

# AG\_HANDELSGERICHT HOR.2024.51b vom 11. Mai 2026

Ag Handelsgericht, 2026-05-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag\\_handelsgericht\\_HOR.2024.51b](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_handelsgericht_HOR.2024.51b)

FR: AG\_HANDELSGERICHT HOR.2024.51b du 11 mai 2026

IT: AG\_HANDELSGERICHT HOR.2024.51b del 11 maggio 2026

## Erwägungen

### E. 2

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Z. \_\_\_\_\_. Sie hat insbesondere [...] zum Zweck (KB 3).

#### E. 2.1

Behauptungslast Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Den Prozessparteien obliegt die Behauptungslast.<sup>1</sup> Die Aufteilung der Behauptungslast zwischen den Parteien folgt der Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB.<sup>2</sup> Somit trägt die Behauptungslast für rechtserzeugende Tatsachen, wer ein Recht oder Rechtsverhältnis behauptet; für rechtsaufhebende Tatsachen, wer die Aufhebung oder den Untergang eines Rechts behauptet (z.B. Verwirkung, Erlass etc.) und für rechtshindernde Tatsachen, wer sich darauf beruft (z.B. Verjährung, Stundung etc.).<sup>3</sup> Dementsprechend hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu behaupten, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt.<sup>4</sup> Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten; es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden rechtlichen Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen <sup>1</sup> Vgl. BGer 5A\_83/2019 vom 23. Juli 2019 E. 4, 4A\_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2; SCHNEUWLY, Lange Rechtsschriften – Wieso? Und was tun?, Anwaltsrevue 2019, S. 444. <sup>2</sup> BGE 132 III 186 E. 4; BGer 5A\_808/2018 vom 15. Juli 2019 E. 4.2. <sup>3</sup> SK ZPO I-SUTTER-SOMM/SCHRANK, 4. Aufl. 2025, Art. 55 N. 18. <sup>4</sup> BGE 128 III 271 E. 2.a.aa; weitergehend ZK ZGB-JUNGO, 3. Aufl. 2018, N. 387.

- 8 - behauptet werden.<sup>5</sup> Was offensichtlich in anderen, ausdrücklich vorgebrachten Parteibeauptungen enthalten ist, muss nicht explizit behauptet werden (sog. implizite bzw. mitbehauptete Tatsachen).<sup>6</sup> Blosser Mutmassungen stellen jedoch keine rechtsgenügenden Tatsachenbehauptungen dar.<sup>7</sup> Ist ein Tatsachenvortrag im erwähnten Sinne vollständig, so wird er als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angeführte Rechtsfolge zulässt.<sup>8</sup> Tatsachenbehauptungen sind grundsätzlich in den Rechtsschriften aufzustellen (Art. 221 Abs. 1 lit. d und Art. 222 Abs. 2 Satz 1 ZPO).<sup>9</sup> Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht.<sup>10</sup> Das bedeutet aber nicht, dass es nicht ausnahmsweise zulässig sein kann, seinen Substantiierungsobliegenheiten durch Verweis auf eine Beilage nachzukommen, namentlich etwa für Abrechnungen oder Kontoaufstellungen. Das Bundesgericht hat in seiner gefestigten Rechtsprechung klargestellt, dass ein solcher Verweis unter gewissen Bedingungen ausnahmsweise genügen kann: Werden Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen in einer Rechtsschrift behauptet und wird für Einzelheiten auf eine Beilage verwiesen, ist zu prüfen, ob die Gegenpartei und das Gericht damit die notwendigen Informationen in einer Art erhalten, die eine Übernahme in die Rechtsschrift als

blossen Leerlauf erscheinen lässt, oder ob der Verweis ungenügend ist, weil die nötigen Informationen in den Beilagen nicht eindeutig vollständig enthalten sind oder aber daraus zusammengesucht werden müssten. Es genügt nicht, dass in den Beilagen die verlangten Informationen in irgendeiner Form vorhanden sind. Es muss auch ein problemloser Zugriff darauf gewährleistet sein, und es darf kein Interpretationsspielraum bestehen. Der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift muss spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennen und aus dem Verweis muss selbst klar werden, welche Teile des Aktenstücks als Parteibeauptung gelten sollen. Ein problemloser Zugriff ist gewährleistet, wenn eine Beilage selbsterklärend ist und genau die verlangten (bzw. in der Rechtsschrift bezeichneten) Informationen enthält. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, kann ein Verweis nur genügen, wenn die Beilage in der Rechtsschrift derart konkretisiert und erläutert wird, dass die Informationen ohne weiteres zugänglich werden und nicht interpretiert und zusammengesucht werden müssen.<sup>11</sup> Die in der Praxis beliebten Pauschalverweise auf 5 BGE 136 III 322 E. 3.4.2; BGer 4A\_664/2024 vom 25. September 2025 E. 3.2.1. 6 BGE 144 III 519 E. 5.3; BGer 4A\_243/2018 vom 17. Dezember 2018 E. 4.2.1 m.w.N.; JOSI, Behaupten, Bestreiten und Beweisen – praktische Fragen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Markus/Eichel/Rodriguez (Hrsg.), Der handelsgerichtliche Prozess, Chancen und Gefahren – national und international, 2019, S. 80. 7 BGer 4A\_667/2014 vom 12. März 2015 E. 3.2.2. 8 BGer 4A\_664/2024 vom 25. September 2025 E. 3.2.1; SCHNEUWLY (Fn. 1), S. 445. 9 BGE 144 III 519 E. 5.2.1; 144 II 67 E. 2.1; BRUGGER, Der Verweis auf Beilagen in Rechtsschriften, SJZ 2019, S. 534; JOSI (Fn. 6), S. 60. 10 BGer 4A\_664/2024 vom 25. September 2025 E. 3.2.2; JOSI (Fn. 6), S. 61. 11 BGE 144 III 519 E. 5.2.1.2; BGer 4A\_664/2024 vom 25. September 2025 E. 3.2.2.

- 9 - eingereichte Akten bzw. die allgemeine Erklärung, diese würden "integrierenden Bestandteil" der Rechtsschrift bilden, stellen deshalb keine hinreichenden Behauptungen dar bzw. können fehlende Behauptungen nicht ersetzen.<sup>12</sup>

## **E. 2.2**

**Bestreitungslast** Die Kehrseite der Behauptungslast ist die sog. Bestreitungslast: Bestreitet eine Partei eine Tatsachenbehauptung ihres Gegners nicht, gilt diese als unbestritten und die betreffende Tatsache kann dem Entscheid ohne weiteres zugrunde gelegt werden, da über nicht bestrittene Tatsachen kein Beweis geführt zu werden braucht (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).<sup>13</sup> Art. 222 Abs. 2 ZPO verlangt von der beklagten Partei, darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden. Es ist deshalb empfehlenswert, die Tatsachenbehauptungen der Klägerin detailliert, d.h. Punkt für Punkt zu bestreiten.<sup>14</sup> Bestreitungen sind dabei so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so bestimmt sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss. Pauschale Bestreitungen reichen indessen selbst dann nicht aus, wenn sie explizit erfolgen. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird.<sup>15</sup> Auch ein implizites Bestreiten genügt unter diesen Voraussetzungen den Anforderungen der rechtsgenügenden Bestreitung.<sup>16</sup>

## **E. 2.3**

Substantiierungslast Bestreitet aber der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei in rechtsgenügender Weise, so greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzel-tatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann.<sup>17</sup> Das Beweisverfahren darf nicht dazu dienen, ein ungenügendes Parteivorbringen zu vervollständigen.<sup>18</sup> Der nicht oder nicht substantiiert 12 BK ZPO I-DOMENIG/HURNI, 2. Aufl. 2026, Art. 55 N. 22 m.w.N.; BRUGGER (Fn. 9), S. 540 Fn. 50 m.w.N. 13 BK ZPO I-DOMENIG/HURNI (Fn. 12), Art. 55 N. 39 mit Verweis auf Art. 150 Abs. 1 ZPO; JOSI (Fn. 6), S. 57. 14 Ähnlich DROESE, Bestreitungsbedürftige Beilagen – ein Hinweis zur bundesgerichtlichen Speisekarte, Note zu Urteil 4A\_11/2018, SZPP 2019, S. 19.

## **E. 2.4**

Bezeichnung der Beweismittel Die Parteien haben im Rahmen der Verhandlungsmaxime die einzelnen Beweismittel zu bezeichnen (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO, wonach die Klage die Tatsachenbehauptungen sowie die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu enthalten hat). Dazu gehört auch, dass aus dem Zusammenhang klar wird, inwiefern die angerufenen Beweismittel den angestrebten Beweis erbringen sollen. Es genügt nicht, in der Klage Behauptungen aufzustellen und pauschal auf die Klagebeilagen zu verweisen.<sup>20</sup> Ein Beweismittel ist nur dann formgerecht angeboten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt.<sup>21</sup> Deshalb sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die entsprechenden Tatsachenbehauptungen aufzuführen, welche durch sie bewiesen werden sollen ("Prinzip der sog. Beweismittelverbindung").<sup>22</sup> Es ist hingegen unzureichend, einen ganzen Sachverhaltskomplex zu behaupten und lediglich pauschal auf eine Vielzahl von Urkunden oder eine Anzahl Zeugen zu verweisen.<sup>23</sup> Bei umfangreichen Urkunden ist zudem die für die Beweisführung erhebliche Stelle zu bezeichnen (Art. 180 Abs. 2 ZPO).<sup>24</sup> 3. Einleitende Bemerkungen Der Abschluss und Inhalt des Werkvertrags Nr. 2300 ist vorliegend grundsätzlich nicht strittig (KB 8). Weiter sind sich die Parteien einig, dass die Beklagte ihre vertraglich geschuldeten Leistungen betreffend die Elektroanlagen im Zeitpunkt der Vertragskündigung am 22. Juli 2022 noch nicht vollendet hatte. Strittig ist, gestützt auf welche rechtlichen Grundlagen die Klägerin am

## **E. 3**

Die Klägerin ist Bauherrin der im Stockwerkeigentum konzipierten Wohnüberbauung XYZ in QQ.\_\_\_\_ (Klage Rz. 6; KB 8). Mit der Bauleitung für dieses Projekt betraute die Klägerin die G.\_\_\_\_ AG (nachfolgend als Bauleitung bezeichnet) (Klage Rz. 7). Als Bauherrenvertreterin setzte sie die H.\_\_\_\_ GmbH ein (nachfolgend als Bauherrenvertreterin bezeichnet) (KB 8).

## **E. 4.1**

Parteibehauptungen

### **E. 4.1.1**

Klägerin Gemäss den Ausführungen der Klägerin habe die Beklagte die vertraglich geschuldete Qualität nicht erfüllen können, insbesondere auch nicht die Anforderungen in zeitlicher wie in kommunikativer Hinsicht (Klage Rz. 11 f.). Mit Einschreiben vom 28.

