

NW_GERICHTE ZA 24 19 vom 22. Mai 2025

NW Gerichte, 2025-05-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw_gerichte_ZA 24 19

FR: NW_GERICHTE ZA 24 19 du 22 mai 2025

IT: NW_GERICHTE ZA 24 19 del 22 maggio 2025

Erwägungen

E. 1.1

Gegen erstinstanzliche Endentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung zulässig, sofern der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.■ beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 ZPO). Der Streitwert bestimmt sich nach den zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren respektive nach dem Betrag, der im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils noch streitig war (Urteil des Bundesgerichts 4D_77/2012 vom 20. November 2012 E. 5.2; KARL SPÜHLER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl. 2024, N. 9 zu Art. 308 ZPO). Berufungsinstanz gegen Urteile des Kantonsgerichts Nidwalden als Kollegialgericht ist das Obergericht Nidwalden, Zivilabteilung (Art. 27 Abs. 1 GerG [NG 261.1]), das in Fünferbesetzung entscheidet (Art. 22 Abs. 1 Ziff. 3 GerG). Vorliegend wurde das Urteil des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Kollegialgericht, ZK 21 30 vom 27. Juni 2024 mit Berufung angefochten. Im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils waren noch Fr. 40'139.70 streitig (vi-A-2). Das Obergericht Nidwalden ist somit örtlich und sachlich zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Berufung.

E. 1.2

Die Berufung setzt eine Beschwer voraus. Es wird zwischen formeller und materieller Beschwer unterschieden, die in der Regel beide vorliegen müssen. Die formelle Beschwer ist gegeben, wenn das Dispositiv des erstinstanzlichen Entscheids von den (abschliessenden) Rechtsbegehren der rechtsmittelwilligen Partei abweicht. Die materielle Beschwer ist gegeben, wenn die Rechtsstellung einer rechtsmittelwilligen Partei durch den erstinstanzlichen Entscheid tangiert wird, indem dieser in seinen rechtlichen Wirkungen nachteilig für diese Partei ist und dadurch der Partei ein Interesse an seiner Abänderung verschafft. Wer formell beschwert ist, ist in aller Regel auch materiell beschwert (PETER REETZ, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 4. Auflage 2025, N. 29 ff. zu den Vorbem. zu Art. 308–318 ZPO; BGE 120 II 5 E. 2a; Urteil des Bundesgerichts 4P.231/2000 vom 3. Januar 2001 E. 1).

5■26 Die Berufungsklägerin war Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren und hat eine Abweisung der Klage, soweit darauf einzutreten sei, beantragt. Nachdem die Vorinstanz die Klage (teilweise) gutgeheissen und die Berufungsklägerin zur Zahlung einer Geldsumme und der Tragung der Prozesskosten verurteilt hat, ist diese (formell und materiell) beschwert.

E. 1.3

Die Berufung ist innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Der begründete angefochtene Entscheid

wurde der Berufungsklägerin am 18. September 2024 zugestellt (vi-A-2). Die am 16. Oktober 2024 eingereichte Berufung ist damit rechtzeitig erfolgt. Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Berufung ist somit einzutreten.

E. 2

Die Berufungsklägerin hat in der Berufung aufzuzeigen, inwiefern sie den angefochtenen Entscheid als fehlerhaft erachtet. Sie hat im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen zu bezeichnen, die sie anfecht, und die Aktenstücke zu nennen, auf welche ihre Kritik beruht (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; Urteil des Bundesgerichts 5A_438/2012 vom 27. August 2012 E. 2.2). Weist der angefochtene Entscheid eine Haupt- und eine Eventualbegründung auf, muss sich der Berufungsklägerin mit beiden Begründungen auseinandersetzen, ansonsten bleibt eine stehen, was logischerweise zur Abweisung der Berufung führt (SPÜHLER, a.a.O., N. 16 zu Art. 311 ZPO; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_133/2017 vom 20. Juni 2017 E. 2.2 m.w.V.). Sind die Anforderungen an die Begründung erfüllt, überprüft die Berufungsinstanz den angefochtenen Entscheid sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht frei. Sie verfügt über volle Kognition (Art. 310 ZPO) und wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Die Berufungsinstanz ist aber nicht gehalten, von sich aus, wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen. Sie hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Begründung gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

6■26

E. 3.1

Die Vorinstanz erwog, die Berufungsbeklagte sei von der Berufungsklägerin für die Ausführung von Fassadenarbeiten beim Käselager beigezogen worden, wobei als Vergütung eine Summe von Fr. 160'557.95 (inkl. MWST) vereinbart worden sei. Dabei sei von einem typischen Bauwerkvertrag auszugehen, der ausschliesslich nach den gesetzlichen Bestimmungen des OR zu beurteilen sei. Die Berufungsbeklagte stütze ihre Restforderung auf diesen Vertrag (vi-A-2 E. 3 unter Verweis auf vi-KB 6, 7 und 15). Diese Erwägungen beanstandet die Berufungsklägerin nicht.

E. 3.2

Die Berufungsklägerin hatte vor Vorinstanz die Fälligkeit des Werklohnes bestritten. Dazu hat die Vorinstanz zusammengefasst ausgeführt, nachdem die Arbeiten der Berufungsbeklagten an der Fassade des Käselagers mehrere Jahre zurücklägen und dieses auch gemäss Aussagen der Berufungsklägerin zweckmässig genutzt werde, sei das Werk der Berufungsbeklagten als abgenommen anzusehen. Die Argumentation der Berufungsklägerin, wonach die Forderung der Berufungsbeklagten mangels ordentlicher Abnahme des Werks nicht fällig sei, verfange nicht. Die Fälligkeit der Vergütung trete trotz einer allfälligen Mangelhaftigkeit des Werks ein. Der mit der Schlussrechnung vom 22. August 2019 der Berufungsklägerin in Rechnung gestellte Betrag sei somit seit unbestimmter Zeit zur Zahlung fällig, nachdem das Käselager inzwischen seit einigen Jahren bestimmungsgemäss genutzt werde, was unabhängig davon gelte, ob das Werk der Berufungsbeklagten mangelbehaftet sei (vi-A-2 E. 4.3 Abs. 2). Im Sinne einer

Eventualbegründung setzte sich die Vorinstanz noch mit der angeblichen Mängelrüge der Berufungsbeklagten auseinander. Sie führte dazu aus: «Selbst wenn der in der Lehre vertretenen Auffassung gefolgt würde, wonach die Fälligkeit der Vergütung nur bei Mängelfreiheit des Werkes eintrete (...), so ist vorliegend nicht ersichtlich, dass die [Berufungsklägerin] gegenüber der [Berufungsbeklagten] Mängel gerügt hätte und welche konkreten Bestandteile der Fassade davon im Einzelnen betroffen gewesen sein sollen, weshalb die Werklohnforderung der [Berufungsbeklagten] in jedem Fall fällig ist.» (vi-A-2 E. 4.3 Abs. 3).

