



Mitwirkend: Der Obergerichter Peter Helm, Präsident, die Ersatzoberrichterin Flurina Schorta, die Handelsrichter Peter Schweizer, Ulrich Ritter und Erich Just sowie die Gerichtsschreiberin Mirjam Mürger

Urteil vom 9. Juli 2013

in Sachen

A._____ GmbH,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ und Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____

gegen

B._____ SA,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Y._____,

sowie

C._____ AG,
Streitberufene

betreffend **Forderung**

Inhaltsverzeichnis:

I. Einleitung und Sachverhalt	3
1. Die Parteien	3
2. Sachverhalt und Streitgegenstand	3
3. Parteistandpunkte	4
II. Prozessverlauf	6
III. Formelles	7
1. Zuständigkeit	7
2. Anwendbares Prozessrecht	8
IV. Materielles	9
1. Anwendbares Recht	9
2. Aktivlegitimation	10
3. Werklieferungsvertrag	12
3.1. Grundangebot	12
3.2. Zusätzliche Arbeiten	17
3.2.1. Schriftlichkeitsvorbehalt	17
3.2.2. Pauschalpreis	18
3.2.3. Nachbearbeitung fehlerhafter Komponenten	24
3.2.4. Richtiges Positionieren der Kupfer-Rohrmäander	24
3.2.5. Aufbringen der Schutzfolie	32
3.2.6. Verpacken der fertiggestellten Elemente	40
3.2.7. Zusätzliche Pressstempel	45
3.2.8. Vorbehalt der Weiterbelastbarkeit an die Generalunternehmerin	52
3.2.9. Rabatt von 10%	58
3.2.10. Zwischenfazit	60
4. Teilrücktritt vom Vertrag durch die Klägerin	60
4.1. Vorbringen der Klägerin	60
4.2. Vorbringen der Beklagten	63
4.3. Vollmacht	65
4.4. Unsicherheitseinrede und Teilrücktritt	65
4.5. Einrede des nicht erfüllten Vertrages	69
4.6. Leistungsverweigerungsrecht und Schadenminderungspflicht	70
4.7. Verletzung von Schutz- und Patentrechten	74
5. Eigentum an den Kühldeckenelementen	76
5.1. Vorbringen der Klägerin	76
5.2. Vorbringen der Beklagten	78
5.3. Verarbeitung	79
5.4. Alleineigentum der Klägerin an den Kühldeckenelementen	81
6. Entschädigung für verarbeitetes Material	85
6.1. Vorbringen der Beklagten	85
6.2. Vorbringen der Klägerin	86
6.3. Entschädigung für Rechtsverlust	86
6.4. Entschädigung der Beklagten	87
7. Anspruch aus unerlaubter Handlung	89
8. Verrechnung	89
9. Zinsen	91
VI. Kosten und Entschädigung	93
1. Streitwert	93
2. Gerichtsgebühr und Parteientschädigung	93

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin EUR 356'110.32 zuzüglich EUR 31'008.31 (Zins bis 21. Juni 2011) sowie 8.12% Zins p.a. auf EUR 356'110.32 ab 22. Juni 2011 zu bezahlen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

I. Einleitung und Sachverhalt

1. Die Parteien

1.1. Die Klägerin A._____ GmbH ist eine GmbH deutschen Rechts und hat ihren Sitz in D._____ (Deutschland). Sie ist Teil der A1._____ Group, einer Herstellerin von Carbon-Produkten, die unter dem Dach der an der Frankfurter Börse kotierten A2._____ SE organisiert ist. Die Klägerin fertigt und vertreibt unter anderem unter der Marke "E._____" Kühldeckenelemente aus expandiertem Graphit zur Klimatisierung von Gebäuden (act. 1 S. 2 und S. 4 Rz. 1; act. 3/1; act. 20 S. 2).

1.2. Die Beklagte B._____ AG ist eine Schweizer Aktiengesellschaft, die ihren Sitz am 6. Januar 2012 von F._____ nach G._____ verlegt hat. Sie entwickelt, produziert und vertreibt akustische thermische Deckensysteme (act. 1 S. 4 Rz. 2; act. 3/2; act. 20 S. 2).

2. Sachverhalt und Streitgegenstand

2.1. Die H._____ AG liess ihre beiden Hochhäuser in I._____ [Stadt in Deutschland] renovieren. Als Generalunternehmerin für den Trockenbau beauftragte sie die C._____ AG (... , Deutschland). Die C._____ AG ihrerseits betraute die Beklagte mit der Lieferung von kompletten Kühldeckenelementen. Die Beklagte wiederum bestellte bei der Klägerin E._____ -Platten und liess diese

durch die Klägerin mit weiteren, von der Beklagten besorgten Komponenten (Metallkassetten, Kupfer-Rohrmäander, Abdeckbleche und Haltewinkel, welche die Beklagte bei diversen Lieferanten bestellte) zu einbaufertigen Kühldeckenelementen zusammenbauen. Aufgabe der Klägerin war es zudem, die Presswerkzeuge herzustellen, die sie benötigte, um die E. _____-Platten mit den auf den Metallkassetten montierten Rohrmändern zu verpressen (act. 1 S. 4 Rz. 3 f.; act. 20 S. 2).

2.2. Die Klägerin macht nun Forderungen gegenüber der Beklagten aus diesem Geschäft im Gesamtbetrag von EUR 356'110.32 zuzüglich Zinsen geltend; beinhaltend EUR 267'518.67 für das sog. Grundangebot und EUR 88'591.65 für zusätzliche Arbeiten, bestehend aus der Montage von Kupfer-Rohrmändern (EUR 28'796.81), dem Anbringen von Schutzfolie (EUR 23'284.26), dem Verpacken der fertig gestellten Kühldeckenelemente (EUR 20'173.33) sowie dem Herstellen zusätzlicher Pressstempel (EUR 16'337.25) (act. 34 S. 34 Rz. 56 f.). Die Beklagte widersetzt sich diesen Forderungen und macht eventualiter verrechnungsweise einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung im Betrag von EUR 334'500.– geltend, weil die Klägerin unberechtigterweise Deckenelemente direkt an die Generalunternehmerin C. _____ AG verkauft habe (act. 20 S. 1 f. und S. 20 f.).

3. Parteistandpunkte

3.1. Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, auf Anfrage der Beklagten habe sie dieser am 27. Mai 2009 ein schriftliches Angebot für die beschriebenen Kühldeckenelemente (E. _____-Platte und Zusammenbau) unterbreitet. Mit Schreiben vom 5. Juni 2009 habe die Beklagte die Offerte angenommen. Über das Grundangebot hinaus seien zusätzliche Arbeiten erforderlich geworden, und zwar hauptsächlich deshalb, weil die zugelieferten Komponenten nicht so beschaffen gewesen seien, dass die Klägerin sie tel quel hätte verarbeiten können. Die Zusatzarbeiten hätten die Montage von Kupfer-Rohrmändern, das Anbringen von Schutzfolie auf den Metallkassetten, die Nachbearbeitung fehlerhafter Komponenten, das Verpacken der fertig gestellten Elemente sowie das Herstellen zusätzlicher Presswerkzeuge beinhaltet. Die Beklagte habe die

gestellten Rechnungen für die einzelnen Teillieferungen zunächst anstandslos bezahlt. Ab Ende 2009 sei der Zahlungsfluss ins Stocken geraten und ab Februar 2010 ganz versiegt. Die offenen Forderungen seien nie strittig gewesen. Die Beklagte habe weder die Lieferungen bemängelt noch die dafür gestellten Rechnungen. Nach einer letzten Mahnung am 10. Mai 2010 habe die Klägerin mit Schreiben vom 26. Mai 2010 den Teilrücktritt vom Vertrag erklärt. Die Klägerin habe durch Verarbeitung Alleineigentum an den zusammengebauten Kühldeckenelementen erworben. Sie sei daher berechtigt gewesen über diese zu verfügen. Die Klägerin habe die vom Teilrücktritt betroffenen Kühldeckenelemente direkt an die C._____ AG verkauft (act. 1; act. 34).

3.2. Die Beklagte hält dem im Wesentlichen entgegen, sie schulde der Klägerin keine Entschädigung für Zusatzaufträge, denn es sei ein Pauschalpreis vereinbart gewesen. Es seien keine Vereinbarungen für separate Vergütungen zu Stande gekommen. Zudem habe die Beklagte den Vorbehalt angebracht, sie könne eine zusätzlich zu bezahlende Vergütung nur dann akzeptieren, wenn diese der Generalunternehmerin C._____ AG weiter belastet werden könne. Sodann sei die Teilrücktrittserklärung der Klägerin vom Vertrag unwirksam gewesen. Daher erhebe die Beklagte die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Indem die Klägerin die Deckenelemente entgegen der Anweisung der Beklagten direkt an die C._____ AG ausgeliefert habe, habe sie das Zurückbehaltungsrecht der Beklagten unterlaufen und auch deren gewerbliche Schutzrechte verletzt. Entgegen der Ansicht der Klägerin habe sie kein Alleineigentum an den Deckenelementen erworben. Die Beklagte habe eine Entschädigung für das verarbeitete Material zu Gute und sie stelle diese Forderung zur Verrechnung (act. 20; act. 38).

3.3. Auf diese und die weiteren Vorbringen der Parteien sowie auf die Akten wird – soweit für die Entscheidungsfindung notwendig – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Prozessverlauf

1. Am 21. Juni 2011 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die Klageschrift ein (act. 1). Nach Eingang des mit Verfügung vom 22. Juni 2011 unter Hinweis auf Art. 98 ZPO verlangten Vorschusses für die Gerichtskosten (Prot. S. 2 f.; act. 13) sowie des mit Verfügung vom 14. Juli 2011 geforderten Nachweises der Anwaltsqualifikation des beklaglichen deutschen Rechtsvertreters (Prot. S. 4 f.; act. 15+16), wurde der Beklagten mit Verfügung vom 21. Juli 2011 Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (Prot. S. 6). Diese ging am 10. Oktober 2011 ein (act. 20). Am 21. Oktober 2011 wurden die Parteien zur Vergleichsverhandlung auf den 27. Januar 2012 vorgeladen (act. 23/1). Mit Eingabe vom 17. November 2011 verkündete die Beklagte der C._____ AG (... , Deutschland) den Streit (act. 24). Mit Verfügung vom 21. November 2011 wurde die Streitverkündung vorgemerkt und der Streitberufenen mitgeteilt, sie könne zugunsten der Partei, die ihr den Streit verkündet habe, ohne weitere Voraussetzungen intervenieren; oder anstelle der Partei, die ihr den Streit verkündet habe, mit deren Einverständnis den Prozess führen; lehne sie den Prozesseintritt ab oder erkläre sie sich nicht, so werde der Prozess ohne Rücksicht auf sie fortgesetzt (Prot. S. 11). Die Streitberufene liess sich in der Folge nicht vernehmen.
2. Anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 21. Januar 2012 schlossen die Parteien einen Vergleich mit Widerrufsvorbehalt (act. 31; Prot. S. 12 f.). Dieser Vergleich wurde von der Klägerin mit Schreiben vom 13. Februar 2012 (act. 32) jedoch fristgerecht widerrufen.
3. In der Folge wurde mit Verfügung vom 15. Februar 2012 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (Prot. S. 14). Die Replik wurde mit Eingabe vom 3. Mai 2012 (act. 34) und die Duplik mit Eingabe vom 6. Juli 2012 (act. 39) erstattet. Am 6. Mai 2013 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 9. Juli 2013 vorgeladen (act. 42). Nach deren Durchführung erweist sich der Prozess als spruchreif, weshalb das Urteil zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

III. Formelles

1. Zuständigkeit

1.1. Die Klägerin hat ihren Sitz in D._____, Deutschland (act. 3/1); die Beklagte hatte den ihrigen bei Klageeinleitung in F._____, Schweiz (act. 3/2). Im internationalen Verhältnis richtet sich die Zuständigkeit schweizerischer Gerichte grundsätzlich nach dem IPRG (Art. 1 Abs. 1 lit. a IPRG), wobei völkerrechtliche Verträge vorbehalten sind (Art. 1 Abs. 2 IPRG). Als solcher kommt das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (Lugano-Übereinkommen, LugÜ) in Betracht. Das LugÜ ist sachlich und zeitlich anwendbar, zumal es sich bei vorliegender Klage um eine Zivil- oder Handelssache handelt, welche nach dessen Inkrafttreten für die Schweiz am 1. Januar 2011 erhoben wurde. Gemäss Art. 2 Abs. 1 LugÜ können Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines durch das LugÜ gebundenen Staates haben, vor den Gerichten dieses Staates verklagt werden. Gesellschaften und juristische Personen haben für die Anwendung des LugÜ ihren Wohnsitz an dem Ort, an dem sich ihr satzungsmässiger Sitz befindet (Art. 60 Abs. 1 LugÜ). Die schweizerische Beklagte ist demnach vor schweizerischen Gerichten zu verklagen. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus dem IPRG. Nach dessen Art. 112 sind für Klagen aus Vertrag die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten zuständig. Bei Gesellschaften gilt der Sitz als Wohnsitz (Art. 21 Abs. 1 IPRG). Die Beklagte hatte ihren Sitz bei Klageeinleitung im Kanton Zürich, dementsprechend ist das Handelsgericht des Kantons Zürich örtlich zuständig. Die Sitzverlegung der Beklagten ändert daran nichts (Art. 64 Abs. 1 lit. b. i.V.m. Art. 62 Abs. 1 ZPO).

1.2. Nachdem sich der Streit zwischen den Parteien auf ihre geschäftliche Tätigkeit bezieht, gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht (Art. 72 ff. BGG), sowie die Klägerin im schweizerischen und die Beklagte im deutschen Handelsregister eingetragen

sind, ist auch die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts gegeben (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

1.3. Die Zuständigkeit blieb denn auch zu Recht unbestritten (act. 1 S. 23 f. Rz. 61 f.; act. 20 S. 2).

2. Anwendbares Prozessrecht

2.1. Jedes Gericht wendet grundsätzlich das Prozess- und Verfahrensrecht des eigenen Staates (lex fori) an (SPÜHLER / MEYER, Einführung ins internationale Zivilprozessrecht, 2001, S. 22). Auf das vorliegende Verfahren kommt somit die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) zur Anwendung.

2.2. Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Verhandlungsgrundsatz). Sie müssen also die wesentlichen Tatsachen von sich aus behaupten. Im Zivilprozess, namentlich im ordentlichen Verfahren, gilt in der Regel der Verhandlungsgrundsatz, sofern nicht gesetzliche Regelungen die teilweise oder umfassende Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes anordnen. Den Parteien obliegt weiter die Behauptungslast, eine Obliegenheit, deren Unterlassung dazu führt, dass die betreffende Tatsache im Zivilprozess nicht berücksichtigt wird. Die behaupteten Tatsachen sind in einer Weise zu begründen, in der sie vom Gericht nachvollzogen und von der Gegenpartei bestritten werden können; rechtserhebliche Tatsachen sind nicht nur pauschal, sondern detailliert genug bzw. substantiiert zu behaupten. Die Parteien haben weiter die Beweisführungslast. Wer eine Tatsache behauptet, muss den Beweis durch Einreichung verfügbarer Beweismittel oder durch Beweisanträge hierzu erbringen. Tatsachen, welche zwar von einer Partei behauptet, aber von ihr nicht bewiesen werden, bleiben beweislos und werden in der Urteilsfindung des Gerichts ebenso wenig berücksichtigt wie nicht behauptete Tatsachen (SUTTER-SOMM / VON ARX, in: SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl. 2013, N 23 f. zu Art. 55 ZPO; GEHRI, in:

SPÜHLER / TENCHIO / INFANGER, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N 1, N 3 und N 5 zu Art. 55 ZPO; GEHRI / FLÜTSCH, in: GEHRI / KRAMER, Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, N 2 zu Art. 55 ZPO). Nach dem Gesagten richten sich somit die Anforderungen an die Substantiierung nach schweizerischem Zivilprozessrecht.

2.3. Nach Art. 221 Abs. 1 lit. d und 3 ZPO hat die Klage die Tatsachenbehauptungen sowie die Bezeichnungen der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu enthalten. Selbiges gilt gemäss Art. 222 Abs. 2 ZPO für die Klageantwort. Die beklagte Partei hat insbesondere darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei in einzelnen bestritten werden. Nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels können neue Tatsachen und Beweismittel, d.h. Noven, nur noch beschränkt vorgebracht werden; grundsätzlich besteht in diesem Zeitpunkt Aktenschluss (Art. 229 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO; LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, a.a.O., N 4 zu Art. 229 ZPO). Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung geht sogar in Verfahren, die von der Untersuchungsmaxime beherrscht werden davon aus, dass die richterliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO) grundsätzlich nur bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien bestehe (Urteile des Bundesgerichts 4C.395/2005 vom 1. März 2006, E.4.3, und 4C.392/1999 vom 11. Februar 2000, E.2.c).

IV. Materielles

1. Anwendbares Recht

1.1. Im internationalen Verhältnis bestimmt sich das anwendbare Recht nach dem IPRG. Nach Art. 116 Abs. 1 IPRG untersteht der Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. Bei Fehlen einer Rechtswahl untersteht der Vertrag dem Recht des Staates, mit dem er am engsten zusammenhängt (Art. 117 Abs. 1 IPRG). Es wird vermutet, dass der engste Zusammenhang mit dem Staat bestehe, in dem sich die Niederlassung der Partei befindet, welche die charakteristische Leistung erbringen soll (Art. 117 Abs. 2 IPRG). Bei Auftrag, Werkvertrag und ähnlichen Dienstleistungsverträgen gilt die Dienstleistung als

charakteristische Leistung (Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG). Vorliegend erbrachte die Klägerin die vertragstypische Leistung, indem sie die E.____-Platten mit den zugelieferten Komponenten zusammenbaute und der Beklagten fertige Kühldeckenelemente lieferte. Der Vertrag hängt somit am engsten mit dem deutschen Recht zusammen. Demzufolge ist auf die vorliegende Klage deutsches Recht anwendbar. Das Wiener Kaufrecht (CISG) ist nach dessen Art. 3 Abs. 2 nicht massgebend, da der überwiegende Teil der klägerischen Pflichten in der Ausführung von Arbeiten bestand.

1.2. Gemäss Art. 100 Abs. 1 IPRG unterstehen Erwerb und Verlust dinglicher Rechte an beweglichen Sachen dem Recht des Staates, in dem die Sache im Zeitpunkt des Vorgangs, aus dem der Erwerb oder der Verlust hergeleitet wird, liegt. Auf die sachenrechtlichen Fragen (Eigentum an den Kühldeckenelementen) ist demnach ebenfalls deutsches Recht anwendbar, da sich die Kühldeckenelemente zum Zeitpunkt der Herstellung bei der Klägerin in Deutschland befanden.

1.3. Die Parteien sind sich denn auch über die Anwendbarkeit des deutschen Rechts einig (act. 1 S. 18 Rz. 42; act. 20 S. 3).

2. Aktivlegitimation

2.1. Die Beklagte macht geltend, der Klägerin fehle die Aktivlegitimation. Die Klägerin habe zwar zutreffend vorgetragen, dass der streitgegenständliche Vertrag zwischen den Parteien abgeschlossen worden sei, jedoch hätten die Klägervertreter selbst mit dem Schreiben vom 14. April 2011 klargestellt, dass nicht die Klägerin, sondern die A2.____ GmbH Rechtsnachfolgerin der A.____ GmbH und damit auch Inhaberin des hier geltend gemachten Zahlungsanspruchs geworden sei. Deshalb sei die Klägerin nicht (mehr) aktivlegitimiert (act. 20 S. 3).

2.2. Die Klägerin hält dem entgegen, sie sei aktivlegitimiert. Im von der Beklagten angeführten Schreiben stehe nichts davon, dass die Klageforderung auf eine andere Gesellschaft der A1.____-Gruppe übergegangen sei. Um aber weitere Versuche, die Aktivlegitimation in Frage zu stellen, gar nicht erst

aufkommen zu lassen, habe die Klägerin am 27. Januar 2012 einen Abtretungsvertrag zwischen der A2._____ GmbH und der Klägerin zu den Akten gereicht. Sollte die streitgegenständliche Forderung im Rahmen einer konzerninternen Umstrukturierung auf die A2._____ GmbH übergegangen sein, so wäre sie damit wieder (zurück-)abgetreten worden (act. 34 S. 4 Rz. 5).

2.3. Die Frage der Aktiv- und Passivlegitimation ist eine Frage des materiellen Rechts und beurteilt sich daher nach der *lex causae*; vorliegend somit nach deutschem Recht (SPÜHLER / MEYER, a.a.O., S. 23). Aktivlegitimation (Sachlegitimation) liegt vor, wenn der Kläger befugt ist, den Klageanspruch nach materiellem Recht in eigener Person geltend zu machen. Tritt der Kläger die rechtshängige Forderung ab, so ist der Zessionar aktivlegitimiert. Bei fehlender Sachlegitimation ist die Klage als unbegründet abzuweisen (GREGER, in: ZÖLLER, Zivilprozessordnung, 29. Aufl. 2012, N 18 zu vor § 50 ZPO und N 25 zu vor § 253 ZPO).

2.4. Es liegt ein Handelsregisterauszug betreffend die Klägerin vom 26. Januar 2011 (act. 3/1) im Recht. Unklar ist, ob die Klägerin seither von einer A2._____ GMBH übernommen wurde, wie es das Schreiben von 14. April 2011 (act. 21/1) des klägerischen Rechtsvertreters an den damaligen Rechtsvertreter der Beklagten suggeriert. Aus dem Handelsregisterauszug ergibt sich, dass die A2._____ Aktiengesellschaft bzw. nach formwechselnder Umwandlung die A2._____ SE, über einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag mit der Klägerin verbunden ist. Dies schadet der Aktivlegitimation nicht. Aus den Akten ergibt sich weiter, dass die Klägerin die streitige Angelegenheit mit der Beklagten zunächst dem konzerninternen Rechtsdienst (A2._____ SE) übergab (act. 3/39), bevor die Sache an den heutigen Rechtsvertreter weiter ging. Dem Schreiben vom 14. April 2011 (act. 21/1) scheint demnach ein Missverständnis zugrunde zu liegen. Jedenfalls hat aber die A2._____ GmbH ihre (allfällige) Forderung gegen die Beklagte aus dem Vertrag über die Fertigung und Lieferung von kompletten Kühldeckenelementen nebst Zusatzaufträgen in der Höhe von EUR 356'110.32 mit Abtretungsvertrag vom 25. / 26. Januar 2012 (act. 30) an die Klägerin abgetreten. Die Klägerin ist zur vorliegenden Klage aktivlegitimiert.

3. Werklieferungsvertrag

3.1. Grundangebot

3.1.1. Die Klägerin führt aus, auf Anfrage der Beklagten habe die Klägerin am 27. Mai 2009 ein schriftliches Angebot für die beschriebenen Kühldeckenelemente offeriert. Die Klägerin habe die Elemente (E. _____-Platte und Zusammenbau) für EUR 12'855.– pro Stockwerk, d.h. bei 57 Stockwerken für insgesamt EUR 732'735.– offeriert. Die Klägerin habe der Beklagten einen Rabatt von 10% gewährt. Die Offerte habe auf Lieferung ab Werk gemäss Incoterms ("Preisstellung EXW, ausschliesslich Verpackung, Steuer und Versicherung") basiert. Mit Schreiben vom 5. Juni 2009 habe die Beklagte die Offerte angenommen, und zwar vorbehaltlos. Die Parteien hätten demnach einen Vertrag über die Anfertigung einbaufertiger Kühldeckenelemente geschlossen. Die einzelnen Lieferungen seien auf der Basis von Bestelllisten und Auftragsbestätigungen erfolgt. Mit der Annahme des Angebots sei das Gesamtvolumen des Grundangebots festgelegt worden. Die Bestelllisten hätten einzig dem Abruf der Teilleistungen im Rahmen des festgelegten Gesamtvolumens gedient. Die Klägerin habe die bestellten Kühldeckenelemente gefertigt, verpackt und an ihrem Sitz in D. _____ zum Abholen bereit gestellt. Die Klägerin habe der Beklagten jeweils angezeigt, wann die Elemente abholbereit gewesen seien (act. 1 S. 4 f. Rz. 5 ff.; act. 34 S. 3 Rz. 1 ff.). Die Klageforderung betrage EUR 356'110.32. Von diesem Betrag entfielen EUR 267'518.65 auf das Grundangebot. Die Klägerin habe die Kühldeckenelemente vertragsgemäss zusammengebaut und der Beklagten ausgeliefert. Die Beklagte habe den auf das Grundangebot entfallenden Teil der Forderung bis heute denn auch nicht bestritten. Wenn die Beklagte geltend mache, es seien nur 90% des Grundangebots ausgeliefert worden, so habe dies keinen Einfluss auf die Klageforderung. Die mit der vorliegenden Klage geltend gemachte Forderung betreffe ausschliesslich Rechnungen für Kühldeckenelemente, die die Klägerin der Beklagten ausgeliefert habe. Für jene Kühldeckenelemente, über die die Klägerin nach dem Teilrücktritt frei habe verfügen können (ca. 10% des

Grundangebots), habe sie der Beklagten keine Rechnung gestellt (act. 34 S. 4 f. Rz. 6 ff.).

3.1.2. Die Beklagte bringt ebenfalls vor, die Grundlage der Vertragsbeziehungen der Parteien sei das Angebot der Klägerin vom 27. Mai 2009, welches die Beklagte mit Schreiben vom 5. Juni 2009 angenommen habe. Die Angebotssumme habe gemäss dem Angebot der Klägerin vom 27. Mai 2009 auf den Betrag von EUR 732'735.–, zuzüglich anteiliger Werkzeugkosten für Pressstempel in der Höhe von EUR 14'700.– gelautet, woraus eine Gesamtsumme in der Höhe von EUR 747'435.– zu kalkulieren sei. Auf diese Summe hätten die Parteien einen Rabatt von 10% vereinbart, sodass der Zahlungsanspruch der Klägerin sich auf EUR 672'691.50 reduziere. Auf diesen Betrag habe die Beklagte der Klägerin insgesamt EUR 649'236.10 bezahlt, sodass allenfalls noch der Differenzbetrag von EUR 23'455.10 zur Zahlung offen stehen könne. Tatsächlich habe die Klägerin aber nur 90% der bestellten Deckenelemente an die Beklagte ausgeliefert, sodass der Zahlungsanspruch maximal EUR 605'422.35 betragen dürfte (act. 20 S. 4 f.; act. 38 S. 2).

3.1.3. Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet (§ 631 Abs. 1 BGB). Der Werkvertrag grenzt sich zum Kaufvertrag dadurch ab, dass bei letzterem die geschuldete Leistung in der Lieferung und Übereignung der Kaufsache und nicht in deren Herstellung liegt (LEUPERTZ, in: PRÜTTING / WEGEN / WEINREICH, BGB Kommentar, 2. Aufl. 2007, N 6 zu vor §§ 631 bis 651 BGB). Auf einen Vertrag der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, finden gemäss § 651 BGB die Vorschriften über den Kauf Anwendung. Lieferung ist dabei die Verschaffung der hergestellten/erzeugten Sache, d.h. die Eigentumsübertragung. Dafür kann abhängig von der vertraglichen Regelung die blossere Bereitstellung zur Abholung ausreichend sein (SPRAU, in: PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Aufl. 2012, N 2 zu § 651 BGB; LEUPERTZ, a.a.O., N 3 zu § 651 BGB).

3.1.4. Mit Angebot vom 27. Mai 2009 (act. 3/5; act. 35/2) offerierte die Klägerin der Beklagten die Deckenelemente "J._____" für 57 Stockwerke zum Preis von

EUR 732'735.– zuzüglich anteiliger Werkzeugkosten für Presstempel im Betrag von EUR 14'700.–, mithin einer Gesamtsumme von EUR 747'435.–. Mit Schreiben vom 5. Juni 2009 (act. 3/6) beauftragte die Beklagte die Klägerin mit der Erbringung der im Angebot aufgeführten Leistung gemäss Mengenermittlung zu einem Preis in der Höhe von EUR 12'855.– je Regelgeschoss, wobei die Verrechnung gemäss detaillierter Bestellung und Auftragsbestätigung in Etappen erfolge und die Werkzeugkosten separat verrechnet würden.

Die Parteien schlossen demnach unbestrittenermassen einen Vertrag bezüglich der Herstellung und Lieferung von Deckenelementen "J. _____" durch die Klägerin an die Beklagte. Da die vertragsgemässe Leistung in der Herstellung und nicht in der blossen Übereignung der fraglichen Deckenelemente lag, ist von einem Werklieferungsvertrag, nicht von einem Kaufvertrag auszugehen. Da der Vertrag die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen, der Kühldeckenelemente, zum Gegenstand hatte, und für die Lieferung die blossere Bereitstellung zur Abholung, so wie es vorliegend mit der Lieferung "EXW" (Ex Works, ab Werk) vereinbart wurde, ausreichend ist, finden indes die Vorschriften über den Kauf gleichwohl Anwendung.

Die Beklagte weist darauf hin, dass die Annahme des Angebots der Klägerin nicht vorbehaltlos erfolgt sei, sondern unter einer bedeutsamen Modifikation, wenn es im Absatz 3 der Annahmeerklärung vom 5. Juni 2009 laute: "*Die Verrechnung erfolgt gemäss detaillierter Bestellung und Auftragsbestätigung in Etappen. Die Werkzeugkosten werden separat verrechnet.*" (act. 20 S. 4). In dieser Anmerkung der Beklagten ist indes keine bedeutsame Modifikation enthalten. Sie beinhaltet lediglich, dass die Rechnungsstellung gemäss detaillierter Bestellung und Auftragsbestätigung in Etappen erfolgen soll und Werkzeugkosten separat verrechnet werden. Dies wurde nach den Akten denn auch so vorgenommen (vgl. Bestelllisten, act. 35/1/1-205; Rechnungen, act. 3/44/1-61, act. 3/45; act. 3/46, act. 35/7/1-51).

Die Beklagte betont weiter, die Auftragserteilung ihrerseits an die Klägerin sei noch nicht endgültig am 5. Juni 2009 erfolgt, sondern es sei noch eine detaillierte Bestellung und gesonderte Auftragsbestätigung erforderlich gewesen, ehe ein

Zahlungsanspruch hätte begründet werden können. Und es obliege der Klägerin, jede einzelne Bestellung und Auftragsbestätigung substantiiert vorzutragen und unter Beweis zu stellen. Es müssten sämtliche Einzelbestellungen und Auftragsbestätigungen schlüssig dargelegt und durch Vorlage entsprechender Dokumente belegt werden (act. 20 S. 5). Diese Anforderungen der Beklagten sind allzu hoch. Doch reicht die Klägerin replicando diverse Bestelllisten der Beklagten ins Recht (act. 35/1/1-205). Die Beklagte geht denn auch duplicando nicht mehr weiter auf dieses Thema ein. Wollte sie indes die Bestellung bestimmter Leistungen bestreiten, hätte sie dies mit Bezug auf ihre eigenen Bestelllisten darzulegen. Die Beklagte bestreitet auch weder die bereits bezahlten noch die derzeit offenen Rechnungen der Klägerin. Im Grundsatz ist die Beklagte offensichtlich auch der Ansicht, dass die Klägerin ihre Leistungen bezüglich des Grundangebots (im Umfang von ca. 90%) gestützt auf den gemeinsamen Vertrag erbracht hat (vgl. act. 20 S. 5).