April 2022 habe die Bauleitung die Beklagte daher abgemahnt (Klage Rz. 11; KB 16). Ab Ende April 2022 seien zudem die ersten Wohnungskäufer eingezogen. Jedoch seien die Wohnungen aufgrund der von der Beklagten verursachten Verzögerungen hinsichtlich der Elektroarbeiten noch nicht fertiggestellt respektive diese Arbeiten seien mangelhaft gewesen (Klage Rz. 13). Wiederholt habe festgestellt werden müssen, dass die Beklagte keine Mitarbeiter auf der Baustelle gehabt habe, obwohl Dringlichkeit bestanden habe (Klage Rz. 14). Die Unzuverlässigkeit der Beklagten habe wiederholt gerügt werden müssen (Klage Rz. 15). Mit E-Mail vom 3. Mai 2022 habe die Bauleitung die Beklagte erneut abmahnen müssen, da diese nicht zeitgerecht reagiert und die versprochenen Arbeiten nicht erledigt habe (Klage Rz. 16; KB 20). Als weiteres exemplarisches Beispiel einer Abmahnung der Beklagten diene die E-Mail des Bauherrenvertreters und Bauleiters vom 18. Mai 2022 (Klage Rz. 17; KB 21). Zudem zeige auch die Korrespondenz vom 21. Mai 2022 das Fehlverhalten der Beklagten, welche nicht an einem Termin mit einem Wohnungskäufer erschienen sei (Klage Rz. 17; KB 21). Das chronisch gezeigte Fehlverhalten habe letztlich zur mittels E-Mail vom

#### **E. 4.1.2**

Beklagte Die Beklagte führt im Wesentlichen aus, es seien weder die Voraussetzungen für einen Rücktritt nach Art. 366 Abs. 1 OR noch die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR gegeben. Auch läge kein wichtiger Grund zur Auflösung des Werkvertrages vor (Antwort Rz. 115). Die Beendigung sei daher als Auflösung des Vertrags nach Art. 377 OR zu qualifizieren (Antwort Rz. 116; Duplik Rz. 72). Durch die Abnahme bzw. den Rücktritt vom Vertrag vor Vollendung des Werks und durch die Veränderung der Anlagen durch einen Dritten seien allfällige Gewährleistungsansprüche verwirkt (Antwort Rz. 116). Die Beklagte habe keinen Anlass für eine Kündigung aus wichtigem Grund gegeben (Antwort Rz. 10). Fehleinschätzungen, unsorgfältige oder fehlerbehaftete Kommunikation überwiegend im Verantwortungsbereich der Klägerin seien Ursache des vorliegenden Streits (Antwort Rz. 11). Die Ursachen lägen in der ungenügenden übergeordneten Koordination (Gesamtleitung), der Auswahl bestimmter Leistungsträger, den Eigenschaften der eingesetzten Hilfspersonen und den zahlreichen Bestellungsänderungen sowie Mitwirkungsversäumnissen. Widerreden der Beklagten seien scharf geahndet worden (Antwort Rz. 13 ff.). Die Klägerin habe die Beklagte nicht ungehindert arbeiten lassen. Dies zeige sich exemplarisch an den Arbeiten im Aussenbereich und den Verzögerungen aufgrund der Arbeiten des Gärtners (Duplik Rz. 21; KB 21). Zudem habe die geforderte Leistung nicht mehr dem ursprünglich vereinbarten Werk entsprochen (Antwort Rz. 16). Insbesondere werde bestritten, dass es am 3. Mai 2022 berechtigten Anlass für eine Abmahnung gegeben habe. Zu allen Leistungsaspekten, zu welchen die Beklagte keine verbindlichen Termine hinsichtlich der Vorleistungen erhalten habe, sei begriffslogisch auch keine verbindliche Terminierung der Folgearbeiten möglich (Antwort Rz. 57). Tatsächlich habe sich die Klägerin in Annahmeverzug befunden und weder am 3. Mai 2022 noch danach zutreffende Angaben hinsichtlich der bauseits zu schaffenden Voraussetzungen rechtzeitig geliefert (Antwort Rz. 55 und 57 f.; AB 19 f.).

- 13 - In Bezug auf das Schreiben vom 27. Juni 2022 (KB 22) bestreitet die Beklagte, dass die klägerischen Beispiele eine qualitativ schlechte oder unzuverlässige Arbeit wie Kommunikation der Beklagten belegten und dass ihr berechtigterweise vorgeworfen worden sei, sich im Verzug befunden zu haben. Es werde bestritten, dass neue Termine

verbindlich vereinbart worden seien. Die Klägerin und ihre Hilfspersonen hätten sich auch dazu wider- sprüchlich verhalten (Antwort Rz. 63). Auch für den 1. Juli 2022 (KB 24) bestreitet die Beklagte, dass es berech- tigten Anlass für eine Abmahnung gegeben habe. Es werde bestritten, dass die Beklagte die unter Rz. 19 der Klageschrift vorgebrachten Vorwürfe nicht beachtet habe. Mangels bauseits fehlender Voraussetzungen (unter ande- rem für die Gewerke Küchenbau, Schreiner, Umgebung, Sanitär, QS.\_\_\_\_\_ etc.) habe es keine Grundlage gegeben, verbindliche neue Ter- mine zu vereinbaren, geschweige denn diese einseitig vorschreiben zu können (Duplik Rz. 14 und 18; AB 29). Ungeachtet dessen habe die Klä- gerin wiederholt neue Termine vorgegeben, habe mehrfach behauptet, diese seien "vereinbart", um die dazu erforderlichen Vorleistungen und ver- traglichen Vorbehalte selbst nicht einzuhalten. Bei den terminbezogenen Vorstellungen der Klägerin habe es sich allerdings nicht um "Vereinbarun- gen" gehandelt (Duplik Rz. 16, 62 und 64; AB 19, 20, 29 und 30). Es sei für die Beklagte unter den gegebenen Umständen nicht zumutbar gewesen, allen Wünschen der Klägerin nachzukommen (Antwort Rz. 64). Es werde auch bestritten, dass die in der E-Mail vom 11. Juli 2022 (KB 25) aufgeführ- ten Angaben vereinbarte Terminangaben enthalten hätten. Es habe sich um einseitige Wunschterminvorgaben gehandelt (Antwort Rz. 65). Am 21. Juli 2022 seien die Pendenzen, zu welchen die bauseitigen Voraus- setzungen erfüllt gewesen wären und schriftliche Genehmigungen der Be- stellungsänderungen gemäss Wortlaut des Vertrags vorgelegen seien, bei- nahe alle erfüllt gewesen, so dass die Vollendungsanzeigen im Zeitpunkt als die Hilfspersonen am 21. Juli 2022 unangekündigt auf der Baustelle ein Baustellenverbot erklärt hätten und die Mitarbeiter der Beklagten von der Baustelle verwiesen worden seien, grundsätzlich unmittelbar bevorgestan- den seien. Gegenüber den von der Bauleitung am 8. Juli 2022 als offene Pendenzen bezeichneten Punkten seien am 21. Juli 2022 bereits weitere Punkte erledigt gewesen (Antwort Rz. 67). Auch sei aus der E-Mail vom 11. Juli 2022 ersichtlich, dass an diesem Tag Leistungen von Nebenunter- nehmern nicht fertig gewesen seien oder noch hätten angepasst werden müssen, so dass nicht alle verbleibenden Elektrorestarbeiten überhaupt oder nicht ohne Gefahr von Beschädigungen hätten endmontiert werden können (Antwort Rz. 68 f.; KB 25). Sämtliche Vorwürfe der Klägerin bezüg- lich angeblich pflichtwidriger Bauzustände werden bestritten (Duplik Rz. 72). Die Mehrkostenbestätigung für die dritte Video-Aussensprechan- lage und andere Zusatzleistungen bzw. andere Nachtragsofferten (Nr. 12007006.13 [Brandschutzklappen], 12007006.14 [Gegensprech-

- 14 - anlage Briefkasten], 12007006.15 [Pool Wohnung A0.2]; AB 31, 32 und 33) seien von der Klägerin nicht unterzeichnet worden, weshalb sich die Be- klagte damit auch nicht habe in Verzug befinden können (Antwort Rz. 71; Duplik Rz. 18 und 22; AB 29). Für das Schwimmbad und für einen Whirl- pool habe das Betonfundament gefehlt. Weiter hätten Betonsockel für be- stimmte Aussenleuchten gefehlt, Markisen seien nicht angepasst und Pro- dukte auf der Lieferliste seien nicht geliefert worden. Terminliche Auswir- kungen von Beststellungsänderungen und bauseitigen Verzögerungen bzw. ausstehenden Leistungen habe die Klägerin in ihrer Beurteilung, wer aus ihrer Sicht zu spät war, nicht berücksichtigt. Die Arbeiten seien unvollendet gewesen, unter den gegebenen Umständen sei die Beklagte aber auch nicht verpflichtet gewesen, ihre Arbeiten früher zu vollenden (Antwort Rz. 72). Allgemein bestreitet die Beklagte, dass sie verpflichtet gewesen wäre, allfällige bauseitige Hindernisse gemäss Art. 25 SIA-Norm 118 anzu- zeigen und abzumahlen (Duplik Rz. 85). Entsprechende Umstände seien der Klägerin bereits bekannt gewesen (siehe nur Duplik Rz. 86 und 208).

## **E. 4.2**

### Rechtliches

#### **E. 4.2.1**

Allgemeines Beim Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer dazu, das Werk rechtzeitig herzustellen und dem Besteller abzuliefern (Art. 363 OR). Während der Herstellungsphase kann der Besteller vom Vertrag gemäss Art. 366 Abs. 1 OR zurücktreten, wenn der Unternehmer unter anderem die Ausführung in vertragswidriger Weise und ohne Schuld verzögert oder damit so sehr im Rückstande ist, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorzusehen ist (sog. Herstellungsverzug). Art. 366 Abs. 1 OR gilt grundsätzlich auch bei Anwendung der SIA-Norm 118 (vgl. Art. 96 Abs. 4 und Art. 183 SIA-Norm 118). Art. 366 Abs. 1 OR bedarf der Ergänzung des allgemeinen Verzugsrechts (insbesondere Art. 102, 103, 106 Abs. 1 und Art. 107–109 OR) sowohl für die Voraussetzungen als auch die Rechtsfolgen des Herstellungsverzugs.<sup>25</sup> Gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR kann der Besteller vom Vertrag ex tunc zurücktreten. Er kann jedoch auch nur mit Wirkung für die Zukunft (ex nunc) auf die Vertragserfüllung des Unternehmers verzichten und in diesem Sinne den Vertrag kündigen.<sup>26</sup> Im Verschuldensfall eröffnet Art. 107 Abs. 2 OR überdies die Möglichkeit, am Vertrag festzuhalten, auf die Erbringung der Erfüllung zu verzichten und stattdessen den Nichterfüllungsschaden zu fordern. Der Besteller ist dabei so zu stellen, als wäre das vollendete Werk vertragsgemäss abgeliefert worden.<sup>27</sup> Hiervon werden auch die Kosten einer allfälligen Ersatzvornahme erfasst.<sup>28</sup> 25 BGer 4A\_232/2011 vom 20. September 2011 E. 4.3; BK OR-REY, 2024, Art. 366 N. 26. 26 BGE 116 II 450 E. 2a/aa; BGer 4A\_232/2014 vom 30. März 2015 E. 14.3.2.1 (nicht publ. in BGE 141 III 106).

