



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Handelsrichter Thomas Andermatt, Handelsrichter Hans Dietschweiler und Handelsrichter Dr. Thomas Lörtscher sowie Gerichtsschreiber Jan Busslinger

Urteil und Beschluss vom 9. Januar 2019

in Sachen

A. _____, a.s.,

Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2. _____

gegen

B. _____ AG,

Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren Klage:

(act. 1 S. 2 f.; mit Berichtigung gemäss act. 4 S. 1; act. 40 S. 2)

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, eine umfassende Instandsetzung des Asphaltbeton-Mantels des Oberbeckens des Pumpspeicherwerkes C._____ im ganzen Umfang der Böschungen des Oberbeckens des Wasserwerkes, d.h. von Höhenkote 1350 m ü. d. M. bis 1325,20 m ü. d. M., d.h. vom Eisenbeton-Wellenbrecher bis zum Böschungsfuss mit Anbindung an das Einlaufobjekt durchzuführen. Die umfassende Instandsetzung habe folgende Arbeiten und Lieferungen zu beinhalten:
 - a) Entwurf der Rezeptur für die Asphaltbeton Mischung für den Mantel aus VABH (verdichteter Asphaltbeton für Wasserwerke) und Überprüfung der zu verwendenden Ausgangsstoffe im Umfang der Anlage Nr. 6 des Vertrags,
 - b) Vorbereitung der Baustelleneinrichtung, Maschinen und Anlagen,
 - c) Demontage des Geländers entlang der Dammkrone des Oberbeckens des Wasserwerkes,
 - d) Entfernung der gesamten VABH (verdichteter Asphaltbeton für Wasserbauten) Schicht auf den Böschungen des Damms durch Abfräsen, Abfuhr des gefrästen Materials,
 - e) Säuberung von Flächen nach dem Fräsen bzw. Ergänzung der VABM (haufwerksporiger Asphaltbeton für Wasserbauten) Schicht, soweit diese durch das Fräsen ganz beseitigt oder beschädigt wird,
 - f) vor der Verlegung der neuen Dichtung Ausführung eines Anstrichs mit modifiziertem Polymerklebstoff,
 - g) Verlegung der VABH (verdichteter Asphaltbeton für Wasserbauten) Schicht in einer Dicke von 80 mm mit einer Toleranz von -0 mm bis +20 mm, im Umfang der Böschungen, d.h. vom Eisenbeton-Wellenbrecher 1350 m ü. d. M. bis zum Fuß der wasserseifigen Böschung (1325,20 m ü. d. M.) mit Anbindung an das Eisenbeton-Einlaufobjekt,
 - h) Behandlung von Tagesfugen und Übergänge zur ursprünglichen Dichtung im Einklang mit den Regeln der Technik,
 - i) Versiegelung der VABH (verdichteter Asphaltbeton für Wasserbauten) Schicht mit Mastix,
 - j) Montage des Geländers entlang der Dammkrone und Instandsetzung des Verkehrswegs auf der Dammkrone am Ort der Anbindung an die neu ausgeführte Dichtungsschicht.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, die Instandsetzung nach Ziffer 1 des Rechtsbegehrens gemäss dem zwischen der Klägerin und

der Beklagten am 22.03.2006 abgeschlossenen Werkvertrag Nr. VE/00259028 durchzuführen, insbesondere unter Einhaltung der Bestimmungen von §§ 7, 8, 9 und 10 des Vertrags und dessen Anlage Nr. 1 (Bedingungen des Werkvertrags), Anlage Nr. 2 (Technische Spezifikation), Anlage Nr. 5 (Garantierte Parameter) und Anlage Nr. 6 (Qualitätstypenplan – vereinbarte Messungen und Prüfungen am Werk). Zudem sei die Verpflichtung der Beklagten gemäss Ziff. 1 zu verbinden mit einem Neubeginn der Gewährleistungsfrist für allfällige Mängel der Instandsetzungsarbeiten für die Dauer von sieben Jahren (84 Monaten) ab der Übergabe und Übernahme des nachgebesserten Werks durch die Klägerin.

3. Die Beklagte sei ferner zu verpflichten, die Instandsetzung gemäss Ziffer 1 der Rechtsbegehren binnen fünfzehn Monaten ab der Rechtskraft dieses Urteils durchzuführen und abzuschliessen.
4. Für den Fall, dass die Beklagte die Pflicht in Ziffer 3 nicht oder nicht fristgerecht erfüllen wird, sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die Kosten der Ersatzvornahme von CZK 205'000'000 zu bevorschussen, zwecks Durchführung der in Ziffer 1 aufgeführten Instandstellungsarbeiten. Zugleich sei die Klägerin zu verpflichten, über die Kosten der Ersatzvornahme nach Abschluss der Arbeiten abzurechnen und einen allfälligen Überschuss der Beklagten zurückzuerstatten und unter dem ausdrücklichen Nachklagerecht, sofern die Kosten der Ersatzvornahme den bevorschussten Betrag übersteigen.
5. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass sich die Klägerin ausdrücklich weitere zivilrechtliche Forderungen im Sinne eines Nachklagevorbehalts vorbehält.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten.

Rechtsbegehren Widerklage:

(act. 18 S. 2)

- " 1. [...]
2. (In Bezug auf das Widerklageverfahren): Es sei die Klägerin/Widerbeklagte zu verpflichten, der Beklagten/Widerklägerin den Betrag der abgerufenen Gewährleistungsgarantie der D. _____ Nr. ... vom 9. Januar 2008 von CHF 781'702.60 (eventualiter: CZK 17'625'846.00) zuzüglich 5 % Zins p.a. seit 16. Dezember 2014 zurückzuerstatten.
3. (In Bezug auf das Widerklageverfahren): Es sei die Klägerin/Widerbeklagte zu verpflichten, der Beklagten/Widerklägerin den Betrag von CHF 348'980.37, EUR 63'881.73 und

CZK 1'220'638.90, jeweils zuzüglich 5 % Zins p.a. seit 16. August 2016, als Kostenersatz für ungerechtfertigte Gewährleistungsverlangen zu bezahlen.

4. (In Bezug auf das Haupt- und das Widerklageverfahren): Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Klägerin/Widerbeklagten."

Übersicht

Sachverhalt und Verfahren	6
A. Sachverhalt	6
a. Parteien und ihre Stellung	6
b. Prozessgegenstand	6
B. Prozessverlauf	11
Erwägungen	13
I. Prozessuales	13
II. Hauptklage	14
1. Zuständigkeit	14
1.1. Internationale Zuständigkeit	14
1.2. Örtliche Zuständigkeit	16
1.3. Sachliche Zuständigkeit	16
2. Anwendbares Recht	17
3. Zulässigkeit der Rechtsbegehren	18
3.1. Allgemeines	18
3.2. Rechtsbegehren Ziffer 1 und 3	20
3.3. Rechtsbegehren Ziffer 2	23
3.4. Rechtsbegehren Ziffer 4	23
3.5. Rechtsbegehren Ziffer 5	26
3.6. Zwischenergebnis	27
4. Verjährung	28
5. Verwirkung eines allfälligen Nachbesserungsanspruchs	32
5.1. Allgemeines	32
5.2. Beanstandung Nr. 3 vom 31. Mai 2011	37
5.3. Beanstandung Nr. 4 vom 9. Mai 2012	38
5.4. Beanstandung Nr. 5 vom 17. Oktober 2012	39
5.5. Beanstandung Nr. 6 vom 19. März 2013	40
5.6. Beanstandung Nr. 7 vom 9. Mai 2013	41
5.7. Beanstandung Nr. 8 vom 2. September 2013	43
5.8. Beanstandung Nr. 9 vom 14. Juli 2014	44
5.9. Zwischenergebnis	46
6. Anspruch auf Neuerstellung des Werks	46
7. Verrechnungseinrede	55
III. Widerklage	55
IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen	60
1. Streitwert	60
2. Gerichtskosten	61
3. Parteientschädigungen	62
V. Rechtsmittel	63
VI. Ergebnis	63

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhalt

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin und Widerbeklagte (nachfolgend: Klägerin) ist eine im tschechischen Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft tschechischen Rechts mit Sitz in E._____ CZ (act. 1 Rz. 3; act. 3/3). Es handelt sich um ein vertikal integriertes ...-Erzeugungsunternehmen, welches sich zu 70 % im tschechischen Staatsbesitz befindet. Die Klägerin ist in der Tschechischen Republik, Slowakei, Polen, Ungarn, Rumänien, Bulgarien und in der Türkei operativ tätig und beliefert dort Abnehmer mit Strom, Gas und Fernwärme (act. 1 Rz. 3; act. 3/2).

Die Beklagte und Widerklägerin (nachfolgend: Beklagte) ist eine im schweizerischen Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts und bezweckt die ... Ausführung von ... Hoch- und Tiefbauten jeder Art, ... (act. 1 Rz. 4; act. 3/4). Am tt. Oktober 2016 (Einschreibung in das Tagesregister) hat sie ihren Sitz von Zürich nach F._____ ZH verlegt (act. 29; act. 14; act. 3/4; act. 31; Schweizerisches Handelsamtsblatt Nr. ... vom tt. Oktober 2016).

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin verlangt von der Beklagten eine umfassende Instandsetzung des von der Beklagten im Jahr 2007 erstellten Asphaltbeton-Mantels des Oberbeckens des Pumpspeicherwerks C._____ bei G._____ CZ sowie eine Bevorschussung der Kosten der Ersatzvornahme für den Fall der nicht fristgerechten Erfüllung durch die Beklagte. Die Beklagte verlangt von der Klägerin widerklageweise die Rückerstattung der im Zusammenhang mit dem streitgegenständlichen Pumpspeicherwerk abgerufenen Gewährleistungsgarantie und den Ersatz der Kosten für ungerechtfertigte Gewährleistungsverlangen.

Mit Werkvertrag vom 22. März 2006 (Vertrag mit den Anlagen Nr. 1-9) beauftragte die Klägerin die Beklagte mit Instandsetzungsarbeiten am oberen Speicherbecken

des Pumpspeicherwerks C._____ in der Nähe von G._____ im ...-Gebirge der Tschechischen Republik (act. 1 Rz. 6, 13, 15, 17; act. 3/6-15). Die der Beklagten übertragenen Arbeiten umfassten einerseits die Instandsetzung des Asphaltbeton-Mantels des oberen Speicherbeckens, andererseits die Instandsetzung der Verkehrswege (act. 1 Rz. 13; act. 3/6). Nach Abschluss des Hauptvertrags vom 22. März 2006 schlossen die Parteien die Nachträge Nr. 1 vom 26. April 2006, Nr. 2 (ohne Datum), Nr. 3 (ohne Datum) und Nr. 4 vom 19. Dezember 2007 (act. 1 Rz. 16; act. 3/17-20).

Streitgegenstand bildet vorliegend einzig die Instandsetzung des Asphaltbeton-Mantels (act. 1 Rz. 13, 14; act. 18 Rz. 77). Gemäss § 2.1 des Werkvertrags i.V.m. Art. 2 der Anlage Nr. 2 zum Werkvertrag vom 22. März 2006 verpflichtete sich die Beklagte, die beschädigte Dichtungsschicht des verdichteten Asphaltbetons für Wasserbauten (sog. "VABH" bzw. "VABH-Mantel") entlang der gesamten Böschung des oberen Staubeckens auf eine Tiefe von ca. 80 mm zu entfernen (wegzufräsen), die entfernte VABH-Schicht umweltschonend zu entsorgen, eine neue VABH-Schicht anzubringen und diese mit einer speziellen Schutzspritzbeschichtung gegen Witterungseinflüsse zu versehen, den VABH-Mantel mit dem Grundsaugdrän zu verbinden, das Kronengeländer auszutauschen und die nötigen Rückinstallationen vorzunehmen (act. 1 Rz. 18; act. 3/6; act. 3/8). Hinsichtlich der unter der VABH-Schicht liegenden Unterschicht (haufwerksporiger Asphaltbeton für Wasserbauten; sog. "VABM") war die Beklagte nicht zu einer Neuerstellung verpflichtet, sondern hatte diese lediglich zu prüfen und soweit nötig lokal auszubessern (act. 18 Rz. 79, 81, 85).

Nach Ausführung des Werks durch die Beklagte erfolgte am 19. August 2007 die sog. vorläufige Übergabe des Werks i.S.v. § 10.9 des Werkvertrags an die Klägerin (act. 1 Rz. 23-25; act. 18 Rz. 26, 46, 89; act. 3/22).

Gestützt auf § 27 Abs. 2 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag vom 22. März 2006 (Bedingungen des Werkvertrags, act. 3/7; nachfolgend: Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag) bestellte die Beklagte bei der D._____ AG die Gewährleistungsgarantie Nr. ... vom 9. Januar 2008 über CZK 24'953'000.00 mit einer Gültigkeit bis 27. September 2014 (act. 18 Rz. 192; act. 40 Rz. 554; act. 19/13).

Mit Beanstandung Nr. 3 vom 31. Mai 2011 rügte die Klägerin die Entstehung von 600 sogenannten "Punktfehlern" mit dem Charakter von kleinen Fuchskanälen (geschlossener oder offener Blasen) auf der Oberfläche des Abdichtungsmantels der Dammböschung überwiegend in der Höhenlage von 1'342,00 bis 1'346,00 m ü.d.M. bei der Beklagten und forderte diese auf, einen Terminvorschlag und einen Vorschlag zur Mängelbeseitigung zu machen (act. 1 Rz. 26, 27; act. 40 Rz. 57, 59, 60, 61; act. 3/23). Mit Ergänzungsschreiben vom 15. Juni 2011 verlangte die Klägerin, dass die Beklagte den Lösungsvorschlag für die Mängelbeseitigung bis zum 8. Juli 2011 übermittle (act. 40 Rz. 62; act. 3/23). Die Beklagte teilte mit Schreiben vom 4. Juli 2011 mit, sie werde im Rahmen ihrer Garantie-Verpflichtung bei der Behebung der Mängel mitarbeiten und bei der Feststellung der Ursache der Fehler zusammenarbeiten (act. 1 Rz. 28; act. 40 Rz. 63; act. 3/24). Am 26. Juli 2011 und am 18. Oktober 2011 fanden Verhandlungen zwischen den Parteien statt (act. 1 Rz. 29; act. 40 Rz. 64; act. 3/25). Im Oktober 2011 besserte die Beklagte die gerügten 620 Punktfehler aus (act. 40 Rz. 66).

Mit Beanstandung Nr. 4 vom 9. Mai 2012 rügte die Klägerin bei der Beklagten ca. 5'200 neue Punktfehler (act. 1 Rz. 31; act. 40 Rz. 67; act. 3/26). Sie machte geltend, das anhaltende Auftreten der Punktfehler zeuge davon, dass die im Vorjahr oberflächlich vorgenommene Reparatur der Punktfehler langfristig die Ursache der Mängel nicht beheben würde, und forderte eine umfassende Instandsetzung der VABH-Abdichtungsschicht statt der Reparatur einzelner Fehler (act. 1 Rz. 31; act. 40 Rz. 68; act. 3/26). Die Klägerin verlangte die Vornahme einer "nicht endgültigen" Ausbesserung am 14. Mai 2012 oder zwischen dem 29. Mai und 29. Juni 2012, und setzte der Beklagten bis zum 29. Mai 2012 Frist zur Vorlage des Sanierungsplanes (act. 40 Rz. 69; act. 3/26). Mit Schreiben vom 16. Mai 2012 lehnte die Beklagte die Beanstandung sowohl mit Bezug auf deren Begründung als auch bezüglich des Umfangs ab; sie machte geltend, dass die Fehlerursache der aufgetretenen Mängel ihre Ursache im vorhandenen Untergrund (Asphaltbinderschicht) hätten und deren Sanierung ausserhalb ihrer Leistung gelegen habe; dies sei für sie nicht erkennbar und damit das Auftreten der Fehlstellen auch unvermeidbar gewesen (act. 1 Rz. 31; act. 40 Rz. 71; act. 3/28). Die Beklagte versprach, zwischen Ende Mai und Ende Juni 2012 die Fehlstellen auszubessern

(act. 40 Rz. 72; act. 3/28). Mit Brief vom 29. Mai 2012 lehnte die Klägerin die Schlussfolgerungen und Vorschläge der Beklagten ab (act. 40 Rz. 74; act. 3/29). Im Juni 2012 nahm die Beklagte Ausbesserungen an den im Jahr 2012 aufgetretenen über 9'800 Fehlstellen vor (act. 40 Rz. 74, 75).

Mit Beanstandung Nr. 5 vom 17. Oktober 2012 rügte die Klägerin Risse der Dichtung entlang der Böschung und 500 neue Punktfehler (act. 1 Rz. 30, act. 40 Rz. 67, 76; act. 44 Rz. 71; act. 3/27). Sie wies die Beklagte darauf hin, dass eine Sanierung betriebsnotwendig sei, und verlangte ausdrücklich einen Vorschlag für die Beseitigung sämtlicher neuer Mängel (act. 40 Rz. 76; act. 3/27).

Nach Vornahme einer Georadar-Untersuchung rügte die Klägerin mit Beanstandung Nr. 6 vom 19. März 2013 weitere Mängel in der VABH-Dichtungsschicht unter Beilage eines Profilplans (act. 1 Rz. 33; act. 40 Rz. 77, 78; act. 3/30). Die Beklagte lehnte ihre Haftung für die Mängel ab (act. 1 Rz. 34; act. 40 Rz. 79; act. 3/31). Die Ursache der Mängel verortete sie in der Unterbauschicht (Binder-schicht; act. 40 Rz. 79).

Mit Beanstandung Nr. 7 vom 9. Mai 2013 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass nach einer Inspektion vom 7. Mai 2013 über 7'000 neue offene Punktfehler und weitere 3'000 beginnende (noch geschlossene) Punktfehler identifiziert worden seien, und forderte die Beklagte zur Anerkennung der Beanstandung innerhalb von 5 Tagen auf (act. 40 Rz. 80; act. 3/33). Zudem setzte die Klägerin die Beklagte damit schriftlich in Kenntnis, sofern die Beklagte sich nicht zu einer grundlegenden Sanierung der zu Tage getretenen und verborgenen Mängel bereit erkläre, würde die Klägerin eine Drittpartei mit der temporären Ausbesserung für das laufende Jahr 2013 beauftragen (act. 40 Rz. 82; act. 3/33). Die Beklagte äusserte sich mit Schreiben vom 21. Mai 2013 (act. 1 Rz. 36; act. 40 Rz. 84; act. 3/34). Mit Schreiben vom 22. Mai 2013 teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie lehne es ab, die Durchführung der punktuellen Instandsetzungen weiterhin durch die Beklagte vornehmen zu lassen (act. 1 Rz. 38; act. 40 Rz. 87; act. 3/35). Die Beklagte reagierte mit Schreiben vom 23. Mai 2013 (act. 1 Rz. 38; act. 40 Rz. 88; act. 3/36). Am 21. Juni 2013 kam es zu einer Besprechung zwischen den Parteien (act. 1 Rz. 42; act. 40 Rz. 92). Im Anschluss daran legte die Beklagte der

Klägerin am 22. Juli 2013 drei Varianten für eine umfassende Instandsetzung der Dichtungsschicht des VABH-Mantels des Oberbeckens des streitgegenständlichen Pumpspeicherwerks vor (act. 1 Rz. 42, 43; act. 18 Rz. 119; act. 40 Rz. 92, 93; act. 3/37).

Mit Beanstandung Nr. 8 vom 2. September 2013 teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie habe gestützt auf eine Bodenradarmessung von Mai bis August 2013 sowohl über der Schwankungszone (1'346 Meter über Meeresspiegel – 1'350 Meter über Meeresspiegel) als auch unter der Wasserwechselzone (1'320 Meter über Meeresspiegel – 1'337 Meter über Meeresspiegel) ca. 12'000 neue Mängel identifiziert (act. 1 Rz. 39; act. 40 Rz. 97, 98; act. 3/32). Sie verlangte von der Beklagten für das von ihr insgesamt als schadhaft beurteilte Werk erneut eine Anerkennung der Haftung (act. 1 Rz. 39; act. 40 Rz. 98; act. 3/32).

