



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, und Oberrichterin  
Dr. Claudia Bühler, die Handelsrichter Andreas Bertet und  
Prof. Jürg Fischer, die Handelsrichterin Anja Widmer sowie der  
Gerichtsschreiber Dr. Benjamin Büchler

## Urteil vom 24. Oktober 2022

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**  
Klägerin

gegen

1. **B.\_\_\_\_\_ AG,**  
2. **C.\_\_\_\_\_ AG,**  
Beklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,  
1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

## **Rechtsbegehren**

(act. 1 S. 2)

- " 1. Die Beklagten seien solidarisch zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von insgesamt CHF 500'000.00 (inkl. MWST) nebst Zins zu 5 % seit 3. September 2019 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

## **Sachverhalt und Verfahren**

### A. Sachverhaltsübersicht

#### a. Parteien

Die Klägerin (vormals A'.\_\_\_\_\_ AG) ist eine im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene Aktiengesellschaft mit Sitz in D.\_\_\_\_\_. Sie erbringt Dienstleistungen im Bereich Immobilien und Grundstücke und ist unter anderem als Total-/Generalunternehmerin tätig (act. 1 Rz. 2, act. 2/1). Die Beklagten (B.\_\_\_\_\_ AG vormals B'.\_\_\_\_\_ AG und C.\_\_\_\_\_ AG vormals C'.\_\_\_\_\_ AG, vgl. Prot. S. 22) sind ebenfalls im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene Aktiengesellschaften. Ihre Sitze sind in Zürich. Sie sind auch im Immobilienbereich tätig (act. 1 Rz. 3, act. 2/2 und 2/3).

#### b. Prozessgegenstand

Die Beklagten haben die Klägerin als Generalunternehmerin mit der Erstellung einer Wohnüberbauung in E.\_\_\_\_\_ beauftragt. Für dieses Bauprojekt haben sich die Beklagten zu einer einfachen Gesellschaft zusammengeschlossen (act. 1 Rz. 10 ff., act. 2/4). Die Klägerin verlangt ausstehenden Werklohn, namentlich einen Teil der Schlusszahlung (act. 1 Rz. 10 f.). Die Beklagten stellen nicht in Abrede, dass von der Schlusszahlung noch ein Betrag von CHF 500'000.– offen ist (act. 12 Rz. 7). Sie bestreiten aber eine Pflicht zur Begleichung der Summe aus folgenden Gründen: Einerseits stellen sie sich auf den Standpunkt, die Bauten seien nie formal abgenommen worden und die Schlusszahlung daher nicht fällig (act. 12 Rz. 8 f.). Andererseits machen sie geltend, die Beklagten seien berechtigt, die

Schlusszahlung zurückzubehalten, weil die Klägerin ihre vertraglichen Pflichten in Bezug auf die Abtretung von Gewährleistungsrechten nicht erfüllt habe (act. 12 Rz. 10 ff.). Überdies stellen sie der klägerischen Forderung verrechnungsweise Gegenforderungen gegenüber. Namentlich machen sie vertragliche Ansprüche aus Minderkosten aufgrund von nicht ausgebauten Wohnungen sowie Ansprüche aus Ersatzvornahme wegen Werkmängeln geltend (act. 12 Rz. 22 ff., act. 31 Rz. 38 ff.).

#### B. Prozessverlauf

Am 14. Dezember 2020 (Datum Poststempel) machte die Klägerin die Klage mit dem vorgenannten Rechtsbegehren vor dem hiesigen Gericht anhängig (act. 1). Den von ihr mit Verfügung vom 16. Dezember 2020 verlangten Gerichtskostenvorschuss leistete sie fristgerecht (act. 3, 5). Innert Nachfrist reichten die Beklagten ihre Klageantwort ein (act. 6, 9, 10, 12). Am 8. Juli 2021 fand eine Vergleichsverhandlung statt, an welcher die Parteien unter Mitwirkung des Gerichts einen Vergleich mit Widerrufsvorbehalt schlossen (Prot. S. 7 ff., act. 18). Der Vergleich wurde innert der Widerrufsfrist von den Beklagten widerrufen, worauf ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wurde (act. 23, 25). Die Replik datiert vom 13. Oktober 2021 und die Duplik vom 16. Dezember 2021 (act. 27, 31). Mit Eingabe vom 22. Dezember 2021 beantragte die Klägerin die Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme zu Dupliknoten (act. 36). Der Antrag wurde am 24. Dezember 2021 abgewiesen (act. 37). Mit Eingabe vom 3. Januar 2022 reichte die Klägerin eine Triplik bzw. Stellungnahme zu Dupliknoten ein (act. 40). Diese wurde den Beklagten zugestellt (Prot. S. 19). Die Beklagten nahmen ihrerseits Stellung mit Eingabe vom 14. Januar 2022 (act. 42). Mit Verfügung vom 12. Juli 2022 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde (act. 44). Gleichzeitig wurde der Klägerin die Stellungnahme der Beklagten zugestellt. Die Klägerin hat erklärt, auf eine Hauptverhandlung zu verzichten, während die Beklagten deren Durchführung gewünscht haben (act. 46, 47). Es wurde daher zur Hauptverhandlung am 24. Oktober 2022 vorgeladen (act. 48). Anlässlich dieser Hauptverhandlung hielten die Parteien ihre Par-

teivorträge. Es wurden keine zulässigen Noven vorgebracht (Prot. S. 16 f.). Der Prozess ist spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

## Erwägungen

### 1. Formelles

#### 1.1. Zuständigkeit

Die Klägerin stützt sich auf eine Gerichtsstandsvereinbarung (act. 1 Rz. 4). Die Beklagten anerkennen die örtliche Zuständigkeit der zürcherischen Gerichte (act. 12 Rz. 3). Da beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind, ihre geschäftliche Tätigkeit betroffen ist und der Streitwert CHF 500'000.– beträgt, ist das Handelsgericht Zürich sachlich zuständig (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b ZPO).

#### 1.2. Streitgenossenschaft

Gemäss unstrittigen Angaben der Klägerin haben die Beklagten den Generalunternehmerwerkvertrag sowie die Vollzugs- und Pauschalierungsvereinbarungen als einfache Gesellschafter im Sinne von Art. 530 ff. OR unterzeichnet und sich somit zur solidarischen Erfüllung der vertraglichen Pflichten verpflichtet (act. 1 Rz. 32). Bei den Beklagten handelt es sich demnach um passive einfache Streitgenossen im Sinne von Art. 71 Abs. 1 ZPO.

#### 1.3. Eingaben in Ausübung des Replikrechts / Neue Behauptungen

Beide Parteien haben nach Abschluss des Schriftenwechsels je eine weitere Eingabe eingereicht (act. 40, 42). Im Rahmen des von Bundesgericht und Handelsgericht in ständiger Rechtsprechung anerkannten Replikrechts sind solche Eingaben zulässig (BGE 138 I 484 E. 2.1). Nach dem zweiten Schriftenwechsel treten Novenrechtsschranken ein. Neue Tatsachen und Beweismittel können nur noch nach den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO in den Prozess eingebracht werden. Die Behauptungen und offerierten Beweismittel in Rz. 38 ff. der Duplik (act. 31) betreffend Gegenforderungen der Beklagten aufgrund von Minderkosten und Werkmängeln sind neu. Neue Tatsachen und Beweismittel, welche von der

Klägerin in act. 40 zur Bestreitung dieser Noven vorgebracht werden, sind vor diesem Hintergrund zulässig (vgl. dazu auch BGE 146 III 55 E. 2.3.1 und 2.5.2). Soweit diesbezügliche Äusserungen der Klägerin von Relevanz sind, ist an geeigneter Stelle näher darauf einzugehen.

