



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, und Oberrichterin Dr. Helen Kneubühler Dienst, die Handelsrichter Ruedi Kessler und Daniel Schindler, die Handelsrichterin Astrid Fontana sowie Gerichtsschreiberin Claudia Lunco-Feier

Urteil vom 3. Juni 2020

in Sachen

A._____ GmbH,
Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X2. _____

gegen

B._____ AG,
Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Fürsprecher Y. _____

betreffend **Forderung**

Inhaltsverzeichnis

Sachverhalt und Verfahren	5
A. Sachverhaltsübersicht	5
a. Parteien.....	5
b. Prozessgegenstand.....	5
B. Prozessverlauf	5
Erwägungen	6
1. Formelles	6
1.1. Zuständigkeit.....	6
1.2. Klagereduktion	6
1.3. Widerklage	7
2. Werklohnanspruch der Klägerin	7
2.1. Unbestrittener Sachverhalt.....	7
2.2. Parteistandpunkte	8
2.2.1. Klägerin	8
2.2.2. Beklagte.....	10
2.3. Rechtliche Grundlagen	10
2.4. Würdigung	11
2.5. Fazit Werklohnanspruch der Klägerin	13
2.6. Verzugszins Werklohnanspruch	13
3. Anspruch der Beklagten aus Ersatzvornahme	14
3.1. Anspruch gestützt auf mangelhafte Werkausführung.....	14
3.1.1. Parteistandpunkte.....	14
3.1.2. Rechtliche Grundlagen	15
3.1.3. Würdigung	16
3.1.4. Zwischenfazit.....	19
3.2. Ansprüche der Beklagten aus nicht rechtzeitiger Werkausführung	19
3.2.1. Unbestrittener Sachverhalt	19
3.2.2. Parteistandpunkte.....	20
3.2.2.1. Beklagte.....	20
3.2.2.2. Klägerin	21
3.2.3. Rechtliche Grundlagen	22
3.2.4. Würdigung	25
3.2.4.1. Ablieferungstermin.....	25
3.2.4.2. Offene Arbeiten Werkvertrag Balkonverglasung.....	27
3.2.4.3. Zwischenfazit.....	28
3.2.4.4. Pflichtwidrigkeit der Verspätung	28
3.2.4.5. Mahnung und fruchtloser Ablauf der Nachfrist.....	30
3.2.4.6. Unverzögliche Erklärung des Leistungsverzichts	30
3.2.4.7. Aus der Nichterfüllung entstandener Schaden und Kausalität.....	31

3.3. Fazit Ansprüche aus Ersatzvornahme.....	33
4. Rechtsvorschlag	33
5. Zusammenfassung.....	33
6. Kosten- und Entschädigungsfolgen.....	34
6.1. Kostenstreitwert.....	34
6.2. Gerichtskosten	35
6.2.1. Höhe	35
6.2.2. Verteilung	35
6.3. Parteientschädigungen.....	36
6.3.1. Höhe	36
6.3.2. Verteilung	37

Rechtsbegehren der Hauptklage:

(act. 1)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 157'560.85 zuzüglich Zins von 5% p.a. seit 9. März 2016 auf dem Betrag von CHF 70'000.00, seit 11. Juni 2016 auf dem Betrag von CHF 42'560.85 und seit 27. Juli 2016 auf dem Betrag von CHF 45'000.00 zu bezahlen.
2. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes E._____, Zahlungsbefehl vom 1. März 2017, in diesem Umfang zu beseitigen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Geändertes Rechtsbegehren der Hauptklage:

(act. 22 S. 2)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 131'399.85 zuzüglich Zins von 5% p.a. seit 9. März 2016 auf dem Betrag von CHF 70'000.00, seit 11. Juni 2016 auf dem Betrag von CHF 42'560.85 und seit 27. Juli 2016 auf dem Betrag von CHF 18'839.00 zu bezahlen.
2. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes E._____, Zahlungsbefehl vom 1. März 2017, in diesem Umfang zu beseitigen.
3. Die Widerklage sei abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Rechtsbegehren der Widerklage:

(act. 2 S. 2)

- " 1. Die Klage sei abzuweisen.
2. Die Klägerin sei widerklageweise zu verurteilen, der Beklagten einen Betrag von insgesamt CHF 40'535.60 zuzüglich 5 % Zins seit dem 24. Juli 2016 zu bezahlen, unter Nachklagevorbehalt."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien

Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in C._____. Sie bezweckt den Handel mit und die Montage von Bauprodukten aller Art und ist insbesondere auf den Einbau von Fenstern und Türen bei Neu- und Umbauten spezialisiert (act. 1 Rz. 9 und 3/1). Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D.____ (E.____). Sie ist insbesondere im Bereich der Liegenschaftsverwaltung tätig und erbringt weitere Dienstleistungen, unter anderem im Bereich der Logistik (act. 1 Rz. 10 und 3/2).

b. Prozessgegenstand

Im Rahmen der Sanierung einer Überbauung in F.____ beauftragte die Beklagte die Klägerin mit der Lieferung und Montage von Wohnungseingangstüren und Balkonverglasungen (act. 1 Rz. 11 f.). Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin offene Werklohnansprüche geltend (act. 1 Rz. 28 ff.). Die Beklagte bestreitet das Vorliegen von offenen Ansprüchen der Klägerin soweit sie Schadenersatzforderungen gegen die Klägerin erhebt, welche die klägerische Forderung übersteigen. Sie begründet ihre Gegenforderung damit, dass die Klägerin die vereinbarten Arbeiten teilweise nicht termingerecht oder mangelhaft erbracht habe (act. 2 S. 21 Ziff. 1). Sie habe die offenen Arbeiten daher im Rahmen einer Ersatzvornahme teilweise Dritten übertragen oder selber vorgenommen (act. 2 S. 23 Ziff. 7). Die entsprechenden Kosten seien ihr von der Klägerin zu ersetzen. Überdies sei ihr, der Beklagten, ein Schaden aus Mietzinsausfällen entstanden. Nach Abrechnung der gegenseitigen Ansprüche verbleibe eine Restforderung der Beklagten, welche sie widerklageweise geltend mache (act. 2 S. 24 Ziff. 9 f.).

B. Prozessverlauf

Am 7. August 2017 reichte die Klägerin die Klage mit dem eingangs zitierten Rechtsbegehren ein (act. 1). Nach Eingang des der Klägerin auferlegten Gerichtskostenvorschusses wurde der Beklagten Frist zur Klageantwort angesetzt

(act. 7). Mit Eingabe vom 16. November 2017 reichte die Beklagte ihre Klageantwort ein, welche sie mit einer Widerklage verband (act. 9). Mit Verfügung vom 10. Januar 2018 wurde der Beklagten Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses und der Klägerin Frist zur Widerklageantwort angesetzt (act. 14). Mit Eingabe vom 13. März 2018 erstatte die Klägerin die Widerklageantwort (act. 17). Die Parteien wurden hierauf auf den 28. Juni 2018 zu einer Vergleichsverhandlung vorgeladen, welche zu keiner Einigung führte (Prot. S. 9 f.). Am 5. Juli 2018 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 20). Am 9. Oktober 2018 erstattete die Klägerin die Replik (act. 22). Die Duplik und Widerklagereplik der Beklagten datiert vom 13. Dezember 2018 (act. 25). Schliesslich reichte die Klägerin mit Eingabe vom 14. März 2019 die Widerklageduplik ein (act. 35). Mit Verfügung vom 28. April 2020 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung verzichten, unter Hinweis darauf, dass bei Stillschweigen ein Verzicht angenommen würde (act. 39). Die Parteien erklärten innert Frist den Verzicht auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (act. 41). Das Verfahren erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts sowohl für die Klage als auch für die Widerklage ist unbestritten und ergibt sich aus Art. 17, Art. 14 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit § 44 lit. b GOG.

1.2. Klagereduktion

In der Widerklageantwort räumte die Klägerin ein, dass die Beklagte Zahlungen von CHF 26'161.– geleistet hat, welche von ihr bei Klageerhebung irrtümlicherweise nicht berücksichtigt worden seien. Die offene Forderung aus dem Werkvertrag Schreinerarbeiten betrage somit CHF 18'839.– (act. 17 Rz. 11; zur Unterscheidung zwischen den einzelnen Werkverträgen sogleich, Erw. 2.1). In der Rep-

lik reduzierte die Klägerin ihr Rechtsbegehren infolge dessen auf CHF 131'399.85 (act. 22 S. 2). Eine Beschränkung der Klage ist jederzeit zulässig (Art. 227 Abs. 3 ZPO). Sie stellt einen teilweisen Klagerückzug dar, weshalb die Klage im Umfang von CHF 26'161.– als erledigt abzuschreiben ist (Art. 241 ZPO).

1.3. Widerklage

Die beklagte Partei kann in der Klageantwort Widerklage erheben, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist (Art. 224 Abs. 1 ZPO). Die Beklagte hat mit der Klageantwort Widerklage erhoben (act. 9). Sowohl auf die Hauptklage als auch auf die Widerklage ist aufgrund des Streitwerts das ordentliche Verfahren anwendbar, weshalb die Widerklage zulässig ist. Die weiteren Voraussetzungen der Widerklage sind, soweit sie nicht bereits behandelt wurden (Erw. 1.1.) erfüllt und geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass.

2. Werklohnanspruch der Klägerin

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Beklagte liess im Frühjahr/Sommer 2015 als Bauherrin die aus drei Wohnblöcken bestehende Überbauung G._____ an der H._____ -strasse ... bis ... in F._____ sanieren (nachfolgend G._____ 1/2, 3/4 und 5/6). Im Rahmen des Bauprojekts wurden die Wohnungen verkleinert, so dass aus den insgesamt 18 Wohnungen neu 36 Wohnungen entstanden (act. 1 Rz. 11). Die Klägerin wurde mit der Lieferung und Montage der neuen Wohnungseingangstüren und der Balkonverglasungen beauftragt. Die Arbeiten sind in zwei Vertragswerken geregelt: Gegenstand des ersten Vertrages, unterzeichnet am 9. bzw. 17. März 2015, ist im Wesentlichen die Demontage und Entsorgung der alten Türen und die Lieferung und Montage von 36 neuen Wohnungseingangstüren in allen drei Wohnblöcken (nachfolgend Werkvertrag Schreinerarbeiten; act. 3/4). Der Vertrag bezieht sich auf die klägerische Offerte vom 15. Mai 2015 und enthält einen Kurzbeschreibung. Dem Vertrag sind allgemeine Bedingungen beigefügt, welche die Klägerin unterzeichnete. Die Erbringung der vertraglich vereinbarten Arbeiten ist mit Ausnahme

der Türschilder, der Drücker und Spione sowie der Türschwellen unbestritten (act. 9 S. 5 und 21). Die Parteien vereinbarten einen Pauschalpreis von CHF 75'000.– inkl. MwSt., wobei sich die Beklagte verpflichtete, Akontozahlungen gemäss Baufortschritt zu leisten. Die Beklagte bezahlte bislang insgesamt CHF 56'161.– (act. 1 Rz. 28 und act. 17 Rz. 11).

