[Briefkopf Anwaltskanzlei]

**EINSCHREIBEN**

Handelsgericht des Kantons Zürich

Hirschengraben 15

Postfach 2401

8021 Zürich

[Ort], [Datum]

Forderung

Sehr geehrter Herr Präsident/Sehr geehrte Frau Präsidentin

Sehr geehrte Damen und Herren

In Sachen

[Vorname] [Name] Kläger

[Geburtsdatum], [Staatsangehörigkeit], [Adresse], [Postleitzahl] Moskau, Russland

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Kanzlei], [Adresse], [Ort]

gegen

[Firma Beklagte] Beklagte

[Adresse], [Postleitzahl] Zürich, Schweiz

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Kanzlei], [Adresse], [Ort]

betreffend Forderung

reiche ich namens und im Auftrag des Klägers

**Klage**

ein und stelle folgende

RECHTSBEGEHREN

* 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 25'000.00 nebst Zins zu 5% seit 1. November 2014 sowie CHF 25'000.00 nebst Zins von 5% seit 17. März 2015 zu zahlen;
  2. Der Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. [….] des Betreibungsamtes [….] (Zahlungsbefehl vom [Datum]) sei im Umfang von CHF 25'000.00 nebst Zins zu 5% seit 1. November 2014 sowie CHF 25'000.00 nebst Zins von 5% seit 17. März 2015 aufzuheben;
  3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Bemerkung 1**:** Die **Zinsforderungen** gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 beziehen sich auf das **Datum des Verzugs** (s. Sachverhalt unten). Weil vorliegend zwei verschiedene Schadenspositionen mit unterschiedlichem Verzugs- und damit unterschiedlichem Zinslaufzeitpunkt geltend gemacht werden, ist die teilklageweise geltend gemachte Forderung entsprechend zu unterteilen.

Bemerkung 2**:** Geldschulden sind in der **geschuldeten Währung** einzuklagen. Im vorliegenden Fall ist dies unproblematisch. Bei Klagen im **grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr** gilt es aber generell zu beachten, dass (bei Anwendung Schweizer Rechts) **Fremdwährungsschulden ohne Effektivklausel** gegenüber einem Schuldner in der betreffenden **Fremdwährung eingeklagt** werden müssen (Art. 84 Abs. 1 OR), die Forderung bei einer **Betreibung** aber in **Schweizer Franken umgerechnet** werden muss (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG). Klagt der Gläubiger der Fremdwährung fälschlicherweise auf Bezahlung in Inlandwährung, macht er einen Anspruch geltend, der ihm materiell nicht zusteht (BGE 134 III 151 E. 2.4 und 2.5), mit der Folge, dass die Klage abgewiesen wird.

**Bemerkung 3:** Die **Beseitigung des Rechtsvorschlags** wird im Umfang der teilklageweise geltend gemachten Forderung verlangt. Es wird **keine definitive Rechtsöffnung** verlangt (hierfür wäre gemäss Art. 248 lit. a i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO und § 24 lit. c GOG/ZH der **Einzelrichter im summarischen Verfahren** zuständig, nicht das Kollegialgericht des Handelsgerichts).

**Bemerkung 4:** Hätte der Kläger **Wohnsitz in der Schweiz,** müsste auf die Parteientschädigung zusätzlich die **Mehrwertsteuer** verlangt werden, weil der Kläger als natürliche Person (grundsätzlich) **nicht vorsteuerabzugsberechtigt** ist (s. hierzu Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2006). Dem im Ausland wohnhaften Kläger wird vorliegend auf das Anwaltshonorar **keine Mehrwertsteuer verrechnet,** weshalb diese auf der Parteientschädigung nicht geltend gemacht wird (Leistungsexport gemäss MWSTG).

Begründung

**I. Formelles**

* 1. Der Unterzeichnete ist gehörig bevollmächtigt.

