

# ZH\_HANDELSGERICHT HG200124 vom 10. Juli 2023

Zh Handelsgericht, 2023-07-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG200124](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG200124)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG200124 du 10 juillet 2023

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG200124 del 10 luglio 2023

## Erwägungen

### E. 1

Zuständigkeit Die Beklagte hat ihren Sitz im Kanton Zürich und die Widerklage steht mit der Hauptklage in einem sachlichen Zusammenhang. Entsprechend ist die örtliche Zuständigkeit sowohl für die Haupt- als auch die Widerklage gegeben (Art. 31 ZPO und Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO sowie Art. 9 der streitgegenständlichen Werk- verträge [act. 3/3, S. 7, und act. 3/4/1, S. 6]; Art. 14 ZPO). Der Streitwert beträgt CHF 290'000.– (Art. 94 Abs. 1 ZPO). Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts wird denn von den Parteien sowohl für die Haupt- als auch die Widerklage anerkannt (act. 1 Rz 2; act. 16 Rz 2; act. 26 Rz 2).

- 9 -

### E. 1.1

Vertragsqualifikation/anwendbares Recht Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (Art. 363 OR). Die Klägerin wurde von der Beklagten damit betraut, für das Bauprojekt auf deren Grundstück zum einen Kunststofffenster zu beschaffen und in den zu erstellenden Wohnungen einzubauen und zum anderen Fenster aus Holz sowie Metall herzu- stellen und im Treppenhaus der Liegenschaft zu montieren. Die entsprechenden Verträge "Kunststoff" und "Holz/Metall" sind als Werkverträge im Sinne von Art. 363 ff. OR zu qualifizieren. Sie wurden denn von den Parteien auch ausdrück- lich so benannt (act. 3/3/1; act. 3/4/1). Damit ist die Klägerin verpflichtet, die in den Werkverträgen definierten Leistungen zu erbringen und die Beklagte hat der Klägerin hierfür den vereinbarten Werklohn zu bezahlen (Art. 363 Abs. 1 OR).

- 15 - Für beide Verträge wurden - was unbestritten ist - die Bestimmungen der SIA- Norm 118 "Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten" für anwendbar erklärt (act. 1 Rz 10; act. 16 Rz 46; act. 3/3 und act. 3/4/1, je Art. 1 Ziff. 5a). Mangels anderer Abrede kommen die Bestimmungen der aktuellen Ausgabe 2013 zur Anwendung (Gauch, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, N 284).

### E. 1.2

Werklohnforderungen Die Klägerin fordert noch offene Werklohnforderungen aus den Verträgen von CHF 113'900.– (Werkvertrag Kunststoff) und CHF 53'000.– (Werkvertrag Holz/Metall; act. 1 Rz 14). Die Beklagte bestreitet die behaupteten Ansprüche an sich nicht. Indes führt sie an, ihr seien zufolge mangelhafter und verzögerter Werkausführungen sowie der Verletzung von Abmahnungs- und Aufklärungs- pflichten Kosten aus Ersatzvornahmen entstanden und würden Schadenersatz- ansprüche (Mietzinsausfall, Verzögerungsschaden, Mehrkosten "Zinsen Baukre- dit", eigene Aufwendungen, Aufwendungen

Rechtsvertretung) zustehen, welche die Klägerin zu ersetzen habe. Diese Kosten von insgesamt CHF 410'169.56 (CHF 358'123.22 zuzüglich CHF 52'046.34 [Verzugszinsen bis 4. Juli 2022]) sind gemäss der Beklagten "im Sinne einer Minderung zu berücksichtigen respektive von der Forderung der Klägerin in Abzug zu bringen", womit die Beklagte die Forderungen (sinngemäss) im Umfang der klägerischen Werklohnforderungen zur Verrechnung bringt (vgl. act. 16 Rz 65 f., 140 und 161 f.; act. 50 Rz 394 und 458 f.). So bleibt denn auch, wenn der Besteller vom Recht auf Ersatzvornahme im Sinne von Art. 366 Abs. 2 OR Gebrauch macht und die "Fortführung" des Werkes (Werkvollendung einschliesslich der Mängelbeseitigung) einem Zweitunternehmer übertragen wird, wovon vorliegend auszugehen ist (vgl. nachfolgend E.II.A.2.1.2.1. und 2.1.3.1.; BK-Koller, Art. 366 OR N 495), die vertragliche Vergütungspflicht gegenüber dem Unternehmer im gleichen Umfang fortbestehen, wie wenn das Werk durch den Unternehmer verbessert oder fortgeführt würde. Umgekehrt erhält der Besteller aber gegenüber dem Unternehmer einen Anspruch auf Kostenersatz (BGE 126 III 230 E. 7a/aa; 141 III 257 E. 3.3), wobei dieser Anspruch allfällige Schadenersatzansprüche des Bestellers, die daneben bestehen können, nicht ausschliesst (Gauch, a.a.O., N 871). Damit sind die behaupteten

- 16 - noch offenen Werklohnforderungen ausgewiesen. Die Klägerin hat gegenüber der Beklagten grundsätzlich, mithin soweit keine Verrechnungsforderungen bestehen (vgl. nachfolgend E. II.A.2.), einen Anspruch aus den beiden Werkverträgen von total CHF 166'900.- (CHF 113'900.- + CHF 53'000.-).

### **E. 1.3**

Verzögerungsschaden/Mehrleistungen

#### **E. 1.3.1**

Sachverhalt/Parteistandpunkte Die Klägerin fordert den Werkvertrag Kunststoff betreffend "Verzögerungsschaden/Mehrleistungen" von CHF 12'277.80 (CHF 11'400.- exklusive Mehrwertsteuer; act. 1 Rz 14 und 36). Sie machte in der Klagebegründung geltend, die Beklagte habe, als sie anfangs September 2018 die optischen Konsequenzen der räumlichen Anordnung der Stahlstützen und Hebeschiebetüren realisiert habe, einen sofortigen Montagestopp verordnet (act. 1 Rz 32). Aufgrund dieses kurzfristigen und mit sofortiger Wirkung verfügbaren Baustopps habe sie die von ihr für die Montage der (Kunststoff-)Fenster und Hebeschiebetüren eingeplanten vier Monteure nicht einsetzen können und für vier Arbeitstage nach Hause schicken müssen. Den von ihr erlittenen und von der Beklagten zu verantwortenden "Arbeitsausfall" bezifferte die Klägerin bei einem Stundenansatz von CHF 95.- und einem Arbeitstag von 7.50 Stunden mit CHF 11'400.- exklusive Mehrwertsteuer (act. 1 Rz 36). Die Beklagte bestritt in der Klageantwort die Ausführungen der Klägerin. Sie berief sich insbesondere darauf, dass abgesehen für die grossen Schiebefenster in Richtung I.\_\_\_\_-strasse (recte: wohl F.\_\_\_\_-strasse) kein Baustopp vorgelegen habe, vielmehr hätte die Klägerin problemlos weiterarbeiten können (act. 16 Rz 16, 50, 100 und 123). In der Replik berief sich die Klägerin dann darauf, ihr sei verboten worden, während der Versetzung der Stahlstützen weitere Fenster in "Richtung I.\_\_\_\_-strasse" zu montieren (act. 43 Rz 26).

#### **E. 1.3.2**

Rechtliches Nach der SIA-Norm 118 kann im Einzelfall die Durchsetzung einer einseitigen Anordnung durch den Bauherrn einen Verstoß gegen dessen Mitwirkungsobligationen darstellen. So ist es dem Bauherrn nicht bedingungslos gestattet, dem

- 17 - Unternehmer den zu bearbeitenden Baugrund nach Beginn der Arbeiten wieder zu entziehen oder ihm Weisungen über den Bauvorgang oder die Reihenfolge der Arbeiten zu erteilen. Geschieht solches ohne sachlichen Grund, gerät der Bauherr vielmehr in Gläubiger- bzw. Annahmeverzug. Das Verhalten löst die in Art. 94 Abs. 2 SIA-Norm 118 umschriebenen Rechtsfolgen aus. Zudem kommt auch beim Fest- bzw. Pauschalpreisunternehmer ein Anspruch auf Mehrvergütung in Betracht, sofern dem Unternehmer ein Mehraufwand entstanden ist (vgl. BGer 4A\_507/2015 vom 19.02.2016, E. 3.4, und Gauch, a.a.O., N 1337 f.). Im Streitfall trägt der Unternehmer, der einen Mehrvergütungsanspruch geltend macht, die Beweislast für die tatsächlichen Anspruchsgrundlagen. Dabei gelten die zivilprozessualen Anforderungen an die Behauptungs- und Substanziierungs- last uneingeschränkt. Namentlich lassen es selbst allfällige Beweisschwierigkeiten nicht zu, dass der Unternehmer ohne nähere Anhaltspunkte Mehrforderungen in irgendeiner Höhe stellt. Anrechnen lassen muss sich der Unternehmer im Rahmen der Bemessung der Mehrvergütung insbesondere alle Einsparungen, die er beispielsweise durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft bewirken kann (vgl. Gauch, a.a.O., N 1337 und 1339).

### **E. 1.3.3**

Würdigung Nachdem die pauschalen Behauptungen von vier Arbeitstagen für vier Arbeiter à 7.50 Stunden bestritten wurden, hat die behauptungs- und beweispflichtige Klägerin es unterlassen, in der Replik konkret darzulegen, weshalb die Monteure für vier Arbeitstage nach Hause geschickt werden mussten; dies namentlich, wenn ihr gemäss eigener Sachdarstellung lediglich verboten worden war, die Fenster "Richtung I. \_\_\_\_\_strasse" einzubauen. Die Klägerin legt nicht dar, weshalb es ihr nicht möglich und zumutbar gewesen sein soll, durch Umdisponierung der auf der aktuellen Baustelle noch anstehenden Arbeiten oder allenfalls der Verlegung der Monteure auf eine andere Baustelle den von ihr geltend gemachten mehrtägigen Arbeitsausfall ganz oder teilweise zu vermeiden. Damit fehlt es mit Bezug auf die behaupteten Mehrleistungen an rechtsgenügenden Tatsachenbehauptungen. Der

- 18 - geltend gemachte Anspruch auf "Verzögerungsschaden/Mehrleistungen" ist ohne Weiterungen abzuweisen.

### **E. 1.4**

Verzugszinsen

#### **E. 1.4.1**

Sachverhalt/Parteistandpunkte Die Klägerin hat der Beklagten am 13. Juni 2018 im Werkvertrag Kunststoff eine Akontorechnung (je inkl. Mehrwertsteuer) über CHF 56'100.– (act. 3/12), am 13. September 2018 im Werkvertrag Holz/Metall über CHF 17'490.– (act. 3/13) und am 1. Oktober 2019 wiederum im Werkvertrag Kunststoff über CHF 56'099.95 gestellt (act. 3/14). Die Schlussabrechnungen im Werkvertrag Kunststoff über CHF 70'077.80 (act. 3/16/1) und im Werkvertrag Holz/Metall über CHF 35'510.– (act. 3/16/2) datieren vom 8. Januar 2019 (act. 1 Rz 14; act. 16 Rz 65 ff.). Die Rechnung über CHF 56'100.– wurde bezahlt (act. 1 Rz 14; act. 16 Rz 65). Weitere Zahlungen hat die Beklagte nicht geleistet. Die Klägerin macht geltend, gemäss Art. 6 der beiden Werkverträge hätten Akontozahlungen bis zum Betrag von 90 % der geleisteten Arbeiten „nach SIA 118“ erbracht werden sollen. Die Zahlungsfrist für die Akontorechnungen betrage 30 Tage sowie für die Schlussabrechnungen 60 Tage (act. 1 Rz 10 und 41). Die restlichen 10 % der

Netto-Abrechnungssumme von CHF 22'300.– ("Kunststoff" CHF 17'000.– und "Holz/Metall" CHF 5'300.–) hätten innert 60 Tagen nach der Organisation der zugehörigen Garantiescheine vom 4. Dezember 2019 bezahlt werden müssen (act. 1 Rz 10). Entsprechend verlangt die Klägerin einen Verzugszins von 5 % gemäss Art. 102 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 104 Abs. 1 OR auf CHF 17'490.– ab dem 14. Oktober 2018, auf CHF 56'099.95 ab dem 1. November 2018, auf CHF 83'287.80 (CHF 35'510.– + CHF 70'077.80 ./ 10 % auf CHF 223'000.–) ab dem 7. Februar 2019 und auf CHF 22'300.– ab dem 11. April 2020 (act. 1 S. 2, Rechtsbegehren 1, und Rz 41). Die Klägerin macht geltend, ihre Arbeiten aus den beiden Werkverträgen am 18. Dezember 2018 beendet zu haben, worauf am 8. Januar 2019 die Abnahme der Werke erfolgt sei. Gleichentags habe sie die beiden Schlussabrechnungen für die aus den beiden Werkverträgen erbrachten und noch nicht abgerechneten Leistungen im Restumfang von CHF

- 19 - 105'587.80 inklusive Mehrwertsteuer (CHF 70'077.80 "Holz/Metall" + CHF 35'510.– "Kunststoff") sowie die darin zusätzlich ausgewiesenen, bereits zuvor als Akontorechnungen verschickten, jedoch noch nicht bezahlten Rechnungsbeträge von CHF 17'490.– "Holz/Metall" und CHF 56'099.95 "Kunststoff", verschickt (act. 43 Rz 145 ff.). Die Beklagte bestreitet einen Anspruch der Klägerin auf Bezahlung von Akontorechnungen und auf Verzugszinsen (act. 16 Rz 157). Sie anerkennt zwar, dass die SIA-Norm 118 für anwendbar erklärt wurde (act. 16 Rz 46), beruft sich jedoch darauf, die Akontozahlungen seien nicht vorbehaltlos vorgesehen gewesen, sondern lediglich "nach erbrachter Leistung". Solange die Leistungen mangelhaft seien, würden sie nicht als erbracht gelten (act. 16 Rz 47; act. 50 Rz 255). Sodann sei unter Art. 6 des Werkvertrags die Höhe der einzelnen Akontozahlungen nicht vereinbart worden. Vielmehr sei ausdrücklich festgehalten worden, dass beim Nichtausfüllen des Zahlungsplans durch den Unternehmer die Bauleitung über die Höhe der Anzahlungen entscheiden könne (act. 50 Rz 256). Gemäss der Beklagten fand denn nie eine Abnahme der Werke statt (act. 50 Rz 428 ff.).

## **E. 1.4.2**

Rechtliches

### **E. 1.4.2.1**

Vorbehältlich anderer Abreden hat der Besteller die Vergütung bei der Ablieferung des Werkes zu bezahlen (Art. 372 Abs. 1 OR). Die SIA-Norm 118 sieht bei Einheitspreisverträgen grundsätzlich einen Anspruch des Unternehmers auf monatliche Abschlagszahlungen vor (Art. 144 Abs. 1). In Gesamtpreisverträgen, worunter die Verträge mit einer Pauschalpreisabrede fallen (vgl. Art. 42 Abs. 2 SIA-Norm 118), sind die Abschlagszahlungen durch einen Teilzahlungsplan im Werkvertrag besonders zu regeln (Art. 147 SIA-Norm 118). Die SIA-Norm 118 selbst räumt dem Unternehmer bei Gesamtpreisverträgen somit keinen Anspruch auf Abschlagszahlungen ein. Vielmehr muss der Anspruch selbst als auch dessen Umfang und Höhe im Werkvertrag vereinbart werden (Schumacher/Monn, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 147 N 4.2; Spiess/Huser, Handkommentar Norm SIA 118, Art. 147 N 5). Unter dem "Teilzahlungsplan" ist die von den Parteien vereinbarte Zahlungsordnung für die vorgesehenen Zahlungen zu verstehen (Schumacher/Monn, a.a.O., Art. 147 N 3.1). So sind in einer allfälligen Vereinba-

- 20 - rung nicht nur das Prinzip (der Anspruch des Unternehmers), sondern auch die Modalitäten der Zahlungen zu regeln. Das gilt auch für die Frage, ob die vereinbarten Zahlungen zeitabhängig sind, indem der Besteller sie einfach zu festen Zahlungsterminen

leisten muss (z.B. bei Vertragsabschluss), oder ob sie im Sinne von Abschlagszahlungen "nach Massgabe bereits erbrachter Leistungen", etwa nach Beendigung der Montage oder bei Lieferung auf die Baustelle anfallen sollen. Im letzteren Fall bedarf es auch einer Vereinbarung darüber, wie die Zahlungspflicht vom Leistungswert der Gesamtpreisposition abhängig sein soll (Schumacher/Monn, a.a.O., Art. 147 N 4.2.). Die Fälligkeit der einzelnen Zahlungen bestimmt sich nach dem "Teilzahlungsplan" (Schumacher/Monn, a.a.O., Art. 147 N 3.1). Fehlt eine entsprechende Vereinbarung, ist Art. 148 SIA-Norm 118 analog anzuwenden (Spiess/Huser, a.a.O., Art. 147 N 5). Nach dieser Norm werden die Abschlagszahlungen fällig, sobald das ordnungsgemäss abgefasste Zahlungsbegehren bei der Bauleitung eingeht. Der Bauherr leistet fällige Zahlungen innerhalb von 30 Tagen, sofern nicht in der Vertragsurkunde eine andere Zahlungsfrist vereinbart ist. Nach Ablauf dieser Frist kann ihn der Unternehmer in Verzug setzen (Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118). Der Ausdruck "Teilzahlungsplan" ist insofern ungenau, als Teilzahlungen nach gängigem Verständnis endgültiger Natur sind, also nicht auf Anrechnung an den umfangmässig erst später zu ermittelnden (gesamten) Vergütungsanspruch des Unternehmers erfolgen. Diese Terminologie schliesst indes nicht aus, dass der Besteller die im Zahlungsplan vorgesehenen Beträge im Sinne von Akontozahlungen, das heisst "unter Vorbehalt einer definitiven Abrechnung" schuldet (Schumacher/Monn, a.a.O., Art. 147 N 4.2). Akontozahlungen kann der Unternehmer unabhängig davon fordern, ob er seine Leistung vertragsgemäss erbringt, insbesondere das Werk mängelfrei erstellt (Schumacher/Monn, a.a.O., Vorbem. Art. 144 N 1). Der Sicherung der Ansprüche des Bauherrn aus allfälligen Mängeln wie auch der Vertragserfüllung überhaupt dient für die Zeit bis zur Abnahme des Werkes der Anspruch auf den Rückbehalt nach Art. 149-152 und für die Zeit danach die Sicherheitsleistung nach Art. 181 oder 182 SIA-Norm 118. Das Recht des Bauherrn auf Rückbehalt und auf allfällige Sicherheiten ist in Gesamtpreisverträgen ebenso wie die Abschlagszahlungen bzw. Akontozahlungen besonders zu regeln (Art. 151 SIA-Norm 118).

