solchen Rabatten wurde – wie bereits dargelegt – weder von einer der Parteien behauptet noch ergibt es sich aus den im Recht liegenden Urkunden der fraglichen Rechnungen (act. 15/25-30). Im Weiteren ist anzumerken, dass die von der Beklagten anerkannten Gegenrechnungen der Klägerin, die auf den Defekt bzw. Ausfall je eines O.____-Wagens für fünf Rundfahrten beruhen (act. 14 Rz. 110; act. 15/33-34: "Partial damage compensation"), Schadenersatzforderun-

gen darstellen und nicht mit der Preisreduktion für eine eingeschränkte Wagenkomposition gleichgesetzt werden können.

Schliesslich ändert an diesem Ergebnis auch die Anrufung der salvatorischen Klausel gemäss Art. 15 RTSA durch die Klägerin nichts. Mit dieser Klausel vereinbarten die Parteien einerseits, dass bei einer allfälligen Nichtigkeit einzelner Bestimmungen der mängelfreie Restvertrag weiterbestehen soll. Andererseits vereinbarten sie, dass sie sich um eine Modifizierung der nichtigen Bestimmung bemühen werden. Es handelt sich somit bei Art. 15 RTSA um eine gewöhnliche salvatorische Klausel, auch Teilwirksamkeitsklausel genannt (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., N 696), mit welcher Parteien üblicherweise regeln, dass nicht der ganze Vertrag dahinfallen soll, wenn eine Bestimmung nichtig ist. Vielmehr soll der nicht-nichtige Teil weiterbestehen (vgl. auch Art. 20 OR). Die Klägerin verkennt daher die Bedeutung der salvatorischen Klausel, wenn sie geltend macht, dass typischer Gegenstand einer solchen Klausel die Verpflichtung zur Aushandlung eines angemessenen Preises für ein qualitativ und quantitativ reduziertes Angebot der Beklagten sei. Eine allfällige Preisänderung hat nichts mit der Nichtigkeit einer Bestimmung zu tun. Eine andere als die erwähnte, im Allgemeinen bekannte Bedeutung der salvatorischen Klausel liegt nicht vor; die Klägerin hat keine hinreichenden Behauptungen vorgebracht, die zu einem anderen Ergebnis führen würden.

4.5.4. Ansprüche der Beklagten aus den zwischen 28. Februar 2011 und 22. März 2011 durchgeführten Rundfahrten

Es ergeben sich ausgehend von den zwischen dem 28. Februar 2011 und 22. März 2011 unbestritten stattgefunden habenden Rundfahrten mit der – gemäss Beweisverfahren erstellten – eingeschränkten Wagenkomposition sowie ausgehend vom soeben ermittelten Preis für eine Rundfahrt die folgenden Ansprüche der Beklagten:

Rechnungs- Nr.	Rechnungs- datum	Fälligkeits- datum	Anzahl Rundfahr- ten x Rundfahrt- preisanteil (EUR)	Geschuldeter Betrag (EUR)
-------------------	---------------------	-----------------------	---	------------------------------

416725	10.03.2011	20.03.2011	5 x 20'342	101'710
416726	10.03.2011	10.05.2011	5 x 1'943	9'715
416730	14.03.2011	24.03.2011	4 x 20'342	81'368
416729	14.03.2011	14.05.2011	4 x 1'943	7'772
416736	23.03.2011	02.04.2011	3 x 20'342	61'026
			2 x 20'701	41'402
416735	23.03.2011	23.05.2011	3 x 1'943	5'829
			2 x 1'967	3'934
Total				<u>312'756</u>

Gegen die Rechnung Nr. 416795 über EUR 776.28 für Parkgebühren der Züge während der Wochenenden in C._____ bringt die Klägerin keine konkreten Einwendungen vor (act. 14 Rz. 105 ff., act. 19 S. 25), weshalb diese ebenfalls zuzusprechen ist.

Auf der anderen Seite sind die beiden, von der Beklagten anerkannten Gegenrechnungen der Klägerin vom 28. Februar 2011 und vom 7. März 2011 im Betrag von je EUR 5'790.– (act. 14 Rz. 110; act. 15/33-34: "Partial damage compensation") anzurechnen.