Die von der Beklagten bezahlten Rechnungen im Betrage von EUR 631'230.38 ergeben sich aus dem Anhang 1 der Replik (act. 34 S. 6 Rz. 21.1; act. 35/8/1+2, act. 35/8/4+5; act. 35/8/7-17). Die Beklagte macht indes geltend, sie habe nicht lediglich EUR 631'230.38 bezahlt, sondern mit Zahlungen vom 28. Oktober 2008, vom 31. März 2009 und vom 30. April 2009, abzüglich Gutschriften vom 30. Juli 2009, insgesamt EUR 18'005.72 mehr, mithin EUR 649'236.10 (act. 20 S. 4; act. 38 S. 12). Die Klägerin bestreitet, dass diese Teilzahlungen auf die im Prozess stehenden Rechnungen erfolgten, denn die Zahlungsdaten lägen vor dem Vertragsschluss am 27. Mai 2009 bzw. 5. Juni 2009. Die Klägerin vermutet weiter, die Zahlungen könnten mit einem Demoprojekt in ... oder Vorprojekten in Zusammenhang stehen (act. 44 S. 4 Rz. 13). In der Tat fällt auf, dass es sich bei den angegebenen Zahlungsdaten um solche vor dem Vertragsschluss vom 27. Mai / 5. Juni 2009 handelt. Inwiefern diese Zahlungen mit dem streitgegenständlichen Vertrag zusammenhängen sollen, ist nicht ersichtlich und wird von der Beklagten auch nicht dargelegt. Weiter führt sie auch nicht aus, gestützt auf welche Rechnungen sie diese Beträge bezahlt haben will, und es fehlt an entsprechenden Zahlungsnachweisen. Diese Zahlungen und deren

Zusammenhang mit der vorliegenden Rechtsstreitigkeit sind daher nicht ausgewiesen.

Die Beklagte bringt sodann vor, sie habe EUR 649'236.10 bezahlt, obwohl die Klägerin nur 90% der bestellten Deckenelemente an sie ausgeliefert habe, sodass der Zahlungsanspruch maximal EUR 605'422.35 betragen dürfte (act. 20 S. 5). Die Beklagte leitet hieraus jedoch weiter nichts ab. Alsdann will die Beklagte die geleisteten Zahlungen in der Summe von EUR 649'236.10 auf die Basisleistungen verrechnen (act. 38 S. 12). Die Beklagte legt zwar zutreffend dar, dass nach § 366 Abs. 2 BGB Zahlungen des Schuldners zunächst auf fällige Schulden angerechnet werden, wenn er keine Bestimmung trifft. Entgegen den weiteren Ausführungen der Beklagten, kann vorliegend indes mangels einer aufschiebenden Bedingung (vgl. hierzu Erw. IV.3.2.8) nicht von der fehlenden Fälligkeit der Rechnungen für die zusätzlichen Arbeiten ausgegangen werden. Folglich kann die Beklagte die bereits bezahlte Summe nicht nachträglich lediglich auf das Grundangebot anrechnen. In beiden Fällen würde sich weiter die Frage stellen, weshalb die Beklagte mehr als den (nach ihrer Rechnung) maximalen Zahlungsanspruch bezahlt hat. Sie macht indes nicht geltend, zu viel bezahlt zu haben und reicht auch keine Widerklage ein, obwohl es ihrer Meinung nach dazu "Anlass geben könnte" (act. 20 S. 2). Auf diese Vorbringen ist daher nicht weiter einzugehen.

Die Klägerin macht geltend, von der eingeklagten Forderung in der Höhe von EUR 356'110.32 entfalle ein Betrag von EUR 267'518.67 auf das Grundangebot und verweist auf die Aufstellung der offenen Rechnungen im Anhang 2 zur Replik (act. 34 S. 2 und S. 34 Rz. 57). Die entsprechenden Rechnungen reichte die Klägerin ins Recht (act. 3/44/1-3; act. 3/44/6-8; act. 3/44/11+12; act. 3/44/14-19; act. 3/44/24-28; act. 3/44/32-34; act. 3/44/39-43; act. 3/44/47-50; act. 3/44/53+54; act. 3/44/56-58). Der Vertragsschluss und grundsätzlich auch die Leistungen der Klägerin für das Grundangebot sind unbestritten. Entsprechend bestreitet die Beklagte auch die Rechnungen nicht, weder bezüglich der verrechneten Positionen noch der Beträge. Der von der Klägerin gewährte Rabatt von 10% wurde in den Rechnungen berücksichtigt. Die Beklagte bestreitet weiter nicht,

dass nur die ihr gelieferten Elemente in Rechnung gestellt wurden. Sie führt selbst aus, die Klägerin habe für die direkt der C. _____ AG gelieferten Elemente von dieser eine Entschädigung erhalten (vgl. act. 20 S. 21; act. 38 S. 15). Auch die bereits bezahlten Rechnungen bezüglich des Grundangebots (vgl. act. 34 Anhang 1) bestreitet die Beklagte in keiner Weise, noch macht sie geltend sie habe diesbezüglich (aus welchem Grund auch immer) zu viel bezahlt. Nachdem die Beklagte die klägerischen Rechnungen über Monate vorbehaltlos bezahlt hat, kann sie nicht ohne weitere Begründung darauf zurückkommen. Sie hätte auf die (substantiierte) Darlegung der Klägerin der bezahlten und ausstehenden Forderungen ebenfalls substantiiert darzutun gehabt, weshalb sie die bezahlten Rechnungen zu Unrecht bezahlt oder die als ausstehend geltend gemachten Rechnungen nicht zu bezahlen haben soll. Der Zahlungsanspruch der Klägerin bezüglich des Grundangebotes ist somit rechtsgenügend ausgewiesen.

3.1.5. Demzufolge schuldet die Beklagte der Klägerin das geltend gemachte Entgelt für das Grundangebot in Betrage von **EUR 267'518.67**.

Im Folgenden bleibt zu prüfen, ob die Beklagte über das Grundangebot hinaus auch die zusätzlichen Arbeiten der Klägerin, die Nachbearbeitung fehlerhafter Komponenten, das richtige Positionieren der Kupfer-Rohrmäander, das Aufbringen der Schutzfolie, das Verpacken der fertigen Deckenelemente und die Anfertigung zusätzlicher Pressstempel, zu vergüten hat.

3.2. Zusätzliche Arbeiten

3.2.1. Schriftlichkeitsvorbehalt

3.2.1.1. Die Beklagte führt aus, es hätte eine besondere vertragliche Vereinbarung zustande kommen müssen, wonach beide Parteien in Schriftform einverständlich hätten erklären müssen, dass die Klägerin für bestimmte Leistungen eine zusätzliche Vergütung hätte beanspruchen können. Eine derartige Vereinbarung enthalte jedoch das Protokoll über die Besprechung vom 9. Juli 2009 nicht, weil in diesem Protokoll keine bestimmten Preise für spezifizierte Leistungen enthalten seien (act. 20 S. 6).

3.2.1.2. Die Klägerin erwidert, es sei nie ein Schriftlichkeitsvorbehalt vereinbart worden. Somit sei die These, ein Anspruch auf Vergütung der zusätzlichen Arbeiten würde voraussetzen, dass die Beklagte diesen Arbeiten schriftlich zugestimmt hätte, falsch. Die Behauptung der Beklagten sei unsubstantiiert (act. 34 S. 11 Rz. 19 und S. 41 Rz. 84 und Rz. 89).

3.2.1.3. Wie erwähnt ist auf den vorliegenden Vertrag Kaufrecht anzuwenden (vgl. Erw. 3.1.4.). Das deutsche Kaufvertragsrecht sieht für den Kaufvertrag keine Formvorschriften vor (vgl. § 126 und §§ 433 ff. BGB). Aus dem streitgegenständlichen Vertrag, dem Angebot vom 27. Mai 2009 (act. 3/5; act. 35/2) und der Annahme vom 5. Juni 2009 (act. 3/6), ergibt sich kein Schriftlichkeitsvorbehalt. Ein solcher wurde von der Beklagten auch nicht näher substantiiert. Folglich stellt sich die Frage nicht, ob allfällige von den Parteien vereinbarte Vertragszusätze derselben Form zu genügen hätten.

3.2.2. Pauschalpreis

3.2.2.1. Die Klägerin macht geltend, über das Grundangebot vom 27. Mai 2009 hinaus seien weitere Leistungen erforderlich worden, und zwar hauptsächlich deshalb, weil die zugelieferten Komponenten so beschaffen gewesen seien, dass die Klägerin sie nicht tel quel habe verarbeiten können (act. 1 S. 5 f. Rz. 10). Das Angebot der Klägerin vom 27. Mai 2007 habe auf den von der Beklagten mitgeteilten Grundannahmen basiert. Entsprechend seien auf Seite 2 des Angebots "Basisvoraussetzungen" definiert worden. Gemäss diesen Basisvoraussetzungen sei die Beklagte unter anderem zur "Beistellung von Metallkassette(n) incl. Schutzfolie und fixiertem Kupfermäander" sowie zur "Beistellung von Mehrweg Transportverpackungen" verpflichtet gewesen. Das Angebot habe sich weiter auf einen von der Beklagten gelieferten Massenauszug gestützt, nach welchem die Klägerin habe davon ausgehen dürfen, dass 21 Pressstempel genügen würden, um die Kühldeckenelemente anzufertigen. Diese klare Ausgangslage habe sich jedoch nicht realisiert. Vielmehr habe bei den zugelieferten Komponenten die Schutzfolie gefehlt, seien die Kupfer-Rohrmäander nicht so eingelegt und fixiert gewesen wie vorgesehen, hätten fehlerhaft zugelieferte Komponenten nachbearbeitet werden müssen und seien 61

Presstempel (statt der vorgesehenen 21) erforderlich gewesen. Schliesslich hätten die fertiggestellten Elemente in speziell dafür angefertigte Versandkisten verpackt werden müssen. Diese zusätzlichen Arbeiten seien zwingend erforderlich gewesen. Sie seien jedoch im Angebot vom 27. Mai 2009 nicht enthalten gewesen. Es sei daher von Anfang an klar gewesen, dass die Klägerin diese Leistungen nicht gratis erbringen würde (act. 34 S. 5 f. Rz. 10 f.). Die Klägerin habe am 3. Juli 2009 moniert und am 9. Juli 2009 hätten sich Vertreter der Beklagten und der Klägerin in D._____ getroffen. Die Parteien seien sich einig gewesen, dass Zusatzleistungen erforderlich seien und hätten das im Protokoll vom 9. Juli 2009 schriftlich festgehalten. Die Beklagte habe die Klägerin mit diesen Zusatzleistungen betraut, welche separat abzurechnen gewesen seien. Die Beklagte habe sich verpflichtet, den Mehraufwand für die nötigen Bearbeitungen zu übernehmen. Bis und mit September 2009 habe die Beklagte weitere Abklärungen vorgenommen, die Klägerin habe die Leistungen offeriert und die Beklagte habe sie damit betraut. Am 20. November 2009 hätten sich Vertreter der Klägerin und der Beklagten noch einmal zu einem Gespräch über die Zusatzleistungen getroffen. Die Beklagte habe weitere Abklärungen hinsichtlich einzelner Positionen getroffen und mit E-Mail vom 3. Dezember 2009 bestätigt, dass die Rechnungen in Ordnung seien (act. 1 S. 6 Rz. 10 f. und S. 11 Rz. 17).

Es sei, so die Klägerin weiter, kein Pauschalpreis vereinbart worden. Dies spiele jedoch gar keine Rolle, denn auch ein Pauschalpreis gelte lediglich die vereinbarte Leistung ab, nicht darüber hinaus erbrachte zusätzliche Leistungen (act. 34 S. 41 Rz. 83). Die Klägerin habe die zusätzlichen Arbeiten in den Rechnungen separat ausgewiesen. Die Beklagte habe die Rechnungen mitsamt den Zusatzleistungen vorbehaltlos bezahlt, bis sie im April 2010 sämtliche Zahlungen eingestellt habe. Die vorbehaltlose Zahlung der zusätzlichen Arbeiten sei als Akzept zu werten, sowohl in Bezug auf die Auftragserteilung als auch auf den in Rechnung gestellten Preis (act. 34 S. 6 Rz. 12 und S. 9 Rz. 13). Als die Zahlungen ab Ende 2009 gestockt hätten und schliesslich ganz versiegt seien, habe die Beklagte die gesamten Rechnungen nicht mehr beglichen, nicht nur die auf die Zusatzleistungen entfallenden Beträge. Das belege, dass die Beklagte

nicht habe zahlen wollen (oder können), jedoch nicht, dass der Konsens bezüglich Grundangebot und Zusatzleistungen plötzlich nicht mehr hätte Bestand haben sollen. Die Beklagte habe im selbst erstellten Zahlungsplan vom 22. April 2010 die offenen Rechnungen anerkannt. Diese Schuldanererkennung umfasse alle Rechnungspositionen, das Grundangebot ebenso wie die zusätzlichen Arbeiten. Der Aufstellung der offenen Rechnungen, die die Klägerin am 10. Mai 2010 an die Beklagte gesandt habe, habe die Beklagte insgesamt nicht widersprochen, auch nicht in Bezug auf die zusätzlichen Arbeiten. Dies alles zeige, die Beklagte habe die zusätzlichen Arbeiten und die dafür gestellten Rechnungen anerkannt. Wenn die Beklagte nun nachträglich geltend mache, die Klägerin sei nicht dazu berechtigt gewesen, diese Zusatzleistungen in Rechnung zu stellen, und wenn sich die Beklagte darauf berufe, die Klägerin habe eine Bestätigung für die offerierten Zusatzleistungen verlangt, die sie nie erteilt habe, so handle die Beklagte widersprüchlich (act. 1 S. 11 Rz. 18 f. und S. 12 Rz. 23; act. 34 S. 10 Rz. 15 ff.). Sofern sich die Beklagte auf den Standpunkt stellen möchte, zwar sei eine Einigung über die zusätzliche Arbeit erzielt worden, doch fehle eine Einigung über den Preis, so ändere dies nichts an der Forderung der Klägerin. Mangels einer vertraglichen Abrede bestimme sich die Höhe der Vergütung letztlich nach der Übung. Die Klägerin habe demnach Anspruch auf eine Vergütung für den Wert der Arbeit und des Materials sowie einen angemessenen Gewinn (act. 34 S. 11 Rz. 20 und S. 41 Rz. 86).

3.2.2.2. Die Beklagte erwidert, es folge aus der Auslegung des Angebotes der Klägerin vom 27. Mai 2009, dass sich die streitgegenständliche Vergütungsabsprache als eine Pauschalpreisvereinbarung erweise. Nach dieser Absprache seien die Deckenelemente nach einem vereinbarten Mengengerüst zu erstellen gewesen, und zwar so, dass pro Stockwerk der beiden Gebäudetürme der H._____ AG 186 Stück in elf verschiedenen Ausmassen zu fertigen gewesen seien und hierfür ein Preis pro Stockwerk von EUR 12'855.– vereinbart gewesen sei. Hieraus sei bei den auszurüstenden 57 Stockwerken der beiden Gebäudetürme eine Gesamtvergütung von EUR 732'735.– gefolgt. Zur Anfertigung dieser Elemente verschiedenen Ausmasses sollte die Klägerin lediglich anteilige Werkzeugkosten für Pressstempel in Höhe von EUR 14'700.–

berechnen dürfen. Die Vergütung der Klägerin sollte sich also nach den Elementen eines Regelgeschosses richten, welches dann zugleich den Massstab für alle weiteren 56 Stockwerke bilden sollte. Zusatzaufträge könnten insoweit nicht erteilt sein, als der Auftragsinhalt bereits vom Basisauftrag erfasst werde. Vom Grundauftrag erfasst seien alle Deckenelemente der 57 Stockwerke der beiden Bürotürme der H._____ einschliesslich der insoweit anfallenden Werkzeugkosten (act. 20 S. 6 und S. 13; act. 38 S. 2). Der Klägerin seien bei Erstellung des Angebotes vom 27. Mai 2009 sämtliche Baupläne und Masse als Kalkulationsgrundlage bekannt gewesen, also insbesondere auch die Ausmasse der einzelnen Stockwerke jedes Gebäudeturms, sodass die Klägerin auch in der Lage gewesen sei, die verschiedenen Elementgrössen in ihrem Angebot zu spezifizieren. Der auf dieser Kalkulationsgrundlage ermittelte Preis sei als Pauschalpreis anzusehen, der sich auch dann nicht ändern sollte, wenn etwa in dem einen oder anderen Geschoss abweichende Masse bei der Bauausführung angefallen sein sollten. Derartige Massabweichungen hätten sich ohnehin nur in geringfügigem Umfang ergeben können, weil die 57 Geschosse im Wesentlichen baugleich hergestellt seien (act. 20 S. 6 und S. 13; act. 38 S. 2).

Bei einer derartigen Vertragskonstellation, fährt die Beklagte fort, seien nach deutschem Werkvertragsrecht die Grundsätze eines Pauschalvertrages anwendbar. Weil von den Parteien beim Abschluss des Vertrages das Leistungsziel in den Vordergrund ihrer vertraglichen Leistungen gestellt worden sei und der Leistungsumfang bewusst durch das im Angebot vom 27. Mai 2009 enthaltene grobe Raster des Regelgeschosses vorgegeben gewesen sei, sei insoweit ein Festpreis pro Geschoss vereinbart worden. Der Vertrag werde also insgesamt geprägt von einer funktionalen Leistungsbeschreibung. Aus dem Umstand, dass die Leistung funktional beschrieben werde, komme der Wille der Vertragsparteien zum Ausdruck, eine Verlagerung des Risikos der Vollständigkeit der Beschreibung auf den Auftragnehmer vorzunehmen, wobei die Risikoverlagerung sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht vonstatten gehe. Hieraus folge, dass Änderungen im Rahmen der funktional geschuldeten Leistung, die sich während der Ausführung ergäben, die Vergütung nicht beeinflussten, weil das Risiko der Unternehmer übernommen habe. Dies

gelte insbesondere auch im Falle von Globalverträgen für nicht erwartete zusätzliche Massnahmen oder Massenänderungen. Lediglich bei wesentlichen Änderungen nach oben oder unten sei dann der Pauschalpreis anzupassen. Von einer wesentlichen Änderung könne hier aber schon deshalb keine Rede sein, weil die Masse der Geschosse der beiden Türme von Anfang an auch der Klägerin bekannt gewesen seien, sodass die Klägerin ihrerseits auch die für die von ihr zu fertigenden Elemente benötigten Pressstempel habe ermitteln können. Im Übrigen würde es auch der Klägerin obliegen, im Einzelnen darzustellen und unter Beweis zu stellen, weshalb überhaupt von einer erheblichen Änderung der Kalkulationsgrundlagen gesprochen werden dürfe (act. 38 S. 2 f.). Weiterhin sei daraus abzuleiten, dass sämtliche Vergütungsansprüche der Klägerin, welche nicht von der Pauschalpreisabsprache umfasst sein sollen, einer ausdrücklichen Zusatzabsprache bedürfen. Ein Anspruch auf eine derartige Zusatzvergütung könne also nicht einseitig durch Übersendung einer Rechnung begründet werden. Es könne auch nicht einfach die "übliche Vergütung" als vereinbart angesehen werden. Denn gemäss § 632 Abs. 2 BGB sei für die Höhe der Vergütung zunächst die tatsächliche Vereinbarung massgeblich. Wenn die Vergütung nicht festgelegt sei, wäre die taxmässige Vergütung ausschlaggebend. Erst in Ermangelung einer derartigen Taxe solle die übliche Vergütung als vereinbart angesehen werden. Hier gebe es eine Vergütungsvereinbarung, nämlich die Pauschalvereinbarung gemäss Angebot der Klägerin vom 27. Mai 2009. Entgegen der Ansicht der Klägerin könne eine Vergütungsvereinbarung nicht daraus entnommen werden, dass die Beklagte die Teilrechnungen der Klägerin teilweise bezahlt habe. Zum Einen würde sich ein eventuelles Anerkenntnis ohnehin nur auf diejenigen Rechnungen erstrecken können, die tatsächlich bezahlt worden seien. Um diese Rechnungen gehe es hier aber nicht, weil die Klägerin sich auf die unbezahlten Rechnungen stütze (act. 38 S. 3 f.). Es treffe ferner nicht zu, dass die Beklagte die Rechnungen der Klägerin unbeanstandet bezahlt habe. Zum Teil seien die Rechnungsbeträge allein der Höhe wegen ausdrücklich beanstandet worden (act. 20 S. 14).

3.2.2.3. Im Angebot vom 27. Mai 2009 (act. 3/5; act. 35/2) offerierte die Klägerin ihre Leistung zum Preis von EUR 12'855.– für ein Stockwerk bzw. EUR 732'735.–

für 57 Stockwerke. Wobei bestimmte "*Basisvoraussetzungen*" galten ("*Massenauszug und Zeichnungen vom 27.05.2009 (Mäanderaustritt noch nicht definiert); Technik wie am 26.05.2009 bei C._____ festgelegt (Protokoll folgt noch); Beistellung von Metallkassette incl. Schutzfolie und fixiertem Kupfermäander; Beistellung der rückseitigen Bleche mit Abkantung längsseitig und jeweils 2 Querprofile pro Element; Blechteile masslich so aufeinander abgestimmt, dass eine Klemmwirkung zwischen den rückseitigen Blechen und der Metallkassette entsteht, stehende Seiten rechtwinklig; Beistellung von Mehrweg Transportverpackungen; Mäanderaustritte innerhalb obiger Positionen an den gleichen Stellen; Kupfer Mäander möglichst verzug- und spannungsfrei, gemäss Zeichnung gebogen*"). Die Beklagte nahm das Angebot am 5. Juni 2009 (act. 3/6) "*zu einem Preis in der Höhe von EUR 12'855.– je Regelgeschoss*" an.

Zusätzlich für die Erreichung des Werkerfolges notwendig werdende Leistungen sind nur dann gesondert zu vergüten, wenn und soweit die Parteien eine entsprechende rechtsgeschäftliche Vereinbarung getroffen haben. Für das (konkludente) Zustandekommen einer solchen vertraglichen Abrede reicht die schlichte Entgegennahme der Zusatzleistungen durch den Besteller unter Umständen nicht aus. Beim Pauschalpreisvertrag ist die Vergütung betragsmässig bestimmt. Auch beim Detailpauschalvertrag besteht der Grundsatz, dass nach dem Vertrag nicht vorgesehener Mehraufwand nicht vom Vertragspreis erfasst ist. Beim von der Beklagten zur Sprache gebrachten (komplexen) Globalpauschalvertrag beschreibt der Besteller mit funktionalen Leistungsangaben die Beschaffenheit des fertigen Bauwerks. Inwieweit hierbei der tatsächlich erforderliche Aufwand vom vergütungspflichtigen Leistungsumfang abgedeckt ist, ist dann eine Frage der Auslegung (LEUPERTZ, in: PRÜTTING / WEGEN / WEINREICH, a.a.O., N 2, N 40 und N 42 zu § 631 BGB). Auch dies schliesst indes nicht aus, dass infolge von Abweichungen von der Regel oder den vertraglichen Grundlagen ("*Basisvoraussetzungen*") ein zusätzlicher Aufwand entsteht und diesbezüglich eine separate Entschädigungsregelung getroffen wird. Demnach ist im Folgenden vorab zu prüfen, ob für die einzelnen zusätzlichen Arbeiten der Klägerin eine gesonderte Vergütung vereinbart wurde oder nicht. Bejahendenfalls erübrigen sich weitere Ausführungen zum Pauschalpreis. Im

Verneinungsfalle wird darauf zurückzukommen und allenfalls der Grundvertrag bezüglich der Frage des Vorliegens einer Pauschalpreisvereinbarung auszulegen sein.

3.2.3. Nachbearbeitung fehlerhafter Komponenten

Die Klägerin macht im Rahmen der zusätzlichen Arbeiten Ausführungen zur Nachbearbeitung fehlerhafter Komponenten (act. 1 S. 7 f. Rz. 14; act. 34 S. 21 ff. Rz. 35 ff.). Sie hat diesbezüglich der Beklagten Rechnungen gestellt, welche nach den Akten von dieser bezahlt wurden (act. 34 S. 24 Rz. 38 f.; act. 35/7/2; act. 35/7/6; act. 35/7/8; act. 35/7/16; act. 35/7/18; act. 35/7/19; act. 35/8/1; act. 35/8/3; act. 35/8/6; act. 35/8/8). Ausstehende Forderungen macht die Klägerin aus diesen Zusatzarbeiten keine geltend. Die Beklagte bestreitet zwar das Zustandekommen einer zusätzlichen Vereinbarung zwischen den Parteien bezüglich der Zusatzarbeiten Nachbearbeitung fehlerhafter Komponenten (act. 20 S. 11 f.; act. 38 S. 10 f.), doch leitet sie hieraus nichts ab. Weder macht sie geltend, sie habe zu viel bezahlt noch fordert sie das diesbezüglich Bezahlte zurück. Folglich erübrigen sich weitere Ausführungen hierzu.

3.2.4. Richtiges Positionieren der Kupfer-Rohrmäander

3.2.4.1. Die Klägerin macht geltend, bei den zugelieferten Metallkassetten seien die Kupfer-Rohrmäander nicht so eingelegt und fixiert gewesen wie vorgesehen. Sie hätten teilweise zu weit hinaus geragt (mehr als 80 mm) und die Ausstritte seien nicht so gebogen gewesen wie vorgesehen (auf 45°). Damit hätten sie nicht den im Angebot vom 27. Mai 2009 definierten "Basisvoraussetzungen" entsprochen. Die derart vorstehenden Rohrmäander wären beim Verpressen mit der E.____-Platte plattgedrückt worden und hätten daher vor der weiteren Verarbeitung von der Klägerin richtig positioniert, d.h. einzeln nachgebogen, und eingeklebt werden müssen. Anlässlich der Besprechung vom 9. Juli 2009 hätten die Parteien festgehalten, dass die Kupfer-Rohrmäander gerichtet und neu montiert werden mussten sowie dass diese Mängel in den Verantwortlichkeitsbereich der Beklagten fielen und seien überein gekommen, dass die Klägerin Montage und Richten der Rohrmäander als Zusatzleistung offerieren solle. Dies habe die Klägerin unbestritten mit Offerte vom 13. Juli 2009

zu einem Preis von EUR 7.– pro Einheit getan. Die Beklagte habe die Offerte angenommen. Die Beklagte bestreite, die Offerte angenommen zu haben und verweise auf eine E-Mail von K. _____ (Beklagte) an L. _____ (Klägerin) vom 15. Juli 2009. Die Beklagte unterschlage dabei, was nach dem 15. Juli 2009 geschehen sei: Nach diversen Schriftenwechseln und Telefonaten hätten sich die Klägerin und die Beklagte am 20. November 2009 zu Gesprächen getroffen. Die Klägerin habe das Angebot aufrecht erhalten; der Hinweis der Beklagten auf § 147 Abs. 2 BGB sei unbehelflich. K. _____, der für die Beklagte an den Gesprächen teilgenommen habe, habe anerkannt, dass die von der Klägerin in Ansatz gebrachten Arbeitszeiten und Kosten realistisch gewesen seien. Die Beklagte habe die Offerte der Klägerin akzeptiert. Dieses Resultat habe L. _____, der seitens der Klägerin an den Verhandlungen beteiligt gewesen sei, noch am 20. November 2009 per E-Mail bei der Klägerin intern bekannt gegeben. Die Beklagte habe dem beigestimmt. Mit E-Mail vom 3. Dezember 2009 habe die Beklagte bestätigt, mit den offerierten EUR 7.– pro Einheit einverstanden zu sein. Dass die Beklagte die Offerte der Klägerin angenommen habe, ergebe sich auch daraus, dass sie sämtliche Rechnungen mit der zusätzlichen Leistung Montage der Kupfer-Rohrmäander bezahlt habe (bis sie sämtliche Zahlungen eingestellt habe). Selbst wenn aber weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Annahme der Offerte gesehen werden wolle, so sei klar: Die zusätzliche Leistung des Montierens der Kupfer-Rohrmäander sei im Angebot vom 27. Mai 2009 nicht enthalten gewesen. Die Klägerin habe dafür einen Anspruch auf Vergütung, der sich mangels einer vertraglichen Abrede nach der Übung bzw. nach Arbeit und Material sowie einem angemessenen Gewinn bemesse. Die EUR 7.– pro Einheit entsprächen diesen Kriterien. Die Klägerin habe die Arbeiten ausgeführt und hierfür bei den jeweiligen Teillieferungen abgerechnet. Insgesamt habe die Klägerin unter diesem Titel Leistungen für EUR 73'603.88 erbracht. Die Beklagte habe 22 Rechnungen im Gesamtbetrag von EUR 44'807.07 bezahlt, auf welchen die Zusatzleistung Montage der Kupfer-Rohrmäander ausgewiesen sei. Von den offenen Rechnungen entfielen EUR 28'796.81 auf die Montage der Kupfer-Rohrmäander (act. 1 S. 6 Rz. 12, S. 8 Rz. 14 und S. 11 Rz. 17; act. 34 S. 11 ff. Rz. 22 ff. und S. 34 Rz. 57, S. 41 Rz. 88 f.; act. 44 S. 2 Rz. 6).