#### **E. 1.4.2.2**

Die Schlussabrechnung reicht der Unternehmer spätestens zwei Monate nach der Abnahme der Bauleitung ein (Art. 154 Abs. 1 SIA-Norm 118). Die Bauleitung prüft die Schlussabrechnung innert Monatsfrist (Art. 154 Abs. 2 SIA-Norm 118). Mit dem Prüfungsbescheid der Bauleitung wird die durch die Schlussabrechnung ermittelte Forderung des Unternehmers fällig (Art. 155 Abs. 1 SIA-Norm 118). Ist die Bauleitung säumig, kann ihr der Unternehmer eine Nachfrist von einem Monat setzen, mit der Wirkung, dass nach Ablauf der Nachfrist die Schlussabrechnung auch ohne Prüfungsbescheid der Bauleitung fällig wird (Art. 155 Abs. 2 SIA-Norm 118). Die Fälligkeit der Schlussabrechnung ist an die zusätzliche (ungeschriebene) Voraussetzung der Abnahme des Werkes geknüpft (Spiess/Huser, a.a.O., Art. 155 N 10). Damit beginnt die Prüfungsfrist der Bauleitung erst mit der Abnahme zu laufen (Spiess/Huser, a.a.O., Art. 154 N 4). Fällig werden auch solche Beträge, die nach dem Prüfungsbescheid noch bestritten sind, sofern sie sich nachträglich als geschuldet erweisen sollten. Vorbehalten bleibt die Bestimmung des Art. 152 für denjenigen Teil der Forderung, der den Rückbehalt des Bauherrn ausmacht (Art. 155 Abs. 1 SIA-Norm 118). Der rückbehaltene Betrag wird zur Zahlung fällig, wenn das Werk abgenommen ist, die Schlussabrechnung übergeben und die Prüfungsfrist abgelaufen ist und die Sicherheit nach Art. 181 SIA-Norm 118 geleistet ist (Art. 152 Abs. 1 SIA-Norm 118). Die Sicherheit besteht in der Solidarbürgschaft einer

namhaften Bank, Versicherungsgesellschaft oder mit Zustimmung des Bauherrn auch einer gewerblichen Organisation (Art. 181 Abs. 1 SIA-Norm 118). Der Haftungsbetrag des Bürgen bemisst sich nach der Totalsumme der vom Bauherrn für das gesamte Werk zu leistenden Vergütungen jeder Art. Er beläuft sich auf 10 % dieser Summe (Art. 181 Abs. 2 SIA-Norm 118). Bis zur Fälligkeit ist der Rückbehalt nicht zu verzinsen (Art. 152 Abs. 3 SIA-Norm 118). Die Schlussabrechnung ist gemäss SIA-Norm 118, sofern im Werkvertrag nicht etwas anderes geregelt wurde, innert 30 Tagen nach dem Prüfungsbescheid der Bauleitung zu bezahlen (Art. 190 SIA-Norm 118).

- 22 -

### **E. 1.4.3**

Würdigung

#### **E. 1.4.3.1**

Die Parteien haben einen Pauschalpreis vereinbart. Akontozahlungen waren demnach in den Werkverträgen zu regeln. Die Parteien hielten diesbezüglich in beiden Werkverträgen unter Ziffer 6 (Zahlungsbedingungen) im Wesentlichen fest, dass Akontozahlungen bis zu 90 % der geleisteten Arbeit nach SIA 118 "gemäss separatem Zahlungsplan oder der nachfolgenden Aufstellung" zu leisten seien, wobei der in den Werkverträgen angeführte Zahlungsplan vom Unternehmer auszufüllen war. Im Werkvertrag "Holz/Metall" wurde sodann explizit festgehalten, dass bei Nichtausfüllen des Zahlungsplans die Bauleitung über die Höhe der Akontozahlungen entscheiden könne. Die Zahlungspläne wurden in beiden Verträgen nicht ausgefüllt (vgl. act. 3/3 S. 4 und act. 3/4/1 S. 3 f.). Unbestritten ist zwischen den Parteien, dass Akontozahlungen vereinbart wurden (act. 1 Rz 10 und 41; act. 16 Rz 47; act. 50 Rz 255). Der Einwand der Beklagten, dass die Leistungen als nicht erbracht gelten würden, solange sie mangelhaft seien, ist daher nicht zu hören, weil die Klägerin die Akontozahlungen unabhängig davon fordern kann, ob sie ihre Leistung mängelfrei erbracht hat oder nicht. Der Beklagten steht diesfalls auch kein Rückbehaltungsrecht im Sinne von Art. 82 OR zu (vgl. act. 50 Rz 257). Einig gehen die Parteien sodann darüber, dass sie Akontozahlungen "nach erbrachter Leistung" bis zu "90 % der geleisteten Arbeiten nach SIA 118" vereinbart haben. Hingegen haben es die Parteien unterlassen, die weiteren Zahlungsmodalitäten zu regeln. So fehlt eine Abmachung darüber, nach welchen erbrachten Leistungen wieviel vom Gesamtpreis akonto bezahlt werden muss. Die Werkverträge enthalten, da die Zahlungspläne nicht ausgefüllt wurden, keine diesbezüglichen Abreden und die Klägerin stellt auch keine Behauptungen dazu auf, dass die Parteien diesbezüglich etwas vereinbart hätten. Mangels Behauptungen der Klägerin darüber, was für Leistungen sie im Zeitpunkt, als sie die Akontozahlungen stellte, bereits erbracht hatte, kann hierfür auch nicht (in analoger Anwendung) auf Art. 145 SIA-Norm 118 abgestellt werden. Eine Prüfung, ob dies überhaupt zulässig wäre, kann unterbleiben. Aus dem Gesagten erhellt, dass der Klägerin kein Anspruch auf Verzugszinsen auf CHF 17'490.– ab dem 14. Oktober 2018 und auf CHF 56'099.95 ab dem 1. November 2018 zusteht.

- 23 - 1.4.3.2.1. Die Rechnungen über die noch nicht abgerechneten Leistungen aus den beiden Werkverträgen im Restumfang von CHF 105'587.80 inklusive Mehrwertsteuer (CHF 70'077.80 "Holz/Metall" + CHF 35'510.– "Kunststoff") sowie die darin zusätzlich ausgewiesenen, bereits zuvor als Akontorechnungen verschickten, jedoch noch nicht bezahlten Rechnungsbeträge von CHF 17'490.– "Holz/Metall" und CHF 56'099.95 "

Kunststoff", datieren vom 8. Januar 2019 (act. 3/16/1 und 3/16/2). Dabei handelte es sich um die Schlussabrechnungen gemäss Art. 154 SIA-Norm 118 (vgl. act. 43 Rz 47). Die Beklagte hat den Empfang der Rechnungen nicht bestritten. Umstritten ist hingegen der Zeitpunkt der Abnahme der Werke aus den Werkverträgen Holz/Metall und Kunststoff. 1.4.3.2.2.1. Die Klägerin macht geltend, die Abnahme (beider Werke) habe am

#### **E. 1.4.3.3**

Den Rückbehalt betreffend macht die Klägerin geltend, sie habe die von ihr am 4. Dezember 2019 unterzeichnete "Anmeldung Baugarantie aus Prämien- depot" der Beklagten zukommen lassen. Sie sei so vorgegangen, weil die Beklagte die Garantie, da deren Beginn (9. Januar 2019) mehr als sechs Monate zurückgelegen habe, zusätzlich als Garantieempfängerin habe unterzeichnen müssen. Die Beklagte habe in der Anmeldung einseitige Korrekturen vorgenommen und diese erst am 10. Februar 2020 unterzeichnet. In der Folge habe die Beklagte

- 27 - die Anmeldung jedoch nicht - wie von ihr, der Klägerin, angezeigt - an die Haftpflichtversichererin Mobiliar weitergeleitet. Es habe der Beklagten daher aufgrund ihrer eigenen Versäumnisse bislang kein Garantieschein ausgestellt werden können (act. 1 Rz 12). Die Beklagte bestreitet das Unterlassen der Weiterleitung nicht (act. 16 Rz 49 ff.). Damit hat die Beklagte die Ausstellung der Garantie über die Summe von CHF 23'527.75 (act. 3/9/1) eigenmächtig verhindert. Entsprechend war der Rückbehalt ebenfalls am 10. Februar 2020 zur Zahlung fällig (vgl. Art. 152 Abs. 1 SIA-Norm 118). Die geforderten Verzugszinsen ab dem 11. April 2020 auf CHF 22'300.- sind ausgewiesen.

#### **E. 1.4.3.4**

Die Höhe des von der Klägerin geltend gemachten Zinssatzes von 5 % wurde von der Beklagten nicht konkret bestritten (act. 1 Rz 41; act. 16 Rz 157), weshalb davon auszugehen ist.

#### **E. 1.5**

Fazit Die Klägerin hat gegen die Beklagte - vorbehaltlich der Verrechnung mit den behaupteten Gegenforderungen (vgl. nachfolgend E. II.A.2.) - einen Anspruch aus Werklohn im Umfang von CHF 166'900.- (CHF 113'900.- + CHF 53'000.-) nebst Zins von 5 % auf CHF 144'600.- ab dem 10. Februar 2020 und CHF 22'300.- ab dem 11. April 2020. 2. Gegenforderungen Beklagte

#### **E. 1.10**

insbesondere auf die zu verwendeten Materialien (Verglasungsart etc.). Diese Tatsachen finden sich in der Auftragsbestätigung der Klägerin vom 18. Juli 2018, welche ebenfalls Bestandteil des Werkvertrages wurde (act. 3/3/2; act. 3/18/1+7). Entgegen den Ausführungen der Beklagten kann entsprechend nicht davon ausgegangen werden, dass die korrigierten Ausführungspläne des Architekten in den betroffenen "Streitpunkten" ausführlicher seien als die Pläne vom 17. Juli 2018 (act. 50 Rz 218; act. 17/5). Zutreffend ist, dass im Werkvertrag als Bestandteil unter Ziffer 1.4. "Pläne" auch "9 Stk. Pläne A.\_\_\_\_\_ vom 11.06.2018" angeführt werden. Diese Pläne waren jedoch selbst nach der Sachdarstellung der Beklagten im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Werkvertrags nicht mehr aktuell (vgl. act. 16 Rz 41 f.). Bei dieser Sachlage ist gestützt auf das Vertrauensprinzip davon auszugehen, dass die Parteien die Ausführungspläne vom 17. Juli 2018 als verbindlich vereinbart haben. Die Klägerin durfte nach Treu und Glauben davon

ausgehen, dass die in der Auftragsbestätigung als definitiv bezeichneten Pläne vom 17. Juli 2018 massgebend waren. Die von den Parteien in diesem Zusammenhang offerierten Zeugen- und Parteibefragungen von J.\_\_\_\_ und O.\_\_\_\_, M.\_\_\_\_, N.\_\_\_\_, A.\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_ (act. 1 Rz 17; act 43 Rz 42; act. 50 Rz 212 und 247) können unterbleiben. Aufgrund der Nähe der Personen entweder zur Klägerin oder zur Beklagten könnte zum Nachweis der massgebenden Pläne nicht entscheidend auf ihre Aussagen abgestellt werden. Zumal L.\_\_\_\_ und O.\_\_\_\_ an der Sitzung vom 15. Juli 2018 nachweislich nicht teilnahmen und auch nicht behauptet wird, sie seien bei der Unterzeichnung der Pläne anwesend gewesen. Unbestritten ist, dass die Masse der von Klägerin gelieferten Fenster den Plänen vom 17. Juli 2018 entsprachen. Die Klägerin hat vertragsgemässe Fenster hergestellt und mit der Montage begonnen. Folglich liess sich während der Werk-

- 37 - ausführung keine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung des Werkes bestimmt voraussehen bzw. eine solche lag entgegen den Behauptungen der Beklagten nicht vor. 2.1.3.1.1.2. Zu grosse Spaltmasse Weiter beruft sich die Beklagte darauf, die Spaltmasse von den gelieferten Fenstern zu den Wänden seien "massiv zu gross" gewesen (act. 50 Rz 240 f.). Hingegen führt die Beklagte selbst an, diese behaupteten Mängel nicht moniert zu haben (act. 50 Rz 240 f.). Damit fehlt es mit Bezug auf diese behauptete Vertragsabweichung an einer Fristansetzung der Beklagten an die Klägerin zur Abhilfe mit der Androhung, wonach im Unterlassungsfall die Verbesserung oder die Fortführung des Werkes auf Gefahr und Kosten des Unternehmers einem Dritten übertragen werde (Art. 366 Abs. 2 OR). 2.1.3.1.2. Kosten Ersatzvornahme 2.1.3.1.2.1. Parteistandpunkte Die Beklagte machte in der Klageantwort geltend, die Ersatzvornahme habe CHF 37'382.65 gekostet (act. 16 Rz 57 und 76). Als Beweismittel offerierte sie die "Rechnung K.\_\_\_\_ AG vom 20. Dezember 2018" (act. 3/36/4), die "definitive[n] Rechnungen K.\_\_\_\_ AG 1 bis 3 inkl. Zahlungsnachweise" (act. 17/12) und die Parteibefragung der Beklagten (J.\_\_\_\_ und O.\_\_\_\_). Weiter listete die Beklagte in der Schadensübersicht unter Ziffer 2 "Holz/Metall-Fenster" was folgt auf: K.\_\_\_\_ vom 20. Dezember 2018, Akontozahlung CHF 31'000.-, Rechnung 1 vom 1. November 2019 CHF 2'544.80 und Schlussabrechnung vom 1. November 2019 CHF 3'837.85 (act. 16 Rz 125). Die Klägerin bestritt die ihres Erachtens "unsubstanziert" bzw. "pauschal" geltend gemachten Kosten, insbesondere "punkto Bestand, Notwendigkeit, Wirksamkeit und Angemessenheit" der dafür von der K.\_\_\_\_ AG erbrachten Leistungen (act. 43 Rz 66, 83 und 120). In der Duplik führte die Beklagte an, es sei nicht nachvollziehbar, inwieweit die Rechnung der K.\_\_\_\_ AG nicht korrekt sein solle. So seien beispielsweise keine zusätzlichen Fenster eingebaut worden, sondern lediglich die geplanten und von der Klägerin nicht korrekt erstellten und montierten Fenster hergestellt und eingebaut worden.