7■26

E. 3.3

Die Berufungsklägerin rügt die vorinstanzliche Hauptbegründung, wonach die Fälligkeit des Werklohnes auch bei einer allfälligen Mangelhaftigkeit des Werks eingetreten sei, nicht. Hingegen kritisiert sie die Eventualbegründung, indem sie vorbringt, die Vorinstanz sei fälschlicherweise davon ausgegangen, es liege keine substantiierte Mängelrüge vor. Dazu führt die Berufungsklägerin zusammengefasst aus, die Vorinstanz begnüge sich damit, sich auf das Schreiben der Berufungsklägerin vom 16. September 2020 (vi-BB 5) zu stützen und dieses als angeblich ungenügende Mängelrüge abzutun. Dem Inhalt dieses Schreibens könne entnommen werden, dass es zeitlich nach den Mängelrügen an die Berufungsbeklagte gesendet worden sei. Es könne somit den Anforderungen an eine Mängelrüge von vornherein nicht entsprechen. Nichtsdestotrotz seien der Berufungsbeklagten die Mängel zu diesem Zeitpunkt gemeldet worden, denn sie habe bereits Garantiarbeiten vornehmen können. Daraus folge, dass sie gewusst habe, dass es Mängel gebe, worin diese bestünden und wo sie sich befänden. Andernfalls hätte sie keine Garantiarbeiten erbringen können. Aus dem Schreiben vom 16. September 2020 gehe auch explizit hervor, dass das Käselager weder von Herrn D. __ noch vom Architekten abgenommen worden sei. Die Gründe für die Weigerung der Abnahme hätten klarerweise in den zu diesem Zeitpunkt existierenden Mängeln gelegen, die im Rahmen der Garantiarbeiten zu leisten gewesen wären. Zudem sei gemäss dem Schreiben vom 16. September 2020 selbst die Swissgaranta Versicherung durch die Berufungsklägerin über die Mängel in Kenntnis gesetzt worden. Die von D. __ anlässlich der Parteibefragung getätigte Aussage, es sei sehr viel telefonisch mitgeteilt worden, leider zu wenig schriftlich, zum Teil seien Fotos verschickt worden (vi-B-12, Parteibefragungsprotokoll D. __ vom 28. Juni 2023 Ziff. 3), habe die Vorinstanz nicht in ihre Würdigung miteinbezogen. Damit habe sie das rechtliche Gehör verletzt und den Sachverhalt falsch gewürdigt. Weil die Ursache der Undichtigkeit des Daches nicht leicht ausfindig zu machen gewesen sei, dürften nicht allzu hohe Anforderungen an die fachlichen Ausführungen des Mangels gestellt werden. Die vorliegende mündliche Mängelrüge genüge diesen Anforderungen. Im Ergebnis sei die Werklohnforderung – entgegen den vorinstanzlichen Feststellungen – noch nicht fällig gewesen (amtl. Bel. 1 Rz. 6 f.; amtl. Bel. 11 Rz. 10 – 15).

E. 3.4

Die Berufungsklägerin rügt bezüglich Fälligkeit der Werklohnforderung nur die Eventual-, nicht aber die Hauptbegründung der Vorinstanz. Die Berufungsinstanz hat die vorinstanzliche Hauptbegründung zur Fälligkeit folglich nicht zu überprüfen. Diese bleibt stehen und führt bereits deshalb zur Abweisung dieser Rüge (vgl. vorstehend E. 2).

8■26

E. 3.5

Im Übrigen ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz in ihrer Eventualbegründung eine hinreichende Mängelrüge bezüglich dem Käselager verneint hat. Die Mängelrüge nach Art. 367 OR ist an keine besondere Form gebunden. Inhaltlich muss die Rüge sachgerecht substantiiert sein, zumindest die Mängel – gegebenenfalls deren Lage so- wie deren Ausmass – genau angeben und zum Ausdruck bringen, dass der Besteller das Werk nicht als vertragsgemäss anerkennen und den Unternehmer haftbar machen will. Umgekehrt ist nicht erforderlich, dass der Besteller die Ursachen des Mangels angibt (BGE 107 II 172 E. 1a; Urteile des Bundesgerichts 4A_53/2012 vom 31. Juli 2012 E. 6.2; 4A_251/2018 vom 11. September 2018 E. 3.2; 4A_452/2022 vom 16. März 2023 E. 6.3). Behauptet der Unternehmer, d.h. i.c. die Berufungsbeklagte, wie vorliegend (vgl. vi-A-4 Rz. 34), es sei keine (recht- zeitige, den gesetzlichen Anforderungen entsprechende) Mängelrüge erhoben wurden, hat der Besteller, d.h. i.c. die Berufungsklägerin, zu beweisen, dass er die Mängel rechtzeitig gerügt hat, wobei sich seine Beweislast auf auch auf den Zeitpunkt der Kenntnisnahme der Mängel und den Inhalt der Rüge erstreckt (BGE 107 II 50 E. 2a; Urteile des Bundesgerichts 4A_231/2016 vom 12. Juli 2016 E. 2.4.3; 4A_51/2007 vom 11. September 2007 E. 4.5; 4A_405/2017 vom 30. November 2017 E. 3.3, je m.w.V.; GAUDENZ G. ZINDEL/BERTRAND G. SCHOTT, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N. 32 f. zu Art. 367 OR). Ein Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist, was der Fall ist, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (BGE 148 III 105 E. 3.3.1 m.w.V.). Weder das Schreiben vom 16. September 2020 (vi-BB 5), noch die Aussage von D.___ an der vorinstanzlichen Parteibefragung, «Sehr viel hat man telefonisch mitgeteilt. Leider wurde zu wenig schriftlich gemacht. Zum Teil hat man Fotos verschickt» (vi-B-12, Parteibefragungsprotokoll D.___ vom 28. Juni 2023 Ziff. 3) beweisen rechtsgenügend, dass die Berufungsklägerin bezüglich Käselager rechtzeitig eine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Mängel- rüge erhoben hat. Im Übrigen hat die Berufungsklägerin auch die Zeitpunkte, an denen sie (angeblichen) Mängel entdeckt und gerügt haben will, weder behauptet noch bewiesen (vgl. dazu auch nachfolgend E. 6.3). Die Eventualbegründung der Vorinstanz ist somit nicht zu be- anstanden und die entsprechende Rüge der Berufungsklägerin auch deshalb abzuweisen.

9■26

E. 4.1

Die Vorinstanz verglich bei der Beurteilung des Werklohns die jeweils von den Parteien aner- kannten Ausmasspositionen (vi-KB 8: von der Berufungsbeklagten anerkannte Positionen; vi-KB 9: von der Berufungsklägerin anerkannte Positionen). Soweit die jeweiligen Positionen übereinstimmten, übernahm sie die Vorinstanz. Die umstrittenen Positionen legte sie gestützt auf ein Gutachten fest (vgl. vi-A-2 E. 4.4.4 f.).

E. 4.2

Die Berufungsklägerin rügt diesbezüglich eine Verletzung des Dispositionsgrundsatzes. Bei der Position 913.282 sei der Vorinstanz ein Fehler unterlaufen. Die Berufungsbeklagte führe hier einen Betrag von Fr. 3'540.– auf, die Berufungsklägerin hingegen einen Betrag von Fr. 5'947.20. Entsprechend dem Dispositionsgrundsatz dürfe die Vorinstanz der

Berufungsbe- klagten nicht mehr zusprechen, als sie verlange. Demnach sei von der vorinstanzlich ermittel- ten Summe in der Höhe von Fr. 165'525.37 die Differenz von insgesamt Fr. 2'407.20 (Fr. 5'947.20 - Fr. 3'540.–) abzuziehen. Die Vorinstanz hätte der Berufungsbeklagten selbst bei Gutheissung der Klage maximal Fr. 37'732.50 zusprechen dürfen. Es sei auf die Summe der einzelnen Positionen abzustellen und nicht auf die Gesamtsumme, zumal sich die Zusam- mensetzung nicht nachvollziehen lasse. Die Berufungsbeklagte habe nicht substantiiert dar- gelegt, worin der höhere Betrag gründe, weshalb konsequenterweise nicht darauf abgestellt werden dürfe (amtl. Bel. 1 Rz. 8 f.; amtl. Bel. 11 Rz. 16 f.).

E. 4.3

Nach dem Dispositionsgrundsatz darf das Gericht einer Partei nicht mehr oder anderes zu- sprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Ob ein Gericht mehr oder anderes zugesprochen hat, als eine Prozesspartei verlangt hat, misst sich in erster Linie an den gestellten Rechtsbegehren. Auf deren Begründung wird nur zurückgegriffen, wenn das Begehren unklar ist und einer Auslegung bedarf (Urteile des Bundesgerichts 5A_780/2019, 5A_842/2019 vom 31. August 2020 E. 11; 4A_440/2014 vom 27. November 2014 E. 3.3; 4A_307/2011 vom 16. Dezember 2011 E. 2.4). Nach der bundes- gerichtlichen Rechtsprechung liegt keine Verletzung des Dispositionsgrundsatzes vor, wenn der eingeklagte Anspruch in rechtlicher Hinsicht ganz oder teilweise abweichend von den Be- gründungen der Parteien gewürdigt wird, sofern er vom Rechtsbegehren gedeckt ist (BGE 120 II 172 E. 3a; Urteile des Bundesgerichts 4A_356/2014 vom 4. Februar 2016 E. 6.1;

10■26 4A_684/2014 vom 2. Juli 2015 E. 3.2.1; 4A_440/2010 vom 7. Januar 2011 E. 3.1; 4A_428/2010 vom 9. November 2010 E. 3.1; 4P.134/2006 vom 7. September 2006 E. 4). Ge- bunden ist das Gericht an den eingeklagten Gesamtbetrag und das Rechtsmittelgericht man- gels Anschlussrechtsmittels an den erstinstanzlich zuerkannten Gesamtbetrag, in dessen Grenzen es hingegen für ein Schadenselement mehr und für einen anderen Schadensposten weniger zusprechen kann (BGE 119 II 396 E. 2 S. 397; BGE 123 III 115 E. 6d S. 119; BGE 143 III 254 E. 3.3; Urteile des Bundesgerichts 4A_35/2021 vom 15. November 2022 E. 2; 5A_713/2017 vom 7. Juni 2018 E. 4.2).