3.2.4.2. Die Beklagte bestreitet, dass die Rohrmäander nicht richtig positioniert worden seien. Es sei richtig, dass die Klägerin der Beklagten am 13. Juli 2009 eine Offerte unterbreitet habe, wonach sie für die Montage und das Richten der Rohrmäander eine Zusatzvergütung von EUR 7.– pro Einheit berechnen würde. Das von der Klägerin am 13. Juli 2009 unterbreitete Angebot habe zugleich klargestellt, dass dieses Angebot nur in der Form hätte akzeptiert werden können, dass ein diesbezüglicher Auftrag seitens der Beklagten erteilt würde. Einen entsprechenden schriftlichen Auftrag habe die Klägerin jedoch selbst nicht einmal behauptet. Vielmehr habe sie sich insoweit offensichtlich auf eine E-Mail vom 20. November 2009 gestützt, welches jedoch lediglich intern im Hause der Klägerin verbreitet, nicht aber an die Beklagte übersandt worden sei. Soweit sich die Klägerin auf eine Verhandlung vom 20. November 2009 beziehe, habe es eine derartige Verhandlungsrunde nicht gegeben. Abgesehen davon, hätte die Offerte der Klägerin vom 13. Juli 2009, die auch ausdrücklich "freibleibend" erteilt worden sei, mehr als vier Monate später nicht angenommen werden können, weil das Angebot wegen Zeitablaufs spätestens nach einem Monat gemäss § 147 Abs. 2 BGB unwirksam geworden sei. Tatsächlich habe aber die Beklagte die Preisofferte der Klägerin nicht akzeptiert. Dies ergebe sich auch aus der E-Mail der Beklagten an die Klägerin vom 15. Juli 2009. Auch sonst sei die Beklagte den Auftragsbestätigungen der Klägerin mangels einer wirksamen Preisabsprache entgegengetreten. Selbst wenn aber die Beklagte im November 2009 das Einverständnis mit einer Zusatzvergütung von EUR 7.– hätte erklärt haben sollen, so sei auch diese Annahmeerklärung jedenfalls unter dem ausdrücklichen Vorbehalt abgegeben worden, dass die Generalunternehmerin die Weiterbelastung dieses Zusatzbetrages akzeptieren würde. Bis heute habe jedoch das Einverständnis der Generalunternehmerin zu einer zusätzlichen Vergütung nicht erreicht werden können. Ein Preis von EUR 7.– pro Einheit sei alles andere als transparent. Denn die Klägerin habe diese Arbeiten nicht etwa durch eigene Mitarbeiter erbringen lassen, sondern zwei Schreiner aus der Umgebung des Werksgeländes als Subunternehmer eingeschaltet. Die Klägerin habe diesen Subunternehmern bei weitem nicht einmal annähernd einen derartigen Preis von EUR 7.– pro Einheit bezahlt. Daher habe die Beklagte auch

diesen Preisvorschlag der Klägerin nicht akzeptiert, sondern immer als viel zu hoch abgelehnt. Es werde weiter vorsorglich bestritten, dass die von der Klägerin berechneten Zusatzvergütungen als übliche Vergütung der Höhe nach angemessen seien (act. 20 S. 8 f.; act. 38 S. 4 und S. 8 f.).

3.2.4.3. Der Vertrag ist die privatautonome Regelung eines Rechtsverhältnisses durch Rechtsgeschäft aufgrund des übereinstimmenden Willens von mindestens zwei Parteien. Die §§ 145 ff. BGB sehen einen Vertragsschluss durch zwei aufeinander bezogene Willenserklärungen vor, die inhaltlich komplementär sind. Als Regelfall ist die aufeinander folgende Abgabe der Erklärungen vorgesehen. Der sukzessive Vertragsschluss durch Angebot und Annahme kann auch durch konkludente Willenserklärungen (schlüssiges Verhalten) erfolgen, sofern keine Formerfordernisse eingreifen. Bei Willenserklärungen dieser Art findet das Gewollte nicht unmittelbar in einer Erklärung seinen Ausdruck, der Erklärende nimmt vielmehr Handlungen vor, die mittelbar einen Schluss auf einen bestimmten Rechtsfolgwillen zulassen. Beispielsweise die Inanspruchnahme einer entgeltlich angebotenen Leistung, die Annahme eines Angebots durch Vollzug oder Annahme der Leistung oder die widerspruchslose Fortsetzung des Vertrages nach Bekanntgabe von veränderten Bedingungen. Der notwendige Konsens kann auch im Falle sich kreuzender, gleichzeitiger Anträge vorliegen oder es kann sogar Schweigen genügen, wenn beide Parteien durch vertragsausführendes Verhalten die übereinstimmend gewollte Bindung erkennen lassen. Auch dem Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben kann Erklärungswert im Sinne einer Annahme des Inhalts des Bestätigungsschreibens zukommen. Massgeblich für einen Vertrag ist einzig eine vom Rechtsbindungswillen getragene Einigung über die vertragswesentlichen Bestandteile (*essentialia negotii*). Die *essentialia negotii* sind in der Regel die Vertragsparteien und der Vertragsgegenstand (BRINKMANN, in: PRÜTTING / WEGEN / WEINREICH, a.a.O., N 1 und N 43 zu Einleitung vor §§ 145 ff. BGB; AHRENS, a.a.O., N 20 zu vor §§ 116 ff. BGB; H.-W. ECKERT, in: BAMBERGER / ROTH, BGB, Band 1, 3. Aufl. 2012, N 3 zu § 145 BGB und N14 zu §146 BGB; ELLENBERGER, in: PALANDT, a.a.O., N 6 zu Einf. V. § 116 BGB).

3.2.4.4. Die Parteien sind sich heute uneinig, ob die Kupfer-Rohrmäander richtig positioniert waren oder nicht. Die Beklagte verweist auf eine Produktzeichnung (act. 39/15) sowie ein Foto der tatsächlichen Rohrmäander (act. 39/16). Anhand dieser Abbildungen lässt sich allerdings nicht feststellen, ob die Kupfer-Rohrmäander richtig positioniert waren oder nicht. Mit E-Mail vom 3. Juli 2009 (act. 35/3) teilte die Klägerin der Beklagten mit, die Ausgänge der Mäander seien mit ca. 30° anstatt der vereinbarten 45° umgekantet worden und die Länge der Umkantung betrage ca. 8.5 cm anstatt der vereinbarten 7 cm, sodass die Pressstempel nicht passen würden. Auch im Protokoll vom 9. Juli 2009 (act. 3/10 S. 2) ist festgehalten, die Mäander-Austritte seien nicht auf 45° gebogen gewesen, diese müssten einen Winkel von min. 45° und eine Austrittslänge von max. 80 mm haben. Das Protokoll ist von der Klägerin wie auch der Beklagten unterzeichnet und letztere bestritt dessen Richtigkeit nie. Im Reklamationsbericht der Klägerin an die Beklagte vom 29. Juli 2009 (act. 35/4) finden sich ebenfalls diverse Beanstandungen betreffend die Mäander. In der weiteren Korrespondenz der Parteien ist zudem erkennbar, dass sich die Parteien in der Folge darüber unterhielten, ob die Klägerin die Mäander richte und zu welchem Preis (act. 3/11; act. 3/12; act. 21/3). Es ist somit davon auszugehen, dass die Parteien zu diesem Zeitpunkt darin übereinstimmten, dass die Kupfer-Rohrmäanderaustritte nicht richtig positioniert waren.

Es stellt sich weiter die Frage nach einer Vereinbarung der Parteien, wonach die Klägerin die falsch positionierten Kupfer-Rohrmäander richte. Im Protokoll vom 9. Juli 2009 (act. 3/10 S. 2) ist festgehalten, dass beim Sicherheitsgeschoss die Mäanderaustritte von der Klägerin mechanisch nachgebogen würden. Weiter wird auch ausgeführt, dass die Klägerin bis am 14. Juli 2009 ein Angebot über das Montieren und Richten der Mäander erstelle (act. 3/10 S. 3). Wie bereits erwähnt, ist das Protokoll von der Klägerin wie auch der Beklagten unterzeichnet und hat letztere dessen Richtigkeit nie bestritten. In der Folge offerierte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 13. Juli 2009 (act. 3/11) ein Angebot für *"Zusatzleistungen Mäandermontage"*. Dieses beinhaltete *"1. Ausrichten der Mäander auf Ebenheit, 2. Massliche Festlegung der Mäanderposition im Kühlsegel, 3. Abziehen der Kleberschutzfolie und Einkleben des Mäanders, 4.*

Eventuelle Nachkorrektur des Rohrenden Anstellwinkels 45° zu einem Preis von EUR 7.– pro Stück. In einer E-Mail vom 15. Juli 2009 (act. 21/3) führte die Beklagte aus, sie könne den festgelegten Preis von EUR 7.– für das Einlegen der Mäander nicht akzeptieren. Die Beklagte äusserte sich jedoch nicht dagegen, dass die Klägerin die Korrekturarbeiten übernehmen soll. In einer E-Mail der Klägerin an die Beklagte vom 28. August 2009, 18:50 Uhr, (act. 3/17), ist zudem festgehalten, dass die Klägerin die Mäander positioniere. Die Beklagte bestreitet denn auch nicht, dass die Klägerin diese Arbeiten tatsächlich ausgeführt hat. Es ist somit davon auszugehen, dass die Parteien sich zumindest einigten, dass die Klägerin die zusätzlichen Arbeiten bezüglich der Kupfer-Rohrmäander vornehme. Das nachfolgende vertragsausführende Verhalten der Parteien lässt die übereinstimmend gewollte Bindung erkennen. Es lag eine Übereinkunft bezüglich der Vertragsparteien und des Vertragsgegenstandes vor. Lediglich eine Einigung über den Preis konnte nicht (sogleich) gefunden werden.

Diesbezüglich beruft sich die Klägerin auf eine E-Mail vom 20. November 2009 (act. 3/12), in welcher ein Preis für die Mändereinbringung von EUR 7.– festgehalten sei. Dabei handelt sich jedoch um eine E-Mail, welche lediglich bei der Klägerin intern versandt wurde. Die Beklagte erhielt diese nicht. Indes teilte die Beklagte der Klägerin mit E-Mail vom 3. Dezember 2009 (act. 3/25) auf eine Mahnung ausstehender Rechnungen hin mit, "*... die mit ** bezeichnet müssten die Preise noch abgeklärt werden, das ist in der Zwischenzeit erfolgt. Diese Fakturen werden in der nächsten Woche bezahlt.*". Welche Rechnungen mit "***" gemeint sind, ergibt sich aus der der E-Mail der Beklagten vorangegangenen und dieser angehängten E-Mail der Klägerin selben Datums. Betroffen sind die Rechnungen Nr. 63031385 vom 8. Oktober 2009 (act. 3/13; act. 35/7/11) sowie Nr. 63031470 (act. 3/14; act. 35/7/13), Nr. 63031471 (act. 3/24; act. 35/7/14) und Nr. 63031472 vom 14. Oktober 2009 (act. 3/15; act. 35/7/15). Die Rechnungen Nr. 63031385, Nr. 63031470 und Nr. 63031472 beziehen sich ausschliesslich auf die "Zusatzleistung Mäandermontage", die zu einem Preis von EUR 7.– pro Stück fakturiert wurde. Diese Rechnungen hat die Beklagte nach dieser Überprüfung – ohne weitere Beanstandung – mit Zahlung vom 18. Dezember 2009 beglichen (act. 3/25, act. 35/8/8, act. 34 Anhang 1). Die Klägerin stellte der Beklagten

diverse weitere Rechnungen, welche die Position "Zusatzleistung Mäandermontage" zum Preis von EUR 7.– pro Stück enthalten (vgl. act. 34 Anhang 1), so die Rechnungen Nr. 63030854 vom 31. August 2009 (act. 35/7/6), Nr. 63031883 vom 11. November 2009 (act. 35/7/19), Nr. 63032012 vom 18. November 2009 (act. 35/7/20), Nr. 63032171 vom 27. November 2009 (act. 35/7/21), Nr. 63032398 vom 15. Dezember 2009 (act. 35/7/23), Nr. 63032503 (act. 35/7/27) und Nr. 63032504 vom 5. Januar 2010 (act. 35/7/28), Nr. 63032597 (act. 35/7/29) und Nr. 63032598 vom 13. Januar 2010 (act. 35/7/30), Nr. 63032832 vom 25. Januar 2010 (act. 35/7/34), Nr. 63032846 vom 26. Januar 2010 (act. 35/7/35), Nr. 63033142 vom 8. Februar 2010 (act. 35/7/37), Nr. 63033078 vom 9. Februar 2010 (act. 35/7/39), Nr. 63033203 (act. 35/7/42), Nr. 63033225 (act. 35/7/43) und Nr. 63033227 vom 17. Februar 2010 (act. 35/7/44), Nr. 63033262 vom 18. Februar 2010 (act. 35/7/45), Nr. 63033345 vom 23. Februar 2010 (act. 35/7/46) sowie Nr. 63033398 vom 25. Februar 2010 (act. 35/7/51). Diese Rechnungen wurden von der Beklagten vollumfänglich, mithin inklusive der Kosten für "Zusatzleistung Mäandermontage", mit den Zahlungen vom 6. Oktober 2009 (Rechnung Nr. 63030854; act. 35/8/3), vom 18. Dezember 2009 (Rechnung Nr. 63031883; act. 35/8/8, act. 3/25, act. 34 Anhang 1), vom 23. Dezember 2009 (Rechnung Nr. 63032012; act. 35/8/9), vom 20. Januar 2010 (Rechnung Nr. 63032171; act. 35/8/10), vom 10. Februar 2010 (Rechnung Nr. 63032398; act. 35/8/11), vom 26. Februar 2010 (Rechnungen Nr. 63032503 und Nr. 63032504; act. 35/8/12), vom 5. März 2010 (Rechnungen Nr. 63032597 und Nr. 63032598; act. 35/8/13), vom 19. März 2010 (Rechnungen Nr. 63032846 und Nr. 63032832; act. 25/8/14), vom 6. April 2010 (Rechnungen Nr. 63033142 und Nr. 63033078; act. 35/8/15), vom 22. April 2010 (Rechnungen Nr. 63033203, Nr. 63033225, Nr. 63033227 und Nr. 63033262; act. 35/8/16) und vom 28. April 2010 (Rechnungen Nr. 63033345 und Nr. 63033398; act. 35/8/17) bezahlt (vgl. auch act. 34 S. 7 f.).

Indem die Beklagte die Klägerin diese zusätzliche Arbeit ausführen liess, deren Leistung entgegennahm und – nach einer Überprüfung – über Monate die von der Klägerin gestellten Rechnungen für "Zusatzleistung Mäandermontage" bezahlte, ist davon auszugehen, dass sie den von der Klägerin hierfür offerierten und

fakturierten Preis von EUR 7.– pro Stück akzeptierte. Dies nicht lediglich für die einzelnen bereits bezahlten Rechnungen, sondern generell für die Arbeit "Zusatzleistung Mäandermontage". Zumal die Beklagte nie eine der Rechnungen bezüglich "Zusatzleistung Mäandermontage" beanstandete. Im Zahlungsplan vom 22. April 2010 (act. 3/30) akzeptierte die Beklagte auch weitere noch offene Rechnungen der Klägerin betreffend "Zusatzleistung Mäandermontage" vorbehaltlos (Rechnungen Nr. 63033436, Nr. 63033437, Nr. 63033438, Nr. 63033525, Nr. 63033642, Nr. 63033643, Nr. 63033644, Nr. 63033994, Nr. 63033995, vgl. act. 3/30 und act. 34 Anhang 2). Die Parteien haben sich folglich nach ihrem konkludenten vertragsausführenden Verhalten darüber geeinigt, dass die Klägerin die erforderlichen "Zusatzleistungen Mäandermontage" zu einem Preis von EUR 7.– pro Stück ausführt und die entsprechenden Kosten von der Beklagten bezahlt werden.

Die Bestreitungen der Beklagten bezüglich der Transparenz sowie der Angemessenheit dieses Preises ändern daran nichts und sind im Übrigen nicht rechtsgenügend substantiiert. Auch war es der Klägerin unbenommen, für diese Arbeit Subunternehmer einzusetzen. Der Einwand der Beklagten, das klägerische Angebot vom 13. Juli 2009 (act. 3/11) sei wegen Zeitablaufs nach § 147 Abs. 2 BGB unwirksam geworden, ist angesichts der ersten diesbezüglichen Rechnung, welche bereits vom 31. August 2009 datiert, unbehelflich (Rechnung Nr. 63030854; act. 35/7/6). Da zwischen den Parteien eine Vereinbarung betreffend Zusatzleistungen Mäandermontage über EUR 7.– pro Stück zustande gekommen ist, braucht auf die allfällige übliche Vergütung nicht mehr eingegangen zu werden.

Die Klägerin stellte der Beklagten verschiedene Rechnungen mit der Position "Zusatzleistungen Mäandermontage" zum Preis von EUR 7.– pro Stück, welche seitens der Beklagten unbezahlt blieben, obwohl zwischen den Parteien eine Vereinbarung bestand, wonach die Klägerin die Kupfer-Rohrmäander zu diesem Preis richtig positioniere. Die Klägerin macht geltend, von der eingeklagten Forderung in der Höhe von EUR 356'110.32 entfalle ein Betrag von EUR 28'796.81 auf die "Zusatzleistung Mäandermontage", und verweist auf die

Aufstellung der offenen Rechnungen im Anhang 2 zur Replik (act. 34 S. 34 Rz. 57). Die entsprechenden Rechnungen reichte die Klägerin ins Recht (act. 3/44/1; act. 3/44/2; act. 3/44/3; act. 3/44/7; act. 3/44/10; act. 3/44/11; act. 3/44/12; act. 3/44/21; act. 3/44/22; act. 3/44/25; act. 3/44/29; act. 3/44/31; act. 3/44/35; act. 3/44/36; act. 3/44/37; act. 3/44/44; act. 3/44/45; act. 3/44/52; act. 3/44/55). Die Beklagte beanstandete diese Rechnungen der Klägerin nicht. Dem Gesagten entsprechend schuldet die Beklagte der Klägerin grundsätzlich für deren "Zusatzleistungen Mäandermontage" den ausstehenden Betrag in der Höhe von EUR 28'796.81.

Auf den von der Beklagten geltend gemachten Einwand des Vorbehalts der Weiterbelastbarkeit wird für alle zusätzlichen Arbeiten gemeinsam in der Erwägung IV.3.2.8. eingegangen.

3.2.5. Aufbringen der Schutzfolie

3.2.5.1. Die Klägerin führt aus, zum Schutz gegen Schmutz und Beschädigung hätten die Metallkassetten mit einer Folie überzogen werden müssen. Die Klägerin und die Beklagte hätten am 26. Mai 2009 anlässlich eines Treffens bei der C._____ AG vereinbart gehabt, dass die Beklagte die Metallkassetten mit diesen Schutzfolien liefere. Im Angebot vom 27. Mai 2009 sei dies dementsprechend als Basisvoraussetzung definiert worden. Entgegen den Abmachungen habe bei den zugelieferten Metallkassetten die vorgesehene Schutzfolie gefehlt. Anlässlich der Besprechung am 9. Juli 2009 habe die Beklagte die Klägerin damit betraut, die Schutzfolien selbst auf den Metallkassetten anzubringen und zwar für das Sicherheitsgeschoss in jedem Fall und für die weiteren Geschosse, sofern der Zulieferer M._____ GmbH, mit Sitz in ... (D), dies nicht tun könne. Da M._____ die Schutzfolie dann tatsächlich nicht habe aufbringen können, habe die Beklagte die Klägerin mit dieser zusätzlichen Leistung betraut. Dieser Fall sei im Protokoll ausdrücklich festgehalten worden. Die Beklagte bestreite zu Recht nicht, dass sie die Klägerin mit der zusätzlichen Arbeit, die Schutzfolie anzubringen, betraut habe. Die Beklagte bestreite auch nicht, dass die Klägerin am 28. August 2009 eine Offerte für das Anbringen der Schutzfolie über EUR 5.66 pro Deckenelement (Metallkassette) unterbreitet habe.

Die Beklagte bestreite, die Offerte angenommen zu haben. Dies sei aktenwidrig. Am 28. August 2009 hätten Gespräche und reger Schriftenwechsel zwischen der Klägerin und der Beklagten stattgefunden. Bereits am Vormittag hätten sich N._____ von der Beklagten und L._____ von der Klägerin – unter anderem – darauf geeinigt, dass die Klägerin die Schutzfolie anbringe und dafür EUR 5.66 pro Element verrechne. L._____ habe diese Vereinbarung mit E-Mail von 13:47 Uhr bestätigt. N._____ habe L._____ daraufhin telefonisch Freigabe erteilt. Die von der Beklagten angerufene E-Mail [vom 28. August 2009, 14:48 Uhr] widerspreche dem nicht. Entgegen den Ausführungen der Beklagten verlange sie darin keine Auskunft über den Aufwand zum Aufkleben der Schutzfolie. Die E-Mail drehe sich lediglich um das Ausschneiden des Graphits und die Änderung der Pressstempel. Relevant sei vielmehr die E-Mail, die L._____ am Abend um 18:50 Uhr an N._____ geschrieben und in der er "die vielen E-Mails vom heutigen Tag" und die telefonische Freigabe zusammengefasst habe. Hätte die Beklagte die Offerte tatsächlich abgelehnt, so hätte sie spätestens jetzt widersprochen bzw. widersprechen müssen. Die Beklagte habe jedoch nicht widersprochen und behaupte auch nicht, widersprochen zu haben. Da die Beklagte nicht unverzüglich widersprochen habe, gelte der Inhalt der E-Mail von L._____ von 18:50 Uhr nach den Grundsätzen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens als rechtsverbindlich vereinbart. Ein Widerspruch könne frühestens in der E-Mail von 14. Oktober 2009 gesehen werden. Diese datiere mehr als eineinhalb Monate später und sei daher ohnehin verspätet. Obwohl das Angebot über EUR 5.66 pro Deckenelement (Metallkassette) damit schon angenommen gewesen sei, habe es auch Gegenstand der Gespräche am 20. November 2009 gebildet. Wie über die Montage der Kupfer-Rohrmäander, hätten sich die Beklagte und die Klägerin auch über das Anbringen der Schutzfolie geeinigt. Die Beklagte habe die Offerte der Klägerin angenommen. Dass die Beklagte die Offerte der Klägerin angenommen habe, ergebe sich auch daraus, dass sie sämtliche Rechnungen für die Zusatzleistungen bezahlt habe (bis die Beklagte sämtliche Zahlungen eingestellt habe). Auch den Betrag der Rechnung Nr. 63031201 von EUR 3'616.91 (EUR 3'039.42 zuzüglich 19% Umsatzsteuer), den sie zunächst beanstandet habe, habe die Beklagte nach den Gesprächen von 20. November

2009 bezahlt. Selbst wenn man aber weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Annahme der Offerte sehen wolle, so sei doch klar: Die zusätzliche Leistung des Anbringens der Schutzfolie sei im Angebot vom 27. Mai 2009 nicht enthalten gewesen. Die Klägerin habe dafür einen Anspruch auf Vergütung, der sich mangels einer vertraglichen Abrede nach der Übung bzw. nach Arbeit und Material sowie einem angemessenen Gewinn bemesse. Die EUR 5.66 pro Kühldeckenelement (Metallkassette) entsprächen diesen Kriterien. Dass dieser Preis wucherisch sei werde bestritten. Er sei durchaus marktüblich. Die Klägerin habe die Folie angebracht und die Arbeit bei den einzelnen Teillieferungen als separate Posten in Rechnung gestellt. Die Beklagte habe diese Zusatzleistungen bezahlt – bis sie später sämtliche Zahlungen eingestellt habe. Insgesamt habe die Klägerin unter diesem Titel Leistungen für EUR 61'763.62 erbracht. Die Beklagte habe 21 Rechnungen, auf welchen das Anbringen der Schutzfolie ausgewiesen sei, mit einem Gesamtbetrag von EUR 38'479.34 bezahlt. Von den offenen Rechnungen entfielen EUR 23'284.26 auf das Anbringen der Schutzfolie (act. 1 S. 7 Rz. 13 und S. 11 Rz. 17; act. 34 S. 16 ff. Rz. 27 ff. und S. 42 Rz. 91; act. 44 S. 3 Rz. 8).

3.2.5.2. Die Beklagte entgegnet, die Klägerin berufe sich auf ihre Offerte vom 28. August 2009, wonach die Schutzfolien für EUR 5.66 pro Deckenelement angebracht würden. Die Beklagte habe dieses Angebot jedoch nicht angenommen. Vielmehr habe die Beklagte auf das Angebot der Klägerin mit der E-Mail vom 28. August 2009 reagiert. Hier habe die Beklagte von der Klägerin eine Mitteilung über den Aufwand zum Aufkleben der Schutzfolie verlangt. Eine Einigung über den von der Klägerin offerierten Preis habe es zwischen den Parteien jedoch nicht gegeben. Im Gegenteil: Als die Klägerin eine Rechnung für das Bekleben der Platten mit Schutzfolie übersandt habe, habe die Beklagte mit der E-Mail vom 14. Oktober 2009 reagiert. Bei der damit beanstandeten Rechnung handle es sich um diejenige vom 25. September 2009. Auf dieser habe die Beklagte die Positionen 16 und 17 bezüglich des Aufbringens der Schutzfolie gestrichen und daher lediglich einen gekürzten Betrag bezahlt. Zugleich werde aus diesem Beispiel der Behandlung der Rechnung vom 25. September 2009 deutlich, dass die Klägerin unrichtig vortragen lasse, wenn sie behaupte, dass

sämtliche Rechnungen von der Beklagten unbeanstandet geblieben seien. Die Klägerin werde sich daher schon der Mühe unterziehen und für jede einzelne Rechnung vortragen müssen, welcher Betrag tatsächlich von der Beklagten auf diese Rechnung bezahlt worden sei (act. 20 S. 9 f.). Auch habe das Anbringen der Schutzfolie bei weitem nicht den Aufwand erzeugt, wie ihn die Klägerin für sich beanspruche. Denn die Schutzfolie sei der Klägerin durch die Beklagte beziehungsweise deren Unterlieferanten beigelegt worden. Diese Folie sei selbstklebend gewesen, habe also nur gestanzt und aufgestrichen werden müssen, sodass der Preis pro Element von EUR 5.66 stark übersetzt sei (act. 38 S. 9). Es werde vorsorglich bestritten, dass die von der Klägerin berechneten Zusatzvergütungen als übliche Vergütung der Höhe nach angemessen seien. Insoweit würde es der Klägerin obliegen, die Angemessenheit der von ihr berechneten und eingeklagten Zusatzvergütungen im Einzelnen nachzuweisen (act. 38 S. 4). Es spreche für sich, wenn die Klägerin sich allen Ernstes bezüglich der Anbringung von Schutzfolien auf einen zusätzlichen Vergütungsanspruch in Höhe von EUR 61'763.60 berufe, wohlgermerkt ohne Material, sondern lediglich für die Dienstleistung Stanzen der beigelegten Folie und Aufstreichen der selbstklebenden Folie. Selbst wenn insoweit eine Preisvereinbarung zustande gekommen wäre, so wäre diese unbeachtlich, weil es sich um einen Wucherpreis handle, der den marktüblichen Preis für diese Dienstleistung weit mehr als um 100% übersteige, sodass eine derartige Preisvereinbarung gemäss § 138 BGB nichtig sei (act. 38 S. 10). Wenn die Klägerin sich auf die Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens berufe, verkenne sie dessen rechtliche Voraussetzungen. Die widerspruchlose Hinnahme eines Bestätigungsschreibens werde nur dann rechtsverbindlich, wenn das Ergebnis einer tatsächlich mündlich getroffenen Vereinbarung bestätigt werden solle und inhaltlich die Billigung der bestätigten Absprache durch den Empfänger erwartet werden könne. Tatsächlich habe aber eine Preisvereinbarung nicht stattgefunden (act. 38 S. 9 f.). In diesem Zusammenhang solle auch darauf hingewiesen werden, dass bei beiden Parteien gemeinschaftlich Klarheit darüber bestanden habe, dass zusätzliche Zahlungen an die Klägerin nur dann geleistet werden könnten, wenn es beiden Parteien gemeinsam gelungen wäre, die Generalunternehmerin C._____ AG zu bewegen,

eine zusätzliche Vergütung für die Deckenelemente an die Beklagte zu zahlen (act. 20 S. 10 f.).

3.2.5.3. Im Angebot der Klägerin vom 27. Mai 2009 (act. 3/5; act. 35/2) ist unter den "*Basisvoraussetzungen*" festgehalten: "*Beistellung von Metallkassetten incl. Schutzfolie und fixiertem Kupfermäander*". Mit E-Mail vom 3. Juli 2009 (act. 35/3) brachte die Klägerin der Beklagten diverse Reklamationen zur Kenntnis, unter anderem sei die Folie zum Schutz vor Beschädigungen nicht aufgebracht, sodass eine Produktion auf den Fertigungsanlagen nicht möglich sei. In einer internen E-Mail der Klägerin vom 6. Juli 2009 (act. 35/9) ist notiert, "*die Bleche werden mit einer Schutzfolie versehen*". Im Protokoll vom 9. Juli 2009 (act. 3/10 S. 2) hielten die Parteien unter der Ziffer 3 fest, die Blechkassetten seien entgegen den protokollierten Vereinbarungen nicht mit Schutzfolie überzogen an die Klägerin geliefert worden. Die Teile des Sicherheitsgeschosses würden von der Klägerin vor der Fertigung mit einer Folie überzogen. Die Beklagte prüfe die Möglichkeit des Aufbringens einer Schutzfolie bei der Firma M._____. Sollte dies nicht möglich sein, werde die Schutzfolie bei der Klägerin aufgebracht und der Mehraufwand der Beklagten weiterverrechnet. Das Protokoll ist von der Klägerin wie auch der Beklagten unterzeichnet und letztere bestritt dessen Richtigkeit nie. In einer – allerdings lediglich internen – Gesprächsnotiz der Klägerin vom 5. August 2009 (act. 35/10) vermerkte diese "*Schutzfolie durch A1._____ aufbringen*". Die Beklagte bestreitet nicht, dass die Schutzfolie nicht wie mit Angebot vom 27. Mai 2009 (act. 3/5; act. 35/2) und Annahme vom 5. Juni 2009 (act. 3/6) vereinbart aufgeklebt war und dass die Klägerin diese Arbeit vornehmen sollte und auch ausführte. Die Parteien sind sich somit lediglich über den Preis für diese Zusatzleistung uneinig.