- 38 - Im Übrigen hätte sie eine überrissene Rechnung nicht bezahlt (act. 50 Rz 281). Sie habe die einzelnen Schadenspositionen nachvollziehbar aufgeführt und mit entsprechenden Belegen versehen (act. 50 Rz 392). Sie wiederholt die Auflistung in der Schadensübersicht gemäss der Klagebegründung unter Neuberechnung der Verzugszinsen (act. 50 Rz 394). 2.1.3.1.2.2. Rechtliches Die Behauptungs- und Beweislast für den Umfang der Kosten für die Ersatzvornahme obliegt - wie bereits dargelegt (vgl. vorne E. II.A.2.1.2.1.) - der Beklagten. Sie hat die angefallenen Kosten rechtsgenügend zu behaupten, wobei der Detaillierungsgrad vom Bestreitungsverhalten der Gegenpartei abhängt (vgl. hierzu vorne E. I.5.1.). So kann vorerst für die angefallenen Kosten ein Pauschalbetrag geltend gemacht werden. Wird dieser Betrag jedoch von der Gegenseite bestritten, obliegt es der

behauptungsbelasteten Partei, damit vorliegend der Beklagten, detailliert darzulegen, welche Arbeiten geleistet und ein wie hoher Stundenansatz hierfür verrechnet wurde. Es muss dargelegt werden, was für Materialien (Werkstoffe, Equipment etc.) geliefert und benutzt wurden und wieviel dafür fakturiert wurde. Weitere Auslagen wie Fahrkosten etc. sind ebenfalls anzuführen. Nur so können der Umfang, die Notwendigkeit sowie die Angemessenheit der behaupteten Kosten überprüft werden. Die Behauptungen und die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen müssen gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO in der Klage enthalten sei. Zweck dieses Erfordernisses ist, dass einerseits das Gericht erkennen kann, auf welche Tatsachen sich die Klägerin (bzw. die Beklagte hinsichtlich einer Gegenforderung) stützt und womit sie diese beweisen will, und dass andererseits die Gegenpartei weiss, gegen welche konkreten Behauptungen sie sich verteidigen muss (Art. 222 ZPO; BGE 144 III 54 E. 4.1.3.3; BGer 4A\_377/2021 vom 29.06.2022, E. 3.2 m.H.). Der Behauptungs- und Substanziierungslast ist somit grundsätzlich in den Rechtsschriften nachzukommen. Der pauschale Verweis auf Beilagen genügt in der Regel nicht (BGE 147 III 440 E. 5.3). Es ist weder am Gericht noch an der Gegenpartei, die Sachdarstellung aus den Beilagen zusammenzusuchen und danach zu forschen, ob sich aus den Beilagen

- 39 - etwas zu Gunsten der behauptungsbelasteten Partei ableiten lässt. Das bedeutet aber nicht, dass es nicht ausnahmsweise zulässig sein kann, seinen Behauptungs- bzw. Substanziierungsobligationen durch Verweis auf eine Beilage nachzukommen, namentlich etwa für Abrechnungen oder Kontoaufstellungen. Gemäss gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichts ist, wenn Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen in einer Rechtsschrift behauptet werden und für Einzelheiten auf eine Beilage verwiesen wird, 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 und vollständig enthalten sind oder aber daraus zusammengesucht werden müssten. Es genügt somit 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 Parteibehauptung gelten sollen. Ein problemloser Zugriff ist gewährleistet, 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 (BGer 5A\_822/2022 vom 14.03.2023, E. 6.3.2.2 m.H. auf BGE 144 III 519 E. 5.2.1.2 und BGer 4A\_415/2021 vom 18.03.2022, E. 5.4 m.H.). Behauptet demnach die Klägerin in ihren Rechtsschriften einen geschuldeten Betrag und verweist dafür rechtsgenügend auf eine beiliegende Rechnung oder eine detaillierte Abrechnung, kann von der Beklagten verlangt werden, dass sie präzise die Positionen der Rechnung oder die Punkte der Abrechnung bezeichnet, die sie bestreitet. Andernfalls die Rechnung oder die Abrechnung als nicht hinreichend bestritten und damit als anerkannt gilt (vgl. BGE 144 III 519 E. 5.2.2.3; BGer 4A\_415/2022 vom 18.03.2022, E. 5.3). An dieser bundesgerichtlichen Praxis hat der von der Beklagten angeru-

- 40 - fene Entscheid 4A\_412/2019 vom 27.04.2020, Erwägung 7.4.2.2., nichts geändert (act. 50 Rz 343). 2.1.3.1.2.3. Würdigung Die Beklagte behauptete in der Klageantwort die Ersatzvornahme habe total CHF 37'382.65 gekostet, ohne jedoch auszuführen, wofür (Arbeiten und Materialien) sie die Summe bezahlt hat (act. 16 Rz 57, 76 und 125). Ausführungen hierzu machte die Beklagte auch in der Duplik nicht, nachdem die Klägerin in der Replik die pauschal geltend gemachten Kosten bestritten hatte (act. 43 Rz 66, 83 und 120). Vielmehr begnügte sich die Beklagte mit der Ausführung, dass nicht nachvollziehbar sei, inwieweit die Rechnung der K.\_\_\_\_\_ AG nicht korrekt sein solle. Es seien beispielsweise keine zusätzlichen Fenster eingebaut worden, sondern lediglich die geplanten und von der Klägerin nicht korrekt erstellten und montierten Fenster hergestellt und eingebaut worden und im Übrigen hätte sie eine über-rissene Rechnung nicht bezahlt (act. 50 Rz 281). Damit hat es die Beklagte jedoch schon unterlassen, die rechtserheblichen Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen in den Rechtsschriften zu behaupten. Werden die Behauptungen noch als rechtsgenügend angesehen, fehlt es im Weiteren an einem klaren Verweis auf eine Beilage für die Einzelheiten. In der Klagebegründung wurden zwar die Rechnungen aufgelistet, doch fehlt ein Hinweis darauf, dass betreffend der konkret geleisteten Arbeiten und gelieferten bzw. verwendeten Materialien auf diese Rechnungen verwiesen wird (vgl. act. 16 Rz 125 sowie Rz 57 und 76, wo die Rechnungen nur als Beweismittel offeriert werden). Ein dahingehender klarer Verweis kann auch den Ausführungen der Beklagten in der Duplik nicht entnommen werden (vgl. act. 50 Rz 281). Sodann ist nicht klar, auf welche "Rechnung" sich die Ausführungen beziehen sollen. Selbst wenn man somit noch von einem rechtsgenügenden Verweis ausgehen würde, sind die Beilagen der Beklagten bzw. die bezeichneten Beweismittel nicht selbsterklärend. So lautet die von der Beklagten als Rechnung bezeichnete "Auftragsbestätigung Nr. A18-1847-2" für die Treppenhausfenster vom 20. Dezember 2018 über einen Betrag von CHF 36'394.75 (inkl. Mehrwertsteuer; act. 3/36/4). Die Rechnung Nr. R18-1847-2 vom 1. November 2019 beträgt hingegen CHF 34'837.85 (act. 17/12). Die Beklag-

- 41 - te erläutert nicht, woher die Differenz rührt. Mutmassungen hierüber sind weder vom Gericht noch der Gegenpartei anzustellen. Sodann bezieht sich die Rechnung der K.\_\_\_\_\_ AG vom 1. November 2019 über CHF 2'544.80 offensichtlich auf zwei Fenster im "EG Treppenhaus" und im "UG Keller" (act. 3/36/4). Diese Fenster waren nicht in der Auftragsbestätigung vom 20. Dezember 2018 enthalten. Es ist nicht ersichtlich und wird von der Beklagten auch nicht erläutert, inwiefern die zwei Fenster im Zusammenhang mit den von der Klägerin angeblich mit falscher Blende gelieferten Treppenhausfenster standen. Aus dem Gesagten erhellt, dass die Beklagte die aus der Ersatzvornahme herrührenden Kosten nicht rechtsgenügend behauptet hat. 2.1.3.1.3. Fazit Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine nicht vertragsgemässe Lieferung der Treppenhausfenster nicht erstellt ist. Mit Bezug auf die angeblich zu grossen Spaltmasse hat die Beklagte der Klägerin keine Ersatzvornahme angedroht. Sodann hat die Beklagte die behaupteten Kosten für die Ersatzvornahme nicht rechtsgenügend dargelegt. Entsprechend hat sie keinen Anspruch auf Ersatz von CHF 37'382.65 (act. 16 Rz 125; act. 50 Rz 392 und 394).

## **E. 2**

Widerklage

### **E. 2.1**

Parteistandpunkte Die Beklagte macht geltend, da die Fenster nicht vertragsgemäss geliefert und montiert worden seien, mithin nicht passgenau gewesen seien, habe zu viel ge-

- 63 - dämmt und geschäumt werden müssen. Ferner seien die Fenster teilweise vor die Kragplatten montiert worden, weshalb zahlreiche Kältebrücken existieren würden (vgl. act. 16 Rz 175 und 176; act. 50 Rz 494). Die K.\_\_\_\_\_ AG habe nicht alle von der C.\_\_\_\_\_ AG in ihrem Gutachten festgestellten Mängel beheben können (act. 16 Rz 168). Zuzufolge der mangelhaften bzw. nicht vertragsgemässen Leistung der Klägerin würden daher die vertraglich vereinbarten (namentlich gemäss bauphysikalischem und bauakustischem Konzept der C.\_\_\_\_\_ AG vom 24. April 2018; act. 17/8) und gesetzlich vorgeschriebenen Schallschutzwerte nicht eingehalten (Reduktion um 26 bis 29 Dezibel anstatt 32 Dezibel; vgl. act. 50 Rz 360, 498 und 500), liege eine mangelhafte Wärmeisolation vor und sei mit Feuchtigkeitsproblemen (Schimmelbildung) zu rechnen (act. 16 Rz 175 f.). Der Unternehmer hafte dafür, dass sein Werk keine Mängel aufweise. Aufgrund der vorhandenen Mängel bei den Fenstern respektive der Dämmung und den Kältebrücken weise die Liegenschaft einen Minderwert auf ("Differenz Verkehrswert mit und ohne Mangel") und die Vergütung sei - zusätzlich zu den geltend gemachten Kosten der Ersatzvornahme - herabzusetzen bzw. die Klägerin zu verpflichten, ihr den Betrag zurückzubezahlen. Dabei sei der Wert der mängelfrei gedachten mit dem Wert der mangelhaften erstellten Liegenschaft zu vergleichen. Die Vergütung werde um so viel Prozente herabgesetzt, als die Liegenschaft prozentual weniger wert sei (act. 50 Rz 516 ff.). Ferner beruft sich die Beklagte darauf, dass die Liegenschaft zufolge der erwähnten Mängel einen merkantilen Minderwert aufweise (act. 16 Rz 170; act. 50 Rz 512). Sodann macht die Beklagte geltend, sie habe aufgrund der schlechten Lärm- und Wärmedämmung Einbussen bei den Mietzins-einnahmen akzeptieren müssen (act. 50 Rz 498 und 512). Die Klägerin bestreitet, dass die von der Beklagten geltend gemachten Schäden aufgrund angeblich fehlerhafter Fensterrahmen oder nicht fachmännischer Montage bestehen würden. Von einem minderwertigen Werkvertragsobjekt könne keine Rede sein (act. 16 Rz 21). Sie bestreitet, dass aktuell Mängel beim Schall, der Isolation sowie "wohl in Zukunft" auch bei der Feuchtigkeit aufgrund der angeblich fehlerhaften Fensterrahmen oder deren angeblich nicht fachmännischen Montage existieren würden (vgl. act. 26 Rz 21). Gemäss der Klägerin bezieht sich die von ihr geschuldete Massanfertigung auf die zwischen den Vertragsparteien in den

- 64 - erstellten Werkverträgen vereinbarten und vom Architekten der Klägerin kontrollierten Masse. Diese so bestellten Fenster und Schiebetüren würden die in den Werkverträgen ausdrücklich geregelten Wärme-, Dämm- und Schallschutzwerte ohne weiteres einhalten (act. 54 Rz 221). Die Klägerin bestreitet, dass die Einhaltung der Standards gemäss dem Konzept der C.\_\_\_\_\_ AG Vertragsbestandteil des Werkvertrags Kunststoff sei (act. 26 Rz 15 f.; act. 54 Rz 34 und 90). Im Werkvertrag Holz/Metall werde sodann nur ein "Bauphysikalischer Bericht C.\_\_\_\_\_" erwähnt, ohne dass klar werde und damit auch bestritten werden müsse, dass damit das Konzept vom 24. April 2018 gemeint sei (act. 26 Rz 17; act. 54 Rz 94). Ein Schadenersatzanspruch der Beklagten ist für die Klägerin denn nicht ersichtlich; ebenso wenig wie Ansprüche gestützt auf die Mängelrechte (act. 54 Rz 220). Sodann beruft sich die Klägerin darauf, dass gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ein merkantiler Minderwert nur gegeben sei, wenn die Liegenschaft verkauft werde (act. 26 Rz 22 ff.). Die Klägerin bestreitet, dass die Mieten bei konformer Ausführung "wesentlich höher" gewesen wären (act. 54 Rz 219).

### **E. 2.1.1**

Sachverhalt/Parteistandpunkte Die Klägerin hatte gemäss dem Werkvertrag Holz/Metall Fenster für das Treppenhaus und ein Türelement herzustellen und zu montieren.

Unbestritten ist die mängelfreie Herstellung und Montage der Hauseingangstüre (unterstes Fenserelement; art. 16 Rz 74). Mit E-Mail vom 24. Oktober 2018 von L.\_\_\_\_\_, dem von der Beklagten beauftragten Architekten, an A.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_ wurde die Klägerin aufgefordert, eine Qualitätskontrolle gemäss Werkvertrag für die Treppenhausverglasungen vorzu-

- 28 - nehmen. Es wurde darum gebeten, zu kontrollieren, ob die montierten Treppenhausverglasungen mit den "Ausführungsbestätigungen (9 Seiten) im Anhang vom

### **E. 2.1.2**

Rechtliches

#### **E. 2.1.2.1**

Mangelhafte Werkausführung Gemäss Art. 366 Abs. 2 OR kann der Besteller eine angemessene Frist zur Abhilfe ansetzen mit der Androhung, dass im Unterlassungsfall die Verbesserung oder die Fortführung des Werkes auf Gefahr und Kosten des Unternehmers einem Dritten übertragen werden, wenn sich bereits während der Ausführung des Werkes eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung durch Verschulden des Unternehmers bestimmen lässt. Nach der Vollendung oder gar der Ablieferung des vollendeten Werkes findet Art. 366 Abs. 2 OR keine Anwendung mehr (vgl. Gauch, a.a.O., N 874). Da die Art. 165 ff. SIA-Norm 118 die vertragliche Haftung des Unternehmers für ein mängelfreies, vollendetes Werk regeln, steht dem Bauherrn das Recht auf Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR auch im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 zu (vgl. Gauch/Stöckli, a.a.O., Vorb. 165-171 N 4; Spiess/Huser, a.a.O., Art. 165 N 7). Vollendet ist das Werk, sobald sämtliche Leistungen, die der betreffende Unternehmer schuldet, erbracht sind. Auf die Mängelfreiheit des Werkes kommt es für die Vollendung nicht an (BGE 4A\_298/2019 E. 6.1 m.H.). Welche Arbeiten im Einzelfall geschuldet (und deshalb zur Vollendung des Werkes auszuführen) sind, bestimmt sich nach dem Inhalt des Werkvertrags (Gauch/Stöckli, a.a.O., Art. 157 N 2.3). Eine Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR ist unter drei Voraussetzungen zulässig (Gauch, a.a.O., N 872 ff.): - Während (nach Beginn, jedoch vor der Vollendung) der Werkausführung lässt sich eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung bestimmen voraussehen. Eine mangelhafte Erstellung ist voraussehbar, wenn das vollendete

- 30 - Werk bei seiner Ablieferung voraussichtlich einen Werkmangel aufweisen wird. Ein Werk ist mangelhaft, wenn ihm eine vertraglich zugesicherte oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte Eigenschaft fehlt (Gauch, a.a.O., N 1434). - Der Unternehmer hat die voraussehbare mangelhafte oder sonst vertragswidrige Werkerstellung verschuldet. Es genügt, dass den Besteller an der Entstehung des Mangels kein Selbstverschulden i.S.v. Art. 369 OR trifft. - Der Besteller hat dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Abhilfe angesetzt, verbunden mit der Androhung der Ersatzvornahme. Trotz angedrohter Ersatzvornahme war die Ansetzung der Frist erfolglos. Wie bereits angeführt (vgl. vorne E. II.A.1.2.), bleibt die vertragliche Vergütungspflicht des Bestellers gegenüber dem Unternehmer im gleichen Umfang fortbestehen, wie wenn das Werk durch den Unternehmer verbessert oder fortgeführt würde, wenn der Besteller von seinem Recht auf Ersatzvornahme Gebrauch macht. Umgekehrt wird jedoch der

Unternehmer verpflichtet, dem Besteller die Kosten der Ersatzvornahme zu ersetzen. Der Anspruch richtet sich auf Ersatz der Kosten, die der Bauherr unter Vermeidung unnötigen Aufwandes nach pflichtgemäsem Ermessen (als vernünftig und wirtschaftlich Handelnder) auf sich nimmt, um den vertragskonformen Zustand des Werkes durch den Dritten herbeizuführen (Gauch, a.a.O., N 871). Vorliegend obliegt die Behauptungs- und Beweislast bezüglich des Werkmangels, der Fristansetzung zur Abhilfe unter Androhung der Ersatzvornahme sowie des Umfangs der Kosten der Ersatzvornahme der Beklagten, welche Ersatzansprüche aus der mangelhaften Erstellung des Werkes ableitet (Art. 8 ZGB). Die Beweislastumkehr von Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 findet keine Anwendung, da der behauptete Mangel nicht während der Rügefrist gerügt wird, welche erst mit der Abnahme des Werkes (Art. 172 Abs. 2 SIA-Norm 118) und damit nach dessen Vollendung zu laufen beginnt (vgl. Art. 157 Abs. 1 SIA-Norm 118).