Mit Schreiben vom 5. November 2013 verlangte die Klägerin bei der Beklagten aus der von ihr mit Schreiben vom 22. Juli 2013 übermittelten Sanierungsvarianten die weitere Ausarbeitung der Variante 1, welche eine auf die Zone der Wasserspiegelschwankungen beschränkte Sanierung vorsah, als mögliche Grundlage eines allfälligen Einvernehmens (act. 1 Rz. 44, 45; act. 18 Rz. 120; act. 40 Rz. 94, 95; act. 3/38). Die Beklagte antwortete mit Schreiben vom 26. November 2013 (act. 1 Rz. 45; act. 40 Rz. 95; act. 3/39). Am 10. Dezember 2013 fand ein weiteres Treffen zwischen den Parteien statt (act. 1 Rz. 42, 46; act. 40 Rz. 92, 96).

Mit Beanstandung Nr. 9 vom 14. Juli 2014 teilte die Klägerin der Beklagten die Entdeckung von 3'800 neuen äusserlich erkennbaren Punktfehlern in der Dichtungsschicht mit (act. 1 Rz. 47, 48; act. 40 Rz. 101; act. 3/40).

Die Klägerin erhob am 14. August 2014 Klage vor dem Regionalgericht Ostrava (act. 1 Rz. 14; act. 18 Rz. 53; act. 19/12), welches mit Beschluss vom 24. März 2015 mangels örtlicher Zuständigkeit auf die Klage nicht eintrat (act. 18 Rz. 1, 16, 48; act. 19/3). Auf das dagegen erhobene Rechtsmittel schützte das Obergericht Ostrava diesen Entscheid mit Beschluss vom 2. Juni 2015 (act. 18 Rz. 49; act. 19/4).

Mit Zahlungsaufforderung vom 29. August 2014 rief die Klägerin einen Betrag in der Höhe von CZK 17'625'846.00 aus der von der Beklagten bei der D._____ AG gestellten Gewährleistungsgarantie ab (act. 18 Rz. 193; act. 40 Rz. 555; act. 19/42; act. 19/43).

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien ist nachfolgend einzugehen, soweit dies für die Entscheidung erforderlich ist.

B. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 24. März 2016 erhob die Klägerin hierorts Klage gegen die Beklagte (act. 1; act. 2; act. 3/2-44; Berichtigung vom 29. März 2016; act. 4). Mit Eingabe vom 6. April 2016 kam die Klägerin der mit Verfügung vom 30. März 2016 (act. 5) erfolgten Aufforderung zur Einreichung einer ergänzten Vollmacht nach (act. 7; act. 8). Den ihr mit nämlicher Verfügung vom 30. März 2016 auferlegten Kostenvorschuss leistete die Klägerin am 15. April 2016 innerhalb der Frist (act. 9). Infolge eines Domizilwechsels konnte der Beklagten die Klageschrift zunächst nicht zugestellt werden; die Zustellung erfolgte am 19. Mai 2016 durch Vermittlung der Amtsstellen (act. 10; act. 12; act. 13; act. 14). Die neu mandatierete Rechtsvertretung der Beklagten ersuchte mit Eingabe vom 25. Mai 2016 um Fristerstreckung bis 16. August 2016 (act. 15; act. 16). Mit Eingabe vom 15. August 2016 reichte die Beklagte innerhalb erstreckter Frist die Klageantwort ein und erhob Widerklage; zudem beantragte sie die Beschränkung des Verfahrens auf die Einreden der Verwirkung und der Verjährung im zweiten Schriftenwechsel (act. 18; act. 19/1-54). Die ihnen mit Verfügung vom 16. August 2016 (act. 20) für die Klage bzw. Widerklage auferlegten Kostenvorschüsse leisteten die Beklagte und Widerklägerin (im Folgenden weiterhin: die Beklagte) am 24. August 2016 (act. 22/1), die Klägerin und Widerbeklagte (im Folgenden weiterhin: die Klägerin) am 26. August 2016 (act. 22/2) je innerhalb der Frist. Die Klägerin nahm mit Eingabe vom 20. September 2016 innerhalb der ihr mit nämlicher Verfügung vom 16. August 2016 angesetzten Frist Stellung zum Antrag der Beklagten auf Beschränkung des Verfahrens im zweiten Schriftenwechsel (act. 23; act. 24/1-13). Mit Verfügung vom 28. September 2016 wurde der Beklagten das Doppel der Stellungnahme vom 20. September 2016 zugestellt und die

Verfahrensleitung an Oberrichterin Dr. Claudia Bühler als Instruktionsrichterin delegiert (act. 25). Am 10. Januar 2017 fand eine Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher die Parteien keine Einigung erzielen konnten (act. 26-A; Prot. S. 10 f.); auch aussergerichtlich konnten sich die Parteien nicht einigen (act. 34).

Mit Verfügung vom 31. März 2017 wurde der Antrag der Beklagten auf Beschränkung des Verfahrens abgewiesen, den Parteien der Nachweis des auf das Vertragsverhältnis anwendbaren tschechischen Rechts überbunden und ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 35). Innerhalb erstreckter Frist (act. 35; act. 37; act. 38) reichte die Klägerin mit Eingabe vom 10. Juli 2017 ihre Replik und Widerklageantwort ein (act. 40; act. 41/1-45). Die Beklagte reichte ihre Duplik und Widerklagereplik mit Eingabe vom 13. Oktober 2017 innerhalb der ihr mit Verfügung vom 13. Juli 2017 (act. 42) angesetzten Frist ein (act. 44; act. 45; act. 46/1, 3-22). Die Klägerin reichte ihre Widerklageduplik mit Eingabe vom 5. Januar 2018 innerhalb der ihr mit Verfügung vom 17. Oktober 2017 (act. 47) angesetzten Frist ein (act. 49; act. 50/1-28). Mit Verfügung vom 10. Januar 2018 wurde der Beklagten das Doppel der Widerklageduplik zugestellt und der Eintritt des Aktenschlusses festgestellt (act. 51).

Mit Eingabe vom 19. Januar 2018 reichte die Beklagte eine Stellungnahme ein, mit welcher sie beantragte, Teile der Widerklageduplik mit Beilagen seien aus dem Recht zu weisen (act. 53). Diese wurde der Klägerin mit Verfügung vom 23. Januar 2018 zugestellt (act. 54). Die Klägerin reichte mit Eingaben vom 2. Februar 2018 (act. 56; act. 57/1) und vom 5. Februar 2018 (act. 58) eine Stellungnahme zur Eingabe der Beklagten vom 19. Januar 2018 ein (act. 56; act. 58). Mit den Eingaben vom 26. April 2018 (act. 59; act. 60/1-2), 3. Mai 2018 (act. 61; act. 62/1) und 26. Juni 2018 (act. 64; act. 65/1) führte die Klägerin Noven ein.

Mit Verfügung vom 26. September 2018 wurden der Beklagten die Eingaben der Klägerin vom 2. Februar 2018, 5. Februar 2018, 26. April 2018, 3. Mai 2018, vom 5. Juni 2018 und 26. Juni 2018 samt Beilagen (act. 56-65) zugestellt und den Parteien Frist angesetzt, um sich zur Durchführung einer Hauptverhandlung zu äussern (act. 66). Mit Eingabe vom 8. Oktober 2018 teilte die Klägerin mit, dass sie an der Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung festhalte (act. 70), wäh-

rend die Beklagte mit Eingabe vom 28. September 2018 zunächst um eine Friststreckung ersuchte (act. 68), danach mit Eingabe vom 8. Oktober 2018 auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verzichtete sowie eine schriftliche Stellungnahme zu den erwähnten Eingaben der Klägerin vom 2. Februar 2018, 5. Februar 2018, 26. April 2018, 3. Mai 2018 und 26. Juni 2018 einreichte (act. 71; die Eingabe vom 5. Juni 2018 betrifft lediglich die Änderung der Adresse eines durch die Klägerin angerufenen Zeugen; act. 63). Mit Schreiben vom 9. Oktober 2018 wurden die Parteien über die Modalitäten bei der Durchführung der öffentlichen Hauptverhandlung hingewiesen (act. 72). Mit Eingabe vom 9. November 2018 reichte die Klägerin eine Stellungnahme zur Eingabe der Beklagten vom 8. Oktober 2018 ein (act. 74).

Am 9. Januar 2019 fand die Hauptverhandlung statt (act. 76; act. 77; Prot. S. 24 ff.). Auf die dortigen Ausführungen der Parteien ist einzugehen, soweit sie sich für die Entscheidungsfindung als relevant erweisen.

Nach durchgeführter Hauptverhandlung ist das Verfahren spruchreif.

Erwägungen

I. Prozessuales

Mit Eingabe vom 19. Januar 2018 beantragt die Beklagte, act. 49 Rz. 7-90 und Rz. 118-128 (Stellungnahme zu Noven und Widerklageduplik vom 5. Januar 2018) sowie act. 50/1-16, 20-28 (Beilagen) seien aus dem Recht zu weisen, im Wesentlichen mit der Begründung, die Stellungnahme sei verspätet erfolgt und enthalte unzulässige Noven, nachdem der Aktenschluss bezüglich Hauptverfahren bereits mit der Duplik vom 13. Oktober 2017 (act. 44) eingetreten sei (act. 53 Rz. 4, 5, 7). Aus den gerügten Passagen der genannten Widerklageduplik vom 5. Januar 2018 wird nachfolgend einzig auf act. 49 Rz. 119 abzustellen sein. Dort anerkennt die Klägerin, eine Mastix-Sanierung (Schutzanstrich) ausgeschrieben und zwischenzeitlich durchgeführt zu haben (act. 49 Rz. 119). Damit nimmt sie Bezug auf eine entsprechende Behauptung der Beklagten in der Duplik vom

13. Oktober 2017 (act. 44 Rz. 31, 199). Würde die Widerklageduplik vom 5. Januar 2018 (teilweise) aus dem Recht gewiesen, gälte die entsprechende Behauptung der Beklagten in der Duplik vom 13. Oktober 2017 mangels Bestreitung als anerkannt. In der Sache würde sich an der Aktenlage somit nichts ändern. Von Weiterungen ist deshalb abzusehen, und die Widerklageduplik vom 5. Januar 2018 ist als Ganzes im Recht zu belassen, zumal nicht zum Nachteil der Beklagten darauf abgestellt wird.

Auf die Noveneingaben der Klägerin vom 26. April 2018 (act. 59; act. 60/1-2), 3. Mai 2018 (act. 61; act. 62/1) und 26. Juni 2018 (act. 64; act. 65/1) ist im Rahmen der weiteren Begründung einzugehen (Ziffer II.6.2 unten). Aus den Ausführungen der Parteien anlässlich der Hauptverhandlung ergeben sich jedenfalls keine Noven, welche entscheidungsrelevant wären.

II. Hauptklage

1. Zuständigkeit

1.1. Internationale Zuständigkeit

Die Parteien haben ihren Sitz in unterschiedlichen Staaten. Demnach liegt ein internationales Verhältnis vor (BGE 131 III 76 E. 2.3 S. 79-80).

Die Klägerin stützt die internationale und örtliche Zuständigkeit auf § 30.1 Anhang 1 zum Werkvertrag vom 22. März 2006 (act. 1 Rz. 9). Die Beklagte anerkennt die internationale und örtliche Zuständigkeit (act. 18 Rz. 74).

In Anhang 1 zum Werkvertrag vom 22. März 2006 haben die Parteien die folgende Vereinbarung getroffen (§ 11.7 des Werkvertrags vom 22. März 2006 i.V.m. § 30.1 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag; Übersetzung gemäss act. 3/7 – § 30 besteht nur aus dem Absatz § 30.1):

§30 Lösung von Streitigkeiten

30.1. Allfällige Streitigkeiten werden nach dem tschechischen Recht gelöst. Die Vertragsparteien verpflichten sich, Maßnahmen zu treffen, um sämtliche Streitigkeiten und Meinungsverschiedenheiten, die während der Erfüllung des Vertrags oder in Verbindung damit entstehen können, auch durch gegenseitig freundliche direkte informelle Verhandlung zu lösen. Streitigkeiten, die in diesem Wege nicht gelöst werden können, sind an zuständige allgemeine Gerichtsbarkeit zur Entscheidung zu übergeben.

Das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (LugÜ) ist für die Europäische Union am 1. Januar 2010, für die Schweiz am 1. Januar 2011 in Kraft getreten. Gemäss Art. 63 Abs. 1 LugÜ entscheidet der Zeitpunkt der Klageerhebung über die Anwendbarkeit des Übereinkommens. Dabei kommt es auf den Zeitpunkt des Abschlusses einer Gerichtsstandsklausel nicht an (BGE 124 III 436 E. 4a S. 441-442; EuGH, Urteil vom 13. November 1979, Rs. 25/79, Slg. 1979, 3423, Rz. 6). Da beide Parteien ihren Sitz im Hoheitsgebiet von durch das Übereinkommen vom 20. Oktober 2007 gebundenen Staaten haben, richtet sich die Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 23 LugÜ.

Mit Beschluss vom 24. März 2015 erklärte sich das Bezirksgericht *Ostrava CZ* aufgrund der genannten Klausel in § 30.1 Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag für die Klage der Klägerin gegen die Beklagte als international unzuständig (act. 1 Rz. 10; act. 18 Rz. 75; act. 19/3). Auf Rechtsmittel der Klägerin hin schützte das Obergericht *Olomouc CZ* (Olmütz) mit Beschluss vom 2. Juni 2015 den Unzuständigkeitsentscheid (act. 1 Rz. 10; act. 18 Rz. 75; act. 19/4). Beide Instanzen legten die Vereinbarung als reziproke Gerichtsstandsvereinbarung aus, wonach in Abhängigkeit von der Parteirollenverteilung jeweils der allgemeine Gerichtsstand der beklagten Partei als Forum gilt (act. 1 Rz. 9, 10; act. 19/3; act. 19/4).

Gemäss Art. 23 Abs. 1 LugÜ können die Parteien in den dort genannten Formen die Zuständigkeit eines Gerichts oder der Gerichte eines durch das Übereinkommen gebundenen Staates über eine bereits entstandene Rechtsstreitigkeit oder über eine künftige aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit vereinbaren; dieses Gericht oder die Gerichte dieses Staates sind ausschliesslich zuständig, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Zulässig ist auch die Vereinbarung der Zuständigkeit mehrerer Gerichte sowie insbesondere die wechselseitige Vereinbarung der allgemeinen Zuständigkeit nach Art. 2 Abs. 1 LugÜ (reziproke Gerichtsstandsvereinbarung; EuGH, Urteil vom 9. November 1978, Rs. 23/78, Slg. 1978, 2134, Rz. 5).

§ 30.1 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag erfüllt das Schriftformerfordernis von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a LugÜ. In der Sache folgen die Parteien der Auslegung durch die tschechischen Gerichtsbarkeit, wonach der allgemeine Gerichtsstand der beklagten Partei als vereinbart gilt (act. 1 Rz. 9; act. 18 Rz. 74, 75; act. 40 Rz. 364, 365; act. 19/3; act. 19/4). Es besteht kein Anlass, von dieser übereinstimmenden Auslegung abzuweichen. Zudem haben die tschechischen Gerichte eine ausführliche Auslegung der Gerichtsstandsvereinbarung vorgenommen.

Gestützt auf § 30.1 Anhang 1 des Werkvertrags vom 22. März 2006 ist die internationale Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte gegeben.

1.2. Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 112 Abs. 1 IPRG, nachdem es sich um eine vertragsrechtliche Streitigkeit handelt. Art. 23 Abs. 1 LugÜ regelt nur die internationale Zuständigkeit und überlässt die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit der *lex fori* (BERNHARD BERGER, in: Lugano-Übereinkommen, Basler Kommentar, hrsg. von Christian Oetiker/Thomas Weibel, 2. Aufl. 2016, N. 32 zu Art. 23 LugÜ). Entgegen der Ansicht der Klägerin liegt lediglich eine Vereinbarung der internationalen, nicht auch der örtlichen Zuständigkeit vor. Anders lässt sich das Adjektiv "zuständig" in § 30.1 Satz 3 Anhang 1 des Werkvertrags vom 22. März 2006 nicht verstehen. Folgerichtig hat auch das tschechische erstinstanzliche Gericht die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit dem schweizerischen Prozessrecht überlassen (act. 19/3 S. 14). Für die Hauptklage sind damit die Gerichte des Kantons Zürich zuständig.

1.3. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit ist zwischen den Parteien unbestritten geblieben, jedoch von Amtes wegen zu prüfen (BGE 138 III 471 E. 3.1 S. 477-478). Das Handelsgericht ist als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig (Art. 6 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG). Eine Streitigkeit gilt als handelsrechtlich, wenn (i) beide Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind, (ii) die geschäftli-

che Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist und (iii) gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht (Art. 6 Abs. 2 lit. a-c ZPO; BGE 139 III 67 E. 1.2 S. 69-70). Die Zuständigkeit des Handelsgerichts ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Klage im vereinfachten Verfahren zu behandeln ist (Art. 243 Abs. 3 ZPO; BGE 143 III 137 E. 2.2 S. 139-140).

Die Klägerin ist im tschechischen Handelsregister, die Beklagte im schweizerischen Handelsregister eingetragen. Die Streitigkeit betrifft die geschäftlichen Tätigkeiten beider Parteien. Die übrigen Voraussetzungen für die sachliche Zuständigkeit sind ebenfalls erfüllt.

Die sachliche Zuständigkeit ist gestützt auf Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG gegeben.

2. Anwendbares Recht

Gemäss Art. 116 Abs. 1 IPRG untersteht der Vertrag in erster Linie dem von den Parteien gewählten Recht. Die Parteien vereinbarten in § 30.1 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag die Anwendbarkeit des tschechischen Rechts (act. 1 Rz. 8; act. 18 Rz. 74; act. 40 Rz. 462; act. 3/6). Somit ist auf die vorliegende Streitigkeit das tschechische Recht anwendbar.

Bei vermögensrechtlichen Ansprüchen kann der Nachweis des anzuwendenden ausländischen Rechts den Parteien überbunden werden (Art. 16 Abs. 1 Satz 3 IPRG). Das Gericht kann von den Parteien eine weitergehende Mitwirkung verlangen als bei nichtvermögensrechtlichen Ansprüchen (BGE 128 III 346 E. 3.2.2 S. 351-352). Mit Verfügung vom 31. März 2017 wurde den Parteien der Nachweis des ausländischen Rechts überbunden (act. 35).

Der Inhalt des ausländischen Rechts ist somit ebenfalls Beweisgegenstand (Art. 150 Abs. 2 ZPO). Die Parteien haben Ausführungen in ihren Rechtsschriften gemacht sowie Übersetzungen von Gesetzestexten und Gerichtsentscheidungen ins Recht gelegt. Ein Rechtsgutachten hat keine der Parteien beantragt. Das Gericht stützt sich bei der Anwendung des tschechischen Rechts auf die Darstellungen und Urkunden der Parteien.