#### **E. 4.2.2**

Voraussetzungen Der Herstellungsverzug gemäss Art. 366 Abs. 1 OR setzt voraus, dass die Werkherstellung noch erbringbar ist und weiterhin aussteht. Mit der Werkherstellung ist der Unternehmer vertragswidrig im Rückstand, wenn die Leistung im jeweiligen Herstellungsstadium<sup>29</sup> fällig ist und gehörig gemahnt wurde (Art. 102 Abs. 1 OR) oder ein Mahnäquivalent gemäss Art. 102 Abs. 2 i.V.m. Art 108 OR gegeben ist. Unabhängig von der jeweiligen Tatbestandsvariante ist entscheidend, ob der Unternehmer mit dem effektiven Ist-Ausführungsstand gegenüber dem geschuldeten Soll-Ausführungsstand zurückliegt.<sup>30</sup> Beim Soll-Ausführungsstand handelt es sich um ein normatives Mass das vorab anhand der Parteivereinbarung zu ermitteln ist.<sup>31</sup> Auf verbindliche und im jeweiligen Moment noch geltende Zeitpläne kann abgestellt werden. Zu würdigen ist namentlich, ob sich allfällige einseitige Bestelländerungen des Bestellers, Fristerstreckungen oder Versäumnisse auf Seiten des Bestellers (z.B. benötigte Vorarbeiten, Gläubigerverzug; siehe dazu weitergehend unten E. 4.2.3) auf die Fälligkeit der Herstellung auswirken.<sup>32</sup> Fehlt es an einer Abrede über den geschuldeten Ausführungsstand, bedarf es der gerichtlichen Vertragsergänzung unter Berücksichtigung des hypothetischen Parteiwillens und unter Bezug des dispositiven Gesetzesrechts.<sup>33</sup> Diesfalls ist die Produktivität eines durchschnittlich fähigen, sorgfältigen Unternehmers zur Herstellung eines Werks der nämlichen Art zu veranschlagen, die unter den ex ante zu beurteilenden Umständen des konkreten Vertragsschlusses zu erwarten gewesen wäre.<sup>34</sup>

#### **E. 4.2.3**

Rechtfertigungen von Verzögerungen Der Rücktritt nach Art. 366 Abs. 1 OR setzt zwar kein Verschulden des Un- ternehmers voraus, doch muss die Verzögerung objektiv pflichtwidrig sein. Daran fehlt es beispielsweise wenn ein berechtigter Grund für die Verzö- gerung vorliegt.<sup>35</sup> Berechtigte Gründe sind etwa die Arbeitseinstellung ge- stützt auf Art. 82 OR,<sup>36</sup> der Gläubigerverzug des Bestellers wegen einer Annahmeverweigerung<sup>37</sup> oder andere in der Sphäre der Bestellerin lie- gende Gründe.<sup>38</sup> Den Unternehmer trifft gegenüber dem Bauherrn unter Umständen jedoch eine Anzeige- und Abmahnungspflicht gemäss Art. 25

#### **E. 4.2.4**

Leistungsverzicht und Wahlrecht nach Art. 107 Abs. 2 OR Unabhängig davon, ob der Besteller vom Vertrag zurücktritt bzw. diesen pro futuro kündigt oder am Vertrag festhält und anstelle der Realerfüllung den Nichterfüllungsschaden fordert, hat er dem Unternehmer eine ange- messene Nachfrist zu setzen (Art. 107 Abs. 1 OR). Das Ansetzen einer Nachfrist beinhaltet immer auch eine Mahnung, weshalb der Unternehmer spätestens mit der Ansetzung einer Nachfrist gemahnt wird.<sup>42</sup> Die Nachfrist muss so bemessen sein, dass die Vollendung des Werkes bis zum Frist- ablauf möglich ist, wenn der Unternehmer die Werkausführung hinsichtlich Arbeitstempo und Einsatz von Arbeitskräften und Arbeitsmitteln bis an die obere Grenze des Zumutbaren steigert.<sup>43</sup> Nach Lehre und Rechtsprechung hat sich der Schuldner, dem eine zu kurze Frist angesetzt wurde, dagegen umgehend zur Wehr zu setzen, ansonsten davon auszugehen ist, er sei mit der ihm gesetzten Frist einverstanden.<sup>44</sup> Auf die Ansetzung einer Nachfrist kann dann verzichtet werden, wenn ge- mäss Art. 108 OR alternativ (i) aus dem Verhalten des Schuldners hervor- geht, dass eine solche sich als unnütz erweisen würde, (ii) die Leistung des Schuldners infolge des Verzugs für den Gläubiger nutzlos geworden ist oder (iii) die Parteien ein Fixgeschäft vereinbart haben, wonach die Leis- tung genau zu einer oder bis zu einer bestimmten Zeit erfolgen soll. Nach Ablauf der Nachfrist hat der Besteller entsprechend der konkreten Vertragslage, des gewöhnlichen Geschäftsgangs und der Parteiinteressen unverzüglich<sup>45</sup> und grundsätzlich bedingungsfeindlich und unwiderruflich<sup>46</sup>

#### **E. 4.2.5**

Beweislast Gemäss Art. 8 ZGB hat der Besteller abgesehen vom Verschulden des Un- ternehmers (hier besteht der Exkulpationsbeweis) sämtliche Voraussetzun- gen, die ihn zur Ausübung des Wahlrechts gemäss Art. 107 Abs. 2 OR er- mächtigen, zu beweisen. Dies beinhaltet die Fälligkeit, die rechtsgenügli- che Mahnung (sofern notwendig), den Empfang und das Ablaufen einer angemessenen Nachfrist sowie den Rückstand der Werkherstellung.<sup>50</sup> Die Beweislast, ob die Voraussetzungen für die Entbehrlichkeit einer Nachfrist i.S.v. Art. 108 OR erfüllt sind, obliegt dem Gläubiger, d.h. dem Besteller.<sup>51</sup> Wird Schadenersatz geltend gemacht, hat der Besteller überdies den Be- stand und Umfang des Schadens sowie den Kausalzusammenhang zum Herstellerverzug zu beweisen.

### **E. 4.3**

Würdigung

#### **E. 4.3.1**

Leistungsverzicht und Wahl der Vertragskündigung Das Schreiben vom 20. Juli 2022 (KB 27) nennt als Betreff "Kündigung Werkvertrag Nr. 2300 vom 17.03.2021". Im ersten Absatz dieses Schrei- bens kommt zudem zum Ausdruck, dass die Klägerin das Vertragsverhält- nis kündigt. Schliesslich weist auch der im Nachgang folgende Passus,

nach welchem die Beklagte "mit sofortiger Wirkung aus dem Vertragsverhältnis entlassen" werde, in diese Richtung. Ausserdem teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie werde der Beklagten alle Aufwendungen des Drittunternehmens für Mängelbehebungen, Messungen, die Erstellung der SiNa-Protokolle etc. in Rechnung stellen. Die Willenserklärungen der Klägerin in ihrem Schreiben vom 20. Juli 2022 sind damit widersprüchlich, da es unzulässig wäre, das Vertragsverhältnis zu kündigen und gleichzeitig das positive Interesse im Sinne von Art. 366 Abs. 1 i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR zu verlangen. Dies ist vorliegend jedoch ohne Belang. Der Klägerin steht es nämlich offen, für den im Zeitpunkt der Kündigung vorliegenden Stand der Herstellung Mängelrechte gemäss Art. 169 SIA-Norm 118 geltend zu machen. Im Rahmen dieser Rechte kann potenziell auch Ersatz für die Kosten der Verbesserung bzw. einer Ersatzvornahme durch Drittunternehmen gefordert werden. Die Formulierung des

#### **E. 4.3.2**

**Herstellungsverzug** Die Beklagte war dazu verpflichtet, die Elektroanlagen für die gesamte Wohnüberbauung XYZ herzustellen. Dass zu Beginn verbindliche Termine festgelegt worden seien, behaupten beide Parteien nicht. In ihrer Replik reichte die Klägerin indessen mehrere Terminlisten ein, die auch der Beklagten zugingen (AB 54–57). Die Beklagte reichte ebenfalls ein von ihr erstelltes Terminprogramm ein (AB 20). Bei keinem dieser Terminlisten ist erkennbar, dass die jeweiligen Termine gemeinsam und damit verbindlich vereinbart wurden. Sofern auf das Terminprogramm der Beklagten vom 4. Mai 2022 abzustellen wäre, würde die Beklagte aber immerhin auch den von ihr selbst erstellten Terminen hinterher hinken, da sie als spätesten Termin der Endmontage selbst den 3. Juni 2022 nennt (AB 20). Vorbehalten hat sie hiervon einzig, dass die Küchen in beiden Häusern noch nicht montiert seien und sich die Nasszellen in der Attikawohnung des Hauses A noch im Rohbau befanden (AB 19). Gleichwohl gelingt der Klägerin der Nachweis des Rückstandes der Werkherstellung. Aus den eingereichten Korrespondenzen ergibt sich, dass die Klägerin durchwegs, spätestens seit 28. April 2022, den Leistungsstand mehrmals bemängelte (KB 16, 18–22 und 24): Am 27. Juni 2022 sandte die Bauleitung der Beklagten eine Pendenzenliste sowie Bilder der ausstehenden Arbeiten im "Treppenhaus, AEH, Umgebung usw.". Dabei bat die Bauleitung die Beklagte "eindringlich" darum, per sofort mehr Handwerker auf die Baustelle zu schicken, damit die Arbeiten vorangehen. Weiter hielt sie fest, dass am 28. Juni 2022 die Übergabe der Wohnung B12 und am 29. Juni 2022 die erneute Abnahme der Wohnung A11 erfolgen sollten (KB 23). Zudem wies die Bauleitung die Beklagte darauf hin, dass Arbeiten in den "Treppenhäusern sowie teilweise auch im UG, die HV, die Lüftungen, Sonnerie, Beleuchtungen innen und aussen, Fluchtwegleuchten, Schlüsselschalter etc." nicht fertig seien (KB 23). Bezugnehmend auf diese Nachricht erstattete die Bauherrenvertreterin der Beklagten gleichentags eine Verzugsanzeige unter "Androhung einer Ersatzvornahme" und setzte der Beklagten Frist, diese Arbeiten bis Ende der Woche auszuführen (KB 22). Am 8. Juli 2022 erfolgte eine Baustellenbegehung der Bauleitung mit der Beklagten. In der gestützt darauf erstellten Pendenzenliste mit gleichem Datum, welche die Bauleitung der Beklagten mit E-Mail vom 11. Juli 2022 zustellte, wurden die entsprechenden Pendenzen aufgelistet (KB 25, Anhang zur E-Mail vom 8. Juli 2022). Die Klägerin hat damit die Beklagte gemahnt, entsprechende Nachfristen angesetzt und in Verzug gesetzt. 52 Vgl. BGer 4A\_232/2014 vom 30. März 2015 E. 14.3.2.2 (nicht publ. in BGE 141 III 106).