- 31 -

#### **E. 2.1.2.2**

**Schadenersatz** Der Anspruch des Bestellers auf Kostenersatz gemäss Art. 366 Abs. 2 OR schliesst allfällige Schadenersatzansprüche des Bestellers, die daneben bestehen können, nicht aus (Gauch, a.a.O., N 871). Voraussetzung für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches nach Art. 97 OR ist eine Vertragsverletzung. Sie umfasst die Nichterfüllung einer Pflicht, aber auch die positive Vertragsverletzung. Die positive Vertragsverletzung kann auch die Verletzung einer Nebenpflicht sein (BGer 4A\_610/2017 vom 29.05.2018, E. 5.2.1 m.H. auf die Literatur). Weitere Voraussetzung ist ein Schaden, der durch die Vertragsverletzung verursacht wurde (vgl. BSK OR I-Wiegand, Art. 97 N 38 m.H. auf die einschlägige Rechtsprechung und Literatur). Sodann muss ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden bestehen. Die natürliche Kausalität ist gegeben, wenn ein Handeln Ursache im Sinn einer *conditio sine qua non* für den Eintritt eines Schadens ist (BGE 132 III 715 E. 2.2). Eine natürlich kausale Handlung ist rechtlich aber nur dann relevant, wenn sie zusätzlich auch die Kriterien der adäquaten Kausalität erfüllt. Die schädigende Handlung muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sein, den entstandenen Schaden herbeizuführen (BGE 142 III 433 E. 4.5; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 N 41). Weitere Voraussetzung der vertraglichen Haftung ist ein Verschulden, welches vermutet wird. Vorliegend hat nach Art. 8 ZGB die Beklagte die Vertragsverletzung, den eingetretenen Schaden sowie den (natürlichen und adäquaten) Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden zu beweisen, wobei nur der natürliche und nicht der adäquate Kausalzusammenhang eine Tatfrage bildet. Der Klägerin steht der Beweis offen, dass sie kein Verschulden trifft (vgl. BGer 4A\_610/2017 vom 29.05.2018, E. 5.1).

- 32 -

#### **E. 2.1.3**

Würdigung

##### **E. 2.1.3.1**

**Anspruch gestützt auf mangelhafte Werkausführung** Die Klägerin hatte im Zeitpunkt der Aufforderung zur Qualitätsprüfung und der Fristansetzung zur Unterbreitung eines Lösungsvorschlages unter Androhung der Ersatzvornahme die Treppenhausfenster zwar

hergestellt, jedoch noch nicht fertig montiert (vgl. vorne E. II.A.2.1.1.). Das Werk gemäss dem Werkvertrag Holz/Metall war somit noch nicht vollendet, weshalb Art. 366 Abs. 2 OR zur Anwendung gelangt. 2.1.3.1.1. Vorliegen einer Vertragsabweichung 2.1.3.1.1.1. Zu grosse Blenden 2.1.3.1.1.1. Parteistandpunkte Umstritten ist, ob die Klägerin mit dem Einbau von vertragsgemässen Fenstern begonnen hatte. So macht die Beklagte geltend, die Klägerin habe für das Treppenhaus Fenster mit falschen Massen ("mit oben um 50 cm verbreiterten Blenden") geliefert (act. 50 Rz 239). In der Klageantwort berief sich die Beklagte darauf, bei den im Werkvertrag Holz/Metall enthaltenen Plänen vom 17. Juli 2018 für das Treppenhaus habe es sich nur "um grobe Pläne" und nicht um die letztendlich massgebenden Ausführungspläne gehandelt. Die Klägerin habe ihr am 11. Juni 2018 die Ausführungspläne zu den Fenstern zugestellt. Die entsprechenden Pläne würden vom 11. Juni 2018 datieren. Mit E-Mail vom 30. Juni 2018 habe die Klägerin die definitiven Ausführungspläne (inkl. handschriftliche Ergänzungen und Anmerkungen von Seiten des Architekten) erhalten. In der Folge hätten der Architekt der Beklagten und die Klägerin miteinander telefoniert. Sodann sei die Klägerin mit E-Mail vom 10. Juli 2018 nochmals ausdrücklich auf die Korrekturen in den Ausführungsplänen hingewiesen worden. Diese handschriftlich korrigierten Ausführungspläne seien die massgebenden gewesen (act. 16 Rz 41 ff., 55, 67 und 69). Die Klägerin berief sich in der Klagebegründung darauf, die Verbreiterung der Fensterrahmen sei anlässlich einer Sitzung vom 15. Juli 2018, an welcher von ih-

- 33 - rer Seite M.\_\_\_\_\_ und N.\_\_\_\_\_ sowie von Seiten der Beklagten J.\_\_\_\_\_, jedoch nicht der Architekt der Beklagten, teilgenommen hätten, vereinbart worden bzw. die Fenster seien dergestalt neu geplant worden (act. 1 Rz 16). Gestützt auf diese am 15. Juli 2018 getroffenen Entscheidungen seien die Pläne vom 17. Juli 2018 (insbesondere die Pläne 1.01 / 1.02 / 1.03 / 1.04 / 1.05 mit der dort ersichtlichen, ausdrücklichen Rahmenverbreiterung von 84.5 cm) durch die Beklagte bzw. von J.\_\_\_\_\_ unterzeichnet und persönlich freigegeben worden (act. 1 Rz 17). In der Replik führte sie an, im Werkvertrag werde zwar ausdrücklich auf das besagte E-Mail von L.\_\_\_\_\_ vom 30. Juni 2018 Bezug genommen, gleichzeitig werde jedoch festgehalten und darüber seien sich die Parteien in der Folge auch vorbehaltlos einig gewesen, dass die bereinigten Pläne vom 17. Juli 2018 definitiv seien nach Absprache mit J.\_\_\_\_\_ am 15. Juli 2018 (act. 43 Rz 42). Die von der Beklagten gewünschten Fenster mit den zugehörigen Massen hätten ohne weiteres aufgrund der im Werkvertrag vereinbarten Pläne vom 17. Juli 2018 hergestellt und verbaut werden können (act. 43 Rz 45). Die Vorbringen der Beklagten zu den E-Mails im Juni und Juli 2018 sowie den dazumaligen Ausführungsplänen seien aufgrund der zeitlichen Abfolge der Ereignisse in rechtlicher Hinsicht irrelevant bzw. seien durch die Einigung der Streitparteien am 15. Juli 2018 und deren vorbehaltlose Übernahme in den Werkvertrag vom 15. August 2018/3. September 2018 überholt worden (act. 43 Rz 43 und 56). Weiter bestreitet die Klägerin, dass der Architekt der Beklagten sie anlässlich des Telefonats vom 10. Juli 2018 auf irgendwelche Korrekturen in den Ausführungsplänen hingewiesen habe (act. 43 Rz 56). In der Duplik bezeichnet die Beklagte die Bemerkung auf Seite 10 der "Auftragsbestätigung" der Klägerin, dass die bereinigten Pläne vom 17. Juli 2018 nach Absprache mit J.\_\_\_\_\_ am 15. Juli 2018 definitiv seien, als widersprüchlich (act. 50 Rz 209). Am 15. Juli 2018 hätten nur - wenn überhaupt - die Korrekturen auf den Ausführungsplänen vom 11. Juni 2018 besprochen werden können; andere Pläne hätten damals nicht existiert. (act. 50 Rz 212). Sodann würden im Werkvertrag "9 Stk. Pläne A.\_\_\_\_\_ vom 11.06.18" erwähnt. Nicht angeführt seien neue Pläne von A.\_\_\_\_\_ vom 17. Juli 2018. Die Klägerin könne sich

bezüglich ihrer bestrittenen Behauptung, man habe im Juli 2018 neue Ausführungspläne vereinbart, nicht auf

- 34 - den zeitlich später aufgesetzten und unterzeichneten Werkvertrag vom August 2018 stützen. Die Pläne vom 17. Juli 2018 seien nicht Teil des Werkvertrages. J. \_\_\_\_\_ habe jederzeit die vom Architekten korrigierten Pläne vom 11. Juni 2018 als massgebend bezeichnet und nie eine Planänderung diskutiert oder gar angeordnet (act. 50 Rz 213, 247 und 250). Die Pläne vom 17. Juli 2018 habe sie, die Beklagte, erst anlässlich des vorliegenden Gerichtsverfahrens erstmals zu Gesicht bekommen (act. 50 Rz 421).

2.1.3.1.1.1.2. Rechtliches Eine Vereinbarung kommt durch übereinstimmende ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärungen zustande (Art. 1 Abs. 1 OR). Für die Auslegung einer Vereinbarung ist zunächst massgebend, was die Parteien tatsächlich übereinstimmend gewollt haben. Die empirische oder subjektive hat gegenüber der normativen oder objektivierten Vertragsauslegung den Vorrang. Erst wenn der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien unbewiesen bleibt, sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 138 III 659 E. 4.2.1; BGer 4A\_473/2021 vom 27.09.2022, E. 3.2.2.)

2.1.3.1.1.1.3. Würdigung Soweit eine Partei mit ihren, vorangehend dargelegten, Parteibehauptungen einen dahingehenden übereinstimmenden subjektiven Parteiwillen behaupten will, dass die Ausführungspläne vom 10. Juni 2018 oder 17. Juli 2018 als massgebend angesehen wurden, fehlt es bereits an rechtsgenügend substantiierten Parteibehauptungen. Damit ist mittels des Vertrauensprinzips zu bestimmen, welche Ausführungspläne nach dem Willen der Parteien massgeblich waren. Die Parteien unterzeichneten am 15. August 2018/3. September 2018 den Werkvertrag Holz/Metall (act. 3/3/1). Als Bestandteil des Vertrages gilt (neben der vorliegenden Vertragsurkunde) das Angebot der Klägerin an die Beklagte vom 18. Juli 2018 (vgl. Ziff. 1.1.). Das Angebot bzw. die "Auftragsbestätigung" (act. 3/3/2)

- 35 - wurde dem Werkvertrag angehängt; entsprechend wurden die den Werkvertrag und die Auftragsbestätigung umfassenden total 18 Seiten vom Vertreter der Beklagten durchgehend infidiert. Auf Seite 10 der Bestätigung wird explizit festgehalten, dass die bereinigten Pläne vom 17. Juli 2018 nach Absprache mit "Herr J. \_\_\_\_\_ am 15. Juli 2018" definitiv seien (act. 3/3/2). Entgegen der Ansicht der Beklagten wurden somit die Pläne vom 17. Juli 2018 Teil des Werkvertrages (act. 50 Rz 213, 247 und 250). Sodann führt die Beklagte zwar an, J. \_\_\_\_\_ habe jederzeit die vom Architekten korrigierten Pläne vom 11. Juni 2018 als massgebend bezeichnet und nie eine Planänderung diskutiert oder gar angeordnet (act. 50 Rz 247). Sie bestreitet jedoch nicht explizit, dass am 15. Juli 2018 eine Sitzung zwischen den Parteien stattfand, an welcher seitens der Klägerin M. \_\_\_\_\_ und N. \_\_\_\_\_ sowie seitens der Beklagten J. \_\_\_\_\_, jedoch nicht der Architekt der Beklagten, teilnahmen (act. 1 Rz 17 und act. 16 Rz 67 ff.). Weiter macht die Beklagte geltend, sie ("die Beklagte") habe die Pläne erstmals im Gerichtsverfahren zu Gesicht bekommen (act. 50 Rz 421), doch bestreitet sie nicht konkret, dass die von der Klägerin eingereichten Pläne datierend vom 17. Juli 2018 ("insbesondere die Pläne 1.01, 1.02, 1.03, 1.04 und 1.05 mit der dort ersichtlichen, ausdrücklichen Rahmenverbreiterung von 84.5 cm") durch J. \_\_\_\_\_ unterzeichnet wurden (vgl. act. 1 Rz 17 und act. 16 Rz 67 ff.). Die Pläne sind, wie von der Klägerin angeführt (act. 43 Rz 46), durchnummeriert (64-86, 67-86, 68-86, 69-86, 70-86, 71-86, 72-86, 73-86, 74-86, 75-86) und allesamt infidiert (act. 3/18/1-10). Entgegen den

Behauptungen der Beklagten sind die Pläne vom 17. Juli 2018 sodann weder "bunt durcheinandergemischt" (act. 16 Rz 30; act. 50 Rz 207) noch "grob" (act. 16 Rz 44). Vielmehr sind die Pläne für die Treppenhaus-Fenster (exkl. Türe) durchnummeriert und einheitlich mit dem letzten Änderungsdatum vom 17. Juli 2018 versehen (act. 3/18/1-10). Beim beispielhaften Vergleich zwischen dem sog. Plan 1.03 in der Version vom 10. Juni 2018 (Anhang 3 zu act. 17/9) und demjenigen in der Version vom 17. Juli 2018 (act. 3/18/3) offenbaren sich denn von blossem Auge keine relevanten Abweichungen hinsichtlich des Detaillierungsgrads und des Planmassstabs. Der einzige Unterschied besteht vielmehr darin, dass sich in der Version vom 17. Juli 2018 tatsächlich mehrmals der Eintrag "Rahmenverbreiterung" mit zusätzlich eingefügten Bemerkungen zur Be-

- 36 - festigung und Verstärkung der Rahmenkonstruktion finden lässt. Die Klägerin weist denn auch zu Recht darauf hin, dass die Pläne vom 17. Juli 2018 auf dem gleichen „Basisplan“ vom 28. Mai 2018 aufbauen wie die „Ausführungspläne“ vom

### **E. 2.1.3.2**

Schadenersatz 2.1.3.2.1. Parteistandpunkte Weiter macht die Beklagte angeblich erlittene Schäden in Form von einem "Verzögerungsschaden" von CHF 97'000.–, Mietzinsausfällen von CHF 142'395.– und Mehrkosten "Zinsen Baukredit" von CHF 23'151.05 geltend (act. 16 Rz 57 f., 125 und 127; act. 50 Rz 282 ff. und 394). Die Klägerin bestreitet diese Forderungen (act. 43 Rz 64 ff. und 119 ff.). 2.1.3.2.2. Vertragsverletzung Wie bereits dargelegt, wurden die Treppenhausfenster von der Klägerin vertragsgemäss erstellt. Eine mangelhafte Leistungserbringung liegt nicht vor. Inwieweit die Klägerin mit Bezug auf die Breite der Blenden in den Plänen vom 17. Juli 2018

- 42 - eine Aufklärungs- und Abmahnungspflicht getroffen hätte, ist nicht ersichtlich und wird von der Beklagten auch nicht rechtsgenügend dargelegt (vgl. act. 50 Rz 219).

2.1.3.2.3. Schaden 2.1.3.2.3.1. Verzögerungsschaden 2.1.3.2.3.1.1. Parteistandpunkte Die Beklagte berief sich in der Klageantwort darauf, gegenüber der Klägerin einen "Verzögerungsschaden" von CHF 1'000.– pro Tag geltend gemacht zu haben. Die Klägerin habe dagegen keinen Einwand erhoben. Gemäss der Beklagten betraf der Verzögerungsschaden "alle Fenster". Für die Zeit vom 2. November 2018 bis zum 15. März 2019 ergebe sich ein Schaden von insgesamt CHF 97'000.– (act.

## **E. 2.2**

Rechtliches

### **E. 2.2.1**

Vorbemerkungen/Abgrenzung Wie dargelegt, erfolgten die Ersatzvornahmen durch die Beklagte gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR. In diesem Fall sind Erfüllungsmängel des Zweitunternehmers dem Erstunternehmer zuzurechnen. Erfüllt also der Zweitunternehmer mangelhaft (er verbessert oder vollendet das Erstunternehmerwerk schlecht), so ist es zu halten, wie wenn der Erstunternehmer mangelhaft erfüllt hätte (BK OR-Koller, Art. 366 N 497). Gleich ist zu verfahren, wenn wie vorliegend geltend gemacht wird, der Zweitunternehmer habe nicht mehr alle (bereits durch den Erstunternehmer gesetzten) Mängel beheben können.