Schliesslich ist der Betrag von EUR 100'000.–, den die Beklagte aus der klägerischen Bankgarantie erhältlich gemacht hat (act. 14 Rz. 109; act. 19 S. 13 und 25), in Abzug zu bringen. Nur ergänzend ist zu bemerken, dass sich deren Abrufen gestützt auf Art. 5 RTSA nach den Feststellungen im vorliegenden Prozess als zulässig erweist, wären doch Ende April 2011 mehrere Rechnungsbeträge, die von der Klägerin infolge nur teilweiser Bestreitung der entsprechenden Rechnungen unbestritten geblieben waren, fällig und nach Art. 3 RTSA zu zahlen gewesen (vgl. Rechnungen Nr. 416725, 416730 und 416736).

Es ergibt sich folglich ein noch offener Rechnungsbetrag von EUR 201'952.28.

Position	Betrag (EUR)
Offener Rechnungsbetrag (Rechnungs-Nr. 416725-26, 416729-30, 416735-36)	312'756.00
Rechnung Nr. 416795	776.28
Abzug Gegenrechnungen	- 11'580.00
Abzug Bankgarantie	- 100'000.00
Total zugunsten der Beklagten	<u>201'952.28</u>

5. Zum Schadenersatz der Beklagten für Mietkosten und Wagenstillstand

5.1. Vorbemerkung

Die Beklagte kann nur dann Schadenersatz für Mietkosten und Wagenstillstand verlangen, wenn sie berechtigt war, das RTSA zu kündigen oder zumindest aber ihre Leistungen einzustellen. Im Folgenden ist daher zunächst zu prüfen, ob der Beklagten ein Kündigungsrecht und/oder ein Einstellungsrecht gestützt auf Art. 3 Abs. 5 RTSA zukam.

5.2. Zum Kündigungs- und zum Einstellungsrecht der Beklagten / Art. 3 Abs. 5 RTSA

In Bezug auf ein angebliches Kündigungs- und Einstellungsrecht der Beklagten ist Art. 3 Abs. 5 RTSA auszulegen, welcher wie folgt lautet:

"Properly submitted invoices upon which payment is not received within the agreed payment terms, a late charge shall accrue, (...). Without limiting its rights or remedies, B._____ shall have the right to halt or terminate entirely its services until payment is received on past due invoices."

Die Parteien sind sich über die Bedeutung diese Bestimmung uneinig.

5.2.1. Parteibehauptungen

Nach der Beklagten sehe Art. 3 Abs. 5 RTSA ein sofortiges Kündigungsrecht für sie vor. Sie macht geltend, dass sie sich die Möglichkeit, die Dienstleistung vorübergehend oder auch ganz einzustellen, bis die Klägerin allfällige Ausstände aus fälligen Rechnungen begleiche, in den Vertragsverhandlungen ausbedungen habe, da die Klägerin eine neue Vertragspartnerin gewesen und sich die Beklagte für den Fall von fehlender Zahlungsfähigkeit bzw. -willigkeit der Klägerin habe absichern wollen. Dieses Recht sollte dabei unabhängig davon sein, ob eine Rechnung bestritten werde oder nicht (act. 14 Rz. 44). Die vorübergehende oder permanente Einstellung der Leistungen komme im Resultat einer Kündigung gleich, da bei eingestellten Leistungen die Erfüllung des Vertrages gar nicht mehr möglich sei und die Klägerin dann selbstverständlich auch keine Zahlungen mehr leisten müsste (act. 14 Rz. 56).