- 19 - Die Behauptung der Beklagten, wonach die im Schreiben vom 27. Juni 2022 angesetzten Fristen nicht umsetzbar oder angemessen gewesen seien (Antwort Rz. 63), ist bereits daher nicht relevant, als die Bauleitung ihr anlässlich der Besichtigung der Baustelle am 8. Juli 2022 bzw. mit Schreiben vom 11. Juli 2022 (KB 25) neue Fristen für die Erledigung der Arbeiten bis 11. Juli 2022 (Wohnung A11) bzw. 12. Juli 2022 (Wohnung B11 und A21), spätestens 15. Juli 2022 (für sämtliche Pendenzen) gesetzt hat (KB 25). Die Beklagte macht nicht geltend, es sei ihr nicht zumutbar gewesen, diese Arbeiten innert den entsprechenden Nachfristen auszuführen. Ebenso wenig macht sie geltend, gegen diese Fristen je protestiert zu haben. Die Beklagte führt zwar aus, als sie am 21. Juli 2022 von der Baustelle verwiesen worden sei, seien beinahe alle offenen Pendenzen erfüllt gewesen und die Vollendung sei unmittelbar bevorzustehen. Es seien gegenüber den von der Bauleitung am 8. Juli 2022 als offene Pendenzen bezeichneten Punkte bereits weitere erledigt gewesen (Antwort Rz. 67). Damit anerkennt die Beklagte, die offenen Arbeiten am 15. Juli 2022 nicht vollendet zu haben. Die Nachfrist ist damit ungenutzt verstrichen.

### **E. 4.3.3**

Fehlende Rechtfertigung Die Beklagte rügt über weite Teile pauschal oder unsubstantiiert die übergeordnete Koordination der Klägerin (Antwort Rz. 17, 55 und 58; Duplik Rz. 21, 31 und 61) sowie das eingesetzte Personal (Antwort Rz. 45; Duplik Rz. 87) ohne Beweismittel anzuführen oder darzulegen, inwiefern diese sich auf die oben genannten Arbeiten, mit denen sich die Beklagte im Juni 2022 in Verzug befand, ausgewirkt haben sollen. Das Gleiche gilt, soweit sie ausführt, die geforderte Leistung habe nicht mehr dem ursprünglich vereinbarten Werk entsprochen und als Beweis eine "Gesamtwürdigung aller offerierten Urkundenbeweise" offeriert (Antwort Rz. 16). Es ist nicht die Aufgabe des Gerichts, den massgebenden Sachverhalt für die Beklagte zu ermitteln (vgl. oben E. 2). Zwar leuchtet ein, dass die Werkausführung durch den Baustopp vom 30. November 2021 in der Rohausbauphase verzögert wurde, womit sich die ursprünglichen Endtermine im Zeitraum vom 21. Januar 2022 bis zum 21. März 2022 (KB 8) für die Vollendung des Bauprojekts verschoben haben. Daraus folgt jedoch nicht zwingend, dass die Beklagte bezüglich des angepassten Bauprogramms, selbst wenn dieses nicht explizit vereinbart wurde, nicht in Verzug geraten konnte. Es ist grundsätzlich nachvollziehbar, dass die Beklagte nicht alle erforderlichen Arbeiten vornehmen konnte, solange notwendige Vorarbeiten nicht ausgeführt wurden. Konkret führt die Beklagte hierzu aus, es seien Küchen noch nicht installiert gewesen, Bäder, Duschen, WC hätten sich im Rohbau befunden und Vorleistungen im Treppenhaus, Schwimmbad und in der

- 20 - Umgebung hätten gefehlt (Antwort Rz. 60; Duplik Rz. 61; AB 20). Die entsprechende Monierung entnimmt sich auch ihrer E-Mail an die Bauherrenvertreterin vom 4. Mai 2022 mit dem entsprechenden Terminprogramm für die Endmontage (AB 19 f.). Welche Vorarbeiten allerdings konkret gefehlt haben sollen, wird abgesehen von den Küchen und den Bädern aus den beklagten Ausführungen nicht klar. Das Terminprogramm der Beklagten (AB 20) beschränkt sich in dieser Hinsicht auf den Vermerk von Fragezeichen bei einzelnen Punkten ("???"). Zudem wird nicht ersichtlich, inwiefern diese Umstände damit zusammenhängen, dass die Beklagte Ende Juni 2022 die obgenannten Arbeiten (vgl. oben E. 4.3.2) in den Wohnungen sowie im Untergeschoss, den Kellerräumen, der Einstellhalle, im Treppenhaus, in der Umgebung sowie die Sonnerie, Temperaturfühler und die Beleuchtung der Einfahrt zur Autoeinstellhalle nicht oder nur verzögert hätte ausführen können. Insbesondere hat die Beklagte auf die Schreiben der

Vertreterinnen der Klägerin vom 27. Juni 2022 und vom 11. Juli 2022 hin nicht geltend gemacht, es fehlten gewisse Vorarbeiten. Der Beklagten ist zu folgen, dass sie die Fertigstellung der QT-Strasse nur vornehmen konnte, sofern die Markisen selbst fertiggestellt waren. Dies ist auch in der Liste der Pendenzen so angeführt (KB 25 S. 9). Entsprechend wurde auch abgemacht, dass die Beklagte die Anschlüsse erst "Ab 13.07.2022" ausführen sollte. Es ist entsprechend davon auszugehen, dass sich die Beklagte mit dieser Arbeit nicht in Verzug befand. Dies hindert jedoch nicht den Verzugsbeginn hinsichtlich der übrigen Arbeiten. Schliesslich führt die Beklagte aus, die Mehrkostenbestätigung für die Beststellungsänderung der zusätzlichen Video- und Sprechanlage sei noch nicht unterzeichnet gewesen (Antwort Rz. 71). Ebenso habe die Klägerin die Nachtragsofferte für Luxusleuchten der Wohnung A1.1. nie schriftlich bestätigt (Antwort Rz. 75). Da beide Parteien davon auszugehen scheinen, dass die Video- und Sprechanlage von der Beklagten zu liefern war, ist diesbezüglich eine Beststellungsänderung zweifellos zustande gekommen. Daran ändert nichts, dass der Nachtrag noch nicht unterzeichnet war. Es genügt grundsätzlich, wenn über die Vergütungspflicht, nicht aber die Vergütungshöhe Konsens besteht (vgl. Art. 374 OR).<sup>53</sup> Gleiches kann nicht gesagt werden in Bezug auf die Luxusleuchten, da die Beklagte ausführt, dass sie diese nur Zug um Zug gegen Bezahlung liefern wollte. Dies steht jedoch dem Verzug der Beklagten ebenfalls nicht entgegen, fehlten in der Wohnung A11 nicht nur die Leuchten, sondern auch der Dimmer, wie sie selbst darstellt (AB 76). Damit hat die Beklagte nicht nachgewiesen, dass die (anerkannten) Verzögerungen aufgrund einer Mitwirkungspflichtverletzung der Klägerin 53 GAUCH (Fn. 35), N. 110 und 785. Vgl. auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2020, N. 6.05 und 29.03 (Bestimmbarkeit genügt).

- 21 - entstanden sind. Ohnehin hätte die Beklagte, damit Gläubigerverzug gemäss Art. 91 OR eintritt, auch aufzuzeigen, dass sie leistungsbereit war und ihre Leistung gehörig angeboten hat. Beides ist nicht ersichtlich.

#### **E. 4.4**

Zwischenfazit Die Klägerin hat den Werkvertrag berechtigterweise gemäss Art. 366 Abs. 1 i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR ex nunc gekündigt. 5. Kostenersatz

#### **E. 5.1**

Rechtliches

##### **E. 5.1.1**

Allgemeines Eine Vertragskündigung ex nunc gemäss Art. 366 Abs. 1 OR entspricht einem Teilverzicht auf die noch nicht erbrachten Leistungen.<sup>54</sup> Der bis zum Kündigungszeitpunkt gelieferte Werkteil gilt als erfüllt und für diesen Teil ist der (allenfalls nach Art. 374 OR) entsprechende Werklohn geschuldet.<sup>55</sup> Im Gegenzug steht es dem Besteller zu, allfällige Mängelrechte (lediglich) entsprechend dem Stadium der Ausführung analog zu Art. 367–371 OR bzw. Art. 157–182 SIA-Norm 118 geltend zu machen.<sup>56</sup>

##### **E. 5.1.2**

Übernahme von Ersatzvornahmekosten Nach Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 hat der Bauherr bei jedem Mangel (abgesehen vom Schadenersatzrecht nach Art. 171 SIA 118) zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb an-

gemessener Frist zu verlangen (Recht auf Verbesserung, Art. 160, Art. 161 Abs. 2, Art. 174 Abs. 2 und Art. 179 Abs. 1 SIA-Norm 118). Sofern der Unternehmer die Mängel innerhalb der vom Bauherrn angesetzten Frist nicht behebt, kann der Bauherr weiterhin auf der Verbesserung beharren, wenn dies im Verhältnis zum Interesse an der Mängelbeseitigung nicht übermässige Kosten verursacht (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 i.V.m. Art. 368 Abs. 2 OR). Der Bauherr kann die Verbesserung auch unter Kostentragung des fehlbaren Unternehmers durch einen Dritten ausführen lassen (Art. 170 SIA-Norm 118). Dies beinhaltet allfällige Mehrkosten der Bauleitung (Art. 170 Abs. 1 SIA-Norm 118). Beim Anspruch auf Übernahme der Verbesserungskosten handelt es sich um einen solchen um verschuldensunabhängigen Aufwendungsersatz.<sup>57</sup>

### **E. 5.1.3**

**Rechtsgenügende Mängelrüge** In der Mängelrüge sind die gerügten Mängel genau anzugeben und zu substantiieren.<sup>58</sup> Eine allgemeine Erklärung, das Werk sei mangelhaft, ist 54 GAUCH (Fn. 35), N. 686 und 689. 55 BK OR-REY (Fn. 25), Art. 366 N. 154. 56 GAUCH (Fn. 35), N. 2432 ff. und 2733 f.; BK OR-REY (Fn. 25), Art. 366 N. 166; vgl. BGer 4A\_667/2016 vom 3. April 2017 E. 4.3.1. 57 GAUCH/STÖCKLI, in: Gauch/Stöckli (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2017, Art. 169 N. 17.2. 58 BGE 107 II 172 E. 1a.

- 22 - ungenügend.<sup>59</sup> Jeder Mangel, der gerügt werden soll, ist hinreichend genau anzugeben.<sup>60</sup> Ob der Unternehmer erkennen kann, welcher Mangel ihm angezeigt wird, beurteilt sich unter Einbezug der bei ihm zu erwartenden Fach- und Werkkenntnisse.<sup>61</sup> Überdies muss der Wille des Bauherrn hervorgehen, er werde den Unternehmer für die Mängelbehebung haftbar machen.<sup>62</sup> Innerhalb der zweijährigen Rügefrist kann der Bauherr abweichend zu Art. 367 und Art. 370 OR jederzeit rügen (Art. 173 Abs. 1 SIA-Norm 118). Mit Ablauf der Rügefrist verirken die Mängelrechte des Bauherrn für zuvor entdeckte Mängel (Art. 178 Abs. 1 SIA 118).