3. Zulässigkeit der Rechtsbegehren

3.1. Allgemeines

Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO muss die Klage insbesondere ein Rechtsbegehren enthalten. Dieses muss hinreichend bestimmt sein, ansonsten auf die Klage bzw. das Rechtsbegehren nicht einzutreten ist (BGE 142 III 683 E. 5.4 S. 689-690; vgl. auch BGE 143 III 254 E. 3.7 S. 261). Der Bestimmtheitsgrundsatz erfüllt drei Funktionen. Erstens fixiert das Rechtsbegehren zusammen mit dem tatsächlichen Klagefundament den Streitgegenstand (Urteil des Bundesgerichts 4A_686/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.1; LEUENBERGER, a.a.O., N. 29 zu Art. 221 ZPO; DANIEL FÜLLEMANN, in: DIKE-Kommentar-ZPO, hrsg. von Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander, 2. Aufl. 2016, N. 4 zu Art. 84 ZPO). Zweitens dient der Bestimmtheitsgrundsatz der Wahrung des rechtlichen Gehörs der Gegenpartei, welche wissen muss, wogegen sie sich zu verteidigen hat (Urteil des Bundesgerichts 4A_686/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.1; CHRISTOPH LEUENBERGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], hrsg. von Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, 3. Aufl. 2016, N. 29 zu Art. 221 ZPO; FÜLLEMANN, in: DIKE-Kommentar-ZPO, a.a.O., N. 4 zu Art. 84 ZPO). Drittens muss schliesslich das aufgrund des Rechtsbegehrens zu fällende Urteil die Zwangsvollstreckung ermöglichen, ohne dass es dazu weiterer Abklärungen bedarf (Urteil des Bundesgerichts 4A_686/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.1; THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2017, N 1036). Der letzte Grundsatz ist insbesondere bei nicht auf Geldleistung gerichteten Klagen, bei denen keine eigentliche Bezifferung möglich ist, von grosser Bedeutung (SUTTER-SOMM, a.a.O., N 523). Die Formulierung des Rechtsbegehrens muss so bestimmt sein, dass diese bei Gutheissung unverändert zum Urteil erhoben und das Urteil vollstreckt werden könnte (Bestimmtheitsgrundsatz; BGE 142 III 102 E. 5.3.1 S. 107-108; BGE 137 III 617 E. 4.3 S. 619; Urteil des Bundesgerichts 4A_686/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.1; LEUENBERGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], hrsg. von Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N. 28 zu Art. 59 ZPO; SAMUEL BAUM-

GARTNER/ANNETTE DOLGE/ALEXANDER R. MARKUS/KARL SPÜHLER, a.a.O., 7. Kapitel N 64, 67; SUTTER-SOMM, a.a.O., N 523, 1032).

Die Rechtsbegehren Ziff. 1-3 sind möglicherweise am Standort des streitgegenständlichen Pumpspeicherwerks in der Tschechischen Republik zu vollstrecken. Damit stellt sich die Frage, nach welchem Recht die Vollstreckbarkeit der Rechtsbegehren zu beurteilen ist. Gemäss Art. 38 Abs. 1 LugÜ werden die in einem durch das Übereinkommen gebundenen Staat ergangenen Entscheidungen, die in diesem Staat vollstreckbar sind, in einem anderen durch das Übereinkommen gebundenen Staat vollstreckt, wenn sie dort auf Antrag eines Berechtigten für vollstreckbar erklärt worden sind. Die Vollstreckung der Entscheidung im Vollstreckungsstaat setzt somit deren Vollstreckbarkeit im Urteilsstaat voraus (EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2011, Rs. C-139/10, Slg. 2011, I-9527, Rz. 38; vom 28. April 2009, Rs. C-420/07, Rz. 66; vom 29. April 1999, Rs. C-267/97, Slg. 1999, I-2562, Rz. 23). Bei der Vollstreckung einer Entscheidung in einem anderen Staat können dieser weder Rechtswirkungen zuerkannt werden, die sie im Urteilsstaat nicht hat, noch solche, die eine Entscheidung derselben Art des Vollstreckungsstaats nicht erzeugen würde (EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2011, Rs. C-139/10, Slg. 2011, I-9527, Rz. 38; vom 28. April 2009, Rs. C-420/07, Rz. 66). Somit gelten auch vorliegend die Anforderungen des schweizerischen Prozessrechts an die Vollstreckbarkeit. Offen bleiben muss, ob im vorliegenden Erkenntnisverfahren darüber hinaus auch bereits allfällige (strengere) Anforderungen des tschechischen Rechts berücksichtigt werden müssten, denn keine der Parteien legt dar, dass nach tschechischem Recht andere Anforderungen an die Vollstreckbarkeit eines Entscheids gelten. Das Risiko der Unmöglichkeit der Vollstreckung im Vollstreckungsstaat muss die obsiegende Partei tragen.

Bei der Prüfung, ob das Rechtsbegehren dem Bestimmtheitsgrundsatz genügt, ist dieses unter Berücksichtigung der Parteibehauptungen nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) auszulegen (CHRISTOPH HURNI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, 2012, N. 18 zu Art. 58 ZPO). Bei Tatsachenbehauptungen genügt eine Partei ihrer Substantiierungsobliegenheit mit der blossen Verweisung auf Beilagen in der Regel nicht (Urteil des Bundesgerichts

4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.1; 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5; 5A_61/2015 vom 20. Mai 2015 E. 4.2.1.3; 4A_317/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 2.2). Allerdings schliesst es die Substantiierungsobliegenheit auch nicht aus, in den Schriftsätzen auf Beilagen zu verweisen, ohne diese auch in jene zu inkorporieren, was zum Zwecke der Übersichtlichkeit unter Umständen gar geboten sein kann (Urteil des Bundesgerichts 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 3.4; 4A_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2). Dieser Grundsatz lässt sich auf den Bestimmtheitsgrundsatz bei der Formulierung von Rechtsbegehren übertragen. Dagegen ist die für Tatsachenbehauptungen gültige Relativierung der Substantiierungsobliegenheit, wonach eine Partei dieser genüge, wenn eine Tatsache "in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen" (BGE 136 III 322 E. 3.4.2 S. 327-328) behaupte, nicht zu übernehmen. Bei der Substantiierung von Tatsachenbehauptungen geht es insbesondere darum, dass die Gegenpartei diese substantiiert bestreiten kann (BGE 136 III 322 E. 3.4.2 S. 327-328; BGE 127 III 365 E. 2b S. 368; BGE 117 II 113 E. 2 S. 113-114). Beim Bestimmtheitsgrundsatz ist jedoch auch die Vollstreckbarkeit vom Zweck mitumfasst. Die Anforderungen an die Bestimmtheit eines Rechtsbegehrens sind demnach entsprechend hoch.

3.2. Rechtsbegehren Ziffer 1 und 3

Mit Rechtsbegehren Ziffer 1 verlangt die Klägerin eine umfassende Instandsetzung des Asphaltbeton-Mantels des Oberbeckens des streitgegenständlichen Pumpspeicherwerkes im ganzen Umfang der Böschungen des Oberbeckens des Wasserwerkes. Dagegen wendet die Beklagte ein, selbst wenn ein Anspruch der Klägerin auf Nachbesserung bestünde, wäre die Klägerin nicht berechtigt, der Beklagten die Art der Nachbesserung vorzuschreiben (act. 18 Rz. 58, 59; act. 44 Rz. 293, 294).

Die Parteien sind sich insoweit einig, als nach dem anwendbaren tschechischen Recht kein Anspruch auf eine spezifische Art und Weise der Behebung von Mängeln besteht (act. 18 Rz. 41; act. 40 Rz. 238, 318, 343, 344, 441; act. 44 Rz. 217, 221, 288, 293, 294, 384; Ob.Ger. CZ, Urteil vom 4. Januar 2017, Az. 23 Cdo

2618/2016, act. 41/18; vom 20. April 2010, Az. 33 Cdo 3948/2007, act. 41/33; vom 29. März 2007, Az. 32 Odo 1644/2005, act. 19/11). Demzufolge hat das den Unternehmer zu einer Nachbesserung verurteilende Dispositiv lediglich den Mangel genau zu bezeichnen, darf jedoch dem Unternehmer die Art der Nachbesserung nicht vorschreiben (Urteil des Bundesgerichts 4C.298/1996 vom 16. Mai 1997, SJZ 93 [1997], 351; OLG Celle, Urteil vom 9. November 2000, Az. 14 U 35/00, abrufbar unter <<http://rechtsprechung.niedersachsen.de/>>; ROGER BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Zürich/St. Gallen 2007, N 469; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N 1803). Ein entsprechendes Rechtsbegehren ist unzulässig (BRÄNDLI, a.a.O., N 857). Die Klägerin stellt sich allerdings auf den Standpunkt, sie sei zum Eingreifen berechtigt, da die Reparaturvorschläge der Beklagten unangemessen bzw. untauglich seien (act. 40 Rz. 239, 345, 346).

Aus den von der Beklagten referierten tschechischen Gerichtsentscheidungen ergibt sich, dass der Unternehmer in einer Weise vorgehen muss, welche die Beseitigung des Mangels gewährleistet, und der Besteller entsprechend zu verlangen berechtigt ist, dass der Mangel derart behoben wird, wie es der Natur des Mangels entspricht (act. 40 Rz. 318, 344; Ob.Ger. CZ, Urteil vom 4. Januar 2017, Az. 23 Cdo 2618/2016, act. 41/18; vom 20. April 2010, Az. 33 Cdo 3948/2007, act. 41/33). Gerichtliche Anordnungen sind hingegen einzig dort denkbar, wo technisch lediglich *eine bestimmte Art und Weise* der Mängelbeseitigung in Betracht kommt (BRÄNDLI, a.a.O., N 470 m.Nw. aus der deutschen Rechtsprechung). Bereits bei Vorliegen von zwei Möglichkeiten der Mängelbeseitigung verletzt eine entsprechende Anordnung das Recht des Unternehmers, die Art und Weise der Mängelbeseitigung zu bestimmen. Zu seiner Vollstreckbarkeit muss das Dispositiv zudem so bestimmt gefasst sein, dass die Vollstreckungsbehörde nötigenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen überprüfen kann, ob der Unternehmer seiner Nachbesserungsverpflichtung ordnungsgemäss nachgekommen ist (OLG Celle, Urteil vom 9. November 2000, Az. 14 U 35/00; MARK SEIBEL, in: Zivilprozessordnung, begr. v. Richard Zöllner, 32. Aufl. 2018, N. 7 zu § 756 dZPO).

Das Rechtsbegehren Ziffer 1 enthält keine genaue Beschreibung des Mangels, sondern gibt die Vorgehensweise der Mängelbeseitigung vor. Damit könnte es nicht unverändert zum Urteil erhoben werden, so dass das Urteil anschliessend vollstreckt werden könnte. Die Klägerin vermag weder darzulegen, noch ist ersichtlich, inwiefern technisch bedingt lediglich eine einzige Möglichkeit der Mängelbeseitigung besteht. Schliesslich ist die Erfüllung der Nachbesserungsverpflichtung durch die Vollstreckungsbehörde nicht überprüfbar, da es dem Rechtsbegehren an einer hinreichend bestimmten Umschreibung des Leistungserfolgs fehlt. Die Vollstreckungsbehörde wird keine Bauüberwachung durchführen, sondern lediglich das Ergebnis überprüfen.

Die Formulierung des Dispositivtexts braucht allerdings nicht wörtlich mit jener des Rechtsbegehrens überein zu stimmen (HURNI, a.a.O., N. 38 zu Art. 58 ZPO). Die Auslegung des Rechtsbegehrens unter Berücksichtigung der gesamten Ausführungen der Klägerin in ihren Rechtsschriften ergibt, dass die Klägerin die Neuherstellung eines Werkteils mit geänderten Parametern verlangt, da sie der Ansicht ist, beim erstellten Werk seien verschiedene Parameter nicht eingehalten oder falsch gewählt worden. Die Beklagte macht denn auch nicht in erster Linie geltend, Rechtsbegehren Ziffer 1 sei zu unbestimmt, sondern argumentiert, die Klägerin verfüge über keinen Anspruch auf eine praktische Neudurchführung der Sanierung des Jahres 2007 (act. 18 Rz. 58-62; vgl. jedoch act. 44 Rz. 221). Der Beklagten ist somit klar, was die Klägerin mit Rechtsbegehren Ziffer 1 von ihr verlangt (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5A_390/2017 vom 23. Mai 2018 E. 2.3.1).

Im Ergebnis ist auf das Rechtsbegehren Ziffer 1 einzutreten.

Mit Rechtsbegehren Ziffer 3 verlangt die Klägerin die Verpflichtung der Beklagten zum Abschluss der umfassenden Instandsetzung des Asphaltbeton-Mantels des Oberbeckens des streitgegenständlichen Pumpspeicherwerkes innerhalb von fünfzehn Monaten ab der Rechtskraft des Urteils. Dabei stützt sich die Beklagte auf § 3.1 des Werkvertrags vom 22. März 2006, welcher ebenfalls eine Frist von 15 Monaten vorsehe (act. 40 Rz. 452; act. 3/6). Ein solcher Antrag auf Nachbesserung innert der verlangten Frist ist formell zulässig.

3.3. Rechtsbegehren Ziffer 2

Mit Rechtsbegehren Ziffer 2 verlangt die Klägerin die Einhaltung der Bestimmungen des Werkvertrags vom 22. März 2006 bei der Durchführung der umfassenden Instandsetzung des Asphaltbeton-Mantels des Oberbeckens des streitgegenständlichen Pumpspeicherwerkes. Dagegen wendet die Beklagte ein, das Rechtsbegehren sei zu unbestimmt und zu wenig substantiiert; mangels genügender Bestimmtheit könne auf diesen Antrag nicht eingetreten werden (act. 18 Rz. 64; act. 44 Rz. 294).

Das Rechtsbegehren stellt wie die Tatsachenbehauptungen einen notwendigen Inhalt der Klageschrift dar (Art. 221 Abs. 1 lit. b und d ZPO). Ein globaler Verweis auf Beilagen vermag substantiierte Vorbringen in der Rechtsschrift nicht zu ersetzen (Ziffer II.3.1 oben). Mit der umfassenden Inkorporierung des Werkvertrags vom 22. März 2006 samt Anlagen unter lediglich nicht abschliessender Nennung der von ihr als besonders relevant erachteten Bestimmungen und Anlagen kommt die Klägerin den Bestimmtheitsanforderungen des Rechtsbegehrens nicht nach. Bei der Gutheissung des Rechtsbegehrens Ziffer 2 wäre es der mit der Vollstreckung betrauten Behörde selbst unter Beizug einer sachverständigen Person nicht möglich, die Erfüllung der Nachbesserungsverpflichtung durch die Beklagte zu überprüfen. Der Gegenpartei und dem Gericht ist es nicht zumutbar, den Gegenstand des Rechtsbegehrens aus den Behauptungen im Einzelnen zusammenzusuchen, soweit sich daraus überhaupt eindeutig ergibt, welche Parameter die Beklagte nach der Ansicht der Klägerin einzuhalten hätte. Im Unterschied zum Rechtsbegehren Ziffer 1 entfällt damit auch die Möglichkeit, das Rechtsbegehren im Hinblick auf die Formulierung des Dispositivs zu konkretisieren.

Im Ergebnis ist auf das Rechtsbegehren Ziffer 2 nicht einzutreten.

3.4. Rechtsbegehren Ziffer 4

Mit Rechtsbegehren Ziffer 4 verlangt die Klägerin, die Beklagte sei zur Bevorschussung der Kosten der Ersatzvornahme von CZK 205'000'000 zu verpflichten, falls die Beklagte einer Verurteilung zur Vornahme einer umfassenden Instand-

setzung des Asphaltbeton-Mantels des Oberbeckens des streitgegenständlichen Pumpspeicherwerkes innerhalb der Frist nicht nachkomme. In rechtlicher Hinsicht stützt sich die Klägerin auf Art. 236 Abs. 3 i.V.m. Art. 343 Abs. 1 lit. e ZPO, wonach das mit dem Erkenntnisverfahren befasste Gericht auf Begehren der obsiegenden Partei (u.a.) die Ersatzvornahme als Vollstreckungsmassnahme anordnen kann (act. 40 Rz. 453). Dabei könne das Gericht die unterliegende Partei zur Bevorschussung der Kosten der obsiegenden Partei verpflichten (act. 40 Rz. 453, 454).

Im schweizerischen Recht gewährt Art. 366 Abs. 2 OR dem Besteller während der Ausführung des Werks das Recht zur Ersatzvornahme nach Ansetzung einer angemessenen Frist mit einer entsprechenden Androhung. Diese Regel wurde richterrechtlich zunächst darum erweitert, dass dem Besteller in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR auch im Rahmen des Nachbesserungsrechts von Art. 368 Abs. 2 OR ein entsprechendes Recht zur Ersatzvornahme einzuräumen ist (BGE 107 II 50 E. 3 S. 55-56), sodann darum, dass der Besteller vom Unternehmer verlangen kann, ihm die Kosten für die Ersatzvornahme vorzuschüssen (BGE 136 III 273 E. 2.4 S. 275-276; BGE 128 III 416 E. 4.2.2 S. 418). Rechtsbegehren Ziffer 4 lehnt sich offensichtlich an in Anwendung dieses Anspruchs des schweizerischen Werkvertragsrechts verwendete Formulierungen an (vgl. act. 40 Rz. 454), folgt doch auf den Kostenvorschuss in der Regel ein Abrechnungsprozess, wenn nach Durchführung der Ersatzvornahme die Kosten definitiv feststehen (BGE 141 III 257 E. 3.3 S. 259-261).

Im tschechischen Recht ist die genannte Rechtsprechung indessen nicht anwendbar, da es an einem entsprechenden materiellen Anspruch fehlt. Ein solcher könnte sich lediglich auf § 15.9 und 15.10 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag (s. Ziffer II.5.1 unten) stützen (act. 40 Rz. 453). Indessen gewährt die genannte Bestimmung der Klägerin nur Anspruch auf Kostenersatz, wie dies für das schweizerische Werkvertragsrecht in BGE 107 II 50 begründet worden ist. Daraus ergibt sich jedoch noch kein Anspruch auf Bevorschussung der prospektiven Kosten der Ersatzvornahme. Einen Anspruch auf Bevorschussung der Ersatzvornahme aus dem tschechischen Recht oder aus dem Werkvertrag hat die Klägerin nicht darge-

tan. Die in BGE 128 III 416 als Richterrecht begründete Regel gilt nur bei der Anwendung des schweizerischen Werkvertragsrechts. Eine entsprechende (gesetzliche oder richterrechtliche) Regel des tschechischen Werkvertragsrechts ist von den Parteien nicht dargetan. Demnach besteht vorliegend aus dem materiellen Recht kein Anspruch auf Bevorschussung. Die Klägerin beruft sich auf das schweizerische Prozessrecht.

Gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. e ZPO kann das Vollstreckungsgericht eine Ersatzvornahme anordnen. In diesem Zusammenhang stellt sich ebenfalls das Problem des Verhältnisses zwischen der Höhe eines Kostenvorschusses und den tatsächlichen Kosten (BGE 141 III 257 E. 3.2 S. 259-261). Das Schrifttum geht davon aus, dass das Vollstreckungsgericht im Zusammenhang mit der Ermächtigung zur Ersatzvornahme die unterlegene Partei auch dazu verpflichten kann, der obsiegenden Partei die Kosten der Ersatzvornahme vorzuschüssen (DANIEL STAEHELIN, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], hrsg. von Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N. 28 zu Art. 343 ZPO; ZINSLI, in: Basler Kommentar Zivilprozessordnung, a.a.O., N. 32 zu Art. 343 ZPO; MELANIE HUBER, Die Vollstreckung von Urteilen nach der Schweizerischen ZPO, Zürich/St. Gallen 2016, N 475, 476; FRANZ KELLERHALS, in: Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., N. 76 zu Art. 343 ZPO; RETO M. JENNY, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, DIKE-Kommentar, a.a.O., N. 27 zu Art. 343 ZPO; WOLFGANG WIEGAND, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, 6. Aufl. 2015, N. 7 zu Art. 98 OR; ROLF H. WEBER, in: Berner Kommentar, 2000, N. 80 zu Art. 98 OR; BOMMER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Handkommentar, a.a.O., N. 12 zu Art. 343 ZPO). Als Vollstreckungsmassnahme setzt die Ersatzvornahme voraus, dass (im Falle der indirekten Vollstreckung) bereits ein Leistungsurteil besteht oder (im Falle der indirekten Vollstreckung) gleichzeitig ein Leistungsbegehren gestellt wird (BGE 142 III 321 E. 4.2 S. 324-325, E. 4.5 S. 328). Wählt der Kläger den Weg der direkten Vollstreckung, setzt dies "nach dem Wortlaut von Art. 221 Abs. 1 lit. b und Art. 236 Abs. 3 ZPO allerdings einen genügenden Antrag sowohl in der Hauptsache als auch bezüglich der Vollstreckung voraus" (BGE 142 III 321 E. 4.2 S. 324-325). Zudem ist bei einer bedingten oder von einer Gegenleistung

abhängigen Leistung eine direkte Vollstreckung nicht möglich, da das Vollstreckungsgericht gemäss Art. 342 ZPO zunächst feststellen muss, dass die Bedingung eingetreten ist oder die Gegenleistung gehörig angeboten, erbracht oder sichergestellt worden ist (HUBER, a.a.O., N 272; LORENZ DROESE, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., N. 8 zu Art. 337 ZPO; LAURENT KILLIAS, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, a.a.O., N. 42 zu Art. 236 ZPO; SUTTER-SOMM, a.a.O., N 1529; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2016, N 13.15).