Mit E-Mail vom 28. August 2009, 13:47 Uhr, (act. 3/16) offerierte die Klägerin der Beklagten "*Aufbringen der Schutzfolie auf die Metallkassetten 4 Mann a 75 sec. 5.66 € pro Element*" und bittet für die interne Fertigungsfreigabe um die Bestätigung der E-Mail. Mit E-Mail des selben Tages, 18:50 Uhr, (act. 3/17) fasst die Klägerin "*die vielen E-Mails des heutigen Tages*" zusammen und hält fest "*1:A1._____ bringt die Schutzfolie auf (bereits geschehen)*". Die Klägerin will

diese E-Mail als kaufmännisches Bestätigungsschreiben verstanden wissen, welchem nicht rechtzeitig widersprochen worden sei. Diese E-Mail beinhaltet indes lediglich, dass die Klägerin die Schutzfolie aufbringe. Bezüglich des zu berechnenden Preises enthält sie keine Informationen. Die Frage der Wirkung als kaufmännisches Schreiben bezüglich dieses Punktes kann daher offen bleiben. Die Beklagte verneint die Annahme des Angebotes und verweist auf eine E-Mail vom 28. August 2009 (act. 3/19; act. 21/5), in welchem sie von der Klägerin eine Mitteilung über den Aufwand zum Aufkleben der Schutzfolie verlange. Die E-Mail vom 28. August 2009 (act. 3/19; act. 21/5) betrifft indes das Ausschneiden von Graphit und das Ändern von Pressstempeln, die Schutzfolie ist nicht Thema. Diese E-Mail beinhaltet somit weder eine Intervention gegen die Offerte der Klägerin noch den Wunsch nach einer Mitteilung des Aufwands für das Aufbringen der Schutzfolie. Erst mit E-Mail vom 14. Oktober 2009 (act. 21/5 S. 2; act. 21/6) führt die Beklagte aus: *"Sie können sich vorstellen, dass uns diese Rechnung doch sehr überrascht! Bei der Einführung ins Bekleben der Platten mit Schutzfolie haben Sie mir folgendes Zitat gemacht 'unter Partnern muss Transparenz herrschen, Sie können jede einzelne Messung erhalten und nachkontrollieren'. Leider habe ich bis zum heutigen Tag auf meine verschiedenen Nachfragen nach den Aufwandzeiten keine Antwort erhalten. Kurz gesagt, ich weise die Rechnung komplett zurück und erwarte die Ausstellung einer neuen Rechnung für die Positionen "04" und "17" ihrer Rechnung, damit wir diese Aufwände ordentlich und zeitnah begleichen können. Für die Positionen "16" und "25" erwarten wir eine ordentliche Offerte mit den Details ..."*. In der Folge bezahlte die Beklagte die Rechnung Nr. 63031201 vom 25. September 2009 (act. 3/18; act. 21/7; act. 35/7/8) ohne die Positionen 16 (Aufbringen der Schutzfolie) und 17 mit Zahlung vom 6. November 2009 (act. 35/8/4). Allerdings beglich die Beklagte auch den Restbetrag dieser Rechnung mit Zahlung vom 18. Dezember 2009 (act. 34 S. 8 f. Rz. 12.3 und Rz. 14 sowie Anhang 1; act. 35/8/8). Die Beklagte mag somit diese Rechnung anfänglich beanstandet haben, in der Folge hat sie sie jedoch bezahlt und entsprechend auch akzeptiert. In einer E-Mail vom 20. November 2009 (act. 3/12) erwähnt die Klägerin einen Preis für die *"Schutzfolienaufbringung"* von EUR 5.66. Dabei handelt sich jedoch um eine E-

Mail, welche lediglich bei der Klägerin intern versandt wurde. Die Beklagte erhielt diese nicht.

Die Klägerin stellte der Beklagten diverse weitere Rechnungen bezüglich Aufbringens der Schutzfolie zum Preis von EUR 5.66 pro Stück (vgl. act. 34 Anhang 1), so die Rechnungen Nr. 63031473 vom 14. Oktober 2009 (act. 35/7/16), Nr. 63031718 vom 30. Oktober 2009 (act. 3/21; act. 35/7/18), Nr. 63031883 vom 11. November 2009 (act. 35/7/19), Nr. 63032012 vom 18. November 2009 (act. 35/7/20), Nr. 63032171 vom 27. November 2009 (act. 35/7/21), Nr. 63032398 vom 15. Dezember 2009 (act. 35/7/23), Nr. 63032503 (act. 35/7/27) und Nr. 63032504 vom 5. Januar 2010 (act. 35/7/28), Nr. 63032597 (act. 35/7/29) und Nr. 63032598 vom 13. Januar 2010 (act. 35/7/30), Nr. 63032832 vom 25. Januar 2010 (act. 35/7/34), Nr. 63032846 vom 26. Januar 2010 (act. 35/7/35), Nr. 63033142 vom 8. Februar 2010 (act. 35/7/37), Nr. 63033078 vom 9. Februar 2010 (act. 35/7/39), Nr. 63033203 (act. 35/7/42), Nr. 63033225 (act. 35/7/43) und Nr. 63033227 vom 17. Februar 2010 (act. 35/7/44), Nr. 63033262 vom 18. Februar 2010 (act. 35/7/45), Nr. 63033345 vom 23. Februar 2010 (act. 35/7/46) und Nr. 63033398 vom 25. Februar 2010 (act. 35/7/51). Diese Rechnungen wurden von der Beklagten vollumfänglich, mithin inklusive der Kosten für das Aufbringen der Schutzfolie von EUR 5.66 pro Stück, mit den Zahlungen vom 2. Dezember 2009 (Rechnung Nr. 63031473; act. 35/8/6), vom 8. Dezember 2008 (Rechnung Nr. 63031718; act. 35/8/7), vom 18. Dezember 2009 (Rechnung Nr. 63031883; act. 35/8/8, act. 3/25 und act. 34 Anhang 1), vom 23. Dezember 2009 (Rechnung Nr. 63032012; act. 35/8/9), vom 20. Januar 2010 (Rechnung Nr. 63032171; act. 35/8/10), vom 10. Februar 2010 (Rechnung Nr. 63032398; act. 35/8/11), vom 26. Februar 2010 (Rechnungen Nr. 63032503 und Nr. 63032504; act. 35/8/12), vom 5. März 2010 (Rechnungen Nr. 63032597 und Nr. 63032598; act. 35/8/13), vom 19. März 2010 (Rechnungen Nr. 63032832 und Nr. 63032846; act. 35/8/14), vom 6. April 2010 (Rechnungen Nr. 63033142 und Nr. 63033078; act. 35/8/15), vom 22. April 2010 (Rechnungen Nr. 63033203, Nr. 63033225, Nr. 63033227 und Nr. 63033262; act. 35/8/16) und vom 28. April 2010 (Rechnungen Nr. 63033345 und Nr. 63033398; act. 35/8/17) bezahlt.

Indem die Beklagte die Klägerin diese zusätzliche Arbeit ausführen liess, deren Leistung entgegennahm und nach Beanstandung der ersten Rechnung Nr. 63031201 vom 25. September 2009 (act. 3/18; act. 21/7; act. 35/7/8) sowohl diese, als dann auch über Monate die folgenden von der Klägerin gestellten Rechnungen mit den Positionen Aufbringen der Schutzfolie bezahlte, ist davon auszugehen, dass sie den von der Klägerin hierfür offerierten und fakturierten Preis von EUR 5.66 pro Stück akzeptiert hat. Dies nicht lediglich für die einzelnen bereits bezahlten Rechnungen, sondern generell für das Aufbringen der Schutzfolie. Zumal die Beklagte die folgenden Rechnungen bezüglich Aufbringens der Schutzfolie nie beanstandete. Im Zahlungsplan vom 22. April 2010 (act. 3/30) akzeptierte die Beklagte auch weitere noch offene Rechnungen der Klägerin betreffend Aufbringen der Schutzfolie (Rechnungen Nr. 63033436, Nr. 63033437, Nr. 63033438, Nr. 63033524, Nr. 63033525, Nr. 63033526, Nr. 63033643, Nr. 63033994, Nr. 63033995, vgl. act. 3/30 und act. 34 Anhang 2). Die Parteien haben sich folglich nach ihrem konkludenten vertragsausführenden Verhalten darüber geeinigt, dass die Klägerin das erforderlichen Aufbringen der Schutzfolie zu einem Preis von EUR 5.66 pro Stück ausführt.

Da zwischen den Parteien eine Vereinbarung betreffend das Aufbringen der Schutzfolie über EUR 5.66 pro Stück zustande gekommen ist, braucht auf eine allfällige übliche Vergütung nicht mehr eingegangen zu werden. Die Beklagte macht Wucher geltend; der Preis übersteige den marktüblichen Preis um mehr als 100%. Die Beklagte legt indes weder rechtsgenügend dar, wie hoch ein marktüblicher Preis wäre, noch um wie viel dieser überschritten würde. Mangels einer substantiierten Darstellung der Beklagten kann auf diesen Vorwurf nicht weiter eingegangen werden.

Die Klägerin stellte der Beklagten verschiedene Rechnungen mit der Position Aufbringen der Schutzfolie zum Preis von EUR 5.66 pro Stück, welche indes seitens der Beklagten unbezahlt blieben, obwohl zwischen den Parteien eine Vereinbarung bestand, wonach die Klägerin die Schutzfolie zu diesem Preis aufbringe. Die Klägerin macht geltend, von der eingeklagten Forderung in der Höhe von EUR 356'110.32 entfalle ein Betrag von EUR 23'284.26 auf das

Aufbringen der Schutzfolie und verweist auf die Aufstellung der offenen Rechnungen im Anhang 2 zur Replik (act. 34 S. 34 Rz. 57). Die entsprechenden Rechnungen reichte die Klägerin ins Recht (act. 3/44/1; act. 3/44/2; act. 3/44/3; act. 3/44/6; act. 3/44/7; act. 3/44/8; act. 3/44/11; act. 3/44/21; act. 3/44/22; act. 3/44/25; act. 3/44/29; act. 3/44/31; act. 3/44/35; act. 3/44/36; act. 3/44/37; act. 3/44/44; act. 3/44/45; act. 3/44/52; act. 3/44/55). Die Beklagte beanstandete diese Rechnungen der Klägerin nicht. Dem Gesagten entsprechend schuldet die Beklagte der Klägerin grundsätzlich für das Aufbringen der Schutzfolie den ausstehenden Betrag in der Höhe von EUR 23'284.26.

Auf den von der Beklagten geltend gemachten Einwand des Vorbehalts der Weiterbelastbarkeit wird für alle zusätzlichen Arbeiten gemeinsam in der Erwägung IV.3.2.8. eingegangen.

3.2.6. Verpacken der fertiggestellten Elemente

3.2.6.1. Die Klägerin hält dafür, die fertiggestellten Kühldeckenelemente hätten für den Transport sorgfältig verpackt werden müssen, da es sonst durch die bestimmungsgemäss vorstehenden Rohrenden zu Beschädigungen der Sichtoberfläche hätte kommen können. Die Kosten der Verpackung seien im Angebot der Klägerin vom 27. Mai 2009 nicht enthalten gewesen. Auf Wunsch der Beklagten habe die Klägerin dann doch für die Verpackung gesorgt. Im Protokoll vom 9. Juli 2009 hätten die Parteien festgehalten, dass die Klägerin die Verpackung separat verrechnen könne. Die Beklagte habe dies in der Klageantwort anerkannt. Die Klägerin habe die Elemente dann verpackt. Die Beklagte bestreite einzig, dass eine Vereinbarung über den Preis der Verpackungsarbeiten getroffen worden sei. Auch diese Bestreitung sei aktenwidrig. Die Klägerin habe um Freigabe für die Bestellung der einzelnen Verpackungen ersucht. Zum Beispiel habe die Beklagte am 26. Januar 2010 Freigabe für die Bestellung von Versandkisten erteilt. Insoweit die Beklagte selbst Freigabe erteilt habe, sei die Bestreitung nicht nachvollziehbar. Auch für die weiteren Verpackungen habe die Beklagte Freigabe erteilt, so etwa am 5. Februar 2010. Wo eine Freigabe für einzelne Verpackungsmaterialien fehlen sollte, sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte alle Rechnungen für diese Zusatzleistungen

bezahlt habe (bis sie sämtliche Zahlungen eingestellt habe). Dadurch habe die Beklagte die Zusatzleistungen genehmigt. Selbst wenn man aber weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Annahme der Offerte sehen wolle, so sei doch klar: Die zusätzliche Verpackungsarbeit sei im Angebot vom 27. Mai 2009 nicht enthalten gewesen. Die Klägerin habe dafür einen Anspruch auf Vergütung, der sich mangels einer vertraglichen Abrede nach der Übung bzw. nach Arbeit und Material sowie einem angemessenen Gewinn bemesse. Die verrechneten Beträge entsprächen diesen Kriterien. Die Kosten für das Verpackungsmaterial (insbesondere Versandkisten, Paletten, Einweg- und Mehrwegverpackungen) seien in den Rechnungen ausgewiesen. Insgesamt habe die zusätzliche Arbeit des Verpackens EUR 85'968.61 ausgemacht. Die Beklagte habe EUR 65'694.28 für das Verpacken der fertiggestellten Elemente bezahlt. Von den offenen Rechnungen entfielen EUR 20'173.33 auf das Verpacken der fertiggestellten Elemente; davon beträfen EUR 18'673.93 das Verpackungsmaterial und EUR 1'499.40 die Arbeitszeit. Die Klägerin habe keine Verpackung verrechnet, die sie nicht verwendet habe. Verpackungen, die sie zweimal verwendet habe, habe sie nicht doppelt verrechnet. Und schliesslich hätten die Verpackungen nach Abschluss des Projekts nicht für andere Kunden oder Projekte verwendet werden können. Denn die Verpackungen seien individuell an die Elemente angepasst worden (act. 1 S. 9 Rz. 15; act. 34 S. 24 ff. Rz. 40 ff.; act. 44 S. 3 Rz. 10).

3.2.6.2. Die Beklagte antwortet, es sei zwar richtig, dass ausweislich des Protokolls über die Besprechung vom 9. Juli 2009 vereinbart worden sei, dass die Verrechnung von Verpackungen separat nach Anlieferung der Verpackungen bei der Klägerin geschehen solle. Das reiche aber nicht aus, um eine vertragliche Vereinbarung nachzuweisen. Vielmehr hätte insoweit insbesondere auch eine Vereinbarung der Preise für die Verpackungsmaterialien getroffen werden müssen, welche die Klägerin nicht einmal behauptete. Bekanntlich ersetze die Erstellung einer Rechnung nicht die insoweit nötige vertragliche Vereinbarung. Der Sachvortrag der Klägerin sei irreführend. Es habe sich nämlich um Versandkisten gehandelt, die für Mehrfachnutzung geeignet gewesen und daher auch von der Klägerin wieder zurückgenommen worden seien, um sie anderweitig einsetzen zu können. Es seien keine individuellen Verpackungen gewesen. Falls

sie nicht für die Beklagte wieder verwendet worden seien, dann für andere Kunden. Daher habe die Klägerin nicht die Anschaffungspreise berechnen dürfen, sondern allenfalls eine viel geringere Mietgebühr für einmalige Nutzung von Versandkisten, welche die Klägerin auch noch anderweitig eingesetzt und berechnet habe. Es sei deshalb zu bestreiten, dass die von der Klägerin berechnete Vergütung für Verpackung der fertiggestellten Elemente in der Höhe angemessen sei. Insoweit würde es der Klägerin obliegen, die Angemessenheit der von ihr berechneten und eingeklagten Zusatzvergütungen im Einzelnen nachzuweisen (act. 20 S. 12, act. 38 S. 4 und S. 11; Prot. S. 21).

3.2.6.3. Die Parteien vereinbarten mit Angebot vom 27. Mai 2009 (act. 3/5; act. 35/2) und Annahme vom 5. Juni 2009 (act. 3/6) "*Preisstellung: EXW, ausschliesslich Verpackung, Steuer und Versicherung*". Die Verpackung war somit im vereinbarten Preis nicht inbegriffen. Im Protokoll vom 9. Juli 2009 (act. 3/10 S. 2) ist festgehalten, die Verrechnung von Verpackungen erfolge separat nach Anlieferung der Verpackungen bei der Klägerin. Dies bestreitet die Beklagte denn auch nicht. Sie macht indes geltend, es hätte auch eine Vereinbarung bezüglich des Preises erfolgen müssen. Mit E-Mail vom 25. Januar 2010 (act. 3/22) bat die Klägerin die Beklagte um die Bestellfreigabe für folgende Versandkisten: 57x Versandkiste für Elemente der Besprechungszimmer (1270 x 870 x 550) zum Preis von EUR 81.65 / Stück zzgl. MwSt. und 41x Versandkiste für Elemente der Teeküchen (920 x 870 x 450) zum Preis von EUR 73.20 / Stück zzgl. MwSt.. Mit Antwort-E-Mail vom 26. Januar 2010 (act. 3/22) bestätigte die Beklagte der Klägerin die Freigabe der Verpackungen gemäss ihrem Angebot. Sodann bat die Klägerin die Beklagte mit E-Mail vom 5. Februar 2010 (act. 35/11) um Bestellfreigabe für 25 Mehrwegverpackungen 1925 x 1400 x 600 zum Preis von EUR 122.20 / Stück zzgl. MwSt. und für 3 Einwegverpackungen 1925 x 1400 x 600 zum Preis von EUR 165.18 / Stück zzgl. MwSt.. Die Beklagte gab mit Antwort-E-Mail vom selben Datum (act. 35/11) ihre Zustimmung. Für diese Verpackungen stimmte die Beklagte somit offensichtlich auch dem Preis zu. Eine entsprechende Vereinbarung ist diesbezüglich ohne Weiteres zustande gekommen.

Die Klägerin stellte der Beklagten diverse weitere Rechnungen, welche Kosten für Verpackung bzw. Verpackungsmaterial enthielten (vgl. act. 34 Anhang 1), so die Rechnungen Nr. 63030333 (act. 35/7/1) und Nr. 63030339 (act. 35/7/2) vom 15. Juli 2009, Nr. 63030579 vom 4. August 2009 (act. 35/7/5), Nr. 63030855 vom 31. August 2009 (act. 35/7/7), Nr. 63031301 vom 2. Oktober 2009 (act. 35/7/9), Nr. 63031444 vom 13. Oktober 2009 (act. 35/7/12), Nr. 63031606 vom 26. Oktober 2009 (act. 35/7/17), Nr. 63031718 vom 30. Oktober 2009 (act. 3/21; act. 35/7/18), Nr. 63032012 vom 18. November 2009 (act. 35/7/20), Nr. 63032171 vom 27. November 2009 (act. 35/7/21), Nr. 63032397 vom 15. Dezember 2009 (act. 35/7/22), Nr. 63032458 vom 18. Dezember 2009 (act. 35/7/24), Nr. 63032488 vom 22. Dezember 2009 (act. 35/7/26), Nr. 63032817 (act. 35/7/31) und Nr. 63032830 (act. 35/7/33) vom 25. Januar 2010, Nr. 63032846 vom 26. Januar 2010 (act. 35/7/35), Nr. 63032963 vom 3. Februar 2010 (act. 35/7/36), Nr. 63033142 vom 8. Februar 2010 (act. 35/7/37), Nr. 63033057 (act. 35/7/38), Nr. 63033078 (act. 35/7/39), Nr. 63033079 (act. 35/7/40) und Nr. 63033080 (act. 35/7/41) vom 9. Februar 2010, Nr. 63033203 vom 17. Februar 2010 (act. 35/7/42), Nr. 63033225 (act. 35/7/43) und Nr. 63033227 (act. 35/7/44) vom 17. Februar 2010, Nr. 63033262 vom 18. Februar 2010 (act. 35/7/45) und Nr. 63033398 vom 25. Februar 2010 (act. 35/7/51). Diese Rechnungen wurden von der Beklagten vollumfänglich, mithin inklusive der Kosten für die Zusatzleistung Verpackung bzw. Verpackungsmaterial, mit den Zahlungen vom 17. August 2009 (Rechnungen Nr. 63030333 und Nr. 63030339; act. 35/8/1), vom 11. September 2009 (Rechnung Nr. 63030579; act. 35/8/2), vom 6. Oktober 2009 (Rechnung Nr. 63030855; act. 35/8/3), vom 6. November 2009 (Rechnung Nr. 63031301; act. 35/8/4), vom 19. November 2009 (Rechnung Nr. 63031444; act. 35/8/5), vom 2. Dezember 2009 (Rechnung Nr. 63031606; act. 35/8/6), vom 8. Dezember 2009 (Rechnung Nr. 63031718; act. 35/8/7), vom 23. Dezember 2009 (Rechnung Nr. 63032012; act. 35/8/9), vom 20. Januar 2010 (Rechnung Nr. 63032171; act. 35/8/10), vom 10. Februar 2010 (Rechnungen Nr. 63032397 und Nr. 63032458; act. 35/8/11), vom 26. Februar 2010 (Rechnung Nr. 63032488; act. 35/8/12), vom 19. März 2010 (Rechnungen Nr. 63032817, Nr. 63032830 und Nr. 63032846; act. 35/8/14), vom 6. April 2010 (Rechnungen Nr. 63032963,

Nr. 63033057, Nr. 63033078, Nr. 63033079, Nr. 63033080 und Nr. 63033142; act. 35/8/15), vom 22. April 2010 (Rechnungen Nr. 63033203, Nr. 63033225, Nr. 63033227 und Nr. 63033262; act. 35/8/16) und vom 28. April 2010 (Rechnung Nr. 63033398; act. 35/8/17) bezahlt.

Indem die Beklagte die Klägerin diese zusätzliche Arbeit ausführen liess, deren Leistung entgegennahm und über Monate die von der Klägerin gestellten Rechnungen mit den Positionen Verpackungsmaterial bzw. Verpackung bezahlt hat, ist davon auszugehen, dass sie diese von der Klägerin offerierte Leistung zu den von dieser in Rechnung gestellten Preisen akzeptierte. Dies hat nicht lediglich für die einzelnen bereits bezahlten Rechnungen, sondern generell für die Verpackung zu gelten. Zumal die Beklagte nie eine Rechnung bezüglich Verpackung beanstandete. Im Zahlungsplan vom 22. April 2010 (act. 3/30) akzeptierte die Beklagte auch weitere noch offene Rechnungen der Klägerin, die Kosten für Verpackungen mitenthalten (Rechnungen Nr. 63033436, Nr. 63033437, Nr. 63033441, Nr. 63033523, Nr. 63033524, Nr. 63033525, Nr. 63033641, Nr. 63033643, Nr. 63033644, Nr. 63033797, Nr. 63033799, Nr. 63033991, Nr. 63033993, vgl. act. 3/30 und act. 34 Anhang 2). Die Parteien haben sich folglich nach ihrem konkludenten vertragsausführenden Verhalten darüber geeinigt, dass die Klägerin die von der Beklagten bestellten Kühldeckenelemente verpackt und die hieraus entstehenden Kosten der Beklagten in Rechnung stellt.

Da zwischen den Parteien eine Vereinbarung betreffend die zu verrechnenden Kosten für das Verpacken zustande gekommen ist, braucht auf eine allfällige übliche Vergütung nicht mehr eingegangen zu werden. Die Beklagte macht weiter geltend, die Versandkisten seien für Mehrfachnutzung geeignet gewesen und daher von der Klägerin zurückgenommen worden, um sie anderweitig einzusetzen. Die Klägerin interveniert, es habe sich um massgefertigte Verpackungen gehandelt. Die speziellen Masse der Verpackungen ergeben sich auch aus den bereits erwähnten E-Mails vom 25. Januar 2010 (act. 3/22) und 5. Februar 2010 (act. 35/11). Aus der zweiten E-Mail ergibt sich, dass es sich teils um Mehr- teils um Einwegverpackungen handelte. Die Klägerin gab an, die

Mehrwegverpackungen seien nicht mehrfach verrechnet worden, was die Beklagte auch nicht behauptet. Die Beklagte legt nicht näher dar, wofür diese Kisten weiter noch hätten verwendet werden können. Auch substantiiert sie in keiner Weise, inwiefern die Parteien ein Mietverhältnis eingegangen sind und welches dessen konkreter Inhalt gewesen wäre.

Die Klägerin stellte der Beklagten verschiedene Rechnungen mit den Positionen Verpackungsmaterial und Verpacken, welche indes seitens der Beklagten unbezahlt blieben (vgl. act. 34 Anhang 2), obwohl zwischen den Parteien eine Vereinbarung bestand, wonach die Klägerin die hergestellten Kühldeckenelemente verpacke und die Beklagte die entsprechenden Kosten trage. Die Klägerin macht geltend, von der eingeklagten Forderung in der Höhe von EUR 356'110.32 entfalle ein Betrag von EUR 20'173.33 auf die Positionen Verpackungsmaterial und Verpacken und verweist auf die Aufstellung der offenen Rechnungen im Anhang 2 zur Replik (act. 34 S. 34 Rz. 57). Die entsprechenden Rechnungen reichte die Klägerin ins Recht (act. 3/44/1; act. 3/44/2; act. 3/44/4; act. 3/44/5; act. 3/44/6; act. 3/44/7; act. 3/44/9; act. 3/44/11; act. 3/44/12; act. 3/44/13; act. 3/44/14; act. 3/44/18; act. 3/44/20; act. 3/44/23; act. 3/44/24; act. 3/44/27; act. 3/44/28; act. 3/44/30; act. 3/44/32; act. 3/44/33; act. 3/44/34; act. 3/44/38; act. 3/44/40; act. 3/44/42; act. 3/44/43; act. 3/44/46; act. 3/44/47; act. 3/44/48; act. 3/44/51; act. 3/44/53; act. 3/44/58; act. 3/44/59; act. 3/46). Die Beklagte beanstandete diese Rechnungen der Klägerin nicht. Dem Gesagten entsprechend schuldet die Beklagte der Klägerin grundsätzlich für Verpackungsmaterial und das Verpacken der fertiggestellten Kühldeckenelemente den ausstehenden Betrag in der Höhe von EUR 20'173.33.

3.2.7. Zusätzliche Pressstempel

3.2.7.1. Die Klägerin führt aus, auf Anfrage der Beklagten habe die Klägerin am 27. Mai 2009 ein schriftliches Angebot für die beschriebenen Kühldeckenelemente offeriert. Das Set an Presswerkzeugen für Standard- und Sonderformen der Deckenelemente habe die Klägerin für insgesamt EUR 14'700.– angeboten, wobei sie davon ausgegangen sei, dass dieses Set für alle Stockwerke verwendet werden könne, da nach den Angaben der Beklagten

alle Stockwerke baugleich auszuführen waren (act. 1 S. 5 Rz. 5). Die Parteien seien ursprünglich davon ausgegangen, dass alle Stockwerke der beiden Hochhäuser genau die gleichen Masse hätten. Die Beklagte habe dies der Klägerin zugesichert und die Klägerin habe in der Offerte vom 27. Mai 2009 einen entsprechenden Vorbehalt angebracht. Tatsächlich hätten die Stockwerke dann aber unterschiedliche Masse aufgewiesen und es seien zusätzliche Pressstempel erforderlich gewesen, insgesamt 61. Die Herstellung der Presswerkzeuge sei stark einzelfallbezogen. Die Presswerkzeuge würden spezifisch nach dem Bedürfnis des Kunden und den Ausmassen der Decke angefertigt. Entsprechend gross sei der Aufwand zur Anfertigung der Presswerkzeuge für das "Projekt ..." gewesen. Mit den im Angebot enthaltenen Presswerkzeugen habe nur ein Teil der Kühldeckenelemente gefertigt werden können. Die Parteien seien sich einig gewesen, dass zusätzliche Pressstempel hätten angefertigt werden müssen und dass die Klägerin diese Kosten der Beklagten habe in Rechnung stellen dürfen. Dies hätten sie im Protokoll vom 9. Juli 2009 ausdrücklich festgehalten. Weiter hätten sie festgehalten, dass die Klägerin die Pressstempel separat nach Anfertigung habe in Rechnung stellen dürfen. Die Beklagte habe somit am 9. Juli 2009 anerkannt, dass weitere Pressstempel nötig gewesen seien. Die Beklagte habe sich ausdrücklich bereit erklärt, die Kosten dafür zu tragen. Die Behauptung der Beklagten, sie habe der Klägerin vor der Angebotsstellung sämtliche Baupläne und Masse zur Verfügung gestellt, sei falsch. Richtig sei, dass die Klägerin am 4. März 2009 von der Beklagten einen Vorab-Massenauszug erhalten habe. Diese Masse seien dem Angebot vom 27. Mai 2009 als Anlage angefügt. Mit diesen Massen wären 21 Pressstempel nötig gewesen, nämlich 10 für Rechtecke und 11 für Trapeze. Im Übrigen habe die Klägerin lediglich Zeichnungen der kompletten Stockwerke, sog. Deckenspiegel, erhalten. Auf den Deckenspiegeln seien jedoch nicht nur die von der Klägerin herzustellenden Kühldeckenelemente, sondern sämtliche für den Umbau benötigten Teile aufgeführt, auch jene anderer Unternehmen. Die Masse für die Kühldeckenelemente seien aus dem Deckenspiegel nicht ersichtlich. Andere Angaben habe die Beklagte der Klägerin nicht gemacht. Der Preis für alle 21 Pressstempel habe EUR 14'700.– betragen, das entspreche EUR 700.– je

einzelnen Pressstempel. Noch am 27. Mai 2009 habe die Klägerin von der Beklagten 31 Fertigstellungszeichnungen für 30 nichtgleiche Pressstempel erhalten. Am 9. Juni 2009, also nur vier Tage nach Annahme des Angebots, habe die Beklagte der Klägerin weitere 32 Fertigstellungszeichnungen für 32 nichtgleiche Pressstempel zukommen lassen. Ausserdem habe die Klägerin bereits gefertigte Pressstempel ändern müssen. Denn zum einen hätten die zugelieferten Teile für die Kühldeckenelemente andere Masse aufgewiesen als in den Massen und Zeichnungen von der Beklagten vorgesehen. Zum anderen habe der Bauherr gewisse Masse geändert, welche Änderungen die Beklagte an die Klägerin weitergegeben habe. Die Klägerin und die Beklagte hätten sich über den Preis geeinigt. Die anteiligen Werkzeugkosten für Pressstempel hätten gemäss Angebot EUR 700.– pro Stück betragen. Diesen Ansatz habe die Klägerin auch für die zusätzlichen Pressstempel in Rechnung gestellt. Die notwendig gewordene Änderung der Pressstempel habe die Klägerin am 28. August 2009 für einen ersten Teil und am 18. September 2009 für einen zweiten Teil offeriert. Die Beklagte habe die beiden Offerten jeweils gleichentags angenommen. Ausserdem habe die Beklagte Freigabe für die Herstellung der zusätzlichen Pressstempel mit E-Mails vom 18. Dezember 2009 und vom 11. Januar 2010 erteilt. Auch soweit eine Freigabe für einzelne Pressstempel fehlen sollte, sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte alle Rechnungen für die Zusatzleistung bezahlt (bis sie sämtliche Zahlungen eingestellt habe) und sie damit genehmigt habe. Selbst wenn man weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Preisvereinbarung sehen wolle, so sei doch klar: Die Klägerin habe einen Anspruch auf Vergütung, der sich mangels einer vertraglichen Abrede nach der Übung bzw. nach Arbeit und Material sowie einem angemessenen Gewinn bemesse. Insgesamt habe die Klägerin für die Herstellung und Änderung der Presswerkzeuge Anspruch auf Zahlung von EUR 49'712.25. Die Beklagte habe bis 19. März 2010 EUR 33'375.– bezahlt. Das entspreche den in den Rechnungen Nr. 63030540, 63031310, 63031471 und 63032825 aufgeführten Beträgen. Die Beklagte habe somit sämtliche bis zu diesem Zeitpunkt geltend gemachten Forderungen bezahlt. Mit der vollständigen Bezahlung habe die Beklagte anerkannt, die Klägerin mit der Anfertigung zusätzlicher Pressstempel und den nötigen Änderungen betraut zu

haben. Die Beklagte habe auch den in Rechnung gestellten Betrag genehmigt. Noch offen seien für die Pressstempel Rechnungen im Betrag von EUR 16'337.25. Von diesem Betrag entfielen EUR 9'996.– auf die Rechnung Nr. 63035543 vom 30. Juni 2010 für die Herstellung von 12 Pressstempeln und EUR 6'341.25 auf bezahlte Rechnungen, bei denen die Umsatzsteuer nicht aufgeführt gewesen sei (act. 1 f. Rz. 16; act. 34 S. 4 Rz. 4, S. 5 f. Rz. 10 und S. 29 ff. Rz. 46 ff.).