### **E. 5.1.4**

**Beweislast** Für innerhalb der zweijährigen Rügefrist (Art. 172 Abs. 1 SIA-Norm 118) gerügte Mängel (als Vertragsabweichung gemäss Art. 166 Abs. 1 SIA-Norm 118) trägt der Unternehmer die Beweislast (Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118). Dem Bauherrn obliegt es, den (tatsächlichen) Beschaffenheitszustand zu beweisen.<sup>63</sup> Im Zusammenhang mit einer Ersatzvornahme hat der Bauherr zudem gemäss Art. 8 ZGB zu beweisen, für welche Mängel welche Ersatzvornahmen durchgeführt wurden und zu welchen angemessenen und notwendigen Kosten dies führte.<sup>64</sup> Ob Kosten der Verbesserung übermässig i.S.v. Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 sind, hat der Unternehmer zu beweisen.<sup>65</sup>

## **E. 5.2**

Ersatz der Kosten der J. \_\_\_\_\_ AG

### **E. 5.2.1**

Parteibehauptungen

#### **E. 5.2.1.1**

**Klägerin** Der Beklagten sei nach der gemeinsamen Baustellenbegehung mit der Bauleitung am 8. Juli 2022 eine umfangreiche, 19-seitige Mängelliste per E-Mail zugestellt worden. (Klage Rz. 20; Replik Rz. 89; RB 63). Daraufhin sei der Beklagten mit E-Mail vom 11. Juli

2022 eine Liste der noch offenen Pendenzen/Mängel inklusive fotografischer Belege zugeschiedt worden (Klage Rz. 20; Replik Rz. 84 und 89; KB 25). Auch mittels E-Mail vom 27. Juni 2022 (KB 22) seien die jeweiligen dokumentierten Mängel der Beklagten mitgeteilt worden. In besagter E-Mail sei der Beklagten zudem eine Nachfrist gesetzt und ihr sei eine entsprechende Ersatzvornahme angedroht worden (Replik Rz. 125). Mit der Beseitigung der durch die Beklagte verursachten Mängel und der Fertigstellung der nicht vertragsgemäss geleisteten Arbeiten sei die J. \_\_\_\_\_ AG beauftragt worden (Klage Rz. 23). Darüber sei die Beklagte 59 BGer 4C.395/2001 vom 28. Mai 2002 E. 2.1.1. 60 BGer 4A\_231/2016 vom 12. Juli 2016 E. 2.2, 4C.231/2004 vom 8. Oktober 2004 E. 2.1. 61 GAUCH (Fn. 35), N. 2132. 62 GAUCH/STÖCKLI (Fn. 57), Art. 173 N. 5 m.w.N. 63 KGer GR ZK2 14 7 vom 15. Juli 2014 E. 5b. 64 HGer ZH HG200252-O vom 24. Oktober 2022 E. 2.3.2; GAUCH (Fn. 35), N. 871. 65 HGer ZH HG110257 vom 20. August 2012 E. IV./2.3.

- 23 - per E-Mail vom 22. Juli 2022 informiert worden (KB 28). Diese habe ab dem 25. Juli 2022 mit grossem Aufwand die gesamten Elektroarbeiten der Beklagten kontrolliert, die Mängel behoben, die nicht ausgeführten Arbeiten erledigt und dies fotografisch dokumentiert. Des Weiteren habe die J. \_\_\_\_\_ AG die nicht erfolgten Sicherheitsprüfungen für die Elektroanlagen beider Liegenschaften Mitte Oktober 2022 vorgenommen. Ohne diese Sicherheitsmessungen wären die Wohnungseigentümer der Gefahr ausgesetzt gewesen, dass mangelhafte Elektroarbeiten die Gesundheit respektive ihr Leben gefährden könnten (Klage Rz. 25; KB 31–33). Es könne für die Mängel auf den gesamten Inhalt der eingereichten Rechnungen der J. \_\_\_\_\_ AG (KB 34) und die erfassten Aufwendungen (KB 31 und 32) verwiesen werden, weil dort allesamt Arbeiten enthalten seien, die von der Beklagten hätten geleistet werden müssen (Replik Rz. 110). Hierfür habe die J. \_\_\_\_\_ AG zulasten der Klägerin Kosten in der Höhe von Fr. 107'499.85 in Rechnung gestellt (Klage Rz. 26; KB 34).

### **E. 5.2.1.2**

Beklagte Die Beklagte bestreitet, dass die J. \_\_\_\_\_ AG Arbeiten auf Basis einer berechtigten Ersatzvornahme erbracht habe und dass sie die geschilderten Leistungen im Umfang von Fr. 107'499.85 auch tatsächlich erbracht habe. Es werde bestritten, dass die vor Vollendung gestellten "Mängelrügen" hinreichend substantiiert erfolgten (Duplik Rz. 88 und 164). Auch sei nicht hinreichend behauptet und erstellt, dass alle Leistungen überhaupt notwendig gewesen und nicht auf nachträglich geänderte Anforderungen oder Nachbestellungen zurückzuführen seien (Antwort Rz. 95; Duplik Rz. 41; erster Parteivortrag der Beklagten Rz. 76 ff.).

### **E. 5.2.2**

Würdigung

#### **E. 5.2.2.1**

Rechtsgenügende Mängelrüge und unbenutztes Verstreichen der angemessenen Nachfrist  
Ob die Klägerin der Beklagten eine rechtsgenügende Mängelrüge zustellte sowie eine angemessene Nachfrist zur Behebung der behaupteten Mängel ansetzte und inwiefern offene Pendenzen allenfalls bereits von der Beklagten erfüllt worden sind, kann aufgrund nachfolgender Ausführungen vorliegend offen bleiben.

#### **E. 5.2.2.2**

Aufwendungen der J. \_\_\_\_\_ AG Die Klägerin führt aus, die J. \_\_\_\_\_ AG habe der Klägerin für die Behebung der durch die Beklagte verursachten Mängel sowie die Erledigung nicht geleisteter Arbeiten gemäss Werkvertrag Kosten in der Höhe von gesamthaft Fr. 107'499.85 verrechnet (Klage Rz. 26 KB 34). Um welche Mängel oder Arbeiten es sich – abgesehen von den Sicherheitsüberprüfungen – hierbei gehandelt haben soll, führte die Klägerin weder in ihrer Klage noch in ihrer Replik aus (Klage Rz. 25; Replik Rz. 110). Vielmehr begnügte sich die Klägerin damit, pauschal auf die Rechnungen der J. \_\_\_\_\_ AG (KB 34) zu verweisen. Überdies verweist sie auf das Dokument " 'erledigte Arbeiten' durch

- 24 - J. \_\_\_\_\_ AG ab 25.7.2022" (KB 31) und das Dokument " 'Kontrolle Wohnungen' durch J. \_\_\_\_\_ AG ab 25.7.2022" (KB 32). Dort seien allesamt Arbeiten enthalten, welche von der Beklagten hätten geleistet werden müssen (Replik Rz. 110). Die Beklagte bestreitet die behaupteten Aufwendungen der J. \_\_\_\_\_ AG (vgl. nur Antwort Rz. 95 und 98; Duplik Rz. 39 ff. und 320 f.). Der Tatsachenvortrag der Klägerin genügt weder den Anforderungen an die Behauptungslast (vgl. oben E. 2.1) noch denjenigen an die Substantiierungslast (vgl. oben E. 2.3). Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 lässt eine Ersatzvornahme nur in Bezug auf mangelhafte Werke, nicht hingegen für noch gar nicht begonnene Arbeiten zu. Die im Sinne eines Teilverzichts ausgesprochene Kündigung gemäss Art. 366 Abs. 1 i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR lässt eine Ersatzvornahme in Bezug auf die noch ausstehenden Leistungen nicht zu, denn hinsichtlich dieser schuldet der Bauherr dem Unternehmer im Gegenzug auch keinen Werklohn mehr. Selbst wenn also anzunehmen wäre, der Tatsachenvortrag der Klägerin sei wahr, könnte nicht auf die angebehrte Ersatzvornahme geschlossen werden, denn der Tatsachenvortrag lässt keinen Schluss darüber zu, welche der Aufwendungen der J. \_\_\_\_\_ AG effektiv die Behebung bestehender Mängel betroffen haben. Im Übrigen legte die Klägerin trotz der Bestreitungen der Beklagten in ihren Rechtsschriften nicht in Einzeltatsachen zergliedert und damit substantiiert dar, welche der gerügten Mängel zu je welchen Kosten behoben wurden. Da die massgeblichen Beilagen sowohl Kosten der Behebung zahlreicher Mängel als auch der noch nicht durchgeführten Arbeiten enthalten, sind diese in mehrfacher Hinsicht nicht selbsterklärend und der pauschale Beweis ist daher im Lichte der Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO) ungenügend (vgl. oben E. 2.4). Der Klägerin kann für die behaupteten Aufwendungen der J. \_\_\_\_\_ AG nichts zugesprochen werden.

### **E. 5.3**

Ersatz der Mehraufwendungen der Bauleitung

#### **E. 5.3.1**

Parteibehauptungen

##### **E. 5.3.1.1**

Klägerin Die Bauleitung habe der Klägerin einen durch die Beklagte verursachten Mehraufwand von Fr. 38'700.00 verrechnet (Klage Rz. 26; KB 35 f.). Ohne diese Aufwendungen, insbesondere im Hinblick auf die Finalisierung der Wohnungen, wäre es zu schwerwiegenden Auseinandersetzungen mit den Käuferinnen gekommen (Replik Rz. 110).

##### **E. 5.3.1.2**

Beklagte Die Beklagte bestreitet, dass die Bauleitung Leistungen im Umfang von Fr. 38'700.00 erbracht hätte (Antwort Rz. 99). Die Klagebeilage 35 mit den darin enthaltenen

angeblichen Stunden der Bauleitung sei zudem nicht un-  
terzeichnet und undatiert (Duplik Rz. 42). Es werde schliesslich bestritten,

- 25 - dass die Leistungen der Bauleitung durch die Beklagte zu verantworten waren (Duplik Rz. 321).

### **E. 5.3.2**

Würdigung Trotz der Bestreitungen der Beklagten substantiiert die Klägerin die geltend gemachten Mehraufwendungen ihrer Bauleitung nicht ansatzweise. Sie legt auch nicht dar, inwiefern diese eine adäquate Folge der verzögerten bzw. mangelhaften Arbeitsausführung gewesen sein sollen. Der in der Klage explizit aufgeführten Schlussrechnung (KB 37) lassen sich keine sachdienlichen Hinweise entnehmen. Ein pauschaler Verweis auf Beilagen genügt unter diesen Voraussetzungen den Anforderungen an die Behauptungslast nicht (vgl. oben E. 2.1). Im Übrigen ist der Beklagten darin beizupflichten, dass die massgebliche Klagebeilage (KB 35) ohnehin nicht unterzeichnet und undatiert ist. Es könnte sich also um einen reinen Entwurf handeln, der den tatsächlich getätigten Aufwendungen nicht entspricht. Der Klägerin ist für die geforderten Mehraufwendungen ihrer Bauleitung nichts zuzusprechen.

### **E. 5.4**

Ersatz für die zusätzlichen Gipsarbeiten

#### **E. 5.4.1**

Parteibehauptungen

##### **E. 5.4.1.1**

Klägerin Die Klägerin führt aus, die Beklagte habe einen bedeutenden Mehraufwand betreffend Gipsarbeiten verursacht. Da die Beklagte die Spotkasten nicht an der richtigen Position eingelegt habe und sie dies korrigieren habe müssen, musste daraufhin die Decke nochmals gegipst werden (Replik Rz. 82 und 115; AB 58–60 und 73). Einen Teil dieser Kosten im Umfang von Fr. 12'446.80 (von gesamthaft Fr. 19'867.60 inkl. MwSt.) (KB 38) habe die Beklagte zu übernehmen (Klage Rz. 27; Replik Rz. 125).