#### **E. 2.2.1.1**

Sachverhalt/Parteistandpunkte Die Klägerin hatte gemäss dem Werkvertrag Kunststoff 86 Fenster und Hebeschiebetüren zu liefern und zu montieren (act. 3/4/1; act. 43 Rz 87; act.

50 Rz 328). Die Beklagte macht betreffend sämtlicher Kunststofffenster geltend, die Klägerin sei gemäss den Bestimmungen "Anzeige-/Abmahnungspflicht", "Masskontrolle" und "Umbau" von Art. 7 des Werkvertrags verpflichtet gewesen, vor der Bestellung der Fenster beziehungsweise der Hebeschiebetüren die Pläne zu überprüfen sowie Mass am Bau zu nehmen (act. 16 Rz 33 f.; act. 50 Rz 69). Die Klägerin hätte die von ihr erhaltenen Pläne vorgängig prüfen sowie die daraus hervorgehenden Masse, die Einteilung der Fenster, deren Platzierung und die Möglichkeit der Montage rechtzeitig vor Ort kontrollieren müssen. Sodann hätten die in den Plänen enthaltenen Masse vor der Bestellung bzw. der Ausführung am Bau kontrolliert werden müssen (act. 50 Rz 30 ff. und Rz 339). Allfällige Differenzen, Ungeheimheiten oder Unstimmigkeiten am Rohbau in Bezug auf die Fenster hätten gemeldet werden müssen (act. 50 Rz 149). Die Klägerin habe dementsprechend die Kunststofffenster basierend auf den Plänen und ohne die Masse am Bau zu kon-

- 47 - trollieren bestellt. Die Schiebefenster sowie verschiedene (weitere) Kunststofffenster seien daher "von der Dimension" her falsch bestellt worden. Ferner habe es die Klägerin unterlassen, zu grosse oder zu kleine Fensterausparungen sowie die falsche Montage von Kragplatten beim Architekten, Bauherrn oder Baumeister zu rügen (act. 16 Rz 18 und 104; act. 50 Rz 70). Die gelieferten Kunststofffenster hätten den vertraglichen Vorgaben daher nicht entsprochen. Sie seien weder passgenau gewesen noch fachgerecht montiert worden (vgl. act. 16 Rz 49; act. 50 Rz 150), insbesondere hätten bei den zu klein gelieferten Fenstern die Freiräume zwischen Fensterrahmen und Wand "ausserhalb der Norm" gedämmt werden müssen (act. 16 Rz 19 und act. 50 Rz 164 und 166). Mit E-Mail vom 16. Oktober 2018 habe die Klägerin eine ausführliche Darstellung der Mängel inkl. Fotos und Lösungsvorschlägen erhalten (act. 16 Rz 80). Am 29. Oktober 2018 sei sie nochmals aufgefordert worden, die Arbeiten vertragsgemäss und ohne Verzug auszuführen. Gleichzeitig sei die Klägerin darauf hingewiesen worden, dass ein Bauphysiker beigezogen werde (act. 16 Rz 81). Am 7. November 2018 habe die Klägerin den Bericht des Bauphysikers (C.\_\_\_\_\_ AG) per E-Mail erhalten. Mit Datum vom 12. November 2018 sei ihr Frist zur Behebung der Mängel bis zum 16. November 2018 angesetzt worden (act. 16 Rz 82). Mit Einschreiben und E-Mail vom 29. November 2018 sei der Klägerin nochmals Frist bis 31. November 2018 angesetzt und mit Einschreiben vom 4. Dezember 2018 festgehalten worden, dass die bauphysikalischen und bauakustischen Vorgaben noch immer nicht umgesetzt und eingehalten seien (act. 16 Rz 84 f.). Die Klägerin habe die Mängelbehebung verweigert, weshalb durch eine Drittfirma habe nachgebessert werden müssen (act. 16 Rz 88 f.). Die Beklagte beauftragte damit die K.\_\_\_\_\_ AG. Sie macht geltend, für die Ersatzvornahme eine Entschädigung von CHF 9'597.35 (CHF 9'793.20 abzüglich 2 % Skonto) bezahlt zu haben (act. 16 Rz 90 und 129; act. 50 Rz 363). Weiter macht die Beklagte auch in diesem Zusammenhang einen "Verzögerungsschaden" von CHF 97'000.-, Mietzinsausfälle von CHF 142'395.- und Mehrkosten "Zinsen Baukredit" von CHF 23'151.05 geltend (act. 16 Rz 57 f., 125 und 130; act. 50 Rz 282 ff. und 394).

- 48 - Die Klägerin beruft sich darauf, sie habe massgefertigte und passgenaue Fenster gemäss den vom Architekten der Beklagten zuvor kontrollierten Vorgaben im Werkvertrag hergestellt und montiert. Die von der Beklagten zitierten Vertragsbestimmungen des Werkvertrags („Anzeige-/Abmahnungspflicht“ und „Masskontrolle“) würden auf die vorliegende Situation nicht passen, da die konkreten Fenstermasse zwischen den

Streitparteien vereinbart worden seien (act. 43 Rz 48 f.). Die Klägerin bestreitet eine Verantwortung ihrerseits an den von der Beklagten mit E-Mail vom 16. Oktober 2018 geltend gemachten "Differenzen am Bau". Zudem handle es sich um keine Mängel im Sinne von SIA Norm-118, da sie ihre Werkleistungen Mitte Oktober 2018 noch gar nicht fertiggestellt gehabt habe (act. 43 Rz 86). Die Klägerin macht geltend, ihre Arbeiten am 18. Dezember 2018 beendet zu haben (act. 43 Rz 146). Dass die Beklagte ihre Werkleistungen von einem Bauphysiker "in Bezug auf die Vorgaben im bauphysikalischen und bauakustischen Konzept vom 24. April 2018" habe prüfen lassen und ihr den Bericht vom 5. November 2018 mit E-Mail vom 7. November mit Fristansetzung zur Mängelbehebung zugestellt habe, bleibe ohne rechtliche Konsequenzen. Denn das Vorgehen der Beklagten und der dazugehörige Bericht der C.\_\_\_\_\_ AG ("Protokoll Fenstermontage") würden schon daran krankn, dass das Konzept vom 24. April 2018, auf dem die Mängelrügen aufbauen würden, nie Vertragsbestandteil gewesen sei. Zudem würden die beklagten Mängelanzeigen die notwendigen Anforderungen an eine ausreichend spezifizierte und substantiierte Mängelrüge nicht erfüllen (act. 43 Rz 88). Die Klägerin bestreitet, dass ihr rechtsgenügend und mehrfach die Ersatzvornahme angedroht worden, sie zur Vollendung der Arbeiten aufgefordert worden und sie nicht mehr auf die Baustelle gekommen sei (act. 43 Rz 37). Sodann fehle in der Abmahnung der Beklagten vom 12. November 2018 die Fristansetzung zur Nachbesserung und die Fristansetzung zur Unterbreitung eines Lösungsvorschlages sei viel zu kurz und daher unbeachtlich gewesen (act. 43 Rz 37 i.V.m. Rz 80). Die Klägerin bestreitet die geltend gemachten Kosten für die Ersatzvornahme (act. 43 Rz 95) sowie die weiteren Schadenspositionen (act. 43 Rz 67, 68 und 120).

- 49 -

#### **E. 2.2.1.2**

Rechtliches Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass die Leistungen aus dem Werkvertrag Kunststoff im Zeitpunkt der Abmahnungen der Beklagten (16. Oktober 2018, 12. November und 29. November und 4. Dezember 2018) noch nicht vollständig erbracht und damit vollendet waren (act. 1 Rz 19; act. 16 Rz 110 und 129; act. 43 Rz 146; act. 50 Rz 268 f.). Zur Anwendung gelangt Art. 366 Abs. 2 OR. Es ist auf die entsprechenden Ausführungen unter E. II.A.2.1.2 (mangelhafte Werkausführung/Schadenersatz) zu verweisen.

#### **E. 2.2.1.3**

Würdigung 2.2.1.3.1. Umfang Kosten Ersatzvornahme 2.2.1.3.1.1. Parteistandpunkte Die Beklagte machte in der Klageantwort geltend, die Kosten für die Ersatzvornahme hätten sich auf CHF 9'793.20 bzw. CHF 9'597.35 belaufen (act. 16 Rz 90). Betreffend die von der K.\_\_\_\_\_ AG geleisteten Arbeiten und gelieferten Materialien führte sie an, diese habe, soweit dies noch möglich gewesen sei, sämtliche gemäss Gutachten (gemeint ist der Bericht der C.\_\_\_\_\_ AG vom 5. November 2018; act. 17/22) aufgeführten Mängel behoben (act. 16 Rz 89). Sodann seien die Fenster nicht auf Gummilager, sondern auf Blechlaschen montiert gewesen, was die K.\_\_\_\_\_ AG korrigiert habe (act. 16 Rz 103). Die Klägerin bestritt in der Replik die pauschal geltend gemachten Kosten in Bestand, Umfang, Inhalt, Notwendigkeit, Wirksamkeit und Angemessenheit (act. 43 Rz 95, 97 und 120). In der Duplik konkretisierte die Beklagte ihre Ausführungen dahingehend, dass sie geltend machte, die Klägerin habe über den Hebeschiebetüren Seidenzopf verwendet, welcher jedoch nass gewesen und deshalb entfernt und durch 3-E Band ersetzt haben werden müssen (act. 50 Rz

182). Weiter führt sie an, bei einigen Zimmern habe der Schaum entfernt und durch Zopf ersetzt werden müssen. Hernach bezeichnet die Beklagte die betroffenen Zimmer unter Bezugnahme auf das "Protokoll[s] Fenstermontage" (vgl. act. 50 Rz 183).

- 50 - 2.2.1.3.1.2. Würdigung In der Klageantwort fehlt eine Konkretisierung der von der K.\_\_\_\_\_ AG ausgeführten Arbeiten und der verbrauchten Materialien; insbesondere wird nicht angeführt, wieviel Zeit für die Erledigung der Arbeiten aufgewendet und was für ein Stundenansatz verrechnet wurde. Ebenso wenig findet sich für diese Angaben ein Verweis auf eine Beilage. In der Duplik legt die Beklagte zwar detailliert dar, an welchen Fenstern die K.\_\_\_\_\_ AG was, nämlich das Ersetzen von Seidenzöpfen durch 3-E Band sowie das Herauskratzen von Schaum und Einpressen von Seidenzöpfen, erledigt hat. Hingegen fehlen in den Rechtsschriften nach wie vor Angaben dazu, wieviel Zeit die K.\_\_\_\_\_ AG hierfür aufwenden musste und was für den Materialaufwand und die Fahrkosten verrechnet wurde. Die Beklagte legt weder in ihren Rechtsschriften dar, wie sich die geltend gemachten CHF 9'597.35 zusammensetzen, noch verweist sie diesbezüglich auf eine Beilage. Damit fehlt es an rechtsgenügenden Behauptungen. Denn nachdem die Klägerin die pauschal geltend gemachten CHF 9'597.35, insbesondere umfangmässig bestritten hatte, hätte die Beklagte diese in der Rechtsschrift näher konkretisieren oder hierfür klar auf eine Beilage verweisen müssen. Dies hat sie unterlassen.

2.2.1.3.1.3. Fazit Ein Anspruch der Beklagten auf Erstattung der Kosten der Ersatzvornahme besteht nicht, da rechtsgenügende Behauptungen zur Höhe der angefallenen Kosten fehlen. Entsprechend muss auf die weiteren Voraussetzungen, namentlich die Frage der vertragsgemässen Ausführung der Fenster, nicht mehr eingegangen werden.

2.2.1.3.2. Schadenersatz  
Betreffend die von der Beklagten geltend gemachten CHF 97'000.- "Verzögerungsschaden", CHF 142'395.- Mietzinsausfälle und CHF 23'151.05 "Zinsen Baukredit" ist auf die vorangehenden Ausführungen zu verweisen (vgl. vorne E. II.A.2.1.3.2.). Die Schäden wurden nicht rechtsgenügend behauptet. Entsprechend muss auf die weiteren Voraussetzungen für den Bestand eines Schadenersatzanspruches nicht mehr eingegangen werden. Namentlich kann auch die

- 51 - Prüfung, ob die Klägerin ihre Anzeige- und Abmahnungspflichten dadurch verletzt hat, dass sie es unterliess, der Beklagten, deren Architekten oder dem Baumeister anzuzeigen, dass gewisse Fensteröffnungen zu klein oder zu gross ausgefallen waren bzw. dass die Kragplatten falsch montiert wurden, unterbleiben.

### **E. 2.2.2**

Mangelfolgeschaden Gemäss Art. 171 SIA-Norm 118 hat der Bauherr bei Verschulden des Unternehmers sodann zusätzlich zu den Mängelrechten Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens nach Massgabe von Art. 368 OR und Art. 97 ff. OR. Voraussetzungen für die Haftung für den Mangelfolgeschaden sind Werkmangel, Schaden, Kausalzusammenhang zwischen Mangel und Schaden sowie ein Verschulden des Unternehmers. Das Verschulden wird vermutet. Den Unternehmer trifft der Beweis des fehlenden Verschuldens (Art. 171 Abs. 2 SIA-Norm 118; Exkulpation), während die Beweislast für die übrigen Haftungsvoraussetzungen (wobei nur der natürliche und nicht der adäquate Kausalzusammenhang eine Tatfrage bildet) dem Bauherrn obliegt (Spiess/Huser, a.a.O., Art. 171 N 10 ff., N 18 f.). Das Grundmerkmal des Mangelfolgeschadens besteht darin, dass er seine Ursache in einem Werkmangel des abgelieferten Werkes hat. Er erwächst dem Besteller aus der Mangelhaftigkeit des abgelieferten Werkes (Gauch, a.a.O., N 1855; Gauch/Stöckli, a.a.O., Art. 171 N 1.1. f.). Da

das Schadenersatzrecht dem Besteller zusätzlich (kumulativ) zu den übrigen Mängelrechten zusteht, richtet es sich ausschliesslich auf Ersatz von solchem Schaden, der nicht schon durch diese Mängelrechte abgedeckt ist, also trotz Wandelung, Minderung oder tadelloser Nachbesserung verbleibt oder verbleiben würde. Daraus folgt, dass der Mangel- folgeschaden nicht im Mangel selbst begründet ist, also nicht im vermögensmäs- sigen Nachteil besteht, der in der Mangelhaftigkeit des Werkes selber liegt. Viel- mehr tritt er als "weitere" Folge des Mangels, gewissermassen "ausserhalb des Mangels", ein und geht insofern über das unmittelbare Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Leistung hinaus. Die auf das Vorhandensein des Mangels be- schränkte Entwertung der vom Unternehmer erbrachten Leistung (der mangelbe- dingte Minderwert des Werkes) ist daher kein Mangelfolgeschaden, dessen Er-

- 67 - satz der Besteller nach Art. 368 OR verlangen kann (Gauch, a.a.O., N 1850 und 1864). Unter dem merkantilen Minderwert versteht man die durch ein schädigendes Er- eignis verursachte Minderung des Verkehrswertes einer Sache, die unabhängig von deren technischen bzw. funktionellen Beeinträchtigung eintritt (BGE 145 III 225 E. 3.1). Der merkantile Minderwert stellt eine Verminderung des Verkehrs- werts dar, die trotz tadelloser Mängelbeseitigung deshalb zurückbleibt, weil das reparierte Werk wegen seiner früheren Mangelhaftigkeit im Geschäftsverkehr ge- ringer bewertet wird (Gauch/Stöckli, a.a.O., Art. 169 N 18.3 und Art. 171 N 1.4). Er ist ein Mangelfolgeschaden.