BO: Vollmacht vom [Datum] Beilage 1

* 1. Der Kläger hat seinen Wohnsitz in Moskau, Russland, die Beklagte hat Sitz in Zürich (ZH). Somit liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Der Kläger macht gegenüber der Beklagten eine Forderung aus dem Werkvertrag vom 24. März 2014 (nachfolgend **«Vertrag»)** geltend. Gemäss Ziff. 11 des Vertrages gilt für alle sich aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag ergebenden Streitigkeiten «Gerichtsstand Schweiz». Entsprechend ist das angerufene Gericht gemäss Art. 23 Ziff. 1 LugÜ international sowie gemäss Art. 112 Abs. 1 IPRG örtlich zuständig.

BO: Handelsregisterauszug betreffend die Beklagte (zefix) Beilage 2

BO: Werkvertrag vom 24.03.2014 Beilage 3

Bemerkung 5: Art. 23 Ziff. 1 LugÜ betreffend Gerichtsstandsvereinbarungen kommt immer dann zur Anwendung, wenn **mindestens eine der Parteien** ihren Wohnsitz in einem LugÜ-Vertragsstaat hat und die **Zuständigkeit eines LugÜ-Vertragsstaates** vereinbart wurde. Art. 23 Ziff. 1 LugÜ enthält kein Erfordernis eines Bezugs zu einem zweiten Vertragsstaat. Die Bestimmung ist deshalb auch dann anzuwenden, wenn nur eine Partei in einem Vertragsstaat wohnt und dessen Gerichte prorogiert werden (Walter/Domej, Zivilprozessrecht, S. 291). Dies war lange streitig. Im Fall Owusu hat der EuGH jedoch klargestellt, dass ein Bezug zu mehr als einem Vertragsstaat nicht erforderlich sei, um die Anwendbarkeit des europäischen Zivilprozessrechts zu begründen (EuGH vom 01.03.2005, Rs C-281/02, Owusu, Slg. 2005, I-1445). Der erforderliche Auslandbezug könne vielmehr auch durch Bezüge zu einem Drittstaat hergestellt werden. Dieser Auffassung hat sich das Bundesgericht ausdrücklich angeschlossen. Es darf somit keine weitergehende «Eurointernationalität» des Falles verlangt werden, als der Wortlaut der jeweils interessierenden Zuständigkeitsbestimmung es verlangt.

Bemerkung 6: Die Gerichtsstandsvereinbarung muss – um dem **Bestimmtheitsgrundsatz** zu genügen – u.a. das von den Parteien gewählte Gericht genau bezeichnen. Gemäss Art. 23 Ziff. 1 LugÜ genügt die **Vereinbarung der internationalen Zuständigkeit** («Gericht oder Gerichte eines durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates»). Die blosse Vereinbarung «Gerichtsstand Schweiz», d.h. die Wahl der Gerichte eines bestimmten Staates, ist unter Art. 23 Ziff. 1 LugÜ folglich zulässig. Die **Bestimmung des örtlich zuständigen Gerichts** hat dann nach den einschlägigen **Kollisionsregeln,** in der Schweiz also primär nach dem IPRG, zu erfolgen. **Anders im IPRG:** Nach überwiegender Lehrmeinung genügt die Wahl der Gerichte eines bestimmten Staates im Rahmen von Art. 5 IPRG nicht; vielmehr wird die **explizite Nennung des örtlich zuständigen Gerichts** vorausgesetzt, wobei dies auch indirekt erfolgen kann (z.B. «die Gerichte am Sitz des Unternehmers») (Walter/Domej, Zivilprozessrecht, S. 137 und 294; BSK IPRG-Grolimund/Bachofner, Art. 5 N 42).

**Bemerkung 7:** Zu beachten ist, dass im Bereich von **Verbrauchersachen** i.S.v. Art. 15 LuGÜ – unter welche die streitgegenständliche Beziehung grundsätzlich fallen würde – **Gerichtsstandsvereinbarungen** nur **sehr beschränkt zulässig** sind, denn der Verbraucherschutz wäre weitgehend wirkungslos, wenn der Anbieter verbraucherrechtliche Zuständigkeitsbestimmungen – insbesondere über Allgemeine Geschäftsbedingungen – durch eine **Prorogation** umgehen könnte (BSK LugÜ-Gehri, Art. 17 N 1). Weil der Kläger im vorliegenden Fall keinen Wohnsitz in einem LugÜ-Vertragsstaat hat (s. Art. 15 Ziff. 1 lit. c LugÜ), untersteht die Gerichtsstandsvereinbarung nicht den Beschränkungen gemäss Art. 15 ff. LugÜ.