Die Klägerin verneint in ihrer Replik/Widerklageantwort, dass Art. 3 Abs. 5 letzter Satz RTSA ein Kündigungsrecht der Beklagten vorsehe (act. 19 S. 12, 24). Sogar wenn die Klägerin mit ihren Zahlungen vertragswidrig im Rückstand gewesen wäre (was nie der Fall gewesen sei), hätte die Beklagte gestützt auf den abgeschlossenen Vertrag lediglich ihre Leistungen einstellen, nicht aber den Vertrag kündigen dürfen. Dies würde sich auch bereits aus dem Zusammenhang ergeben, dass die gesamte zweijährige Organisation rund um die Züge einzig zugunsten der Klägerin vorgenommen worden sei. Die Zahlung hätte in einem solchen hypothetischen Fall nachgeholt werden können und die Beklagte hätte ihre Dienstleistungen wieder aufnehmen müssen (act. 19 S. 12, 24). Weiter macht die Klägerin geltend, dass die Beklagte ihre Leistungen nur hätte einstellen dürfen, nicht jedoch permanent und unwiderruflich (act. 19 S. 13). So hätte die Beklagte auch in einem hypothetischen Fall, in dem tatsächlich ein Recht zur Leistungseinstellung vorgelegen wäre, nicht das Recht gehabt, den Vertrag aufzulösen. Der Klägerin wäre dann immer die Möglichkeit offen gestanden, den offenen Betrag zu bezahlen und nach Ablauf des Vertrags gerichtlich einzuklagen. Nach der Zahlung der von den Beklagten geltend gemachten Fehlbeträge hätte die Beklagte ihre Leistungen wieder erbringen müssen (act. 19 S. 24). Ein Einstellungsrecht hätte die

Beklagte nur dann gehabt, wenn keine ordnungsgemässe Bestreitung der in Rechnung gestellten Beträge im Rahmen der vereinbarten Zahlungsbedingungen erfolgt wäre. Die Klägerin verweist diesbezüglich auf die Formulierung in Art. 3 Abs. 5 RTSA: "(...) is not received within the agreed payment terms." Ebenso hätte die Beklagte ein Einstellungsrecht gehabt, wenn die Klägerin einen Rechnungsbetrag weder bestritten noch beglichen hätte (act. 29 S. 12, 16).

Die Beklagte führt in ihrer Duplik/Widerklagereplik zu Art. 3 Abs. 5 letzter Satz RTSA aus, dass die Möglichkeit der Einstellung an die Nichtzahlung von Rechnungen gemäss den vereinbarten Zahlungsfristen – und zwar unabhängig von einer Bestreitung – geknüpft sei (act. 27 Rz. 44).

5.2.2. Kündigungsrecht

Zunächst ist festzuhalten, dass ein jederzeitiges Kündigungsrecht der Beklagten gestützt auf Art. 404 Abs. 1 OR aufgrund des besonderen Vertragscharakters, der ein auf Dauer angelegtes Zur-Verfügung-Stellen einer Transportinfrastruktur beinhaltet (siehe dazu oben Erw. 4.2.), nicht ohne Weiteres angenommen werden kann. Der Blick ist daher auf die von den Parteien umstrittene Bestimmung in Art. 3 Abs. 5 RTSA zu richten. Sie enthält die Begriffe "halt" und "terminate", also unterbrechen und beenden. Der Begriff "terminate" bzw. beenden weist grundsätzlich auf eine Kündigungsmöglichkeit hin. Allerdings findet sich in Art. 3 Abs. 5 RTSA der Zusatz "until payment is received on past due invoices". Bezieht man diesen Zusatz auf die Unterbrechung oder Beendigung der Dienstleistungen, würde die Leistungspflicht nach Bezahlung der genannten Rechnungen wieder aufleben, was gegen eine Möglichkeit, den Vertrag aufzulösen, spräche. Dagegen könnte der Zusatz auch auf die Zeitperiode bezogen werden, in welcher der Beklagten das Recht zukommt, die Unterbrechung oder Beendigung der Dienstleistungen zu erklären. Die Beklagte hätte danach im Zeitraum, in welchem die fraglichen Zahlungen ausstehend sind, die Möglichkeit zur Kündigung und die Bezahlung durch die Klägerin würde lediglich diese Möglichkeit wieder beseitigen. Wie es sich mit dem Recht zur Vertragskündigung letztlich verhält, kann allerdings offen bleiben, solange die Beklagte dazu berechtigt war, ihre Leistungen dauernd einzustellen.