Die Klägerin stellt in Ziffer 1 des Rechtsbegehrens zwar ein Leistungsbegehren und kann damit grundsätzlich Vollstreckungsmassnahmen wie die Ersatzvornahme beantragen. Es fehlt jedoch an einem Begehren um Ermächtigung zur Ersatzvornahme. Entsprechend findet sich ein solches auch nicht begründet. Vielmehr verlangt die Bevorschussung der Kosten der Ersatzvornahme, wenn die Beklagte ihre Verpflichtung nicht innerhalb einer Frist von fünfzehn Monaten ab Rechtskraft erfüllt. Als Vollstreckungsmassnahme ist eine Kostenbevorschussung jedoch nur im Rahmen einer zulässigen Ersatzvornahme zulässig. Da es an einem entsprechenden Antrag fehlt, entfällt auch die Möglichkeit einer Kostenbevorschussung. Für das von der Klägerin gestellte Begehren um Kostenbevorschussung besteht kein rechtlicher Anspruch.

Im Ergebnis ist das Rechtsbegehren Ziffer 4 daher abzuweisen. Im Übrigen wäre das Rechtsbegehren Ziffer 4 auch deshalb abzuweisen, weil ohnehin kein Nachbesserungsanspruch besteht (BGE 130 III 302 E. 3.3 S. 306 = Pra 93 [2004] Nr. 130), wie unten aufzuzeigen ist (Ziffer II.6 unten).

3.5. Rechtsbegehren Ziffer 5

Mit Rechtsbegehren Ziffer 5 verlangt die Klägerin die Vormerknahme eines Nachklagevorbehalts.

Gemäss Art. 58 Abs. 1 ZPO gilt im Zivilprozess der Dispositionsgrundsatz. Deshalb kann der Kläger auch lediglich eine Teilklage erheben (Art. 86 ZPO). Die ma-

terielle Rechtskraft des Urteils über die Teilklage beschränkt sich dabei auf den eingeklagten Teilanspruch (Urteil des Bundesgerichts 4A_401/2011 vom 18. Januar 2012 E. 4; 4A_209/2007 vom 5. September 2007 E. 2.2.2; FÜLLEMANN, in: DIKE-Kommentar-ZPO, a.a.O., N. 9 zu Art. 86 ZPO; ALEXANDER R. MARKUS, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Band I, a.a.O., N. 10 zu Art. 86 ZPO; FLORIAN MOHS, ZPO Kommentar, hrsg. von Myriam A. Gehri/Ingrid Jent-Sørensen, 2. Aufl. 2015, N. 5 zu Art. 86 ZPO; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., § 14 Rz. 39; SUTTER-SOMM, a.a.O., N 548; HANS ULRICH WALDER-RICHLI/BÉATRICE GROB-ANDERMACHER, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2009, § 26 N 37). Das Anbringen eines ausdrücklichen Nachklagevorbehalts ist (auch) bei (echten) Teilklagen grundsätzlich nicht erforderlich, im Einzelfall jedoch empfehlenswert, damit aus der Beschränkung der Klage auf einen Teil des Anspruchs nicht ausnahmsweise ein stillschweigender Verzicht hergeleitet werden kann (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG100317-O vom 2. November 2015 E. 1.3, abrufbar unter <www.gerichte-zh.ch/entscheide/>; FÜLLEMANN, in: DIKE-Kommentar-ZPO, a.a.O., N. 4 zu Art. 86 ZPO; MARKUS, a.a.O., N. 10, 11 zu Art. 86 ZPO; FRÉDÉRIC KRAUSKOPF/CHIARA IMELDA WIRZ, Rechtsbegehren im Haftpflichtrecht, in: Institut für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht (Hrsg.), Das Rechtsbegehren im Zivilverfahren: Theoretische Fragen, praktische Antworten, Bern 2016, S. 51). An der Vormerknahme des Nachklagevorbehalts in das Dispositiv besteht jedoch in der Regel kein Rechtsschutzinteresse (Urteil des Bundesgerichts 4A_401/2011 vom 18. Januar 2012 E. 4). Ein solches hat die Klägerin vorliegend nicht dargetan.

Im Ergebnis ist auf Rechtsbegehren Ziffer 5 nicht einzutreten.

3.6. Zwischenergebnis

Auf die Rechtsbegehren Ziffer 2 und 5 der Klage ist nicht einzutreten. Das Rechtsbegehren Ziffer 4 ist abzuweisen.

4. Verjährung

4.1. Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung (act. 18 Rz. 23, 53, 55, 56).

4.2. Der Werkvertrag vom 22. März 2006 enthält folgende Bestimmung (Übersetzung gemäss act. 4/6):

10.1. Der § 15 der Bedingungen des Werkvertrags der A. _____ „Rechte aus Haftung für Mängel des Werkes“ wird ergänzt:

10.1.1. Die Auftragnehmerin haftet für die Mängel des Teiles des Werkes I) – Instandsetzung des AB Mantels, für die für die Dauer von 7 Jahren /84 Monaten/ ab der vorläufigen Übergabe und Übernahme des Werkes durch die Auftraggeberin. Während der gesamten Dauer der Gewährleistungsfrist wird die Auftraggeberin am Werk keine Instandhaltungsarbeiten durchführen. Diese Bestimmung betrifft nicht die im folgenden Artikel 10.1.2 aufgeführten Positionen des Teiles des Werkes I).

10.1.2. Die Auftragnehmerin haftet für die Mängel, die binnen 5 Jahren /60 Monate/ nach Inbetriebnahme festgestellt werden.

■ des Teils des Werkes II) /Abs. 2.2 des Vertrags – Instandsetzung der Verkehrswege im gesamten Umfang

■ des Teils des Werkes I) /Abs. 2.1 des Vertrags - / Position 6) Demontage, Instandsetzung und Montage der Messpunkte der sicherheitstechnischen Aufsicht auf dem Weg um den Oberbecken Demontage, Position 7) Instandsetzung und Montage der Messpunkte der sicherheitstechnischen Aufsicht auf dem AB Mantel des Oberbeckens und Position 8) Austausch des Geländers des Oberbeckens in einer Länge von 1800 m, wie in der Anlage Nr. 4 WVG „Preisanalyse, Mengenermittlung“ aufgeführt wird,

Die Beklagte vertritt die Ansicht, mit dieser Bestimmung hätten die Parteien neben der Rüge- auch die Verjährungsfrist für die Mängelhaftung festgelegt (act. 18 Rz. 27, 46). Dies ergebe sich auch aus § 10.9 des Werkvertrages, wo stehe, dass mit der vorläufigen Übergabe und Übernahme des Teils des Werkes sämtliche Rechtsfolgen (z.B. der Beginn der Gewährleistungsfrist) verbunden seien; zu diesen Rechtsfolgen des Mängelhaftungsrechts gehöre auch die verspätete Geltendmachung eines angeblichen Mängelhaftungsanspruchs vor einem zuständigen Gericht (act. 18 Rz. 47). Sie entspreche auch dem Rechtsverständnis der Klägerin, welche den Vertrag seinerzeit verfasst und die laufende Verjährungsfrist mit ihrer Klage am 14. August 2014 beim Regionalgericht Ostrava rund 5 Tage vor deren Ablauf gerichtlich unterbrechen wollen habe (act. 18 Rz. 48 Abs. 1, Rz. 50). Auch die Gewährleistungsgarantie habe nach dem Verständnis der Klägerin über den Zeitraum der Verjährungsfrist mit einer Laufzeit von 7 Jahren (+ 1 Monat) in Kraft sein müssen (act. 18 Rz. 48 Abs. 2).

Die Klägerin vertritt die Ansicht, da es sich beim massgeblichen § 393 Abs. 2 HGB-CZ um eine zwingende Vorschrift handle, könnten die Parteien vom Zeitpunkt des Beginns der Verjährungsfrist vertraglich nicht abweichen (act. 40 Rz. 265, 431). Es handle sich um eine Garantie- und nicht (gleichzeitig) um eine Rügefrist (act. 40 Rz. 445, 446). Auch in der Rechtsschrift der Klägerin aus dem Jahre 2014 sei klarerweise die Rede von einer "Garantiefrist" und nicht von einer Verjährungsfrist (act. 40 Rz. 447).

Gemäss § 393 Abs. 2 Satz 2 HGB-CZ läuft die Verjährung bei Ansprüchen aus einer Qualitätsgarantie ab dem Tag der rechtzeitigen Meldung des Mangels während der Garantiezeit (act. 40 Rz. 264; act. 24/11). Die Verjährungsfrist beträgt vier Jahre, sofern im Gesetz nichts anderes festgelegt ist (§ 397 HGB-CZ; act. 40 Rz. 401). Die gesetzlichen Verjährungsvorschriften sind zwingend (§ 263 Abs. 1 HGB-CZ; act. 40 Rz. 22, 265; act. 24/12).

Die erste Mängelrüge der Klägerin datierte vom 31. Mai 2011 (act. 1 Rz. 27; act. 40 Rz. 60, 266; act. 3/23). Die vierjährige Verjährungsfrist lief bezüglich der mit dieser Mängelrüge geltend gemachten Mängel demnach am 31. Mai 2015 ab. Im Zeitpunkt der Klageeinleitung vom 24. März 2016 waren die Mängelrechte deshalb verjährt.

4.3. Die Klägerin macht dazu aber geltend, sie habe die Verjährung durch Prozesseinleitung vor dem unzuständigen Gericht in *Ostrava* unterbrochen (act. 40 Rz. 253) und mit der Klage vom 24. März 2016 ihre Rechtsansprüche deutlich vor Ablauf der einjährigen Verlängerung der Verjährungsfrist gewahrt (act. 40 Rz. 260).

Gemäss § 402 HGB-CZ schiebt die Einleitung eines Gerichtsverfahrens oder die Geltendmachung des Rechts in einem bereits eingeleiteten Verfahren den Lauf der Verjährungsfrist auf (act. 40 Rz. 254; act. 24/11). Die Verjährungsfrist hat jedoch nicht zu laufen aufgehört, wenn das Gericht keinen Sachentscheid fällt (§ 405 Abs. 1 HGB-CZ; act. 40 Rz. 258; act. 24/11). In diesen Fällen verlängert sich nach § 405 Abs. 2 HGB-CZ die Verjährungsfrist um ein Jahr nach Beendigung des Verfahrens, wenn die Verjährung während laufenden Prozesses einge-

treten wäre oder sofern diese Verjährungsfrist nach Ergehen des Nicht-Sachentscheids weniger als ein Jahr betragen würde (act. 40 Rz. 259; act. 24/11; sog. Ablaufhemmung).

Die Klägerin vertritt unter Verweisung auf Lehre und Rechtsprechung die Ansicht, § 402 HGB-CZ verlange nicht, dass die Klageerhebung vor einem örtlich oder sachlich zuständigen Gericht erfolge (act. 40 Rz. 255, 256; act. 41/19; Ob.Ger. CZ, Urteil vom 29. Mai 2008, Az. 33 Odo 454/2006, act. 41/20). Für Prozessentscheide eines unzuständigen Gerichts sehe § 405 HGB-CZ verjährungsspezifische Spezialregeln vor (act. 40 Rz. 258, 259). Indem die Klägerin mit der Klage vom 24. März 2016 eine unverjährte Forderung eingeklagt habe, spiele Art. 63 ZPO keine Rolle, denn während laufender Verjährungsfrist könne ein Gläubiger jederzeit seinen materiellen Anspruch geltend machen; ein früherer Nichteintretensentscheid führe nicht zu materieller Rechtskraft (act. 40 Rz. 260, 261).

Die Beklagte vertritt die Ansicht, § 405 Abs. 2 HGB-CZ sei in der vorliegenden Konstellation eines internationalen Zivilprozesses nicht anwendbar (act. 44 Rz. 173, 178, 179, 384; act. 77 Rz. 15). Aufgrund seiner prozessualen Natur finde Art. 63 ZPO Anwendung, wobei die Klägerin weder die Monatsfrist eingehalten noch eine identische Eingabe eingereicht habe (act. 44 Rz. 174, 175, 179, 384; act. 77 Rz. 15). Die Frage, ob die beim unzuständigen Gericht in *Ostrava* eingereichte Klage als Rechtshandlung i.S.v. § 402 HGB-CZ anzusehen sei, beurteile sich ausschliesslich nach schweizerischen Zivilprozessrecht (act. 44 Rz. 176 Abs. 2, Rz. 177, 179; act. 77 Rz. 15).

Gemäss Art. 148 Abs. 1 IPRG untersteht die Verjährung der auf die Forderung anwendbaren *lex causae*. Nach dieser beurteilt sich auch die Unterbrechungswirkung einer Klageeinleitung (Urteil der Bundesgerichts 4C.144/2005 vom 4. August 2005 E. 4; FELIX DASSER, in: Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti, 3. Aufl. 2013, N. 7, 8 zu Art. 148 IPRG; DANIEL GIRSBERGER, Verjährung und Verwirkung im internationalen Obligationenrecht – Internationales Privat- und Einheitsrecht, Zürich 1989, S. 75-76, 95). Sie entscheidet darüber, ob die fristwahrende Wirkung der Klageeinleitung bei Abschluss des Verfahrens ohne Vollstre-

ckungstitel bzw. Sachurteil wieder aufgehoben wird (GIRSBERGER, a.a.O., S. 96; vgl. auch ISABELLE BERGER-STEINER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Band I, a.a.O., N. 9 zu Art. 63 ZPO) sowie über allfällige Nachfristen zur Wiedereinbringung der Klage (GIRSBERGER, a.a.O., S. 102).

In der vorliegenden Frage kann offen bleiben, inwiefern Art. 63 ZPO rein prozessualer Natur ist. Aus dem von der Beklagten referenzierten (act. 44 Rz. 174) Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150107-O vom 26. Mai 2017 ergibt sich dies jedenfalls nicht zwingend, da es in der entsprechenden Passage um eine andere Fragestellung ging, nämlich darum, inwiefern vom unzuständigen Gericht getroffene materiellrechtliche Feststellungen mit dem Argument der Rechtsverweigerung der Anwendung von Art. 63 ZPO entgegen stehen (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150107-O vom 26. Mai 2017 E. 1.3.3.10, abrufbar unter <www.gerichte-zh.ch/entscheide/>). Im Zusammenhang mit dem Verjährungsrecht vertritt das Schrifttum jedoch vielmehr die Auffassung, soweit Art. 63 ZPO an die Stelle des im Verjährungsrecht stehenden Art. 139 aOR getreten sei, enthalte er auch eine materiellrechtliche Komponente (BERGER-STEINER, a.a.O., N. 7, 9 zu Art. 63 ZPO; das von der Beklagten in act. 18 Rz. 52 referenzierte Urteil des Bundesgerichts 4A_592/2013 vom 4. März 2014 betrifft einen rein inländischen Sachverhalt).

Entsprechend der Konzeption von Art. 148 Abs. 1 IPRG ist die Unterbrechung der Verjährungsfrist eine solche des materiellen Verjährungsrechts, auch wenn sie durch Klage erfolgt. § 405 HGB-CZ findet sich systematisch im tschechischen Handelsgesetzbuch, was auf eine materiellrechtliche Regelung hinweist. Zudem war im Verfahren in der Tschechischen Republik nicht das schweizerische, sondern das tschechische Verfahrensrecht anwendbar. Die in der Kommentierung von KOVAŘÍK genannte Konstellation, wonach eine Klage im Ausland die Rechtswirkungen von § 405 HGB-CZ auslöst (act. 40 Rz. 255; ZDENĚK KOVAŘÍK, in: JAR-MILA POKORNÁ/ZDENĚK KOVAŘÍK/ZDENĚK ČÁP, Obchodní zákoník: komentář [Handelsgesetzbuch: Kommentar], 2009; act. 41/19), liegt demnach nicht vor. Es ist eine Folge der sich aus Art. 148 Abs. 1 IPRG ergebenden internationalprivatrechtlichen Qualifikation der Verjährung als materiellrechtliche Frage, dass eine nach

§ 405 HGB-CZ erfolgte Ablaufhemmung der Verjährung vom schweizerischen Gericht zu beachten ist. Damit ist die Unterbrechungswirkung vorliegend nach § 405 HGB-CZ zu prüfen.

Der Nichteintretensentscheid des Obergerichts *Ostrava* datiert vom 2. Juni 2015 (act. 40 Rz. 260). Die Klage vom 24. März 2016 erfolgte innerhalb der einjährigen Ablaufhemmung der Verjährungsfrist von § 405 HGB-CZ. Die Verjährung der sich aus den mit Mängelrüge vom 31. Mai 2011 gerügten Mängel ergebenden Gewährleistungsrechte ist deshalb noch nicht eingetreten.

4.4. Im Ergebnis ist die Verjährungseinrede abzuweisen.

5. Verwirkung eines allfälligen Nachbesserungsanspruchs

5.1. Allgemeines

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

§15 Rechte aus Mängelhaftung

15.1 Das Werk weist Mängel auf, wenn die Ausführung des Werkes dem im Vertrag bestimmten Ergebnis, Verwendungszweck nicht entspricht, gegebenenfalls wenn es nicht die Qualitäten hat, die durch den Vertrag und allgemein verbindliche Vorschriften ausdrücklich festgelegt wurden ggf. die durch verbindliche oder vereinbarte technische Normen, nach denen das Werk ausgeführt werden soll, festgelegt wurden. Das Werk weist Rechtsmängel auf, wenn die Auftragnehmerin die Bestimmungen des § 10 dieser Geschäftsbedingungen verletzt.

15.2 Die Auftragnehmerin haftet für die Mängel des Werkes, die binnen 2 Jahren ab dessen Übergabe und Übernahme durch die Auftraggeberin festgestellt werden, soweit keine andere Gewährleistung vereinbart wird. Wenn das Werk zur Nutzung für die Realisierung eines Baus bestimmt wird, so haftet sie für die Mängel für die gleiche Dauer, während der laut allgemeiner Rechtsvorschriften Haftung für Mängel an Bauten im Verhältnis zum konkreten Vertrag besteht. Falls Projektdokumentation ein Bestandteil des Werkes ist, so hat die Auftragnehmerin der Auftraggeberin für diese Projektdokumentation eine Gewährleistung von 20 Jahren einzuräumen.

15.3 Die Auftragnehmerin haftet für die Qualität der Dokumentation (Zeichnungen, Betriebsvorschriften, Gebrauchsanweisungen, usw.) für die Dauer der Gültigkeit dieser Dokumentation.

15.4 Wird festgestellt, dass das Werk Mängel aufweist, ist die Auftraggeberin berechtigt, Mängelansprüche in folgender Reihenfolge geltend zu machen:

- a) die Behebung der Mängel durch eine neue Leistung binnen einer angemessenen Frist zu verlangen, soweit es sich um Mängel handelt, die das Werk unbenutzbar machen.
- b) die Behebung der Mängel durch eine neue Leistung im Umfang des mangelhaften Teils zu verlangen; die Auftragnehmerin ist verpflichtet, die Mängel binnen 15 Werktagen ab dem Zeitpunkt von Anerkennung der Beanstandung zu beheben, soweit die Parteien im Einzelfall keine längere Frist vereinbaren.
- c) Eine angemessene Ermäßigung aus dem Preis des Werkes zu verlangen, wobei diese Ermäßigung stets mindestens 10 % des Werkpreises betragen soll.
- d) Vom Vertrag zurückzutreten.