## 2. Anspruch auf Leistung der Schlusszahlung

### 2.1. Abnahme der Bauten und Fälligkeit der Schlusszahlung

#### 2.1.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Parteien schlossen am 28. Mai 2013 einen als Generalunternehmer-Werkvertrag bezeichneten Vertrag, worin die Beklagten die Klägerin mit der Erstellung der Wohnüberbauung "F.\_\_\_\_\_" in E.\_\_\_\_\_ beauftragten. Das Projekt bestand aus vier Baulosen. Für die Baulose 1 und 2 wurde eine offene Abrechnung vereinbart. Das Gesamtkostendach für die Baulose 1 und 2 betrug ursprünglich CHF 18'498'732.-. Für das Baulos 3 wurde ein Budgetpreis von CHF 2'704'070.- und für das Baulos 4 ein solcher von CHF 2'947'788.- vereinbart. Die Bestimmung des definitiven Werkpreises sollte in offener Abrechnung erfolgen (act. 1 Rz. 13). Aufgrund von Unstimmigkeiten zwischen den Parteien stellte die Klägerin die Arbeiten am Projekt per 7. April 2015 ein (act. 1 Rz. 14). In der Folge fanden zwischen den Parteien Gespräche statt, welche im Abschluss der "Vereinbarung über den weiteren Vollzug des Generalunternehmer-Werkvertrages Projekt «F.\_\_\_\_\_», E.\_\_\_\_\_» vom 22. Mai 2015 (act. 2/5, nachfolgend Vollzugsvereinbarung) resultierten (act. 1 Rz. 15). Darin verpflichtete sich die Klägerin zur Wiederaufnahme der Arbeiten und die Beklagte zur Leistung von Akontozahlungen im Umfang von total CHF 6'000'000.- (act. 1 Rz. 16). Zudem sah die Vollzugsvereinbarung die Abtretung von der Klägerin zustehenden Mängelrechten gegenüber Subunternehmern und Lieferanten an die Beklagten vor (act. 1 Rz. 18). Die Klägerin nahm die Arbeiten bereits am 27. April 2015 wieder auf (act. 1 Rz. 16). Anfangs 2016 führten die Parteien sodann Gespräche über eine Pauschalierung des gesamten Werkpreises (act. 1 Rz. 19). Am 2. Februar 2016 schlossen sie die Vereinbarung betreffend "Pauschalierung Leistungen A'.\_\_\_\_\_ AG, Kaufrecht Wohnungen Gebäude F.\_\_\_\_\_ -Weg ..., E.\_\_\_\_\_» (act. 1 Rz. 21,

act. 2/6; nachfolgend Pauschalierungsvereinbarung). Darin wurde unter anderem Folgendes festgehalten:

3. Die Summe von CHF 22'500'000.00 inkl. MwSt. abzüglich der per dato geleisteten Zahlung ist fällig per 03.02.2016. Die Restzahlung über CHF 1'000'000.00 inkl. MwSt. ist fällig 10 Tage nach Abnahme aller Bauten. Die Fertigstellung soll bis zum 31. März 2016 erfolgen.

Die bereits geleisteten Zahlungen beliefen sich im Zeitpunkt des Abschlusses der Pauschalierungsvereinbarung auf CHF 19'228'209.–. Eine weitere Zahlung im Betrag von CHF 3'271'791.– ging am 5. Februar 2016 auf dem Konto der Klägerin ein (act. 1 Rz. 24). Damit war nur noch die Restzahlung offen. Davon bezahlten die Beklagten am 18. Mai 2017 den Betrag von CHF 500'000.– (act. 12 Rz. 6). Die verbleibenden CHF 500'000.– blieben unbezahlt (act. 1 Rz. 26).

#### 2.1.2. Standpunkte

Die Klägerin stützt ihre Werklohnforderung auf den Generalunternehmer-Werkvertrag sowie auf Ziffer 3 der Pauschalierungsvereinbarung (act. 1 Rz. 32 ff.). Die Beklagte verweigert die Zahlung unter anderem wegen der fehlenden formellen Abnahme (act. 12 Rz. 7).

Ob die Klägerin eine formelle Abnahme behauptet, ist nicht restlos klar (vgl. act. 1 Rz. 34). Jedenfalls erachtet sie die Berufung auf eine fehlende formelle Abnahme als missbräuchlich, da sie der Beklagten bis im Mai 2017 sämtliche Bauten gestaffelt übergeben habe. Den Beklagten seien sämtliche Schlüssel, eine Schlussdokumentation und auf die Beklagte überschriebene Garantiescheine übergeben worden. Alle Bauten würden seither ohne Einschränkung von der Beklagten, den Käufern oder Mietern genutzt (act. 1 Rz. 25, act. 27 Rz. 7). Ein Werk gelte unter diesen Umständen gestützt auf Art. 158 Abs. 1 und Art. 164 Abs. 1 SIA-Norm 118:2013 auch ohne formelle Abnahme als abgenommen (act. 27 Rz. 9). Das tatsächliche Verhalten der Beklagten, namentlich die Überweisung der Hälfte der Schlusszahlung am 18. Mai 2017, zeige, dass auch sie von einer Abnahme des

Werks und damit der Fälligkeit der Schlusszahlung ausgegangen seien (act. 27 Rz. 11).

### 2.1.3. Rechtliche Grundlagen

Der Werkvertrag ist in Art. 363 ff. OR geregelt. Soweit die gesetzliche Regelung dispositiver Natur ist, können die Parteien in den Schranken der Rechtsordnung abweichende Vereinbarungen treffen. Insbesondere steht es ihnen frei, die SIA-Norm 118 ganz oder teilweise zu übernehmen.

Gemäss Art. 158 Abs. 1 SIA-Norm 118:2013 (nachfolgend SIA-Norm 118) leitet der Unternehmer die Abnahme dadurch ein, dass er der Bauleitung die Vollen- dung des Werkes oder eines Werkteils anzeigt. Nimmt indessen der Bauherr ein vollendetes ganzes Werk von sich aus in Gebrauch, so wird es gleich gehalten, wie wenn die Anzeige in diesem Zeitpunkt erfolgt wäre. Auf die Anzeige hin wird das Werk (oder der Werkteil) von der Bauleitung gemeinsam mit dem Unterneh- mer innert Monatsfrist geprüft. Der Unternehmer nimmt an der Prüfung teil und gibt die erforderlichen Auskünfte (Art. 158 Abs. 2 SIA-Norm 118). Über das Er- gebnis der Prüfung wird in der Regel ein Protokoll aufgenommen und sowohl von der Bauleitung als auch vom Unternehmer durch Unterzeichnung anerkannt (Art. 158 Abs. 3 SIA-Norm 118). Unterbleibt nach Anzeige der Vollendung (Art. 158 Abs. 2 SIA-Norm 118) die gemeinsame Prüfung innert Monatsfrist deswegen, weil entweder keine der Parteien die Prüfung verlangt oder vonseiten des Bauherrn die Mitwirkung unterlassen wird, so gilt das Werk (oder der Werkteil) mit Ablauf dieser Frist dennoch als abgenommen (Art. 164 Abs. 1 SIA-Norm 118).