##### **E. 5.4.1.2**

Beklagte Die Beklagte bestreitet, dass sie für die zusätzlichen Gipsarbeiten verantwortlich gewesen sei. Die Klägerin begründe auch nicht, wie sich der geltend gemachte Betrag zusammensetze (Antwort Rz. 105).

##### **E. 5.4.2**

Würdigung Weder aus den Ausführungen der Klägerin noch aus dem Nachtrag der L. \_\_\_\_\_ AG (KB 38) ergibt sich, weshalb die Beklagte für Aufwendungen von genau Fr. 12'446.80 aufkommen soll. Zwar erklärt die Klägerin in ihrer Replik, die erneuten Gipsarbeiten seien auf falsch gesetzte Spotkasten und die notwendige Nachbesserung zurückzuführen. Jedoch wird der geltend gemachte Betrag auch hiermit nicht rechtsgenügsam substantiiert. In AB 59 werden zwar falsch gesetzte Innenspots seitens der Käuferschaft G. \_\_\_\_\_ moniert und auch die bereits eingebrachte Gipsdecke wird erwähnt. Die Vorwürfe betreffen indes allesamt die Wohnung B0.1 (siehe den E-Mail-Betreff in AB 59). Demgegenüber beziehen sich die im Nachtrag der

- 26 - L. \_\_\_\_\_ AG aufgelisteten Aufwendungen ausschliesslich auf Änderungsarbeiten im Haus A (KB 38). Damit ist der Tatsachenvortrag in sich widersprüchlich und damit un schlüssig. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen für zusätzliche Gipsarbeiten.

### **E. 5.5**

Ersatz der Kosten der I. \_\_\_\_\_ AG

#### **E. 5.5.1**

Parteibehauptungen

##### **E. 5.5.1.1**

Klägerin Die Bauleitung habe nach einer gemeinsamen Begehung am 30. November 2021 für das die Beklagte betreffende Gewerk BKP 23 Elektroinstallationen infolge schwerer Mängel einen Baustopp veranlasst. In der Folge sei die I. \_\_\_\_\_ AG als Sachverständige beigezogen worden (Klage Rz. 8; Replik Rz. 49; KB 12). Mit deren Hilfe sei gemeinsam mit der Bauleitung und der Beklagten ein Massnahmenkatalog vom 16. Dezember 2021 erstellt bzw. per 31. Januar 2022 überarbeitet und ergänzt worden (Klage Rz. 10; KB 14 f.). Die Kosten der I. \_\_\_\_\_ AG als beigezogene Sachverständige/Bauleitung hätten sich auf Fr. 8'099.95 (exkl. MwSt.) belaufen (Klage Rz. 26; Replik Rz. 59; KB 13; AB 48–50) und seien im Hinblick auf die vertragskonforme Leistung der Elektroinstallationen erforderlich gewesen (Replik Rz. 52 und 110). Gerügt habe die Beklagte betreffend das Gutachten der I. \_\_\_\_\_ AG nie etwas (Replik Rz. 55 f.). Sie habe dieses vorbehaltslos hingenommen, an der Definition der erforderlichen Korrekturmaassnahmen (KB 14 f.) mitgewirkt und die betreffenden Mängel behoben (Replik Rz. 54 und 60). Ohne Beizug des Gutachters hätte die Beklagte die Verfehlungen nicht beseitigt (Replik Rz. 60).

##### **E. 5.5.1.2**

Beklagte Die Beklagte bestreitet, dass der Baustopp nach dem 30. November 2021 infolge von Fehlern im Verantwortungsbereich der Beklagten erfolgt sein soll (Antwort Rz. 35 ff.; Duplik Rz. 152, 180 und 183; KB 12). Zudem entspreche das als Vergleich herangezogene Elektrokonzept im Parteigutachten nicht dem effektiv geschuldeten Elektrokonzept (Antwort Rz. 40 ff.). Es sei ausserdem von Relevanz, dass von der I. \_\_\_\_\_ AG ohnehin unvollendete Arbeiten begutachtet worden seien. Die Beklagte habe auch keine Anzeigepflichten verletzt (Duplik Rz. 180). Weiter bestreitet die Beklagte die Ausführungen der Klägerin betreffend der Häufung schwerer, von der Beklagten zu verantwortenden Mängel nach der Erstellung des Rohbaus oder dass der Baustopp infolge von Fehlern der Beklagten erfolgt sei (Antwort Rz. 35). Die Beklagte sei auch nicht ausserstande gewesen, ihre Arbeiten ohne fachliche Begleitung in der erforderlichen Qualität zu leisten. Sie hätte die erforderlichen der Massnahmen ohne die Intervention des Parteigutachters auch selbst veranlasst oder selbst umgesetzt (Antwort Rz. 43 und 45). Schliesslich bestreitet die Beklagte, dass die I. \_\_\_\_\_ AG

- 27 - Leistungen im Umfang von Fr. 8'099.95 (exkl. MwSt.) erbracht hätte (Antwort Rz. 100).

##### **E. 5.5.2**

Rechtliches Schaden im Rechtssinne ist eine unfreiwillige Vermögensminderung, die in der Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven oder in entgan- nem Gewinn

bestehen kann.<sup>66</sup> Sie entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem hypothetischen Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (Differenztheorie).<sup>67</sup> Nach Art. 171 Abs. 1 SIA-Norm 118 hat der Bauherr neben den Rechten nach Art. 169 SIA-Norm 118 das Recht auf Schadenersatz nach Massgabe der Art. 368 OR und Art. 97 ff. OR, falls wegen eines Mangels ein Schaden entstanden ist. Gegenstand des Mangelfolgeschadens ist bloss das, was nicht bereits mit den drei Mängelrechten geltend gemacht werden kann.<sup>68</sup> Demnach bezieht sich der Mangelfolgeschaden auf solche Schäden, die ihre Ursache zwar in einem Werkmangel haben, die aber nicht auf diese Mangelhaftigkeit selbst bezogen sind, sondern als weitere Folge des Werkmangels hinzutreten<sup>69</sup> respektive, die sich nicht durch die anderen drei Mängelrechte beseitigen lassen.<sup>70</sup> Für den massgeblichen Vermögensstand ist entsprechend auf jenen Stand abzustellen, der nach Ausübung eines der alternativen Mängelrechte besteht.<sup>71</sup> Mit Verzugseintritt hat der Schuldner einer Geldleistung mindestens Verzugszinsen von 5 % p.a. zu leisten (Art. 103 Abs. 1 OR). Der Schuldnerverzug einer noch möglichen Leistung setzt die Fälligkeit der Obligation und regelmässig eine Mahnung voraus (Art. 102 Abs. 1 OR). Ergibt sich ein Fälligkeitstermin weder aus dem Vertrag noch aus der Natur des Rechtsverhältnisses, kann die Leistung vermutungsweise sogleich gefordert werden (Art. 75 OR). Als Mahnung gilt auch die Zustellung eines Zahlungsbefehls.<sup>72</sup>

### E. 5.5.3

Würdigung Die Kosten der I. \_\_\_\_\_ AG in behaupteter Höhe von Fr. 8'099.95 (exkl. MwSt.) entstanden vor der Werkvertragskündigung der Klägerin vom 66 BK OR-BREHM, 5. Aufl. 2021, Art. 41 N. 69. 67 BGE 145 III 225 E. 4.1.1. 68 HGer ZH HG120187-O vom 19. März 2015 E. 3.7.2.1; BSK OR I-ANTOIGNINI/FEY/ZINDEL/SCHOTT, 8. Aufl. 2026, Art. 368 N. 68 m.w.N.; GAUCH (Fn. 35), N. 1864, vgl. auch BK OR-SCHWERY, 2024, Art. 368 N. 486 ff. 69 BSK OR I-ANTOIGNINI/FEY/ZINDEL/SCHOTT (Fn. 68), Art. 368 N. 69 m.w.N.; GAUCH (Fn. 35), N. 1854 ff., vgl. auch BK OR-SCHWERY, 2024, Art. 368 N. 486 ff. 70 BGer 4C.106/2005 vom 7. Oktober 2005 E. 3.1; GAUCH (Fn. 35), N. 1864; BK OR-SCHWERY (Fn. 69), Art. 368 N. 492. 71 BGE 117 II 550 E. 4b/bb; BGer 4A\_90/2013 vom 10. Juni 2013 E. 4.2, 4C.106/2005 vom 7. Oktober 2005 E. 3.1. 72 BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER, 8. Aufl. 2026, Art. 102 N. 14.

- 28 - 20. Juli 2022 (KB 23) und stehen in keinem Zusammenhang mit den Ver säumnissen der Beklagten, die zur Kündigung führten (Replik Rz. 57). Die Klägerin behauptet selbst, die auf Basis des Gutachtens der I. \_\_\_\_\_ AG festgestellten "Mängel" seien behoben worden (Replik Rz. 54). Der Verweis der Klägerin auf Art. 171 SIA-Norm 118 und den Ersatz des Mangelfolgeschadens ist somit unzutreffend, da die Mängelhaftung erst nach der Abnahme gemäss Art. 157 Abs. 2 SIA-Norm 118 greift. Art. 139 Abs. 1 SIA-Norm 118 hält fest, dass die Bauleitung bereits während der Ausführung Prüfungen am Bauwerk, also vor dessen Vollendung, anordnen kann und dabei bestimmt, durch wen die Prüfung durchgeführt wird.<sup>73</sup> Dabei trägt der Bauherr grundsätzlich die Kosten (Abs. 1). Genügt das Ergebnis der Prüfung den vertraglichen Anforderungen aber nicht, d.h., ergibt die Prüfung, dass den geprüften Arbeiten eine Eigenschaft fehlt, die sie in diesem Zeitpunkt haben müssten, damit das Werk bei seiner späteren Vollendung den vertragsgemässen Zustand aufweist,<sup>74</sup> und ist der Unternehmer hierfür verantwortlich, so trägt dieser die Prüfungskosten (Abs. 3). Die I. \_\_\_\_\_ AG kam in ihrem Gutachten vom 1. Dezember 2021 zum Ergebnis, dass die Beklagte ihre Arbeiten am Rohbau in ungenügender Qualität

ausgeführt hat (KB 12 S. 5 und 6). Entsprechend hat die Beklagte die Prüfungskosten der I.\_\_\_\_\_ AG zu tragen. Von der Beklagten werden keine Beweismittel offeriert, die belegen würden, dass sie mit den vorgeschlagenen Massnahmen der I.\_\_\_\_\_ AG nicht einverstanden gewesen wäre. Sie bestreitet auch nicht, an den Massnahmen mitgewirkt bzw. die "Mängel" behoben zu haben (Antwort Rz. 42; AB 18). Betreffend den Vorbringen der Beklagten in ihrer Antwort Rz. 18 (z.B. zu geringer Dimensionierung von Wandstärken) wäre die Beklagte auch anzeige- und abmahnpflichtig gewesen (Art. 25 SIA-Norm 118). In ihrer Replik belegt die Klägerin, dass ihr die I.\_\_\_\_\_ AG für die Baubegleitung eine Rechnung in der Höhe von Fr. 8'723.70 (inkl. MwSt.) stellte und sie diese auch beglich (AB 48–50). Der Rechnungsbetrag entspricht dem offerierten Betrag (KB 13). Schliesslich werden die einzelnen Aufwandspositionen in der Offerte der I.\_\_\_\_\_ AG genau aufgeschlüsselt (KB 13). Damit sind die Kosten der I.\_\_\_\_\_ AG genügend substantiiert. Die Beklagte hat der Klägerin die Kosten der I.\_\_\_\_\_ AG zu ersetzen. Bei Verzugseintritt infolge Mahnung beginnt der Zinsenlauf analog zu Art. 77 Abs. 1 Ziff. 1 OR ab dem Tag nach ihrem Eintreffen.<sup>75</sup> Der Zahlungsbefehl ging der Beklagten am 27. September 2023 zu (KB 38). Damit trat der Verzug am 28. September 2023 ein. Die Beklagte schuldet der Klägerin 73 GAUCH/PRADER/SCHWERY, in: Gauch/Stöckli (Fn. 57), Art. 139 N 3.3. 74 GAUCH/PRADER/SCHWERY (Fn. 73), Art. 139 N. 10.1. 75 BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER, 8. Aufl. 2026, Art. 104 N. 8.