Gegenstand des zweiten, am 11. und 12. Juni 2015 unterzeichneten Vertrages ist die Lieferung und Montage von Balkonverglasungen mit Schiebeelementen für alle drei Wohnblöcke (nachfolgend Werkvertrag Balkonverglasungen; act. 3/5). Der Vertrag bezieht sich auf die klägerische Offerte Nr. ... und enthält ebenfalls einen Kurzbeschreibung. Dem Vertrag beigefügt sind ebenfalls allgemeine Bedingungen der Beklagten, welche von der Klägerin unterzeichnet wurden. Die Parteien vereinbarten einen Pauschalpreis von CHF 120'000.– inkl. MwSt., wobei sich die Beklagte auch hier verpflichtete, Akontozahlungen gemäss Baufortschritt zu leisten. Es ist unbestritten, dass die Klägerin Leistungen aus diesem Werkvertrag für CHF 113'331.35 erbracht hat (act. 1 Rz. 35 und act. 9 S. 8), sowie, dass die Beklagte hierfür noch keine Zahlungen geleistet hat.

2.2. Parteistandpunkte

2.2.1. Klägerin

Nach Abzug bereits geleisteter Zahlungen verlangt die Klägerin Werklohn im Umfang von CHF 18'839.– aus dem Werkvertrag Schreinerarbeiten (act. 9 S. 23, act. 17 Rz. 11). Die Klägerin behauptet, sie habe alle im Werkvertrag vereinbarten Arbeiten erfüllt. Namentlich habe sie die 36 Wohnungseingangstüren in drei Etappen am 24. April 2015 (G._____ 1/2), am 21. Oktober 2015 (G._____ 3/4) und am 18. März 2016 (G._____ 5/6) geliefert und jeweils im Anschluss montiert. Die Türschilder, Spione und Drücker habe sie jeweils zusammen mit den Türen angebracht (act. 1 Rz. 19 f., act. 22 Rz. 13). Ein Teil der Arbeiten, so auch einzelne Türschilder, Spione und Drücker sei allerdings von der I._____ AG als Subunternehmerin und somit Hilfsperson der Klägerin erbracht worden (act. 22 Rz. 13). Die Lieferung und Montage der Türschwellen sei hingegen nicht Gegenstand des Werkvertrags Schreinerarbeiten gewesen (act. 17 Rz. 23 f.).

In Bezug auf den Werkvertrag Balkonverglasungen behauptet die Klägerin bis Ende März 2016 alle 28 Balkonverglasungen der Wohnungen im Obergeschoss der Wohnblöcke G._____ 1/2, 3/4 und 5/6 und der Wohnungen im Erdgeschoss des Wohnblocks 5/6 geliefert und montiert zu haben. Die geleisteten Arbeiten und das gelieferte Material würden den offerierten Positionen 1-7, 10 und 11 der Offerte vom 18. Mai 2015 und damit folgenden werkvertraglichen Leistungen entsprechen (act. 1 Rz. 25 mit Hinweis auf act. 3/6 und 3/5):

Pos.	Modell/ Menge
1	Lieferung und Montage von 28 Stück Passion 2-tlg. Schiebefenster Flg. L Rahmenbreite: 2260mm, Rahmenhöhe: 1560mm
2	Lieferung und Montage von 14 Stück Passion 2-tlg. Schiebefenster Flg. L Rahmenbreite: 2150mm, Rahmenhöhe: 1420mm
3	Lieferung und Montage von 14 Stück Passion 2-tlg. 1 L/1R Fix Rahmenbreite: 2150mm, Rahmenhöhe: 1050mm
4	Lieferung und Montage von 14 Stück Passion 2-tlg. Schiebefenster Flg. L Rahmenbreite: 2150mm, Rahmenhöhe: 1420mm
5	Lieferung und Montage von 14 Stück Passion 2-tlg. 1L/1R Fix Rahmenbreite: 2150mm, Rahmenhöhe: 1050mm
6	Lieferung und Montage von 14 Stück Passion 4-tlg. 2U/20 Fix Rahmenbreite: 2150mm, Rahmenhöhe: 2450mm
7	Lieferung und Montage von 28 Stück Ecksteher 90°
10	Lieferung und Montage von 32 Stück KST Kopplungsprofilen
11	Lieferung und Montage von 30 Stück Wetterschenkel einteilig

Nicht erbracht habe sie – aufgrund ausstehender Akontozahlungen – einzig die vertraglich vereinbarten Leistungen im Zusammenhang mit den Sitzplatztrennwänden in den Wohnungen im Erdgeschoss der Wohnblöcke G._____ 1/2 und 3/4 (Positionen 8 und 9 der Offerte vom 18. Mai 2015) (act. 1 Rz. 27). Die erbrachten Leistungen würden insgesamt einem Wert von CHF 113'331.35 entsprechen. Davon fordert die Klägerin die Bezahlung von CHF 112'560.85. CHF 770.50 stellt sie mit einer allfälligen Gegenforderung der Beklagten zur Verrechnung (act. 1 Rz. 40 und act. 22 Rz. 27). Die Differenz zum vereinbarten Pauschalpreis begründet die Klägerin mit nicht erbrachten Leistungen im Zusammenhang mit den Sitzplatztrennwänden in den Wohnungen im Erdgeschoss (act. 1 Rz. 35). Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die Beklagte sei mit ihrem Schreiben vom 15. April 2016 vom Werkvertrag Balkonverglasungen im Sinne von Art. 377 OR zurückgetreten. Aufgrund dieses Rücktritts habe sie die Sitzplatztrennwände nicht mehr erstellen müssen, und die Beklagte habe diese von ihr nicht erbrachten Leistungen auch nicht zu entschädigen (act. 1 Rz. 32).

2.2.2. Beklagte

Die Beklagte behauptet bezüglich des Werkvertrages Schreinerarbeiten im Wesentlichen, die Klägerin habe die Türschilder, Drücker und Spione in G._____ 5 nicht geliefert und montiert (act. 9 S. 15, 21). Diese Arbeiten seien von der I._____ AG im Auftrag der Beklagten ausgeführt worden (act. 25 S. 5). Zudem habe die Klägerin die Türschwellen in G._____ 3, 1. und 2. Obergeschoss, nicht geliefert und montiert, obwohl sie hierzu verpflichtet gewesen sei (act. 9 S. 21).

Bezüglich des Werkvertrags Balkonverglasungen bestreitet die Beklagte pauschal deren fachgerechte Fertigstellung (act. 9 S. 6 f.) und dass die Klägerin mit Schreiben vom 15. April 2016 vom Vertrag zurückgetreten sei. Im Übrigen bestreitet sie die Werklohnforderungen der Klägerin nicht (vgl. Erw. 2.1. sowie act. 9 S. 23). Sie führt indes aus, dass ihr zufolge mangelhafter und verzögerter Werkausführung durch die Klägerin Kosten aus Ersatzvornahme von CHF 96'214.60 sowie ein Schaden aufgrund von Mietzinsausfällen über CHF 83'160.– entstanden seien, welche von der Klägerin zu ersetzen seien. Sinngemäss bringt die Klägerin vor, die Kosten von insgesamt CHF 179'374.60 im Umfang der klägerischen Werklohnforderung von CHF 138'839.– zu verrechnen und im darüber hinausgehenden Betrag (CHF 40'535.60) widerklageweise geltend zu machen (act. 9 S. 23 f.).

2.3. Rechtliche Grundlagen

Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (Art. 363 OR). Bei der Bemessung der Vergütung bestehen mehrere Möglichkeiten. Eine davon ist die feste Übernahme des Werks zu einem bestimmten Pauschalpreis. Der Besteller ist in diesem Fall verpflichtet, die vereinbarte Pauschalsumme zu bezahlen (Art. 373 Abs. 1 und 3 OR; GAUCH, Der Werkvertrag, 2011, 6. Aufl., N 900 f.). Hat der Unternehmer eine Leistung, für die ein Pauschalpreis vereinbart wurde, nur zum Teil ausgeführt, schuldet der Besteller vom Pauschalpreis einen Teilbetrag, der zum Pauschalpreis im gleichen Verhältnis steht wie der Wert der erbrachten Teilleistung zum Wert der ganzen Leistung. Der Unternehmer hat anhand der Pauschalberechnung aufzuzeigen, welche einzelnen Leistungen zu welchem "Pau-

schalpreiswert" erbracht wurden (HGer ZH HG140107 vom 12. April 2017 E. 5.3.1).

2.4. Würdigung

Sowohl der Vertrag Schreinerarbeiten als auch der Vertrag Balkonverglasungen sind Werkverträge im Sinne von Art. 363 ff. OR. Damit ist die Klägerin verpflichtet, die in den Werkverträgen definierten Leistungen zu erbringen und die Beklagte hat der Klägerin hierfür den vereinbarten Werklohn zu zahlen (Art. 363 Abs. 1 OR).

Zu prüfen ist zunächst, ob die Klägerin ihre Leistungen aus dem Werkvertrag Schreinerarbeiten vollständig erbracht hat. Die Montage der Türschwelle ist, wie die Klägerin zu Recht geltend macht, im Werkvertrag Schreinerarbeiten nicht erwähnt. Die Beklagte behauptet, es sei für die Parteien klar gewesen, dass die Klägerin auch die Türschwelle zu montieren habe. Sie stellt jedoch keine näheren Behauptungen dazu auf, wann und unter welchen Umständen die Parteien sich diesbezüglich geeinigt hätten. Als Beweis dafür, dass die Montage der Türschwelle Vertragsbestandteil ist, beruft sie sich lediglich auf eine Email vom 21. April 2016 (act. 25 S. 6, act. 11/29). Darin schrieb die Klägerin unter anderem "(...) Die Schlussarbeiten an den Wohnungstüren (Schwelle, Drückergarnituren und Spione) haben Sie zurecht an einen Drittunternehmer vergeben. (...)" Diese Formulierung allein genügt indes nicht für den Nachweis einer entsprechenden Vereinbarung, wie eine Auslegung derselben nach Vertrauensprinzip zeigt. Die Äusserung der Klägerin sagt nichts über eine allfällige vertragliche Abrede betreffend die Türschwelle aus. Die Klägerin hat damit lediglich zum Ausdruck gebracht, dass sie damit einverstanden ist, wenn ein anderer Unternehmer die genannten Arbeiten ausführt. Die Hintergründe dieser Äusserung bleiben dabei unklar. Der Beklagten gelang es somit nicht nachzuweisen, dass die Klägerin zur Lieferung und Montage der Türschwelle vertraglich verpflichtet war. Demnach kann eine allfällige Nichtleistung auch nicht der Klägerin angelastet werden.