3.2.7.2. Die Beklagte macht dahingegen geltend, zur Anfertigung der Elemente verschiedenen Ausmasses sollte die Klägerin lediglich anteilige Werkzeugkosten für Pressstempel in der Höhe von EUR 14'700.– berechnen dürfen. Sämtliche Werkzeuge, die zur Herstellung aller Deckenelemente benötigt worden seien, seien im Pauschalpreis gemäss Angebot vom 27. Mai 2009 (abzüglich 10% Rabatt) mitabgegolten. Hieraus folge, dass die Klägerin nicht berechtigt sei, zusätzliche Werkzeugkosten zu berechnen (act. 20 S. 6; act. 38 S. 2 f.). Es sei zu bestreiten, dass sie der Klägerin zugesichert haben solle, dass alle Stockwerke der beiden Hochhäuser genau die gleichen Masse hätten. Hiergegen spreche bereits, dass in den Vereinbarungen immer nur von "Regelgeschossen" die Rede gewesen sei, nicht also von völlig identischen Etagen. Alle Stockwerke der beiden Gebäudetürme der H._____ AG stünden lotrecht übereinander, sodass die Grösse der Stockwerke und damit auch der Decken natürlich praktisch identisch sei. Es könnten sich pro Stockwerk allenfalls Differenzen von 1 bis maximal 2 cm ergeben haben, was sich aber dann innerhalb der üblicherweise hinzunehmenden Toleranz bewege und die Anfertigung zusätzlicher Presswerkzeuge nicht erforderlich machen würde. Insbesondere sei aber die Klägerin auch positiv über die Masse der einzelnen Stockwerke orientiert gewesen, weil die Beklagte der Klägerin bereits vor Angebotserstellung sämtliche Baupläne und Masse zur Verfügung gestellt habe. Da nach diesen Bauplänen dann auch gebaut worden sei, sei die Klägerin also im vornherein darüber orientiert gewesen, wenn einzelne Abweichungen vom Regelgeschoss hätten realisiert werden müssen. Im Übrigen hätten die Masse auch von der Klägerin selbst bei der Generalunternehmerin beschafft oder zumindest eingesehen werden können. Überdies vermöge die Klägerin nicht einmal zu behaupten, dass hinsichtlich etwa zusätzlicher

Presstempel eine Preisvereinbarung zustande gekommen sei. Auch insoweit sei daher zu betonen, dass die Rechnungsstellung natürlich eine Preisvereinbarung nicht zu ersetzen vermöge. Allerdings sei gerade die Frage der etwa erforderlichen Werkzeuge notwendigerweise verbunden mit der bereits wiederholt angesprochenen Bedingung der Beklagten, dass eine zusätzliche Bezahlung nur dann würde erfolgen können, wenn diese Zusatzvergütung auch bei der Generalunternehmerin hätte durchgesetzt werden können (act. 20 S. 12 f.; act. 38 S. 11 f.). Im Übrigen werde vorsorglich bestritten, dass die von der Klägerin berechneten Zusatzvergütungen als übliche Vergütung der Höhe nach angemessen seien. Insoweit würde es der Klägerin obliegen, die Angemessenheit der von ihr berechneten und eingeklagten Zusatzvergütungen im Einzelnen nachzuweisen (act. 38 S. 4).

3.2.7.3. In ihrem Angebot vom 27. Mai 2009 (act. 3/5; act. 35/2) berechnete die Klägerin der Beklagten EUR 14'700.– für *"anteilige Werkzeugkosten für Presstempel: 10 Stück für Rechtecke sowie 11 Stück für Trapeze"*, wobei die Klägerin davon ausging, *"dass die obigen Positionen jeweils den Mäanderaustritt an der gleichen Stelle haben werden"*. Ein Vorbehalt wie von der Klägerin geltend gemacht, dass alle Stockwerke der beiden Hochhäuser genau die gleichen Masse hätten, ist hieraus nicht ersichtlich, sondern lediglich, dass der Mäanderaustritt an der gleichen Stelle sei. Die Beklagte hielt in ihrer Annahme vom 5. Juni 2009 (act. 3/6) fest, *"die Werkzeugkosten werden separat verrechnet"*.

Im Protokoll vom 9. Juli 2009 (act. 3/10) hielten die Parteien unter Ziffer 5 "Produktion Regelgeschosse" fest, es bestehe ein Einvernehmen darüber, dass die Klägerin für jede unterschiedliche Abmessung einen separaten Presstempel (Werkzeug) benötige und die Kosten von der Beklagten zu tragen seien. Unter Ziffer 6 "Rechnungsstellung" ist konstatiert, die Presstempel würden grundsätzlich separat nach Anfertigung verrechnet. Dieses Protokoll wurde von beiden Parteien unterzeichnet und von der Beklagten nie bestritten. Die Parteien sind demnach übereingekommen, dass separate Presstempel erforderlich sind, welche von der Klägerin gefertigt und deren Kosten der Beklagten auferlegt werden. Die Frage, ob nun die Klägerin vorab die Pläne und Masse zur Verfügung

hatte bzw. sie jederzeit hätte in Erfahrung bringen können, ist daher nicht weiter von Relevanz, sodass nicht näher darauf einzugehen ist.

Die Beklagte bestreitet das Vorliegen einer Preisvereinbarung. Im Reklamationsbericht vom 29. Juli 2009 (act. 35/4) der Klägerin zu Handen der Beklagten ist erwähnt, dass alle bereits angefertigten Pressstempel der polygonalen Segel hätten nachgearbeitet werden müssen. Mit E-Mail vom 28. August 2009 (act. 3/16; act. 3/19; act. 21/5) bat die Klägerin die Beklagte um Bestätigung, dass die 12 rechteckigen und die 11 polygonalen Pressstempel für pauschal EUR 1'280.– abgeändert werden können. Die Beklagte gab die Produktion für die Änderung der Pressstempel mit Antwort-E-Mail selben Datums frei (act. 3/19; act. 21/5). Sodann ersuchte die Klägerin die Beklagte mit E-Mail vom 18. September 2009 (act. 3/23) um Freigabe für das Nacharbeiten von Pressstempeln zu einem Preis von EUR 185.– zzgl. MwSt. je Stück. Die Beklagte kam dem gleichentags nach (act. 3/23) und erteilte die entsprechende Freigabe unter Angabe des verlangten Preises. Am 18. Dezember 2009 und am 11. Januar 2010 erteilte die Beklagte weiter ebenfalls per E-Mail die Fertigungsfreigabe für 23 Pressstempel (act. 35/15) sowie für weitere 5 Pressstempel (act. 35/16) jeweils zum Preis von EUR 700.– je Stück.

Die Beklagte bestritt nicht, dass die Klägerin die Pressstempel entsprechend ihren Offerten und der Freigabe der Beklagten herstellte. Die Klägerin stellte der Beklagten für die daraus entstandenen Kosten diverse Rechnungen (vgl. act. 34 Anhang 1), so die Rechnung Nr. 63030540 vom 31. Juli 2009 (act. 35/7/3) (23 Pressstempel à EUR 700.–), die Rechnung Nr. 63031310 vom 2. Oktober 2009 (act.35/7/10) (1 Pressstempel à EUR 1'280.–, 6 Pressstempel à EUR 185.–), die Rechnung Nr. 63031471 vom 14. Oktober 2009 (act. 3/24; act. 35/7/14) (1 Pressstempel à EUR 185.–) und die Rechnung Nr. 63032825 vom 25. Januar 2010 (act. 35/7/32) (21 Pressstempel à EUR 700.–). Diese Rechnungen wurden von der Beklagten mit den Zahlungen vom 11. September 2009 (Rechnung Nr. 63030540; act. 35/8/2), vom 6. November 2009 (Rechnung Nr. 63031310; act. 35/8/4), vom 8. Dezember 2009 (Rechnung Nr. 63031471; act. 38/8/7) und vom 19. März 2010 (Rechnung Nr. 63032825; act. 35/8/14) vollumfänglich

bezahlt. Den Preis von EUR 1'280.– für den einen Pressstempel akzeptierte die Beklagte mit der E-Mail vom 28. August 2009 (act. 3/19; act. 21/5). Den Preisen von EUR 185.– zur Abänderung (Nacharbeitung) vom Pressstempeln und EUR 700.– für die Fertigung neuer Pressstempel stimmte sie mit den E-Mails vom 18. September 2009 (act. 3/23), 18. Dezember 2009 (act. 35/15) sowie 11. Januar 2010 (act. 35/16) zu. Mit diesen Freigaben und indem die Beklagte die Klägerin diese zusätzliche Arbeit ausführen liess, deren Leistung entgegennahm und dadurch, dass die Beklagte in der Folge die gestellten Rechnungen mit den entsprechenden Preisen bezahlte, akzeptierte sie diese – nicht nur für die bereits bezahlten Rechnungen, sondern generell für die Posten Abänderung bzw. Neufertigung von Pressstempeln. Zumal die Beklagte nie eine der Rechnungen bezüglich Pressstempel beanstandete.

Die Parteien haben sich folglich nach ihrem konkludenten vertragsausführenden Verhalten darüber geeinigt, dass die Klägerin die erforderlichen Kosten für die Abänderung von Pressstempeln zu einem Preis von EUR 185.– und für die Neuanfertigung zu EUR 700.– der Beklagten verrechnet. Da zwischen den Parteien eine Vereinbarung betreffend diese Zusatzleistung zustande gekommen ist, braucht auf die allfällige übliche Vergütung nicht mehr eingegangen zu werden.

Die Klägerin musste die vier oben erwähnten Rechnungen stornieren, da sie es unterliess die entsprechenden Umsatzsteuern von 19% zu berechnen. Dies geschah mit den Rechnungen Nr. 63038495 vom 23. Dezember 2010 (act. 3/46 S. 16 f.), Nr. 63038494 vom 2. Oktober 2009 (act. 3/45 S. 14 f.), Nr. 63038493 vom 14. Oktober 2009 (act. 3/45 S. 12 f.) und Nr. 63035536 vom 25. Januar 2010 (act. 3/45 S. 5 f.). In der Folge stellte sie entsprechende neue Rechnungen mit der zusätzlichen Belastung von 19% Umsatzsteuer aus. Es handelte sich hierbei um die Rechnungen Nr. 63038505 vom 28. Dezember 2010 (act. 3/46 S. 4 f.), Nr. 63038509 vom 28. Dezember 2010 (act. 3/45 S. 10 f.), Nr. 63038508 (act. 3/45 S. 8 f.) und Nr. 63035542 vom 30. Juni 2010 (act. 3/45 S. 2 f.). Diese neuen Rechnungen, von welchen lediglich die Umsatzsteuern noch offen waren, bezahlte die Beklagte nicht (vgl. act. 34 Anhang 2). Sie macht indes nicht geltend,

weshalb sie bezüglich der zusätzlichen Kosten für Presstempel keine Umsatzsteuern schulden sollte. Ein solcher Grund ist auch nicht ersichtlich. Folglich hat die Beklagte diese ausstehenden Beträge grundsätzlich zu bezahlen. Die letzte Rechnung bezüglich Kosten für Presstempel Nr. 63034524 vom 28. April 2010 (act. 3/45 S. 9 f.) wurde mit Rechnung Nr. 63035537 vom 28. April 2010 (act. 3/45 S. 14 f.) storniert und mit Rechnung Nr. 63035543 vom 30. Juni 2010 (act. 3/45 S. 11 f.) korrigiert. Sie blieb gänzlich unbezahlt (vgl. act. 34 Anhang 2). Mit dieser Rechnung berechnete die Klägerin der Beklagten insgesamt 12 Presstempel zum Preis von EUR 700.– das Stück, was dem zwischen den Parteien vereinbarten Preis entsprach. Die Beklagte beanstandete diese Rechnungen der Klägerin nicht.

Die Klägerin macht geltend, von der eingeklagten Forderung in der Höhe von EUR 356'110.32 entspreche der Betrag von EUR 16'337.25 den Kosten für die Presstempel und verweist auf die Aufstellung der offenen Rechnungen im Anhang 2 zur Replik (act. 34 S. 34 Rz. 57). Die entsprechenden Rechnungen reichte die Klägerin ins Recht (act. 3/44/60; act. 3/44/61; act. 3/45; act. 3/46). Dem Gesagten entsprechend schuldet die Beklagte der Klägerin grundsätzlich für die Kosten der Presstempel den ausstehenden Betrag von EUR 16'337.25.

Auf den von der Beklagten geltend gemachten Einwand des Vorbehalts der Weiterbelastbarkeit wird für alle zusätzlichen Arbeiten gemeinsam in der Erwägung IV.3.2.8. sogleich eingegangen.

3.2.8. Vorbehalt der Weiterbelastbarkeit an die Generalunternehmerin

3.2.8.1. Die Beklagte macht geltend, jedes Anerkenntnis sei stets unter dem Vorbehalt der Weiterbelastbarkeit an den Generalunternehmer gestanden. In diesem Zusammenhang sei auf die Gesamtkonstellation des ganzen Projekts hinzuweisen. Die H. _____ habe als Bauherr die Firma C. _____ AG als Generalunternehmerin mit der Sanierung der Gebäudetürme beauftragt. Die C. _____ AG ihrerseits habe die Beklagte, deren Nachunternehmerin die Klägerin sei, mit der Produktion von Kühldeckenelementen beauftragt. Die Klägerin habe

seinerzeit den Markteinstieg in die Gebäudetechnik und Flächentemperierung gesucht. Hierzu sei das Bauprojekt der H. _____ gerade recht gekommen, doch habe die Klägerin hierbei mit der Beklagten kooperieren müssen, weil die H. _____ AG als Bauherrin die von der Beklagten entwickelte Technologie vorgegeben habe. Daher habe auch die Klägerin der Beklagten vorgeschlagen, das Projekt gemeinsam abzuwickeln. Zu der gemeinsamen Abwicklung gehöre selbstverständlich auch, dass bei der Rechnungsstellung an "einem Strick gezogen" werden müsste. Die Beklagte habe mit der Generalunternehmerin C. _____ AG ihrerseits einen Preis für die Lieferung der Deckenelemente fest vereinbart. Aus diesem Grunde habe die Beklagte eine von ihr an die Klägerin zusätzlich zu bezahlende Vergütung natürlich nur dann akzeptieren können und wollen, wenn diese Zusatzvergütung an die Generalunternehmerin C. _____ AG hätte weiter belastet werden können (act. 38 S. 4 f.; act. 20 S. 7 , S. 13 und S. 14). Bei der beschriebenen Ausgangslage hätten die Klägerin und die Beklagte eine Zweckgemeinschaft gebildet. Wenn beide Parteien gemeinschaftlich das Bauprojekt hätten durchziehen wollen, so müssten sie auch das Risiko der Durchsetzung von Zusatzvergütungen gemeinschaftlich tragen (act. 38 S. 6). In der Besprechung vom 9. Juli 2009 sei es noch nicht zu einer Zusatzpreisvereinbarung gekommen, sondern nur zu der Absprache, dass die Klägerin ein Angebot für das Montieren und Richten der Mäander in der Blechkassette unterbreiten solle. Mit diesem Angebot hätte dann die Beklagte in die Verhandlung mit der Firma C. _____ AG einsteigen können, um festzustellen, ob die Generalunternehmerin eine zusätzliche Vergütung akzeptieren würde. Diesen Vorbehalt habe die Beklagte auch bei allen Verhandlungen über Zusatzvergütungen angemeldet. Die Bedingung der Weiterbelastbarkeit von Zusatzvergütungen sei auch im Schriftverkehr ausdrücklich bestätigt worden (act. 20 S. 7; act. 38 S. 5). Aus der E-Mail des Vizepräsidenten und Generalmanagers O. _____ vom 26. Juni 2009 ergebe sich, dass diese Situation der Klägerin sehr wohl bekannt gewesen sei. In dieser E-Mail habe niemand geringerer als der Vizepräsident und Generalmanager der Klägerin sehr deutlich angesprochen, dass es ihm um die Aufrechterhaltung des Projekts der H. _____ gehe und dass die Klägerin davon abhängig sei, wie das Resultat der weiteren Verhandlungen

zwischen der Beklagten und C._____ AG bezüglich der Mehrkosten ausfalle. Es hätte dieser E-Mail vom 26. Juni 2009 gar nicht bedurft, wenn die Klägerin hätte berechtigt sein sollen, unabhängig vom Verhandlungsstand der Beklagten und der C._____ AG eine Zusatzvergütung in Anspruch zu nehmen (act. 38 S. 6 f.). Bei beiden Parteien habe gemeinschaftlich Klarheit darüber bestanden, dass zusätzliche Zahlungen an die Klägerin nur dann geleistet werden könnten, wenn es beiden Parteien gemeinsam gelungen wäre, die Generalunternehmerin C._____ AG dazu zu bewegen, eine zusätzlich Vergütung für die Deckenelemente an die Beklagte zu zahlen. Dies ergebe sich aus der E-Mail an die Beklagte vom 27. August 2009. Bei dem in dieser E-Mail angesprochenen Besuch des Werks der Klägerin sei es darum gegangen, der Generalunternehmerin die zusätzlichen Arbeitsschritte vorzuführen, die nötig gewesen seien, um Änderungswünsche des Bauherrn in den Produktionsprozess umzusetzen. Es habe der Plan bestanden, dass die C._____ AG in der Folge der Inspektion der Produktion dazu veranlasst werden könnte, wegen der notwendigen zusätzlichen Arbeitsgänge auch eine zusätzliche Vergütung zu bezahlen. Leider seien jedoch diese Bemühungen im Ergebnis erfolglos geblieben, nicht zuletzt deshalb, weil die Klägerin nicht in der Lage gewesen sei, den zusätzlichen Arbeitsaufwand transparent darzustellen und die Zusatzkosten nachvollziehbar aufzuschlüsseln. Trotz gemeinsamer Anstrengungen beider Parteien sei es nicht gelungen, die Generalunternehmerin zu einer Bezahlung des Mehraufwandes zu veranlassen. Im Gegenteil: Die C._____ AG habe nicht einmal diejenigen Leistungen an die Beklagte in voller Höhe bezahlt, die von ihr oder in ihrem Auftrag tatsächlich erbracht worden seien (act. 20 S. 10 f. und S. 14). Die Zweckgemeinschaft der Parteien werde auch durch die E-Mail der Beklagten vom 29. August 2009 an die Klägerin deutlich. Schon vorher habe die Klägerin der Beklagten die Verrechenbarkeit eines Sonderaufwandes mit E-Mail vom 28. August 2009, 18:49 Uhr, bescheinigt (act. 38 S. 7 f.).

3.2.8.2. Die Klägerin führt aus, der von der Beklagten in der Klageantwort erstmals vorgebrachte Vorbehalt der Weiterbelastbarkeit an die C._____ AG sei unbehelflich. Diese Behauptung sei sachlich unhaltbar und auch nicht substantiiert. Die Klägerin bestreite, dass es am 9. Juli 2009 oder zu einem

anderen Zeitpunkt zu einer derartigen Vereinbarung gekommen sei. Ein Vorbehalt der Weiterbelastung an die C. _____ AG sei im Protokoll vom 9. Juli 2009 nicht erwähnt. Auch im Zahlungsplan der Beklagten vom 22. April 2010 finde sich kein solcher Vorbehalt; ebenso wenig in den übrigen Akten. Die Klägerin könne heute nicht mehr sagen, ob die Beklagte den Vorbehalt der Weiterbelastbarkeit an die C. _____ AG vorgeschlagen habe. Tatsache sei, dass die Klägerin einem solchen Vorbehalt nie zugestimmt hätte oder habe. Es würde auch jeglicher Erfahrung widersprechen, dass eine Partei Arbeiten, für die sie Anspruch auf Vergütung habe, erbringe, obwohl die Bezahlung vom Verhältnis ihres Vertragspartners zu einem Dritten abhängt, das ihr nicht bekannt sei und auf das sie keinen Einfluss habe. Die Behauptung der Beklagten sei eine unbehelfliche Schutzbehauptung. Es werde bestritten, dass die Parteien eine Zweckgemeinschaft gebildet hätten. Die Beklagte sei Bestellerin gewesen, die Klägerin Lieferantin (act. 34 S. 10 Rz. 18, S. 41 Rz. 87 und Rz. 89 und S. 42 Rz. 91 f. und Rz. 95; act. 44 S. 1 f. Rz. 3 f.).

3.2.8.3. Wie gesehen sind zwischen der Klägerin und der Beklagten bezüglich der zusätzlichen Arbeiten Vereinbarungen über die Leistung und Abgeltung derselben zustande gekommen. Die Beklagte macht nun geltend, sie hätte einen Vorbehalt angebracht, wonach sie eine zusätzliche Vergütung nur leiste, wenn sie diese der C. _____ AG weiterbelasten könne. Die Klägerin bestreitet das Zustandekommen einer derartigen Abrede. Im Folgenden ist demnach zu prüfen, ob eine derartige Vereinbarung zwischen den Parteien zustande gekommen ist.

Die Beklagte führt aus, es sei die Gesamtkonstellation des Projekts zu berücksichtigen, die Klägerin und die Beklagte hätten eine Zweckgemeinschaft gebildet. Eine Zweckgemeinschaft ist ein Zusammenschluss von mehreren Personen und Unternehmen, die sich (vertraglich) verpflichten, ein gemeinsames Ziel durch Zusammenwirken zu erreichen und die entsprechend erforderlichen Voraussetzungen zu schaffen. Eine Zweckgemeinschaft gehört zu den Gesellschaften des BGB (§§ 705 ff. BGB; vgl.

<http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/zweckgemeinschaft.html>, zuletzt abgerufen am 8. März 2013). Die Beklagte substantiiert nicht weiter, inwiefern die

Parteien vorliegend eine Gesellschaft mit gemeinsamem Zweck hätten bilden sollen. Die "gemeinsame Abwicklung" eines Geschäfts und dass hierfür "an einem Strick gezogen" wird, genügt nicht für die Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses. Sodann macht die Beklagte selbst geltend, die Klägerin sei ihre Nachunternehmerin gewesen (act. 38 S. 4 f.). Eine solche nachgeordnete Stellung der Klägerin spricht ebenfalls gegen das Vorliegen eines Gesellschaftsverhältnisses. In der E-Mail des Vizepräsidenten und Generalmanagers der Klägerin O._____ vom 26. Juni 2009 (act. 39/13), hält dieser fest, die Klägerin befinde sich in einer schwierigen Position. Sie sei von der Beklagten und der C._____ AG abhängig, um diese Probleme zu lösen, damit das Projekt vorankommen könne. Sodann wird die Beklagte dringend gebeten, eine Lösung zu finden. Offenbar war die Klägerin von der Beklagten und deren Handeln abhängig. Zudem lag es an der Beklagten eine Lösung zu finden; die Klägerin verhandelte selbst nicht mit der C._____ AG. Auch dies deutet gerade nicht auf die Annahme eines gesellschaftlichen Verhältnisses zwischen den Parteien hin. Die beiden E-Mails von N._____ (Beklagte) an L._____ und P._____ (Klägerin) vom 27. August 2009 (act. 21/8) befassen sich mit einem Besuch von Vertretern der Unternehmen M._____ (Zulieferer) und C._____ AG im Werk der Klägerin zur Inspektion der Produktion. Hinweise darauf, dass die Beklagte der Klägerin nur zusätzliche Vergütungen zu leisten bereit gewesen sei, wenn sie diese der C._____ AG weiterbelasten könne, finden sich darin jedoch nicht. In der E-Mail der Klägerin an die Beklagte vom 28. August 2009 von 18:49 Uhr (act. 39/14 S. 2 f.) führt diese aus: *"2: A1._____ bessert wenn nötig die Schäden am Akustikvlies nach, wird den Aufwand dokumentieren und als gesonderten Aufwand über B._____ an C._____ verrechnen."* Dies bestätigt weder das Vorliegen einer Zweckgemeinschaft, noch einen Vorbehalt der Weiterbelastbarkeit der Beklagten. Im Gegenteil wird damit doch festgehalten, dass die Klägerin ihren Aufwand der Beklagten verrechnet. Mangels eines vertraglichen Verhältnisses zur C._____ AG kann sie dieser denn auch gar nichts verrechnen. Die E-Mail von N._____ (Beklagte) an L._____ (Klägerin) vom 29. August 2009 (act. 21/2; act. 39/14) hält fest, die Parteien hätten in der Akquisitionsphase alles daran gesetzt, dass sie diesen Auftrag gemeinsam

erhielten. Wie gesagt, genügt jedoch die gemeinsame Abwicklung eines Auftrages allein nicht zur Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses. Im Übrigen wird in dieser E-Mail ausgeführt, dass mit der C._____ AG ein Endpreis habe fixiert werden müssen, der einen erheblichen Abschlag beinhalte. Nachträge zu diesen Preisen könnten gegenüber der C._____ AG unabhängig von der Rechtslage nur schwer durchgesetzt werden. Dieser Umstand erfordere von der Klägerin absolute Transparenz, um die entstandenen Kosten sachlich zu begründen, und diese durch maximale Effizienz so gering wie möglich zu halten. Damit wird jedoch nicht gesagt oder darauf hingewiesen, dass die Beklagte der Klägerin nur zusätzliche Vergütungen zu leisten bereit sei, wenn sie diese der C._____ AG weiterbelasten könne, sondern lediglich, dass die Klägerin Zusatzaufwand sachlich zu begründen und möglichst gering zu halten hat. Daraus ergibt sich allein, dass die Beklagte damit rechnete, auf den (Zusatz-)Kosten sitzen zu bleiben und an die Klägerin appellierte, diese tief zu halten, nicht aber, dass die Parteien einen Vorbehalt abgemacht hätten. Dass die Beklagte mit der Generalunternehmerin C._____ AG ihrerseits einen Preis für die Lieferung der Deckenelemente fest vereinbart haben soll, ist für das vorliegend zu betrachtende Verhältnis zwischen der Beklagten und der Klägerin grundsätzlich ohne Einfluss. Im Protokoll der Sitzung vom 9. Juli 2009 (act. 3/10), an welcher Vertreter beider Parteien anwesend waren und das auch von beiden Parteien unterzeichnet wurde, ist festgehalten, dass der Mehraufwand für notwendige Nacharbeiten an den Beistellteilen gemäss Punkt 3. von der Beklagten übernommen werde. Ein Vorbehalt der Weiterbelastbarkeit an die C._____ AG, wie er von der Beklagten geltend gemacht wird, ist hingegen nicht erwähnt. Auch im Zahlungsplan vom 22. April 2010 (act. 3/30) findet der von der Beklagten geltend gemachte Vorbehalt keinen Ausdruck. Alle diese Urkunden sprechen somit gegen das Vorliegen einer Zweckgemeinschaft oder der Vereinbarung eines Vorbehalts der Weiterbelastbarkeit an die C._____ AG der Beklagten.

Die Beklagte macht schliesslich geltend, sie habe diesen Vorbehalt bei allen Verhandlungen über Zusatzvergütungen an verschiedenen Preisbesprechungen geltend gemacht. Sie offeriert zum Beweis dieser Behauptung die beiden Zeugen N._____ und Q._____, beide von der Beklagten und in die streitgegenständliche

Angelegenheit involviert (vgl. beispielsweise act. 3/2; act. 3/6; act. 21/2; act. 21/8; act. 39/14). Bei der Würdigung von Zeugenaussagen ist unter anderem die Übereinstimmung einer Aussage mit dem bereits anderweitig ermittelten Sachverhalt zu berücksichtigen. In die Würdigung einzubeziehen sind zudem die persönlichen Beziehungen der Zeugen zu den Parteien sowie andere Umstände, die ihre Glaubwürdigkeit beeinflussen können, namentlich ein persönliches Interesse am Prozessausgang. In einem solchen Fall sind die Aussagen vorsichtig zu würdigen. Im Rahmen dieser zurückhaltenden Würdigung ist dann insbesondere zu prüfen, inwieweit die Zeugenaussagen mit den im Recht liegenden Urkunden (Offerte, Annahme, Korrespondenz) übereinstimmen oder von ihnen abweichen. Vorliegend kann in antizipierter Würdigung davon ausgegangen werden, dass N._____ und Q._____ zu Gunsten der Beklagten aussagen würden. Ihre Aussagen fänden indes in den dargestellten Korrespondenzen keine Stütze, sodass sie den Standpunkt der Beklagten nicht derart untermauern könnten, dass ihr der Beweis gelänge.

Im Übrigen, selbst wenn die Beklagte beweisen könnte, dass sie diesen Vorbehalt immer wieder "angemeldet" hat, könnte sie allenfalls darlegen, dass dieser Punkt für sie subjektiv wesentlich war. Jedoch führt sie in keiner Weise aus, dass die Klägerin damit einverstanden war, mithin diesen Vorbehalt akzeptiert bzw. eine entsprechende Vereinbarung geschlossen hat.

Eine Vereinbarung bezüglich eines Vorbehalts der Beklagten, wonach sie der Klägerin die Kosten für die zusätzlichen Arbeiten lediglich bezahle, wenn sie diese der C._____ AG weiterbelasten könne, ist nach dem Gesagten zwischen den Parteien nicht zustande gekommen.

3.2.9. Rabatt von 10%

3.2.9.1. Die Beklagte macht geltend, die Parteien hätten einen Rabatt von 10% vereinbart. Es sei daher als selbstverständlich zu betonen, dass auch etwaige

Zusatzvergütungsansprüche mit 10% zu rabattieren wären. Der Rabatt beziehe sich ganz allgemein auf die Vergütungsansprüche der Klägerin. Hätten spätere Zusatzvergütungsansprüche von der Rabattierung ausgenommen werden sollen, so hätte es diesbezüglich einer besonderen Absprache der Parteien bedurft, deren Existenz die Klägerin nicht einmal behauptete (act. 20 S. 4; act. 38 S. 13).