- 29 - somit auf den Betrag von Fr. 8'723.70 (inkl. MwSt.) Verzugszins von 5 % p.a. seit dem 28. September 2023.

## **E. 5.6**

Zwischenfazit Vom eingeklagten Betrag in Höhe von Fr. 109'877.20 ist der Klägerin lediglich ein Teil in der Höhe von Fr. 8'723.70 (inkl. MwSt.) zuzüglich Verzugszins von 5 % p.a. seit dem 28. September 2023 zuzusprechen. 6. Verrechnungsansprüche Die Beklagte erklärt eventualiter die Verrechnung mit noch unbezahlten Werklohnanteilen aus den Projekten "QQ.\_\_\_\_\_" und "W.\_\_\_\_\_ 2. Etappe", sollte das Gericht einen Teil der geltend gemachten Forderungen der Klägerin anerkennen (Duplik Rz. 59). Dieser Fall tritt vorliegend ein (vgl. oben E. 5.6). Zwischen denselben Parteien können Forderungen auf Geldleistungen grundsätzlich miteinander verrechnet werden, sofern die vom Schuldner geltend gemachte Verrechnungsforderung einwendungs- bzw. einredefrei sowie fällig und die Hauptforderung erfüllbar ist (Art. 120 Abs. 1 OR).<sup>76</sup> Die Verrechnungserklärung kann auch für den Eventualfall im Prozess erklärt werden.<sup>77</sup> Im Projekt "QQ.\_\_\_\_\_" habe sich die Klägerin gemäss der Beklagten spätestens ab dem 7. Juli 2022 mit mindestens Fr. 30'000.00 im Zahlungsrückstand befunden (Duplik Rz. 53; DB 51 f.). Im Projekt "W.\_\_\_\_\_ 2. Etappe" schulde die Klägerin aus der Schlussrechnung vom 19. August 2022 weiterhin einen Betrag von Fr. 28'892.95 (Duplik Rz. 56; DB 55–58). Die Klägerin legt ihrer Forderungsklage eine Schlussabrechnung zugrunde, die vom 8. Juni 2023 und damit knapp ein Jahr nach der Vertragskündigung datiert (KB 37). In dieser Schlussabrechnung beziffert die Klägerin die der Beklagten geschuldete Brutto-Auftragssumme auf Fr. 284'010.86. Die bereits an die Beklagte geleisteten Akontozahlungen belaufen sich gemäss der Schlussabrechnung auf insgesamt Fr. 219'035.80 exkl. MwSt. (bzw. Fr. 235'901.55 inkl. MwSt.) (siehe auch Replik Rz. 112; KB 72). Damit gesteht die Klägerin zu, einen Teil des Werklohns in der Höhe von Fr. 48'109.31 (inkl. MwSt.) noch nicht bezahlt zu haben (vgl. auch Replik Rz. 113 e contrario; vgl. auch erster Parteivortrag der Beklagten S. 1 f.). Weder in ihrer Klage noch in ihrer Replik bestreitet die Klägerin, den in ihrer eigenen

Schlussabrechnung ausgewiesenen und damit bekannten Werklohn (Auftragssumme) zu schulden. Allfällige Werklohnrestforderungen und die zugehörige Verrechnung bestritt die Klägerin erstmals, wenngleich unsubstantiiert, in ihrem ersten Parteivortrag anlässlich der Hauptverhandlung vom 11. Mai 2026 (erster Parteivortrag der Klägerin S. 10 und 12). Mit Erstattung der Replik ist für die Klägerin jedoch der 76 BSK OR I-MÜLLER, 8. Aufl. 2026, Art. 120 N. 3 ff. und 10. 77 BGer 4A\_290/2007 vom 10. Dezember 2007 E. 8.3.1.

- 30 - Aktenschluss eingetreten (Art. 229 Abs. 1 aZPO). Die Klägerin führte in ihren Parteivorträgen an der Hauptverhandlung nicht aus, weshalb ein Fall von Art. 229 Abs. 1 lit. a oder lit. b aZPO einschlägig sein sollte. Die mit Verfügung vom 31. März 2026 angesetzte Frist zur Einreichung allfälliger Noven bis zum 1. Mai 2026 liess die Klägerin in diesem Zusammenhang ebenfalls ungenutzt verstreichen. Folglich anerkennt sie die Verrechnungsforderung der Beklagten bezüglich des Projekts "QQ.\_\_\_\_". Da die geltend gemachte Verrechnungsforderung aus dem Projekt "QQ.\_\_\_\_" von mindestens Fr. 30'000.00 die klägerische Forderung durch den Einsatz der I.\_\_\_\_ AG in der Höhe von Fr. 8'723.70 (inkl. MwSt.) zuzüglich Verzugszins von 5 % p.a. seit dem 28. September 2023 bereits übersteigt, kann der Klägerin somit nichts mehr zugesprochen werden. Im Übrigen hat es die Klägerin auch unterlassen, die Verrechnungsforderung im Zusammenhang mit dem Projekt "W.\_\_\_\_ 2. Etappe" in der Höhe von Fr. 28'892.95 zu bestreiten. 7. Beseitigung des Rechtsvorschlags Angesichts des Verfahrensausgangs kann dem Begehren der Klägerin auf Beseitigung des Rechtsvorschlags gemäss Art. 79 SchKG nicht stattgegeben werden. 8. Prozesskosten Abschliessend sind die Prozesskosten entsprechend dem Verfahrensausgang zu verlegen. Sie bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Kantone setzen die Tarife für die Prozesskosten fest (Art. 96 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt vorliegend Fr. 109'877.20.

## **E. 6**

Mit Einschreiben vom 20. Juli 2022 kündigte die Klägerin den Werkvertrag mit der Beklagten gestützt auf die Nicht- bzw. mangelhafte Erfüllung, nicht eingehaltene Termine sowie fehlende SiNa-Protokolle. Mit demselben Schreiben wurde der Beklagten mitgeteilt, ein Drittunternehmen werde mit der Erfüllung aller noch offenen und zu erbringenden Leistungen, Mängelbehebungen, Messungen, Erstellung der SiNa-Protokolle etc. beauftragt. Die Aufwendungen des Drittunternehmens würden zu Lasten der Beklagten gehen (Klage Rz. 22; Antwort Rz. 67 ff.; KB 27).

- 4 -

### **E. 7.1**

In der Folge beauftragte die Klägerin die J.\_\_\_\_ AG mit der Ersatzvornahme der noch offenen Elektro-Arbeiten (Klage Rz. 25; Antwort Rz. 97; KB 31-34). Dafür stellte die J.\_\_\_\_ AG der Klägerin den Betrag von gesamt Fr. 107'499.85 (exkl. MwSt.) in Rechnung (Klage Rz. 26; KB 34).

### **E. 7.2**

Die Bauleitung stellte der Klägerin einen durch die Beklagte verursachten Mehraufwand von Fr. 38'700.00 (exkl. MwSt.) in Rechnung (Klage Rz. 26; KB 35).

### **E. 7.3**

Für die Aufwendungen der als Elektroingenieur-Baubegleitung zugezogenen I. \_\_\_\_\_ AG behauptet die Klägerin den Betrag von Fr. 8'723.70 (inkl. MwSt.) (Klage Rz. 9; KB 13).

### **E. 8.1**

**Gerichtskosten** Die Gerichtskosten bestehen vorliegend allein aus der Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO). Der Grundansatz für die Entscheidgebühr beträgt bei einem Streitwert von Fr. 109'877.20 gemäss § 7 Abs. 1 Zeile 5 GebührD Fr. 8'115.70. Die Klägerin unterliegt vollständig, womit sie die Gerichtskosten vollumfänglich zu tragen hat. Dieser Betrag ist mit dem geleisteten Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 8'115.70 zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 aZPO).

### **E. 8.2**

**Parteientschädigung** Die Parteientschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO besteht aus den Kosten der berufsmässigen Vertretung. In vermögensrechtlichen Streitigkeiten beträgt die Grundentschädigung bei einem Streitwert von Fr. 109'877.20 gemäss § 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 6 AnwT Fr. 13'562.14. Dadurch sind die Instruktion, das Aktenstudium, rechtliche Abklärungen, die Korrespondenz und Telefongespräche sowie eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (§ 6 Abs. 1 AnwT).

- 31 - Für die zusätzliche Verhandlung und den doppelten Schriftenwechsel erfolgt ein Zuschlag von praxisgemäss je 20 %. Mit der Kleinkostenpauschale von 3 % (vgl. § 13 Abs. 1 AnwT) resultiert damit eine Parteientschädigung von gerundet Fr. 19'500.00. Infolge des vollständigen Unterliegens der Klägerin hat diese der Beklagten Fr. 19'500.00 als Parteientschädigung zu zahlen. Das Handelsgericht erkennt: 1. Die Klage vom 24. September 2024 wird abgewiesen. 2. Die Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 8'115.70 werden vollumfänglich der Klägerin auferlegt. 3. Die Klägerin hat der Beklagten eine Parteientschädigung in gerichtlich festgesetzter Höhe von Fr. 19'500.00 zu bezahlen.

- 32 - Zustellung an: – die Klägerin (Vertreter; zweifach mit Protokoll der Hauptverhandlung vom 11. Mai 2026 mit Abrechnung) – die Beklagte (Vertreter; zweifach mit Protokoll der Hauptverhandlung vom 11. Mai 2026) 1. Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG) Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG). Aarau, 11. Mai 2026 Handelsgericht des Kantons Aargau 2. Kammer Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: Vetter Wendt

### **E. 8.3**

Am 5. Oktober 2023 zeigte die Klägerin die Beklagte beim Eidgenössischen Strominspektorat ESTI wegen Pflichtverletzung eines Bewilligungsinhabers an (Klage Rz. 29; KB 41 ff.).

### **E. 8.4**

Mit Zahlungsbefehl in der Betreuung Nr. bbb des Betreibungsamts QQ.\_\_\_\_\_ vom 10. Oktober 2023 betrieb die Beklagte die Klägerin für die Schlussrechnungen der Projekte " W.\_\_\_\_\_ 2. Etappe" in Höhe von Fr. 28'892.95 (Schlussrechnung vom 22. August 2026) und "QQ.\_\_\_\_\_" in Höhe von Fr. 115'000.00 (Schlussrechnung vom 26. August 2022). Die Klägerin erhob dagegen am 14. Oktober 2022 Rechtsvorschlag (Duplik Rz. 54 ff.; Antwortbeilagen [AB] 53 ff.).