E. 4.4

Die Berufungsbeklagte beantragte vor Vorinstanz, die Berufungsklägerin sei zu verurteilen, der Berufungsbeklagten (unter Vorbehalt von Mehrforderungen) Fr. 40'139.70 nebst Zins zu 5% seit 20. August 2020 zu bezahlen (vi-A-4 Antragsziffer 1; vi-A-6 Antragsziffer 1; vi-A-8 Antragsziffer 1). Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die Berufungsbeklagte gegenüber der Berufungsklägerin noch eine Werklohn-Restforderung von Fr. 41'479.30 zugute hätte. Weil sie aber lediglich Fr. 40'139.70 eingeklagt habe, dürfe ihr aufgrund des Dispositionsgrundsatzes nicht mehr zugesprochen werden, als sie verlange (vi-A-2 E. 6.1). Sie hiess deshalb ihren entsprechenden Antrag vollumfänglich gut und verpflichtete die Berufungsklägerin, der Beru- fungsbeklagten den Betrag von Fr. 40'139.70 nebst Zins zu 5% seit dem 20. August 2020 zu bezahlen (vi-A-2 Dispositivziffer 1). Nachdem die Vorinstanz der Berufungsbeklagten nicht mehr zugesprochen hat, als diese in ihren Anträgen verlangt hat, liegt – entgegen den beru- fungsklägerischen Ausführungen – keine Verletzung des Dispositionsgrundsatzes vor. Die Vorinstanz war nur an den eingeklagten Gesamtbetrag gebunden, sie durfte für einzelne Positionen mehr zusprechen, als dies die

Berufungsbeklagte verlangte (vgl. vorstehend E. 4.3 und insbesondere Urteil des Bundesgerichts 4A_35/2021 vom 15. November 2022 E. 2).

E. 4.5

Im Übrigen denkt die Berufungsklägerin ihre unzutreffende Auslegung des Dispositionsgrundsatzes auch nicht zu Ende. Dieser besagt nicht nur, dass einer Partei nicht mehr zugesprochen werden darf, als sie verlangt, sondern auch nicht weniger, als die Gegenpartei anerkennt (vgl. Art. 58 Abs. 1 ZPO). Würde man den Dispositionsgrundsatz so auslegen, wie dies die Berufungsklägerin macht, dürfte der Berufungsbeklagten auch nicht weniger zugesprochen werden, als die Berufungsklägerin unter Position 913.282 anerkannt hat, nämlich Fr. 5'947.20 (2 x Fr. 2'973.60; vgl. vi-KB 9). Auch daraus erschliesst sich, dass die berufungsklägerische Auslegung des Dispositionsgrundsatzes nicht zutreffen kann.

11■26

E. 4.6

Schliesslich behauptet die Berufungsklägerin auch nicht, die vorinstanzliche Beweiswürdigung zu Position 913.282 sei falsch. Sie setzt sich damit gar nicht auseinander. Diese Rüge ist somit unbegründet und abzuweisen.

E. 5.1

Die Berufungsklägerin zog vom Werklohn unter dem Titel «Retrait de la peine conventionnelle» (Abzug der Konventionalstrafe) Fr. 12'000.– ab. Die Berufungsbeklagte bestritt den Abzug, weswegen die Vorinstanz prüfte, ob er gerechtfertigt war. Nach einer Würdigung der «Auftragsbestätigung» vom 28. August 2018 (vi-KB 6), der E-Mail-Korrespondenz (vi-BB 10 bis 14; vi-KB 17) sowie der Parteibefragungen kam sie zum Schluss, dass keine Konventionalstrafe vereinbart war. Folglich beurteilte sie den unter diesem Titel getätigten Abzug für nicht gerechtfertigt (vi-A-2 E. 4.5). Weiter prüfte die Vorinstanz den Eventualstandpunkt der Berufungsklägerin, dass die Fr. 12'000.– wenn nicht als Konventionalstrafe, dann als Schadenersatz geschuldet seien. Die Berufungsklägerin hatte argumentiert, die Berufungsbeklagte habe sich nicht an die Terminvorgaben gehalten, weshalb sie die Verzögerungen während der Bauphase zu verantworten habe, wodurch insbesondere das Baugerüst länger habe belassen werden müssen. Nach einer Würdigung der diesbezüglich geführten Korrespondenz (vi-BB 11 – 13) kam die Vorinstanz zum Schluss, die Berufungsklägerin vermöge nicht zu beweisen, dass die Berufungsbeklagte ihre vertragliche Pflicht zur vertragsgemässen Ausführung der Arbeiten verletzt habe. Ohnehin vermöge die Berufungsklägerin nicht konkret zu benennen, welche vertraglichen Abreden im Einzelnen getroffen und durch die Berufungsbeklagte verletzt worden wären. Nach einer Würdigung der Parteiaussagen von E.____ und D.____ sowie einer E-Mail vom 3. Dezember 2018 (vi-BB 14) konstatierte die Vorinstanz, es fehle an einem rechtsgenügenden Beweis dafür, dass das berufungsbeklagliche Verhalten ursächlich für die von der Berufungsklägerin behauptete Verzögerung gewesen sei. Damit sei ein natürlicher Kausalzusammenhang nicht erstellt, womit auf die Prüfung eines adäquaten Kausalzusammenhangs verzichtet werden könne. Die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch seien nicht rechtsgenügend dargetan, womit die geltend gemachte Schadenersatzforderung von Fr. 12'000.– nicht zu berücksichtigen sei (vi-A-2 E. 4.6).

12■26

E. 5.2

Die Berufungsklägerin kritisiert, die Vorinstanz sei fälschlicherweise davon ausgegangen, es liege keine Terminabsprache vor bzw. eine solche sei einseitig von der Berufungsklägerin vorgegeben worden. Die E-Mail vom 21. November 2021 müsse als kaufmännisches Bestätigungsschreiben qualifiziert bzw. ihm die analoge Wirkung beigemessen werden. Soweit dieses – wie vorliegend – unwidersprochen bleibe, habe es rechtserzeugende Kraft mit konstitutiver Wirkung. Weil F. __, Adressat dieser E-Mail, die Ansprechperson der Berufungsklägerin gewesen sei und ständig mit ihr korrespondiert habe, habe diese davon ausgehen dürfen, dass F. __ für die Berufungsbeklagte zeichnungsberechtigt gewesen sei. Er habe im Aussenverhältnis den Anschein erweckt, im Namen und Auftrag der Berufungsbeklagten vertretungs- bzw. zeichnungsberechtigt zu sein. Die Berufungsbeklagte hätte ihn so instruieren müssen, dass er seine im Innenverhältnis erteilten Befugnisse im Aussenverhältnis korrekt wiedergebe und nicht überschreite. Die Berufungsbeklagte bestreite in ihrer E-Mail vom 27. November 2018 den angegebenen Fertigstellungstermin nicht. Dementsprechend sei ein solcher rechtsgültig und mit gegenseitigem Einverständnis vereinbart worden, womit eine Vertragsverletzung aufgrund der verspäteten Fertigstellung gegeben sei. Die Entschuldigung von F. __ in der E-Mail vom 27. November 2018 beweise gerade die Verletzung der Terminvereinbarung. Auch der entstandene Schaden in Höhe der Konventionalstrafe von Fr. 12'000.– sei der Berufungsbeklagten bekannt und insoweit anerkannt. Weil sowohl die natürliche wie auch die adäquate Kausalität schwierig zu beweisen seien, seien die Anforderungen an die Beweisführung tief. Die Berufungsbeklagte sei als einzige Person für die rechtzeitige Fertigstellung des Käselagers verantwortlich gewesen. Indem sie nicht zum verabredeten Termin fertiggestellt habe, sei ihr Handeln *conditio sine qua non* für die fällig gewordene Konventionalstrafe und damit auch für den der Berufungsklägerin entstandenen Schaden. Es sei überdies allgemein bekannt, dass die verspätete Fertigstellung einer Baute – insbesondere einer Geschäftsbaute – geeignet sei, einen Schaden beim Besteller hervorzurufen, womit das Verhalten der Berufungsbeklagten auch adäquat kausal sei. Ihre Schadenersatzforderung in Höhe von Fr. 12'000.– sei somit in vollem Umfang zur Verrechnung zuzulassen (amtl. Bel. 1 Rz. 10 – 15; amtl. Bel. 11 Rz. 18 – 24).