5.2.3. Einstellungsrecht nach Art. 3 Abs. 5 RTSA

a) Der Wortlaut von Art. 3 Abs. 5 letzter Satz RTSA besagt, dass bis zur Bezahlung von fälligen Rechnungen ("past due invoices") die Leistungen unterbrochen oder beendet werden können. Es findet sich in Art. 3 Abs. 5 RTSA kein eindeutiger Hinweis darauf, ob es sich dabei um bestrittene oder unbestrittene Rechnungen handeln muss. Allerdings legt die Systematik des Art. 3 RTSA nahe, dass es sich dabei um Rechnungen handelt, die entweder unbestritten sind oder deren Bestreitung sich als unrechtmässig erwiesen hat. So hält Art. 3 Abs. 4 RTSA fest, dass der Klägerin das Recht zukommt, die Zahlung von bestrittenen Rechnungen, bezüglich derer die Parteien innert der in Art. 3 Abs. 3 RTSA vorgesehenen Fristen keine einvernehmliche Lösung finden konnten, in der Höhe des bestrittenen Betrages zurückzuhalten ("if any dispute is not resolved within the time periods referred to in paragraph above, A._____ shall have the right to withhold payment of the disputed amount pending the solution of the claim but shall be nevertheless obliged to timely pay any undisputed amount."). Derartige Rechnungen können nun schwerlich als fällig bezeichnet werden und deren Nichtbezahlung zur Leistungseinstellung berechtigen. Dies würde zum beschriebenen Zurückbehaltungsrecht in Konflikt stehen. Dieses Ergebnis deckt sich auch mit den Erkenntnissen aus dem dazu geführten Beweisverfahren (Beweissatz 1.b). Während sich aus dem abgenommenen E-Mailwechsel zwischen Q._____ und K._____ vom 11. März 2011 kein entsprechender Hinweis entnehmen lässt und auch der Zeuge I._____ keine konkreten Aussagen dazu machen konnte, das Nichtbezahlen welcher Rechnungen zur Leistungseinstellung führen sollte (Prot. S. 30 f.), gab K._____ selber zu Protokoll, er verstehe unter den "due invoices" in Art. 3 Abs. 5 RTSA fällige unbestrittene Rechnungen (Prot. S. 37 f.). Es kann daher von einem Willen der vertragsschliessenden Personen ausgegangen werden, nach welchem lediglich die Nichtbezahlung von unbestrittenen bzw. nicht korrekt bestrittenen Rechnungsbeträgen zu einer Leistungseinstellung berechtigten. Was die Parteien damit vereinbart haben, entspricht im Übrigen auch der Konzeption von Art. 82 OR.

b) Ein solcher Tatbestand lag hier aber vor. Es ist unbestritten, dass die Parteien in Art. 3 RTSA einen Mechanismus in Bezug auf die Bestreitung von Rechnungen vereinbart haben. Die Parteien sind sich aber uneinig, ob dieser Mechanismus vorliegend eingehalten wurde.

Die Beklagte macht geltend, dass die Klägerin nicht vertragskonform, d.h. wie gemäss Art. 3 Abs. 3 RTSA vorgesehen, vorgegangen sei. Die Klägerin hätte Details bzw. weitere Informationen zu einer Rechnung anfragen müssen und nicht den gesamten Rechnungsbetrag zurückbehalten dürfen, ohne zuvor die Details oder weitere Informationen angefragt zu haben. Sie habe mit ihrem Verhalten lediglich den Preis drücken wollen (act. 14 Rz. 43; act. 27 Rz. 42).

Die Klägerin behauptet, dass sie vertragskonform vorgegangen sei; sie habe die Rechnungen bestritten, "was denn sonst?" (act. 19 S. 23). Sie habe bestritten, dass die Beklagte mit der vertraglich abgemachten Anzahl Wagen gefahren sei (act. 19 S. 10 f.) und reicht ein E-Mail vom 11. März 2011 (act. 20/42) und ein Schreiben vom 16. März 2011 (act. 3/29) als Beweismittel ein.