3.2.9.2. Die Klägerin entgegnet, sie habe auf dem Grundangebot (Kühldeckenelemente) 10% Rabatt gewährt. Der Rabatt sei auf allen Rechnungen transparent abgezogen worden. Die geltend gemachten Rechnungsbeträge seien die Beträge nach Abzug des Rabatts. Vor diesem Hintergrund sei unhaltbar, wenn die Beklagte von der Forderungssumme nochmals 10% abziehen wolle. Wenn schon, wäre es an der Beklagten zu substantiieren, für welche Leistung des Grundangebots die Klägerin den Rabatt nicht abgezogen haben sollte. Anzufügen sei, dass ein Rabatt nur für das Grundangebot vereinbart gewesen sei. Für die zusätzlichen Arbeiten habe die Klägerin nie einen Rabatt in Aussicht gestellt und die Beklagte habe auch keinen verlangt. Die Beklagte habe dies in der Klageantwort denn auch nicht substantiiert behauptet (act. 1 S. 5 Rz. 6; act. 34 S. 35 Rz. 60 und S. 40 Rz. 79).

3.2.9.3. Das Angebot vom 27. Mai 2009 (act. 3/5; act. 35/2) erwähnt keinen Rabatt. Ebenso wenig die Annahme vom 5. Juni 2009 (act. 3/6). In den Rechnungen der Klägerin wurde für die E. _____-Platten konsequent ein Rabatt von 10% abgezogen. Offenbar schlossen die Parteien eine mündliche Nachtragsvereinbarung bezüglich eines Rabatts von 10% auf den E. _____-Platten. Die Klägerin bestätigt denn auch, sie habe der Beklagten auf dem Grundangebot, d.h. den Kühldeckenelementen – welche in den Rechnungen der Position E. _____-Platte entsprechen – einen Rabatt von 10% gewährt. Für die zusätzlichen Arbeiten, so die Klägerin weiter, sei indes nie ein Rabatt gewährt worden. Auf keiner der von der Klägerin eingereichten Rechnungen ist im Zusammenhang mit den zusätzlichen Arbeiten, Positionieren der Kupfer-Rohrmäander, Aufbringen der Schutzfolie, Verpackung oder Pressstempel, ein Rabatt ersichtlich. Ein für das Grundangebot vereinbarter Rabatt gilt nicht automatisch auch für die separat vereinbarten Zusatzleistungen. Ein solcher

Rabatt wurde denn auch in der Korrespondenz zwischen den Parteien nie erwähnt. Im Übrigen legt die Beklagte nicht näher dar, wer mit wem wann einen Rabatt von 10% auch für die zusätzlichen Arbeiten vereinbart haben sollte. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass lediglich bezüglich des Grundangebots (Kühldeckenelemente, E. _____-Platten), nicht aber hinsichtlich der zusätzlichen Arbeiten, ein Rabatt von 10% vereinbart wurde.

3.2.10. Zwischenfazit

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen, ist zusammenfassend festzuhalten, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten neben dem Vertrag bezüglich des Grundangebotes auch Vereinbarungen bezüglich zusätzlicher Arbeiten zustande gekommen sind, welche einen separaten Vergütungsanspruch der Klägerin beinhalteten. Ein Vorbehalt im Sinne einer Möglichkeit der Weiterbelastbarkeit der Kosten für die zusätzlichen Arbeiten an die Generalunternehmerin C. _____ AG zugunsten der Beklagten wurde nicht vereinbart. Ebenso wenig ein Rabatt von 10% für die zusätzlichen Arbeiten. Die Beklagte schuldet der Klägerin dementsprechend die Vergütung der noch ausstehenden Forderungen betreffend die zusätzlichen Arbeiten in den Beträgen von EUR 28'796.81 für das Positionieren der Kupfer-Rohrmäander, EUR 23'284.26 für das Aufbringen der Schutzfolie, EUR 20'173.33 für das Verpacken der fertigen Kühldeckenelemente sowie EUR 16'337.25 für zusätzliche Presstempel, mithin **EUR 88'591.65**.

4. Teilrücktritt vom Vertrag durch die Klägerin

4.1. Vorbringen der Klägerin

Die Klägerin bringt vor, zu Beginn des Projekts habe die Beklagte die Rechnungen der Klägerin anstandslos und pünktlich bezahlt. Erst gegen Ende 2009 sei es seitens der Beklagten zu ersten Zahlungsverzögerungen gekommen. Die Beklagte habe die Rechnungen wiederholt nicht termingerecht bezahlt, worauf die Klägerin die Beklagte mehrmals gemahnt habe. Im April habe die Beklagte ihre Zahlungen vollständig eingestellt. Die Klägerin habe daraufhin die weiteren Lieferungen gestoppt und diese mit Schreiben vom 20. April 2010 von der Bezahlung der Rückstände abhängig gemacht. Mit E-Mail vom 22. April 2010

habe die Beklagte der Klägerin einen Zahlungsplan gesandt, in dem sie die offenen Rechnungen anerkannt habe. Die Beklagte habe darum gebeten, die Produktion wieder zu starten und die Kühldeckenelemente wieder auszuliefern. Die beiden ersten im Zahlungsplan enthaltenen Rechnungen habe die Beklagte bezahlt. Die dritte Rate sei ausgeblieben. Auch die weiteren Raten gemäss Zahlungsplan sowie Rechnungen der Klägerin für neue Auslieferungen und Zusatzarbeiten seien unbezahlt geblieben. Auf Nachfrage der Klägerin habe die Beklagte erklärt, sie könne die Rechnungen nicht bezahlen, weil die Generalunternehmerin C. _____ AG ihrerseits mit Zahlungen in Rückstand sei (act. 1 S. 12 f. Rz. 20 ff.). Mit Schreiben vom 10. Mai 2010 habe die Klägerin die Beklagte darauf hingewiesen, dass die dritte Rate nicht bezahlt worden sei, und dass sich die Zahlungsausstände nunmehr auf insgesamt EUR 345'641.17 belaufen. Dem Schreiben habe die Klägerin eine Aufstellung sämtlicher offener Rechnungen beigelegt. Da die Ausstände die internen Kreditlimiten nunmehr deutlich überstiegen hätten, sei die Klägerin gezwungen gewesen, die weiteren Lieferungen auszusetzen. Ausserdem habe die Klägerin eine Nachfrist zur Zahlung der dritten Rate bis 17. Mai 2010 gesetzt. Weiter habe die Klägerin der Beklagten eine Frist bis 17. Mai 2010 gesetzt, um eine Sicherheit in Form einer selbstschuldnerischen Bankgarantie über den offenen Restbetrag sowie über den Kaufpreis der noch zu liefernden Elemente zu leisten. Die Beklagte habe die Frist ungenutzt verstreichen lassen (act. 1 S. 13 Rz. 25; act. 34 S. 36 Rz. 65.2). Mit Schreiben vom 18. Mai 2010 habe die Beklagte mitgeteilt, dass sie die Rechnungen vorläufig nicht bezahlen könne. Als einzigen Grund habe die Beklagte (erneut) angegeben, die Generalunternehmerin C. _____ AG bezahle sie (die Beklagte) nicht. Die Rechnungen der Klägerin habe die Beklagte aber nicht bestritten, weder im Grundsatz noch im Quantitativ. Vielmehr habe die Beklagte die gute Zusammenarbeit betont und auf eine gemeinsame Lösung mit der C. _____ AG gehofft. Die Klägerin habe die Beklagte mit E-Mail vom 19. Mai 2010 darauf hingewiesen, dass sie (die Klägerin) ihre Leistung vertragskonform und pünktlich erbracht habe. Die Klägerin habe sich erneut auf ihr Leistungsverweigerungsrecht hinsichtlich der restlichen Lieferungen berufen solange die Beklagte die fälligen Forderungen nicht begleiche (act. 1 S. 13 f.

Rz. 26 ff.). Mit Schreiben vom 21. Mai 2010 habe die Klägerin die Beklagte erneut gemahnt und eine (weitere) Nachfrist bis 25. Mai 2010 gesetzt. Zugleich habe die Klägerin die Beklagte unter Hinweis auf § 321 Abs. 2 BGB erneut aufgefordert, eine selbstschuldnerische Bankgarantie als Sicherheit Zug um Zug gegen Lieferung der restlichen Deckenelemente bis 25. Mai 2010 zu stellen. Weiter habe die Klägerin in diesem Schreiben angekündigt, von Ihrem Rücktrittsrecht hinsichtlich der noch offenen Lieferungen Gebrauch zu machen, sollte die Beklagte die Sicherheit nicht beibringen. Auch diese Frist habe die Beklagte verstreichen lassen. Die Zahlungen seien ausgeblieben. Die Klägerin sei daher nach § 323 Abs. 1 i.V.m. § 321 Abs. 2 BGB zum Rücktritt hinsichtlich der noch offenen Teillieferung berechtigt gewesen. Das Rücktrittsrecht ergebe sich unmittelbar aus § 323 Abs. 1 BGB (act. 1 S. 14 Rz. 29 f.; act. 34 S. 36 f. Rz. 65.3 f.). Die Klägerin sei bezüglich der noch nicht ausgelieferten Deckenelemente vorleistungspflichtig gewesen. Die Gefährdung ihres Zahlungsanspruchs für die noch zu liefernden Deckenelemente durch mangelnde Leistungsfähigkeit sei offensichtlich geworden, nachdem die Beklagte die Zahlungen eingestellt gehabt habe. Die Beklagte selbst habe im Schreiben vom 18. Mai 2010 auf ihre "sehr schwierige Liquiditätssituation" hingewiesen. Mit Schreiben vom 10. Mai 2010 habe die Klägerin die Beklagte auch zur Zahlung der dritten Rate bis zum 17. Mai 2010 aufgefordert, mit dem Schreiben vom 21. Mai 2010 sodann zur Zahlung der weiteren Rate bis 25. Mai 2010. Nach Ablauf dieser Fristen seien die rechtlichen Voraussetzungen für einen Rücktritt hinsichtlich der noch offenen Teillieferungen erfüllt gewesen. Mit Schreiben vom 26. Mai 2010 habe die Klägerin daher den Teilrücktritt vom Vertrag hinsichtlich der noch nicht ausgelieferten Elemente nach § 323 Abs. 1 und § 321 Abs. 2 Satz 2 BGB erklärt (act. 1 S. 14 Rz. 30; act. 34 S. 36 f. Rz. 65 f. und Rz. 65.5). Die von der Beklagten erwähnte A2._____ SE sei nicht die Rechtsnachfolgerin der Klägerin, sondern deren Muttergesellschaft. Die A2._____ SE habe den Rücktritt vom Vertrag mit Schreiben vom 26. Mai 2010 "namens und im Auftrag der A._____ GmbH" erklärt. Eine schriftliche Vollmacht sei nach deutschem Recht nicht erforderlich. Die Beklagte habe die Erklärung auch nicht nach § 174 BGB wegen fehlender schriftlicher Vollmacht unverzüglich zurückgewiesen. Im Übrigen habe die

Klägerin die Erklärung ihrer Muttergesellschaft durch das weitere Verhalten konkludent genehmigt (act. 34 S. 35 f. Rz. 63). Die Rücktrittserklärung sei nicht zu unbestimmt gewesen. Die Klägerin habe "den Teilrücktritt vom Vertrag über die restliche Lieferung von Kühldecken gemäss Anlage" erklärt. Die Anlage nehme Bezug auf die Plattentypen und Stockwerke. Die Beklagte habe die Anlage erhalten, der Umfang des Rücktritts sei für sie ohne Weiteres bestimmbar gewesen. Die Teilrücktrittserklärung der Klägerin sei wirksam gewesen (act. 34 S. 36 Rz. 64 ff.). Der Hinweis der Beklagten, dass der "Teilrücktritt" nach § 323 Abs. 5 BGB unzulässig sei, gehe fehl. § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB regle den Rücktritt vom ganzen Vertrag, der die Ausnahme bilde. Aus dieser Bestimmung ergebe sich, dass der vom Gesetzgeber als Regelfall betrachtete Teilrücktritt zulässig ist. Die Klägerin sei denn auch nicht vom ganzen Vertrag zurückgetreten, sondern nur hinsichtlich der noch ausstehenden Teillieferungen. Auch die Beklagte sei offenbar der Ansicht gewesen, die Klägerin habe den Teilrücktritt wirksam erklärt, denn sie habe nach der Rücktrittserklärung nicht geltend gemacht, die Klägerin sei zum Teilrücktritt nicht berechtigt gewesen (act. 34 S. 37 Rz. 65.6 ff., S. 42 Rz. 97 und S. 43 Rz. 99). Die Klägerin habe die Beklagte in der Folge mehrfach aufgefordert, die offenen Rechnungen zu bezahlen, zuletzt mit Schreiben vom 10. Juni 2010 unter Fristansetzung bis 17. Juni 2010 (act. 1 S. 14 Rz.).

4.2. Vorbringen der Beklagten

Die Beklagte führt zunächst aus, nicht die Klägerin habe den Teilrücktritt erklärt, sondern die Rechtsnachfolgerin A2._____ SE. Diese Rücktrittserklärung sei "namens und im Auftrag der A._____ GmbH" erklärt worden, ohne dass etwa eine Vollmacht beigelegt hätte. Darauf komme es aber nicht an, weil die Firma A2._____ SE, wie die Klägervorteiler offen eingeräumt hätten, die Rechtsnachfolgerin der Klägerin gewesen sei, sodass die Teilrücktrittserklärung im eigenen Namen hätte abgegeben werden müssen und nicht im Namen der Klägerin (act. 20 S. 14 f.).

Die Rücktrittserklärung, fährt die Beklagte fort, sei zu unbestimmt, weil sich aus ihr nicht ergebe, von welchem konkreten Vertrag die Klägerin nun zurücktreten

wolle. Unstreitig seien ja schon viele Aufträge komplett abgewickelt und auch von der Beklagten bezahlt worden, sodass hinsichtlich dieser erfüllten Verträge ein Rücktritt ohnehin nicht mehr möglich gewesen sei. Wenn aber die Rücktrittserklärung den Gegenstand des Rücktritts nicht hinreichend spezifiziere, sei die Rücktrittserklärung insgesamt unwirksam (act. 20 S. 15). Es sei unstreitig, dass die Klägerin lediglich einen Teilrücktritt vom Vertrag erklärt habe. Die Teilrücktrittserklärung habe sie auf die §§ 323 Abs. 1 BGB und 321 Abs. 2 Satz 2 BGB gestützt. Wie jedoch bereits aus dem Wortlaut des § 323 Abs. 1 BGB sehr deutlich hervorgehe, regle dieser Absatz nicht den Teilrücktritt, sondern ausschliesslich den Rücktritt vom gesamten Vertrag. Es sei daher auch nicht weiter verwunderlich, dass die speziellen Voraussetzungen, unter denen ein Teilrücktritt überhaupt nur zulässig sei, von der Klägerin nicht einmal erörtert, geschweige denn unter Beweis gestellt seien. Weder habe die Klägerin an einer Teilleistung kein Interesse mehr gehabt, noch wäre eine Pflichtverletzung als erheblich anzusehen. Der Rücktritt vom gesamten Vertrag sei der vom Gesetz vorgesehene Regelfall, wie sich insbesondere daraus ergebe, dass die Regelung in Absatz 1 aufgeführt sei. Nur ausnahmsweise sehe das Gesetz einen Teilrücktritt vor. Unter Umständen sei in diesem Falle der Rücktritt ganz ausgeschlossen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich sei. Bei einer vom Schuldner bewirkten Teilleistung sei der Rücktritt vom ganzen Vertrag jedoch ausnahmsweise nur dann gestattet, wenn der Gläubiger an der Teilleistung kein Interesse habe. Es seien also ganz bestimmte Voraussetzungen vom Gläubiger substantiiert darzustellen und zu beweisen, unter denen ein Teilrücktritt überhaupt nur zulässig sei. Die Klägerin habe sich aber auf diese Voraussetzungen, wie sie im Absatz 5 geregelt seien, erst gar nicht bezogen, weil sie ausdrücklich gemäß § 323 Abs. 1 BGB den Rücktritt vom Vertrag erklärt habe. Dies sei sicherlich unzulässig gewesen, weil unstreitig die Beklagte als Schuldnerin ja Teilleistungen erbracht habe. Auf jeden Fall sei der Teilrücktritt jedoch mit Rücksicht auf § 323 Abs. 6 BGB unzulässig gewesen, weil der Klägerin als Gläubigerin mangelnde Vertragstreue vorzuwerfen sei. Denn die Klägerin habe sich von dem streitgegenständlichen Vertrag dadurch losgesagt, dass sie sich als Alleineigentümerin der hergestellten Deckenelemente geriert und auch die

gewerblichen Schutzrechte der Beklagten, wie sie bereits in der Klagerwiderung vorgetragen seien, negiert habe (act. 20 S. 15; act. 38 S. 13 f.).

Da die Rücktrittserklärung insgesamt unwirksam sei, erklärte die Beklagte die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, sodass ein etwaiger Vergütungsanspruch der Klägerin untergegangen wäre (act. 20 S. 15; act. 38 S. 16).

4.3. Vollmacht

Mit Schreiben vom 26. Mai 2010 (act. 3/40; act. 35/17) erklärte die A2. _____ SE namens und im Auftrag der Klägerin (A. _____ GmbH) den Teilrücktritt über die restliche Lieferung von Kühldecken. Die A2. _____ SE ist die Muttergesellschaft der Klägerin (vgl. act. 3/1). Mit ihrer Rücktrittserklärung namens und im Auftrag der Klägerin tat sie eine Vollmacht kund. Eine Vollmacht unterliegt nach § 167 BGB keinen Formerfordernissen. Dass die A2. _____ SE vollmachtlos und entgegen dem Willen der Klägerin gehandelt hätte, behauptet lediglich die Beklagte und nicht die Klägerin, die sich ja gerade auf diese Erklärung beruft. Mit ihrem nachgehenden Verhalten, insbesondere auch im vorliegenden Prozess, hat die Klägerin die Erklärung ihrer Muttergesellschaft indes zumindest konkludent genehmigt (vgl. VALENTIN, in: BAMBERGER / ROTH, a.a.O., N 7 zu § 167 BGB).

4.4. Unsicherheitseinrede und Teilrücktritt

4.4.1. Gemäss § 321 Abs. 1 Satz 1 BGB betreffend Unsicherheitseinrede kann, wer aus einem gegenseitigen Vertrag vorzuleisten verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung verweigern, wenn nach Abschluss des Vertrages erkennbar wird, dass sein Anspruch auf die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet wird. Die Gefährdung darf dabei erst nach Vertragsschluss erkennbar geworden sein (MEDICUS, in: PRÜTTING / WEGEN / WEINREICH, a.a.O., N 4 zu § 321 BGB; GROTHE, in: BAMBERGER / ROTH, a.a.O., N 5 zu § 321 BGB). Das Leistungsverweigerungsrecht entfällt, wenn die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird (§ 321 Abs. 1 Satz 2 BGB). Nach Abs. 2 der Bestimmung kann der Vorleistungspflichtige eine angemessene Frist bestimmen, in welcher der andere Teil Zug um Zug gegen die Leistung nach seiner Wahl die Gegenleistung zu bewirken oder Sicherheit zu

leisten hat. Nach erfolglosem Ablauf der Frist kann der Vorleistungspflichtige vom Vertrag zurücktreten, wobei § 323 BGB entsprechende Anwendung findet. Dadurch kann der Vorleistungspflichtige den Schwebezustand bei einer beständigen Vorleistungspflicht beenden. Das Rücktrittsrecht besteht selbst dann, wenn der Vorleistungspflichtige bereits ganz oder teilweise geleistet hat (MEDICUS, a.a.O., N 12 zu § 321 BGB; GROTHE, a.a.O., N 11 zu § 321).

Zwischen den Parteien besteht ein gegenseitiger Vertrag; die Klägerin liefert der Beklagten gegen Bezahlung Kühldeckenelemente. Hierbei hatte die Klägerin die Kühldeckenelemente EXW (ex works) der Beklagten zu liefern, mithin der Beklagten zur Abholung bereit zu stellen. Die Beklagte war 30 Tage nach Rechnungsdatum zur Bezahlung verpflichtet (vgl. act. 3/5; act. 3/6; act. 35/2). Somit war die Klägerin vorleistungspflichtig. Die Beklagte geriet nach ihren eigenen Angaben in eine schwierige Liquiditätssituation (vgl. act. 3/33; act. 21/10). Dies zeigte sich zudem auch darin, dass sie die Rechnungen der Klägerin ungeachtet diverser Mahnungen und Erstellung eines Zahlungsplans nur schleppend bezahlte (vgl. act. 3/26/1-8; act. 3/27-30). Da die Beklagte sich nicht mehr in der Lage sah, die von der Klägerin gelieferten Kühldeckenelemente zu bezahlen, war der Zahlungsanspruch der Klägerin gefährdet. Diese Gefährdung war für die Klägerin erst nach Vertragsschluss erkennbar, hatte doch die Beklagte deren Rechnungen anfänglich über mehrere Monate hinweg bezahlt (vgl. act. 35/8/1-17). Mit Schreiben vom 10. Mai 2010 (act. 3/31; act. 3/32) stellte die Klägerin die Lieferung der Kühldeckenelemente ein und setzte der Beklagten Frist bis zum 17. Mai 2010 zur Zahlung oder Sicherheitsleistung in Form einer selbstschuldnerischen Bankgarantie. Die Beklagte erklärte mit Schreiben vom 18. Mai 2010 (act. 3/33; act. 21/10) aufgrund der Zahlungseinstellung der C. _____ AG nicht in der Lage zu sein, die Forderungen der Klägerin wie verlangt zu begleichen, was die Klägerin gemäss E-Mail vom 18. Mai 2010 (act. 3/34) zur Kenntnis nahm. In der Folge wurde der Beklagten mit Schreiben vom 21. Mai 2010 (act. 3/39) erneut Frist zur Bezahlung und Sicherheitsleistung, diesmal bis zum 25. Mai 2010, angesetzt und angedroht, die Klägerin werde im Falle der Nichtbezahlung von ihrem Rücktrittsrecht hinsichtlich der noch offenen Teillieferungen Gebrauch machen. Diese Frist von vier Tagen über ein

Wochenende erscheint anfangs kurz. In Anbetracht der sich über Monate erstreckenden schleppenden Zahlungsweise der Beklagten, des von dieser erstellten Zahlungsplans, den einzuhalten sie nicht in der Lage war, den diversen Mahnungen und Fristansetzungen sowie der mehrfachen Forderung wenigstens eine Sicherheit zu leisten, ist sie durchaus als angemessen zu betrachten. Da auch diese Frist von der Beklagten ungenutzt verstrich, erklärte die Klägerin mit Schreiben vom 26. Mai 2010 (act. 3/40; act. 35/17) den Teilrücktritt vom Vertrag nach § 323 Abs. 1 BGB über die restliche Lieferung von Kühldeckenelementen gemäss Anlage.

4.4.2. § 323 BGB regelt den Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung: Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäss, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten (Abs. 1). Die Fristansetzung muss eine eindeutige Aufforderung zur Leistung enthalten. Eine Androhung des Rücktritts ist nicht erforderlich (MEDICUS, in: PRÜTTING / WEGEN / WEINREICH, a.a.O., N 11 zu § 323 BGB; GROTHE, in: BAMBERGER / ROTH, a.a.O., N 16 ff. zu § 323 BGB). Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist (Abs. 5). Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist (Abs. 6).

Wie bereits erwähnt, liegt ein gegenseitiger Vertrag vor. Die Klägerin lieferte die Kühldeckenelemente, welche die Beklagte innert 30 Tagen nach Rechnungsstellung zu bezahlen hatte (vgl. act. 3/5; act. 35/2). Die Beklagte kam ihren Leistungsverpflichtungen nach einer gewissen Zeit nur noch verzögert und schliesslich gar nicht mehr nach. Dadurch verletzte sie den Zahlungsanspruch der Klägerin, welcher im Übrigen fällig und einredefrei war. Die Klägerin setzte der

Beklagten wie gesehen mit Schreiben vom 21. Mai 2010 (act. 3/39) eine angemessene Frist zur Bezahlung und Sicherheitsleistung und drohte weiter an, im Falle der Nichtbezahlung von ihrem Rücktrittsrecht hinsichtlich der noch offenen Teillieferungen Gebrauch zu machen. Die Frist lief indes fruchtlos ab. In der Folge erklärte die Klägerin mit Schreiben vom 26. Mai 2010 (act. 3/40; act. 35/17) den Teilrücktritt vom Vertrag über die restliche Lieferung von Kühldeckenelementen gemäss Anlage.

Die Beklagte wendet ein, die Rücktrittserklärung der Klägerin sei zu unbestimmt, weil sich aus ihr nicht ergebe, von welchem konkreten Vertrag sie zurücktreten wolle. Die Klägerin erklärte mit Schreiben vom 26. Mai 2010 (act. 3/40; act. 35/17) "*den Teilrücktritt vom Vertrag über die restliche Lieferung von Kühldeckenelementen gemäss Anlage*". Diese Erklärung ist eindeutig. Die Klägerin wollte vom zwischen den Parteien bestehenden Vertrag über Kühldeckenelemente bezüglich der noch ausstehenden Lieferungen zurücktreten. Welche Lieferungen noch ausstehend waren ergab sich aus der Anlage des Schreibens. Es waren dies für den Plattentyp Standard die Stockwerke .../.../.../.../.../.../.../.../... und für den Plattentyp Passplatten die Stockwerke .../.../.../.../.../.../.../.../... sowie die Nacharbeiten wegen beschädigten und verschmutzten Blechkassetten (vgl. act. 35/17). Daraus ergab sich für die Beklagte klar, bezüglich welcher Lieferungen die Klägerin vom Vertrag zurücktrat. Im Übrigen ordnete die Klägerin bereits am 10. Mai 2010 einen Lieferstopp an. Dass danach noch weitere Kühldeckenelemente auf deren Rechnung an die Beklagte geliefert worden seien, macht keine der Parteien geltend.

Die Beklagte beanstandet weiter, die Klägerin habe einen Teilrücktritt erklärt, diesen jedoch auf § 323 Abs. 1 BGB abgestützt, welche Bestimmung ausschliesslich den Rücktritt vom gesamten Vertrag regle. Die Voraussetzungen für einen Teilrücktritt nach § 323 Abs. 5 BGB und deren Erfüllung habe die Klägerin nicht dargelegt. Ein Teilrücktritt sei zudem mit Rücksicht auf § 323 Abs. 6 BGB unzulässig gewesen, weil der Klägerin mangelnde Vertragstreue vorzuwerfen sei.

Entgegen den Ausführungen der Beklagten gilt § 323 Abs. 1 BGB a maiore ad minus auch für den Teilrücktritt vom Vertrag. Der Teilrücktritt ist unter den sonstigen Voraussetzungen der Abs. 1 bis 4 und 6 zulässig. Hinzu kommen muss die Teilbarkeit der schuldnerischen Leistung sowie die Teilbarkeit der Gegenleistung, da sich als Rechtsfolge der Vertrag in einen zu erfüllenden und in einen nicht zu erfüllenden Teil aufspaltet (GROTHER, in: BAMBERGER / ROTH, a.a.O., N 42 zu § 323 BGB). Die Beklagte schuldet Geldzahlung, deren Teilung unproblematisch ist. Die Lieferung der Kühldeckenelemente als Gegenleistung ist ebenfalls teilbar; die Lieferungen erfolgten in mehreren Etappen jeweils pro Stockwerk. Ein Teilrücktritt wie vorliegend ist somit zulässig.

§ 323 Abs. 5 BGB regelt für den Fall, dass der Schuldner eine Teilleistung bewirkt hat, den Rücktritt vom gesamten Vertrag (also auch von dem schon durch die Teilleistung erfüllten Teil; MEDICUS, in: PRÜTTING / WEGEN / WEINREICH, a.a.O., N 33 zu § 323 BGB). Diese Bestimmung ist somit vorliegend nicht anwendbar, will doch die Klägerin nicht vom gesamten Vertrag zurücktreten, sondern lediglich von demjenigen Teil betreffend die noch ausstehenden Lieferungen von Kühldeckenelementen. Entgegen der Ansicht der Beklagten kann ihre Pflichtverletzung insbesondere in Anbetracht der Höhe der ausstehenden Forderung nicht als unerheblich betrachtet werden. Inwiefern der Klägerin bezüglich gewerblicher Schutzrechte mangelnde Vertragstreue vorzuwerfen sei, legt die Beklagte nicht substantiiert dar (vgl. Erw. IV.4.4.7.). Hinsichtlich der Beanspruchung des Alleineigentums an den gefertigten Kühldeckenelementen ist kein vertragsuntreues Verhalten der Klägerin ersichtlich (vgl. Erw. IV.5.).

4.4.3. Aus dem vorstehend Gesagten ergibt sich, dass der Teilrücktritt der Klägerin vom Vertrag mit der Beklagten bezüglich der Herstellung und Lieferung von Kühldeckenelementen gültig erfolgt ist.

4.5. Einrede des nicht erfüllten Vertrages

Die Beklagte erhebt mit der Begründung, die Rücktrittserklärung der Klägerin sei insgesamt unwirksam, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages und ist der Ansicht, ein etwaiger Vergütungsanspruch der Klägerin sei daher untergegangen.

Nach § 320 BGB kann, wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist. Die Klägerin hat die der Beklagten in Rechnung gestellten Lieferungen erbracht, somit insoweit den Vertrag ihrerseits erfüllt. Gegenteiliges wird auch von der Beklagten nicht geltend gemacht. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages wäre indes nur zu beachten, wenn die Klägerin ihre Leistungen noch nicht erbracht hätte. Entsprechend steht diese Einrede der klägerischen Forderung nicht entgegen.