E. 5.3

Wenn die Berufungsklägerin Verspätungsschaden geltend macht, trägt sie die Beweislast für alle schadensrelevanten Faktoren, d.h. Verzug, Schaden, Kausalzusammenhang zwischen Verzug und Verspätungsschaden (CORINNE WIDMER LÜCHINGER/WOLFGANG WIEGAND, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N. 14 zu Art. 103 OR).

13■26 Die Vorinstanz ist richtigerweise zum Schluss gekommen, dass sich aus dem E-Mailverkehr zwischen D. __ und F. __ (vi-BB 11 – 13) nicht die Vereinbarung eines verbindlichen Ablieferungstermins entnehmen lässt. Aus dem blossen Umstand, dass F. __ auf Ausführungen von D. __ zur (angeblich besprochenen) Fertigstellung der Arbeiten bis am 27. November 2018 in seiner Antwort-E-Mail vom gleichen Tag nicht eingegangen ist (vgl. vi-BB 12), kann nicht auf die Vereinbarung eines verbindlichen Ablieferungstermins mit Verzugsfolgen bei Nichteinhaltung geschlossen werden. Bloss weil F. __ die Ansprechperson für die Berufungsklägerin bei der Berufungsbeklagten war, durfte diese nicht davon ausgehen, dass er zur Vereinbarung eines verpflichtenden Ablieferungstermins, der – bei Nichteinhaltung – Schadenersatzansprüche auslöst, befugt ist, zumal er den Terminen nicht zugestimmt, sondern (vorerst) nicht darauf eingegangen ist. In seiner

E-Mail vom 27. November 2018 hat F. ___ D. ___ dann mitgeteilt, Bleche hätten neu bestellt werden müssen und es tue ihm ehrlich leid, dass es nicht so funktioniere wie es sollte und damit (indirekt) erklärt, dass er den von D. ___ bezeichneten Termin nicht einhalten kann. Allein aus dem Umstand, dass sich F. ___ entschuldigt hat, kann auch nicht geschlossen werden, die Berufungsbeklagte habe einen verbindlichen Ablieferungstermin nicht eingehalten. Wie die Vorinstanz richtig festgestellt hat, kann die Berufungsklägerin somit nicht beweisen, dass sie mit der Berufungsbeklagten einen verbindlichen Ablieferungstermin vereinbart hat, welche diese nicht einhielt. Überdies hat die Vorinstanz nachvollziehbar dargelegt, dass ein natürlicher Kausalzusammenhang zwischen dem angeblichen Verzug und dem angeblichen Schaden nicht erwiesen ist. Die Behauptung der Berufungsklägerin, die Berufungsbeklagte sei als einzige «Person» für die rechtzeitige Fertigstellung des Käselagers verantwortlich gewesen, erscheint sehr fraglich, wenn man berücksichtigt, wie D. ___ in seiner Parteibefragung das Zusammenspiel zwischen Architekt, Bauherrschaft, anderen Handwerkern und Unternehmern bei den Bauarbeiten am Käselager schilderte (vgl. vi-B-12 Parteibefragungsprotokoll D. ___ vom 28. Juni 2023 Ziff. 2 S. 3). Jedenfalls ist ein natürlicher Kausalzusammenhang zwischen einem angeblichen Verzug und einem angeblichen bei der Berufungsklägerin eingetreten Schaden nicht einmal mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erwiesen, womit auch die diesbezüglichen Schlussfolgerungen der Vorinstanz nicht zu beanstanden sind. Folglich kann – wie vor Vorinstanz – offenbleiben, ob die Berufungsklägerin den geltend gemachten Schaden beweisen konnte. Die Berufung ist auch in diesem Punkt unbegründet und abzuweisen.

14■26

E. 6.1

Vor Vorinstanz hat die Berufungsklägerin überdies eine Forderung für angebliche Aufwendungen für eine Nachbesserung im Zusammenhang mit den Arbeiten der Berufungsbeklagten an der Reithalle geltend gemacht und diese zur Eventualverrechnung gebracht. Die Vorinstanz kam nach einer Würdigung der von der Berufungsklägerin aufgelegten Korrespondenz (vi-BB 2 – 4) sowie der Parteiaussagen von D. ___ und G. ___ zum Schluss, dass sie gegenüber der Berufungsbeklagten keine Mängelrüge im Sinne von Art. 367 OR erhoben hat, weshalb ihr kein Nachbesserungsrecht zugestanden sei (vi-A-2 E. 5.4). Überdies erwog die Vorinstanz, die Berufungsklägerin hätte das Nachbesserungsrecht auch nicht korrekt ausgeübt. In den Akten würden sich keine Hinweise finden, dass die Berufungsklägerin persönlich von der Berufungsbeklagten die Nachbesserung unter hinreichender Bezeichnung der mangelhaften Stellen am Dach verlangt hätte. Passend dazu sei es auch nicht die Berufungsklägerin gewesen, welche die bb. ___ SA beigezogen und deren Rechnung bezahlt habe. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang es sich bei den in Rechnung gestellten Arbeiten der bb. ___ SA um eine Nachbesserung durch einen Dritten bzw. eine Ersatzvornahme gehandelt habe, sei von der Berufungsklägerin weder ausreichend durch konkrete Behauptungen dargelegt noch bewiesen worden. Demzufolge liege kein Beweis für den Bestand dieser zur Verrechnung gebrachten Forderung vor, weshalb eine prozessuale Eventualverrechnung mit der berufungsklägerischen Forderung scheitere (vi-A-2 E. 5.4).

E. 6.2

Die Berufungsklägerin bringt diesbezüglich zunächst vor, betreffend Anerkennung des Werks im Abnahmezeitpunkt sei darauf hinzuweisen, dass versteckte Mängel selbst bei

einer ordnungsgemässen Abnahme noch nicht entdeckt werden könnten. Es sei für sie kein Nachteil, wenn sie das Werk zunächst abgenommen und die versteckten Mängel erst nach deren Entdeckung sofort gerügt habe. Weiter rügt sie, die Vorinstanz habe die von der Berufungsklägerin eingereichten E-Mails falsch gewürdigt. Nach Meinung der Vorinstanz seien die Rügen jeweils angeblich unsubstanziert. Sie lasse dabei die Formlosigkeit der Rügen ausser Acht. Aus dem Inhalt der E-Mails ergebe sich nämlich jeweils, dass bereits Gespräche über die Mängel stattgefunden hätten und der Berufungsbeklagten somit zumindest im Grundsatz klar gewesen sei, was behoben werden müsse. Es werde teilweise auf die mündlichen Rügen Bezug genommen. Mündliche Handlungen seien naturgemäss schwierig zu beweisen, dürften jedoch nicht einfach so abgetan werden. Rechtlich sei auch eine mündliche Mängelrüge gültig