#### **E. 2.2.2.1**

Sachverhalt/Parteistandpunkte In den Wohnungen waren als Zugang zum Balkon bzw. Garten Hebeschiebetüren geplant. Im Innenbereich wurden Stahlstützen montiert. Bauseits wurden die Stahlstützen so geplant, dass diese hinter den Schiebetüren optisch sichtbar blie- ben, sich somit nicht hinter den Fensterrahmen der Schiebefenster befanden (act. 1 Rz 30 f.; act. 16 Rz 94; act. 3/32/1-3). Bei der Montage der Schiebetüren an- fangs September 2018 unterbrach die Klägerin bzw. ihr Subunternehmer P.\_\_\_\_\_ (P'.\_\_\_\_\_ GmbH; act. 50 Rz 132) die Arbeit. In der Folge fanden sich A.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ auf der Baustelle ein (act. 1 Rz 32; act. 16 Rz 12 und 97; act. 43 Rz 23 und 103; act. 50 Rz 132). Es kam zu einem Baustopp für den Ein- bau der Fenster in "Richtung I.\_\_\_\_\_-strasse" (act. 16 Rz 15; act. 43 Rz 26; act. 50 Rz 148). Die Stahlstützen wurden versetzt. Die Arbeiten waren Ende Oktober 2018 abgeschlossen (act. 1 Rz 32; act. 16 Rz 111 ff.). Die Beklagte macht nun geltend, die Klägerin habe die Planung der Lage der Stahlstützen ausser Acht gelassen und nicht kontrolliert. Gemäss der Beklagten hätte der Klägerin als Fachspezialistin bei der Durchsicht der Pläne sofort auffal- len müssen, dass bei "der entsprechenden Festlegung" der Fenster, die tragen- den Stahlstützen direkt in die Balkontüren zu liegen kämen (act. 16 Rz 9). Wäre die Klägerin ihren Prüfungspflichten nachgekommen, so die Beklagte, hätte sie den Mangel viel früher als erst bei der Montage entdeckt. Indem die Klägerin sich blind auf den provisorischen Werkplan verlassen habe, keine Überprüfungen und/oder Nachprüfungen vorgenommen und die Fenster ohne Nachkontrolle be- stellt habe, habe sie ihre vertraglich festgehalten Sorgfaltspflichten verletzt (act.

#### **E. 2.2.2.2**

Rechtliches Die Beklagte wirft der Klägerin eine Vertragsverletzung vor. Die Voraussetzungen für die Geltendmachung eines diesbezüglichen Schadenersatzanspruches nach Art. 97 OR sowie die Beweislast wurden bereits dargelegt (vgl. vorne E. II.A.2.1.2.2.). Es ist darauf zu verweisen.

### E. 2.2.2.3

Schaden 2.2.2.3.1. Sachverhalt Die Beklagte berief sich in der Klageantwort auf Kosten von total CHF 33'283.35. So habe gemäss der Offerte der Q. \_\_\_\_\_ GmbH das Versetzen der Stahlstützen mit CHF 21'540.– zu Buche geschlagen. Die weiteren Aufwendungen hätten insgesamt CHF 11'743.35 betragen (act. 16 Rz 99 und 128). In der Schadensübersicht teilte die Beklagte die CHF 11'743.35 auf in CHF 2'670.95 "R. \_\_\_\_\_ GmbH vom 22. Oktober 2018", CHF 2'458.80 "S. \_\_\_\_\_ vom 19. Oktober 2018", CHF 3'013.25 "T. \_\_\_\_\_ vom 4. Januar 2019" und CHF 3'600.35 "U. \_\_\_\_\_ vom 27. Mai 2019" (act. 16 Rz 125). Die Klägerin bestritt in der Replik die pauschal geltend gemachten Beträge in deren Bestand, Umfang, Inhalt, Notwendigkeit, Wirksamkeit und Angemessenheit (act. 43 Rz 104 und 120). In der Duplik führte

- 53 - die Beklagte ergänzend an, im Erdgeschoss hätten die Stahlstützen Nummer 1, 2, 3 und 4 sowie im Obergeschoss die Nummern 5, 6, 7 und 8 versetzt werden müssen (act. 50 Rz 144). Die Versetzung habe Kosten verursacht. Die entsprechenden Rechnungen der beauftragten Handwerker seien in der Klageantwort aufgeführt und eingereicht worden, ebenso die Zahlungsnachweise. Sämtliche Beträge seien damit ausgewiesen (act. 50 Rz 377 und 397).

2.2.2.3.2. Würdigung Es hätte an der Beklagten gelegen, in ihren Rechtsschrift zumindest in den Grundzügen darzulegen, was die "R. \_\_\_\_\_ GmbH", "S. \_\_\_\_\_", die "Q. \_\_\_\_\_ GmbH", die "T. \_\_\_\_\_" sowie "U. \_\_\_\_\_" mit Bezug auf die Versetzung der Stahlstützen für Arbeiten erledigt und welche Materialien sie hierfür allenfalls benötigt haben. Dies hat sie unterlassen. Behauptungen der Beklagten dazu, was die diversen Unternehmungen effektiv erledigten und inwieweit diese Arbeiten und Lieferungen in Zusammenhang mit dem Versetzen der Stahlstützen standen, fehlen. Um rechtsgenügende Behauptungen aufzustellen, genügt das bloss anführen einer Rechnung oder Offerte in einer Rechtsschrift nicht. Vielmehr muss diesfalls zumindest ein klarer Verweis auf die als Beilage eingereichte Rechnung oder Offerte gemacht werden (vgl. vorne E.

II.A.2.1.3.1.3.2.), so dass erkennbar wird, dass die Partei den Inhalt der Rechnung oder Offerte als Behauptungen einbringen will. Ein rechtsgenügender Verweis fehlt jedoch vorliegend. Wollte man den Ausführungen der Beklagten in der Duplik, dass die Rechnungen der beauftragten Handwerker sowie die Zahlungsnachweise in der Klageantwort aufgeführt und eingereicht worden seien, womit sie ausgewiesen seien (act. 50 Rz 397), einen solchen Verweis entnehmen, sind die angerufenen Beilagen nicht selbsterklärend. So behauptet die Beklagte in der Duplik, es hätten acht Stützen versetzt werden müssen. Die Offerte erwähnt hingegen eine Anzahl von zehn Stück, wobei vier Stützen neu angeliefert wurden (act. 3/35/5). Damit stimmen die Ausführungen in der Beilage in diesem Punkt nicht mit den in der Rechtsschrift aufgestellten Behauptungen überein. Eine Erläuterung der Beklagten hierzu fehlt. Die "T. \_\_\_\_\_" verrechnet das Abtrennen von neun Kopf-Stützen und das Anschweissen von neun Kopf-Stahlplatten (act. 3/35/6). Die Beklagte erläutert weder, wieso neu

- 54 - Kopf-Stahlplatten und nicht mehr Kopf-Stützen notwendig waren, noch weshalb die Arbeiten neun Mal ausgeführt werden mussten, obwohl gemäss den Behauptungen in der Rechtsschrift acht Stahlstützen versetzt wurden. Die "S. \_\_\_\_\_" lieferte offensichtlich vier neue Stützen (act. 3/35/4). Weshalb diese Lieferung notwendig war, wenn nach den beklagten Ausführungen acht Stützen versetzt wurden, erhellt die Rechnung nicht und legt die Beklagte auch in ihren Rechtsschriften nicht dar. Sodann ist aufgrund der Rechnung der "U. \_\_\_\_\_" allein nicht erkennbar, in welchem Zusammenhang die darin

beschriebenen Arbeiten mit dem Versetzen der Stahlstützen standen (act. 3/36/9). Erläuterungen der Beklagten hierzu fehlen. Der Rechnung der "R.\_\_\_\_\_. GmbH" kann zwar entnommen werden, dass die Aufwendungen wohl im Zusammenhang mit der Suche nach "Lösungen für die Balkonabstützung, Varianten prüfen, definitive Lösung nachweisen, Bestelllisten erstellen" angefallen sind. Hingegeben hätte es an der Beklagten gelegen, nachdem die Klägerin die Angemessenheit des behaupteten Betrages bestritten hatte, den von der Unternehmung nur pauschal als "geleistete Arbeiten" ausgeführten Betrag von CHF 2'480.– detaillierter (Anzahl geleistete Stunden, Stundenansatz pro Arbeitsbereich) darzulegen (act. 3/35/3). Unklar erscheint denn auch, ob die der Rechnung beiliegenden Pläne und Berechnungen von der "R.\_\_\_\_\_. GmbH" stammen. Findet sich darauf doch mehrheitlich der Vermerk "S.\_\_\_\_.". Auch hier hätte Erklärungsbedarf bestanden.

2.2.2.3.3. Fazit Ein Schadenersatzanspruch der Beklagten besteht nicht, da sie es versäumt hat, den angeblich erlittenen Schaden rechtsgenügend zu behaupten. Entsprechend muss auf die weiteren Voraussetzungen von Art. 97 OR, namentlich die Frage, ob die Klägerin ihre Anzeige- und Abmahnungspflichten verletzt hat, nicht mehr eingegangen werden.

- 55 -

## **E. 2.3**

Würdigung

### **E. 2.3.1**

Merkantiler Minderwert Die Beklagte behauptet nicht, dass sie ihre Liegenschaft verkauft habe oder einen Verkauf in naher Zukunft plane (act. 50 Rz 474). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein merkantiler Minderwert bei einer Liegenschaft nur ersatzfähig, wenn diese veräussert wird (vgl. BGE 145 III 225 E. 4.2.3). Entgegen der Ansicht der Beklagten (vgl. act. 50 Rz 475 ff.) besteht - insbesondere mit Bezug auf Liegenschaften - keine Veranlassung dazu, von dieser aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung abzuweichen. Ein Anspruch der Beklagten auf den Ersatz eines merkantilen Minderwerts ist damit ohne Weiterungen zu verneinen. Kommt hinzu, dass gemäss der Beklagten mittels der Ersatzvornahme durch die K.\_\_\_\_. AG gerade nicht alle angeblichen Mängel behoben bzw. verbessert werden konnten. Die K.\_\_\_\_. AG habe die Arbeiten der Klägerin bestmöglich ausge bessert und fertiggestellt. Sie habe Ausbesserungen im Sinne einer Schadensbegrenzung vorgenommen (act. 16 Rz 168; act. 50 N 471 und 496). Weil nicht alles ausgebessert werden konnte, können denn gemäss der Beklagten nunmehr auch die vertraglichen und gesetzlichen Schall- und Wärmeschutznormen nicht eingehalten werden (act. 16 Rz 175 f.; act. Rz 360, 498 und 500). Damit rührt der behauptete verringerte Verkehrswert der Liegenschaft jedoch aus verbliebenen, nicht verbesserten Mängeln. Es handelt sich somit gerade nicht um einen tieferen Ver-

- 68 - kehrswert, der trotz tadelloser Mängelbeseitigung verbleibt, weil das reparierte Werk wegen seiner früheren Mangelhaftigkeit im Geschäftsverkehr geringer bewertet wird. Vielmehr liegt ein mangelbedingter Minderwert des Werkes vor. Dieser Minderwert ist nicht als Mangelfolgeschaden ersetzbar.

#### **E. 2.3.1.1**

Parteistandpunkte Die Beklagte fordert weiter CHF 500.– als Ersatz für eigene Aufwendungen. Sie machte in der Klageantwort geltend, ihr Aufwand im Zusammenhang

mit den falsch gelieferten respektive nicht korrekt eingebauten Fenstern sei enorm gewesen. Gemäss ihrer Rechnung vom 20. Mai 2019 würden diesbezüglich "pauschal" CHF 5'600.– zuzüglich Mehrwertsteuer von CHF 431.20 verlangt (act. 16 Rz 93 und 131). Als Beweismittel offerierte die Beklagte die "Rechnung vom 10. September 2019 betr. Aufwände (vollständig): Rechnung B.\_\_\_\_\_ vom

#### **E. 2.3.1.2**

Rechtliches Damit ausserprozessuale Parteikosten als Schaden zugesprochen werden können, ist erforderlich, dass der geltend gemachte Aufwand zur Durchsetzung der Forderung der Gläubiger gerechtfertigt, notwendig und angemessen war. Notwendigkeit und Angemessenheit gehören somit zu den Tatbestandsmerkmalen, deren sachverhaltsmässige Grundlagen es zu substantzieren gilt (BGer 4A\_692/2015 vom 01.03.2017 E. 6.1.3.; nicht publiziert in BGE 143 III 206).

#### **E. 2.3.1.3**

Würdigung Die Rechnung vom 20. Mai 2019 führt die Arbeiten, für welche die Klägerin nach Ansicht der Beklagten aufzukommen hat, an (act. 17/10: "Umplanung, Organisation von Ingenieur und Ausarbeiten von Lösungsmöglichkeiten. Div. Handwerker organisieren. Planung der Ersatzvornahme. Planung und Umsetzung alle[r] Kor-

- 56 - rekturmassnahmen. Ausführung kontrollieren"). Verlangt wird für die Zeitspanne vom 13. September 2018 bis zum 27. Mai 2019 für "1 Bauleiter pauschal" CHF 5'600.– (act. 17/10). Angaben dazu, für welche Arbeiten wann wieviel Zeit aufgewendet und was für ein Stundenansatz für den Bauleiter berechnet wurde, fehlen hingegen. Diese Angaben wären hingegen vorzutragen gewesen. Denn nur wenn diese Tatsachen bekannt sind, kann das Gericht die geltend gemachten Aufwände auf ihre Notwendigkeit und Angemessenheit hin überprüfen. Da eine genügende Konkretisierung in der Klageantwort fehlte, durfte die Klägerin sich in der Replik mit einer pauschalen Bestreitung begnügen. Die Beklagte hat die notwendigen Behauptungen auch in der Duplik nicht aufgestellt, weshalb ein Schaden aus eigenen Aufwänden nicht rechtsgenügend dargelegt ist. Entsprechend ist die Forderung der Beklagten ohne Weiterungen abzuweisen.

#### **E. 2.3.2**

Minderung Mit Bezug auf eine Minderung der Vergütung der Klägerin gestützt auf Art. 169 Abs. 1 Ziff. 3 SIA-Norm 118 hat es die Beklagte unterlassen, Behauptungen dazu aufzustellen, welchen Verkehrswert die Liegenschaft bei der Ablieferung des Werkes ohne die geltend gemachten Mängel gehabt hätte und welchen Wert sie mit den Mängeln effektiv aufwies. Mit den Ausführungen, dass davon auszugehen sei, dass die Liegenschaft wohl mit den bekannten Mängeln einen Minderwert von rund CHF 640'000.– aufweise, was weniger als 10 % des effektiven Wertes der Liegenschaft darstellen dürfte (act. 16 Rz 170), und dass der Wert der Liegenschaft infolge der "Mangelfolgeschäden" eine Minderung von mindestens CHF 100'000.– erlitten habe (act. 16 Rz 182), kommt die Beklagte ihrer Behauptungslast nicht nach. Denn mit diesen Angaben allein kann nicht ermittelt werden, in welchem Verhältnis der Wert des mängelfrei gedachten Werkes zum Wert des mangelhaften Werkes steht und damit, in welchem Verhältnis die volle Vergütung zu mindern wäre; zumal zwei Werkverträge ("Holz/Metall" und "Kunststoff") abgeschlossen wurden und zwei Werklohnforderungen bestehen. Auch erläutert die Beklagte nicht, wieso es ihr nicht möglich sein sollte, den "aktuellen" Minderwert der Liegenschaft selber festzustellen (vgl. act. 50 Rz 505). Es fehlt somit schon an schlüssigen und damit

rechtsgenügenden Behauptungen der Beklagten, um einen Anspruch gestützt auf Art. 169 Abs. 1 Ziffer 3 SIA-118 Norm prüfen zu können. Daran ändert nichts, dass die Beklagte die Einholung eines "Gutachten[s] zu Verkehrswert/Werteinbusse infolge mangelhafter Lärm- und Wärmedämmung" offeriert (act. 50 Rz 518). Die Einholung eines Gutachtens setzt rechtsgenügend vorgebrachte Tatsachenbehauptungen voraus. Kommt hinzu, dass die Beklagte, obwohl ihr die Beweis- und damit auch die Behauptungslast für die Rechtzeitigkeit und den Inhalt der Mängelrüge obliegen (vgl. BGE 118 II 142 E. 3a), nicht darlegt, wann und wie sie die behaupteten noch nicht ausgebesserten Mängel sowie den - 69 - dadurch verursachten nicht genügenden Schall- und Isolationsschutz und allfällige Feuchtigkeitsprobleme nach der Ablieferung des Werkes durch die Klägerin bzw. die K.\_\_\_\_\_ AG bei der Klägerin gerügt haben will.

#### **E. 2.3.2.1**

Parteibestandpunkte Weiter forderte die Beklagte in der Klageantwort Ersatz für die Kosten des Gutachtens der C.\_\_\_\_\_ AG. Die Kosten hätten sich auf CHF 2'649.40 respektive CHF 2'154.- belaufen (act. 16 Rz 132). Als Beweismittel offerierte die Beklagte die Rechnungen Nr. 8627 und 8628 (inkl. Zahlungsnachweis) ihres Architekten (act. 17/35 und 17/36). Die Klägerin berief sich darauf, die Aufwendungen der C.\_\_\_\_\_ AG würden in keinem erkennbaren, ausschliesslichen Zusammenhang zu den strittigen Fensterbauarbeiten stehen, sondern es handle sich um eine allgemeine Baustellenbegehung zu einer Vielzahl von Gewerken neben dem Fensterbau. Weiter bestritt sie die geltend gemachten Aufwendungen in Bestand, Umfang, Inhalt, Notwendigkeit und Angemessenheit (act. 43 Rz 127). In der Duplik ergänzte die Beklagte, das Gutachten habe erstellt werden müssen, weil die Klägerin ihre Arbeiten nicht fachgerecht erbracht habe und nicht bereit gewesen sei, die von ihr, der Beklagten, monierten Mängel zu beheben. Andere bauliche Mängel seien nicht Thema des Berichts gewesen (act. 50 Rz 401).