4.6. Leistungsverweigerungsrecht und Schadenminderungspflicht

4.6.1. Die Klägerin führt aus, die Beklagte werfe ihr vor, sie habe Kühldeckenelemente an die C._____ AG geliefert, wozu sie nicht berechtigt gewesen sei. Weil die C._____ AG sich gegenüber der Beklagten teilweise geweigert habe, Kühldeckenelemente zu bezahlen, habe die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 18. Mai 2010 untersagt, Kühldeckenelemente zu liefern. Die Beklagte scheine zu übersehen, dass die Klägerin mit Schreiben vom 26. Mai 2010 den Teilrücktritt vom Vertrag hinsichtlich der noch nicht ausgelieferten Elemente erklärt habe und berechtigt gewesen sei, das zu tun. Nach dem Teilrücktritt hätten hinsichtlich der noch nicht ausgelieferten Kühldeckenelemente keine vertraglichen Verpflichtungen bestanden. Die Klägerin sei (Allein-)Eigentümerin (qua Verarbeitung) der Elemente gewesen und habe nach Belieben darüber verfügen können und dürfen. Die Klägerin habe die vom Teilrücktritt betroffenen Elemente der C._____ AG für EUR 250'000.– verkauft. Die Klägerin sei unter dem Titel der Schadenminderungspflicht auch dazu verpflichtet gewesen: Hätte die Klägerin die vom Teilrücktritt erfassten Elemente nicht an die C._____ AG verkauft, wäre ihre Arbeit, ihr Material und ihr Gewinnanspruch hierfür nicht befriedigt worden; die Forderung der Klägerin gegen die Beklagte würde sich entsprechend erhöhen. Die Beklagte habe sich den Lieferungen an die C._____ AG widersetzt, um Nachtragsforderungen zu erzwingen. Die Klägerin sei dahingehend informiert worden, dass die C._____ AG der Beklagten die vereinbarten Zahlungen pünktlich bezahlt habe, sich einzig gegen (aus Sicht der C._____ AG) ungerechtfertigte Nachtragsforderungen

gesträubt habe. Gewiss hätte die Beklagte durch einen Lieferstopp Druck auf die C._____ AG ausüben können. Doch wäre dieser Lieferstopp höchstens zulässig gewesen, wenn die C._____ AG tatsächlich im Verzug gewesen sein sollte. Dann hätte die Beklagte nach den auch im Schweizer Recht bekannten Regeln über den Teilrücktritt vorgehen können. Andernfalls wäre die Beklagte selbst in Verzug geraten. Freilich sei die C._____ AG ein aufrecht stehendes Unternehmen und wäre ohne Weiteres in der Lage gewesen, berechnete Nachtragsforderungen auch zu honorieren. Die Beklagte sei daher gar nicht darauf angewiesen gewesen, mit einem Lieferstopp Druck auf die C._____ AG auszuüben. Jedenfalls werde man der Klägerin nicht verargen dürfen, an solchen (rechtlich zumindest heiklen) Druckversuchen nicht mitgewirkt zu haben. Die Beklagte habe kein Leistungsverweigerungsrecht gehabt (act. 1 S. 22 f. Rz. 55 ff.; act. 34 S. 38 Rz. 71 und S. 42 Rz. 97).

4.6.2. Die Beklagte macht geltend, noch bevor die Klägerin der Beklagten in ihrem Schreiben vom 21. Mai 2010 Frist bis zum 25. Mai 2010 zur Bezahlung weiterer Raten gesetzt habe, habe die Beklagte der Klägerin das Schreiben vom 18. Mai 2010 gesandt, wonach sie von ihrem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch mache und kein Material mehr an die C._____ AG liefere. Formal habe sich die Beklagte in diesem Schreiben also auf ihr Zurückbehaltungsrecht gegenüber der C._____ AG berufen. Allerdings sei ja die Klägerin in den Liefervorgang an die C._____ AG eingebunden gewesen, weil die Klägerin die fertigen Deckenelemente im Auftrage der Beklagten an die Generalunternehmerin auszuliefern gehabt habe. Das Schreiben der Beklagten vom 18. Mai 2010 enthalte damit gleichzeitig auch die Anweisung der Beklagten an die Klägerin, die Deckenelemente nicht mehr auf die Baustelle der Generalunternehmerin in I._____ auszuliefern, weil sich die Beklagte als Lieferantin insoweit auf ihr Zurückbehaltungsrecht gegenüber der C._____ AG berufen habe. Gleichwohl habe die Klägerin am 25. Mai 2010 ihren Teilrücktritt erklärt und die im Auftrag der Beklagten hergestellten fertigen Deckenelemente entgegen der klaren Weisung der Beklagten dennoch an die C._____ AG ausgeliefert. Es bestehe dringender Anlass zur Annahme, dass die Klägerin auf diese Weise nicht nur das Zurückbehaltungsrecht der Beklagten unterlaufen habe, sondern sich dann auch

die von ihr direkt an die Generalunternehmerin ausgelieferten Deckenelemente von dieser habe bezahlen lassen. Die Klägerin habe sich daher zu Unrecht die Stellung als Verkäufer der Deckenelemente angemasst und den Kaufpreis kassiert, obwohl sie nur einen Bruchteil des Wertes der Deckenelemente selbst hergestellt habe. Der Eintritt eines Verzuges setze jedenfalls nach deutschem Recht voraus, dass der Gläubiger seinerseits vertragstreu sei. Das Bestehen eines Zurückbehaltungsrechts des Schuldners lasse also den Schuldnerverzug entfallen. Der vorsätzliche Vertragsverstoss der Klägerin schliesse einen Verzug der Beklagten, die sich auf ihr Zurückbehaltungsrecht berufe, aus, sodass auch ein Rücktrittsgrund der Klägerin in Wegfall geraten sei (act. 20 S. 15 ff.). Es sei anzunehmen, dass die Klägerin die Auslieferung an die Baustelle mit der C. _____ AG bereits zu einem Zeitpunkt verhandelt und vereinbart habe, als der Teilrücktritt noch nicht erklärt worden sei. Es spreche viel dafür, dass die Fristansetzung und die Teilrücktrittserklärung tatsächlich erst eingefädelt worden seien, als die Klägerin mit der C. _____ AG die direkte Auslieferung und Bezahlung der Elemente an die Klägerin bereits abgesprochen gehabt habe. Die C. _____ AG sei offenbar damit einverstanden gewesen, sich an dem Vertragsbruch zum Schaden der Beklagten zu beteiligen, weil die Klägerin der C. _____ AG offenbar einen günstigeren Preis versprochen habe, als er an die Beklagte hätte bezahlt werden müssen. Für die Klägerin ihrerseits sei das Direktgeschäft denkbar profitabel gewesen, weil sie nur den Graphitanteil und die Montageleistung habe erbringen müssen, was selbst bei einem Erlös von EUR 250'000.– als fürstliche Entlohnung für die deutlich geringer wertigen Dienstleistungen der Klägerin zu bezeichnen sei (act. 38 S. 15 f.).

4.6.3. An der Hauptverhandlung vom 9. Juni 2013 brachte die Beklagte vor, gemäss einer Verlautbarung der A1. _____ Group vom 25. Oktober 2012 habe diese mit der Klägerin ein joint venture geschlossen, bei dem es ebenfalls um Kühlelemente gehe, welche man gemeinsam produzieren und verkaufen wolle. Als Musterprojekt werde dasjenige der H. _____ AG erwähnt. Dies bestätige, dass eine kollusive Zusammenarbeit der Klägerin und der C. _____ AG zulasten der Beklagten stattgefunden habe (Prot. S. 20 f.). Es kann offen bleiben, ob der von der Beklagten eingereichte Internet-Auszug der Verlautbarung der A1. _____

Group vom 25. Oktober 2012 (act. 46), gestützt auf Art. 229 Abs. 1 ZPO, vorliegend noch berücksichtigt werden kann. Selbst wenn, ist nämlich nicht ersichtlich, was aus der Gründung eines joint ventures zwischen der A1. _____ Group und der C. _____ AG über zwei Jahre nach den streitgegenständlichen Vorkommnissen für den Standpunkt der Beklagten abgeleitet werden könnte, sodass darauf nicht näher einzugehen ist. Gemäss § 273 BGB kann der Schuldner, wenn er aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat, sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht). Dem Zurückbehaltungsrecht kommen zwei wesentliche Funktionen zu. Zum einen bezweckt es den Schutz des Schuldners, indem es seine Gegenansprüche sichert (Sicherungsmittel), zum anderen stellt es ein mittelbares Druckmittel zur Durchsetzung der Gegenansprüche dar, weil der Gläubiger leisten muss, wenn er seine Forderung befriedigt haben will (JUD, in: PRÜTTING / WEGEN / WEINREICH, a.a.O., N 3 zu § 273 BGB).

Der Schuldner kommt nach § 286 Abs. 1 BGB in Verzug, wenn er auf eine Mahnung des Gläubigers nicht leistet, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt. Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstands unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat (Abs. 4).

4.6.4. Bezüglich der Frage, wer gegenüber wem zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist, sind die Verträge zwischen der Beklagten und der C. _____ AG sowie zwischen der Beklagten und der Klägerin gesondert zu betrachten. Wie gesehen wurde die von der Beklagten zur Sprache gebrachte Zweckgemeinschaft zwischen ihr und der Klägerin nicht rechtsgenügend dargetan (vgl. Erw. IV.3.2.8.). Ein allfälliges Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten gegenüber der C. _____ AG ergäbe sich demnach aus dem Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und der C. _____ AG, welches indes im vorliegenden Streitverhältnis zwischen der Beklagten und der Klägerin nicht zu beurteilen ist und ohne nähere Darlegung auch nicht beurteilt werden kann. Im Rahmen des Vertrages der Beklagten mit der Klägerin könnte die Beklagte gegenüber der Klägerin

grundsätzlich ein Zurückbehaltungsrecht ausüben, wenn denn die erforderlichen Voraussetzungen erfüllt wären. Indes teilte die Klägerin der Beklagten bereits mit Schreiben vom 10. Mai 2010 (act. 3/31; act. 3/32), nach schleppenden Zahlungen der Beklagten, diversen Mahnungen und erfolglosem Erstellen eines Zahlungsplans, mit, sie stelle die Lieferung der Kühldeckenelemente ein und setzte der Beklagten Frist bis zum 17. Mai 2010 zur Zahlung oder Sicherheitsleistung in Form einer selbstschuldnerischen Bankgarantie. Diese Frist lief ungenutzt ab. Damit befand sich die Beklagte bereits in Verzug, den sie selbst zu vertreten hatte. Das Schreiben der Beklagten vom 18. Mai 2010 (act. 3/33; act. 21/10) ist zudem nicht eindeutig; sie teilt darin der Klägerin lediglich mit, von ihrem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch zu machen und kein Material mehr an die C._____ AG zu liefern. Dass die Klägerin nicht mehr an die C._____ AG liefern dürfe, ist dem nicht zu entnehmen. Im Übrigen hatten die Parteien Lieferung "ex works" vereinbart, sodass es eigentlich nicht Sache der Klägerin gewesen wäre, an die C._____ AG auszuliefern, sondern dies der Beklagten selbst oblegen hätte. Die Beklagte hätte die Kühldeckenelemente denn auch bei der Klägerin abholen und selbst lagern können. Nachdem sich die Beklagte in Verzug befand, war das Vorgehen der Klägerin, ihr mit Schreiben vom 26. Mai 2010 (act. 3/40; act. 35/17) den Teilrücktritt vom Vertrag nach § 321 und § 323 Abs. 1 BGB über die restliche Lieferung von Kühldeckenelementen zu erklären, wie vorstehend ausgeführt zulässig (vgl. Erw. IV.4.4.). Aufgrund des Teilrücktritts der Klägerin entfallen sämtliche vertraglichen Ansprüche der Beklagten in Bezug auf die vom Rücktritt erfasste Teilleistung von Kühldeckenelementen. Auf eine allfällige Schadenminderungspflicht der Klägerin braucht daher nicht weiter eingegangen zu werden, da mit deren Rücktritt das vertragliche Verhältnis zwischen den Parteien beendet wurde und entsprechend die Beklagte auch keinen Schadenersatzanspruch aus Vertrag geltend macht. Die Fragen, inwieweit die Klägerin Eigentümerin der Kühldeckenelemente war und ob sie darüber verfügen durfte, sind nachfolgend zu prüfen (vgl. Erw. IV.5.).

4.7. Verletzung von Schutz- und Patentrechten

4.7.1. Die Beklagte bringt vor, die Kühldecken würden auf gewerblichen Schutzrechten der Beklagten beruhen, welche bei der Herstellung der Kühldeckenelemente angewendet werden müssten. Die Klägerin habe lediglich eine Graphitplatte als eigenen Produktanteil beizusteuern gehabt und habe diesen mit seitens der Beklagten beigestellten Produkten anderer Zulieferer unter Anwendung der gewerblichen Schutzrechte der Beklagten zu den fertigen Kühldeckenelementen montiert. Die Klägerin habe im Zusammenhang mit dem Unterlaufen des Leistungsverweigerungsrechts die gewerblichen Schutzrechte der Beklagten verletzt, insbesondere die Patente, deren Anwendung Voraussetzung dafür sei, dass die Kühldeckenelemente überhaupt erst hergestellt werden konnten. Daher habe sich die Klägerin eines strafbaren Verhaltens zum Nachteil der Beklagten schuldig gemacht. Jedenfalls handle es sich um eine gravierende vorsätzliche Vertragsverletzung der Klägerin zum Schaden der Beklagten mit der Rechtsfolge, dass der Klägerin ein Teilrücktrittsrecht nicht mehr zustehen können. Denn der Eintritt eines Verzugs im gegenseitigen Vertrag setze nach deutschem Recht voraus, dass der Gläubiger seinerseits vertragstreu sei (act. 20 S. 2, S. 17 f. und S. 21; act. 38 S. 14 und S. 16).

4.7.2. Die Klägerin führt dahingegen aus, sie habe keine Schutzrechte der Beklagten verletzt. Die von der Beklagten ins Recht gelegten Schutzrechte hätten nicht die Herstellung von Kühldeckenelementen zum Gegenstand; sie beinhalteten vielmehr eine Aufhängevorrichtung zur Kühlung oder Heizung eines Raums mit mindestens einer Betonwand oder -decke. Die Schutzrechte zur Verpressung des Graphits mit den Rohren stünden allein der Klägerin zu (act. 34 S. 38 Rz. 70, S. 39 Rz. 75 und S. 43 Rz. 101 f.).

4.7.3. Die Beklagte legt in ihren Rechtsschriften nicht substantiiert dar, welche Patent- oder Gebrauchsmuster- oder sonstigen gewerblichen Schutzrechte durch die Klägerin inwiefern verletzt worden sein sollten. Auf die klägerischen Vorbringen zum Gegenstand der Schutzrechte der Beklagten (oben Erw. 4.7.2.) reagiert die Beklagte in ihrer Duplik nicht, sodass die Darstellung der Klägerin unbestritten bleibt. Im Übrigen gelten Sachverhaltselemente durch Verweis auf eingelegte Akten nur dann als genügend behauptet, wenn aus dem Verweis in der

Rechtsschrift selbst klar wird, ob das Dokument in seiner Gesamtheit oder welche Teile des Aktenstückes als Parteibehauptung gelten soll(en). Eine bloss allgemeine Bezugnahme auf eingereichte Aktenstücke genügt hierzu nicht (ZR 95 [1996] Nr. 12 S. 44 f.; ZR 97 [1998] Nr. 87 S. 208 f.; ZR 102 [2003] Nr. 15 S. 66 ff.). Es ist nicht Sache des Gerichts aus den Beilagen zu einem Parteivortrag mögliche Behauptungen zu ermitteln. Demnach ist nicht weiter auf allfällige Verletzungen von Patent- oder Gebrauchsmuster- oder sonstigen gewerblichen Schutzrechten einzugehen. Entsprechend kann auch weder ein strafbares Handeln noch eine Vertragsverletzung durch die Klägerin beurteilt werden, wobei ersteres auch nicht Sache des hiesigen Gerichts wäre. Ebenso erübrigt sich ein Aussetzen des vorliegenden Verfahrens zur Vorlage dieser Fragen an das Bundespatentgericht wie es die Beklagte eventualiter (hilfsweise) beantragt (vgl. act. 20 S. 2 f.).

5. Eigentum an den Kühldeckenelementen

5.1. Vorbringen der Klägerin

Die Klägerin führte aus, sie habe durch Verarbeitung neue bewegliche Sachen – die Kühldeckenelemente – hergestellt und gestützt auf § 950 BGB Alleineigentum an diesen erworben. Alleineigentum erwerbe der Verarbeiter nach dieser Bestimmung, wenn der Wert der Verarbeitung nicht erheblich geringer sei als der Wert des Stoffs. Gemäss dem deutschen Bundesgerichtshof liege ein erheblich geringerer Wert der Verarbeitung vor, wenn sich der Stoffwert zum Verarbeitungswert etwa wie 100:60 verhalte, der Verarbeitungswert mithin 37.5% ($= 100 / (100+60) \times 60$) betrage. Für die Ermittlung des Werts an der Arbeit seien nicht die tatsächliche Arbeitsleistung und deren effektive Kosten ausschlaggebend, sondern allein der Wertzuwachs, den der verarbeitete Stoff durch die Verarbeitung zu einer neuen Sache erfahren habe. Die Kühldeckenelemente hätten nach dem Zusammenbau durch die Klägerin einen Netto-Marktwert von EUR 117.43 pro m². Dieser Betrag ergebe sich wie folgt: Die Beklagte habe die Kühldeckenelemente zusammen mit dem weiteren Material, das für die Befestigung der Kühldeckenelemente an der Decke nötig gewesen sei, für EUR 209.– pro m² an die C._____ AG verkauft. Die Kosten für letzteres

Material seien abzuziehen, es seien dies im Einzelnen: Grundrahmen EUR 39.44 pro m² (EUR 71.– pro Stück, wobei ein Stück 1.8 m² messe); Schläuche EUR 6.67 pro m² (EUR 12.– pro Stück / 1.8); Aluteleskop EUR 28.33 pro m² (EUR 51.– pro Stück / 1.8); (zusätzliche) Kupferrohre EUR 17.13 pro m² (EUR 31.– pro Stück / 1.8); Total EUR 91.57 pro m². Somit resultiere ein Netto-Marktwert von EUR 117.43 pro m². Der Marktwert der Kühldeckenelemente von EUR 117.43 je m² (netto) setze sich zusammen aus dem Wert des Materials und der Arbeit. Die Beklagte habe folgendes Material zur Verfügung gestellt: Blechelemente der Firma M. ____: EUR 25.– pro m²; Rohrmäander der Firma R. ____: EUR 18.– pro m²; Abdeckbleche inkl. Aufhänge- und Niederhalteprofile der Firma S. ____: EUR 15.– pro m². Die Klägerin habe ihrerseits E. ____-Platten für EUR 13.– pro m² geliefert. Der Materialwert betrage damit insgesamt EUR 71.– pro m². Bringe man den Materialwert (EUR 71.– pro m²) in Abzug vom Netto-Marktwert (EUR 117.43), so resultiere für die Arbeit der Klägerin ein Wert von EUR 46.43. Der Verarbeitungswert betrage somit 39.54% (= 100 / 117.43 x 46.43) und liege über dem vom Bundesgerichtshof geforderten Verhältnis. Die Klägerin sei demnach gestützt auf § 950 BGB Alleineigentümerin der hergestellten, aber noch nicht ausgelieferten Kühldeckenelemente geworden. Berücksichtige man weiter, dass die E. ____-Platte nicht von der Beklagten zur Verfügung gestellt worden sei, so verschiebe sich das Verhältnis weiter zugunsten der Klägerin: Verarbeitungswert 44.46% (= 100 / (46.43 + (71-13)) x 46.43), rechne man die E. ____-Platte der Klägerin zu, so betrage der Anteil der Klägerin sogar 50.69% (=100 / ((46.43+13) + (71-13)) x (46.43+13)). Das Patent der Beklagten sei weder beim Wert von Material und Arbeit zu beachten noch stehe es der Tatsache entgegen, dass die Klägerin nach dem Teilrücktritt über die zusammengebauten Kühldeckenelemente frei habe verfügen können. Als Alleineigentümerin habe die Klägerin über die Kühldeckenelemente frei verfügen dürfen (act. 1 S. 19 ff. Rz. 48 ff.; act. 34 S. 2, S. 37 f. Rz. 69 S. 38 Rz. 70 f. und S. 43 Rz. 100).

Die Beklagte habe kein Bruchteils- oder Miteigentum an den fertigen Kühldeckenelementen erworben, weil ihr die zugelieferten Bestandteile nie gehört hätten. Nach deutschem Sachenrecht setze der Eigentumserwerb eine

Übertragung des Besitzes voraus (§ 929 BGB). Die Beklagte habe keinen Besitz an den Komponenten erlangt. Die Lieferanten hätten die Komponenten direkt an die Klägerin geliefert und seien bis zur Verarbeitung deren Eigentümer geblieben. Selbst wenn die Lieferanten den Besitz an Komponenten der Beklagten übertragen hätten, hätte die Beklagte daran kein Eigentum erworben. Alle Lieferanten hätten nämlich Eigentumsvorbehalte vorgesehen. Nach Kenntnisstand der Klägerin seien die Zulieferer bis heute nicht bezahlt worden. Eine Registrierung des Eigentumsvorbehalts sei nicht erforderlich (§ 449 BGB). Selbst wenn also die Klägerin nicht durch die Verarbeitung Alleineigentümerin geworden wäre, hätte die Beklagte kein Bruchteils- oder Miteigentum an den fertiggestellten Kühldeckenelementen gehabt, weil die Beklagte nicht Eigentümerin der verarbeiteten Komponenten gewesen sei. Miteigentum hätte allenfalls den Zulieferern zugestanden (act. 1 S. 21 f. Rz. 51 ff.; act. 34 S. 39 Rz. 73).

5.2. Vorbringen der Beklagten

Die Beklagte entgegnet, die Voraussetzungen von § 950 BGB seien im vorliegenden Fall nicht erfüllt, denn der Wert der von der Klägerin geleisteten Verarbeitung der ihr seitens der Beklagten zugelierten Stoffe sei erheblich geringer als der reine Stoffwert. Die von der Klägerin in ihrer Klageschrift gelieferte Wertermittlung sei fehlerhaft. Tatsächlich ergäben sich folgende Wertverhältnisse bezüglich der miteinander montierten Einzelteile der Deckenelemente pro m²: Deckenplatte, Firma M._____, EUR 18.94; Abdeckbleche, Firma M._____, EUR 11.52; Niederhalteprofil, Firma S._____, EUR 4.63; Mäander, Firma R._____, EUR 24.24; Graphit, Klägerin, EUR 13.–. Dies ergebe eine Summe der Stoffwerte von EUR 72.33. Die Klägerin habe der Beklagten für die fertig hergestellten Elemente einen Preis pro m² von durchschnittlich EUR 33.43 berechnet (Nettosumme von EUR 672'691.50 geteilt durch die Gesamtmenge von 20'121 m²). Damit bleibe für die Verarbeitung ein Wertanteil von EUR 20.43 (Endpreis EUR 33.43 abzüglich EUR 13.00 Materialwert). Somit ergebe sich ein Gesamtgestehungspreis pro m² für die Beklagte inklusive der Zahlungen für die Zulieferfirmen in Höhe von EUR 72.33

zuzüglich Verarbeitungswert von EUR 20.43 gleich Summe EUR 92.76. Folglich betrage der durch die Klägerin zu erbringende Verarbeitungswert gerade einmal 22% des Gesamtwertes, sodass der Stoffwert eine Quote von 78% erreiche. Hierbei sei zunächst noch vernachlässigt, dass die Beklagte ihrerseits im Wege der Lizenzvergabe bezüglich ihrer gewerblichen Schutzrechte, nämlich der Patent- und Gebrauchsmusterrechte, einen Wertanteil gleichermassen für sich beanspruchen könne, der mit mindestens 5% des Endwertes einzuschätzen sei. Daher verringere sich der von der Klägerin geleistete Verarbeitungswert noch auf etwa 20% des Gesamtwertes. Demzufolge sei der Wert der Verarbeitung erheblich geringer als der Wert des Stoffes, sei doch der Wert des Stoffes etwa 3.5 Mal so hoch wie der Wert der von der Klägerin geleisteten Verarbeitung, sodass nicht die Klägerin neue Alleineigentümerin der von ihr gefertigten Elemente geworden sei (act. 20 S. 18 f.). Selbst nach den in der Klageschrift vorgetragenen Werten sei der Wert der von der Klägerin gelieferten Verarbeitung stets erheblich geringer als der Wert der Ausgangsstoffe (act. 38 S. 17).

Vielmehr seien sämtliche Zulieferer und die Parteien anteilig Miteigentümer aller Elemente geworden. Die Klägerin könne dieser Rechtsfolge auch nicht durch ihren Hinweis auf den Eigentumsvorbehalt der Firmen S. _____ und R. _____ entweichen. Denn zum Einen stehe, solange der Eigentumsvorbehalt gelte, das Eigentum an den Zulieferteilen nach wie vor dem Zulieferer selbst zu. Zum Anderen verfüge die Beklagte als Bestellerin hinsichtlich der zuzuliefernden Einzelteile über ein Anwartschaftsrecht, welches die dinglichen Eigenschaften des Alleineigentums teile (act. 20 S. 19 f.). Da angesichts der Wertverhältnisse die Voraussetzungen von § 950 BGB nicht erfüllt seien, gelange § 947 BGB zur Anwendung, sodass die Eigentümer der Ausgangsprodukte jeweils Miteigentum erworben hätten. Die Klägerin selbst habe ja nur das Graphit beigesteuert, sodass sich der Miteigentumsanteil der Klägerin nur auf etwa 20 % des Wertes der Ausgangsstoffe der Kühldeckenelemente belaufe (act. 38 S. 14).

5.3. Verarbeitung

5.3.1. Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, erwirbt gemäss § 950 Abs. 1 BGB das

Eigentum an der neuen Sache, sofern nicht der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. § 950 BGB kommt auch zur Anwendung, wenn Stoffe verschiedener Eigentümer verarbeitet werden (KINDL, in: BAMBERGER / ROTH, BGB, Band 2, 3. Aufl. 2012, N 2 zu § 950 BGB).

Ob durch die Verarbeitung eine neue Sache hergestellt worden ist, bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung. Wesentliches Indiz dafür, dass eine neue Sache entstanden ist, ist ein neuer Name. Weitere gewichtige Anhaltspunkte sind erhebliche Veränderungen der Sachsubstanz sowie die Erfüllung einer weitergehenden Funktion gegenüber der Ausgangssache (KINDL, a.a.O., N 5 zu § 950 BGB). § 950 BGB setzt weiter voraus, dass der Wert der Verarbeitung nicht erheblich hinter dem Stoffwert zurückbleibt. Der Stoffwert ist der Verkehrswert aller bei der Verarbeitung verwendeten Gegenstände einschliesslich der eigenen Sachen des Herstellers. Der Verarbeitungswert ist die Differenz des Verkehrswerts der neuen Sache und des Stoffwertes. Die entstandenen Produktionskosten sind für die Ermittlung des Wertes der Verarbeitung nicht von Bedeutung. Der Hersteller erwirbt kein Eigentum, wenn der Verarbeitungswert im Verhältnis zum Stoffwert erheblich geringer ist. Ein im Verhältnis zum Wert der verarbeiteten Stoffe erheblich geringerer Wert der Verarbeitung ist dabei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes jedenfalls dann anzunehmen, wenn sich der Verarbeitungs- zum Stoffwert wie 60:100 verhält, wenn der Verarbeitungswert also um 40% unter dem Stoffwert liegt (KINDL, a.a.O., N 7 zu § 950 BGB). Als Hersteller ist nach der Rechtsprechung grundsätzlich derjenige anzusehen, in dessen Namen und wirtschaftlichem Interesse die Herstellung erfolgt. Beim Werklieferungsvertrag ist der Unternehmer Hersteller (PRÜTTING, in: PRÜTTING / WEGEN / WEINREICH, a.a.O., N 8 zu § 950 BGB). Wer sich darauf beruft, Eigentum nach § 950 BGB erworben zu haben, trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er eine neue Sache hergestellt hat. Der Stoffeigentümer ist beweispflichtig dafür, dass der Verarbeitungswert erheblich geringer ist als der Stoffwert (KINDL, a.a.O., N 15 zu § 950 BGB).

Gemäss § 950 Abs. 2 BGB erlöschen mit dem Erwerb des Eigentums an der neuen Sache die an dem Stoffe bestehenden Rechte. Durch die Verarbeitung

erwirbt der Hersteller originäres, lastenfreies Eigentum. An den zur Verarbeitung verwendeten Stoffen bestehende dingliche Rechte, insbesondere Anwartschaftsrechte, gehen also infolge der Verarbeitung unter (PRÜTTING, a.a.O., N 7 zu § 951 BGB; KINDL, a.a.O., N 8 zu § 950 BGB).

5.3.2. Werden bewegliche Sachen miteinander dergestalt verbunden, dass sie wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache werden, so werden nach § 947 Abs. 1 BGB die bisherigen Eigentümer Miteigentümer dieser Sache; die Anteile bestimmen sich nach dem Verhältnis des Wertes, den die Sachen zur Zeit der Verbindung haben. Ist eine der Sachen als die Hauptsache anzusehen, so erwirbt ihr Eigentümer das Alleineigentum (Abs. 2).

5.3.3. Nach § 449 BGB ist, wenn sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten hat, im Zweifel anzunehmen, dass das Eigentum unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises übertragen wird (Eigentumsvorbehalt). Der Vorbehaltskäufer erwirbt durch die aufschiebend bedingte Übereignung ein Anwartschaftsrecht (D. SCHMIDT, in: PRÜTTING / WEGEN / WEINREICH, a.a.O., N 15 zu § 449 BGB; FAUST, in: BAMBERGER / ROTH, BGB, Band 1, 3. Aufl. 2012, N 17 zu § 449 BGB). Der Eigentumsvorbehalt erlischt bei Verarbeitung, wenn nicht ein sogenannter verlängerter Eigentumsvorbehalt beispielsweise mit einer Verarbeitungsklausel vereinbart wird, indem der Vorbehaltskäufer für den Vorbehaltsverkäufer verarbeitet und dieser daher bei objektiver Betrachtung nach den wirtschaftlichen Verhältnissen als Hersteller gilt. Hierbei wird regelmässig der Eigentumserwerb auf Miteigentum unter Berücksichtigung von Miteigentumsquoten des Vorbehaltskäufers selbst für die eigenen Beiträge und dritter Lieferanten vorgesehen. Kombiniert mit einer Vorausabtretungsklausel wird erreicht, dass der Vorbehaltsverkäufer anteilig auch die Forderungen aus der Veräusserung der neuen Sache erwirbt (D. SCHMIDT, a.a.O., N 21, N 28 und N 34 zu § 449 BGB; FAUST, a.a.O., N 16 und N 30 zu § 449 BGB).

5.4. Alleineigentum der Klägerin an den Kühldeckenelementen

5.4.1. Die Klägerin baute ihre E.____-Platten sowie die weiteren, von der Beklagten besorgten Komponenten (Metallkassetten, Kupfer-Rohrmäander, Abdeckbleche und Haltewinkel, welche die Beklagte bei diversen Lieferanten bestellte) zu einbaufertigen Kühldeckenelementen zusammen (act. 1 S. 4 Rz. 4; act. 20 S. 2). Die Kühldeckenelemente sind nach der Verkehrsauffassung ohne Zweifel als neue Sache anzusehen. Sie erfüllen im Vergleich zu den einzelnen Komponenten weitere Funktionen und tragen entsprechend auch einen neuen Namen. Dass vorliegend Stoffe verschiedener Eigentümer, neben der Klägerin und der Beklagten auch verschiedener Zulieferer, verarbeitet wurden, hindert die Anwendung von § 950 BGB nicht.