### 2.1.4. Würdigung

Der Generalunternehmer-Werkvertrag ist ein Werkvertrag im Sinne von Art. 363 ff. OR. Die Parteien haben von ihrer Dispositionsfreiheit Gebrauch gemacht und nebst den Bestimmungen im Vertragsdokument vom 28. Mai 2013 (unter ande- rem) die AVB sowie die SIA Norm 118 in der Version 2013 als anwendbar erklärt (act. 2/4 S. 3). Mit den Vereinbarungen vom 11. Mai 2015 und 2. Februar 2016 wurde der Generalunternehmer-Werkvertrag abgeändert bzw. ergänzt (Vollzugs-

vereinbarung, act. 2/5 und Pauschalierungsvereinbarung, act. 2/6). In der Pauschalierungsvereinbarung (act. 2/6) verwenden die Parteien den Begriff Abnahme, ohne diesen weiter zu definieren. Die Pauschalierungsvereinbarung stellt nur eine punktuelle Änderung des Generalunternehmer-Werkvertrags dar. Es ist daher davon auszugehen, dass sich die Parteien einig waren, dass die nicht tangierten Bestimmungen des Generalunternehmer-Werkvertrages weiterhin gelten, zumal die Parteien in Ziffer 1 der Pauschalierungsvereinbarung auf den Generalunternehmer-Werkvertrag Bezug nehmen. Etwas anderes wird auch nicht behauptet. Dass die Frage der Abnahme bzw. der Folgen einer ausgebliebenen Abnahme in der Generalunternehmer-Werkvertrag, den AVB oder anderen Vertragsbestandteilen geregelt wird, wird nicht behauptet. Nachdem im Generalunternehmer-Werkvertrag die Geltung der SIA-Norm 118 (Version 2013) vereinbart wurde, ist diese auf die Frage zur Anwendung zu bringen. Ein anderer tatsächlicher Wille wird von den Beklagten nicht behauptet.

Gemäss Art. 158 Abs. 1 SIA-Norm 118 hat die Ingebrauchnahme der Bauten durch die Beklagten bzw. die Käufer oder Mieter die gleichen Folgen, wie wenn die Vollendungsanzeige im Zeitpunkt der Ingebrauchnahme erfolgt wäre. Die Behauptung der Klägerin, wonach sie der Beklagten bis im Mai 2017 sämtliche Bauten gestaffelt übergeben habe, den Beklagten sämtliche Schlüssel und eine Schlussdokumentation übergeben habe und seither alle Bauten von den Beklagten, den Käufern oder Mietern genutzt würden (act. 1 Rz. 25, act. 27 Rz. 7), wird von den Beklagten inhaltlich nicht bestritten. Sie entgegnen in Bezug auf diese Behauptung lediglich, dass keine formelle Abnahme stattgefunden habe (act. 12 Rz. 32, act. 31 Rz. 12). Da die klägerischen Behauptungen – wenn überhaupt – damit nicht ausreichend substantiiert bestritten wurden, ist davon auszugehen, dass die Klägerin bis im Mai 2017 sämtliche Bauten fertiggestellt und gestaffelt, zusammen mit sämtlichen Schlüsseln und einer Schlussdokumentation den Beklagten übergeben hat, und seither alle Bauten von den Beklagten, den Käufern oder Mietern genutzt werden.

Da keine der Parteien behauptet, dass eine gemeinsame Prüfung stattfand oder wegen fehlender Mitwirkung des Unternehmers unterblieb, ist nach Art. 164 Abs.



1 SIA-Norm 118 zu verfahren. Damit gilt das Werk mit Ablauf eines Monats nach Ingebrauchnahme, mithin spätestens Ende Juni 2017, als abgenommen. Darüber hinaus führt die Klägerin zu Recht an, dass der Umstand, dass die Beklagten die Hälfte der Schlusszahlung am 18. Mai 2017 geleistet haben, darauf hindeutet, dass auch sie selber von einer Abnahme und damit Fälligkeit der Schlusszahlung ausgegangen waren.

Grundsätzlich sind die Beklagten damit vertraglich verpflichtet, der Klägerin Werklohn im Betrag der offenen Schlusszahlung von CHF 500'000.– zu leisten, wobei es sich zufolge der Verbindung der Beklagten zu einer einfachen Gesellschaft um eine solidarische Verpflichtung handelt. Die fehlende formelle Abnahme steht dieser Pflicht nicht entgegen.

## 2.2. Leistungsverweigerungsrecht bzw. Rückbehaltsrecht der Beklagten

### 2.2.1. Standpunkte

Im Sinne eines Eventualstandpunktes machen die Beklagten geltend, sie seien gestützt auf Art. 82 OR zu einem Rückbehalt von CHF 857'970.05 berechtigt (act. 12 Rz. 20). Die Klägerin sei vertraglich verpflichtet gewesen, ihre Gewährleistungsrechte aus den Werkverträgen mit ihren Subunternehmern mit der Abnahme des Projekts auf die Beklagten zu übertragen. Diese Übertragung habe nicht stattgefunden. Eine solche hätte namentlich vorausgesetzt, dass die Klägerin von ihren Subunternehmern Gewährleistungsgarantien eingefordert und auf die Beklagten übertragen hätte (act. 12 Rz. 13 ff.). Diese Pflicht habe die Klägerin nicht in rechtsgenügender Weise erfüllt: Teilweise seien zwar Werkgarantien eingeholt und deren Abtretung erklärt worden, ohne sie jedoch den Beklagten zu übergeben. Teilweise fehle es auch an einer Abtretung oder an einer Einholung der Garantien überhaupt (act. 12 Rz. 15). Für den Fall, dass die Gewährleistungsrechte nicht abgetreten worden oder nicht abtretbar sein sollten, hätten die Parteien vereinbart, dass die Klägerin die Gewährleistungsrechte gegenüber den Subunternehmern stellvertretend wahrnehmen müsse. Dies habe sie nicht getan (act. 12 Rz. 18). Die offene Garantiesumme der Subunternehmer belaufe sich auf mindes-

tens CHF 857'970.05 (act. 12 Rz. 19). Die Zahlung des offenen Betrages von CHF 500'000.– könne daher verweigert werden (act. 12 Rz. 21).

Die Klägerin entgegnet, dass sie die erforderliche Abtretung der Gewährleistungsrechte bereits in der Vollzugsvereinbarung vom 22. Mai 2015 auf diesen Zeitpunkt hin vorgenommen habe. Der Vertrag enthalte in Ziffer 10 bereits die erforderliche Abtretungserklärung (act. 27 Rz. 14). Darüber hinausgehende Handlungen, wie die Übertragung von Garantien oder Sicherheiten, seien weder vereinbart noch notwendig gewesen (act. 27 Rz. 18). Überdies sei es rechtsmissbräuchlich, sich erst vier Jahre nach der Übergabe des Werks auf die angeblich fehlende Übertragung von Gewährleistungsgarantien zu berufen (act. 27 Rz. 20). Selbst wenn die Klägerin ihre Pflicht zur Abtretung der Gewährleistungsrechte aus den Werkverträgen mit ihren Subunternehmern verletzt haben sollte, könnte sich die Beklagte nicht auf Art. 82 OR berufen, da diese Bestimmung nur auf im Synallagma stehende Leistungen anwendbar sei. Es handle sich bei der Pflicht zur Abtretung von Gewährleistungsrechten nur um eine Nebenpflicht, welche höchstens einen Schadenersatzanspruch nach Art. 97 OR begründen könnte (act. 27 Rz. 23).