Im Werkvertrag Schreinerarbeiten wurde sodann vereinbart, dass die Klägerin nebst den 36 neuen Wohnungseingangstüren Drücker, Schilder und Spione liefert

und montiert. In den allgemeinen Bedingungen des Werkvertrags wurde konkretisiert, dass Drücker und Schilder analog sein müssen mit den bestehenden Drückern und Schildern, welche von den alten Türen zu demontieren sind. Die alten Drücker und Schilder müssen laut Vertrag wieder verwendet, d.h. in die neuen Türen eingebaut werden (act. 3/4 S. 1 und 5). Die Klägerin behauptet, genau dies getan zu haben und stützt sich hauptsächlich auf die (an sie adressierte) Rechnung der I. _____ AG vom 10. November 2016, welche die entsprechenden Arbeiten als Subunternehmerin der Klägerin ausgeführt habe (act. 17 Rz. 24). Die Rechnung umfasst unter anderem die Lieferung von 12 Drückern ("Mega"), 24 Langschildern ("Mega") und 36 Spionen (act. 18/2). Diese Rechnung wurde von der Beklagten lediglich mit Hinweis auf deren Unvollständigkeit bestritten, da die Klägerin die Preise darin abgedeckt hatte. Abgesehen davon bestreitet die Beklagte nicht oder zumindest nicht hinreichend substantiiert, dass die verrechneten Arbeiten tatsächlich geleistet und das Material geliefert wurde (act. 25 S. 5). Auch nachdem die Klägerin mit ihrer Widerklageduplik die vollständige Rechnung der I. _____ AG ohne jegliche Abdeckungen eingereicht hat, hat die Beklagte deren Inhalt nicht bestritten. Vielmehr hat sie überhaupt nicht darauf reagiert (act. 35 Rz. 4 und 36/1).

Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass die Klägerin ihre Leistungen aus dem Werkvertrag Schreinerarbeiten vollständig erbrachte. Hierfür ist sie von der Beklagten im vereinbarten Umfang von CHF 75'000.– inkl. MwSt. zu entschädigen (Art. 363 Abs. 1 und Art. 372 Abs. 1 OR). Unter Berücksichtigung der Tilgung des Werkpreises im Umfang von CHF 56'161.–, schuldet die Beklagte der Klägerin aus dem Werkvertrag Schreinerarbeiten CHF 18'839.–.

Betreffend den Werkvertrag Balkonverglasungen hat die Beklagte die in act. 1 Rz. 25 behaupteten Leistungen und deren Leistungswert von CHF 113'331.35 nicht bestritten (act. 9 S. 6 und 8). Einen Einschlag aufgrund von Mängeln hat die Klägerin nicht zu gewärtigen (vgl. dazu hinten, Erw. 3.1.). Dieser Teilbetrag der vereinbarten CHF 120'000.– entspricht der Summe der erbrachten Leistungen zum Pauschalpreis (vgl. act. 1 Rz. 35). In diesem Umfang ist die Klägerin von der Beklagten zu entschädigen (Art. 363 Abs. 1 und Art. 372 Abs. 1 OR). Aufgrund von

Art. 58 Abs. 1 ZPO kann die Beklagte aber nicht verpflichtet werden, der Klägerin mehr als CHF 112'560.85 zu bezahlen. Ob die zur Verrechnung gestellte Differenz von CHF 770.50 berücksichtigt werden kann, hängt davon ab, ob eine verrechenbare Gegenforderung der Beklagten besteht (dazu sogleich, Erw. 3.).

Ob die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 15. April 2016 vom Werkvertrag Balkonverglasungen zurückgetreten ist, erweist sich hier als nicht weiter relevant. Selbst wenn dem so wäre, würde sie für die von der Klägerin geleistete Arbeit vergütungspflichtig verbleiben. Relevant wäre die Frage indes, wenn die Klägerin für die Differenz zwischen den vereinbarten CHF 120'000.– und den geleisteten CHF 113'331.35 von der Beklagten *die Schadloshaltung* gestützt auf Art. 377 OR verlangen würde. Dies macht die Klägerin aber nicht geltend.

2.5. Fazit Werklohnanspruch der Klägerin

Die Klägerin hat gegen die Beklagte grundsätzlich einen Anspruch aus Werkvertrag im Umfang von CHF 132'170.35 (CHF 18'839.– + CHF 113'331.35). Davon eingeklagt sind CHF 131'399.85 (CHF 18'839.– + 112'560.85).

2.6. Verzugszins Werklohnanspruch

Die Klägerin verlangt Verzugszins von 5% auf den Betrag von CHF 70'000.– seit 9. März 2016, auf den Betrag von 42'560.85 seit 11. Juni 2016 und auf den Betrag von CHF 18'839.– seit 27. Juli 2016 (act. 22 Rz. 35). Sie stützt sich dabei auf die Zahlungsvermerke in den Rechnungen Nr. 4037 vom 27. Februar 2016 (act. 3/21), Nr. 4137 vom 31. Mai 2016 (act. 3/25) und Nr. 4208 vom 16. Juli 2016 (act. 3/27). Die Zinsberechnung bestreitet die Beklagte nicht (act. 25 S. 10).

Befindet sich die Schuldnerin einer Geldforderung in Verzug, so hat sie Verzugszinse zu 5 % pro Jahr zu bezahlen (Art. 104 Abs. 1 OR). In Verzug kommt sie grundsätzlich erst durch Mahnung (Art. 102 Abs. 1 OR). Bei einem Zahlungsvermerk auf einer Rechnung handelt es sich um eine (befristete) Mahnung, sofern der Gläubiger unmissverständlich zu erkennen gibt, dass er die Erbringung der Leistung endgültig verlangt und für den Schuldner zweifelsfrei feststeht, bis wann er zu leisten hat (BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, N 9b zu Art. 102). Vor-

behältlich der Verrechnung (vgl. Erw. 5) ist der Verzugszins im beantragten Umfang ausgewiesen und der Klägerin zuzusprechen.

3. Anspruch der Beklagten aus Ersatzvornahme

3.1. Anspruch gestützt auf mangelhafte Werkausführung

3.1.1. Parteistandpunkte

Die Beklagte behauptet, die Klägerin habe die Arbeiten nicht vertragsgemäss erbracht (act. 9 S. 20 f.), differenziert aber nicht klar, ob die Ausführung der Arbeiten nicht vertragsgemäss war, weil diese *mangelhaft* war (dazu sogleich) oder weil diese *nicht rechtzeitig* erfolgte (vgl. dazu unten, Erw. 3.2.). Soweit die Beklagte die mangelhafte Ausführung geltend macht, behauptet die Beklagte im Wesentlichen, folgende Mängel hätten bei der Ausführung der Arbeiten aus dem Werkvertrag Balkonverglasung vorgelegen (insb. act. 9 S. 15 ff. und act. 25 S. 18 f.):

- a) Risse in verschiedenen Glasscheiben in
 - G._____ 2 (EG und 1. OG rechts)
 - G._____ 1 (2. OG rechts)
 - G._____ 4 (1. OG rechts)
- b) Loch in der Fassade von G._____ 2
- c) Flügelaustausch in G._____ 2 (2. OG links)
- d) Falsch eingesetzte Glaselemente in G._____ 4 (1. OG links und rechts)
- e) Mangelhafte Befestigung der Elemente der Balkonverglasung
- f) Fehlende Unterlagen oder Schiftungen im Boden und Brüstungsbereich
- g) Nicht fachgerecht bzw. nicht innerhalb der SIA-Toleranz ausgeführte Anschlüsse an Decke, Wand, Brüstung, Ecken und Boden
- h) Nicht fachgerecht ausgeführte seitliche und obere Anschlüsse
- i) Risse in den Anschlüssen an der Fassade
- j) Fehlende Abdichtung der Übergänge Fensterbank und Fensterelemente
- k) Nicht fachgerechte, nur punktuelle Befestigung der Deckleisten im Innenbereich mit Silikon sowie nicht fachgerechte Ausführung der Fugen
- l) Verletzungsgefahr beim Öffnen der PSK
- m) Verletzungsgefahr durch lose Aufschraub-Wetterschenkel auf der Brüstung

Die Klägerin bestreitet die mangelhafte Werkausführung (act. 17 Rz. 24 f.).

3.1.2. Rechtliche Grundlagen

Lässt sich bereits während der Ausführung des Werkes eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung durch Verschulden des Unternehmers bestimmt voraussehen, so kann ihm 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 werde (Art. 366 Abs. 2 OR). Der Besteller ist auch berechtigt, die Verbesserung selber vorzunehmen (GAUCH, a.a.O., N 891). Die Ersatzvornahme ist unter drei Voraussetzungen zulässig (vgl. GAUCH, a.a.O., N 872 ff.):

- Während der Werkausführung – was bedeutet, dass der Unternehmer mit dem Werk begonnen, es aber noch nicht vollendet hat – lässt sich eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung bestimmt voraussehen. Eine mangelhafte Erstellung ist voraussehbar, wenn das vollendete Werk bei seiner Ablieferung voraussichtlich einen Werkmangel aufweisen wird. Ein Werk ist mangelhaft, wenn ihm eine vertraglich geforderte Eigenschaft fehlt. Art. 366 Abs. 1 OR erfasst aber nicht nur die mangelhafte Erstellung, sondern auch jegliche andere Vertragswidrigkeiten bei der Ausführung des Werkes. Ausgeklammert bleibt lediglich die nicht rechtzeitige Ausführung. Diese wird von Art. 366 Abs. 1 OR erfasst (GAUCH, a.a.O., N 877).
- 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.

Unter der Verhandlungsmaxime obliegt es den Parteien, die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, schlüssig darzulegen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Sind die Behauptungen nicht schlüssig, führt dies zur Abweisung der Klage. Welche Tatsachen zu behaupten sind, ergibt sich aus dem Tatbestand der materiellrechtli-

chen Anspruchsgrundlage und dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (vgl. BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1 S. 522 f.; 127 III 365 E. 2b S. 368). Dabei folgt die Behauptungslast der Beweislast (Art. 8 ZGB; BGE 132 III 186 E. 4). Bestreitet die Gegenpartei den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast (BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.2; 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1). Die Vorbringen sind dann nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzel-tatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 365 E. 2b S. 368). Ein von der beweisbelasteten Partei ungenügend substantiierter Tatsachenvortrag ist einem unbewiesenen Sachverhalt gleichzusetzen (vgl. MARKUS/HUBER-LEHMANN, Zivilprozessuale Grundsätze der Sachverhaltsermittlung, ZBJV 154/2018, S. 283 mit Hinweis auf BGer 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.5; BGer 5P.210/2005 vom 21. Oktober 2005 E. 4.1).

Der Besteller, der aus der Mangelhaftigkeit des Werkes Mängelrechte herleitet, ist bezüglich des Werkmangel als rechtsbegründende Tatsache behauptungs- und beweisbelastet (Art. 8 ZGB; GAUCH, a.a.O., N 1507). Zu einem Beweisverfahren kommt es aber nur, sofern diesbezüglich rechtserhebliche Tatsachen strittig sind (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Zudem 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 deshalb nicht abzunehmen (BGE 115 II 305).