15.5 Die Mängelanzeige ist an die Auftragnehmerin ohne unnötige Verzögerungen nach Feststellung der Mängel schriftlich zu übermitteln. Bei Zweifeln wird davon ausgegangen, dass die Mängelanzeige an die Auftragnehmerin am dritten Tag nach der Absendung zugestellt wurde. Die Mängelanzeige muss die Beschreibung der Mängel (wie sich der Mangel auswirkt) sowie die Wahl zwischen den im Absatz 15.4 dieses Paragraphs aufgeführten Möglichkeiten enthalten.

- 15.6 Die Auftragnehmerin ist verpflichtet, zum beanstandeten Mangel spätestens binnen 5 Tagen ab der Zustellung ihre Stellungnahme abzugeben. Innerhalb der Stellungnahme hat sie anzugeben, ob sie die Beanstandung anerkennt ggf. Gründe, warum die Beanstandung abgelehnt wird.
- 15.7 Bei eher komplexen Mängeln ist die Auftragnehmerin berechtigt, in ihrer Äußerung anzuzeigen, dass sie zur Beanstandung ihre Stellungnahme erst nach Überprüfung durch ihren Vertreter vor Ort nimmt. Solch eine Überprüfung muss binnen 5 Tagen nach der Zustellung der Beanstandung stattfinden. In solch einem Fall hat die Auftragnehmerin der Auftraggeberin ihre Stellungnahme zur Beanstandung binnen 3 Tagen nach der Überprüfung des Mangels vor Ort mitzuteilen.
- 15.8 Die Bestimmungen der Artikel 15.6 und 15.7 beziehen sich nicht auf Fälle, wo der beanstandete Mangel einen direkten Einfluss auf den Betrieb einer elektrischen Anlage hat und deren Stilllegung notwendig macht. In solch einem Fall ist die Auftragnehmerin verpflichtet, die Arbeiten an dessen Behebung binnen 24 Stunden ab der Mangelanzeige durch die Auftraggeberin aufzunehmen. Die Anerkennung des beanstandeten Mangels oder allfällige Ablehnung der Anerkennung durch die Auftragnehmerin wird anschließend gelöst – ohne Bindung an die Aufnahme der Arbeiten an der Mangelbehebung binnen der Frist gemäß Art. 15.6. Falls der Mangel anschließend durch die Auftragnehmerin nicht anerkannt wird bzw. im Streit eine Entscheidung erlassen wird, dass die Auftragnehmerin den Mangel in ihrer Verantwortung nicht hält, werden die durch die Auftragnehmerin im Zusammenhang mit der Mangelbehebung erbrachten Leistungen als selbstständiger Geschäftsfall betrachtet.
- 15.9 Die Auftragnehmerin ist verpflichtet, die Mängel auf eigene Kosten zu beheben, abgesehen davon, ob die Mängel bei den Prüfungen gemäß § 18 dieser GB entdeckt werden konnten.
- 15.10 Falls die Auftragnehmerin die Mängel binnen der vereinbarten Frist nicht behebt, so ist die Auftraggeberin berechtigt – unbeschadet ihrer sonstigen Rechte aus Gewährleistung – diese auf Rechnung der Auftragnehmerin beheben zu lassen. In solch einem Fall ist die Auftragnehmerin verpflichtet, der Auftraggeberin die tatsächlichen Kosten der Mängelbehebung zu erstatten.
- 15.11 Die Mängelbehebung hat keinen Einfluss auf den Anspruch der Auftraggeberin auf Vertragsstrafe und auf Schadenersatz.
- 15.12 Auf die Abgabe der neuen Leistung innerhalb der Mängelbehebung und auf die Mängelhaftung aus dieser Leistung finden Anwendung Bestimmungen dieser GB, die den Erfüllungsort und Erfüllungsweise sowie Geltendmachung der Rechte aus Mängelhaftung betreffen.
- 15.13 Die Auftraggeberin hat gegenüber der Auftragnehmerin auch Anspruch auf Ersatz des aus dem Mangel des Werkes entstandenen Schadens.
- 15.14 Die Auftragnehmerin haftet nicht für Mängel des Werkes in den im § 561 des Handelsgesetzbuchs vorgesehenen Fällen.

Gemäss § 263 Abs. 1 HGB-CZ ist die gesetzliche Regelung der Mängelrechte dispositiv (act. 40 Rz. 274, 278; act. 44 Rz. 186; act. 24/12). Die gesetzliche Regelung lautet folgendermassen (act. 40 Rz. 275; Übersetzung gemäss act. 3/44):

§ 562

(1) Der Besteller hat den Gegenstand des Werks zu besichtigen oder dessen Besichtigung möglichst früh nach der Übergabe des Gegenstands des Werks zu veranlassen.

(2) Das Recht aus den Werkmängeln räumt das Gericht dem Besteller nicht ein, sofern der Besteller die Werkmängel nicht wie folgt anzeigt:

a) unverzüglich nachdem er sie feststellt

b) unverzüglich nachdem er sie bei Aufwendung fachlicher Sorgfalt bei der gemäss Absatz 1 verwirklichten Besichtigung hätte feststellen können,

c) unverzüglich nachdem sie später bei Aufwendung fachlicher Sorgfalt hätten festgestellt werden können, spätestens jedoch innerhalb von zwei Jahren und bei Bauten innerhalb von fünf Jahren nach Übergabe des Gegenstands des Werks. Bei Mängeln, auf die sich die Garantie bezieht, gilt statt dieser Frist die Garantiezeit.

(3) Die Garantiezeit betreffend das Werk läuft an der Übergabe des Werks an.

Weiter verweist § 564 HGB-CZ auf §§ 436 bis 441 HGB-CZ (act. 40 Rz. 218; act. 41/15). Bei einer erheblichen Vertragsverletzung sieht § 436 HGB-CZ folgende Mängelrechte vor (act. 40 Rz. 219, 302; Übersetzung gemäss act. 41/16):

§ 436

(1) Wurde durch die Lieferung der Ware mit Mängeln der Vertrag erheblich verletzt (§ 345 Abs. 2), kann der Käufer:

- a) die Behebung der Mängel durch Lieferung von Ersatzware für die mangelhafte Ware, die Lieferung der fehlenden Ware und Behebung von Rechtsmängeln verlangen,
- b) die Behebung der Mängel durch Reparatur der Ware verlangen, sofern die Mängel repariert werden können,
- c) einen angemessenen Nachlass vom Kaufpreis verlangen, oder
- d) vom Vertrag zurücktreten.

(2) Die Wahl zwischen den im Absatz 1 angeführten Ansprüchen obliegt dem Käufer nur, sofern er sie dem Verkäufer in einer rechtzeitig verschickten Meldung von Mängeln oder unverzüglich nach dieser Meldung mitteilt. Den geltend gemachten Anspruch darf der Käufer nicht ohne Zustimmung des Verkäufers ändern. Sofern sich jedoch zeigt, dass die Warenmängel nicht repariert werden können oder die mit der Reparatur einhergehenden Kosten unangemessen wären, kann der Käufer die Lieferung von Ersatzware verlangen, sofern er den Verkäufer unverzüglich darum ersucht, nachdem ihm der Verkäufer diesen Sachverhalt mitgeteilt hat. Behebt der Verkäufer die Warenmängel nicht in einer angemessenen Nachfrist oder teilt er vor deren Ablauf mit, dass er die Mängel nicht beheben wird, kann der Käufer vom Vertrag zurücktreten oder einen angemessenen Nachlass vom Kaufpreis verlangen.

(3) Teilt der Käufer die Wahl seines Anspruchs nicht in der im Absatz 2 angeführten Frist mit, hat er Ansprüche aus Warenmängeln wie bei einer nicht erheblichen Vertragsverletzung.

(4) Ausser den im Absatz 1 festgelegten Ansprüchen hat der Käufer Anspruch auf Schadenersatz sowie auf eine Vertragsstrafe, sofern diese vereinbart wurde.

Die Geltendmachung des Neuerstellungsanspruchs steht somit unter den folgenden Voraussetzungen:

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

eine sehr kurze Frist zu verstehen, deren Dauer von den Umständen des Einzelfalles abhängt (act. 40 Rz. 280; act. 44 Rz. 189; Ob.Ger. CZ, Urteil vom 10. Dezember 2013, Az. 32 Cdo 2484/2012, act. 41/23). Diese Anforderungen an die Bemessung der Rügefrist decken sich weitgehend mit jenen im schweizerischen Recht (BGE 118 II 142 E. 3b S. 148). Nach der schweizerischen Rechtsprechung gilt etwa eine Rügefrist von sieben Tagen als angemessen (Urteil des Bundesgerichts 4A_336/2007 vom 31. Oktober 2007 E. 4.4 m.Nw.).

- Die Mängelrüge spezifiziert den gerügten Mangel (§ 15.5 Satz 3 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag; act. 1 Rz. 82; act. 40 Rz. 272, 278; act. 44 Rz. 184, 186).
- Mit der Mängelrüge erfolgt die Wahl des Nachbesserungs- bzw. Neuerstellungsanspruchs (§ 15.5 Satz 3 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag; § 436 Abs. 2 Satz 1 HGB-CZ; act. 40 Rz. 272, 278, 296; act. 44 Rz. 184, 186). Diese Anforderung geht über jene des schweizerischen Werkvertragsrecht hinaus, nach welchem der Besteller in der Mängelrüge zwar zum Ausdruck bringen muss, dass er das Werk nicht als vertragsgemäss anerkennen und den Unternehmer haftbar machen wolle (BGE 107 II 172 E. 1a S. 175-176), die Wahl des Mangelanpruchs jedoch nicht unverzüglich zu treffen braucht (Urteil des Bundesgerichts 4C.231/2004 vom 8. Oktober 2004 E.2.2). Zwischen den Parteien ist streitig, ob für die Ausübung des Wahlrechts eine (ausdrückliche) Bezugnahme auf § 15.4 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag erforderlich ist (act. 40 Rz. 272; act. 44 Rz. 184). Wie zu zeigen sein wird, kann diese Frage offen gelassen werden.
- Die Mängel machen das Werk unbenutzbar (§ 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag; § 436 Abs. 2 Satz 3 HGB-CZ; act. 1 Rz. 79; act. 18 Rz. 39, 168; act. 40 Rz. 301, 302; act. 44 Rz. 1, 199, 384).
- Mit der Wahl des Neuerstellungsanspruchs erfolgt die Ansetzung einer angemessenen Frist (§ 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag; act. 1 Rz. 79; act. 18 Rz. 39; act. 44 Rz. 198). Diese vertragliche Anforderung geht

über die gesetzliche Regelung hinaus. Dementsprechend ist die von der Klägerin vorgebrachte Ansicht des Schrifttums zum unbestimmten Rechtsbegriff der angemessenen Frist (act. 40 Rz. 300; LUBOŠ TICHÝ/PETRA JOANNA PIPKOVÁ/JAN BALARIN, *Kupní smlouva v novém občanském zákoníku* [Kaufvertrag unter dem Neuen Bürgerlichen Gesetzbuch], 2014, N. 2 zu § 2106 BGB-CZ; act. 41/25) auf die vertragliche Regelung nicht übertragbar.

Die Beweislast bestimmt sich ebenfalls nach der *lex causae* (Urteil des Bundesgerichts 5A_725/2010 vom 12. Mai 2011 E. 3.1; 4A_469/2010 vom 1. Dezember 2010 E. 2.1; FRANÇOIS KNOEPFLER/PHILIPPE SCHWEIZER/SIMON OTHENIN-GIRARD, *Droit international privé suisse*, 3. Aufl. 2005, N 657, 659; IVO SCHWANDER, *Einführung in das internationale Privatrecht*, 3. Aufl. 2000, N 679; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., § 18 N 151; GERHARD WALTER/TANJA DOMEJ, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, 5. Aufl. 2012, S. 348), während sich das Beweisrecht nach der *lex fori* richtet (Urteil des Bundesgerichts 5A_725/2010 vom 12. Mai 2011 E. 3.1; 4A_469/2010 vom 1. Dezember 2010 E. 2.1; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, a.a.O., N 657, 661-666; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., § 18 N 147, 148, 150, 151, 152; WALTER/ DOMEJ, a.a.O., S. 348). Die Parteien äussern sich nicht zur Verteilung der Beweislast nach tschechischem Recht. Nicht jede Rechtsordnung kennt eine Art. 8 ZGB entsprechende allgemeine Regelung der Beweislast. Es entspricht jedoch einem anerkannten Prinzip, dass jede Partei die Beweislast für die Tatsachen trägt, auf welche sie ihre Klage oder Klageerwiderung stützt (Art. 27 Abs. 1 der UNCITRAL-Schiedsverfahrensordnung 2010, deutsche Übersetzung abrufbar unter <<http://www.disarb.org/de/>>; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, a.a.O., N 667a). Da dies mit dem Grundsatz von Art. 8 ZGB bzw. des schweizerischen Rechts übereinstimmt, rechtfertigt es sich, hinsichtlich der Voraussetzungen des Nachbesserungsrechts von derselben Beweislastverteilung wie nach schweizerischem Recht auszugehen.

Nach der Rechtsprechung hat der Besteller die Verspätung der Mängelrüge unter Beachtung des prozessualen Novenrechts zu behaupten (BGE 118 II 142 E. 3a S. 147; BGE 107 II 50 E. 2a S. 54; Urteil des Bundesgerichts 4A_405/2017 vom

30. November 2017 E. 3.3; 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007 E. 4.2.3). Bei der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge handelt es sich jedoch um eine um eine rechtsbegründende Tatsache (BGE 118 II 142 E. 3a S. 147). Folglich trifft den Besteller die Behauptungs- und Beweislast für den Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels und die Rechtzeitigkeit der Rüge (BGE 118 II 142 E. 3a S. 147; BGE 107 II 172 E. 1a S. 176; Urteil des Bundesgerichts 4A_405/2017 vom 30. November 2017 E. 3.3; 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007 E. 4.2.3).

Nachfolgend ist für die geltend gemachten Mängel zu prüfen, ob der Klägerin bei den Beanstandungen Nr. 3-9 dieser Nachweis gelingt. Zu den allfälligen Beanstandungen Nr. 1 und 2 äussern sich die Parteien nicht. Sie bilden nicht Gegenstand des vorliegenden Prozesses.

5.2. Beanstandung Nr. 3 vom 31. Mai 2011

Die Beanstandung Nr. 3 vom 31. Mai 2011 spezifizierte rund 600 sog. Punktfehler als Mangel. Die Klägerin behauptet, diese am 23. Mai 2011 entdeckt zu haben, nachdem das Wasser aus dem oberen Speicherbecken abgelassen worden sei (act. 40 Rz. 57). Dagegen wendet die Beklagte ein, die Mängel seien bereits Monate oder ein-zwei Jahre früher entdeckt worden (act. 18 Rz. 34, 35, 36, 90, 91, 171; act. 44 Rz. 60, 64, 187, 188, 282, 318, 366). Zwischen den Parteien unbestritten ist jedoch, dass diese am 20. Mai 2011 anlässlich einer gemeinsamen Begehung bereits Fehlstellen entdeckten (act. 18 Rz. 32; act. 40 Rz. 58; act. 19/9). Diesbezüglich ist die mehr als 10 Tage nach Entdeckung erhobene Mängelrüge verspätet und sind § 15.5 Satz 1 und 2 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag sowie § 562 Abs. 2 HGB-CZ nicht eingehalten.

In den anschliessenden Verhandlungen thematisierten die Parteien zwar die Klärung der Mängelursache (act. 40 Rz. 64), kamen jedoch offenbar zu keinem Ergebnis (vgl. act. 40 Rz. 75). Aus den Schriftsätzen der Parteien ergibt sich nicht, dass die Klägerin damals konkret einen weitergehenden Mangel wie z.B. ein fehlerhaftes Sanierungskonzept der Beklagten oder eine falsche Zusammensetzung der Asphaltbetonschicht geltend machte.

Mit der Beanstandung Nr. 3 übte die Klägerin – unabhängig davon, für die Ausübung des Wahlrechts eine Bezugnahme auf § 15.4 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag erforderlich ist – weder ihr Wahlrecht gemäss § 15.5 Satz 3 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag und § 436 Abs. 2 Satz 1 HGB-CZ gegenüber der Beklagten aus, noch setzte sie dieser eine angemessene Frist zur Neuerstellung nach § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag an (vgl. act. 44 Rz. 65, 197, 198). Entgegen der Ansicht der Klägerin stellt die Aufforderung zur Vorlage von Vorschlägen hinsichtlich Terminen und Art der Mängelbeseitigung (act. 40 Rz. 61, 62, 299) keine Fristansetzung dar. Die inhaltlichen Anforderungen an die Mängelrüge sind damit nicht eingehalten.

Nachdem die Beklagte dennoch die gerügten 600 sog. Punktfehler im Oktober 2011 ausgebessert hat (act. 40 Rz. 66, 291), wäre ein bestehender Nachbesserungsanspruch ohnehin durch Erfüllung untergegangen (vgl. act. 40 Rz. 262, 270, 434). Die Ansicht der Klägerin, wonach die inhaltlichen Anforderungen an die Mängelrüge erfüllt seien (act. 40 Rz. 292, 297), erweist sich einzig vor diesem Hintergrund als gerechtfertigt. Was die Klägerin aus dem Hinweis auf § 15.8 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag, wonach die Beklagte im Falle der Gefahr einer Stilllegung innerhalb von 24 Stunden nach der Mängelrüge mit der Behebung des Mangels zu beginnen hätte (act. 40 Rz. 304, 377), ableiten will, ist nicht nachvollziehbar, zumal es zu einer solchen ausserplanmässigen Stilllegung nicht gekommen ist. Bezüglich der mit Beanstandung Nr. 3 vom 31. Mai 2011 gerügten Mängel erübrigen sich Weiterungen.

5.3. Beanstandung Nr. 4 vom 9. Mai 2012

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

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

5.4. Beanstandung Nr. 5 vom 17. Oktober 2012

Die Beanstandung Nr. 5 vom 17. Oktober 2012 spezifizierte Risse der Dichtung entlang der Böschung und 500 neue Punktfehler.

Die Mängelrüge erfolgte innerhalb der Garantiefrist (vgl. act. 40 Rz. 266). Streitig ist jedoch, ob sie auch unverzüglich nach der Feststellung des Mangels erklärt wurde. Die Klägerin behauptet, die neuen Mängel anlässlich einer Inspektion am 11. Oktober 2012 entdeckt zu haben (act. 40 Rz. 76), was die Beklagte bestreitet (act. 44 Rz. 71). Als Beweismittel bietet die Klägerin lediglich das der Beanstandung Nr. 5 vom 17. Oktober 2012 beigefügte Protokoll über die genannte Inspektion an (act. 40 Rz. 76; act. 3/27). Damit lässt sich jedoch nicht belegen, dass die Mängel nicht bereits früher entdeckt wurden oder hätten entdeckt werden müssen, befinden sich die geltend gemachten Risse doch nicht an versteckter Stelle unter der Wasseroberfläche, sondern entlang der Böschung (act. 40 Rz. 76). Demnach ist die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge i.S.v. § 15.5 Satz 1 und 2 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag sowie § 562 Abs. 2 HGB-CZ nicht bewiesen.

In der Mängelrüge verlangte die Klägerin ausdrücklich einen Vorschlag für die Beseitigung sämtlicher neuer Mängel (act. 40 Rz. 76; act. 3/27), nicht jedoch die Nachbesserung (act. 44 Rz. 71). Dadurch unterliess es die Klägerin, ihr Wahlrecht gemäss § 15.5 Satz 3 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag und § 436 Abs. 2 Satz 1 HGB-CZ auszuüben. Dies gilt unabhängig davon, für die Ausübung des Wahlrechts eine Bezugnahme auf § 15.4 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag erforderlich ist.