### 2.2.2. Rechtliche Grundlagen

Wer bei einem zweiseitigen Vertrag den andern zur Erfüllung anhalten will, muss entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat (Art. 82 OR). Die Norm begründet ein Leistungsverweigerungsrecht. Es handelt sich um eine aufschiebende Einrede des Schuldners mit der Wirkung, dass dieser die von ihm geforderte Leistung bis zur Erbringung oder Anbietung der Gegenleistung zurückhalten darf (Einrede des nicht erfüllten Vertrages) (SCHROETER, BSK OR I, 7. Aufl., 2019, N 2 zu Art. 82). Das Eingreifen von Art. 82 OR setzt voraus, dass ein vollkommen zweiseitiger (synallagmatischer) Vertrag vorliegt, dass die Leistungen der beiden Parteien in einem Austauschverhältnis zueinander stehen und dass keine der Parteien vorleistungspflichtig ist (SCHROETER, a.a.O., N 9, 24). Art. 82 OR ist nicht per se auf Hauptleistungspflichten beschränkt, sondern kann auch auf Nebenpflichten anwendbar sein, wenn die Hauptleistungspflicht ohne diese praktisch wertlos ist (SCHROETER, a.a.O., N 25).

Der fordernde Gläubiger hat den Bestand des Rechtsverhältnisses, die schuldnerische Leistungspflicht und die Fälligkeit der Leistung darzulegen und zu beweisen; seine vertragsgemässe Erfüllung muss er dann nachweisen, wenn der Schuldner die Einrede nach Art. 82 OR erhoben hat (SCHROETER, a.a.O., N. 52).

Der Gläubiger kann eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen anderen abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen (Art. 164 Abs. 1 OR). Die Abtretung bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form (Art. 165 Abs. 1 OR). Die Abtretung ist ein Verfügungsgeschäft, welchem ein Verpflichtungsgeschäft zu Grunde liegt. Bis heute ist in der Rechtsprechung nicht genügend geklärt und in der Literatur kontrovers diskutiert, ob und inwieweit Gestaltungsrechte abtretbar sind und insbesondere, ob Mängelrechte aus Veräusserungs- und Werkverträgen einem gesetzlichen Abtretungsverbot unterliegen. Nach einhelliger Auffassung kann eine Forderung abgetreten werden, die bei der Ausübung eines Gestaltungsrechts entsteht (GIRSBERGER/HERMANN, BSK OR I, 7. Auflage, 2020, N 5a zu Art. 164).

### 2.2.3. Unbestrittener Sachverhalt

Es ist unstrittig, dass die Parteien in der Vollzugsvereinbarung vom 11. Mai 2015 (act. 2/5) Folgendes vereinbart haben:

- 10) Mit Abnahme des PROJEKT tritt A. sämtliche Gewährleistungsrechte aus ihren Werkverträgen mit Subakkordanten (insb. Unternehmern und Lieferanten) betreffend das PROJEKT an B. ab. Die Abtretung solcher Rechte erfolgt bereits anteilig und vorgezogen für die Abnahme einzelner STW-Einheiten in Bezug auf diesbezügliche Gewährleistungsrechte. Für den Fall, dass solche Gewährleistungsrechte die gemäss vorliegendem Vertrag von A. an B. abgetreten werden, nicht abtretbar sein sollten, nimmt A. solche Rechte stellvertretend für B. wahr. B. erteilt hiermit an A. jegliche hierfür ggfs. erforderliche Bevollmächtigung. B. stellt A. vollständig von allen aus den Subkontrakten (Verträgen) der A. mit deren Unternehmern, Lieferanten und sonstigen Leistungserbringern betreffend die aus dem PROJEKT fliessenden Gewährleistungspflichten und Verantwortungen ab dem Moment der Werkabnahme frei.
- 11) B. nimmt die Abtretung der Gewährleistungsrechte von A. auf den genannten Zeitpunkt an. Die Parteien verstehen den Eintritt von B. in die betreffenden Rechte der Subunternehmer-/Lieferantenverträge oder die eventuelle vertretungsweise Rechtswahrnehmung durch B. für A. gegenüber den Subakkordanten (Unternehmern/Lieferanten etc.) als integrale, vollständige Befreiung von A. aus sämtlichen Verpflichtungen gegenüber B. in Bezug auf die Leistungserbringung betreffend das PROJEKT. Vorbehalten bleiben Forderungen oder Verpflichtungen aus dem schiedsrichterlichen Entscheid.

#### 2.2.4. Würdigung

Die Vollzugsvereinbarung spricht von der Abtretung von Gewährleistungsrechten. Unter Gewährleistungsrechten versteht man gemeinhin die Mängelrechte des Werkbestellers. Im OR werden diese in Art. 368 aufgeführt. In der SIA-Norm 118 sind die Mängelrechte in Art. 169 und 171 enthalten. Die Bestimmungen in Art. 181 SIA-Norm 118 über die Sicherheitsleistung durch den Unternehmer stellen keine eigentlichen Gewährleistungsrechte dar. Vielmehr sollen damit die Gewährleistungsrechte sichergestellt werden. Eine Pflicht der Klägerin, Sicherheitsleistungen ihrer Subunternehmer auf die Beklagten zu übertragen, ergibt sich damit nicht aus dem Wortlaut der Vollzugsvereinbarung. Dass die Klägerin in einzelnen Fällen eine Abtretung von Rechten aus den Werkgarantien erklärt hat, ändert daran nichts (act. 13/2). Auch eine Pflicht der Klägerin zur Einholung von Sicherheiten der Subunternehmer ergibt sich weder aus der Vollzugsvereinbarung, noch dem Generalunternehmer-Werkvertrag, noch der SIA-Norm 118. Aus Art. 181 SIA-Norm 118 ergibt sich zwar eine Pflicht der Klägerin gegenüber den Beklagten zur Sicherheitsleistung, nicht jedoch eine Pflicht der Klägerin, selber Sicherheiten ihrer Subunternehmer einzuholen. Eine solche Pflicht ergibt sich auch nicht in Verbindung mit Art. 29 Abs. 4 SIA-Norm 118. Diese Bestimmung verpflichtet den Generalunternehmer in allgemeiner Weise zur Koordination der Subunternehmer-

Werkverträge mit dem Haupt-Werkvertrag. Darüber hinausgehende spezifische Pflichten lassen sich daraus nicht ableiten. Ein anderes übereinstimmendes tatsächliches Verständnis der Parteien haben die Beklagten weder behauptet noch bewiesen.