Gemäss Art. 3 Abs. 3 RTSA kann die Klägerin innert 10 Tagen nach Erhalt der Rechnung Informationen über die Details der entsprechenden Rechnung von der Beklagten verlangen. Sofern die Parteien ihre Meinungsverschiedenheiten nicht fristgerecht lösen können, ist die Klägerin – wie bereits ausgeführt – berechtigt, die Zahlung des bestrittenen Betrags zurückzubehalten, aber verpflichtet, fristgerecht den unbestrittenen Betrag zu bezahlen (Art. 3 Abs. 4 RTSA; "shall have the right to withhold payment of the disputed amount (...) but shall be nevertheless obliged to timely pay any undisputed amount. (...)").

In ihrem E-Mail vom 11. März 2011 (act. 20/42) und ihrem Schreiben vom 16. März 2011 (act. 3/29) reklamierte die Klägerin, dass die Beklagte den Vertrag und Annex 1 nicht richtig erfüllt habe. Damit hat sie aber, wie von der Beklagten geltend gemacht und in Art. 3 Abs. 3 RTSA vorgesehen, keine Informationen über die Details der entsprechenden Rechnung von der Beklagten verlangt. Dies blieb von der Klägerin auch unbestritten. Ob ein Verlangen von zusätzlichen Informati-

onen zu einer vertragskonformen Bestreitung von Rechnungsbeträgen erforderlich gewesen ist, kann aus den folgenden Gründen indessen hier offen bleiben.

Die Klägerin bestritt nämlich nur jeweils einen Teilbetrag der fraglichen Rechnungen. So teilte sie am Ende des Schreibens vom 16. März 2011 mit, einen Teil der Rechnungsbeträge (Nr. 416725 und 416726 sowie Nr. 416729 und 416730) zu bezahlen und zwar basierend auf einem mit der klägerischen mathematischen Methode ermittelten Preis von EUR 18'705.88 pro Rundfahrt (act. 19 S. 23 Ad Rz. 96; vgl. act. 3/29 sowie auch act. 29 S. 17 Ad Rz. 142-146). Gemäss Art. 3 Abs. 4 RTSA war sie nun aber nur zur Zurückhaltung der Zahlung des bestrittenen Betrages berechtigt. Den nicht bestrittenen Teilbetrag für die Rechnung Nr. 416725, der überdies nach den Feststellungen in Erw. 4.5.4. geschuldet war, hätte sie tatsächlich bezahlen müssen, was sie aber nach ihren eigenen Angaben nicht tat (act. 29 S. 8 und 17; vgl. dagegen noch act. 19 S. 24 Ad Rz. 98). Es spielt dabei keine Rolle, dass sie eine Zahlung von EUR 69'133.40 bereits ausgelöst und der Beklagten angezeigt hatte. Sie wurde nicht geleistet. Dies hätte insbesondere bis zum 20. März 2011 erfolgen müssen, um die Zahlungsfrist gemäss Art. 3 RTSA zu wahren. Somit wurde eine unbestrittene, fällige Rechnung (Teilbetrag) nicht bezahlt und die Voraussetzungen für eine Einstellung der Leistungen waren gegeben. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Beklagte auf der Bezahlung der gesamten Rechnungssumme bestand und für deren Eingang – bzw. angesichts des offenbar gegebenen Zahlungsauftrages in Bezug auf den unbestrittenen Betrag für den Eingang der Restzahlung – eine Zahlungsfrist bis zum 21. März 2011, 17.00 Uhr, einräumte (act. 29 S. 17 Ad Rz. 142-146). Allein dadurch, dass die Klägerin den unbestrittenen Teilbetrag der Gesamtsumme nicht leistete, versetzte sie die Beklagte in die Lage zur ihrerseitigen Leistungseinstellung. Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass sich die Beklagte bei deren Ankündigung auf das Ausbleiben des Restbetrages berief, ging sie doch in diesem Moment noch davon aus, der unbestrittene Rechnungsbetrag werde geleistet.