* 1. Der Streitgegenstand betrifft die geschäftliche Tätigkeit der Beklagten. Aufgrund des über CHF 30'000.00 liegenden Streitwertes ist gegen einen handelsgerichtlichen Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht zulässig. Die Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a und b ZPO für eine handelsgerichtlich zu beurteilende Streitigkeit sind somit erfüllt. Die Beklagte ist im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (s. Beilage 2). Weil der Kläger weder im schweizerischen Handelsregister noch in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen ist, hat er nach Art. 6 Abs. 3 ZPO die Wahl, die Klage entweder beim Handelsgericht oder beim Bezirksgericht einzuleiten. Das Handelsgericht ist somit gemäss Art. 6 Abs. 3 und Art. 219 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG/ZH sachlich zuständig.

Bemerkung 8: Sofern die Kantone ein **Handelsgericht** eingerichtet haben, ist dieses gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO **zwingend** für die Beurteilung von **handelsrechtlichen Streitigkeiten** zuständig (ZPO-Komm-Vetter, Art. 6 N 19). Die **sachliche Zuständigkeit** des Handelsgerichts kann durch Parteiabrede **weder prorogiert noch derogiert** werden (BSK ZPO-Vock/Nater, Art. 6 N 7). Für das Vorliegen einer handelsrechtlichen Streitigkeit müssen die Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a–c ZPO **kumulativ** erfüllt sein.

Bemerkung 9: Der Begriff der **«geschäftlichen Tätigkeit»** ist mit Inkrafttreten der ZPO ein bundesrechtlicher Begriff geworden, wobei auf die **charakteristische Leistung** im Rahmen der geschäftlichen Tätigkeit abzustellen ist (ZPO Komm-Vetter, Art. 6 N 9; BSK ZPO-Vock/Nater, Art. 6 N 8; BGE 138 III 471 E. 1.1). Es genügt, wenn die **geschäftliche Tätigkeit lediglich bei einer der Parteien** gegeben ist. Die geschäftliche Tätigkeit umfasst alle berufs- und gewerbsmässig betriebenen Geschäfte einer im Handelsregister eingetragenen Person (KUKO ZPO-Haas/Schlumpf, Art. 6 N 6). Der Begriff wird **weit ausgelegt** und erfasst nicht nur **Grundgeschäfte,** sondern auch **Hilfs- oder Nebengeschäfte,** welche die eigentliche Geschäftstätigkeit fördern oder unterstützen. Auch **Konsumentenstreitigkeiten** fallen unter den Begriff der geschäftlichen Tätigkeit, sofern der Prozessgegenstand die Geschäftstätigkeit der im Handelsregister eingetragenen Partei betrifft (BSK ZPO-Vock/Nater, Art. 6 N 8; SHK ZPO-Härtsch, Art. 6 N 9 f.; BGE 138 III 694 E. 2.3). Für das Vorliegen einer geschäftlichen Tätigkeit **nicht notwendig** ist, dass die Parteien in einem **Vertragsverhältnis** stehen, weshalb auch Ansprüche aus culpa in contrahendo, Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus ungerechtfertigter Bereicherung darunter fallen können (BSK ZPO-Vock/Nater, Art. 6 N 8).