Die Klägerin geht davon aus, die geschuldete Abtretung sei bereits mit Abschluss der Vollzugsvereinbarung erfolgt und beruft sich auf den Wortlaut von Ziffer 10 der Vereinbarung (act. 2/5). Die Abtretbarkeit der Gewährleistungsrechte wird von den Beklagten nicht bestritten, sie gehen jedoch davon aus, dass spezifische Abtretungserklärungen erforderlich gewesen wären. Der Wortlaut von Ziffer 10 der Vollzugsvereinbarung spricht für die Auffassung der Klägerin. Darin haben die Parteien die Formulierung "(...) tritt A'.\_\_\_\_\_ (...) sämtliche Gewährleistungsrechte (...) an B'.\_\_\_\_\_ ab." gewählt. Diese Formulierung wird gemeinhin im Sinne einer Abtretungserklärung verstanden, welche ohne Vornahme weiterer Handlungen Geltung erlangt, und nicht im Sinne einer Verpflichtung zur Abgabe einer Erklärung zu einem späteren Zeitpunkt. Für Letzteres hätten die Parteien vielmehr die Formulierung "(...) verpflichtet sich A'.\_\_\_\_\_ (...) sämtliche Gewährleistungsrechte (...) an B'.\_\_\_\_\_ abzutreten." gewählt. Auch ein Einbezug der Bestimmungen im unmittelbaren vertraglichen Umfeld impliziert eine abschliessende Regelung. Insbesondere wird der Zeitpunkt der Abtretung (Abnahme) definiert und die Vereinbarung enthält zudem eine Regelung für den Fall, dass solche Gewährleistungsrechte nicht abtretbar sein sollten, nämlich die stellvertretende Wahrnehmung dieser Rechte durch die Klägerin, wobei ihr bereits mit der Vereinbarung eine entsprechende Vollmacht erteilt wird. Zudem wird festgehalten, dass die Beklagten die Klägerin ab dem Moment der Werkabnahme von allen aus den Subkontrakten fliessenden Gewährleistungspflichten freistellen. Ziffer 10 der Vollzugsvereinbarung ist vor diesem Hintergrund als Abtretungserklärung zu verstehen und nicht als Verpflichtung zur Abgabe einer Abtretungserklärung. Ein anderes tatsächliches übereinstimmendes Verständnis der Parteien wird von den Beklagten weder behauptet noch bewiesen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vollzugsvereinbarung eine Abtretung von Gewährleistungsrechten gegenüber Subunternehmern verlangt und be-

reits eine entsprechende Abtretungserklärung der Klägerin enthält. Diese stellt ein Verfügungsgeschäft dar, womit die Klägerin ihre Pflichten erfüllt hat. Weitergehende Pflichten, wie namentlich die Einholung und die Übertragung von Sicherheiten, ergeben sich weder aus der Vollzugsvereinbarung noch aus der SIA-Norm 118.

Selbst wenn man von einer Pflicht der Klägerin zur Übertragung von Subunternehmer-Sicherheiten auf die Beklagten ausgehen würde, würde der Anspruch an ungenügender Substantiierung scheitern. Die Beklagten haben sich nicht dazu geäußert, von welchen Subunternehmern konkret die Klägerin Sicherheiten hätte einfordern und auf die Beklagten übertragen müssen. Die von ihr verwendete Formulierung "Für alle anderen Subunternehmer erfolgte durch die Klägerin allerdings bis heute nicht mal eine Erklärung der Abtretung der Rechte aus Werkgarantien" (act. 12 Rz. 16) genügt den Substantiierungsanforderungen nicht.

Darüber hinaus stünde eine Pflicht zur Übertragung von Garantien auch nicht in dem für eine Leistungsverweigerung nach Art. 82 OR erforderlichen Austauschverhältnis mit dem geltend gemachten Werklohnanspruch. Beim behaupteten Anspruch auf Übertragung von Garantien handelt es sich höchstens um eine Nebenpflicht der Klägerin. Art. 82 OR ist zwar nicht per se auf Hauptleistungspflichten beschränkt; der vorliegenden Nebenpflicht fehlt es jedoch an der notwendigen Qualität, da die Hauptleistungspflicht (d.h. die Pflicht der Klägerin zur Werkerstellung) offenkundig nicht wertlos ist ohne die Übertragung der Garantien. Die Beklagten behaupten im Übrigen weder, dass die Werkerstellung ohne die Übertragung der Garantien wertlos ist, noch legen sie dar, weshalb die Verletzung einer Nebenpflicht sie im konkreten Fall zur Leistungsverweigerung berechtigen sollte. Eine Verweigerung der Werklohn-Schlusszahlung gestützt auf Art. 82 OR ist demnach nicht zulässig. In ihrer Duplik stützen die Beklagten ihre Leistungsverweigerung neu auch auf das in der SIA-Norm 118 verankerte Rückbehaltsrecht (act. 31 Rz. 29). Dieses Rückbehaltsrecht erfährt in Art. 149 ff. SIA-Norm 118 eine eingehende Regelung. Die Beklagten führen jedoch nicht näher aus, inwiefern ihnen gestützt darauf ein Rückbehaltsrecht in der behaupteten Höhe zusteht. Insbesondere machen sie keine Angaben zum massgeblichen Leistungswert und

zum Prozentsatz des Rückbehalts. Überdies wurde bereits ausgeführt, dass Art. 181 SIA-Norm 118 den Unternehmer zwar zur Sicherstellung seiner Leistungen verpflichtet, nicht aber zur Sicherstellung der Leistungen seiner Subunternehmer. Demnach kann das Fehlen der Sicherheitsleistung von Subunternehmerleistungen auch nicht zur Begründung eines Rückbehaltsrechts nach SIA-Norm 118 herangezogen werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagten die Verweigerung der Leistung der Schlusszahlung weder auf Art. 82 OR noch auf Art. 149 ff. SIA-Norm 118 stützen können.

### 3. Gegenforderungen der Beklagten

#### 3.1. Anspruch aus Minderkosten aufgrund nicht ausgebauter Wohnungen

##### 3.1.1. Standpunkte

Als zweiten Eventualstandpunkt machen die Beklagten Minderkosten in der Höhe von CHF 969'643.51 aufgrund nicht ausgebauter Wohnungen geltend, welche gemäss vertraglicher Vereinbarung vom 22. Mai 2015 von der Klägerin zu tragen seien. Sie erklären Verrechnung dieser Forderung mit der eingeklagten klägerischen Forderung (act. 31 Rz. 38 ff.).

Die Klägerin bestreitet, dass es Minderkosten gegeben hat und erachtet die dem Anspruch aus Minderkosten zugrundeliegenden Behauptungen als unsubstantiiert (act. 40 Rz. 18). Überdies bestreitet sie den Anspruch, da sich die Parteien mit der Vereinbarung vom 2. Februar 2016 auf eine pauschale Abgeltung der klägerischen Leistungen geeinigt hätten. Allfällige Minderkosten seien in der vereinbarten Pauschale bereits mitberücksichtigt bzw. die Beklagten hätten sie damals einbeziehen müssen (act. 40 Rz. 22). Zudem bestreitet die Klägerin, dass überhaupt Minderkosten entstanden seien (act. 40 Rz. 22, 23 ff.). Den von den Beklagten eingereichten Beweismitteln (v.a. Bauabrechnungen) misst die Klägerin keinen Beweiswert zu (act 40 Rz. 26 ff.).