- 57 -

#### **E. 2.3.2.2**

Würdigung Die Beklagte stellt weder in der Klageantwort noch in der Duplik konkrete Behauptungen dazu auf, für welche Arbeiten wer von der C.\_\_\_\_\_ AG was für Kosten verrechnet hat. Sie verweist bezüglich dieser Behauptungen auch nicht auf eine Beilage. Somit fehlt es auch in diesem Zusammenhang an rechtsgenügenden Behauptungen, damit das Gericht die geltend gemachten Beträge von CHF 2'649.40 respektive CHF 2'154.- auf ihre Notwendigkeit und Angemessenheit hin überprüfen kann. Ebenso wenig ist es der Klägerin möglich konkrete Einzelheiten zu bestreiten und allenfalls den Gegenbeweis hierfür anzutreten. Da eine genügende Konkretisierung in der Klageantwort fehlte, durfte die Klägerin sich in der Replik mit einer pauschalen Bestreitung begnügen. Entsprechend ist die Forderung der Beklagten ohne Weiterungen abzuweisen. Die weiteren Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch müssen nicht mehr geprüft werden. Anzuführen bleibt, dass sich der von der Klägerin auch umfangsmässig bestrittene Betrag von CHF 2'154.- mit der von der Beklagten diesbezüglich angerufenen Rechnung Nr. 8627 nicht beweisen liesse (act. 16 Rz 132; act. 17/35). Es handelt sich dabei um eine Akontorechnung über CHF 2'000.- zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer für "Beratungsarbeiten" vom 5. Mai 2018 bis zum 30. November 2018. Es erhellt hingegen nicht, inwieweit bereits die ab dem Mai 2018 verrechneten Beratertätigkeiten in Zusammenhang mit den der Klägerin vorgeworfenen Vertragsverletzungen bzw.

mangelhaften Werkausführungen ab Oktober 2018 stehen sollen. Dies insbesondere auch darum, weil mit der gleichentags ausgestellten Rechnung Nr. 8628 zusätzlich die Bezahlung von "Beratungsarbeiten", diesfalls vom 31. Oktober 2018 bis 3. Dezember 2018, verlangt wird. Auf dieser Rechnung findet sich unter dem Betreff explizit der Vermerk "(Fenster)" (act. 17/35). Damit bestehen erhebliche Zweifel daran, dass mit der Rechnung Nr. 8627 die Bezahlung von im Zusammenhang mit der vorliegend strittigen Fensterproblematik stehende Beratungstätigkeiten verlangt wurde.

- 58 -

### E. 2.3.3

Mietzinseinbussen Weiter beruft sich die Beklagte in diesem Zusammenhang darauf, sie habe aufgrund der schlechten Lärm- und Wärmedämmung Einbussen bei den Mietzinseinnahmen akzeptieren müssen. Die Mieter seien aufgrund des Lärms nicht bereit gewesen, die geforderten Mieten zu bezahlen (act. 50 N 498). Geplant worden sei mit Mietzinsen von bis zu CHF 4'350.– pro Monat. Erreicht worden seien lediglich Mietzinsen von CHF 2'420.– bis CHF 3'530.– (inkl. Nebenkosten, ohne Parkplatz; act. 50 Rz 198 und Rz 512). Damit unterlässt es die Beklagte einmal mehr, ihren behaupteten Schaden rechtsgenügend darzulegen. Aus diesen Tatsachen allein erhellt nicht, wie sich der – wohl auch in diesem Zusammenhang – in der Höhe von CHF 160'000.– behauptete Schaden ergeben soll. Es wäre jedoch Aufgabe der Beklagten gewesen, dies in ihren Rechtsschriften oder mittels Verweis auf selbsterklärende Beilagen aufzuzeigen. Da sie dies unterlassen hat, ist der geltend gemachte Anspruch ohne Weiterungen abzuweisen. C. Gesamtfazit Gestützt auf das Gesagte ist die Klage im Umfang CHF 166'900.– nebst Zins von 5 % auf CHF 144'600.– ab dem 10. Februar 2020 und CHF 22'300.– ab dem 11. April 2020 gutzuheissen. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen. Die Widerklage ist abzuweisen. III. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Verteilungsgrundsätze Der Streitwert beträgt CHF 469'177.80 (CHF 179'177.80 + CHF 290'000.–; Art. 91 und Art. 94 Abs. 2 ZPO). Aufgrund des fast vollständigen Obsiegens der Klägerin sind die Kosten vollumfänglich der Beklagten aufzuerlegen. Die Beklagte hat der Klägerin grundsätzlich eine volle Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO), wobei das geringfügige Unterliegen der Klägerin angemessen

- 70 - zu berücksichtigen ist (vgl. nachfolgend E. II.C.). Nicht zu berücksichtigen sind die von der Beklagten geltend gemachten Kosten für das Gutachten von Prof. Dr. iur. G. \_\_\_\_\_ vom 1. Juni 2022 von CHF 4'523.40 sowie der H. \_\_\_\_\_ GmbH vom 8. Juni 2022 von CHF 1'793.20 (50 Rz 97 ff.). Die in den Gutachten gemachten Abklärungen standen in keinem Zusammenhang mit den von der Klägerin geltend gemachten Mehrleistungen von CHF 12'277.80. 2. Gerichtskosten In Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. a, c und d sowie § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 23'500.– festzusetzen. Die Kosten sind der Beklagten aufzuerlegen und aus den von den Parteien geleisteten Vorschüssen zu beziehen. Die Beklagte hat der Klägerin den Kostenvorschuss von CHF 12'000.– zu ersetzen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO). 3. Parteientschädigung Die volle Parteientschädigung beträgt in Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. a, c, d und e sowie § 4 Abs. 1 AnwGebV (gerundet) CHF 22'800.–. Für die Teilnahme an der Vergleichsverhandlung sowie die Erstattung der Replik und Widerklageduplik ist ein Zuschlag von total 60 % (§ 11 Abs. 1 und 3 AnwGebV) geschuldet, womit eine angemessene Entschädigung von rund CHF 36'500.– resultiert. Ein höherer Zuschlag (vgl. act. 54 Rz 226) erscheint nicht angezeigt bzw. wird dadurch abgegolten, dass trotz des geringfügigen Unterliegens der Klägerin eine volle Parteient-

schädigung zugesprochen wird. Mangels Darlegung der fehlenden Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die Parteientschädigung praxisgemäss ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen (vgl. act. 1 Rz 42; act. 26 Rz 44; BGer 4A\_552/2015 vom 25.05.2016, E. 4.5). Das Handelsgericht beschliesst:

#### **E. 2.3.3.1**

Parteistandpunkte Die Beklagte verlangt den Ersatz von Anwaltskosten. In der Zusammenstellung des behaupteten Schadens führt sie als "Aufwand RA Y. \_\_\_\_\_" die Rechnungen vom 18. Februar 2019 über CHF 680.–, vom 27. Februar 2019 über CHF 780.–, vom 27. März 2019 über CHF 620.–, vom 30. April 2019 über CHF 810.–, vom 18. Juni 2019 über CHF 916.30, vom 5. August 2019 über CHF 440.– und vom

#### **E. 2.3.3.2**

Rechtliches Es ist zwischen prozessualen, vorprozessualen und ausserprozessualen Kosten der Rechtsvertretung zu unterscheiden. Prozessuale und vorprozessuale Anwaltskosten unterscheiden sich nach dem Zeitpunkt ihrer Entstehung, nämlich, ob sie vor oder nach Eintritt der Rechtshängigkeit entstanden sind. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts werden vorprozessuale Anwaltskosten namentlich im Anwendungsbereich der ZPO mit der Parteientschädigung entgolten (statt vieler: BGer 4A\_501/2021 vom 22.02.2022 E.9.2.2 m.H.). Bei der Unterscheidung zwischen vorprozessualen und ausserprozessualen Kosten kommt es dagegen nicht auf den Zeitpunkt ihrer Entstehung, sondern auf ihren Bezug zur Durchsetzung eines Anspruches an. Fehlt ihnen diese thematische Nähe, so ist von ausserprozessualen Kosten auszugehen.

Vergleichsbemühungen sind als vorprozessuale Kosten zu qualifizieren und werden damit von der Parteientschädigung erfasst. Anders beispielsweise die Aufforderung zur Nachbesserung, welcher – auch nicht in der Retrospektive – kaum Prozesscharakter zukommt (vgl. hierzu BGer 5A\_458/2019 vom 30.01.2020, E. 5.3). Damit ausserprozessuale Parteikosten als Schaden zugesprochen werden können, ist – wie bereits erwähnt (vgl. vorne E. II.A.2.3.1.2.) – erforderlich, dass der geltend gemachte Aufwand zur Durchsetzung der Forderung der Gläubiger gerechtfertigt, notwendig und angemessen war. Notwendigkeit und Angemessenheit gehören zu den Tatbestandsmerkmalen, deren sachverhältnismässige Grundlagen es zu substantzieren gilt. Gegenstand der Substantzierung ist daher im Zusammenhang mit geltend gemachten Kosten für die Rechtsvertretung auch, dass dargelegt wird, inwieweit bestimmter Aufwand ausserprozessual und nicht vorprozessual ist (vgl. BGer 4A\_692/2015 vom 01.03.2017, E. 6.1.2, nicht publ. in: BGE 143 III 206; BGer 5A\_458/2019 vom 30.01.2020, E. 5.3).

#### **E. 2.3.3.3**

Würdigung Die Beklagte beziffert ihren "vorprozessualen" Aufwand mit insgesamt CHF 13'607.67, wovon sie – soweit nachvollziehbar – CHF 4'479.22 (CHF 680.– + CHF 780.– + CHF 620.– + CHF 810.– + CHF 916.30 + CHF 440.– + CHF 232.92)

– 60 – als Schaden und damit ausserprozessuale Anwaltskosten geltend machen will. Zur Frage der Abgrenzung zwischen vorprozessualen und ausserprozessualen Kosten machte die Beklagte in der Klagebegründung keine konkreten Ausführungen. Nachdem die Klägerin die Notwendigkeit und Angemessenheit des behaupteten Aufwands bestritten hatte und insbesondere geltend machte, die Kosten für die Rechtsvertretung stünden in Zusammenhang mit der vorliegenden Klage, hätte es an der Beklagten gelegen, detailliert darzulegen, was für Leistungen ihr Rechtsvertreter ihr wann zu welchem Preis verrechnet

hat und inwieweit es sich dabei um ausserprozessuale Aufwendungen handelte. Zwar berief sich die Beklagte hernach in der Duplik darauf, der Aufwand der Rechtsvertretung für die Zeit ab dem 12. Dezember 2018 bis Oktober 2019 sei mittels Rechnungen und detaillierter Aufstellungen der erbrachten Leistungen belegt und reichte die Honoraraufstellungen zu den Rechnungen vom 27. Februar 2018, 18. Juni 2019 und 5. August 2019 nach (act. 50 Rz 403; act. 51/107-109). Den Honoraraufstellungen zu den bezeichneten Rechnungen kann zwar die erbrachte Leistung, das Datum der Leistungserbringung, die benötigte Zeit sowie der verrechnete Betrag unter Nennung des Stundenansatzes entnommen werden (vgl. z.B. act. 3/36/5: 25.01.2019, Telefonat an Klient/in, 0:05 Std. à CHF 280.– total 23.35). Hingegen fehlen weiterhin Ausführungen dazu, inwieweit es sich bei den geltend gemachten Aufwendungen um ausserprozessuale Aufwendungen gehandelt hat. Mit ihren Behauptungen, ihre Rechtsvertretung sei erstmals im Dezember 2018 mit der vorliegenden Angelegenheit in Kontakt getreten, wobei aber ein Rechtsverfahren ausser Debatte gestanden habe, die bis zu Beginn des Rechtsverfahrens (Klage vom 16. Juli 2020) anfallenden Kosten seien "vorprozessual" entstanden und stünden nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der von der Klägerin eingeleiteten Klage, so seien denn zwischen dem zeitlich letzten "vorprozessualen" Aufwand von Oktober 2019 bis zur Klageeinleitung auch knapp neun Monate vergangen (act. 50 Rz 404), kommt die Beklagte ihren Substanziierungsobliegenheiten nicht rechtsgenügend nach. Zumal sie nach wie vor von "vorprozessualen" Aufwand spricht und die vergangene Zeitspanne zwischen dem zeitlich letzten geltend gemachten Aufwand bis zur Klageeinleitung bei der Abgrenzung zwischen vorprozessualen und ausserprozessualen Aufwand nicht von Relevanz

- 61 - ist. Vielmehr wäre aufzuzeigen gewesen, dass sämtliche vor dem Zeitpunkt erbrachten Leistungen sich nicht auf die Durchsetzung der nunmehr strittigen Forderungen bezogen. Den Honorarzusammenstellungen können zwar, wie bereits erwähnt, die erbrachte Leistung, das Datum der Leistungserbringung, die benötigte Zeit sowie der verrechnete Betrag unter Nennung des Stundenansatzes entnommen werden, nicht ersichtlich ist jedoch, welchem Zweck die konkret angeführten Tätigkeiten (z.B. "E-Mail an Klient/in", "Telefonat mit Gegenanwalt/-anwältin", "Arbeit an Entwurf E-Mail an RA X. \_\_\_\_\_") dienten. Eine diesbezügliche Erläuterung wäre hingegen notwendig gewesen, um eine Abgrenzung zwischen vor- und ausserprozessualen Kosten vornehmen zu können. So trägt denn beispielsweise die Rechnung vom 19. Februar 2019 den Titel "Projekt: Bauhandwerkerpfandrecht" (act. 3/36/5). Sodann ist darin unter dem 1. Februar 2019 der Vermerk "Fristerstreckungsgesuch erstellen" zu finden. In der Honoraraufstellung zur Rechnung vom 27. Februar 2019 findet sich unter dem 21. Februar 2019 "Berechnung Sicherstellungssumme/E-Mail an Klient" (act. 51/107). Es ist davon auszugehen, dass diese Aufwendungen im Zusammenhang mit einem gerichtlichen Verfahren angefallen sind, womit es sich nicht um ersatzfähige ausserprozessuale Kosten handelt. Es hätte an der Beklagten gelegen, hier eine nachvollziehbare Abgrenzung vorzunehmen. Dies hat sie unterlassen. Damit sind die Behauptungen der Beklagten auch in diesem Punkt nicht schlüssig und damit nicht rechtsgenügend. Entsprechend ist die Forderung der Beklagten ohne Weiteren abzuweisen. Die weiteren Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch müssen nicht mehr geprüft werden.

#### **E. 2.4**

Fazit Gegenforderungen Die von der Beklagten den Forderungen der Klägerin zur Verrechnung (vgl. vorne E. II.A.1.2.) gegenüber gestellten Gegenforderungen haben

allesamt keinen Bestand. Entsprechend schuldet die Klägerin auch keine Verzugszinsen auf diesen Forderungen (act. 16 Rz 125; act. 50 Rz 394), und es ist nicht ersichtlich, gestützt auf welche rechtliche Grundlage eine Verpflichtung der Klägerin zur Rückerstattung der Akontozahlung von CHF 56'100.– zuzüglich Zinsen bestehen sollte (vgl. act. 50 Rz 457).