Selbst wenn in der Beanstandung Nr. 5 ein Nachbesserungsbegehren zu sehen wäre, würde jedenfalls lediglich das Verlangen einer Nachbesserung i.S.v. § 15.4 lit. b der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag und nicht jenes einer Neuerstellung der Asphaltdeckungsschicht i.S.v. § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag vorliegen, wie sie die Klägerin mit der vorliegenden Klage begehrt. Die entgegengesetzte Schlussfolgerung der Klägerin, sie habe mit der Beanstandung Nr. 5 vom 27. Oktober 2012 eine umfassende Sanierung verlangt (act. 40 Rz. 76, 298), erweist sich vor dem Hintergrund ihrer tatsächlichen Behauptungen und Belege nicht als nachvollziehbar. Überdies hätte es dazu der Ansetzung einer angemessenen Frist zur Neuerstellung nach § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag bedürft. Eine solche liegt – entgegen der Ansicht der Klägerin (act. 40 Rz. 299) – nicht vor.

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

5.5. Beanstandung Nr. 6 vom 19. März 2013

Die Beanstandung Nr. 6 vom 19. März 2013 spezifizierte aufgrund einer Georadar-Untersuchung 3'860 anomale Erscheinungen (act. 40 Rz. 77; act. 44 Rz. 72; act. 3/30), wovon 508 markant oder mittel-markant seien (act. 44 Rz. 72; act. 3/30). Weitergehend ging die Klägerin jedoch von einem Umfang von ca. 20'000 verborgenen Mängeln aus (act. 18 Rz. 105; act. 40 Rz. 77; act. 3/30), welche Zahl auf einer Hochrechnung beruhte (act. 18 Rz. 105; act. 44 Rz. 72).

Die Mängelrüge erfolgte innerhalb der Garantiefrist (vgl. act. 40 Rz. 266). Die Klägerin legt jedoch nicht dar, wann die entsprechende Georadar-Untersuchung stattgefunden haben soll. Folglich lässt sich nicht beurteilen, ob die Klägerin die Mängel unverzüglich gerügt hat. Da es an entsprechenden Behauptungen fehlt, ist darüber auch kein Beweis abzunehmen, zumal die Klägerin in diesem Zusammenhang ohnehin lediglich die Beanstandung Nr. 6 vom 19. März 2013 zum Beweis anbietet (act. 40 Rz. 77, 78; act. 3/30). Demnach ist die Rechtzeitigkeit der

Mängelrüge i.S.v. § 15.5 Satz 1 und 2 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag und § 562 Abs. 2 HGB-CZ weder dargelegt noch erstellt.

In der Mängelrüge informierte die Klägerin die Beklagte über die Zeitfenster für eine Sanierung der Mängel. Eine nach § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag genügende Fristansetzung stellt dies – entgegen der Ansicht der Klägerin (act. 40 Rz. 299) – nicht dar.

Die Klägerin unterliess es, ihr Wahlrecht gemäss § 15.5 Satz 3 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag und § 436 Abs. 2 Satz 1 HGB-CZ auszuüben. Selbst wenn in der Beanstandung Nr. 6 ein Nachbesserungsbegehren zu sehen wäre, läge jedenfalls lediglich das Verlangen einer Nachbesserung i.S.v. § 15.4 lit. b der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag und nicht jenes einer Neuerstellung der Asphaltdeckschicht i.S.v. § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag vor, wie sie die Klägerin mit der vorliegenden Klage begehrt. Die entgegengesetzte Schlussfolgerung der Klägerin, sie habe mit der Beanstandung Nr. 6 vom 19. März 2013 eine umfassende Sanierung verlangt (act. 40 Rz. 78, 298), ergibt sich aus diesem Schreiben nicht, selbst wenn für die Ausübung des Wahlrechts eine Bezugnahme auf § 15.4 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag nicht erforderlich ist (act. 40 Rz. 272; act. 44 Rz. 184).

Mangels Rechtzeitigkeit, Ausübung des Wahlrechts und Fristansetzung sind die Rechte der Klägerin aus den mit Beanstandung Nr. 6 vom 19. März 2013 gerügten Mängeln verwirkt.

5.6. Beanstandung Nr. 7 vom 9. Mai 2013

Die Beanstandung Nr. 7 vom 9. Mai 2013 spezifizierte 7'000 neue offene und 3'000 beginnende (noch geschlossene) Punktfehler.

Die Mängelrüge erfolgte innerhalb der Garantiefrist (vgl. act. 40 Rz. 266). Die Beklagte macht nicht geltend, die Klägerin habe die Mängelrüge nicht unverzüglich angebracht (vgl. act. 18 Rz. 107, 108; act. 44 Rz. 74). Damit ist von einer rechtzeitigen Anzeige auszugehen.

Es bleibt jedoch unklar, für welche Mängelrechte die Klägerin sich entscheidet. So gibt sie der Beklagten einerseits ein Zeitfenster zwischen von 27. Mai bis 20. Juni 2013 bekannt, um Sanierungen durchzuführen (act. 40 Rz. 80), schreibt der Beklagten andererseits, "sofern sie sich nicht zu einer grundlegenden Sanierung der zu Tage getretenen und verborgenen Mängel bereit erkläre, die Klägerin eine Drittpartei mit der temporären Ausbesserung für das laufende Jahr 2013 beauftragen würde" (act. 40 Rz. 82; act. 3/33). Die später androhungsgemäss von einem Drittunternehmen vorgenommenen Ausbesserungen waren nach Darstellung sowohl der Klägerin als auch der Beklagten wiederum lokale Verbesserungen der Punktfehler (act. 1 Rz. 41; act. 18 Rz. 42, 109; act. 40 Rz. 100, 325; act. 44 Rz. 9, 41, 75, 76, 81, 207, 243, 266, 384). Diesbezüglich will die Klägerin zwischen einer vorübergehenden (lokalen) Ausbesserung der Punktfehler zur Sicherstellung des weiteren Betriebs des Wasserwerks und der grundlegenden (fundamentalen) Sanierung der VABH-Schicht unterscheiden (act. 40 Rz. 72, 317, 546; Prot. S. 33-34). Diese Unterscheidung entbindet die Klägerin jedoch nicht von der Ausübung des Wahlrechts hinsichtlich einer umfassenden Sanierung, selbst wenn davon ausgegangen wird, dass für die Ausübung des Wahlrechts eine Bezugnahme auf § 15.4 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag nicht erforderlich ist. Eine hinreichende Erklärung der Klägerin über die Wahl des Nachbesserungsanspruchs liegt damit nicht vor. Die entgegengesetzte Schlussfolgerung der Klägerin, sie habe mit der Beanstandung Nr. 7 vom 9. Mai 2013 eine umfassende Sanierung verlangt (act. 40 Rz. 80, 298), geht daraus nicht hervor. Die Klägerin unterliess es, ihr Wahlrecht gemäss § 15.5 Satz 3 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag und § 436 Abs. 2 Satz 1 HGB-CZ auszuüben.

Die Klägerin hat der Beklagten zudem keine angemessene Frist zur Neuerstellung nach § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag angesetzt (act. 18 Rz. 43; act. 40 Rz. 299; act. 44 Rz. 198). Das von der Klägerin bekannt gegebene Zeitfenster bezog sich entgegen ihrer Auffassung (act. 40 Rz. 299) nicht auf die von ihr begehrte umfassende Sanierung.

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

5.7. Beanstandung Nr. 8 vom 2. September 2013

Die Beanstandung Nr. 8 vom 2. September 2013 spezifizierte ca. 12'000 neue Mängel über dem Schwankungsspiegel und unter der Wasserwechselzone.

Die Mängelrüge erfolgte innerhalb der Garantiefrist (vgl. act. 40 Rz. 266). Die Beklagte macht nicht geltend, die Klägerin habe die Mängelrüge nicht unverzüglich angebracht (vgl. act. 18 Rz. 112, 113; act. 44 Rz. 81). Damit ist von einer rechtzeitigen Anzeige auszugehen.

Die Klägerin verlangte von der Beklagten lediglich eine Anerkennung der Haftung (act. 1 Rz. 39; act. 40 Rz. 98). Weder äusserte sich die Klägerin eindeutig im Sinne der Wahl einer Neuerstellung nach § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag, noch setzte sie die dazu erforderliche Frist. Damit fehlt es an einer hinreichenden Erklärung der Klägerin über die Wahl des Nachbesserungsanspruchs und an einer Fristansetzung. Dies gilt auch dann, wenn eine Bezugnahme auf § 15.4 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag zur Ausübung des Wahlrechts nicht erforderlich ist. Die Klägerin unterliess es, ihr Wahlrecht gemäss § 15.5 Satz 3 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag und § 436 Abs. 2 Satz 1 HGB-CZ auszuüben und eine angemessene Frist zur Neuerstellung nach § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag anzusetzen.

Im Rahmen von Verhandlungen zwischen den Parteien präsentierte die Beklagte im Nachgang zur Besprechung vom 21. Juni 2013 drei Sanierungsvarianten (act. 1 Rz. 42, 43; act. 18 Rz. 119). Mit Schreiben vom 5. November 2013 lehnte die Klägerin diese zwar als ungeeignet ab (act. 1 Rz. 45; act. 18 Rz. 120), verlangte jedoch eine weitere Ausarbeitung der Variante 1, welche in einem Teilerersatz der schadhaften Bereiche der Dichtungsschicht bestand (act. 1 Rz. 45; act. 18 Rz. 119, 120; act. 3/38). In diesem Zusammenhang macht die Klägerin einerseits geltend, die Beklagte habe für die Varianten 2 und 3 von ihr eine enorme

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

Mangels Ausübung des Wahlrechts und Fristansetzung sind die Rechte der Klägerin aus den mit Beanstandung Nr. 8 vom 2. September 2013 gerügten Mängeln verwirkt.

5.8. Beanstandung Nr. 9 vom 14. Juli 2014

Die Beanstandung Nr. 9 vom 14. Juli 2014 spezifizierte 3'800 neue Punktfehler, 25'500 mit der Georadar-Methode festgestellte Mängel sowie neu 2'992 auf einer Fläche von 678 m² identifizierte sog. Pocken, bei welchen es sich um eine untiefe Flächenbeschädigung des AB-Mantels durch Ausfall der Zuschlagkörner handle, die progressiv bis zu einer Tiefe von 15 mm der Dichtungsschicht des AB-Mantels auftreten (act. 1 Rz. 47, 48; act. 40 Rz. 101, 102, 103, 509). Nach der Klagebeurteilung habe es sich bei der mit 25'500 bezifferten Anzahl der nicht an der Oberfläche sichtbaren Mängel des AB-Mantels, die mittels der Georadar-Methode festgestellt worden seien, um eine Aktualisierung gehandelt (act. 1 Rz. 48). Gemäss Schreiben vom 14. Juli 2014 seien die 25'500 Stück verborgener Mängel mit Hilfe von Bodenradar ermittelt worden und dem beigefügten Grundriss zu entnehmen; gemäss der Passportisierung sei in diesem Jahr die Zahl von 3'771 ver-

borgenen Mängeln reduziert worden, indem sie sich bereits als äusserlich erkennbare Mängel geäussert hätten (act. 3/40). Dabei bleibt unklar, ob es sich bei den 25'500 Stück verborgener Mängel um neue Mängel handelte. Bereits die Beanstandung Nr. 6 vom 19. März 2013 kam aufgrund einer Hochrechnung der Ergebnisse der Georadar-Untersuchung auf 20'000 Mängel. Mit Beanstandung Nr. 8 vom 2. September 2013 rügte die Klägerin nochmals ca. 12'000 mittels der Bodenradarmethode über der Schwankungszone und unter der Wasserwechselzone entdeckte Mängel. Sodann hat die Klägerin die Behauptung der Beklagten, sie habe lediglich im mittleren Bereich die Prüffläche von 192.6 m² auf 345.6 m² erhöht (act. 18 Rz. 126), nicht substantiiert bestritten (act. 40 Rz. 510) und räumt selber ein, dass ausgewählte Profilflächen mit dem Radar untersucht wurden (act. 40 Rz. 102). Zudem entspricht der Wegfall von 3'771 verborgenen Mängel der Zahl der 3'800 neuen Punktfehler (act. 3/40; in den Rechtsschriften wurde diese Zahl auf 3'800 gerundet; act. 1 Rz. 47; act. 40 Rz. 101). Darüber hinaus fasst die Klägerin in der Beanstandung Nr. 9 vom 14. Juli 2014 die bereits erfolgten Beanstandungen Nr. 3 bis 8 nochmals zusammen. Aus einer Wiederholung bereits gerügter Mängel ergeben sich jedoch keine neuen Rechte. Insbesondere können damit unzureichende vergangene Mängelrügen nicht geheilt werden, da sonst die sofortige Rügeobliegenheit ins Leere liefe. Beachtlich sind damit alleine die 3'800 neuen Punktfehler und die 2'992 neuen sog. Pocken.

Die Mängelrüge erfolgte innerhalb der Garantiefrist (vgl. act. 40 Rz. 266). Die Beklagte bestreitet die Entstehung neuer Mängel im Jahre 2014, macht dagegen nicht geltend, die Klägerin habe die Mängelrüge nicht unverzüglich angebracht (vgl. act. 18 Rz. 12-127; act. 44 Rz. 82), falls sich die Entstehung der neuen Mängel nachweisen liesse. Damit ist von einer rechtzeitigen Anzeige auszugehen.

Die Klägerin verlangte eine umfassende Instandsetzung des gesamten AB-Mantels des Oberbeckens des Wasserwerkes (act. 1 Rz. 48; act. 40 Rz. 104; act. 3/40). Damit übte sie ihr Wahlrecht im Sinne der Wahl einer Neuerstellung nach § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag aus. Es kann offen bleiben, ob sie darüber hinaus auch ausdrücklich auf § 15.4 der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag hätte Bezug nehmen müssen, denn die Klägerin setzte der Beklagten kei-

ne angemessene Frist zur Neuerstellung nach § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag an. Selbst die Klägerin behauptet nicht, mit der Beanstandung Nr. 9 vom 14. Juli 2014 eine Frist zur Nachbesserung angesetzt zu haben (vgl. act. 40 Rz. 299, wo ein entsprechender Verweis bezüglich Beanstandung Nr. 9 vom 14. Juli 2014 fehlt).

Soweit die Mängelrechte aufgrund der mit der Beanstandung Nr. 9 vom 14. Juli 2014 gerügten Mängel bestehen, fehlt es somit an einer Fristansetzung. Allfällige Rechte der Klägerin aus den mit Beanstandung Nr. 9 vom 14. Juli 2014 gerügten Mängeln sind deshalb verwirkt.

Im Übrigen dürften die einzig relevanten 3'800 neuen Punktfehler und die 2'992 neuen sog. Pocken für sich allein nicht zu einer Unbenutzbarkeit des Werks im Sinne von § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag führen. Eine solche lässt sich beweismässig selbst für die Gesamtheit der von der Klägerin geltend gemachten Mängel nicht erstellen (zum Ganzen: Ziffer II.6 unten).

5.9. Zwischenergebnis

Die Beanstandungen der Klägerin entsprechen nicht den von den Parteien vereinbarten formellen Anforderungen und sind teilweise verspätet. Allfällige Mängelrechte der Klägerin sind deshalb verwirkt. Insbesondere ist ein allfälliger Anspruch auf Neuerstellung des Werks verwirkt. Im Ergebnis ist die Klage abzuweisen, soweit überhaupt auf sie eingetreten werden kann oder sie nicht schon aus anderen Gründen abzuweisen ist.

Selbst wenn von formell korrekten und rechtzeitigen Mängelrügen ausgegangen würde, müsste die Klage mangels eines materiellen Anspruchs abgewiesen werden, wie sogleich aufzuzeigen ist.

6. Anspruch auf Neuerstellung des Werks

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

das Werk unbenutzbar machen (act. 1 Rz. 79; act. 18 Rz. 39; act. 40 Rz. 301; act. 44 Rz. 1; Ziffer 5.1 oben).

Die Klägerin vertritt unter Hinweis auf die Kommentierung von ŠTENGLOVÁ/PLÍVA/TOMSA zu § 560 HGB-CZ die Ansicht, Unbenutzbarkeit eines Werks liege nach tschechischem Recht vor, wenn dieses nicht seinem Zweck entspreche (act. 40 Rz. 301; IVANA ŠTENGLOVÁ/STANISLAV PLÍVA/MILOŠ TOMSA, Obchodní zákoník: komentář [Handelsgesetzbuch: Kommentar], 13. Aufl. 2010, act. 41/26). Der Begriff "irreparabel" gemäss § 436 Abs. 2 HGB-CZ stimme mit dem Begriff "unbenutzbar" gemäss § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag überein (act. 40 Rz. 302). Nachdem die Klägerin bereits in ihrer Mängelrüge Nr. 5 vom 17. Oktober 2012 darauf hingewiesen habe, dass der weitere Betrieb des Speicherbeckens von der Sanierung der zwischenzeitlich erneut entstandenen Mängel abhängig sei, sei ein zweckgemässer Betrieb ausgeschlossen und das Werk "unbenutzbar" im Sinne der vertraglichen Regelung (act. 40 Rz. 303).

Die Beklagte tritt der Ansicht der Klägerin entgegen, ein Werk sei bereits dann unbenutzbar, wenn einer Beanstandung die Gefahr immanent sei, dass der ordnungsgemässe Betrieb eingeschränkt werde (act. 18 Rz. 168; act. 44 Rz. 200). Eine Sache sei unbenutzbar (*nepoužitelný*), wenn sie nicht mehr benutzbar, nicht mehr zu gebrauchen sei; ein unbenutzbares Werk leide an totalen Mängeln, welche die essentiellen Eigenschaften des Werkes beeinträchtigten und das Werk als Ganzes unbenutzbar machten (act. 44 Rz. 200; act. 46/22). Die mietrechtliche Bestimmung von § 2227 BGB-CZ präzisiere den Begriff sodann, dass die Sache (aus welchem Grund auch immer) nicht zum vereinbarten oder üblichen Zweck genutzt werden könne (act. 44 Rz. 200; act. 46/20). Unbenutzbarkeit liege deshalb erst vor, wenn ein Werk nicht seinem Zweck entsprechend genutzt werden könne (act. 44 Rz. 200).

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

Rz. 86, 108, 150, 175; act. 40 Rz. 474, 494; act. 44 Rz. 7, 10, 31, 34, 54, 199, 208, 283, 335, 302, 323, 324, 335, 342, 356, 373).

Die vertraglich garantierte Durchsickerungsmenge gemäss der Anlage Nr. 5 zum Werkvertrag vom 22. März 2006 (Garantierte Parameter; act. 3/11; nachfolgend Anlage Nr. 5 zum Werkvertrag) werden eingehalten (act. 18 Rz. 4, 7, 26, 28, 31, 93, 104, 158, 162, 163, 172; act. 44 Rz. 7, 34, 40, 54, 279; act. 4/22; act. 19/7). Die Beklagte bestreitet diese zwar an einer Stelle der Replik mit dem Hinweis auf "bestrittene Tatsache" (act. 40 Rz. 209), während sie an anderer Stelle lediglich auf die Irrelevanz der Sickerwassermengen verweist (act. 40 Rz. 411, 430, 432, 435, 461, 479, 483, 540). Sie tut dies jedoch in pauschaler Art und Weise. Die Nichteinhaltung der Durchsickerungsmenge ist denn auch von der Klägerin nie gerügt worden (act. 40 Rz. 540; act. 44 Rz. 367). Soweit im Hinweis auf "bestrittene Tatsache" eine Bestreitung durch die Klägerin gesehen würde, wäre diese jedenfalls unsubstantiiert und unbeachtlich. Schliesslich sind unstrittig die einzelnen Schichten verbunden geblieben, d.h. eine allfällige Schichtablösung hat nicht stattgefunden (act. 18 Rz. 86; act. 40 Rz. 474, 486 [widersprüchlich]). Zudem hat die Klägerin eine Mastix-Sanierung (Schutzanstrich) ausgeschrieben und zwischenzeitlich durchführen lassen (act. 18 Rz. 151; act. 40 Rz. 521; act. 44 Rz. 31, 199, 354; act. 49 Rz. 119; act. 19/41).