3.1.3. Würdigung

Die behaupteten Mängel betreffen nur den Werkvertrag Balkonverglasungen; gegenteilige Anhaltspunkte sind nicht ersichtlich. Diese Arbeiten hat die Klägerin unbestrittenermassen nicht vollendet. Sie räumt selber ein, dass Ende März 2016 die Lieferung und Montage der vier Sitzplatztrennwände in den Erdgeschossen noch nicht erfolgt war und sie ihre Arbeit diesbezüglich eingestellt habe (act. 1 Rz. 27). Die von der Beklagten behaupteten Werkmängel sind daher nach Art. 366 Abs. 2 OR zu beurteilen (und nicht etwa nach Art. 367 ff. OR).

Die Ansprüche der Beklagten aus Art. 366 Abs. 2 OR scheitern bereits wegen ungenügender Substantiierung. Die Beklagte beschränkt sich auf eine stichwortartige Erwähnung von Unregelmässigkeiten ohne diese genauer zu umschreiben und zu begründen, weshalb es sich dabei um Werkmängel handeln soll. Namentlich sind den Ausführungen der Beklagten weder die Gründe noch die näheren Umstände des Flügelaustausches in G._____ 2 zu entnehmen. Es ist nicht nur unklar, inwiefern mangelhafte Werkausführung durch die Klägerin einen Flügelaustausch nötig gemacht haben soll, sondern auch, ob die Beklagte aus diesem Flügelaustausch im vorliegenden Verfahren überhaupt Ansprüche ableitet (vgl. act. 9 S. 19). Auch in Bezug auf den Vorwurf falsch eingesetzter Glaselemente in G._____ 4 macht die Klägerin keinerlei näheren Angaben. Bezüglich der behaupteten Mängel e) bis m) fehlt es sodann durchwegs an einer Lokalisierung der behaupteten Unregelmässigkeiten. Es ist nicht ersichtlich, wo und in welcher Zahl diese aufgetreten sind. Sodann genügt die pauschale Umschreibung "nicht fachgerecht ausgeführte ..." nicht, da es sich dabei bereits um eine Würdigung handelt. Notwendig wäre eine Darstellung jener Tatsachen, die zum Schluss geführt haben, dass die Installation nicht fachgerecht ausgeführt wurde. Schliesslich bleibt unklar, woraus sich die Verletzungsgefahr beim Öffnen der PSK ergibt und was überhaupt eine PSK ist.

Nebst ungenügender Substantiierung scheitert ein Anspruch aus Art. 366 Abs. 2 OR auch an der Beweislage. Nachdem die Klägerin das Vorliegen der geltend gemachten Unregelmässigkeiten bestritten hat (act. 17 Rz. 24 f.), wären diese von der Beklagten zu beweisen gewesen. Mit den offerierten Beweismitteln lässt sich allerdings nicht nachweisen, dass die fraglichen Umstände tatsächlich vorliegen, selbst wenn die Beklagte die relevanten Tatsachen genügend substantiiert hätte. Die Ansetzung von Fristen zur Mängelbehebung (act. 11/19 und 11/24) beweist nicht den Mangel, sondern nur dessen Beanstandung. Die Offerte der J._____ AG (act. 11/28) enthält zwar eine Position für den Ersatz von drei Gläsern. Dass es sich dabei um den Ersatz jener Gläser handelt, welche die beanstandeten Risse aufwiesen, geht daraus nicht hervor. Zudem offerierte die J._____ AG nur drei Gläser, während die Beklagte insgesamt vier Risse in Glas-scheiben geltend macht. Sodann gibt die Offerte auch keinen Aufschluss darüber,

ob die Risse in den Gläsern einen der Klägerin anzulastenden Werkmangel darstellen oder womöglich durch andere, nicht von der Klägerin zu verantwortende Umstände, verursacht wurden. Weshalb der Beklagten mit der Offerte der J._____ AG die Demontage und Neumontage sämtlicher 28 Balkon-Fenster unterbreitet wird, geht aus den Rechtsschriften nicht hervor. Jedenfalls lässt sich daraus nichts Konkretes zur behaupteten mangelhaften Werkausführung durch die Klägerin ableiten.

Bezüglich der Mängel e) bis m) stützt sich die Beklagte auf eine Stellungnahme der K._____ GmbH (act. 26/43). Der Verfasser dieser Stellungnahme relativiert deren Beweiskraft bereits selber, indem er darauf hinweist, dass es sich dabei nicht um eine Expertise handle, sondern nur um eine Hilfestellung, um die Bauarbeiten fachgerecht beenden zu können. Er sei auch nicht auf jedem Balkon gewesen und könne daher nur eine Einschätzung abgeben (act. 26/43 S. 1). Dem entspricht, dass die Stellungnahme nur cursorisch und stichwortartig verfasst ist und keinen Aufschluss darüber gibt, wo in den drei Gebäuden die beanstandeten Umstände überhaupt angetroffen wurden. Sodann enthält die Stellungnahme verschiedentlich sehr offene Formulierungen wie "Viele Anschlüsse an Decke, Wand, Brüstung, Ecken und Boden sind nicht fachmännisch gemacht (...)", welche zum Nachweis eines Werkmangels nicht geeignet sind, da unklar bleibt, worin der konkrete Mangel besteht. Hinzu kommt, dass die Stellungnahme von der Beklagten in Auftrag gegeben wurde und ihr daher – vergleichbar mit einem Privatgutachten – aufgrund ihrer Nähe zu einer Partei, keine entscheidende Bedeutung beim Nachweis strittiger Tatsachen zukommen kann. Selbst wenn also von hinreichenden Behauptungen der Beklagten zu den Mängeln e) bis m) ausgegangen würde, gelingt ihr deren Nachweis nicht. Daran ändert auch die offerierte Zeugeneinvernahme des Verfassers der Stellungnahme L._____ nichts, da er angesichts der bereits in der Stellungnahme angebrachten Vorbehalte und des nicht unerheblichen Zeitablaufs kaum sachdienlichere Aussagen zum damaligen Zustand der Balkonverglasungen machen könnte als er es in seiner Stellungnahme getan hat. Auch die offerierten Aussagen von M._____ und N._____, welche offenbar für die Abwicklung des vorliegenden Bauprojekts seitens der Beklagten zuständig waren, würden

nichts ändern. Aufgrund ihrer Nähe zur Beklagten könnte zum Nachweis der behaupteten Mängel nicht entscheidend auf ihre Aussagen abgestellt werden.

Bezüglich der behaupteten Mängel a) bis d) hat die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 23. März 2016 nachweislich Frist zur Behebung (act. 11/24) angesetzt. Die Fristansetzung wurde überdies mit der Androhung der Ersatzvornahme verbunden (act. 11/24 S. 2). Für die anderen, namentlich gestützt auf die Stellungnahme der K._____ GmbH behaupteten Mängel e) bis m) liegt keine schriftlich dokumentierte Ansetzung einer Abhilfefrist verbunden mit der Androhung der Ersatzvornahme vor. Weder den Behauptungen der Beklagten noch den eingereichten Beweismitteln lassen sich solche Fristansetzungen entnehmen. Ein Anspruch der Beklagten aus Art. 366 Abs. 2 OR scheitert bezüglich der behaupteten Mängel e) bis m) somit auch am Erfordernis der Fristansetzung.

3.1.4. Zwischenfazit

Es fehlt an hinreichend substantiierten Behauptungen für das Vorliegen von Werkmängeln sowie an tauglichen Beweisen, die einen Werkmangel beweisen könnten. Der Tatsachenvortrag der Beklagten muss insbesondere bezüglich der behaupteten Mängel a) bis d) als unbewiesen gelten. Bezüglich der Mängel e) bis m) fehlt es überdies an der Ansetzung einer Frist zur Behebung unter Androhung der Ersatzvornahme. Unter diesen Umständen war die Beklagte nicht zu einer Ersatzvornahme im Sinne von Art. 366 Abs. 2 OR berechtigt. Die Beklagte hat deshalb keinen Anspruch auf Ersatz von Kosten, die im Zusammenhang mit der Behebung bzw. Verbesserung der (behaupteten) Werkmängel entstanden sind.

3.2. Ansprüche der Beklagten aus nicht rechtzeitiger Werkausführung

3.2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Es ist unbestritten, dass die Klägerin die 36 Wohnungseingangstüren gemäss Werkvertrag Schreinerarbeiten rechtzeitig geliefert und montiert hat. Unstrittig ist auch, dass die Klägerin keine Türschwellen geliefert und montiert hat. Ebenfalls ist unstrittig, dass die Klägerin die vier gemäss Werkvertrag Balkonverglasungen

zu erstellenden Sitzplatztrennwände der Wohnungen im Erdgeschoss in den Häusern G._____ 1/2 und G._____ 3/4 weder geliefert noch montiert hat.

3.2.2. Parteistandpunkte

3.2.2.1. Beklagte

Soweit die Beklagte geltend machen will, die Klägerin habe die ihr übertragenen Arbeiten *nicht rechtzeitig* ausgeführt, so erweisen sich ihre Ausführungen nicht als restlos schlüssig. Es ist unklar, ob sie ihre Behauptung auf die Montage der Trennwände beschränken will (act. 9 S. 21) oder nicht (act. 25 S. 19). Im Wesentlichen ist davon auszugehen, dass die Beklagte die nicht rechtzeitige Ausführung nachfolgender Arbeiten geltend macht (act. 9 S. 21):

- Lieferung und Montage der Türschwellen (G._____ 3; 1. OG und 2. OG)
- Montage der Türschilder, Drücker und Spione (G._____ 5 und 6)
- Montage der Sitzplatztrennwände (G._____ 1/2 und G._____ 3/4; EG)
- Montage der fehlenden Abschlüsse und Abdeckungen (G._____ 1-6)
- Entsorgung der alten Geländer und Verglasungen (G._____ 1-6)

Der Ablieferungstermin ergebe sich aus den Bauprogrammen: Für das Haus 3 sei der 14. August 2015, für das Haus 4 der 28. August 2015, für das Haus 5 der 18. September 2015 und für das Haus 6 der 9. Oktober 2015 als Ablieferungstermin vereinbart worden. Die Bauprogramme seien der Klägerin bekannt gewesen und sie habe diese akzeptiert (act. 25 S. 17, mit Verweis auf act. 11/2 und 26/40). Die Klägerin habe mit der Werkausführung begonnen, danach sei es zu Verzögerungen gekommen, was die Beklagte wiederholt beanstandet habe. Die Beklagte habe die Klägerin wiederholt zur Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten angehalten, teilweise unter Androhung der Ersatzvornahme (act. 9 S. 11 ff.). Da die Klägerin das Werk trotz mehrmaliger Aufforderung nicht vollendet habe, habe die Beklagte eine Offerte für die Fertigstellung der offenen Arbeiten bei der J._____ AG eingeholt (act. 9 S. 16). Die offenen Arbeiten habe sie in der Folge durch Drittunternehmer ausführen lassen oder selber vorgenommen. Die Kosten dieser Ersatzvornahme beliefen sich gesamthaft auf CHF 96'214.60 und seien von der Klägerin zu ersetzen (act. 9 S. 23).