Nach den Ausführungen der Klägerin beträgt der Stoffwert der Kühldeckenelemente EUR 71.– pro m² (Blechelemente EUR 25.– pro m²; Rohrmäander EUR 18.– pro m²; Abdeckbleche inkl. Aufhänge- und Niederhalteprofile EUR 15.– pro m²; E.____-Platten für EUR 13.– pro m²). Die Beklagte geht von einem geringfügig höheren Stoffwert von EUR 72.33 pro m² aus (Deckenplatte EUR 18.94 pro m²; Abdeckbleche EUR 11.52 pro m²; Niederhalteprofil EUR 4.63 pro m²; Mäander EUR 24.24 pro m²; Graphit EUR 13.– pro m²). Beide Parteien begründen ihre Zahlen nicht weiter und nehmen keine Stellung zu denjenigen der Gegenseite. Da die Beklagte als Stoffeigentümerin (bzw. als Zurverfügungstellende der Stoffe) die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass der Verarbeitungswert erheblich geringer ist als der Stoffwert, sie jedoch nicht begründet, weshalb von ihrem höheren Stoffwert ausgegangen werden soll, ist dem Zugeständnis der Klägerin folgend von einem Stoffwert von EUR 71.– pro m² auszugehen. Entgegen der alternativen Berechnung der Klägerin kann indes nicht berücksichtigt werden, dass sie die E.____-Platte lieferte, denn der Stoffwert entspricht dem Verkehrswert aller bei der Verarbeitung verwendeten Gegenstände, mithin einschliesslich der eigenen Sachen des Herstellers.

Gemäss der Klägerin verkaufte die Beklagte die Kühldeckenelemente zusammen mit dem weiteren Material, das für die Befestigung der Kühldeckenelemente an der Decke nötig war, für EUR 209.– pro m² an die C.____ AG. Abzüglich der

Kosten für das weitere Material von EUR 91.57 pro m² (Grundrahmen EUR 39.44 pro m²; Schläuche EUR 6.67 pro m²; Aluteleskop EUR 28.33 pro m²; Kupferrohre EUR 17.13 pro m²) ergibt sich ein Verkehrswert der Kühldeckenelemente von EUR 117.43 pro m². Die Klägerin bringt weiter den Materialwert von EUR 71.– pro m² in Abzug vom Netto-Marktwert von EUR 117.43 pro m² und kommt so auf einen Verarbeitungswert von EUR 46.43 pro m². Die Beklagte hingegen will von dem von der Klägerin berechneten Preis pro m² von durchschnittlich EUR 33.43 ausgehen und davon einen Materialwert von EUR 13.– (wohl für die Graphitplatten der Klägerin) abziehen und erhält so einen Wertanteil für die Verarbeitung von lediglich EUR 20.43. Diese Berechnung der Beklagten entspricht indes nicht der gesetzlich vorgesehenen Berechnungsmethode, wonach der Stoffwert dem Verkehrswert aller bei der Verarbeitung verwendeten Gegenstände einschliesslich der eigenen Sachen des Herstellers und der Verarbeitungswert der Differenz des Verkehrswerts der neuen Sache und des Stoffwertes zu entsprechen hat. Zudem ist auch der von der Beklagten verwendete Preis von EUR 33.43 offensichtlich zu tief, denn sie geht dabei von der Gesamtsumme der klägerischen Offerte vom 27. Mai 2009 (act. 3/5; act. 35/2) abzüglich 10% Rabatt aus (EUR 747'435.– x 0.9 = EUR 672'691.50). Dies entspricht jedoch nicht dem (objektiven) Verkehrswert, welcher dem Wert gleichkommt, der als Erlös bei einer Veräusserung unter Ausnutzung aller Marktchancen erzielt werden kann. Insbesondere der von der Klägerin gewährte Rabatt ist somit nicht zu berücksichtigen. Zudem bestritt die Beklagte den Verkaufspreis von EUR 209.– an die C. _____ AG nie. Im Gegenteil geht sie selbst von diesem Wert aus, wenn sie andernorts davon ausgeht, die Klägerin habe ca. 1'900 m² Kühldeckenelemente für EUR 398'000.– an die C. _____ AG verkauft (EUR 398'000.– / 1'900 m² = EUR 209.47; act. 20 S. 21). Die Kosten für das mit den Kühldeckenelementen mitgelieferte weitere Material von EUR 91.57 bestritt die beweispflichtige Beklagte ebenfalls nicht. Es ist somit von einem Verkaufswert der Kühldeckenelemente von EUR 209.– und von einem Netto-Verkehrswert von EUR 117.43 (EUR 209.– - EUR 91.57) auszugehen. Ausgehend von einem Netto-Verkehrswert von EUR 117.43 pro m² abzüglich des Stoffwertes von EUR 71.– pro m² ergibt sich ein Verarbeitungswert von

EUR 46.43 pro m². Die Beklagte will vom Verarbeitungswert noch einen Wertanteil für ihre gewerblichen Schutzrechte (Patent- und Gebrauchsmusterschutzrechte) abgezogen wissen, der mit mindestens 5% des Endwertes einzuschätzen sei. Indessen legt die Beklagte weder ihre Patent- und Gebrauchsmusterschutzrechte, noch deren Wert oder dessen Berechnung substantiiert dar, weshalb ein entsprechender Wertanteil nicht berücksichtigt werden kann.

Der Verarbeitungswert von EUR 46.43 verhält sich zum Stoffwert von EUR 71.– wie 65.39 : 100 (46.43 / 71 x 100). In Prozenten ausgedrückt beträgt der Verarbeitungswert 39.5% (46.53 / 117.43 x 100) des Netto-Verkehrswerts. Für das Mindestverhältnis von 60 : 100 wäre ein Mindestprozentsatz von 37.5% (60 / 160 x 100) erforderlich. Die Klägerin ist somit nach § 950 BGB Alleineigentümerin der von ihr hergestellten Kühldeckenelemente geworden.

Da die Voraussetzungen von § 950 BGB erfüllt sind, kommt § 947 BGB betreffend verbundene Sachen nicht zur Anwendung.

5.4.2. Die Parteien sind sich einig, dass die Zulieferer der Komponenten Eigentumsvorbehalte an diesen angebracht hatten (vgl. act. 3/50; act. 3/51; act. 35/20). Die Eigentumsvorbehalte an den zugelieferten Teilen erloschen jedoch mit dem originären, lastenfreien Eigentumserwerb an den Kühldeckenelementen durch die Klägerin aufgrund Verarbeitung nach § 950 BGB. Ein verlängerter Eigentumsvorbehalt, mit welchem die Vorbehaltsverkäufer der zugelieferten Teile Forderungen aus der Veräußerung der neuen Sache, hier der Kühldeckenelemente, erworben hätten, wurde von den Parteien in ihren Rechtsschriften nicht substantiiert dargetan. Das Anwartschaftsrecht, das die Beklagte als Vorbehaltskäuferin der zugelieferten Teile erwarb, erlosch mit der Verarbeitung ebenfalls. Eine erweiterte Sicherung der beklagtischen Rechte wurde ebenfalls nicht dargelegt.

5.4.3. Als Alleineigentümerin kann die Klägerin grundsätzlich frei über die hergestellten Kühldeckenelemente verfügen. Inwieweit die Beklagte für ihren

(Anwartschafts-)Rechtsverlust eine Entschädigung zugute hat, ist in der nachfolgenden Erwägung zu prüfen.

6. Entschädigung für verarbeitetes Material

6.1. Vorbringen der Beklagten

Die Beklagte macht geltend, die Klägerin sei, soweit sie originäres Eigentum erworben haben sollte, gemäss § 951 BGB gegenüber der Beklagten und den Zulieferfirmen, soweit diese einen Rechtsverlust erlitten hätten, zur Zahlung einer Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet. Die Beklagte schätze, dass die Klägerin 10% der Deckenelemente illegal an die C. _____ AG verkauft habe. Dies entspreche in etwa 1'900 m² Deckenelementen, die die Klägerin im Auftrage der Beklagten in ihrem Lager angehäuft gehabt habe. Tatsächlich seien Ende Mai 2010 sämtliche Deckenelemente aus dem Lager der Klägerin ausgeliefert und an der Baustelle in I. _____ eingebaut worden. Diese 10% der Gesamtmenge oder 1'900 m² Deckenelemente hätten einen Wert von insgesamt EUR 398'000.– gehabt. Es sei daher zu behaupten, dass die C. _____ AG an die Klägerin zur Bezahlung dieser 1'900 m² Deckenelemente einen Kaufpreis von rund EUR 400'000.– bezahlt habe. Der von der Klägerin eingeräumte Erlös von EUR 250'000.– sei als viel zu niedrig bemessen anzuzweifeln, weil der Wert deutlich unter dem Marktpreisniveau liege. Die von der Klägerin an die Baustelle der H. _____ AG verkauften Kühldeckenelemente hätten einen Marktpreis von rund EUR 400'000.– gehabt, auch wenn man die Preisansetzungen im streitgegenständlichen Vertrag berücksichtige. Die Beklagte hätte jedenfalls den Anteil der Deckenelemente, die sie nicht mehr habe ausliefern können zu diesem genannten Preis der C. _____ AG berechnet. Selbst wenn man den selbstgeschaffenen Wertanteil der Klägerin von EUR 33.43 in Höhe von EUR 63'650.– in Abzug bringe, verbleibe noch immer ein Schadenersatz- bzw. Vergütungsanspruch in Höhe von EUR 334'500.–, den die Beklagte einem etwaigen Zahlungsanspruch der Klägerin im Wege der Hilfsaufrechnung entgegen halten könne, sodass mit Sicherheit kein restlicher Zahlungsanspruch der Klägerin mehr bestehen könne (act. 20 S. 20; act. 38 S. 15).

6.2. Vorbringen der Klägerin

Die Klägerin bringt vor, allenfalls sei denkbar, dass sie eine Entschädigung für das verarbeitete Material nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung schulde. Diese Entschädigung wäre aber an die Zulieferer zu bezahlen und nicht an die Beklagte. Denn die Beklagte sei nie Eigentümerin der zugelieferten Bestandteile gewesen und habe daher keinen Rechtsverlust im Sinne von § 951 BGB erlitten. Die Beklagte habe die Rechnungen der unter Eigentumsvorbehalt liefernden Zulieferer nicht bezahlt und daher kein Eigentum an den zugelieferten Bestandteilen erworben. Selbst wenn die Klägerin also durch die Verarbeitung kein Alleineigentum an den Elementen erworben hätte, so hätte das Miteigentum den Zulieferern und nicht der Beklagten zugestanden. Folglich habe die Klägerin durch die Weiterveräußerung der Kühldeckenelemente das Miteigentum der Beklagten nicht verletzt, weshalb die von der Beklagten zur Verrechnung gestellte Schadenersatzforderung offenkundig unbegründet sei. Die von der Beklagten behauptete Forderung von EUR 398'000.– bzw. EUR 334'500.– entbehre jeglicher Grundlage. Sie sei im Übrigen gänzlich unsubstantiiert. Es sei daran zu erinnern, dass die Klägerin nach dem Teilrücktritt unter keinem Titel (mehr) verpflichtet gewesen sei, die zusammengebauten Kühldeckenelemente an die Beklagte zu liefern. Die von der Beklagten erhobenen Forderungen schienen auf der falschen Annahme zu beruhen, dass nach wie vor ein Anspruch auf Lieferung der Elemente bestanden habe. Die Klägerin habe die vom Teilrücktritt betroffenen Elemente über welche sie nach dem Teilrücktritt frei habe verfügen können (ca. 10% des Grundangebots) der C._____ AG für EUR 250'000.– verkauft. Die Klägerin sei dazu berechtigt und unter dem Titel der Schadenminderungspflicht auch dazu verpflichtet gewesen (act. 34 S. 5 Rz. 8 und S. 38 f. Rz. 71 ff.).

6.3. Entschädigung für Rechtsverlust

6.3.1. Wer infolge der Vorschriften der §§ 946 bis 950 BGB einen Rechtsverlust erleidet, kann nach § 951 Abs. 1 BGB von demjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eintritt, Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Die Wiederherstellung des früheren Zustands kann nicht verlangt werden.

6.3.2. Einen Rechtsverlust erleidet, wer durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung das Eigentum, ein Anwartschaftsrecht oder ein beschränktes dingliches Recht an der Sache ersatzlos verliert. Ein eigener Bereicherungsanspruch steht auch dem Vorbehaltskäufer zu, dessen Anwartschaftsrecht untergegangen ist. Zur Entschädigung verpflichteter Schuldner ist, wer das Eigentum erworben hat. Aufgrund der Rechtsgrundverweisung in das Bereicherungsrecht kommt § 951 Abs. 1 Satz 1 nur zur Anwendung, wenn die Vermögensverschiebung ohne rechtlichen Grund erfolgt ist. Ein Anspruch aus § 951 Abs. 1 Satz 1 BGB kommt weiter nicht in Betracht, wenn die Bereicherung des gewinnenden Teils, mithin die Verbindung bzw. Herstellung, auf einer Leistung des verlierenden Teils oder eines Dritten an den gewinnenden Teil beruht (KINDL, in: BAMBERGER / ROTH, BGB, Band 2, 3. Aufl. 2012, N 4 ff. und N 11 ff. zu § 951 BGB; PRÜTTING, in: PRÜTTING / WEGEN / WEINREICH, a.a.O., N 3 ff. zu § 951 BGB).

6.3.3. Es wird eine Vergütung in Geld geschuldet, die dem Vermögenszuwachs des Gewinnenden entspricht. Zur Berechnung des Anspruchsumfangs ist zunächst festzustellen, was der gewinnende Teil erlangt hat. Dies ist der diesem Verlust entsprechende Rechtserwerb, also in allen Fällen der Verkehrswert der durch die Verbindung oder Spezifikation untergegangenen Gegenstände, die ursprünglich dem verlierenden Teil gehört haben (KINDL, a.a.O., N 14 f. zu § 951 BGB; PRÜTTING, a.a.O., N 8 zu § 951 BGB).

6.4. Entschädigung der Beklagten

6.4.1. Aufgrund der Verarbeitung der auf Anweisung der Beklagten von den Zulieferern unter Eigentumsvorbehalt der Klägerin gebrachten Komponenten zu Kühldeckenelementen, erlosch das Anwartschaftsrecht der Beklagten als Vorbehaltskäuferin auf das spätere Eigentum an jenen Komponenten bzw. auf ein Miteigentum an den Kühldeckenelementen ersatzlos. Die Beklagte ist somit entreichert. Die Zulieferer verlieren zwar ebenfalls ihr Eigentum, doch haben sie einen (schuldrechtlichen) Anspruch gegenüber der Beklagten auf Bezahlung des

Kaufpreises. Die Beklagte hingegen verliert einerseits ihr Anwartschaftsrecht auf das Eigentum an den zugelieferten Komponenten bzw. auf das Miteigentum an den fertigen Kühldeckenelementen und hat andererseits eine (schuldrechtliche) Verpflichtung gegenüber den Zulieferern zur Bezahlung der Kaufpreise für die Komponenten. Die Klägerin, welche durch Verarbeitung das lastenfreie Eigentum an den Kühldeckenelementen originär erworben hat, ist zur Entschädigung verpflichtete Schuldnerin. Da infolge des Teilrücktritts der Klägerin vom Werklieferungsvertrag mit der Beklagten keine vertragliche Bindung zwischen den Parteien mehr bestand, erfolgte die Verarbeitung der zugelieferten Komponenten durch die Klägerin ohne gültigen Rechtsgrund. Die Bereicherung der Klägerin ergab sich weiter nicht aufgrund einer Leistung der Beklagten. Die Voraussetzungen von § 951 Abs. 1 BGB sind demnach erfüllt, weshalb die Klägerin der Beklagten eine Entschädigung schuldet.

6.4.2. Die in Geld zu bezahlende Entschädigung richtet sich nach dem Verkehrswert der ursprünglich dem verlierenden Teil gehörenden, durch die Verarbeitung untergegangenen Gegenstände. Wie bereits ausgeführt ist bezüglich der Werte der verarbeiteten Stoffe von den klägerischen Angaben, mithin von EUR 71.– pro m² auszugehen (vgl. Erw. IV.5.4.1.). Hiervon ist die klägerischerseits gestellte E. _____-Platte im Wert von EUR 13.– pro m² abzuziehen, was einen Wert der zugelieferten Komponenten von EUR 58.– pro m² ergibt. Nach Angaben der Beklagten verkaufte die Klägerin ca. 10% der Gesamtmenge an Deckenelementen direkt an die C. _____ AG, was ca. 1'900 m² entspricht. Die Klägerin führte ebenfalls aus, nach dem Teilrücktritt über ca. 10% der Kühldeckenelemente frei verfügt zu haben und bestritt weiter die dem entsprechende Zahl von 1'900 m² nicht, sodass darauf abzustellen ist. Der Gesamtwert der zugelieferten Komponenten beträgt somit EUR 110'200.– (EUR 58.– x 1'900 m²).

Die Beklagte errechnet einen Wert von EUR 398'000.– (EUR 209.– x 1'900 m²). Ihr entfällt hierbei jedoch, dass zur Berechnung der Entschädigung nach § 951 Abs. 1 BGB vom Verkehrswert der durch die Verarbeitung untergegangenen zugelieferten Komponenten, auf welchen sie ein Anwartschaftsrecht besass,

auszugehen ist, nicht vom Gesamtverkaufspreis des Endprodukts. Die Klägerin ihrerseits gibt an, sie habe die fertigen Kühldeckenelemente für einen Erlös von EUR 250'000.– an die C._____ AG verkauft. Sie weist indes diesen Betrag in keiner Weise nach und legt auch dessen Berechnung nicht offen, sodass nicht darauf abgestellt werden kann.

6.4.3. Nach dem Gesagten schuldet die Klägerin der Beklagten eine Entschädigung nach § 951 Abs. 1 BGB im Betrag von **EUR 110'200.–**.

7. Anspruch aus unerlaubter Handlung

7.1. Die Beklagte führt aus, die Klägerin habe eingeräumt, dass sie die Kühldeckenelemente, die ihr selbst nur zum geringen Teil gehört hätten, unter Bruch des Miteigentums der Zulieferfirmen und der gewerblichen Schutzrechte der Beklagten veräussert und damit versilbert habe. Dies sei strafrechtlich als Unterschlagung zu bewerten, sodass sich die Klägerin – abgesehen vom Bereicherungsanspruch gemäss § 951 BGB – in die Haftung nach Deliktsrecht, § 823 ff. BGB, insbesondere § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 246 StGB sowie § 826 BGB, begeben habe (act. 38 S. 14 f.).

7.2. Wie gesehen hat indes die Klägerin kein Miteigentum der Zulieferer gebrochen, da sie durch die Verarbeitung nach § 950 BGB das Alleineigentum an den Kühldeckenelementen erwarb (vgl. Erw. IV.5.4.). Die angebliche Verletzung gewerblicher Schutzrechte konnte mangels genügend substantiiertes Ausführungen nicht beurteilt werden (vgl. Erw. IV.4.7.). Andere Rechtsverletzungen macht die Beklagte in diesem Zusammenhang nicht geltend. Somit erübrigt es sich, auf die weiteren Voraussetzungen eines Anspruchs nach Deliktsrecht einzugehen.

8. Verrechnung

8.1. Die Beklagte erklärt gegenüber einem etwaigen Zahlungsanspruch der Klägerin die Hilfsaufrechnung mit ihrem Vergütungs- oder Schadenersatzanspruch (act. 20 S. 21; act. 38 S. 16).

8.2. Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind, so kann jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teils aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann (§ 387 BGB).

Die Aufrechnung setzt eine sogenannte Aufrechnungslage voraus, zu der die Gegenseitigkeit der zur Aufrechnung stehenden Forderung, ihre Gleichartigkeit, die Vollwirksamkeit der Aufrechnungsforderung sowie die Erfüllbarkeit der Gegenforderung zählen. Massgebend ist der Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung. Gegenseitigkeit setzt voraus, dass sich eine Hauptforderung des Gläubigers gegen den Schuldner richtet und mit einer eigenen Forderung desselben Schuldners gegen denselben Gläubiger aufgerechnet wird. Zwei Forderungen sind gleichartig, wenn sie auf Leistungen gerichtet sind, die derselben Gattung angehören. Der Anspruchsgrund und die Rechtsnatur des Anspruchs sind gleichgültig, ebenso grundsätzlich die Leistungsmodalitäten. Die von Rechts wegen bestehende Aufrechnungsforderung muss voll wirksam, d.h. frei von Einwendungen und Einreden und fällig sein. Die Hauptforderung muss entstanden und erfüllbar sein (PFEIFFER, in: PRÜTTING / WEGEN / WEINREICH, a.a.O., N 9 f. und N 14 ff. zu § 387 BGB; DENNHARDT, in: BAMBERGER / ROTH, BGB, Band 2, 3. Aufl. 2012, N 17 und N 27 ff. zu § 387 BGB).

Die Aufrechnung erfolgt gemäss § 388 BGB durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. Die Erklärung ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird. Zulässig ist allerdings die Hilfsaufrechnung, die für den Fall erklärt wird, dass die in erster Linie bestrittene Hauptforderung sich als bestehend erweisen sollte (PFEIFFER, a.a.O., N 3 zu § 388 BGB; DENNHARDT, a.a.O., N 7 zu § 388 BGB).

Die Aufrechnung bewirkt, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind (§ 389 BGB).

8.3. Bezüglich der Forderung der Beklagten gegen die Klägerin auf Bezahlen einer Entschädigung nach § 951 BGB und die Forderung der Klägerin gegen die

Beklagte auf Bezahlung des Entgelts aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Werkliefervertrag betreffend Kühldeckenelemente besteht Gegenseitigkeit. Beide Forderungen sind auf Geldzahlung gerichtet; sie sind somit gleichartig. Die Aufrechnungsforderung der Beklagten ist weiter frei von Einwendungen und Einreden und fällig. Die Hauptforderung der Klägerin ist entstanden und erfüllbar. Ein Aufrechnungsausschluss liegt nicht vor. Die von der Beklagten erklärte Hilfsaufrechnung ist zulässig. Dementsprechend kann die Beklagte ihre Forderung von EUR 110'200.– gegen diejenige der Klägerin von EUR 356'110.32 aufrechnen. Die klägerische Forderung erlischt im entsprechenden Betrag und beträgt somit noch **EUR 245'910.32**.

9. Zinsen

9.1. Die Klägerin verlangt auf dem eingeklagten Betrag von EUR 356'110.32 einen Zins von EUR 31'008.31 bis zum 21. Juni 2011 sowie 8.12% Zins p.a. auf EUR 356'110.32 ab dem 22. Juni 2011 (act. 1 S. 2). Dies mit der Begründung, der Schuldner falle unter den Voraussetzungen von § 286 BGB in Verzug. Nach dessen Abs. 3 sei der Schuldner einer Geldforderung in Verzug, wenn er nicht innert 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung leiste. Die Parteien hätten die Zahlungsfrist für die Rechnungen ab 14. Januar 2010 auf 45 Tage verlängert. Mit Eintritt des Schuldnerverzugs schulde die Beklagte Verzugszins (§ 288 Abs. 1 BGB). Für Handelsgeschäfte betrage der Verzugszins 8% über dem Basiszinssatz (§ 288 Abs. 2 BGB, § 352 Abs. 1 HGB). Der Basiszinssatz sei in § 247 BGB geregelt; er werde halbjährlich angepasst. Der Basiszinssatz habe vom 1. Juli 2009 bis 30. Juni 2011 unverändert 0.12% betragen, der Verzugszins bei Handelsgeschäften folglich 8.12%. Die Klägerin habe somit Anrecht auf Verzugszins in der Höhe von EUR 31'008.31 bis zum Zeitpunkt der Klageerhebung (berechnet auf den Tagen seit Eintritt des Verzugs; Verzugseintritt mit Ablauf von 45 Tagen seit Rechnungsdatum). Vom 1. Juli 2011 bis 31. Dezember 2011 sei der Basiszins in Deutschland auf 0.37% gestiegen; seit 1. Januar 2012 liege er wieder bei 0.12%. Vom 22. Juni 2011, dem Tag nach Einreichung der Klage, bis zur Erstattung der Replik seien weitere EUR 25'505.81 (= EUR 356'110.32 x 0.0837 x 180/360 + EUR 356'110.32 x 0.0812 x 132 | 360)

Zinsen aufgelaufen. Die Beklagte habe die geschuldeten Zinsen nicht bestritten (act. 1 S. 15 ff. Rz. 37 ff.; act. 34 S. 35 Rz. 61).

9.2. Die Beklagte äussert sich nicht zu den Zinsforderungen der Klägerin (act. 20; act. 38).

9.3. Der Schuldner einer Entgeltforderung kommt nach § 286 Abs. 3 BGB spätestens in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung leistet. Gemäss § 288 Abs. 1 BGB ist eine Geldschuld während des Verzugs zu verzinsen. Bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, beträgt der Zinssatz für Entgeltforderungen gemäss Abs. 2 der Bestimmung acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz. Der Basiszinssatz ist in § 247 BGB geregelt. Die Zinssätze können der Website <http://www.basiszins.de/> entnommen werden.

9.4. Die Beklagte hatte die Rechnungen der Klägerin entsprechend ihrer Vereinbarung nach 45 Tagen zu bezahlen. Nach Ablauf dieser Frist geriet sie in Verzug und hat entsprechend Verzugszinsen zu bezahlen (vgl. Erw. IV.4.6.3.). Die ersten Rechnungen, welche von der Beklagten unbezahlt blieben, datieren vom 26. Februar 2010 (act. 3/44/1-4). Die Beklagte geriet nach Ablauf der zwischen den Parteien vereinbarten Zahlungsfrist von 45 Tagen, mithin am 13. April 2010, in Verzug. Die letzten regulären Rechnungen (die Stornorechnungen und Neubelastungen wegen fehlender Umsatzsteuer bleiben diesbezüglich unbeachtet) der Klägerin an die Beklagte datieren vom 6. Mai 2010 (act. 3/44/55-59), sodass die Beklagte mangels Zahlung am 21. Juni 2010 in Verzug geriet. Der Einfachheit halber ist für die Zinsberechnung von einem mittleren Verfalldatum der verschiedenen unbezahlten Rechnungen am 17. Mai 2010 auszugehen. Nach den Ausführungen der Beklagten war das Lager der Klägerin Ende Mai 2010 leer und sämtliche Deckenelemente an die C. _____ AG ausgeliefert und auf der Baustelle in I. _____ eingebaut (act. 20 S. 20), was die Klägerin nicht bestritt. Somit ist davon auszugehen dass per 31. Mai 2010 sämtliche zugelieferten Komponenten zu Kühldeckenelementen verarbeitet waren. Entsprechend war die Entschädigungsforderung der Beklagten an diesem Datum fällig (§ 271 BGB),

sodass die Aufrechnungslage eintrat. Der Verzugszinssatz liegt 8% über dem Basiszinssatz und beträgt daher bis zum 30. Juni 2011 8.12%, vom 1. Juli 2011 bis 31. Dezember 2011 8.37%, vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2012 wieder 8.12% und seit dem 1. Januar 2013 7.87% (<http://www.basiszins.de/>; letzter Aufruf am 15. Februar 2013).

Die Beklagte ist somit zu verpflichten, der Klägerin zum Forderungsbetrag von EUR 245'910.32 zusätzlich einen Verzugszins von 8.12% auf EUR 356'110.32 vom 17. Mai 2010 bis 31. Mai 2010, von 8.12% auf EUR 245'910.32 vom 1. Juni 2010 bis 30. Juni 2011, von 8.37% auf EUR 245'910.32 vom 1. Juli 2011 bis 31. Dezember 2011, von 8.12% auf EUR 245'910.32 vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2012 und von 7.87% auf EUR 245'910.32 seit dem 1. Januar 2013 zu bezahlen.

VI. Kosten und Entschädigung

1. Streitwert

1.1. Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Demzufolge beträgt der für die Bemessung der Gerichtsgebühr und der Parteientschädigung massgebende Streitwert der vorliegenden Klage EUR 356'110.32 (act. 1 S. 2). Bei einem Wechselkurs am 21. Juni 2011 von 1.20852 entspricht dies rund CHF 430'366.– (Quelle: <http://www.oanda.com/lang/de/currency/converter/>; Abrufdatum: 8. März 2013).

1.2. Der für die Zulässigkeit von Rechtsmitteln entscheidende Streitwert beträgt ebenfalls CHF 430'366.– (Art. 91 Abs. 2 ZPO; Art. 51 Abs. 1 lit. a und Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG).

2. Gerichtsgebühr und Parteientschädigung

2.1. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind nach Obsiegen- und Unterliegen der Parteien im Prozess festzulegen (Art. 106 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO). Wird die Klage abgewiesen, weil eine Verrechnungseinrede begründet war,

unterliegt die klagende Partei (RÜEGG; in: SPÜHLER / TENCHIO / INFANGER, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N 4 zu Art. 106 ZPO).

2.2. Demzufolge obsiegt die Klägerin im Betrag von EUR 245'910.32 und unterliegt im Betrag der Verrechnungsforderung der Beklagten von EUR 110'200.–. Somit obsiegt die Klägerin zu 70%, und unterliegt zu 30%. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens sind demnach zu 70% der Beklagten sowie zu 30% der Klägerin aufzuerlegen. Entsprechend der Kostenverteilung hat die Beklagte der Klägerin eine auf 40% reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen.

2.3. Die Bemessung von Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung richten sich nach § 4 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) respektive § 4 Abs. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 und 2 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) vom 8. September 2010. Mehrwertsteuer ist nicht zuzusprechen (ZR 104 [2005] Nr. 76).

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin EUR 245'910.32 nebst Verzugszins von 8.12% auf EUR 356'110.32 vom 17. Mai 2010 bis 31. Mai 2010, von 8.12% auf EUR 245'910.32 vom 1. Juni 2010 bis 30. Juni 2011, von 8.37% auf EUR 245'910.32 vom 1. Juli 2011 bis 31. Dezember 2011, von 8.12% auf EUR 245'910.32 vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2012 und von 7.87% auf EUR 245'910.32 ab dem 1. Januar 2013 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 25'000.–.
3. Die Kosten werden zu 70% der Beklagten und zu 30% der Klägerin auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für den der Beklagten auferlegten Anteil der Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 13'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. 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 430'366.–.

Zürich, 9. Juli 2013

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Peter Helm

lic. iur. Mirjam Münger