Streitig ist, ob die vertraglich garantierte Dicke der Dichtungsschicht von 80 mm (Toleranz + 20 mm) gemäss Anlage Nr. 5 zum Werkvertrag ebenfalls eingehalten wurde. Unter Berufung auf das Gutachten H._____ vom 14. August 2014 behauptet die Klägerin, aufgrund von Musterentnahmen sei festgestellt worden, dass 32 % der entnommenen Muster der vertraglich vereinbarten Stärke der Dichtungsschicht nicht entsprochen hätten (act. 1 Rz. 56.9; act. 40 Rz. 171, 174, 207, 531; act. 3/21 Ziff. 6.2.7 S. 47-48 = act. 41/2 Ziff. 6.2.7 S. 49; act. 41/44 S. 34; act. 41/45 S. 43-44). Demgegenüber behauptet die Beklagte, von den beim Einbau durch Einlegung einer Folie auf die Unterbauschicht mit einem geeigneten und entsprechend geeichten Messgerät vorgenommenen 82 Prüfungen hätten lediglich 4 Prüfungen (3 * 7.8 cm bzw. 1 * 7.3 cm) minim unterhalb der geforderten Schichtstärke von 8.0 cm gelegen (act. 18 Rz. 146.4; act. 19/40). Beim Schneiden

der Musterentnahmen gehe Dicke verloren, was wohl die Ursache der (bestrittenen) zu geringen Dicke sei (act. 18 Rz. 146; act. 44 Rz. 119). Zudem sehe das Regelwerk EAAW [Empfehlungen für die Ausführung von Asphaltarbeiten im Wasserbau] eine Mindestschichtdicke von lediglich 60 mm vor, welche im Rahmen von weiteren Proben stets bei weitem eingehalten worden sei, da die Schichtdicke den Wert von 70 mm nie unterschritten habe (act. 18 Rz. 146.3).

Weiter ist streitig, ob die Aufrechterhaltung des Betriebs nur durch die von der Klägerin veranlassten Ausbesserungen möglich war (act. 18 Rz. 131; act. 40 Rz. 7, 9, 10, 209.2, 303, 461, 474, 494, 513, 521, 528; act. 44 Rz. 8, 315).

Die Klägerin behauptet, die zuständige Aufsichtsbehörde und die wasserrechtliche Behörde hätten anlässlich einer ausserordentlichen sicherheitstechnischen Überprüfung des Wasserwerks am 13. Mai 2013 einvernehmlich festgestellt, dass ca. 7'220 offene Punktfehler und ca. 3'000 beginnende Punktfehler identifiziert worden seien, und die Tiefe der offenen Krater dabei schon die besorgniserregende Tiefe von 6-7 cm, damit knapp vor einem Durchbruch durch die VABH-Dichtungsschicht, erreicht habe (act. 40 Rz. 108). Die Beschädigung der Dichtungsschicht des AB-Mantels grenze an einen Notzustand und eine umfassende (definitive) Instandsetzung des beschädigten Bandes der Dichtungsschicht in der Zone der Betriebswasserspiegel von 1'339 - 1'346 m ü.d.M. sei zwingend nötig (act. 1 Rz. 51; act. 40 Rz. 89, 108, 109). Zum Beweis verweist die Klägerin auf den Bericht über die ausserordentliche Inspektion des Wasserwerkes vom 13. Mai 2013 (act. 1 Rz. 51; act. 40 Rz. 108-110; act. 3/42). Die Beklagte bestreitet, dass diese Aussagen zutreffend seien (act. 18 Rz. 129, 130; act. 44 Rz. 83).

Die Klägerin hat zudem Gutachten bzw. Stellungnahmen bei Prof. Ing. H. _____ (act. 3/21 = act. 41/2 [Neuübersetzung]; act. 41/44; act. 41/45) und bei Dr.-Ing. I. _____ (act. 41/1) eingeholt. Das Gutachten H. _____ vom 14. August 2014 führt verschiedene Ursachen der von der Klägerin geltend gemachten Mängel auf (act. 1 Rz. 56, 57; act. 40 Rz. 138-176). Die Oberflächenbeschädigung des AB-Mantels gründe sich in der Freiwerdung und im Herausfallen von Gesteinskörner aus der Oberfläche des AB-Mantels bis zu einer Tiefe von auch mehr als 10 mm, was die Durchlässigkeit des Mantels senke, das Eindringen von Wasser in den

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

Die Beklagte bestreitet die von der Klägerin behaupteten Ursachen (act. 18 Rz. 134-147; act. 44 Rz. 126-133) und die dargelegten Ursachen-Kombination der aufgetretenen Pusteln (act. 18 Rz. 148). Ein Notzustand sei weder in der Vergangenheit gegeben gewesen, noch liege ein solcher unmittelbar bevor oder habe vorgelegen (act. 18 Rz. 151); eine gesamte Degradation der VABH-Aussendichtung liege nicht vor, denn seit Juli 2014 habe die Klägerin keine neuen Pusteln mehr nachgewiesen (act. 18 Rz. 150; act. 40 Rz. 136), und selbst Dr.-Ing. *I.*_____ gebe an, dass sich die Pustel-Bildung dem Ende zuneige (act. 40 Rz. 136).

Die mit den Eingaben vom 26. April 2018 (act. 59; act. 60/1-2), 3. Mai 2018 (act. 61; act. 62/1) und 26. Juni 2018 (act. 64; act. 65/1) durch die Klägerin eingeführten neuen Behauptungen und Beweismittel zur Feststellung von Mängeln betreffen eine Inspektion vom 19. April 2018 (act. 59 Rz. 3), einen Bericht der Aufsichtsbehörde vom 27. April 2018 (act. 64 Rz. 3) und einen Ortstermin mit Dr.-Ing. *I.*_____ vom 28. Mai 2018 sowie einen von diesem erstellten Bericht vom 20. Juni 2018 (act. 64 Rz. 3). Nachdem die 7-jährige Garantiefrist am 18. August 2014 abgelaufen ist (Ziffer II.5.1 oben), fallen die neuen Feststellungen der Klägerin aus-

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

6.3. Bei den weiteren streitigen Behauptungen der Klägerin ist zunächst zwischen eigentlichen Tatsachenbehauptungen einerseits sowie Wertungen und Schlussfolgerungen andererseits zu unterscheiden. Beweisbedürftig bzw. -fähig sind nur Tatsachenbehauptungen (Art. 55 ZPO; Art. 150 Abs. 1 ZPO; Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO). Tatsachen sind Ereignisse und Zustände (FRANZ HASENBÖHLER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], hrsg. von Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N. 7 zu Art. 150 ZPO m.Nw.). Somit stellen die Behauptungen der Klägerin, dass die vereinbarte Dicke der Dichtungsschicht nicht eingehalten sei sowie dass die von der Klägerin behaupteten Mängel in einer Art Negativspirale die Durchlässigkeit des Dichtungsmantels erhöhe und dadurch die Bildung von Fehlstellen beschleunige, (künftige) Tatsachen dar. Dagegen handelt es sich bei der Frage der Unbenutzbarkeit um eine Frage der Wertung. Die Behauptungen von beweisbedürftigen Tatsachen i.S.v. Art. 150 Abs. 1 ZPO müssen mit Beweisanträgen der beweisbelasteten Partei verknüpft sein. Den angebotenen sog. Privatgutachten, welche eine Partei einseitig in Auftrag gegeben hat, kommt lediglich die Bedeutung von Parteibehauptungen zu (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 437-438; BGE 140 III 16 E. 2.5 S. 24; BGE 132 III 83 E. 3.4 S. 88, E. 3.6 S. 88-89; BGE 95 II 364 E. 2 S. 368; Urteil des Bundesgerichts 5D_56/2017 vom 30. November 2017 E. 3.1.3). Da sich das Beweisrecht nach der *lex fori* richtet (Ziffer II.5.1 oben), sind die angebotenen Beweismittel nach dem schweizerischen Prozessrecht zu werten. Eine davon abweichende Qualifikation im tschechischen Recht, wie sie die Klägerin für das Gutachten H._____ vom 14. August 2014 geltend macht (act. 1 Rz. 87, 88; act. 40 Rz. 457, 499, 515), ist deshalb unbeachtlich.

Beim im Bericht über die ausserordentliche Inspektion des Wasserwerkes vom 13. Mai 2013 festgestellten Notzustand und Instandsetzungsbedarf handelt es sich nicht um eine Feststellung von Tatsachen, sondern um eine Schlussfolgerung unter wertenden Gesichtspunkten. Für das vorliegende Verfahren ist diese Einschätzung nicht verbindlich. Stattdessen ist aufgrund des Tatsachenfundaments, allenfalls nach Beweiserhebungen, eine Würdigung vorzunehmen, ob die Voraussetzung der Unbenutzbarkeit vorliegt. Aus dem Bericht vom 13. Mai 2013 kann die Klägerin somit keinen direkten Schluss auf eine Unbenutzbarkeit i.S.v. § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag ziehen.

Vorab festzuhalten ist, dass die von der Klägerin behauptete zu geringe Dicke der Dichtungsschicht nicht zu berücksichtigen ist. Die Klägerin behauptet und belegt nicht, eine von der vertraglichen Vereinbarung nach unten abweichende Dicke der Dichtungsschicht innerhalb der Garantiefrist gerügt zu haben (vgl. act. 44 Rz. 7, 120, 363; nach Aktenschluss auch noch Prot. S. 30-31). Damit gilt das Werk diesbezüglich als genehmigt. Die zu diesem Punkt beantragte Abnahme eines gerichtlichen Gutachtens (act. 40 Rz. 171, 192) kann deshalb unterbleiben.

Was die im Bericht vom 13. Mai 2013 enthaltenen Tatsachenfeststellungen betrifft, so handelt es sich um einen Urkundenbeweis i.S.v. Art. 177 ZPO. Eine schriftliche Auskunft i.S.v. Art. 190 ZPO liegt nicht vor, da diese durch das Gericht einzuholen wäre. Eine allfällige abweichende Einordnung im tschechischen Recht, welche allerdings auch die Klägerin mindestens nicht ausdrücklich geltend macht (vgl. act. 40 Rz. 90, 91, 512), würde daran nichts ändern, da sich das Beweisrecht nach der *lex fori* richtet (Ziffer II.5.1 oben). Im Bericht vom 13. Mai 2013 haben die beteiligten Personen ihre Feststellungen dokumentiert. Als Urkunde vermag der Bericht zwar die Tatsache dieser Wahrnehmungen zu beweisen; als Beweismittel für die Richtigkeit dieser Wahrnehmungen ist er jedoch nicht geeignet und vermag eine formelle Zeugenaussage oder Erhebungen durch ein gerichtliches Gutachten nicht zu ersetzen (vgl. ANNETTE DOLGE, in: Basler Kommentar Zivilprozessordnung, a.a.O., N. 12 zu Art. 177 ZPO). Die Klägerin hat es aber versäumt, mit ihren Behauptungen, welche sie auf den Bericht vom 13. Mai 2013 (act. 3/42) stützt, gleichzeitig die Inspektoren bzw. Ersteller des Berichts und/oder

die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens als Beweismittel anzubieten. Selbst wenn man die im Bericht vom 13. Mai 2013 festgehaltenen ca. 7'220 offenen und ca. 3'000 beginnenden Punktfehler als erstellt betrachten würde, würde dies noch keinen Schluss auf die Unbenutzbarkeit erlauben. Es fehlt insbesondere an einer Begründung in den klägerischen Rechtsschriften, wie sich die festgestellten Mängel in der Zukunft konkret entwickeln würden bzw. der Umschreibung der Umstände, welche auf eine Unbenutzbarkeit schliessen lassen.

Für die wesentliche Frage, inwiefern sich die Mängel zu einer Degradation der gesamten VABH-Schicht und dem Verlust der erforderlichen Dichtigkeit entwickeln werden, offeriert die Klägerin lediglich das nach dem einschlägigen schweizerischen Prozessrecht als Privatgutachten zu qualifizierende Gutachten H. _____ vom 14. August 2014 (act. 1 Rz. 58, 61). Dieses stellt kein Beweismittel dar. Die Klägerin führt in ihrem Beweismittelverzeichnis zwar ein "Gerichtliches Gutachten über die Schadensbilder am Oberbecken des ...-Speicherkraftwerkes C. _____ und deren Ursachen" auf (act. 40 S. 135). Gemäss Art. 152 Abs. 1 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO hat eine Partei das Recht auf Abnahme der form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel, die sie zu den behaupteten Tatsachen bezeichnet hat. Ein Beweismittel ist dabei jedoch nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, "wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen." (Urteil des Bundesgerichts 4A_574/2015 vom 11. April 2016 E. 6.6.4; 4A_452/2013 vom 31. März 2014 E. 2.1; 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4). Die Klägerin bietet das gerichtliche Gutachten lediglich im Zusammenhang mit den von ihr behaupteten Mangelursachen an, so insbesondere im Zusammenhang mit einem zu hohen Paraffingehalt (act. 40 Rz. 144, 183), Tonmineralien im verwendeten Schotter (act. 40 Rz. 148, 183, 184, 185, 186), zu grobem Füller mit ungenügender Quellresistenz (act. 40 Rz. 153, 188), Einpressung von Wasser bei der Verlegung (act. 40 Rz. 160, 182), übermässiger Besprengung mit Walzwasser (act. 40 Rz. 162, 182, 189), Entmischung und schlechter Streifenanbindung (act. 40 Rz. 167, 190), ungenügender Schichtdicke (act. 40 Rz. 171, 192) und Nichtur-

sächlichkeit der VABM-Drainbinderschicht (act. 40 Rz. 196). Ein entsprechender Beweisantrag findet sich auch nicht in den Noveneingaben der Klägerin vom 26. April 2018 (act. 59), 3. Mai 2018 (act. 61) und 26. Juni 2018 (act. 64). Da es sich bei der behaupteten Degradation nicht um ein Novum handelt, wäre ein solcher allerdings sowieso verspätet. Die für die Beurteilung der Unbrauchbarkeit i.S.v. § 15.4 lit. a der Anlage Nr. 1 zum Werkvertrag und § 436 Abs. 2 Satz 3 HGB-CZ wesentliche, von der Beklagten jedoch bestrittene Tatsache einer künftigen Verschlechterung der Mängel bleibt unbewiesen. Eine laufende Degradation der VABH-Schicht ist damit mangels Beweises nicht erstellt. Eine Unbenutzbarkeit liegt deshalb auch dann nicht vor, wenn dieser das weitere Begriffsverständnis der Klägerin zugrunde gelegt wird.

Hinzu kommt, dass die für das Jahr 2014 verlangte grundsätzliche Reparatur der Asphaltbetondichtungsschicht (act. 40 Rz. 89, 108; act. 3/42) bislang weder behördlich angeordnet (act. 40 Rz. 521) worden ist, noch stattgefunden hat (act. 44 Rz. 10, 79). Die Klägerin macht entsprechendes – mehr als zwei Jahre nach Ablauf der gemäss ihrer Darstellung für die Reparatur der Asphaltbetondichtungsschicht angesetzten Frist – weder in der Klage vom 24. März 2016 (act. 1) noch in der Replik vom 10. Juli 2017 (act. 40) geltend. Die Klägerin hat lediglich die erforderlichen Unterhaltsarbeiten, insbesondere eine Mastix-Sanierung, durchgeführt (act. 40 Rz. 521; act. 49 Rz. 119). Aus dem Umstand, dass das Oberbecken des streitgegenständlichen Pumpspeicherwerks weiter in Betrieb ist, muss geschlossen werden, dass bislang keine Unbenutzbarkeit eingetreten ist. Im Übrigen wird im schweizerischen Werkvertragsrecht für die ähnlich einschneidenden Folgen der Wandelung eines auf Grund und Boden errichteten Werks eine gänzliche Unbrauchbarkeit und Unbehebbarkeit des Werks verlangt, damit der mit diesem Rechtsbehelf des Bestellers verbundene Nachteil für den Unternehmer noch als verhältnismässig gilt (Urteil des Bundesgerichts 4A_177/2014 vom 8. September 2014 E. 4.1 und 6.3). Der sehr weitgehende Rechtsbehelf einer Neuerstellung wäre damit nur verhältnismässig, wenn sich die Unbenutzbarkeit des Werks innerhalb der Garantiefrist bis zum 18. August 2014 wenigstens unweigerlich abgezeichnet hätte. Nachdem seither mehr als vier Jahre vergangen sind, ist ein solcher Schluss nicht naheliegend.

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

7. Verrechnungseinrede

Die Beklagte erhebt vorsorglich die Einrede der Verrechnung im Umfang des Widerklagebegehrens (act. 44 Rz. 226). Nachdem die Rechtsbegehren der Klägerin abzuweisen sind oder auf sie nicht einzutreten ist, muss auf die Verrechnungseinrede nicht weiter eingegangen werden. Dazu sei lediglich erwähnt, dass § 550 aZGB-CZ (wie Art. 120 Abs. 1 OR) die Gleichartigkeit von Haupt- und Verrechnungsforderung verlangt (act. 49 Rz. 96; von der Beklagten unbestritten geblieben, act. 53 Rz. 42; in act. 50/16 fehlt eine Übersetzung, es dürfte sich jedoch um die Verrechnungsbestimmung von § 550 aZGB-CZ handeln). Daran würde es fehlen, da der einzige Geldbetrag, welchen die Klägerin einklagt, einen Kostenvorschuss betrifft, welcher zudem auf CZK lautet (vgl. act. 49 Rz. 97, 98). Mithin wären die Voraussetzungen für eine Verrechnung nicht gegeben. Ebenfalls erübrigen sich Weiterungen betreffend die weiteren, im Übrigen jedoch unsubstantiierten Einreden des Mehrwerts und der Ohnehinkosten (act. 44 Rz. 227, 228).

III. Widerklage

1. Die Beklagte stützt die internationale und örtliche Zuständigkeit auf Art. 6 Ziff. 3 LugÜ (act. 18 Rz. 18; act. 44 Rz. 229, 266). Die Klägerin bestreitet die Zuständigkeit (act. 40 Rz. 356, 366, 367, 414, 423).