15■26 und zulässig. Dies ergebe sich auch aus den E-Mails vom 22. und 24. Januar 2020. Beispielhaft sei die Formulierung, es tropfe immer noch in der Reithalle. Die Berufungsbeklagte habe weder überrascht noch unwissend reagiert, sie habe vielmehr dieses Thema bei der technischen Sitzung behandeln wollen. Wenn sie nicht gewusst hätte, um was es gehe, hätte sie nachfragen müssen. Eine Nachfrage sei aber nicht nötig gewesen, was zeige, dass sie über die angegebenen Mängel in anderer Form, nämlich mündlich, bereits detailliert unterrichtet worden sei. Ohne Kenntnis wäre eine Behandlung des Themas an einer ihrer Sitzungen nicht möglich gewesen. Aus den Umständen bleibe somit einzig der naheliegende Rückschluss, dass der Berufungsbeklagten die Substanz der Mängel sehr wohl bewusst gewesen sei. In der E-Mail vom 20. August 2020 gestehe die Berufungsbeklagte, dass bereits mehrere Personen vor Ort gewesen und die Sache zu beheben versucht hätten. Zumindest diesen Personen seien die Mängel somit sehr wohl bekannt gewesen. Durch die Nicht- bzw. Falschwürdigung der vorgenannten E-Mails habe die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt und das rechtliche Gehör der Berufungsklägerin verletzt. Hätte sie den Inhalt dieser E-Mails gewürdigt, wäre sie zum Schluss gekommen, dass eine den Anforderungen genügende Mängelrüge erfolgt sei, womit der Berufungsklägerin die Rechte nach Art. 369 OR offen stünden (amtl. Bel. 1 Rz. 16 – 20; amtl. Bel. 11 Rz. 25 – 26). Weiter führt die Berufungsklägerin aus, die Vorinstanz habe insbesondere gestützt auf die Schreiben vom 16. und 25. September 2020 beurteilt, ob die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten eine Frist zur Nachbesserung angesetzt habe. Dabei sei sie zum Schluss gekommen, die Schreiben enthielten keine Bezeichnung und Lokalisierung der undichten Stellen am Dach der Reithalle und es sei aus ihnen überdies nicht ersichtlich, dass vor diesen Schreiben eine Verbesserung verlangt worden wäre. Die Berufungsklägerin rügt, die Schreiben seien unwidersprochen geblieben und würden demnach Rechtswirkung zu Gunsten der Berufungsklägerin entfalten. Der Berufungsklägerin sei offensichtlich klar gewesen, welche Nachbesserungen vorzunehmen seien. Eine korrekte Mängelbeschreibung sowie eine Aufforderung zur Nachbesserung sei somit von der Berufungsklägerin getätigt worden. Eine Nachfrist ergebe sich nachweislich aus dem Schreiben vom 25. September 2020, in dem eine letztmalige Verbesserungfrist bis zum 2. Oktober 2020 angesetzt werde. Damit könne dahingestellt bleiben, ob bereits früher eine Frist angesetzt worden sei. Die Berufungsbeklagte sei nicht in der Lage gewesen, die Mängel zu beheben und habe überdies die angesetzte letztmalige Nachfrist unbenutzt verstreichen lassen.

16■26 Die Berufungsklägerin moniert weiter, sie sei entgegen den Feststellungen der Vorinstanz berechtigt gewesen, die Nachbesserungsarbeit an einen Dritten zu vergeben.

Aus den Aussagen von Herrn D. __ an der vorinstanzlichen Parteibefragung in Verbindung mit der Abrechnung (vi-BB 16) sei entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen ersichtlich, dass die Abdichtungsarbeiten ausgeführt worden seien und sich die Abrechnungspositionen mit Ausnahme von Position 110 und 111 auf die Abdichtungsarbeiten erstreckt hätten. Entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen könne es auch keine Rolle spielen, ob letztlich die Bauherrschaft oder die Berufungsklägerin, welche die Rechte der Bauherrschaft gegenüber der Berufungsbeklagten im Sinne einer Hilfsperson ausgeübt habe, den Auftrag an die bb. __ SA erteilt habe. Aus den Belegen und Aussagen der Herren D. __ und G. __ sei klarerweise erstellt, dass die bb. __ SA die Abdichtungsarbeiten vorgenommen und das Dach dicht gemacht habe (amtl. Bel. 1 Rz. 21 – 24; amtl. Bel. 11 Rz. 27). Schliesslich argumentiert die Berufungsklägerin, aus den Aussagen von D. __ gehe hervor, dass die cc. __ SA die Arbeiten der bb. __ SA bezahlt, hingegen der Berufungsklägerin Fr. 60'000.– nicht bezahlt habe und Fr. 27'000 bis Fr. 29'000 vom Werklohn abziehen werde. Wenn Herr G. __ auf die noch nicht definitiv vorliegende Abrechnung hingewiesen habe, beziehe sich das darauf, dass im Rahmen von Fr. 27'000 bis Fr. 29'000 der genaue Betrag noch nicht definiert sei. Da jedoch der Rückbehalt von Fr. 60'000.– erfolgt sei und mindestens Fr. 27'000.– auf die von bb. __ SA verrichteten Arbeiten entfallen würden, sei eine Verrechnungsforderung von Fr. 27'000.– bereits im jetzigen Zeitpunkt erstellt (amtl. Bel. 1 Rz. 25; amtl. Bel. 11 Rz. 28).

E. 6.3

Die Berufungsklägerin rügt zunächst, die Vorinstanz sei fälschlicherweise davon ausgegangen, sie habe keine inhaltlich genügende Mängelrüge nachweisen können. Im Berufungsverfahren ist nicht mehr umstritten (vgl. amtl. Bel. 1 Rz. 16), dass die Berufungsklägerin die Arbeiten der Berufungsbeklagten an der Reithalle am 26. Juni 2019 abgenommen hat. Dies ergibt sich auch zweifellos aus dem von D. __ mitunterzeichneten Abnahmeprotokoll (vi-KB 5, vgl. zur Unterschrift von D. __ vi-KB 8), in dem «keine Mängel» bescheinigt wurden und dem Umstand, dass D. __ an der vorinstanzlichen Parteibefragung auf eine Frage zu diesem Abnahmeprotokoll gesagt hat: «An dem Tag, als wir das mit F. __ und Herrn H. __ zusammen gemacht haben, war alles gut. Man ging an diesem Tag alles durch. An diesem Tag war kein Mangel.» (vi-B-12, Parteibefragungsprotokoll D. __ vom 28. Juni 2023 Ziff. 16; vgl. auch vi-BB 5: «Die Manège in X. __ wurde von Herrn D. __ abgenommen»). Das abgelieferte Werk

17■26 wurde somit von der Berufungsklägerin als Bestellerin ausdrücklich genehmigt, womit die Berufungsbeklagte als Unternehmerin von ihrer Haftpflicht befreit ist, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der Abnahme und ordnungsmässigen Prüfung nicht erkennbar waren (sog. geheime Mängel, vgl. ZINDEL/SCHOTT, a.a.O., N. 7 zu Art. 370 OR m.w.V.) oder vom Unternehmer absichtlich verschwiegen wurden (Art. 370 Abs. 1 OR). Die Berufungsklägerin behauptet in der Berufung solche geheimen bzw. versteckten Mängel (vgl. amtl. Bel. 1 Rz. 16). Für geheime Mängel schreibt Art. 370 Abs. 3 OR vor, dass der Besteller sie sofort nach Entdeckung anzeigen muss, widrigenfalls das Werk auch hinsichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt. Die Anzeige der Mängel ist an keine besondere Form gebunden. Inhaltlich muss die Rüge sachgerecht substantiiert sein, zumindest die Mängel genau angeben und zum Ausdruck bringen, dass der Besteller das Werk nicht als vertragsgemäss anerkennen und den Unternehmer haftbar machen will (BGE 107 II 172 E. 1a). Die Rügefrist beginnt mit der Entdeckung des Mangels zu laufen. Erkannt sind geheime Mängel, sobald der Besteller über deren Vorliegen Gewissheit hat,