Bemerkung 10: Gegen den Entscheid des Handelsgerichts muss die **Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht** offen stehen, wobei der Streitwert in **vermögensrechtlichen Angelegenheiten** **mindestens CHF 30'000.00** betragen muss (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Massgebend zur Bestimmung des Streitwertes sind **Art. 51–53 BGG**, nicht Art. 91–94 ZPO (BSK ZPO-Vock/Nater, Art. 6 N 10). Falls der Kläger den Streitwert im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit auf einen CHF 30'000 übersteigenden Betrag beziffert, im Verlaufe des Verfahrens aber unter diese Grenze reduziert **(teilweiser Klagerückzug),** **entfällt die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts** und die Streitsache ist unter analoger Anwendung von Art. 227 Abs. 2 ZPO **von Amtes wegen an das sachlich zuständige Gericht zu überweisen** (BSK ZPO-Vock/Nater, Art. 6 N 10a; a.M. BK ZPO-Berger, Art. 6 N 37). Andernfalls stünde den Parteien gegen den Entscheid des Handelsgerichts aufgrund von Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG einzig die subsidiäre Verfassungsbeschwerde offen, was einen unzulässigen Eingriff in die Parteirechte darstellen und mit dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO unvereinbar wäre (BSK ZPO-Vock/Nater, Art. 6 N 10a).

Bemerkung 11: Für die handelsgerichtliche Zuständigkeit ist unerheblich, ob die **Eintragung** im Handelsregister **deklaratorisch oder konstitutiv** ist (BSK ZPO-Vock/Nater, Art. 6 N 11). Der Eintrag im Handelsregister muss die eingetragene Partei als **partei- und prozessfähiges Subjekt** ausweisen, die ein **Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe** betreibt (Art. 934 Abs. 1 OR). Andernfalls würden auch Vereine, die sich freiwillig im Handelsregister eintragen (Art. 61 Abs. 1 ZGB), unter die handelsgerichtliche Gerichtsbarkeit fallen (BSK ZPO-Vock/Nater, Art. 6 N 11). Zur Beurteilung des Regressanspruchs im Falle einer **Streitverkündungsklage** ist das Handelsgericht sachlich nur dann zuständig, wenn der Litisdenunziat im Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen ist, sich der Anspruch aus der geschäftlichen Tätigkeit des Denunzianten und/oder Denunziaten ergibt und der Beschwerde in Zivilsachen unterliegt (BSK ZPO-Vock/Nater, Art. 6 N 12a).

Bemerkung 12: Ist **nur die beklagte Partei im schweizerischen Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register** eingetragen und sind die übrigen Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a und b ZPO erfüllt, räumt Abs. 3 von Art. 6 ZPO der klagenden Partei ein **Wahlrecht** zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht ein. Das Bundesgericht beendete in BGE 138 III 694 E. 2.6 und 2.11 den bis zu diesem Zeitpunkt in der Lehre bestehenden Streit, ob das **Wahlrecht auch Privatpersonen ohne Unternehmereigenschaft** zugestanden oder auf Einzelunternehmen ohne Registereintrag sowie Personengemeinschaften im Gründungsstadium von Handelsgesellschaften beschränkt werden sollte. Gemäss dem Bundesgericht ist das **Klägerwahlrecht umfassend** zu verstehen und steht deshalb auch einer nicht im Handelsregister eingetragenen natürlichen Person zu, sofern die in Art. 6 Abs. 2 lit. a und b ZPO festgehaltenen Voraussetzungen erfüllt sind. Dies bedeutet eine **Ausdehnung der sachlichen Zuständigkeit** der Handelsgerichte, insbesondere auch auf **Konsumentenstreitigkeiten** (BSK ZPO-Vock/Nater, Art. 6 N 15a f.).

* 1. Das angerufene Gericht ist damit örtlich sowie sachlich zuständig.
  2. Bei Streitigkeiten vor Handelsgericht entfällt das Schlichtungsverfahren, weshalb die Klage direkt beim Handelsgericht einzureichen ist.

Bemerkung 13: Gemäss Art. 197 ZPO hat dem Entscheidverfahren grundsätzlich ein **Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde** vorauszugehen. Ist das Handelsgericht als einzige kantonale Instanz gemäss Art. 6 ZPO zuständig, liegt allerdings eine **Ausnahme i.S.v. Art. 198 lit. f ZPO** vor, wonach kein vorgängiges Schlichtungsverfahren durchzuführen ist. Diese **Ausnahme vom Schlichtungsobligatorium** wird damit begründet, dass bei Klagen, für die nach Art. 6 ZPO eine einzige kantonale Instanz zuständig ist, ein **Fachwissen seitens des Gerichts** vorausgesetzt wird und diese Voraussetzung bei einer nicht spezialisierten Schlichtungsbehörde nicht verlangt werden kann (BSK ZPO-Infanger, Art. 197 und 198 N 20).