Sodann sei der Beklagten ein Mietzinsausfall für die Häuser G._____ 1 bis 6 von total CHF 83'160.– (CHF 41'580.– pro Monat) entstanden (act. 9 S. 19). Die geplanten und vereinbarten Bezugstermine ergäben sich wie folgt aus dem Bauprogramm: Häuser bis und mit 4: 1. September 2015, Haus 5: 1. Oktober 2015 und Haus 7: 1. November 2015. Die Vermietung sei aufgrund der offenen Arbeiten der Klägerin jedoch erst ab Ende Februar 2016 erfolgt (act. 25 S. 14). Es sei nicht möglich, Mietwohnungen im Rahmen von Erstvermietungen zu vermitteln, wenn wesentliche Arbeiten nicht abgeschlossen seien. Auch wenn die Fertigstellungsarbeiten nach Entfernung des Gerüsts und Vollendung der Umgebungsarbeiten grundsätzlich von aussen erfolgen konnten, habe bereits im Zeitpunkt, da mit Erstvermietungsangeboten auf den Markt gegangen werden müsse, ein derartiger Verzug in den Arbeiten der Klägerin bestanden, dass Mieter abgeschreckt worden wären (act. 25 S. 21 f.). Im Vergleich zum Bauprogramm ergebe sich eine Verzögerung von zwei bis sechs Monaten, wovon die Beklagte zwei Monate geltend mache (act. 25 S. 23). Wegen der offenen Arbeiten habe ein Vorbehalt in die Mietverträge aufgenommen werden müssen, wonach die Montage der Balkonverglasung sowie der Trennwände für die Unterteilung der Balkone und Sitzplätze noch nicht erfolgt sei, wobei die Mieter für ausstehende Arbeiten am Gebäude oder der Umgebung keinen Anspruch auf Mietreduktion hätten (act. 25 S. 21 f.).

3.2.2.2. Klägerin

Die Klägerin bestreitet Ersatzansprüche aus nicht rechtzeitiger Werkausführung. Nur dem Werkvertrag Balkonverglasungen sei ein Bauprogramm beigelegt worden. Dieses enthalte bezüglich der von der Klägerin geschuldeten Leistungen indessen keine zeitlichen Vorgaben. Ein Bauprogramm diene überdies nur der Information und sei grundsätzlich unverbindlich. Es seien keine vertraglichen Fristen vereinbart worden (act. 35 Rz. 8).

Bezüglich des Werkvertrages Balkonverglasungen macht sie geltend, bis Ende März 2016 alle geschuldeten Arbeiten – namentlich auch die Abschlüsse und Abdeckungen der Häuser G._____ 1 bis 6 – sowie die Entsorgungsarbeiten erbracht zu haben (act. 17 Rz. 24). Nicht ausgeführt habe sie lediglich die Lieferung und Montage der vier Sitzplatztrennwände der EG Wohnungen G._____ 1/2 und 3/4.

Für diese Teilleistung habe die Klägerin ihre Arbeit per Ende März 2016 zulässigerweise eingestellt, da zu diesem Zeitpunkt Akontozahlungen von insgesamt CHF 70'000.– ausstehend gewesen seien. Da die Beklagte sich in Zahlungsverzug befunden habe, sei sie zur Einstellung der Arbeit bezüglich der Sitzplatztrennwände berechtigt gewesen (act. 1 Rz. 27 ff., act. 17 Rz. 25).

Als Beweis für die vollständig ausgeführten Arbeiten gemäss Werkvertrag Balkonverglasungen verweist die Klägerin auf Lieferscheine der O._____ GmbH (act. 3/11, 3/13, 3/14, 3/15), auf ein Privatgutachten des Bauingenieurs P._____ (act. 18/1) sowie auf eine Fotodokumentation (act. 3/16, 3/18). Um die Lieferung und Montage der insgesamt 36 Spione, Drücker und Schilder für die 36 Wohnungseingangstüren aus dem Werkvertrag Schreinerarbeiten nachzuweisen, beruft sich die Klägerin auf eine Rechnung der I._____ AG vom 10. November 2016 (act. 18/2).

In Bezug auf die Mietzinsausfälle vertritt die Klägerin den Standpunkt, dass die behaupteten offenen Arbeiten im Zusammenhang mit den Balkonverglasungen der Vermietung der Wohnungen offensichtlich nicht entgegengestanden haben. Dies ergebe sich aus dem von der Beklagten selber angeführten Vorbehalt in den Mietverträgen. Angesichts dessen sei nicht ersichtlich, weshalb die Beklagte die Wohnungen nicht bereits früher vermietet habe (act. 35 Rz. 17).

3.2.3. Rechtliche Grundlagen

Der Unternehmer ist verpflichtet, das geschuldete Werk rechtzeitig herzustellen und abzuliefern. Verspätet er sich mit der geschuldeten Leistung, gerät er bei gegebenen Voraussetzungen in Schuldnerverzug. Zwei Fälle sind zu unterscheiden: Der Verzug vor Eintritt des Ablieferungstermins (Art. 366 Abs. 1 OR) und der Verzug mit der Ablieferung des Werkes (Art. 103 - 109 OR).

Art. 366 Abs. 1 OR setzt einen Verzug in der Ausführung des Werkes voraus. Dieser Schuldnerverzug tritt ein, wenn der Unternehmer sich mit der Herstellung des geschuldeten Werkes (objektiv) pflichtwidrig verspätet und vom Besteller – soweit erforderlich – gemahnt wird (Art. 102 Abs. 1 OR). Eine entsprechende Ver-

spätung liegt vor, wenn der Unternehmer mit der Ausführung des Werkes so sehr im Rückstand ist, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist, wenn er das Werk nicht rechtzeitig beginnt oder die Ausführung in vertragswidriger Weise verzögert. Das Letztere trifft z.B. dann zu, wenn der Unternehmer vereinbarte Zwischentermine oder einen vereinbarten Vollendungstermin verpasst, mit dem Fortschritt der Arbeit hinter einem verbindlichen Zeitprogramm zurückbleibt oder Arbeitsmittel und Arbeitskräfte in so unzureichender Weise einsetzt, dass die Einhaltung des Ablieferungstermins ohne Abhilfe gefährdet wird (GAUCH, a.a.O., N. 668 ff.). Entgegen der Meinung der Beklagten gibt die nicht rechtzeitige Vornahme der Arbeit, wie sie in Art. 366 Abs. 1 OR umschrieben ist, dem Besteller kein Recht, nach Art. 366 Abs. 2 OR vorzugehen (GAUCH, a.a.O., N. 894a).

Kommt der Unternehmer mit der Ablieferung des geschuldeten Werkes in Verzug, beurteilen sich die Rechtsfolgen nach den allgemeinen Verzugsregeln (Art. 103 - 109 OR). Dieser Verzugsfall setzt voraus, dass der Unternehmer trotz eingetretene dem Ablieferungstermin das geschuldete Werk pflichtwidrig noch nicht vollendet oder das vollendete Werk pflichtwidrig noch nicht abgeliefert hat. Überdies muss der Besteller den Unternehmer erfolglos gemahnt haben, es sei denn eine Mahnung erübrige sich ausnahmsweise (vgl. Art. 102 Abs. 2 OR oder Art. 108 Ziff. 1 OR; GAUCH, a.a.O., N. 659). Gerät der Unternehmer mit der Ablieferung in Verzug, hat der Besteller mehrere Optionen: Entweder kann er weiterhin vom Unternehmer die Erfüllung der werkvertraglichen Leistung verlangen oder er kann – nach fruchtlosem Ablauf einer angemessenen Nachfrist – durch unverzügliche Erklärung auf die noch offene Leistung verzichten (Art. 107 Abs. 2 OR, 1. Wahlrecht zwischen Festhalten und Verzicht auf Leistung). Verzichtet der Besteller auf die noch offene Leistung, kann er sodann entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder er kann vom Werkvertrag zurückzutreten und Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens fordern (Art. 107 Abs. 2 OR und Art. 109 Abs. 2 OR; 2. Wahlrecht zwischen Nichterfüllungsschaden und Rücktrittsschaden). Entscheidet sich der Besteller, den Nichterfüllungsschaden geltend zu machen, so richtet sich dieser nach Art. 97 OR. Entsprechend wird das Verschulden des Unternehmers vermutet und es obliegt diesem in Umkehr der Beweislast, zu beweisen, dass ihn kein Ver-

schulden am Verzug trifft (Art. 97 Abs. 1 OR; GAUCH, a.a.O., N 662a). Insbesondere kann sich der Unternehmer durch den Nachweis exkulpieren, dass ein Zufall oder ein ihm nicht zuzurechnendes Drittverschulden die Leistungsunmöglichkeit oder nichtgehörige Erfüllung bewirkt hat (BSK OR I-WIEGAND, N 42 zu Art. 97). Verlangt der Besteller Schadenersatz wegen Nichterfüllung, hat er Anspruch auf den Ersatz des positiven Interesses. Er ist so zu stellen, als wäre der Vertrag vereinbarungsgemäss erfüllt worden (BSK OR I-WIEGAND, N 16 f. zu Art. 107). Die Kosten der Ersatzvornahme kann der Besteller bei einem Vorgehen nach Art. 107 OR als Schadenersatzbestandteil geltend machen. Einer richterlichen Ermächtigung zur Ersatzvornahme bedarf der Besteller nicht, es sei denn er greife damit in die Rechtssphäre des Unternehmers ein (vgl. BSK OR I-WIEGAND, N 8 zu Art. 98). Anzufügen ist schliesslich Folgendes: Hat sich der Besteller für Schadenersatz wegen Nichterfüllung entschieden, und sind die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt, stellt sich die Frage, was mit der Gegenleistung geschehen soll. Obwohl in Art. 107 Abs. 2 nicht explizit geregelt, kann der Besteller nach herrschender Lehre diesbezüglich wählen, ob er nach der Austausch- oder nach der Differenztheorie vorgehen will. Geht der Besteller nach der Austauschtheorie vor, so hat der Besteller gegenüber der Unternehmerin einen Anspruch auf Schadenersatz, bleibt aber seinerseits zur Leistung des Werklohnes verpflichtet. Nach der Differenztheorie dagegen kann der Besteller den Wert seiner Gegenleistung an seinen Ersatzanspruch anrechnen lassen und von der Unternehmerin die Differenz verlangen (HUGUENIN, Obligationenrecht, 3. Auflage 2019, N 902 und N 965).