das heisst wenn er vom Mangel eine solche Kenntnis erlangt hat, dass er eine genügend substantiierte Rüge erheben kann (BGE 118 II 142 E. 3b). Will der Besteller aus Art. 370 Abs. 3 OR Rechte ableiten, so hat er nach der allgemeinen Regel des Art. 8 ZGB die Rechtzeitigkeit der Rüge darzutun. Dazu gehört auch der Beweis, wann der gerügte Mangel für ihn erkennbar geworden ist und wie und wem er ihn mitgeteilt hat (BGE 107 II 172 E. 1a S. 176; 118 II 142 E. 3a S. 147; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 4A_252/2010 vom 25. November 2010 E. 6.2). Die Berufungsklägerin müsste somit einerseits eine substantiierte Mängelrüge behaupten und beweisen. Andererseits müsste sie behaupten und beweisen, dass diese Mängelrüge rechtzeitig erfolgt ist, wozu insbesondere auch der Zeitpunkt gehört, an dem sie den Mangel entdeckt hat. Die Berufungsklägerin behauptet nicht, ihre E-Mails an die Berufungsbeklagte seien für sich genügend substantiierte Mängelrügen. Sie will aber aus der entsprechenden E-Mailkorrespondenz (vi-BB 2 – 4) ableiten, es müsse zuvor eine inhaltlich genügende mündliche Mängelrüge erfolgt sein und wirft der Vorinstanz vor, dies übersehen zu haben. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die die Berufungsklägerin – obwohl die Berufungsbeklagte eine Mängelrüge bestritten hat (vi-A-6 Rz. 37, 46 ff. und 93) – in ihren Rechtsschriften nicht einmal substantiiert behauptet hat, welche konkreten Mängel (vgl. vorstehend E. 3.5) sie gegenüber der Berufungsbeklagten gerügt haben will (vgl. vi-A-5 Rz. 4 ff.; vi-A-7 Rz. 9 f.; amtl. Bel. 1 Rz. 16 ff.). Die Behauptung, das Dach der Reithalle habe «diverse Löcher resp. Undichtheiten» aufgewiesen und trotz mehrmaligen Mahnungen sei die Berufungsbeklagte nicht in der Lage gewesen, das Dach komplett zu versiegeln und den entsprechenden Werkmangel zu beseitigen

18■26 (vgl. vi-A-5 Rz. 5) respektive über die Mangelhaftigkeit seien diverse «schriftliche und mündliche Austausche» erfolgt und die Berufungsbeklagte habe «ihre Leistungen – erstellen des Daches der Reithalle – nicht korrekt erbracht», genügen den Anforderungen nicht (vi-A-7 Rz. 10). Über die nicht ausreichend substantiierten Behauptungen kann deshalb kein Beweis abgenommen werden (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; BGE 127 III 365 E. 2b; Urteil des Bundesgerichts 4A_452/2022 vom 16. März 2023 E. 5.4). Im Übrigen hat die Vorinstanz – entgegen den berufungsklägerischen Behauptungen – nicht übersehen, dass eine Mängelrüge an keine besondere Form gebunden ist und damit auch mündlich erfolgen kann (vgl. vi-A-2 E. 5.4). Sie ist allerdings nach einer Würdigung der dazu angerufenen Beweismittel, d.h. der Parteibefragungen sowie der E-Mail-Korrespondenz zwischen den Parteien (vi-BB 2 – 4) zum Schluss gekommen, dass die Berufungsklägerin keine inhaltlich genügende Mängelrüge vorweisen kann. Wenn man – entgegen den vorstehenden Ausführungen – von einer genügenden Substantiierung ausginge und darüber Beweis führen könnte, wäre dieses Beweisergebnis nicht zu beanstanden. Wie die Vorinstanz richtig festgehalten hat, ergibt sich aus der E-Mailkorrespondenz (und auch aus den Parteibefragungen) nicht, dass die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagte (vorgängig) mündlich mitgeteilt hat, welche Mängel sie genau beanstanden und dass sie sie deswegen haftbar machen will. Im Übrigen kann die Berufungsklägerin aus dem Umstand, dass ihr für eine substantiierte Mängelrüge die Beweismittel fehlen, keine Beweisnot und damit einhergehende Beweiserleichterungen ableiten, zumal es ihr unbenommen gewesen wäre, die angeblichen Mängel detailliert schriftlich zu rügen (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_401/2015 vom 8. Januar 2015 E. 3.2). Überdies hätte die Berufungsklägerin auch die Rechtzeitigkeit ihrer bestrittenen angeblichen Mängelrüge substantiiert behaupten und beweisen müssen. Sie hätte somit behaupten und beweisen müssen, wann genau sie den Mangel entdeckt und wann sie ihn genau gerügt hat.

Andernfalls ist es dem Gericht nicht möglich zu prüfen, ob sie den Mangel «sofort» nach Entdeckung i.S.v. Art. 370 Abs. 3 OR gerügt hat. Die Berufungsklägerin hat allerdings in ihren Rechtsschriften weder ein Entdeckungs- noch ein Rügdatum behauptet, geschweige denn ein solches bewiesen. Zusammengefasst hat die Berufungsklägerin weder behauptet noch bewiesen, dass sie die (angeblichen) verstreckten Mängel sofort nach Entdeckung inhaltlich substantiiert gerügt hat. Sie gelten damit als genehmigt i.S.v. Art. 370 Abs. 3 OR, womit allfällige daraus folgende Mängelrechte verwirkt wären (vgl. BGE 107 II 178 sowie ZINDEL/SCHOTT, a.a.O., N. 21 zu Art. 370 OR m.w.V.). Bereits daran scheitert ihr Anspruch aus Nachbesserung, den sie zur (Eventual-)Verrechnung bringen will.

19■26

E. 6.4

Weiter ist zu prüfen, ob die Vorinstanz richtigerweise davon ausging, die Berufungsklägerin habe das Nachbesserungsrecht nicht korrekt ausgeführt (vgl. vi-A-2 E. 5.5). Kommt der Unternehmer seiner Pflicht zur Nachbesserung nicht nach, ist der Besteller nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR berechtigt, den Mangel durch Ersatzvornahme auf Kosten des säumigen Unternehmers zu beseitigen oder beseitigen zu lassen (BGE 141 III 257 E. 3.3, BGE 136 III 276 E. 2.4, BGE 107 II 50 E. 3). Die analoge Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR setzt jedoch voraus, dass der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Nachbesserung ansetzt, verbunden mit der Androhung, sonst zur Ersatzvornahme zu schreiten (BGE 142 III 321 E. 4.4.2; NADJA SCHWERY, in: Berner Kommentar, Der Werkvertrag, Art. 363 – 379 OR, 2024, N. 437 zu Art. 368 OR; vgl. auch ROGER BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, 2007, N 704). Sowohl eine Fristsetzung als auch eine Androhung der Ersatzvornahme sind nicht erforderlich, sofern die Unfähigkeit oder Unwilligkeit des Unternehmers, objektiv erkennbar ist (ZINDEL/SCHOTT, a.a.O., N. 36 zu Art. 366 OR; SCHWERY, a.a.O., N. 438 zu Art. 368 OR). Setzt der Unternehmer der Bestellerin eine Abhilfefrist an, obschon dies nach den Umständen nicht nötig wäre, muss er den Ablauf dieser Frist abwarten, bevor er zur Ersatzvornahme schreitet (vgl. HEINZ REY, in: Berner Kommentar, Der Werkvertrag, Art. 363 – 379 OR, 2024, N. 288 zu Art. 366 OR). Mit Schreiben vom 16. September 2020 hat die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten mitgeteilt, sie habe ihre Garantiarbeiten nicht erfüllt. Es seien schon sechs Reparaturversuche unternommen worden, womit sie bereits ein Nachbesserungsrecht gehabt habe und ihre Firma nicht in der Lage sei, die Mängel zu beheben. Die Berufungsbeklagte wurde aufgefordert, «die angezeigten Mängel» innert der «letzte[n] gesetzten Frist» zu beheben, andernfalls werde die Berufungsklägerin ihren Baujuristen beauftragen und den Rechtsweg beschreiten (vi-BB 5). Mit Schreiben vom 25. September 2020 schrieb die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten, die «Garantieleistungen» seien trotz Aufforderung noch nicht erbracht worden und die gesetzte Nachfrist unbenutzt verstrichen. Sie werde ein allerletztes Mal aufgefordert, die «Garantieleistungen und Abdichtungen» bis am 2. Oktober 2020 auszuführen. Falls sie diesem Termin verstreichen lasse, behalte sich die Berufungsklägerin vor, andere Unternehmer mit der Behebung zu beauftragen und der Berufungsbeklagten die Kosten zu verrechnen (vi-BB 6). In den E-Mails vom 30. September 2020 und 26./27. Oktober 2020 wurden die Mängel dann spezifiziert und die Berufungsbeklagte angefragt, bis wann sie die Mängel in Ordnung bringen werde (vi-BB 7 und vi-BB 15). Eine Fristansetzung erfolgte in diesen E-Mails nicht. Mit