#### **E. 9**

Mit Klage vom 24. September 2024 (Postaufgabe: 24. September 2024) stellte die Klägerin die folgenden Rechtsbegehren:

- 5 - " 1. Es sei die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin CHF 109'877.20 zzgl. Zins zu 5% seit 21.9.2023 zu bezahlen. 2. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. aaa des Betreibungsamtes QR.\_\_\_\_\_ zu beseitigen. 3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MWSt. zulasten der Beklagten." Zur Begründung führte die Klägerin im Wesentlichen aus, die Beklagte sei nicht in der Lage gewesen, die definierten werkvertraglichen Leistungen im Zusammenhang mit der Wohnüberbauung XYZ in QQ.\_\_\_\_\_ zu erreichen, weder in zeitlicher noch in qualitativer Hinsicht. Vielmehr habe sie gar eine Sicherheitsprüfung der Elektroanlagen unterlassen und dadurch die Sicherheit der Wohnungskäufer gefährdet. Aufgrund des Fehlverhaltens der Beklagten seien der Klägerin Zusatzkosten und damit ein Schaden in der Höhe von insgesamt Fr. 109'877.20 entstanden.

#### **E. 10**

Mit Klageantwort vom 18. November 2024 (nachfolgend "Antwort") stellte die Beklagte die folgenden Rechtsbegehren: " 1. Die Klage sei abzuweisen. 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin." Zur Begründung führte die Beklagte im Wesentlichen aus, die Voraussetzungen für einen Rücktritt vom Vertrag nach Art. 366 Abs. 1 oder Abs. 2 OR seien nicht gegeben. Der Klägerin sei ein zumindest überwiegendes Selbstverschulden entgegenzuhalten, weshalb das Projekt nicht so umgesetzt werden können, wie es sich die Klägerin ursprünglich erhofft habe. Es sei überdies nicht substantiiert bzw. bewiesen, dass die geltend gemachten Aufwendungen der Ersatzvornahmen auf Fehlleistungen der Beklagten zurückzuführen seien bzw. diese angemessen und notwendig gewesen wären. Es wäre stossend, den Anträgen der Klägerin zu folgen.

#### **E. 11.1**

Mit Verfügung vom 14. Januar 2025 lud der Präsident für den 31. Januar 2025 zu einer Instruktionsverhandlung mit informeller Parteibefragung und Vermittlungsgespräch vor. Zudem erliess er die Beweisverfügung.

- 6 -

#### **E. 11.2**

Anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 31. Januar 2025 wurde kein Vergleich abgeschlossen.

#### **E. 11.3**

Das von der Beklagten gegen den Präsidenten mit Eingabe vom 3. Februar 2025 gestellte Ausstandsgesuch wurde mit Beschluss vom 22. April 2025 abgewiesen. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 4. August 2025 ab

(4A\_237/2025).

#### **E. 12**

Mit Replik vom 28. November 2025 und Duplik vom 16. März 2026 hielten die Parteien vollumfänglich an ihren bisherigen Rechtsbegehren und Begründungen fest.

#### **E. 13**

Mit Verfügung vom 31. März 2026 überwies der Präsident das Verfahren an das Handelsgericht, teilte die Zusammensetzung des Spruchkörpers mit und lud zur Hauptverhandlung vom 11. Mai 2026 vor.

#### **E. 14**

Mit Eingabe vom 5. Mai 2026 teilte die Klägerin mit, ihr Rechtsvertreter werde alleine zur Hauptverhandlung erscheinen. Zudem reichte sie eine Kostennote ein.

#### **E. 15**

BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.3; SCHNEUWLY (Fn. 1), S. 445 f.

#### **E. 15.1**

Am 11. Mai 2026 fand die Hauptverhandlung statt, anlässlich derer die Parteien ihre Schlussvorträge halten konnten, wobei sie sich je zwei Mal äussern konnten.

#### **E. 15.2**

Daraufhin zog sich das Handelsgericht zur Beratung zurück und fällte den vorliegenden Entscheid.

- 7 - Das Handelsgericht zieht in Erwägung: 1. Prozessvoraussetzungen 1.1. Allgemeines Gemäss Art. 60 ZPO prüft das Gericht von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind. Zu den Prozessvoraussetzungen gehören unter anderem die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). 1.2. Örtliche Zuständigkeit Die örtliche Zuständigkeit der aargauischen Gerichte ist gegeben, da sich die Beklagte i.S.v. Art. 18 ZPO auf die vorliegende Streitigkeit einlässt. 1.3. Sachliche Zuständigkeit Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts i.S.v. Art. 6 Abs. 2 aZPO liegt vor, da beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind (KB 2 und 3), die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien betroffen ist und der Streitwert Fr. 109'877.20 beträgt. 2. Verhandlungsmaxime Vorliegend gilt die Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Auf die sich daraus ergebenden Obliegenheiten der Parteien ist vorab einzugehen:

#### **E. 16**

SCHMID/HOFER, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, ZZZ 2016, S. 285 m.w.N.

#### **E. 17**

BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; BGer 4A\_664/2024 vom 25. September 2025 E. 3.2.1.

#### **E. 18**

DOLGE, Anforderungen an die Substanziierung, in: Dolge (Hrsg.), Substantiieren und Beweisen, 2013, S. 21; JOSI (Fn. 6), S. 86; vgl. auch BGE 108 II 337 E. 3.

- 10 - vorgebrachte Sachverhalt ist im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime dem nicht bewiesenen Sachverhalt gleichzusetzen.<sup>19</sup>

**E. 20**

BGer 4A\_195/2014 und 4A\_197/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.3 m.w.N. (nicht publ. in BGE 140 III 602).

**E. 21**

BGer 4A\_291/2018 vom 10. Januar 2019 E. 4.4.2, 4A\_370/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 3.3 m.w.N.

**E. 22**

BK ZPO II-KILLIAS/MÖHLER, 2. Aufl. 2026, Art. 221 N. 29; DIKE ZPO II-PAHUD, 3. Aufl. 2024, Art. 221 N. 16 ff.; BRUGGER (Fn. 9), S. 537.

**E. 23**

BK ZPO II-KILLIAS/MÖHLER (Fn. 22), Art. 221 N. 29a; JOSI (Fn. 6), S. 86; ähnlich BGer 4A\_360/2017 vom 30. November 2017 E. 4.

**E. 24**

BK ZPO II-RÜETSCHI, 2. Aufl. 2026, Art. 180 N. 17 ff.; SK ZPO I-WEIBEL, 4. Aufl. 2025, Art. 180 N. 10 ff. je m.w.N.

- 11 - 4. Kündigung des Werkvertrags

**E. 27**

BGE 127 III 230 E. 7a/bb.

**E. 28**

BSK OR I-ANTOIGNINI/FEY/ZINDEL/SCHOTT, 8. Aufl. 2026, Art. 366 N. 4.

- 15 -

**E. 29**

BK OR-REY (Fn. 25), Art. 366 N. 54.

**E. 30**

BK OR-REY (Fn. 25), Art. 366 N. 28 f.

**E. 31**

BK OR-REY (Fn. 25), Art. 366 N. 60 m.w.N.

**E. 32**

BK OR-REY (Fn. 25), Art. 366 N. 61 und 106 ff. m.w.N. Zur indirekten Wirkung unverbindlicher Termine siehe aber BGer 4A\_371/2015 vom 11. Januar 2016 E. 4.1.

**E. 33**

BK OR-REY (Fn. 25), Art. 366 N. 71 m.w.N.; KRAMER/ARNET, Juristische Methodenlehre, 7. Aufl. 2024, S. 171.

**E. 34**

BK OR-REY (Fn. 25), Art. 366 N. 74 m.w.N.

**E. 35**

GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N. 676.

**E. 36**

GAUCH (Fn. 35), N. 677.

**E. 37**

GAUCH (Fn. 35), N. 678.

**E. 38**

GAUCH (Fn. 35), N. 679 f.

- 16 - SIA-Norm 118 i.V.m. Art. 365 Abs. 3 OR über Hinderungsgründe für seine Leistungserbringung. Bei pflichtwidriger Unterlassung der Anzeige- oder Abmahnung kann der Unternehmer in Herstellungsverzug geraten, obwohl die Verzögerung andernfalls gerechtfertigt wäre.<sup>39</sup> Zudem kann eine gerechtfertigte Verzögerung mit der noch möglichen Werkleistung dazu führen, dass weitere Lieferungs- bzw. Zwischentermine verschoben werden. Eine Pflicht, gerechtfertigte Verzögerungen aufzuholen, hat der Unternehmer nicht.<sup>40</sup> Den Parteien steht es frei, diesen zeitlichen Aufschub vertraglich zu regeln.<sup>41</sup>

**E. 39**

BSK OR I-ANTOIGNINI/FEY/ZINDEL/SCHOTT, 8. Aufl. 2026, Art. 365 N. 34; GAUCH (Fn. 35), N. 676– 681.

**E. 40**

GAUCH (Fn. 35), N. 682.

**E. 41**

GAUCH (Fn. 35), N. 682b.

**E. 42**

GAUCH (Fn. 3535), N. 666; BSK OR I-ANTOIGNINI/FEY/ZINDEL/SCHOTT (Fn. 28), Art. 366 N. 15.

**E. 43**

BSK OR I-ANTOIGNINI/FEY/ZINDEL/SCHOTT (Fn. 28), Art. 366 N. 15.

**E. 44**

BGer 4A\_232/2014 vom 30. März 2015 E. 12.2.2 (nicht publ. in BGE 141 III 106); BSK OR I-ANTOIGNINI/FEY/ZINDEL/SCHOTT (Fn. 28), Art. 366 N. 16.

**E. 45**

BGer 4A\_141/2017 vom 4. September 2017 E. 4.2, 4A\_603/2009 vom 9. Juni 2010 E. 2.4.

**E. 46**

BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER, 8. Aufl. 2026, Art. 107 N. 27 m.w.N.; BK OR-REY (Fn. 25), Art. 366 N. 169.

- 17 - zu erklären, ob er auf die Realerfüllung verzichtet.<sup>47</sup> Sofern die Parteien die Verzichtserklärung, allenfalls inklusive der Wahl des Rücktritts oder Nichterfüllungsschadens (sog. zweites Wahlrecht), nicht übereinstimmend verstehen, ist sie

nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.<sup>48</sup> Laien sind nicht allzu streng beim Wortlaut ihrer Erklärungen zu behaften.<sup>49</sup>

**E. 47**

BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER (Fn. 46), Art. 107 N. 29.

**E. 48**

BGE 123 III 16 E. 4b; BGer 4A\_133/2019 vom 10. Dezember 2019 E. 7.3.

**E. 49**

BGE 76 II 300 E. 3; BGer 4A\_603/2009 vom 9. Juni 2010 E. 2.4.

**E. 50**

Vgl. BGer 4A\_551/2015 vom 14. April 2016 E. 5.3. 51 BGer 4A\_551/2015 vom 14. April 2016 E. 5.2; SCHENKER, Verzug des Unternehmers, Verzug des Planers – Fälle und Fallen, in: Stöckli et. al. (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2017, S. 84.

- 18 - Kündigungsschreibens, im Übrigen von juristischen Laien verfasst, erweist sich insoweit als sachgerecht und zulässig.<sup>52</sup>

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