An der Pflichtwidrigkeit der Verzögerung in der Ausführung des Werks oder mit der Ablieferung desselben fehlt es, wenn die Leistung des Unternehmers objektiv unmöglich geworden ist oder ein anderer Grund vorliegt, der die Verzögerung rechtfertigt. Eine Verzögerung kann etwa gerechtfertigt sein, wenn der Unternehmer befugt ist, seine Leistung einredeweise zu verweigern. In diesem Falle gerät er nicht in Verzug, solange das Einrederecht besteht und er davon Gebrauch macht. Insbesondere ist die Leistungsverzögerung gerechtfertigt, solange der Unternehmer die Arbeit gestützt auf Art. 82 OR berechtigterweise einstellt (GAUCH, a.a.O., N. 677). Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags setzt voraus, dass sowohl die vom Schuldner verlangte Leistung als auch die ihm zustehende Gegenlei-

tung fällig sind (BSK OR I-SCHROETER, a.a.O., N 41 f. zu Art. 82, m.w.H.). Im Rahmen des Werkvertrages ist der Unternehmer deshalb zur Arbeitseinstellung befugt, wenn er aufgrund vertraglicher Vereinbarungen (dazu sogleich) ganz oder teilweise von seiner Vorleistungspflicht entbunden wurde, solange seine Arbeiten einzustellen, bis er die fällige Akonto- oder Teilzahlung des Bestellers erhält und die Einstellung im Verhältnis zum ausstehenden Vergütungsbetrag nicht unverhältnismässig ist (GAUCH, a.a.O., N 1281 f.).

Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, hat der Besteller die Vergütung bei Ablieferung des Werkes zu zahlen (Art. 372 Abs. 1 OR). Stattdessen können die Parteien vereinbaren, dass die geschuldete Vergütung ganz oder zum Teil schon vor der Ablieferung des Werkes fällig wird. Bei Vergütungsleistungen, die vor der Ablieferung fällig werden, handelt es sich um endgültige Gesamt- oder Teilzahlungen oder um Akontozahlungen, die nur vorläufigen Charakter haben, indem sie auf Anrechnung an den umfangmässig erst später zu ermittelnden (gesamten) Vergütungsanspruchs des Unternehmers und damit unter Vorbehalt einer definitiven Abrechnung erfolgen. Derartige Akontozahlungen sind "Vorauszahlungen", wenn der Besteller sie vor Erbringung der entsprechenden Gegenleistung des Unternehmers zu erbringen hat, so dass im Umfang des jeweils fälligen Betrages die gesetzliche Vorleistungspflicht des Unternehmers beseitigt wird. Oder es sind "Abschlagszahlungen", die nach Massgabe bereits erbrachter Leistungen des Unternehmers anfallen. In beiden Fällen wird der Vergütungsanspruch des Unternehmers im Umfang der jeweiligen Zahlung erfüllt (GAUCH, a.a.O., N 1162 ff.).

3.2.4. Würdigung

3.2.4.1. Ablieferungstermin

Die den Verträgen angehängten Allgemeinen Bedingungen bezeichnen die im Terminprogramm gesetzten Termine als absolut verbindlich (act. 3/4 S. 3 und act. 3/5 S. 3). Unter dem Titel "spez. Vereinbarungen" sehen die Allgemeinen Bedingungen eine Bauzeit von voraussichtlich acht Wochen pro Wohnblock vor, wobei das definitive Bauprogramm vorbehalten bleibt (act. 3/4 S. 5 und act. 3/5 S. 5). Ein Bauprogramm ist nur dem Werkvertrag Balkonverglasung beigelegt (act. 3/5

S. 6 ff.). Dieses gibt jeweils pro Haus über die Terminierung der Arbeiten verschiedener Bauunternehmer Auskunft. In Bezug auf die von der Klägerin geschuldeten Arbeiten sind nur Termine für die Position "Demontage Wohnungstüren" aufgeführt. Für die aufgeführte Position "Montage Wohnungstüren" enthält das Bauprogramm keine Termine. Die Position "Fenster Demontage/Montage Bäder aussen" betrifft offensichtlich eine nicht streitgegenständliche Arbeit der Klägerin. Schliesslich führt das Bauprogramm unabhängig von den einzelnen Bauunternehmern jeweils für jedes Haus den Termin für die Position "Abnahme/Bezug" auf: Für das Haus 3 ist die Kalenderwoche 33, für das Haus 4 die Kalenderwoche 35, für das Haus 5 die Kalenderwoche 38 und für das Haus 7 die Kalenderwoche 41 als Termin für "Abnahme/Bezug" vorgesehen (act. 3/5). Unter Bezugnahme auf ein Telefonat mit der Klägerin hielt die Beklagte mit Emails vom 21. und 24. August 2015 fest, dass die Lieferung und Montage der Balkonverglasungen in G._____ Nr. 1 und 2 in der Kalenderwoche 38 zu erfolgen hat und die Übrigen in Kalenderwoche 42. Weiter hielt sie fest, dass bis Ende Oktober (Kalenderwoche 44) alle Balkonverglasungen montiert sein müssen (act. 11/4). Die Klägerin bestreitet, dass diese Emails verbindliche Zeitvorgaben für die Fertigstellung der Balkonverglasungen enthielten, da sie diesen nicht zugestimmt habe (act. 17 S. 5). Allerdings hat die Klägerin diese Terminvorgaben auch nicht abgelehnt, vielmehr hat sie überhaupt nicht darauf reagiert. Im geschäftlichen Verkehr ist jedoch davon auszugehen, dass ein Vertragspartner, der mit einer Terminvorgabe nicht einverstanden ist, dagegen opponiert. Insofern ist von einem stillschweigenden Akzept des von der Beklagten mitgeteilten Ablieferungstermins auszugehen (vgl. Art. 6 OR). Dass eine entsprechende Terminvereinbarung der Parteien vorlag, wird auch durch die Email der Klägerin vom 22. Oktober 2015 belegt, worin sie festhielt, dass sich die "geplante Montage der Balkonverglasungen (...) von Kalenderwoche 43 auf Kalenderwoche 46 verschieben werde." (act. 11/10). Überdies korrelieren diese Terminvorgaben auch ungefähr mit den Angaben im Bauprogramm für die Position "Abnahme/Bezug". Die klägerische Behauptung, wonach kein Ablieferungstermin vereinbart worden sei, ist vor diesem Hintergrund in Bezug auf den Werkvertrag Balkonverglasungen nicht nachvollziehbar (act. 17 S. 8).

Insgesamt ist davon auszugehen, dass sich die Parteien einig waren, dass die Balkonverglasung in den Häusern G._____ 1 und 2 in der Woche 38 2015 und in den übrigen Häusern in der Woche 42 2015 erstellt werden, alle Verglasungen aber spätestens bis Ende Oktober 2015 (Woche 44) zu montieren sind. Im Werkvertrag Schreinerarbeiten wurde dagegen kein verbindlicher Ablieferungstermin vereinbart. Für den Fall, dass kein Endtermin vereinbart worden ist, macht die Beklagte geltend, dass der Klägerin nur so viel Zeit zur Verfügung stehen würde, wie ein versierter Fachmann benötigen würde, ohne hieraus jedoch konkrete Schlüsse zu ziehen (act. 25 S. 12). Mangels verbindlichem Ablieferungstermin betreffend die Arbeiten aus dem Werkvertrag Schreinerarbeiten, fallen Ansprüche gestützt auf eine verspätete Ablieferung schon deshalb ausser Betracht und die Prüfung der weiteren Voraussetzungen erübrigt sich diesbezüglich.

3.2.4.2. Offene Arbeiten Werkvertrag Balkonverglasung

Mit Schreiben vom 2. Dezember 2015 und vom 9. Februar 2016 beanstandete die Beklagte, die Anschlüsse und Abdeckungen in G._____ 1 und 2 seien noch nicht fertiggestellt (act. 11/13, act. 11/19). Mit Schreiben vom 23. März 2016 rügte die Beklagte, die Abschlüsse und Abdeckungen in G._____ 1 bis 6 seien noch nicht komplett fertiggestellt (act. 11/24). Die Klägerin stellte in ihrer Email vom 21. April 2016 fest, dass die restlichen Arbeiten in Bezug auf die Deckleisten in einigen Arbeitsgängen zu erledigen seien (act. 11/29). Mit Schreiben vom 13. Juli 2016 hielt sie als Ergebnis eines Rundganges fest, dass nebst den Sitzplatzverglasungen noch Deckleisten und Wetterschenkel fehlten (act. 11/29 und 11/34). Damit steht fest, dass die Klägerin gewisse Abdeckungen und Abschlüsse bis zum vereinbarten Ablieferungstermin nicht angebracht hatte. Allerdings lässt sich den Ausführungen der Beklagten nicht entnehmen, wo genau und in welchem Umfang bzw. welcher Zahl Abschlüsse und Abdeckungen fehlten. Die pauschale Behauptung, die Montage der fehlenden Abschlüsse und Abdeckungen seien bei den Gebäuden G._____ 1-6 nicht rechtzeitig erfolgt, erweist sich damit als ungenügend substantiiert.

Die implizite Behauptung der Beklagten, die Klägerin sei vertraglich verpflichtet gewesen, die alten Geländer und Verglasungen in G._____ 1-6 zu entsorgen, be-

streitet die Klägerin nicht (act. 9 S. 15 und act. 17 S. 10). Sie bestreitet jedoch, dieser Pflicht nicht nachgekommen zu sein (act. 17 S. 10). Die Beklagte offeriert für ihre Behauptung keinen genügenden Beweis. Ihr Schreiben vom 23. März 2016, worin sie die Klägerin auffordert, die entsprechenden Entsorgungsarbeiten vorzunehmen, genügt nicht.

Fest steht einzig, dass bis zum Ablieferungstermin (Woche 38 2015 für G._____ 1/2 und Woche 42 2015 für G._____ 3/4) die Sitzplatztrennwände der EG-Wohnungen der Häuser G._____ 1/2 und G._____ 3/4 nicht montiert wurden (act. 11/34). Dies hat die Klägerin wiederholt selber eingeräumt.

3.2.4.3. Zwischenfazit

Die Klägerin hat trotz eingetretener Ablieferungstermine (Woche 38 2015 für G._____ 1 und 2; Woche 42 2015 für G._____ 3/4 und 5/6) nicht alle gemäss Werkvertrag Balkonverglasung geschuldeten Arbeiten erbracht. Namentlich ist sie ihrer Pflicht in Bezug auf die Lieferung und Montage der Sitzplatztrennwände in den Parterre-Wohnungen nicht nachgekommen. In Bezug auf alle übrigen geltend gemachten offenen Arbeiten fehlt es an hinreichenden Behauptungen bzw. Beweisen. Die nachteiligen Folgen der ungenügenden Substantiierung bzw. der Beweislosigkeit hat die Beklagte zu tragen.

Die Kosten, die der Beklagten in Bezug auf die Lieferung und Montage der Sitzplatztrennwände in den Parterre-Wohnungen, welche die Klägerin nicht ausgeführt hat, erwachsen sind, könnte diese unter dem Titel des Nichterfüllungsschadens von der Klägerin erhältlich machen (Art. 107 Abs. 2 OR). Ob die Voraussetzungen hierzu erfüllt sind, ist nachfolgend zu untersuchen.