Im Weiteren ist festzustellen, dass im Zeitpunkt der Leistungseinstellung noch eine weitere Rechnung (Nr. 416683; vgl. act. 15/21) einen Ausstand aufwies und zwar in der Höhe von EUR 10'422.– (act. 14 Rz. 107; act. 27 Rz. 96), was von der

Klägerin nicht konkret bestritten wurde (act. 19 S. 25, act. 29 S. 14 Ad Rz. 98-107; insbesondere ergibt sich auch aus der von der Klägerin angerufenen eigenen Rechnungsaufstellung in act. 20/40 S. 1 lediglich eine teilweise Zahlung der auf EUR 110'500.– lautenden Rechnung Nr. 416683 in der Höhe von EUR 100'078.–). Auf der anderen Seite wurde ebenso wenig von der Klägerin konkret ausgeführt, der per 11. März 2011 fällig gewordene Betrag der genannten Rechnung sei unter Beachtung und in Anwendung der Regeln von Art. 3 RTSA bestritten worden. Diese Rechnung findet auch in den von der Klägerin eingereichten Schreiben betreffend Rechnungsbestreitung vom 11. März 2011 (act. 20/42), vom 16. März 2011, (act. 3/29) und vom 28. März 2011 (act. 3/36 bzw. act. 15/20), auf welche sie sich verschiedentlich bezieht (vgl. act. 19 S. 23 f. Ad Rz. 97, Ad Rz. 98 und Ad Rz. 99-104; act. 29 S. 5 und S. 11) keine Erwähnung. Die pauschale Ausführung, die Klägerin habe "jede einzelne Rechnung ... fristgerecht ... gezahlt bzw. in einem allfällig bestrittenen Umfang vertragskonform bestritten" (statt vieler act. 19 S. 25), hilft der Klägerin nicht weiter, zumal daraus eben nicht hervorgeht, welche Rechnung in welchem Umfang bezahlt und in welchem Umfang bestritten wurde. Die Beklagte war nach dem Ausgeführten auch vor dem Hintergrund des Ausstandes der Rechnung Nr. 416683 berechtigt, ihre Leistungen einzustellen.

c) Fazit

Die Beklagte war berechtigt, ihre Leistungen einzustellen, bis die Klägerin die fälligen, unbestrittenen Rechnungsbeträge bezahlt hat.

5.3. Zum Schadenersatz der Beklagten für Mietkosten und Wagenstillstand im Besonderen

5.3.1. Parteibehauptungen

Die Beklagte macht Schadenersatz für Mietkosten und Wagenstillstand in Höhe von EUR 13'525.76 geltend. Der Schaden sei ihr entstanden, weil sie sich aufgrund des renitenten und vertragswidrigen Verhaltens der Klägerin zur Einstellung der Leistungen gezwungen gesehen habe. Der Schaden bestehe darin, dass die für die Klägerin reservierten Züge vom 23. März bis zum 4. April 2011 stillgestan-

den seien, bis ein neuer Kunde dafür habe gefunden werden können, sie aber die Mietkosten von EUR 13'300.56 habe bezahlen müssen. Ebenso habe sie weiterhin die Trassen für EUR 225.20 bezahlen müssen (act. 14 Rz. 111-114; act. 27 Rz. 105).

Die Klägerin bestreitet, dass sie sich vertragswidrig verhalten habe. Die Beklagte stelle offenbar Rechnung für verschiedene Ressourcen, die sie habe vorhalten müssen. Es sei ein Hohn, wenn die Beklagte ausführe, eine neue Kundin gefunden zu haben, nachdem sie das RTSA vertragswidrig aufgelöst habe (act. 19 S. 26; act. 29 S. 14).

5.3.2. Rechtliches

Die Gläubigerin kann Schadenersatz verlangen, wenn die von der Schuldnerin zu erbringende Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig erfüllt wird (Art. 97 Abs. 1 OR). Die Voraussetzungen für den Erhalt von Schadenersatz sind a) Vertragsverletzung, b) Schaden, c) natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang und d) Verschulden. Die Beweislast für die ersten drei Voraussetzungen trägt die Gläubigerin, während die Schuldnerin beweisen muss, dass sie kein Verschulden in Bezug auf die Vertragsverletzung trifft (Art. 97 Abs. 1 OR; vgl. auch Art. 103 Abs. 1 OR).