20■26 Schreiben vom 4. Dezember 2020 teilte die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten schliesslich mit, sie habe «trotz Abmahnung und zig Versuchen die Leistung» ohne Mangel nicht erledigen können. Die Fristen für die Gewährleistung bzw. Erledigung der Garantieleistungen sei nun definitiv verstrichen. Sie wurde über die «zu erwartenden Kosten» informiert und erhielt eine Kopie der Offerte der bb. __ SA vom 23. November 2020 (vi-BB 8 f.). Der aktenkundigen Korrespondenz lässt sich entnehmen, dass die Berufungsklägerin bis mindestens am 26./27. Oktober 2020 davon ausging, die Berufungsbeklagte könne die (angeblichen) Mängel beheben, ansonsten sie sie nicht immer wieder zur Mängelbehebung aufgefordert und zugelassen hätte. Auch lassen sich den Akten keine Hinweise dafür entnehmen, dass die Berufungsbeklagte nicht gewillt gewesen wäre, die (angeblichen) Mängel zu beheben (vgl. z.B. vi-BB 7). Es lag also weder eine objektiv erkennbare Unfähigkeit oder Unwilligkeit der Berufungsbeklagten vor, die (behaupteten) Mängel zu beheben. Die Berufungsklägerin war demnach verpflichtet, der Berufungsbeklagten eine angemessene Frist zur Nachbesserung anzusetzen, verbunden mit der Androhung, sonst zur Ersatzvornahme zu schreiten. Das Schreiben vom 16. September 2020 enthielt weder die konkret beanstandeten Mängel, noch eine Frist, oder die Androhung, den Mangel auf Kosten des säumigen Unternehmers beseitigen zu lassen. Das Schreiben vom 25. September 2020 enthielt zwar eine Frist und die Androhung der Ersatzvornahme, aber die (angeblichen) Mängel wurden nicht konkret genannt. Als dies mit E-Mails vom 30. September 2020 und 26./27. Oktober 2020 nachgeholt wurde, wurde keine erneute Frist angesetzt, vielmehr wurde die Berufungsbeklagte angefragt, bis wann sie den Mangel beheben kann. Spätere Korrespondenz liegt nicht bei den Akten, sondern erst wieder ein Schreiben vom 4. Dezember 2020, in welchem die Berufungsklägerin auf eine Nachbesserung der Berufungsbeklagten verzichtete und die Ersatzvornahme durch eine Drittunternehmerin bekanntgab. Daraus erschliesst sich, dass die Berufungsklägerin bis am 4. Dezember 2020, als sie auf die Nachbesserung verzichtete und zur Ersatzvornahme schritt, die Berufungsbeklagte nicht rechtsgenügend, unter genauer Darlegung der gerügten Mängel, in Verzug gesetzt und ihr die Mängelbeseitigung angedroht hat. Demnach ist es auch nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz zum Schluss kam, die Berufungsklägerin hätte ein allfälliges Nachbesserungsrecht nicht korrekt ausgeübt.

E. 6.5

Schliesslich bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausging, die Berufungsklägerin habe nicht substantiiert behauptet und bewiesen, dass und gegebenenfalls in welchem

21■26 Umfang die von der bb. __ SA der cc. __ SA in Rechnung gestellten Arbeiten auf (angeblichen) von durch die Berufungsbeklagte verursachte Mängel zurückzuführen seien. Schreitet der Besteller zur Ersatzvornahme ohne Vorschuss, wozu er auch ohne richterliche Ermächtigung befugt ist, muss er nach getätigter Mängelbeseitigung im Rückerstattungsprozess gegen den Unternehmer sowohl den grundsätzlichen Anspruch auf Ersatzvornahme wie die Berechtigung des konkret getätigten Aufwands nachweisen (BGE 141 III 257 E. 3.3 m.w.V.). Die Berufungsklägerin behauptet unter Auflage einer Rechnung der bb. __ SA, für die «Korrektur des Daches und Erstellung des seitens der Bauherrschaft geschuldeten Zustandes» habe diese für Fr. 29'726.30 Nachbesserungen vorgenommen, die – mittels Rückbehalts von Werklohn – der Berufungsklägerin überbunden worden seien (vi-A-6 Rz. 10; vi-BB 16). Die Berufungsbeklagte bestritt mit Nichtwissen, dass sich diese Rechnung auf die Reparaturarbeiten beziehe und führte aus,

dass sie zumindest teilweise nicht Reparaturarbeiten zum Gegenstand habe, zum Beispiel soweit dies den Einbau von Dachrinnen oder Spenglerarbeiten an der Terrasse und die Montage eines massgefertigten Edelstahlbeschlags für eine Dachluke betreffe. Ebenso bestritt sie, dass die Berufungsklägerin die Nachbesserungskosten zu tragen hatte (vi-A-8 Rz. 76 ff.). Die Berufungsklägerin hat dazu vor Vorinstanz nicht mehr Stellung genommen und mit Berufung ausgeführt, aus der Parteibefragung von D. und der Rechnung sei entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen ersichtlich, dass die Abdichtungsarbeiten ausgeführt worden seien und sich die Abrechnungspositionen mit Ausnahme von Position 110 und 111 auf die Abdichtungsarbeiten erstreckt hätten (amtl. Bel. 1 Rz. 21 – 24). Die Berufungsklägerin verkennt, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Behauptungs- und Substanziierungslast im Prinzip in den Rechtsschriften nachzukommen ist und der blosser pauschaler Verweis auf Beilagen in aller Regel nicht genügt, weil es nicht angehen kann, dass das Gericht und die Gegenpartei die Sachdarstellung aus den Beilagen zusammensuchen und diese danach zu durchforsten müssen, ob sich daraus etwas zu Gunsten der behauptungsbelasteten Partei ableiten lässt (Urteil des Bundesgerichts 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.4 m.w.V.). Ausnahmsweise kann es zulässig sein, seinen Substanziierungsobliegenheiten durch einen Verweis auf die Beilagen nachzukommen, nämlich dann, wenn eine Beilage selbsterklärend ist und genau die verlangten (beziehungsweise 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 (Urteil des Bundesgerichts 4A_281/2017 vom

22. Januar 2018 E. 5 m.w.V.). Diesen Anforderungen genügt die Berufungsklägerin offenkundig nicht, wenn sie für die angeblichen Mängelbehebungskosten pauschal auf eine zweiseitige Rechnung mit diversen Einzelpositionen in französischer Sprache verweist, ohne auf die einzelnen Positionen einzugehen, dann aber in der Berufung selbst einräumt, dass nicht alle Positionen Mängelbehebungskosten darstellen. Bereits aus diesem Grund ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die Mängelbehebungskosten für nicht substantiiert behauptet und bewiesen hielt.

E. 6.6

Nachdem die Berufungsklägerin die angeblichen Mängel nicht substantiiert gerügt, ein allfälliges Nachbesserungsrecht nicht korrekt ausübt und die angeblichen Nachbesserungskosten nicht substantiiert behauptet hat, hat die Vorinstanz ihre eventuelle Verrechnungsforderung zu Recht abgewiesen. Die Berufung ist auch in diesem Punkt unbegründet und abzuweisen.

E. 7.1

Schliesslich rügt die Berufungsklägerin die vorinstanzliche Kostenverlegung. Konkret kritisiert sie, das eingeholte Gutachten sei nicht ausschliesslich zu Gunsten der Berufungsbeklagten ausgefallen. Bezüglich der umstrittenen Positionen sei die Berufungsbeklagte von einem Ausmass von Fr. 27'492.25 und die Berufungsklägerin von Fr. 16'254.75 ausgegangen. Der Gutachter habe Fr. 23'339.17 festgestellt. Entsprechend habe die Berufungsbeklagte bezüglich den durch das Gutachten zu beantwortenden Fragen nur unwesentlich obsiegt, womit es sich selbst bei einer Guttheissung der Klage nicht rechtfertige, die Gutachterkosten vollumfänglich der Berufungsklägerin aufzuerlegen (amtl.