##### 3.1.2. Rechtliche Grundlagen

Die Ermittlung des Vertragsinhalts kann entweder aufgrund subjektiver oder objektivierender (normativer) Vertragsauslegung erfolgen. Die subjektive Vertragsauslegung hat den Vorrang vor der objektivierenden und will den tatsächlich vorhandenen Willen feststellen. Lässt sich der tatsächliche Wille nicht ermitteln, muss durch objektivierende Auslegung der individuelle konkretisierte mutmassliche Wille der Parteien gesucht werden. Die Willenserklärungen sind dabei aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Der Richter hat m.a.W. das als Vertragswillen anzusehen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien mit ihrer Wortwahl oder ihrem Verhalten ausgedrückt und gewollt hätten. Die Willenserklärungen sind aber nicht nur nach ihrem Wortlaut und dem Zusammenhang, in dem sie stehen, zu beurteilen, sondern auch nach den Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind (KREN KOSTKIEWICZ, in: OFK zum OR, 3. Aufl., 2016, N 4 ff. zu Art. 18).

### 3.1.3. Würdigung

In der Vollzugsvereinbarung vom 22. Mai 2015 vereinbarten die Parteien Folgendes:

- 8) STW-Einheiten, die zum Zeitpunkt 1. April 2015 nicht verkauft waren, werden in ungebautem Zustand (gemäss Schnittstellenpapier) übergeben. Die betreffenden Minderkosten werden B. gutgeschrieben. Als «verkauft» gilt eine STW-Einheit, wenn der betreffende Vertrag bis zu genannten Zeitpunkt öffentlich beurkundet wurde.

Unbestrittener Hintergrund dieser Abrede ist, dass auch der Innenausbau der Stockwerkeigentumseinheiten Teil des Pflichtenhefts der Klägerin war und ihre entsprechenden Kosten im Werkpreis einkalkuliert waren. Soweit einzelne Stockwerkeigentumseinheiten ungebaut übergeben worden sein sollten, wären bei der Klägerin Kosteneinsparungen entstanden. Die Klägerin bestreitet indessen sowohl das Vorliegen als auch die Höhe der behaupteten Minderkosten (act. 40 Rz. 23 ff.). Es ist daher an den Beklagten nachzuweisen, dass Minderkosten entstanden sind und die Voraussetzungen für eine Gutschrift erfüllt sind. Die Parteien



sind sich auch nicht einig, was unter Minderkosten zu verstehen ist. Die Beklagten scheinen bisweilen davon auszugehen, dass darunter die den Beklagten effektiv durch die eigene Vornahme der Innenausbauten entstandenen Kosten zu verstehen sind. Eine solche Auslegung findet jedoch im Wortlaut der Bestimmung keine Stütze, da klar von Minderkosten (der Klägerin) die Rede ist und nicht von (Mehr-)Kosten der Beklagten. Diese beiden Positionen müssen keineswegs identisch sein. Demnach wären zunächst Behauptungen der Beklagten dazu notwendig, welche Stockwerkeigentumseinheiten konkret betroffen sind bzw. wann diese verkauft wurden, da ein Anspruch auf Gutschrift der Minderkosten voraussetzt, dass die Stockwerkeinheit am 1. April 2015 nicht verkauft war. Sodann müssten die Beklagten die Höhe der Einsparungen darlegen. Dies bedingt Behauptungen dazu, welche Innenausbau-Leistungen der Klägerin für diese Objekte ursprünglich vereinbart waren und schliesslich von der Klägerin nicht vorgenommen wurden. Zudem müsste sie den genauen Umfang der dadurch von der Klägerin eingesparten Kosten darlegen und beweisen. Dies setzt Behauptungen dazu voraus, welche Kosten für diese Leistungen ursprünglich eingerechnet waren.

Der Duplik der Beklagten ist zwar eine Liste von 13 Stockwerkeigentumseinheiten zu entnehmen. Daraus geht aber nicht hervor, wann diese verkauft wurden. Sodann beziffern die Beklagten die behaupteten Minderkosten zwar in act. 31 Rz. 42 ff.; es ist jedoch unklar, worauf sie die entsprechenden Beträge im Einzelnen stützen: Nach den Ausführungen der Beklagten ergeben sich die Minderkosten aus den "Budgetkostenpositionen" je Stockwerkeigentumseinheit. Sie verweisen hierzu auf zahlreiche Dokumente (act. 32/4-30). Dabei handelt es sich einerseits um Bauabrechnungen für den Innenausbau von einzelnen Stockwerkeigentumseinheiten und andererseits um die zugrundeliegenden Rechnungen für die einzelnen Leistungen der Bauunternehmer. Was die Beklagten mit "Budgetkostenpositionen" meinen, ist nicht klar. Es ist anzunehmen, dass sie sich dabei auf die in den Bauabrechnungen aufgeführten Positionen des Baukostenplans (BKP) beziehen. Die Bauabrechnungen führen pro Stockwerkeigentumseinheit Informationen zu verschiedenen BKP-Positionen auf. Die jeweiligen Angaben sind gegliedert nach den Stichworten "beschrieb", "offerten", "unternehmer", "standard netto", "käuferwahl" und "differenz". Die Beklagten machen keine Ausführungen dazu, aus wel-

chen Angaben sie die behaupteten Minderkosten der Klägerin ableiten. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, anhand der eingereichten Beweismittel die für die Anspruchsbeurteilung notwendigen Tatsachen selber zu erarbeiten. Notwendig wären Behauptungen der Beklagten insbesondere dazu, welche Innenausbauten mit der Klägerin für welche Stockwerkeigentumseinheit konkret vereinbart waren und welche Kosten sie durch deren ausbleibende Realisierung eingespart hat. Hinzu kommt, dass nicht ersichtlich ist, wie mit den eingereichten Bauabrechnungen und Rechnungen von Bauunternehmern über diese zwei relevanten Punkte Beweis geführt werden könnte: Die eingereichten Abrechnungen und Rechnungen betreffen Innenausbauten, welche von den Beklagten in Auftrag gegeben wurden. Damit ist nichts darüber gesagt, welche Innenausbauten ursprünglich mit der Klägerin vereinbart wurden, geschweige denn, welche Kosten dafür eingerechnet waren. Abgesehen davon handelt es sich bei den Bauabrechnungen um von den Beklagten selber erstellte Dokumente, was deren Beweiskraft zusätzlich einschränkt.

Insgesamt fehlt es nicht nur an genügend substantiierten Behauptungen zu den weggefallenen vereinbarten Innenausbauleistungen und damit verbundenen Einsparungen der Klägerin, sondern auch an entsprechenden Beweisen. Bereits deshalb können sich die Beklagten zur Begründung ihrer Gegenforderung nicht auf Ziffer 8 der Vollzugsvereinbarung berufen.

Überdies scheidet ein Anspruch der Beklagten aus Minderkosten auch an der Pauschalierungsvereinbarung vom 2. Februar 2016. Darin vereinbarten die Parteien Folgendes:

2. Der Gesamtpreis für alle per dato bekannten Leistungen (gemäss Rechnung vom 25. Januar 2016) für die Fertigstellung der Wohnüberbauung F. \_\_\_\_\_ in E. \_\_\_\_\_ beträgt pauschal CHF 23'500'000.00 inkl. MwSt.