- 62 - Zu beachten ist sodann, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung aus der Verrechnungserklärung oder aus den Umständen klar hervorgehen muss, welches die zu tilgende Hauptforderung und welches die Verrechnungsforderung ist, welche die Hauptforderung tilgen soll. Besteht diesbezüglich Unklarheit, ist die Verrechnungserklärung unvollständig und daher wirkungslos (vgl. BGer 4A\_601/2013 vom 31.03.2014, E. 3.3; BGer 4A\_549/2010 vom 17.02.2011, E. 3.3; BGer 4A\_82/2009 vom 07.04.2009, E. 2; BGer 4C.25/2005 vom 15.08.2005, E. 4.1). Die Verrechnungserklärung der Beklagten erweist sich auch vor diesem Hintergrund als ungenügend. Die Beklagte hat keinerlei Ausführungen dazu gemacht, welche ihrer verschiedenen Verrechnungsforderungen sie welcher Werklohnforderung der Klägerin gegenüberstellen will. Ebenfalls ist nicht klar, wie und in welcher Reihenfolge die Tilgung erfolgen soll, falls sich nach gerichtlicher Prüfung herausstellen sollte, dass die erstellten Hauptforderungen die erstellten Verrechnungsforderungen übersteigen oder umgekehrt. Die Verrechnungserklärung der Beklagten bleibt deshalb wirkungslos und die Einrede der Verrechnung verfängt auch aus diesem Grund nicht. B. Widerklage 1. Restbetrag Gegenforderungen Insoweit die Beklagte den über den behaupteten Forderungen von CHF 410'169.56 nach Abzug der klägerischen Forderung von CHF 179'177.80 (zuzüglich 5 % Zins) verbleibenden Restbetrag von CHF 230'990.– im Umfang von CHF 130'000.– widerklageweise geltend macht (act. 50 Rz 458 f.), ist auf die vorangehenden Ausführungen zu verweisen. Die Ersatz- bzw. Schadenersatzforderungen haben keinen Bestand, weshalb auch kein Überschuss verbleibt. Entsprechend ist die Widerklage in diesem Umfang ohne Weiterungen abzuweisen. 2. Minderung und Mangelfolgeschäden

## **E. 2.5**

Die Beklagte beantragt mit der Widerklagereplik sodann neu, die Klägerin sei - "unter Vorbehalt der Erhöhung bzw. Herabsetzung dieses Betrages nach Durchführung des Beweisverfahrens" - zu verpflichten, ihr den Betrag von CHF 290'000.– zuzüglich Zins zu bezahlen (act. 50 S. 2, Antrag 2). Das Rechtsbegehren auf Leistung eines Geldbetrages ist zu beziffern (Art. 84 Abs. 2 ZPO). Eine Ausnahme gilt für die Fälle, in welchen es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar ist, ihre Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern. Diesfalls kann eine unbezifferte Forderungsklage erhoben werden. Die klagende Partei muss jedoch einen Mindestwert angeben, welcher als vorläufiger Streitwert gilt (Art. 85 Abs. 1 ZPO) und hat das Rechtsbegehren zu ergänzen, sobald sie nach Abschluss des Beweisverfahrens dazu in der Lage ist (Art. 85 Abs. 2 ZPO). Dass und inwiefern eine Bezifferung unmöglich oder unzumutbar sein soll, hat die klagende Partei bereits in der Klageschrift aufzuzeigen. Unterlässt sie dies, ist auf die Klage nicht einzutreten (BGE 148 III 322 E. 3.4 und 4).

- 11 - Die Beklagte stellte in der Widerklagebegründung kein unbeziffertes Rechtsbegehren, sondern verlangte die Verpflichtung der Klägerin zur Bezahlung von CHF 160'000.– (act. 16 S. 2, Rechtsbegehren 2). Auch gestützt auf die gemachten Ausführungen ist nicht auf eine unbezifferte Forderungsklage zu schliessen. So begründete die Beklagte nicht explizit, dass und inwiefern es ihr (zum damaligen Zeitpunkt) unmöglich oder unzumutbar gewesen sei sollte, den angeblich angefallenen Minderwert der

Liegenschaft zu beziffern, und sie sich vorbehalte, diesen nach Durchführung des Beweisverfahrens näher zu beziffern. Vielmehr stellte sie eine Erhöhung des eingeklagten Betrages in der Widerklagereplik in Aussicht und offerierte für eine allfällige Bestreitung der CHF 160'000.– durch die Klägerin die Einholung eines Gutachtens als Beweismittel (vgl. act. 16 Rz 170, 181, 182 und 191). Die Beklagte hat in der Widerklagereplik ihr Rechtsbegehren um CHF 130'000.– auf CHF 290'000.– erhöht, wobei dieser Betrag abschliessend beziffert wurde (vgl. act. 50 Rz 458 f.; vgl. vorne E. A.b.). Der Vorbehalt für eine "Erhöhung bzw. Herabsetzung" des eingeklagten Betrages nach Durchführung des Beweisverfahrens kann sich demnach nur auf den bereits mit der Widerklagebegründung geltend gemachten und bezifferten Minderwert der Liegenschaft von CHF 160'000.– beziehen. So beruft sich die Beklagte in der Widerklagereplik denn auch darauf, der aktuelle sowie der merkantile Minderwert der Liegenschaft könnten von ihr selber nicht festgestellt werden; dazu brauche es ein Fachgutachten (act. 50 Rz 505). Gestützt auf die angeführte höchstrichterliche Rechtsprechung hätte die Beklagte jedoch bereits in der Widerklagebegründung darlegen müssen, dass und inwiefern es ihr unmöglich oder unzumutbar sei, diese Werte zu beziffern. Dies hat sie unterlassen. Entsprechend ist auf die Klageänderung nicht einzutreten, insoweit die Beklagte damit neu eine unbezifferte Forderungsklage anheben will. Es ist weiterhin von geltend gemachten CHF 160'000.– auszugehen. Es braucht denn auch nicht weiter auf die Frage der Zulässigkeit eines Vorbehalts zur Herabsetzung eines Forderungsanspruchs nach Durchführung des Beweisverfahrens eingegangen zu werden.

- 12 -

### **E. 3**

Übrige Prozessvoraussetzungen Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Klage und die Widerklage ist - insoweit nicht bereits auf ein Nichteintreten geschlossen wurde - einzutreten. Auf die Parteibehauptungen wird nachfolgend soweit für die Entscheidungsfindung notwendig eingegangen.

### **E. 4**

Wechsel im Spruchkörper Die im Verlaufe des Verfahrens altershalber ausgeschiedene Dr. Helen Kneubühler Dienst wurde durch Oberrichter Patrizio Castrovilli und der per Ende 2022 pensionierte Handelsrichter Prof. Jürg Fischer durch Handelsrichter Jakob Haag ersetzt. Eine solche Änderung in der Gerichtsbesetzung ist, da begründet, zulässig (vgl. BGE 142 I 93 E. 8.2; BGer 4A\_430/2016 vom 07.02.2017 E. 2.1 und 2.2), zumal der Wechsel den Parteien angezeigt worden war (act. 32 und Prot. S. 23 f.).

### **E. 5**

Behauptungs- und Bestreitungslast/Beweisverfahren

#### **E. 5.1**

Behauptungslast Nach Art. 55 Abs. 1 ZPO haben unter der Geltung der Verhandlungsmaxime die Parteien dem Gericht die Tatsachen darzulegen, auf die sie ihre Begehren stützen, und die Beweismittel anzugeben. Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. So hat eine Tatsachenbehauptung nicht alle Einzelheiten zu enthalten. Es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den

Gewohnheiten des Lebens entsprechender Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden. Ein solchermaßen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angeführte Rechtsfolge zulässt (vgl. zum Ganzen BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; 136 III 322 E. 3.4.2; 127 III 365 E. 2b; BGer 4A\_415/2021 vom 18.03.2022, E. 5.1 f.). Bestreitet hingegen der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei,

- 13 - greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen und der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; 127 III 365 E. 2b.). Dabei müssen rechtserhebliche Behauptungen in der Rechtschrift selbst vorgebracht werden. Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht (BGE 147 III 440 E. 5.3).

### **E. 5.2**

**Bestreitungslast** Das Gegenstück zur Behauptungslast bildet die Bestreitungslast. Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen des Klägers damit bestritten werden. Der Grad der Substanziierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substanziierung einer Bestreitung: Je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet (BGE 147 III 440 E. 5.3; 144 III 519 E. 5.2.2.3).

### **E. 5.3**

**Beweisverfahren** Zu einem Beweisverfahren kommt es, sofern rechtserhebliche Tatsachen strittig sind (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Jede Partei hat das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Die Beweismittel müssen jedoch nach Massgabe von Art. 152 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zugeordnet werden können (BGer 4A\_56/2013 vom 04.06.2013, E. 4.4). Unbeachtlich sind damit die pauschalen Beweisofferten der Beklagten, indem sie anführt, die gemäss dem beiliegenden Beweismittelverzeichnis offerierten Beweise würden für sämtliche Tatsachenbehauptungen gelten, unabhängig davon, wo in der Rechtschrift sie genannt würden (act. 16 Rz 4), und es würde hinsichtlich "sämtlicher" ihrer Tatsachenbehauptungen die Partei- bzw. Beweisaussage angeboten (act. 16 Rz 5).

- 14 - Sodann schliesst auch der Beweisführungsanspruch nach Art. 8 ZGB eine vorweggenommene Beweiswürdigung nicht aus. Es ist dem Gericht also nicht verboten, einem beantragten Beweismittel die Erheblichkeit oder Tauglichkeit abzusprechen und es deshalb nicht abzunehmen (BGE 115 II 305). So erlaubt die antizipierte Beweiswürdigung dem Gericht, weitere Beweismittel abzulehnen, wenn es in Würdigung der bereits erhobenen Beweismittel zum Schluss kommt, weitere Beweismassnahmen vermöchten an seiner bereits feststehenden Überzeugung nichts mehr zu ändern (BGE 136 I 229 E. 5.3 m.w.H.). Kommt eine Partei ihrer Substanziierungslast nicht oder nur ungenügend nach, bleiben die betreffenden Tatsachen unberücksichtigt und es ergeht ein Sachentscheid ohne Beweisabnahme (BK ZPO-Brönimann, Art. 152 N 3; vgl. auch BGE 108 II 337 E. 3 m.w.H.). Ein Beweisverfahren darf nicht der Vervollständigung ungenügender Parteivorbringen dienen. II. Materielles A. Klage 1. Forderungen Klägerin

## **E. 8**

Januar 2019 stattgefunden (act. 1 Rz 12; act. 43 Rz 146). Am 26. Juni 2019 habe sie sich erneut, dieses Mal per E-Mail an die Beklagte gewandt. Dabei habe sie ihre bereits im Vorfeld der Abnahme vom 8. Januar 2019 telefonisch angezeigte Werkvollendung ("Telefonat zwischen A.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ vom 8. Januar 2019 Vormittag") wiederholt und der Beklagten Termine auf anfangs Juli 2019 für eine (erneute) Abnahme der Fenster und Türen vorgeschlagen. Die Anzeige habe sich - im Nachhinein - als zwischenzeitlich überholt herausgestellt. Denn die Beklagte habe der Klägerin in der "Anmeldung Baugarantie aus Prämiendepot" am

## **E. 10**

Juli 2018" übereinstimmen würden, und um eine schriftliche Rückmeldung bis zum 26. Oktober 2018 ersucht. Die Beklagte hielt weiter fest, sie glaube, bei den oberen Rahmenverbreiterungen bestehe eine Differenz (act. 16 Rz 70; act. 17/5; act. 43 Rz 80). Mit E-Mail vom 12. November 2018 teilte J.\_\_\_\_\_ von der Beklagten A.\_\_\_\_\_ und N.\_\_\_\_\_ von der Klägerin mit, dass die Fenster im gesamten Treppenhaus, wie vom Architekten bereits mehrmals schriftlich mitgeteilt, falsch und nicht nach den vereinbarten Ausführungsplänen erstellt worden seien. Die Klägerin wurde aufgefordert, bis am 16. November 2018 einen "gangbaren" Lösungsvorschlag zu unterbreiten, ansonsten die Beklagte den Auftrag auf Kosten der Klägerin an einen anderen Fensterbauer erteilen werde (act. 16 Rz 71; act. 17/17; act. 43 Rz 80). Mit eingeschriebenem Brief vom 4. Dezember 2018 wurde die Klägerin von der Beklagten aufgefordert, die sich im Treppenhaus befindenden "nicht passenden" Fensterrahmen abzuholen. Die Treppenhausfenster würden nun von einer Drittfirma auf Kosten der Klägerin erstellt und montiert (act. 16 Rz 72; act. 17/18; act. 43 Rz 80). In der Folge beauftragte die Beklagte die K.\_\_\_\_\_ AG mit der Herstellung und Montage der Fenster (act. 16 Rz 73; act. 43 Rz 80). Mit der Beklagten ist davon auszugehen, dass die Klägerin zwar mit der Montage der Treppenhausfenster begonnen, diese hingegen nicht abgeschlossen hatte (act. 16 Rz 144; act. 50 Rz 239). So ergibt sich gerade aus der von der Klägerin angerufenen (vgl. act. 43 Rz 134) Klageantwortbeilage 6, dass noch nicht alle Fenster fertig montiert waren. Es ist zwischen dem linken Fensterrahmen und der Mauer ein Spalt zu sehen, welcher noch hätte geschlossen werden müssen (act. 17/6; Bild auf dem Kopf stehend). Auch aus den eingereichten Fotos vom 22. Oktober 2018 (act. 51/86+89) sowie vom 30. Oktober 2018 und 6. Dezember 2018 (act. 51/93+94) wird ersichtlich, dass noch nicht alle Fenster eingebaut waren. Die Beklagte verlangt den Ersatz der Kosten für die vorgenommene Ersatzvornahme von behaupteten CHF 37'382.65 (act. 16 Rz 57 und 76). Weiter macht sie - 29 - angeblich erlittene Schäden in Form von einem "Verzögerungsschaden" von CHF 97'000.-, Mietzinsausfällen von CHF 142'395.- und Mehrkosten "Zinsen Baukredit" von CHF 23'151.05 geltend (act. 16 Rz 57 f., 125 und 127; act. 50 Rz 282 ff. und 394). Die Klägerin bestreitet die geltend gemachten Ansprüche (act. 43 Rz 64 ff. und 119 ff.).

## **E. 11**

Juni 2018 und denselben Detaillierungsgrad aufweisen (act. 43 Rz 78). Sodann beziehen sich die Ausführungen des Architekten in den Plänen 1.01 und

## **E. 16**

Rz 97). Die Beklagte macht im Zusammenhang mit der Versetzung der Stahlstützen Aufwendungen von total CHF 33'285.35 (recte: CHF 33'283.35) geltend

- 52 - (act. 16 Rz 128 mit Verweis auf Rz 99). Die Klägerin habe für diese Kosten aufzukommen (act. 16 Rz 17 und 148). Die Klägerin bestreitet eine Pflichtverletzung. Die Planung der Positionen der Stahlstützen sei nicht Teil ihrer werkvertraglichen Leistungen gewesen. Vielmehr seien dafür statische Überlegungen zentral gewesen, die nicht in ihre Fachkompetenz fallen würden. Ihre werkvertraglichen Leistungen hätten sich auf die Herstellung und Montage der Schiebetüren und Balkonfenster beschränkt; dies gestützt auf die vom Architekten der Beklagten verfassten und handschriftlich geprüften Fenstermasse und deren Positionen gemäss den Architekturplänen, die so gestützt auf Art. 1 Ziff. 1 und Ziff. 4 ausdrücklich Teil des Werkvertrags gewesen seien (act. 43 Rz 20 und 33). Weiter bestreitet die Klägerin die geltend gemachten Aufwendungen (act. 43 Rz 104 und 120).

#### **E. 20**

Mai 2019" (act. 17/10) sowie die Parteibefragung von O.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_. Die Klägerin bestritt in der Replik den "pauschal" vorgetragene Aufwand von CHF 5'600.– zuzüglich Mehrwertsteuer in Bestand, Umfang, Inhalt, Notwendigkeit und Angemessenheit (act. 43 Rz 98 und 126). In der Duplik ergänzte die Beklagte, angesichts dessen, dass sie die Klägerin mehrfach habe mahnen und schliesslich eine Abklärung der Mängel habe organisieren müssen, habe sie einen grossen zusätzlichen Aufwand gehabt (act. 50 Rz 366).

#### **E. 22**

Oktober 2019 über CHF 232.92 an (act. 16 Rz 125). Weiter machte sie geltend, der Aufwand der Rechtsvertretung stelle einen Mangelfolgeschaden dar, welcher von der Klägerin zu entschädigen sei. Ihr vorprozessualer Aufwand belaufe sich insgesamt auf CHF 13'607.67 (act. 16 Rz 133). Die Klägerin bestritt in der Replik den behaupteten Aufwand in Bestand, Umfang, Inhalt, Notwendigkeit und Angemessenheit. Der Aufwand sei auch nicht weiter ausgewiesen. Gemäss der Klägerin stehen die Kosten für die Rechtsvertretung sodann in Zusammenhang mit der vorliegenden Klage und sind daher im Rahmen der prozessualen Vorgaben zur Parteientschädigung zu entschädigen (act. 43 Rz 120 und 128). In der Duplik berief sich die Beklagte darauf, der Aufwand der Rechtsvertretung für die Zeit ab dem 12. Dezember 2018 bis Oktober 2019 sei mittels Rechnungen und detaillierter Aufstellungen der erbrachten Leistungen belegt. Ihre Rechtsvertretung sei erstmals im Dezember 2018 mit der vorliegenden Angelegenheit in Kontakt getreten, wobei aber ein Rechtsverfahren ausser Debatte gestanden habe. Die bis zu Beginn des Rechtsverfahrens (Klage vom 16. Juli 2020) anfallenden Kosten seien "vorprozessual" entstanden und stünden nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der von der Klägerin eingeleiteten Klage. So seien denn zwischen dem zeitlich letzten vorprozessualen Aufwand von Oktober 2019 bis zur Klageeinleitung auch knapp neun Monate vergangen (act. 50 Rz 403 f.).

- 59 -