3.2.4.4. Pflichtwidrigkeit der Verspätung

Die Klägerin bestreitet einen Verzug, da die Zahlungsausstände der Beklagten einen solchen ausschliessen würden (act. 1 S. Rz. 53). Obwohl die Leistung von Akontozahlungen gemäss Baufortschritt vereinbart gewesen sei, habe die Beklagte die Akontorechnungen Nr. 4001 vom 11. Januar 2016 über CHF 25'000.– sowie Nr. 4037 vom 27. Februar 2016 über CHF 70'000.– für die Lieferung und

Montage der Balkonverglasungen nicht bezahlt (act. 22 Rz. 22 mit Verweis auf act. 3/20 und 3/21). Die Beklagte bestreitet einen Zahlungsverzug ihrerseits, da die Klägerin einerseits nicht befugt gewesen sei, den Umfang der gestellten Rechnung im Sinne einer Akontozahlung selbständig festzusetzen. Vielmehr sei es der Wille der Parteien gewesen, dass nach jeweiliger Arbeitsleistung gemeinsam der Umfang des zu bezahlenden Betrages vereinbart werde. Andererseits habe sich die Klägerin selbst mit ihrer Leistung in Verzug befunden. Dies sei auch der Grund gewesen, weshalb sie mehrmals von der Beklagten zur ordnungsgemässen Leistungserbringung angehalten worden sei (act. 9 S. 22 f.).

Die Beklagte kann die Klägerin nur dann zur Leistung anhalten, wenn deren Leistung fällig ist. Da die Klägerin die Einrede gemäss Art. 82 OR erhoben hat, ist darüber hinaus erforderlich, dass die Beklagte selber erfüllt hat oder dass sie nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat (Vorleistungspflicht der Klägerin). Diese Umstände sind von der Beklagten zu beweisen.

Die Parteien sind von der Regelung der Fälligkeit in Art. 372 Abs. 1 OR vertraglich insofern abgewichen, als sie in beiden Werkverträgen "Zahlungskonditionen: gemäss Baufortschritt" vereinbart haben (act. 11/2 und 11/3). Zumindest der Werkvertrag Balkonverglasung hält darüber hinaus in Ziff. 8 der AGB fest "Akontozahlungen: nach gegenseitiger Vereinbarung" (act. 11/3 S. 4). Die Vorleistungspflicht der Klägerin wurde demnach gemildert, indem die Beklagte Akontozahlungen im Sinne von Abschlagszahlungen nach Massgabe bereits erbrachter Leistungen der Klägerin (Baufortschritt) zu zahlen hatte. Darüber wie und durch wen der Stand des Baufortschritts ermittelt wird, äussert sich der schriftliche Werkvertrag nicht. Die Formulierung "Akontozahlungen: nach gegenseitiger Vereinbarung" impliziert jedenfalls, dass es nicht dem Willen der Parteien entsprach, dass die Klägerin über den Stand des Baufortschritts und damit die Fälligkeit von Akontozahlungen alleine entscheiden kann. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Baufortschritt und damit der Zeitpunkt der Fälligkeit der Zahlungen durch Übereinkunft der Parteien zu bestimmen sind. Von einer Übereinkunft kann beispielsweise ausgegangen werden, wenn die Beklagte die ihr gestellten Rechnungen kommentarlos begleicht, so wie es im Rahmen des Werkvertrages Schreinerarbeiten bezüglich der Akontorechnungen

Nr. 3641, 3750, 3758 und 3975 geschehen ist (act. 11/6 und 11/14). Wenn die Beklagte jedoch die ihr gestellten Akontorechnungen nicht begleicht und stattdessen wiederholt Verzögerungen und offene Arbeiten beanstandet, liegt gerade keine Übereinkunft bezüglich des Standes des Baufortschritts vor. Wie den Rechtschriften unschwer entnommen werden kann, war gerade dieser Punkt stark umstritten zwischen den Parteien. Fehlt es an der vertraglich notwendigen Übereinkunft bezüglich des Baufortschritts, fehlt es auch an der Fälligkeit der geforderten Akontozahlungen. Mangels Vereinbarung über die Fälligkeit der Akontozahlung, musste die Beklagte diese auch (noch) nicht leisten. Die Klägerin war damit nicht befugt, ihre Leistung gestützt auf Art. 82 OR zu verweigern. Entsprechend hat die Klägerin die Verspätung mit Bezug auf die Lieferung und Montage der Sitzplatztrennwände pflichtwidrig verursacht. Nachdem die vertraglich getroffene Abrede keinen Schluss auf den Fälligkeitstermin zulässt, gelangt grundsätzlich die gesetzliche Regelung (Art. 372 Abs. 1 OR) zur Anwendung. Danach ist der Werklohn bei Ablieferung des Werks geschuldet. Da es vorliegend aber nie zu einer Ablieferung des Werks gekommen ist und mit dem teilweisen Leistungsverzicht auch klar war, dass es zu keiner solchen mehr kommen würde, wurde die Werklohnforderung im Zeitpunkt des Leistungsverzichts fällig.

3.2.4.5. Mahnung und fruchtloser Ablauf der Nachfrist

Mit Schreiben vom 23. März 2016 stellt die Beklagte unter Verweis auf eine entsprechende Auflistung fest, dass diverse Arbeiten noch nicht fertiggestellt seien, darunter auch die Montage der Sitzplatztrennwände (act. 11/24). Weiter forderte sie die Klägerin auf, die entsprechenden Arbeiten bis am 31. März 2016 fertigzustellen, andernfalls die Arbeiten auf Kosten der Klägerin an Dritte vergeben würden. Dieses Schreiben stellt eine Mahnung mit Ansetzung einer Nachfrist im Sinne von Art. 107 Abs. 1 OR dar. Die Nachfrist ist fruchtlos abgelaufen, die Klägerin hat die Sitzplatztrennwände unbestrittenermassen weder geliefert noch montiert.

3.2.4.6. Unverzügliche Erklärung des Leistungsverzichts

Mit Schreiben vom 15. April 2016 teilte die Beklagte der Klägerin mit, die Trennwände im Erdgeschoss sowie weitere offene Arbeiten an der Balkonfensterver-

glasung einem Drittunternehmer in Auftrag zu geben. Sie schrieb: "(...) wurde uns mitgeteilt, dass die Balkonverglasungen im Erdgeschoss nicht von Ihrem Lieferant angeliefert wurden und anscheinend auch keine Bestellung Ihrerseits vorlag. Bis heute wurde Ihrerseits nichts unternommen um diese Situation zu bereinigen, somit bleibt uns nicht anders übrig, als den Auftrag für die Trennwände einem Drittunternehmer in Auftrag zu geben. Im übrigen stellen wir fest, dass die Balkonfensterverglasung bis heute auch nicht fertiggestellt wurde auch da sehen wir uns gezwungen einen Drittunternehmer zu beauftragen." (act. 3/23 = act. 11/27).

Damit hat die Beklagte auf die Erfüllung durch die Klägerin verzichtet. Die der Klägerin angesetzte Nachfrist ist bereits am 31. März 2016 abgelaufen, der Leistungsverzicht erfolgte indes erst 14 Tage später. Aus der Mitteilung der Beklagten vom 15. April 2016 ergibt sich indessen, dass die Beklagte in der Zwischenzeit am 7. April 2016 das Gespräch mit der Klägerin gesucht hat und erst aufgrund des Gesprächsausgangs Verzicht auf die klägerische Leistung erklärt hat (act. 11/27). Dieser Umstand ist zu berücksichtigen und die Erklärung des Leistungsverzichts ist gerade noch als unverzüglich im Sinne des Gesetzes zu betrachten.

Indem die Beklagte darauf hinwies, dass die Arbeiten durch Dritte vorgenommen würden und daraus entstehende Kosten der Klägerin verrechnet würden, hat sie deutlich gemacht, dass sie statt der Leistung Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangt (act. 11/25, 11/26, 11/27).

3.2.4.7. Aus der Nichterfüllung entstandener Schaden und Kausalität

In Bezug auf die Lieferung und Montage der Sitzplatztrennwände macht die Beklagte in erster Linie die Kosten gemäss der Rechnung der Metallbau Reichenbach vom 15. Juni 2016 geltend (act. 9 S. 19, act. 26/41.12). Sie führt aus, dass die fehlenden Trennwände für die Sitzplätze hätten nachbestellt werden müssen. Da die Lieferfristen für die üblichen Glaswände mindestens zwei Monate betragen würden, habe sich die Beklagte angesichts der Dringlichkeit und zur Vermeidung von weiteren Klagen aus der Mieterschaft entschieden, eine Spezialanfertigung durch einen Metallbauer vornehmen zu lassen. Die dadurch entstandenen Kosten von CHF 11'500.– seien daher gerechtfertigt (act. 25 S. 20). Die Klägerin wendet dagegen ein, dass die Beklagte nicht berechtigt sei, die aufgrund der Wahl einer

hochwertigeren Lösung aus Metall entstandenen entsprechend höheren Kosten als Aufwendungsersatz geltend zu machen (act. 17 S. 32). Die Klägerin bestreitet, dass die Beklagte aufgrund längerer Lieferfristen für Glaswände zu einer Spezialanfertigung gezwungen gewesen sei. Aus der Rechnung des Metallbauers ergebe sich, dass die Arbeiten ebenfalls erst knapp zwei Monate nach der Offerte ausgeführt worden seien. Im Zeitpunkt der Ausführung seien die Wohnungen G._____ 1/2 und 3/4 längst vermietet gewesen, weshalb der Zeitablauf keine teurere Lösung rechtfertige. Die Beklagte sei nicht berechtigt, auf Kosten der Klägerin Luxus zu betreiben oder das Werk auf Kosten der Klägerin zu verbessern (act. 35 S. 12).

Die Beklagte räumt ein, dass sie für die Trennwände eine Spezialanfertigung durch einen Metallbauer habe vornehmen lassen, was vertraglich nicht vereinbart gewesen sei. Vertraglich vereinbart waren unbestrittenermassen Kunststoff-Trennwände. Die Notwendigkeit der Wahl einer anderen Konstruktion wurde von der Beklagten mit kürzeren Lieferfristen begründet, ohne solche jedoch zu belegen. Zu belegen, dass ein mit dem im Werkvertrag definierten, vergleichbares Produkt längere Lieferfristen gehabt hätte, wäre bei entsprechender Einholung einer Offerte ein Leichtes gewesen. Ohne einen entsprechenden Nachweis, dass die Wahl einer Spezialanfertigung aus Metall notwendig gewesen ist, sind die entsprechenden Kosten mangels Kausalität nicht zu ersetzen. Die Beklagte hat auch nicht dargetan, ob und welche weiteren Kosten im Zusammenhang mit den Sitzplatztrennwänden entstanden sind, geschweige denn hat sie dies belegt. Nur der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass für die Lieferung und Montage der Sitzplatztrennwände eigenen Ausführungen der Beklagten zufolge keine Hebebühnen oder dergleichen notwendig war, da diese über die Rasenfläche zugänglich waren (act. 25 S. 20).