Zu unausgebauten Stockwerkeinheiten bzw. Minderkosten äussert sich die Pauschalierungsvereinbarung nicht. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass automatisch Ziffer 8 der älteren Vollzugsvereinbarung vom 22. Mai 2015 zur

Anwendung gelangt. Der Wortlaut der Klausel sowie ihr Sinn und Zweck sprechen dagegen. Gemäss ihrem Wortlaut erfasst die Pauschalierungsvereinbarung *alle* bekannten Leistungen der Klägerin und setzt dafür einen Pauschalpreis fest. Dies impliziert, dass darin ein allfälliger Minderaufwand der Klägerin zufolge Übergabe von unausgebauten Stockwerkeinheiten berücksichtigt ist bzw. dass nur jene Leistungen (und Innenausbauten) den Pauschalpreis beeinflussen haben, welche von der Klägerin tatsächlich auch erbracht wurden - soweit diese Umstände im Zeitpunkt des Abschlusses der Pauschalierungsvereinbarung bekannt waren. Nach eigenen Ausführungen der Beklagten resultierten die Minderkosten dadurch, dass die am 1. April 2015 noch nicht verkauften Wohnungen in einem nicht ausgebauten Zustand übergeben wurden (act. 31 Rz. 40). Demnach war der Umfang der Leistungseinsparung im April 2015 und damit knapp ein Jahr vor Abschluss der Pauschalierungsvereinbarung bereits bekannt bzw. ermittelbar. Die umstrittenen Minderkosten waren demnach in der Pauschale bereits berücksichtigt. Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck der Pauschalierungsvereinbarung. Dieser bestand gerade darin, eine komplexe Abrechnung bzw. Bestimmung des Werkpreises zu verhindern und den Abschluss des Vertragsverhältnisses zu vereinfachen (act. 1 Rz. 19). Diesem Zweck entspricht es, dass bei der Festlegung des Pauschal-Werkpreises alle Leistungen der Klägerin berücksichtigt werden. Dabei bereits bekannte Minderleistungen nicht zu berücksichtigen, widerspräche der Idee einer Pauschalierung. Vernünftig handelnde Parteien hätten demnach die Pauschalierungsvereinbarung in guten Treuen so verstanden, dass bereits bekannte Minderkosten der Klägerin in der Pauschale miteingerechnet sind. Ein anderer tatsächlicher Wille der Parteien wird von den Beklagten weder behauptet noch nachgewiesen. Die Beklagten haben demnach keinen Anspruch aus Minderkosten.

### 3.2. Anspruch aus Mängelrechten

#### 3.2.1. Standpunkte

Die Beklagten behaupten, im Dezember 2015 seien in der Stockwerkeigentums-einheit s32 3.1 200 und in der Stockwerkeigentums-einheit s32 2.2 272 Mängel festgestellt worden. Diese seien der Klägerin angezeigt und ihr Frist zu deren Be-

hebung angesetzt worden (act. 31 Rz. 14 ff., 71 ff.). Die Klägerin habe die Mängelbehebung aber unterlassen, so dass die Beklagten sämtliche Mängel selber hätten beheben lassen müssen (act. 31 Rz. 24, 74).

Die Klägerin bestreitet, dass bei der Abnahme der Wohnungen unzählige Mängel festgestellt wurden, welche ordnungsgemäss angezeigt bzw. gerügt wurden (act. 40 Rz. 89 ff.). Überdies seien die Behauptungen der Beklagten zu Ansprüchen aus Mängelbehebungen bzw. Ersatzvornahmen unsubstantiiert (act. 40 Rz. 93).

### 3.2.2. Rechtliche Grundlagen

Gemäss Art. 165 der vereinbarten SIA-Norm 118 haftet der Unternehmer dafür, dass sein Werk keine Mängel im Sinne von Art. 166 aufweist. Ein Mangel des Werkes im Sinne der Norm ist eine Abweichung des Werkes vom Vertrag. Der Unternehmer haftet für alle Mängel, die der Bauherr während der zweijährigen Rügefrist rügt (Art. 172 und 174 SIA-Norm 118). Bei jedem Mangel hat der Bauherr zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen. Soweit der Unternehmer Mängel innerhalb der vom Bauherrn angesetzten Frist nicht behebt, hat der Bauherr verschiedene Handlungsoptionen. Eine davon ist, dass er die Verbesserung durch einen Dritten ausführen lässt auf Kosten des Unternehmers (Art. 169 SIA-Norm 118). Zum Inhalt der Mängelrüge enthält die Norm keine Angaben, weshalb nach Art. 2 Abs. 2 auf die Grundsätze zurückzugreifen ist, die auch für die gesetzliche Mängelhaftung gelten. Danach muss die Mängelrüge in jedem Fall die Anzeige des erkannten Mangels (Art. 367 Abs. 1 OR) sowie die ausdrückliche oder stillschweigende Kundgabe des Willens enthalten, das Werk aufgrund des mitgeteilten Mangels nicht als vertragsgemäss anzuerkennen und den Unternehmer haftbar zu machen. Eine nur allgemeine Erklärung, das Werk sei mangelhaft, stellt keine wirksame Mängelrüge dar, weil sich der Erklärung nicht entnehmen lässt, worin nach Auffassung des Bauherrn die Vertragswidrigkeit zu erblicken ist. Eine sachgerechte Substantiierung ist also unabdingbar. Jeder Mangel, der gerügt werden soll, ist genau anzugeben (GAUCH/STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., 2017, N 5 zu Art. 173, m.w.H.).

### 3.2.3. Würdigung

Die Beklagten machen erstmals in der Duplik Ansprüche aus Ersatzvornahme für Mängelbehebungen geltend. Sie sprechen von "unzähligen" Mängeln oder "200" bzw. "272" Mängeln. Die Beklagten behaupten, mit Schreiben vom 17. Dezember 2015 (act. 32/1) und vom 22. Dezember 2015 (act. 32/2), der Klägerin unzählige Mängel angezeigt und eine letztmalige Frist zur Behebung angesetzt zu haben (act. 31 Rz. 14). Überdies berufen sich die Beklagten auf einen Vereinbarungsentwurf vom 5. April 2017 (act. 32/3) und eine E-Mail der Klägerin vom 24. April 2017 (act. 32/29). In Bezug auf die Höhe der durch Ersatzvornahme angefallenen Kosten stellen die Beklagten den Betrag von CHF 1'613'710.20 in den Raum und verweisen für die einzelnen Positionen auf eine Bauabrechnung (act. 32/30).

Das Vorliegen von Mängeln wird von der Klägerin bestritten (act. 40 Rz. 89 f.). Da die Behauptung von Mängeln und damit zusammenhängenden Rechten erst in der Duplik erfolgte, ist die Bestreitung in der Triplik zulässig und zu beachten. Es wäre demnach an den Beklagten, diese in substantiiert Form darzulegen und zu beweisen. Mit weiteren, neuen Behauptungen und Beweismitteln zu diesem Thema sind die Beklagten jedoch nach der Duplik ausgeschlossen, da diese schon zu einem früheren Zeitpunkt hätten vorgebracht werden können. Die Behauptungen der Beklagten zum Vorliegen von Mängeln sind unsubstantiiert. Sie unterlassen eine nähere Bezeichnung oder Beschreibung der Mängel in den Rechtsschriften gänzlich und verweisen pauschal auf zwei Schreiben der Beklagten (act. 32/1 und 32/2), einen Vereinbarungsentwurf (act. 32/3) und eine E-Mail der Klägerin (act. 32/29). Es ist nicht Sache des Gerichts, mögliche Behauptungen anhand der offerierten Beweismittel herauszuarbeiten. Die verrechnungsweise geltend gemachte Gegenforderung scheitert daher bereits daran, dass das Vorliegen von Mängeln nicht in rechtsgenügender Weise behauptet, geschweige denn bewiesen wurde.