Bel. 1 Rz. 29; amtl. Bel. 11 Rz. 30 f.).

E. 7.2

Die Vorinstanz hat unter Verweis auf Art. 95 Abs. 2 lit. c ZPO ausgeführt, die Kosten der Beweisführung seien ebenfalls zu den Gerichtskosten zu zählen. Die Auslagen für das Gutachten von insgesamt Fr. 6'529.40 würden ausgangsgemäss zu Lasten der Berufungsbeklagten gehen (vi-A-2 E. 7.1.3).

E. 7.3

Die Prozesskosten setzen sich aus Gerichtskosten und Parteientschädigung zusammen (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Gerichtskosten sind unter anderem die Kosten der Beweisführung (Art. 95 Abs. 2 lit. c ZPO). Darunter fallen Kosten für ein gerichtlich bestelltes Gutachten

23■26 (BGE 139 III 33 E. 4.1; DIETER HOFMANN/ANDREAS BAECKERT, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl. 2024, N. 31 zu Art. 95 ZPO m.w.V.). Die Prozesskosten werden gemäss Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO der unterliegenden Partei auferlegt. Entscheidend ist, in welchem Mass die Parteien im Ergebnis mit ihren Rechtsbegehren durchdringen. Massgebend ist das Gesamtergebnis des Prozesses in der Hauptsache und nicht, wie über einzelne Angriffs- oder Verteidigungsmittel entschieden wurde (BGE 148 III 182 E. 3.2). Das Gericht kann nach Art. 107 Abs. 1 ZPO von den Verteilungsgrundsätzen gemäss Art. 106 ZPO – entsprechend dem Erfolg der Parteien im Prozess – abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, um besonderen Umständen Rechnung zu tragen. Dazu wurden in Art. 107 Abs. 1 lit. a-f ZPO typisierte Fallgruppen geschaffen. So nennt Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO andere besondere Umstände und bildet damit einen Auffangtatbestand. Dieser Auffangtatbestand kann einerseits bei erheblicher wirtschaftlicher Disparität der Parteien angewendet werden und andererseits, wenn und soweit die nicht unterliegende Partei durch ihr Verhalten ungerechtfertigten Aufwand zu verantworten hat (BGE 139 III 33 E. 4.2 m.w.H.).

E. 7.4

Die Gutachterkosten sind Prozesskosten (Art. 95 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. c ZPO) und damit der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Nachdem die Berufungsklägerin mit ihren Rechtsbegehren (auch) vor Vorinstanz vollumfänglich unterlegen ist, hat ihr diese zu Recht die vollumfänglichen Gutachterkosten auferlegt. Eine Verteilung der Beweisführungskosten nach dem Ergebnis des Beweises und nicht nach dem Ergebnis der Hauptanträge – wie dies die Berufungsklägerin verlangt – ist nicht vorgesehen (und wäre auch kaum praktikabel). Es liegt auch kein Anwendungsfall von Art. 107 Abs. 1 ZPO vor, welche ausnahmsweise eine Abweichung von den Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO erlaubt.

E. 7.5

Die Vorinstanz hat die Kosten für das Gutachten zu Recht vollumfänglich der Berufungsklägerin auferlegt. Ihre diesbezügliche Rüge ist – wie alle ihre anderen Rügen – unbegründet und abzuweisen, womit ihre Berufung vollumfänglich abzuweisen ist.

24■26

E. 8.1

Abschliessend sind die Prozesskosten des Berufungsverfahrens zu verlegen. Diese bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO) und werden der

unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Nachdem die Berufung der Berufungsklägerin vollumfänglich abgewiesen wird, hat sie die Gerichtskosten zu tragen und der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung auszurichten.

E. 8.2

Die Gerichtskosten vor Obergericht als Berufungsinstanz richten sich nach dem im Verfahren vor dem Kantonsgericht massgebenden Tarif; sie werden um einen Drittel reduziert, betragen jedoch mindestens Fr. 500.– (Art. 8 Abs. 1 Ziff. 2 PKoG [NG 261.2]). In Rechtsmittelverfahren gilt in Streitsachen mit Vermögensinteressen der noch strittige Betrag als Streitwert (Art. 5 Abs. 2 PKoG). Der Streitwert beträgt Fr. 40'139.70. Die Schwierigkeit der Sache, der Umfang der Prozesshandlungen und der Zeitaufwand für die Verfahrenserledigung waren durchschnittlich, weshalb die Entscheidgebühr auf Fr. 2'000.– (inkl. Auslagen) festgesetzt wird (vgl. Art. 8 Abs. 1 Ziff. 2 PKoG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 Ziff. 4 PKoG und Art. 2 Abs. 1 PKoG). Sie wird mit dem Kostenvorschuss der Berufungsklägerin in gleicher Höhe (vgl. amtl. Bel. 2 und 5) verrechnet und ist bezahlt (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

E. 8.3

Das Gericht spricht die Parteientschädigung nach Tarifen zu (Art. 96 ZPO). Die Parteien können eine Kostennote einreichen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Die Anwaltskosten umfassen das Honorar (ordentliches Honorar und Zuschläge), die notwendigen Auslagen und die Mehrwertsteuer (Art. 31 Abs. 1 PKoG). Sie bemessen sich gegenüber der kostenpflichtigen Gegenpartei nach den Vorschriften des PKoG (Art. 31 Abs. 2 PKoG). Im Berufungsverfahren beträgt das ordentliche Honorar 20 bis 60 Prozent des für das Verfahren vor erster Instanz zulässigen Honorars, bemessen nach dem noch strittigen Betrag, mindestens jedoch Fr. 500.– (Art. 43 PKoG). In Prozessen mit einem Streitwert über Fr. 40'000.– bis Fr. 100'000.– beträgt das Honorar für das Verfahren vor erster Instanz zwischen Fr. 4'000.– bis Fr. 13'000.– (Art. 42 Abs. 1 Ziff. 5 PKoG). Somit liegt der Honorarraum im vorliegenden Berufungsverfahren zwischen Fr. 800.– bis Fr. 7'800.–. Massgebend für die Festsetzung des Honorars innerhalb der vorgesehenen Mindest- und Höchstansätze sind die Bedeutung der Sache für die Partei in

25■26 persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht, die Schwierigkeit der Sache, der Umfang und die Art der Arbeit sowie der Zeitaufwand (Art. 33 PKoG). Der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten machte mit Kostennote vom 3 April 2025 (amtl. Bel. 15) eine Parteientschädigung für das Rechtsmittelverfahren von Fr. 4'609.60 (Honorar Fr. 4'140.– [13.80 Stunden à Fr. 300.–]; Auslagen Fr. 124.20; 8.1 % Mehrwertsteuer Fr. 345.40) geltend. Das geltend gemachte Honorar liegt im anwendbaren Rahmen, ist angemessen und wird genehmigt. Die geltend gemachten Auslagen von Fr. 124.20 sind ebenfalls zu ersetzen (Art. 52 f. PKoG). Hingegen ist kein Ersatz der Mehrwertsteuer zuzusprechen. Die Berufungsbeklagte ist seit dem 1. Mai 1981 mehrwertsteuerpflichtig (MWST-Nummer CHE-105.876.572; vgl. vi-KB 3), kann deshalb die ihrem Anwalt zu bezahlende Mehrwertsteuer als Vorsteuerabzug von ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung abziehen (Art. 28 Abs. 1 lit. a MWSTG [SR 641.20]) und erleidet diesbezüglich somit keinen Schaden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_465/2016 vom 15. November 2016 E. 3). Die Berufungsklägerin hat der Berufungsbeklagten somit ausgangsgemäss eine Parteientschädigung von Fr. 4'264.20 (Honorar Fr. 4'140.–; Auslagen Fr. 124.20) zu bezahlen.

26■26 Demnach erkennt das Obergericht:

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