Ein Schadenersatzanspruch zufolge Mietzinsausfalls würde voraussetzen, dass die Beklagte die Wohnungen gerade aufgrund des Verzuges der Klägerin ganz oder teilweise nicht vermieten konnte. Die Beklagte macht zwar geltend, sie habe als Folge der verspäteten Werkausführung der Klägerin nicht zum geplanten Zeitpunkt Erstvermietungsangebote publiziert, da durch die offenen Arbeiten potentielle Mieter abgeschreckt worden seien. Allerdings hat sie sämtliche Wohnungen

in der Folge aber trotz offener Arbeiten (laut Vorbehalt im Mietvertrag waren die Montage der Balkonverglasung und der Trennwände offen) vermietet und den Anspruch der Mieter auf Mietzinsreduktion wegbedungen. Weshalb eine Vermietung ab Ende Februar 2016 trotz offener Arbeiten möglich war, vorher jedoch nicht, legt die Beklagte nicht dar. Damit steht fest, dass die offenen Arbeiten an den Balkonen bzw. Gartensitzplätzen einer Vermietung der Wohnungen offenkundig nicht entgegenstanden. Die Beklagte hat im Rahmen der Ersatzvornahme denn auch sämtliche Arbeiten an den Balkonen von aussen vorgenommen. Ein Kausalzusammenhang zwischen der (angeblich) verzögerten Vermietung der Wohnungen und der zufolge Verzugs der Klägerin offenen Arbeiten an den Balkonen bzw. Gartensitzplätzen ist nicht erstellt, womit die Beklagte keinen Anspruch auf Schadenersatz unter dem Titel eines Mietzinsausfalls hat.

3.3. Fazit Ansprüche aus Ersatzvornahme

Die Beklagte hat weder gestützt auf mangelhafte noch gestützt auf verspätete Erfüllung Anspruch auf Schadenersatz aus Ersatzvornahme.

4. Rechtsvorschlag

Die Klägerin beantragt im Umfang des reduzierten Klagebegehrens von CHF 131'399.85 zuzüglich Zinsen die Beseitigung des Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes E._____, Zahlungsbefehl vom 1. März 2017 (act. 22 Rz. 36, mit Verweis auf act. 3/29). Nachdem die klägerische Forderung samt Zinsen ausgewiesen ist, ist der Rechtsvorschlag im beantragten Umfang aufzuheben.

5. Zusammenfassung

Die Klägerin hat sich in zwei Werkverträgen mit der Beklagten verpflichtet, für ein Umbauprojekt Schreinerarbeiten zu einem Pauschalpreis von CHF 75'000.– und Arbeiten im Zusammenhang mit Balkonverglasungen zu einem Pauschalpreis von CHF 120'000.– zu erbringen. Bezüglich des Werkvertrages Schreinerarbeiten hat die Beklagte Zahlungen im Umfang von CHF 56'161.– geleistet. In Bezug auf den Werkvertrag Balkonverglasungen hat die Beklagte gar keine Zahlungen geleistet.

Ihren Pflichten ist die Klägerin im Werkvertrag Schreinerarbeiten vollständig nachgekommen, aus dem Werkvertrag Balkonverglasungen hat sie nur Leistungen im Umfang von CHF 113'331.35 erbracht. Die Beklagte ist vertraglich verpflichtet, den ausstehenden Teil der vereinbarten Pauschalpreise zu zahlen. Von den insgesamt offenen CHF 132'170.35 verlangt die Klägerin die Bezahlung von CHF 131'399.85. Die restlichen CHF 770.50 stellt sie mit allfälligen Gegenforderungen der Beklagten zu Verrechnung.

Die Beklagte verlangt indessen ihrerseits von der Klägerin Ersatz von Kosten aus Ersatzvornahme und Mietzinsausfällen zufolge Verspätungen in der Werkausführung. Der Beklagten gelang es nur in Bezug auf die Montage der Sitzplatztrennwände in den Erdgeschossen der Häuser G._____ 1/2 und G._____ 3/4 einen Verzug der Klägerin nachzuweisen. Diese vertraglich geschuldeten Arbeiten hat die Klägerin trotz entsprechender Mahnung und Ansetzung einer Nachfrist nicht erbracht. Es stand der Beklagten daher frei, Dritte mit diesen Arbeiten zu beauftragen. Für diese Ersatzvornahme hat die Beklagte jedoch eine teurere Spezialanfertigung gewählt, ohne genügend darzulegen und zu beweisen, dass diese notwendig gewesen ist. Damit entfällt ein entsprechender Schadenersatzanspruch. Einen Schadenersatzanspruch zufolge eines Mietzinsausfalles konnte die Beklagte ebenfalls nicht nachweisen.

Insgesamt ergibt sich, dass die Werklohnforderung der Klägerin im Umfang der eingeklagten CHF 131'399.85 ausgewiesen ist. Die Hauptklage ist demzufolge vollumfänglich gutzuheissen. Die Widerklage ist abzuweisen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Kostenstreitwert

Bei einer bezifferten Klage bestimmt das Rechtsbegehren den Streitwert, wobei Zinsen und Verfahrenskosten nicht hinzugerechnet werden (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Die Streitwerte von Klage und Widerklage werden zur Bestimmung des Kostenstreitwerts zusammengerechnet, sofern sich diese nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Vorliegend ist die Beurteilung der Widerklage unabhän-

gig von der Beurteilung der Klage. Die Klagen schliessen sich nicht aus. Die Streitwerte sind deshalb zusammenzurechnen. Die Klage hat einen Streitwert von CHF 157'560.85, die Widerklage einen solchen von CHF 40'535.60. Der Kostenstreitwert beträgt somit CHF 198'096.45

6.2. Gerichtskosten

6.2.1. Höhe

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Das Gericht kann die Grundgebühr unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls ermässigen oder erhöhen (§§ 2 Abs. 1 lit. c und d, 4 Abs. 2 GebV OG).

Bei einem Streitwert von CHF 198'096.45 beträgt die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte Grundgebühr CHF 12'673.86. Der Aufwand für die Bearbeitung des Falls und die Schwierigkeit des Falls rechtfertigen die Erhöhung der Grundgebühr um einen Drittel (vgl. § 4 Abs. 2 GebV OG). Die Gerichtsgebühr ist deshalb auf CHF 17'000.– festzusetzen.

6.2.2. Verteilung

Die Verteilung der Gerichtskosten erfolgt nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Bei einem Klagerückzug gilt die klagende Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin obsiegt im Umfang der Gutheissung der Hauptklage und der weitgehenden Abweisung der Widerklage, insgesamt somit im Betrag von CHF 171'875.45 (CHF 131'339.85 + CHF 40'535.60). Im Umfang der Klagereduktion unterliegt sie. Die Beklagte obsiegt im Umfang des Klagerückzuges von CHF 26'161.–. In Bezug auf den Streitwert obsiegt die Klägerin demnach um rund sieben Achtel, die Beklagte um rund einen Achtel. Der Klägerin ist deshalb ein Anteil von rund einem Achtel an den

Gerichtskosten aufzuerlegen, mithin CHF 2'100.–, der Beklagten ein Anteil von rund sieben Achteln, mithin CHF 14'900.–.

Die Gerichtskosten sind jeweils mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für die der Gegenpartei auferlegten Kosten ist der Partei das Rückgriffsrecht auf die Gegenpartei einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Die Klägerin hat einen Kostenvorschuss von CHF 11'000.– und die Beklagte einen solchen von CHF 4'800.– geleistet. Die Kosten sind aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen zu decken, unabhängig davon, wer sie geleistet hat. Der Klägerin ist im Umfang der Differenz zwischen den der Beklagten auferlegten Kosten und dem von dieser geleisteten Kostenvorschuss, mithin CHF 10'100.– (CHF 14'900.– ./ CHF 4'800.–), das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen. Der verbleibende Fehlbetrag von CHF 1'200.– ist von der Beklagten nachzufordern.

6.3. Parteientschädigungen

6.3.1. Höhe

Bei berufsmässig vertretenen Parteien richtet sich die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Die Parteientschädigung richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Das Gericht kann die Grundgebühr unter Berücksichtigung der Verantwortung, des notwendigen Zeitaufwands der Vertretung und der Schwierigkeit des Falls ermässigen oder erhöhen (§§ 2 Abs. 1 lit. c, d und e, 4 Abs. 2 AnwGebV). Die so ermittelte ordentliche Gebühr deckt den Aufwand für die Erarbeitung eines Schriftsatzes und die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtschriften wird ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Gebühr berechnet (§ 11 Abs. 2 AnwGebV).

Bei einem Streitwert von CHF 198'096.45 beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr CHF 15'833.38. Die Verantwortung, der notwendige Zeitaufwand der Vertretung und die Schwierigkeit des Falls bewegen sich im üblichen Rahmen. Für den doppelten Schriftenwechsel ist ein Zuschlag von 50 % zu berechnen. Die Anwaltsgebühr ist deshalb auf CHF 23'700.– festzusetzen.

6.3.2. Verteilung

Die Zusprechung einer Parteientschädigung richtet sich nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Keine Partei obsiegt vollständig. Die Klägerin obsiegt immerhin zu rund sieben Achteln, die Beklagte zu rund einem Achtel. Entsprechend ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine auf rund sechs Achtel (bzw. drei Viertel) reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen, entsprechend CHF 17'800.– (gerundet).

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Im Betrag von CHF 26'161.– wird das Verfahren zufolge Klagerückzugs erledigt abgeschlossen.
2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im nachfolgenden Erkenntnis geregelt.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachstehendem Erkenntnis.

und erkennt sodann:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 131'399.85 nebst Zins zu 5 % seit 9. März 2016 auf CHF 70'000.–, seit 11. Juni 2016 auf CHF 42'560.85 und seit 27. Juli 2016 auf CHF 18'839.– zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes E. _____ (Zahlungsbefehl vom 9. Februar 2017) wird im Umfang der zuerkannten Forderung gemäss Dispositiv-Ziffer 1 aufgehoben.

3. Die Widerklage wird abgewiesen.
4. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 17'000.– festgesetzt.
5. Die Kosten werden im Umfang von CHF 14'900.– der Beklagten und im Umfang von CHF 2'100.– der Klägerin auferlegt und aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen gedeckt, unabhängig davon, wer sie geleistet hat. Der Klägerin wird im Umfang von CHF 10'100.– das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt. Der Fehlbetrag von CHF 1'200.– wird von der Beklagten nachgefordert.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 17'800.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
8. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert der Hauptklage beträgt CHF 131'535.60. Der Streitwert der Widerklage beträgt CHF 40'535.60.

Zürich, 3. Juni 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich

Präsident:

Gerichtsschreiberin:

Roland Schmid

Claudia Lunco-Feier