5.3.3. Würdigung

Zunächst ist festzuhalten, dass die Klägerin lediglich bestreitet, dass sie sich vertragswidrig verhalten habe. Wie oben dargelegt, ist davon auszugehen, dass sie die Rechnung Nr. 416683 im Betrag von EUR 10'422.– und die Rechnung Nr. 416725 im Betrag von EUR 69'133.40 nicht bezahlt hat, obwohl diese Beträge unbestritten und damit auch fällig waren. Durch die Nichtbezahlung verletzte sie aber ihre Hauptpflicht aus dem RTSA (Art. 3 Abs. 1).

Die Aufwendungen der Beklagten für Wagenmiete sowie Trassen in Höhe von insgesamt EUR 13'525.76 sind ausgewiesen (act. 14 Rz. 111-114; act. 15/35-38) und von der Klägerin nicht bestritten worden (act. 19 S. 26 Ad Rz. 111-115). Weiter sind auch der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang gegeben. Das

Verhalten der Klägerin war für die bei der Beklagten eingetretenen Aufwendungen ursächlich, indem die Einstellung der beklagten Leistungen unstreitig die geltend gemachten Aufwendungen für Wagenmiete und Trassen zur Folge hatte. Zudem war die Nichtbezahlung der fälligen Rechnungsbeträge nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, den Schaden bei der Beklagten herbeizuführen. Schliesslich konnte die Klägerin in keiner Weise darlegen, dass sie kein Verschulden trifft. Die Voraussetzungen für die Leistung von Schadenersatz sind somit erfüllt.

5.3.4. Zusammenfassung

In Bezug auf den geltend gemachten Schadenersatz für Mietkosten und Wagenstillstand ist festzuhalten, dass die Beklagte gegenüber der Klägerin einen Anspruch in Höhe von EUR 13'525.76 hat.

6. Zusammenfassung

Nach dem Ausgeführten ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten im Rahmen der Widerklage die folgenden Beträge zu bezahlen: EUR 38'772.- (Erw. 4.4.6.; Rechnungen Nr. 416683, 416668, 416676 und 416682), EUR 201'952.28 (Erw. 4.5.4.; Rechnungen Nr. 416725, 416726, 416729, 416730, 416735, 416736 und 416795) sowie EUR 13'525.76 (Erw. 5.3.4.; Schadenersatz für Mietkosten und Wagenstillstand), demnach insgesamt EUR 254'250.04.

7. Verzugszinsen

Die Beklagte führt aus, dass die Klägerin in Verzug sei und macht Verzugszinsen ab Zeitpunkt der Einreichung der Widerklage, 9. September 2011, geltend. Der Zinssatz ergebe sich aus dem RTSA (Zinssatz von 3% über dem Euribor). Der Euribor für drei Monate stehe per 7. September 2011 bei 1.532, weshalb der Verzugszinssatz somit 4.53% betrage (act. 14 Rz. 116; act. 27 Rz. 107).

Die Klägerin bestreitet den Anspruch der Beklagten auf Zinsen nicht genügend; so heisst es lediglich in Bezug auf die Ausführungen der Klägerin betreffend Verzugszinsen "bestritten" (act. 19 S. 26; act. 29 S. 14 Ad Rz. 98-107). Der Verzug

im Zeitpunkt der (Wider)Klageerhebung ist ausgewiesen. Die von der Beklagten dargelegte Vereinbarung des Zinssatzes ausgehend vom Euribor, welche auch aus Art. 3 Abs. 5 RTSA hervorgeht, und dessen Bestimmung wurden nicht rechtsgenügend bestritten.

Damit ergibt sich, dass sich die Beklagte am 9. September 2011 in Verzug befand und der Verzugszinssatz 4.53% beträgt. Dementsprechend ist die Klägerin zu verpflichten, auf den Forderungsbetrag von EUR 254'250.04 seit 9. September 2011 einen Zins von 4.53% zu bezahlen.