2. Wie im Zusammenhang mit der Hauptklage dargelegt, haben die Parteien den allgemeinen Gerichtsstand der beklagten Partei vereinbart. Die Vereinbarung über die internationale Zuständigkeit für Streitigkeiten aus dem Werkvertrag vom 22. März 2006 bezieht sich auf "sämtliche Streitigkeiten und Meinungsverschiedenheiten, die während der Erfüllung des Vertrags oder in Verbindung damit entstehen können" (Ziffer II.1.1 oben). Diese Formulierung erfasst auch Streitigkeiten

im Zusammenhang mit der Gültigkeit des Vertrags und Ansprüchen aus Nichtigkeit, Ungültigkeit, Verletzung oder Auflösung, seien diese vertraglicher, bereicherungsrechtlicher, deliktischer oder sonstiger gesetzlicher Natur (BERGER, in: Lugano-Übereinkommen, Basler Kommentar, a.a.O., N. 37 zu Art. 23 LugÜ; JAN KROPHOLLER/JAN VON HEIN, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2011, N. 69 zu Art. 23 EuGVO). Somit beansprucht die Vereinbarung der internationalen Zuständigkeit auch für die widerklageweise geltend gemachten Ansprüche Anwendung. Dies gilt auch für die Ansprüche aus dem behaupteten unberechtigten Bezug der Gewährleistungsgarantie: Die Beklagte fasst hier die Klägerin ins Recht und beruft sich damit auf ein gestörtes Valutaverhältnis (zu den einzelnen Rechtsverhältnissen im Zusammenhang mit einer Bankgarantie vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_111/2014 vom 31. Oktober 2014 E. 3.3 m.Nw.). Wollte die Beklagte (im Deckungsverhältnis; wie bei einem vorsorglichen Auszahlungsverbot) aus dem Garantievertrag vorgehen, müsste sie die leistende Bank ins Recht fassen. Der Bereicherungsausgleich hat deshalb vorliegend im Valutaverhältnis zwischen der Beklagten und der Klägerin stattzufinden (BGE 117 II 404 E. 3a und 3b S. 407-409; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2016, N 56.20, 56.22). Da das Valutaverhältnis auf dem Werkvertrag vom 22. März 2006 beruht, gilt dessen Gerichtsstandsklausel. Ein Rückforderungsanspruch aus Leistungskondition nach § 2991 Abs. 1 BGB-CZ (act. 18 Rz. 202; act. 40 Rz. 367; bei einem gesetzlichen Schuldverhältnis ist intertemporalrechtlich – entgegen act. 40 Rz. 368 – nicht auf den Vertragsschluss abzustellen) wegen rechtsgrundloser Zahlung bei der Abwicklung des Werkvertrags vom 22. März 2006 fällt ebenfalls unter die Gerichtsstandsklausel. Nun stellt sich die Frage, ob ein anderer zwingender Gerichtsstand dieser Gerichtsstandsklausel vorgeht.

3. Der Gerichtsstand der Widerklage aufgrund Sachzusammenhangs von Art. 6 Ziff. 3 LugÜ ist wegbedingbar (THOMAS ROHNER/MATTHIAS LERCH, in: Lugano-Übereinkommen, Basler Kommentar, hrsg. von Christian Oetiker/Thomas Weibel, 2. Aufl. 2016, N. 81 zu Art. 6 LugÜ; BERGER, in: Lugano-Übereinkommen, Basler Kommentar, a.a.O., N. 64 zu Art. 23 LugÜ). Gemäss Art. 23 Abs.1 Satz 2

LugÜ sind die Gerichte des prorogierten Staates ausschliesslich zuständig, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben.

Zur Widerlegung der Vermutung von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 LugÜ beruft sich die Beklagte zunächst auf eine Lehrmeinung von HAUSMANN, wonach ein Ausschluss der Widerklage am *forum derogatum* im Wege der Widerklage auch für den Fall, dass der Widerkläger selbst an diesem *forum* belangt werde, häufig dem vermutlichen Parteiwillen nicht entsprechen werde, so dass der Beklagte/Widerkläger in diesem Fall nicht gezwungen sei, seine Forderung ausschliesslich im *forum prorogatum* geltend zu machen (act. 44 Rz. 236; RAINER HAUSMANN, in: Internationales Vertragsrecht, hrsg. von Christoph Reithmann/Dieter Martiny, 8. Aufl. 2015, N 8.143). Auch wenn diese Lehrmeinung von einigen Autoren geteilt wird, handelt es sich nicht um eine herrschende Ansicht, findet sich doch eine erhebliche Zahl namhafter Autoren, welche diese nicht teilen (abweichend namentlich ANDREAS BUCHER, in: Loi sur le droit international privé. Convention de Lugano, Commentaire romand, hrsg. von Andreas Bucher, Basel 2011, N. 44 zu Art. 23 LugÜ; YVES DONZALLAZ, La Convention de Lugano, Volume III, Bern 1998, N 6662; KROPHOLLER/VON HEIN, a.a.O., N. 98 zur Art. 23 EuGVO; weitere Nw. des Meinungsstands im deutschen Schrifttum bei HAUSMANN, a.a.O., S. 2108 Fn. 1).

Entscheidend ist indessen, dass die Rechtsprechung der von HAUSMANN und einigen weiteren Autoren vertretenen Ansicht nicht folgt. In der zugänglichen Rechtsprechung schweizerischer Gerichte ist das Verhältnis zwischen Art. 6 Ziff. 3 LugÜ und Art. 23 LugÜ zwar, soweit ersichtlich, bislang nicht geklärt worden. Bereits Zustimmung in Entscheidungen gefunden hat hingegen die Auffassung, dass der Gerichtsstand der objektiven Klagehäufung von Art. 6 Ziff. 1 LugÜ hinter eine Gerichtsstandsvereinbarung zurücktreten muss (Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG160186-O vom 9. Mai 2017 E. 3.1, abrufbar unter <www.gerichte-zh.ch/entscheide/>; Chambre des recours VD vom 10. Mai 2006, JdT 2007 III 107, E. 3d/cc S. 111-112). Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Protokolls 2 zum LugÜ über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens und den Ständigen Ausschuss trägt jedes Gericht, welches das Übereinkommen anwendet und auslegt, den Grundsätzen gebührend Rechnung, die in massgeblichen Entschei-

dungen von Gerichten der durch dieses Übereinkommen gebundenen Staaten sowie in Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zu den Bestimmungen des Übereinkommens oder zu ähnlichen Bestimmungen des Lugano-Übereinkommens von 1988 und der in Art. 64 Abs. 1 LugÜ genannten Rechtsinstrumente entwickelt worden sind. Dies entspricht auch der Praxis des Bundesgerichts (BGE 144 III 175 E. 3.2 S. 178-179). Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat sich, soweit ersichtlich, bislang ebenfalls nicht in einem konkreten Fall zum Verhältnis zwischen Art. 6 Ziff. 3 und Art. 23 LugÜ (bzw. den entsprechenden Bestimmungen von parallelen Rechtsakten) geäußert. Nach seiner ständigen Rechtsprechung verdrängt jedoch eine Gerichtsstandsvereinbarung i.S.v. Art. 23 Abs. 1 LugÜ (bzw. Brüssel-I-Verordnung) sowohl den allgemeinen Gerichtsstand von Art. 2 LugÜ als auch die besonderen Zuständigkeiten nach Art. 5-7 LugÜ (EuGH, Urteil vom 21. Mai 2015, Rs. C-322/14, Rz. 25; Urteil vom 20. Februar 1997, Rs. C-106/95, Slg. 1997, I-911, Rz. 14 m.Nw.). Im Zusammenhang mit einer wechselseitigen (reziproken) Gerichtsstandsvereinbarung hat der EuGH zudem Folgendes ausgeführt: Die Anerkennung der Parteiautonomie im Bereich von Vereinbarungen über die gerichtliche Zuständigkeit für Entscheidungen von Rechtsstreitigkeiten "gilt besonders in einem Fall, in dem die Parteien durch eine solche Vereinbarung wechselseitig die in der allgemeinen Vorschrift des Artikels 2 des Übereinkommens [vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen] bezeichneten Gerichte als zuständig bestimmt haben. Obwohl eine solche Abmachung mit der Wirkung dieser Vorschrift zusammenfällt, bleibt sie dennoch sinnvoll, insofern sie zwischen den Parteien zum Ausschluss anderer, fakultativer Gerichtsstände der in den Artikeln 5 und 6 des Übereinkommens genannten Art führt" (EuGH, Urteil vom 9. November 1978, Rs. 23/78, Slg. 1978, 2134, Rz. 5). Konkret mit dem Verhältnis zwischen Art. 6 Ziff. 3 und Art. 23 LugÜ hat sich hingegen der österreichische Oberste Gerichtshof befasst. Nach dessen Rechtsprechung führt eine Gerichtsstandsvereinbarung gemäss Art. 24 LugÜ zu einer ausschliesslichen Zuständigkeit und verdrängt die Zuständigkeitsregel von Art. 6 Ziff. 3 LugÜ (österreich. OGH, Beschluss vom 30. März 2000, Az. 2 Ob 74/00x;

vom 3. August 2004, Az. 5 Ob 32/04y; jeweils abrufbar unter <www.ris.bka.gv.at/jus/>).

Die Beklagte bestreitet weiter, dass die Parteien mit § 30.1 Anhang 1 des Werkvertrags vom 22. März 2006 eine Derogation sämtlicher anderer Gerichtsstände vereinbart hätten; da die Widerklage gemäss Art. 6 Ziff. 3 LugÜ in einem engen Zusammenhang zur Hauptklage stehen müsse, sei nach dem Vertrauensprinzip gestützt auf die weite und abstrakte Formulierung ("allgemeine Gerichtsbarkeit") davon auszugehen, dass der Angreifer (vorliegend die Klägerin) nicht vor einer Widerklage am *forum prorogatum* geschützt werden sollte; die Parteien hätten mit der weiten Formulierung zum Ausdruck gebracht, dass sie lediglich eine Ausschliesslichkeit i.w.S. vereinbaren wollten, und gerade nicht beabsichtigt, dass die Beklagte/Widerklägerin gezwungen sei, ihre Forderung ausschliesslich am *forum prorogatum* geltend zu machen (act. 44 Rz. 237). Der Begriff Streitigkeit lasse nur den Schluss zu, dass eben nicht nur die Forderung gemäss Klage und Klageantwort, sondern darüber hinaus auch die Forderung aus einer Widerklage am entsprechenden Ort einzureichen sei (act. 44 Rz. 238).

Die Beklagte anerkennt das Vorliegen einer Gerichtsstandsvereinbarung in § 30.1 des Anhang Nr. 1 zum Werkvertrag. Was sie unter "Ausschliesslichkeit i.w.S." verstehen will, ist nicht nachvollziehbar. Der Begriff "Streitigkeit" lehnt sich eng an den Begriff "Rechtsstreitigkeit" gemäss Art. 23 Abs. 1 LugÜ an. Damit stellt er keine charakteristische Eigenschaft der vorliegenden Gerichtsstandsklausel dar. Diese zeichnet sich vielmehr durch ihre Reziprozität aus, was nach der Rechtsprechung weder unzulässig ist noch der Ausschliesslichkeit entgegensteht. Die Beklagte vermag keine konkreten Umstände darzutun, welche eine Abweichung von der Vermutung in Art. 23 Abs. 1 Satz 2 LugÜ rechtfertigen. Damit muss es bei der Vermutung der Ausschliesslichkeit bleiben, denn diese will gerade Unklarheiten wie im vorliegenden Fall beseitigen.

4. Die Vereinbarung einer reziproken ausschliesslichen internationalen Zuständigkeit durch die Parteien führt dazu, dass die internationale Zuständigkeit für die Klage in der Schweiz, für die Widerklage gegen die Klägerin dagegen in der Tschechischen Republik liegt. Die internationale Zuständigkeit ist für die vorlie-

gende Widerklage deshalb nicht gegeben (vgl. BERGER, a.a.O., N. 65, 66 zu Art. 23 LugÜ).

Im Ergebnis ist auf die Widerklage nicht einzutreten.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Streitwert

Zur Bestimmung des Kostenstreitwerts sind die Streitwerte von Klage und Widerklage zusammenzuzählen, sofern diese sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Bei Klagenhäufung werden die geltend gemachten Ansprüche ebenfalls zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 1 ZPO).

Den Streitwert der Hauptklage schätzt die Klägerin auf CZK 205'000'000 (act. 1 Rz. 12). Nach dem Wechselkurs vom 24. März 2016 (Erhebung der Klage) entspricht dies umgerechnet CHF 8'265'600.00 (CZK/CHF-Kurs 0,04032). Die Beklagte hat gegen die Schätzung keine begründeten Einwendungen erhoben (act. 18 Rz. 75). In Anwendung von Art. 91 Abs. 2 ZPO ist der Streitwert der Hauptklage auf CHF 8'265'600.00 festzusetzen.

Die Widerklage umfasst Geldbeträge in verschiedenen Währungen. Nach den Wechselkursen vom 15. August 2016 (Erhebung der Widerklage) entsprechen die Beträge von EUR 63'881 CHF 69'478.89 (EUR/CHF-Kurs 1,08763) und von CZK 1'220'638.90 CHF 49'130.72 (CZK/CHF-Kurs 0,04025). Der Streitwert der Widerklage beläuft sich auf CHF 1'249'292.58 (CHF 781'702.60 + CHF 384'980.37 + CHF 69'478.89 + CHF 49'130.72).

Das vorliegende Verfahren hat demnach einen Kostenstreitwert von CHF 9'514'892.58. Der Anteil der Hauptklage beträgt 86.87 % (CHF 8'265'600.00 / CHF 9'514'892.58), jener der Widerklage 13.13 % (CHF 1'249'292.58 / CHF 9'514'892.58).

2. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Das Gericht kann die Grundgebühr unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls ermässigen oder erhöhen (§ 2 Abs. 1 lit. c und d, § 4 Abs. 2 GebV OG). Wird das Verfahren ohne Anspruchsprüfung oder nach Säumnis erledigt, kann die so bestimmte Gebühr bis auf die Hälfte herabgesetzt werden (§ 10 Abs. 2 GebV OG).

Bei einem Kostenstreitwert von CHF 9'514'892.58 beträgt die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte Grundgebühr rund CHF 116'000.00. Das vorliegende Verfahren umfasste Fragen des internationalen Zivilprozessrechts und der Anwendung ausländischen materiellen Rechts. Der dadurch bedingte Zusatzaufwand rechtfertigt die Erhöhung der Grundgebühr um ca. einen Drittel (vgl. § 4 Abs. 2 GebV OG). Hingegen ist im auf die Widerklage entfallenden Anteil von 13.13 % ermässigen zu berücksichtigen, dass auf die Widerklage nicht einzutreten ist (vgl. § 10 Abs. 1 GebV OG). Die Gerichtsgebühr ist demgemäss auf CHF 150'000.00 festzusetzen.

Die Verteilung der Gerichtskosten erfolgt nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Klägerin obsiegt vollständig bei der Widerklage, unterliegt jedoch vollumfänglich mit ihrer Hauptklage. Zu berücksichtigen ist die Reduktion der Gerichtsgebühr durch die Erledigung ohne Anspruchsprüfung bei der Widerklage.

Es rechtfertigt sich daher, der Klägerin die Gerichtskosten zu neun Zehntel und der Beklagten zu einem Zehntel aufzuerlegen.

Die Klägerin hat Kostenvorschüsse von insgesamt CHF 139'000.00, die Beklagte solche von CHF 45'000.00 geleistet. Die Kostenvorschüsse decken jeweils die den Parteien auferlegten Kosten. Diese sind aus den von den Parteien geleisteten

Kostenvorschüssen zu decken. Der Mehrbetrag ist den Parteien zurückzuerstat-
ten.

3. Parteientschädigungen

Bei berufsmässig vertretenen Parteien richtet sich die Höhe der Parteientschädi-
gung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010
(AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2
des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Die Parteientschädigung richtet
sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV), welcher die
Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Das Ge-
richt kann die Grundgebühr unter Berücksichtigung der Verantwortung, des not-
wendigen Zeitaufwands der Vertretung und der Schwierigkeit des Falls ermässi-
gen oder erhöhen (§ 2 Abs. 1 lit. c, d und e, § 4 Abs. 2 AnwGebV). Die so ermit-
telte ordentliche Gebühr deckt den Aufwand für die Erarbeitung eines Schriftsat-
zes und die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für
die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige
Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Gebühr
berechnet (§ 11 Abs. 2 AnwGebV).

Bei einem Kostenstreitwert von CHF 9'514'892.58 beträgt die nach § 4 Abs. 1
AnwGebV ermittelte Grundgebühr rund CHF 103'000.00. Dem durch die Fragen
des internationalen Zivilprozessrechts und die Anwendung ausländischen materi-
ellen Rechts bedingten Zusatzaufwand ist mit einer Erhöhung der Grundgebühr
um einen Drittel (vgl. § 4 Abs. 2 AnwGebV) auf rund CHF 137'000.00 Rechnung
zu tragen. Für den doppelten Schriftenwechsel ist weiter ein Zuschlag von rund
50 % zu berechnen. Die Gebühr ist deshalb gerundet auf CHF 206'000.00 zu er-
höhen.

Die Zusprechung einer Parteientschädigung richtet sich nach Obsiegen und Un-
terliegen der Parteien (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Keine Partei obsiegt vollstän-
dig. Die Beklagte obsiegt, wie oben erwähnt, immerhin zu 9/10 (Abweisung der
Hauptklage), die Klägerin lediglich zu 1/10 (Nichteintreten auf die Widerklage; Zif-

fer IV.1 oben). Folglich ist der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von 80 %, was CHF 165'000.00 entspricht, zuzusprechen.

Der beantragte Mehrwertsteuerzusatz ist nicht zuzusprechen, da die Beklagte selber mehrwertsteuerpflichtig ist und nicht nachgewiesen hat, dass sie die auf das Anwaltshonorar bezahlte Mehrwertsteuer nicht als Vorsteuerabzug geltend machen kann (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 Ziffer 2.1.1 S. 3, abrufbar unter <http://www.gerichte-zh.ch/kreisschreiben/>).

V. Rechtsmittel

Der Rechtsmittelstreitwert berechnet sich nach dem Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG). Bei Beschwerden bestimmt er sich nach den Begehren, die vor der Vorinstanz streitig geblieben sind (Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG), wobei Zinsen, Früchte, Gerichtskosten und Parteientschädigungen, die als Nebenrechte geltend gemacht werden, sowie Vorbehalte und die Kosten der Urteilsveröffentlichung nicht in Betracht fallen (Art. 51 Abs. 3 BGG). Bei objektiver Klagenhäufung erfolgt wie nach Art. 94 Abs. 2 ZPO eine Zusammenrechnung der Begehren, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 52 BGG). Im Gegensatz zum Kostenstreitwert nach Art. 94 Abs. 2 ZPO werden Haupt- und Widerklage nicht zusammengerechnet (Art. 53 Abs. 1 BGG). Klage und Widerklage haben damit je ihren eigenen Streitwert.

VI. Ergebnis

Die Rechtsbegehren Ziffer 2 und 5 der Hauptklage erweisen sich als unzulässig. Rechtsbegehren Ziffer 2 ist nicht vollstreckbar, da es der mit der Vollstreckung betrauten Behörde nicht möglich ist, die Einhaltung der durch generellen Verweis auf die vertraglichen Bedingungen massgebenden Bestimmungen zu überprüfen. Rechtsbegehren Ziffer 5 ist lediglich klarstellend; für eine entsprechende Feststellung fehlt es an einem Feststellungsinteresse.

Rechtsbegehren Ziffer 1, 3 und 4 der Hauptklage sind abzuweisen. Einerseits hat die Klägerin die vertraglichen und gesetzlichen Vorgaben zur Geltendmachung

von Mängelrechten nicht eingehalten. Andererseits liegt keine Unbenutzbarkeit des Werks vor bzw. sind die Tatsachen, welche zu diesem Schluss führen könnten, nicht erstellt, weshalb der Anspruch auf Nachbesserung auch bei Einhaltung der formellen Vorgaben zur Geltendmachung von Mängelrechten nicht besteht. Die akzessorischen Rechtsbegehren Ziffer 2-5 bestehen deshalb infolge Fehlen eines Hauptanspruchs nicht, selbst wenn auf diese eingetreten würde. Rechtsbegehren Ziffer 4 fehlt es an einer Ermächtigung zur Ersatzvornahme. Da es der Klägerin an einem rechtlichen Anspruch auf Kostenbevorschussung fehlt, ist Rechtsbegehren Ziffer 4 auch aus diesem Grund abzuweisen.

Auf die Widerklage ist mangels internationaler Zuständigkeit nicht einzutreten.

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Auf die Rechtsbegehren Ziffer 2 und 5 der Klage wird nicht eingetreten.
2. Auf die Widerklage wird nicht eingetreten.
3. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 150'000.00 festgesetzt.
3. Der Klägerin werden die Kosten im Umfang von neun Zehntel, der Beklagten im Umfang von einem Zehntel auferlegt, und je aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen gedeckt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von CHF 165'000.00 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 der Hauptklage beträgt CHF 8'265'600.00. Der Streitwert der Widerklage beträgt CHF 1'249'292.58.

Zürich, 9. Januar 2019

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Dr. George Daetwyler

Jan Busslinger