Die Klägerin bestreitet auch das Vorliegen von rechtsgenügenden Mängelrügen und von verbindlichen Fristansetzungen (act. 40 Rz. 9). Die Beklagten berufen sich auch hier pauschal auf die zwei Schreiben vom 17. Dezember 2015 und 22. Dezember 2015 (act. 31 Rz. 14, act. 32/1 und 32/2). Im Schreiben vom 17. Dezember 2015 ist von 200 Mängeln in der Referenzwohnung s32 3.1 die Rede und

es wird der Klägerin eine letzte Nachfrist zur mängelfreien Erstellung der Referenzwohnung angesetzt. Näher werden die Mängel nicht konkretisiert. Dies genügt den Anforderungen an eine Mängelrüge nicht. Im Schreiben vom 22. Dezember 2015 ist sodann die Rede von 272 Mängeln in der Wohnung s32 2.2 und es wird der Klägerin eine letzte Frist zur Mängelbehebung angesetzt. Auch hier werden die Mängel in keiner Weise näher bezeichnet oder beschrieben, weshalb auch dieses Schreiben keine hinreichende Mängelrüge darstellt.

Was die Beklagten im Einzelnen aus dem Vereinbarungsentwurf vom 5. April 2017 ableiten, bleibt unklar. Im Übrigen handelt es sich erklärermassen lediglich um den Entwurf einer Vereinbarung, welcher gerade keine verbindlichen Parteierklärungen enthält.

Schliesslich sind auch die Ersatzvornahme sowie deren Kosten bestritten (act. 40 Rz. 93). Es wäre daher an den Beklagten gewesen, darzulegen und zu beweisen, für welche Mängel sie welche Ersatzvornahmen zu welchen Kosten durchgeführt haben oder haben durchführen lassen. Anhand der Angabe eines Totalbetrags ist es nicht möglich festzustellen, für welche Mängel in welchen Wohnungen Kosten für Ersatzvornahmen angefallen sind. Es ist auch hier nicht Aufgabe des Gerichts, die notwendigen Behauptungen aus den offerierten Beweismitteln herauszuarbeiten. Überdies ist die Gesamtabrechnung kein taugliches Beweismittel, da sie von den Beklagten selber erstellt wurde.

Insgesamt scheidet die Verrechnung mit Gegenforderungen aufgrund von Ersatzvornahmen wegen Mängeln an mangelnder Substantiierung und mangelndem Beweis der entsprechenden Voraussetzungen. Es bleibt daher bei der in Erw. 2.1.4. festgestellten Pflicht der Beklagten zur Leistung der vereinbarten Schlusszahlung von CHF 500'000.–.

#### 4. Verzugszinsen

Ist eine Verbindlichkeit fällig, wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Ist der Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug, hat er Verzugszinsen von 5 % p.a. zu bezahlen (Art. 104

Abs. 1 OR). Unter Mahnung ist jede ausdrücklich und unmissverständlich an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers zu verstehen, die geschuldete Leistung zu erbringen. Die Zustellung eines Zahlungsbefehls gilt als Mahnung (KREN KOSTKIEWICZ, in.: OFK zum OR, 3. Auflage, 2016, N. 4 ff. zu Art. 102).

Die Klägerin verlangt Verzugszinsen zu 5 % seit 3. September 2019. Sie habe die Beklagten mit Betreibungen vom 2. September 2019 in Verzug gesetzt (act. 1 Rz. 35). Die Beklagten bestreiten die Betreibungen vom 2. September 2019 nicht. Aus act. 3/12 und 3/13 ergibt sich, dass die Klägerin gegen beide Beklagten am 2. September 2019 Betreibung eingeleitet hat (Datum des Zahlungsbefehls). Demnach hat die Klägerin Anspruch auf Verzugszinsen zu 5 % seit 3. September 2019.

#### 5. Zusammenfassung

Es ist unbestritten, dass die Beklagten die in der Pauschalierungsvereinbarung vereinbarte Restzahlung von CHF 500'000.– nicht geleistet haben. Die von den Beklagten zur Leistungsverweigerung angeführten Gründe erweisen sich als nicht stichhaltig. Namentlich gilt das Werk aufgrund der Inbetriebnahme gestützt auf Art. 158 Abs. 1 und Art. 164 Abs. 1 SIA-Norm 118 als abgenommen und die Restzahlung ist damit fällig. Die Klägerin war sodann weder verpflichtet, Sicherheitsleistungen ihrer Subunternehmer einzuholen, noch solche den Beklagten zu übertragen. Selbst wenn dies der Fall wäre, berechnete dies nicht zu einer Leistungsverweigerung nach Art. 82 OR. Überdies sind die entsprechenden Behauptungen der Beklagten unsubstantiiert. Dies gilt insbesondere auch für ein allfälliges Rückbehaltsrecht nach Art. 149 ff. SIA-Norm 118. Die zur Verrechnung gestellten Gegenforderungen der Beklagten aufgrund von Minderkosten oder Ersatzvornahmen wegen Werkmängeln sind weder genügend behauptet noch bewiesen. Damit steht der klägerischen Forderung nichts entgegen und sind die Beklagten zur Zahlung von CHF 500'000.– zuzüglich dem beantragten Verzugszins zu verpflichten.

## 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### 6.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert, dem Zeitaufwand des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falles. Der Streitwert beträgt CHF 500'000.–. Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist eine volle Gerichtsgebühr von aufgerundet CHF 21'000.– geschuldet. Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr – unter solidarischer Haftung – von den Beklagten zu tragen. Die Klägerin leistete in Anwendung von Art. 98 ZPO einen Vorschuss für die Gerichtskosten. Die Gerichtskosten sind aus diesem Vorschuss zu beziehen. Der Klägerin ist das Rückgriffsrecht einzuräumen.

### 6.2. Parteientschädigung

Gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO ist in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung zuzusprechen, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist. Die Regelung zielt u.a. auf Fälle ab, wo ein Anwalt in eigener Sache auftritt, als Organ einer Partei oder Angestellter ihres Rechtsdienstes handelt. Aufgabe der ansprechenden Partei ist es, die Entschädigung zu beantragen und dem Gericht sachlich überzeugende Gründe für die geltend gemachte Höhe der Umtriebsentschädigung vorzulegen. Die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung für nicht berufsmässig vertretene Parteien stellt eine zu begründende Ausnahme dar (RÜEGG, in: Basler Kommentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 96 N. 21 ZPO m.w.H.). Die Klägerin beantragt die Zusprechung einer Parteientschädigung (act. 1 S. 1). Sie hat es aber unterlassen, ihren Aufwand im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren darzulegen und zu begründen. Es ist ihr daher keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen.

### **Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Beklagten werden, unter solidarischer Haftung, verpflichtet, der Klägerin CHF 500'000.– nebst Zins zu 5% seit 3. September 2019 zu bezahlen.



2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 21'000.–.
3. Die Kosten werden, unter solidarischer Haftung, den Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Klägerin wird das Rückgriffsrecht eingeräumt.
4. Der Klägerin wird keine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 500'000.–.

Zürich, 24. Oktober 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Dr. Benjamin Büchler