8. Streitwert / Prozesskosten

8.1. Streitwert

Der Streitwert der Klage beträgt CHF 3'861'000.– (entsprechend EUR 3'000'000.– zum Kurs von 1.2870 im Zeitpunkt der Klageeinreichung am 26. April 2011) und derjenige der Widerklage CHF 339'660.95.– (entsprechend EUR 280'294.56 zum Kurs von 1.2118 im Zeitpunkt der Einreichung der Widerklage am 9. September 2011). Der Streitwert richtet sich grundsätzlich nach dem höheren Rechtsbegehren (Art. 94 Abs. 1 ZPO), hier demjenigen der Klage. Klage und Widerklage schliessen sich vorliegend nicht aus. Aus diesem Grund werden zur Bestimmung der Prozesskosten die Streitwerte der Klage und Widerklage zusammengerechnet (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Der diesbezüglich relevante Streitwert beträgt somit insgesamt CHF 4'200'660.95.

8.2. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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

Vorliegend obsiegt die Beklagte fast vollständig, nämlich zu rund 99/100 und die Klägerin lediglich zu rund 1/100 (die mit der Hauptklage geltend gemachte Forderung von EUR 3'000'000.– ist vollumfänglich abzuweisen und die widerklageweise

geltend gemachte Forderung von EUR 280'294.56 in der Höhe von EUR 254'250.04 zuzusprechen). Entsprechend sind die Kosten aufzuerlegen. Die ordentliche Gerichtsgebühr ist gemäss § 4 Abs. 2 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 8. September 2010 zu verdoppeln. Die Erhöhung ist aufgrund verschiedener Umstände gerechtfertigt: Einerseits fand am 30. Mai 2012 eine mehrstündige Vergleichsverhandlung (siehe Prot. S. 10 f.) statt, an welcher eine Delegation des Gerichts den bis dahin erarbeiteten Prozessstoff umfassend darlegte. Zudem war am 30. Januar 2014 eine Beweisverhandlung (Einvernahme von einem Zeugen und eine Parteibefragung) durchzuführen (Prot. S. 25-40) und verschiedene rechtshilfweise Zeugeneinvernahmen in Belgien und Italien zu veranlassen (act. 38-40). Überdies fand am 13. Oktober 2015 eine Hauptverhandlung statt (Prot. S. 49 ff.). Sodann waren für den vorliegenden Entscheid verschiedene komplexe Fragen (Auslegung, Qualifizierung und Ergänzung des RTSA) zu prüfen und abzuhandeln, wobei fünf Rechtsschriften (act. 1, 14, 19, 27 und 29) samt Verweisen auf umfangreiche Beilagen sowie zwei Stellungnahmen zum Beweisergebnis (act. 55 f.) zu berücksichtigen waren. Ferner wurde am 2. Mai 2011 ein Gesuch der Klägerin um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden konnte (Prot. S. 4 und act. 5-7). Die demzufolge zu verdoppelnde Gerichtsgebühr beträgt gerundet CHF 125'000, zu welcher Übersetzungskosten von CHF 4'085.– hinzukommen. Davon sind der Klägerin CHF 127'512.– (99/100) und der Beklagten CHF 1'288.– (1/100) aufzuerlegen.

Entsprechend dem Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen werden die Parteien gegenseitig entschädigungspflichtig. Es sind der Beklagten somit 98/100 der nach Massgabe von §§ 2, 4 und 11 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 bestimmten Prozessentschädigung von insgesamt CHF 100'000.–, mithin CHF 98'000.– zuzusprechen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Hauptklage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin und Widerbeklagte wird in teilweiser Guttheissung der Widerklage verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin den Betrag von EUR 254'250.04 zuzüglich Zins zu 4.53% seit dem 9. September 2011 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Widerklage abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 125'000.–. Die weiteren Kosten betragen: CHF 4'085.– Übersetzungskosten.
4. Die Kosten werden der Klägerin und Widerbeklagten im Betrag von CHF 127'794.– und der Beklagten und Widerklägerin im Betrag von CHF 1'291.– auferlegt.
5. Die Klägerin und Widerbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin eine Prozessentschädigung von CHF 98'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 3'861'000.–.

Zürich, 13. Oktober 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Dr. George Daetwyler

Matthias-Christoph Henn