**Bemerkung 14:** Steht dem Kläger ein Wahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO zu, besteht die Möglichkeit, dass sich der Kläger **erst nach erfolgloser Schlichtungsverhandlung** vor dem zuständigen Friedensrichter und Ausstellung der Klagebewilligung dafür **entscheidet,** die **Klage beim Handelsgericht** **statt beim ordentlichen Gericht** einzureichen.

Hier stellt sich die Frage, ob der Kläger sein **Wahlrecht durch Stellung des Schlichtungsgesuchs bereits endgültig ausgeübt** und sich damit für die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts entschieden hat oder ob er nachträglich auf seine Wahl zurückkommen kann. Eine **unwiderrufliche Wahl des Klägers für das Verfahren vor dem ordentlichen** **Gericht** liegt erst dann vor, wenn die Klagebewilligung bereits beim ordentlichen Gericht eingereicht und die Klage vom Gericht der beklagten Partei zugestellt worden ist. Erst dann kann von einer **Fortführungslast i.S.v. Art. 65 ZPO** gesprochen werden, wonach der Kläger an die von ihm getroffene Wahl zugunsten des ordentlichen Gerichts gebunden ist. Die **blosse Einreichung eines Schlichtungsgesuchs und die anschliessende Ausstellung der Klagebewilligung** stehen der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts somit **nicht** von vornherein **entgegen.**

Was die **Frage der anderweitigen Rechtshängigkeit** i.S.v. Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO betrifft, kommt es darauf an, in welchem Zeitpunkt der Kläger seine Klage beim Handelsgericht einreicht. Ist die **dreimonatige Klagefrist (Art. 209 Abs. 3 ZPO) bereits abgelaufen** und wurde die Klagebewilligung nicht beim ordentlichen Gericht eingereicht, wurde der Prozess nicht fortgesetzt. Entsprechend steht die Rechtshängigkeit jenes Verfahrens dem Eintreten auf die Klage durch das Handelsgericht nicht mehr entgegen. Erfolgt die **Klage vor Handelsgericht vor Ablauf der dreimonatigen Klagefrist,** hat der Kläger ausdrücklich zu erklären, auf eine mit dem Schlichtungsgesuch vorbereitete Klage vor dem ordentlichen Gericht zu verzichten. Dies stellt bezogen auf das Verfahren vor dem ordentlichen Gericht einen **Klagerückzug ohne materielle Rechtskraftwirkung** i.S.v. Art. 65 ZPO dar, weshalb die Rechtshängigkeit jenes Verfahrens dem Eintreten auf die Klage vor Handelsgericht ebenfalls nicht mehr entgegensteht (zur ganzen Thematik: HGer ZH HG120017 vom 18.01.2013 E. 2.4.2; OGer ZH, 06.07.2012, ZR 2012 Nr. 75).

* 1. Die vorliegende Klage ist eine Teilklage gemäss Art. 86 ZPO. Der Kläger macht von seinem Gesamtanspruch gegenüber der Beklagten in der Höhe von CHF 307'533.00 (dazu unten, Rz 19 ff.) einen Teilbetrag von insgesamt CHF 50'000.00 geltend. Dieser Teilbetrag bezieht sich jeweils hälftig und damit in der Höhe von CHF 25'000.00 auf die klägerischen Ansprüche im Zusammenhang mit den verklebten Lamellen sowie auf seine Ansprüche im Zusammenhang mit den vergrauten und abgeblätterten Lamellen. Der Kläger behält sich das Nachklagerecht für seine Restansprüche ausdrücklich vor.

Bemerkung 15: Einzige Voraussetzung für eine Teilklage gemäss Art. 86 ZPO ist die **Teilbarkeit des** **materiell-rechtlichen Anspruchs.** Bei **Ansprüchen auf Zahlung einer Geldsumme** ist dies unproblematisch (BSK ZPO-Spühler, Art. 86 N 1). Wie bereits ausgeführt, ist jedoch zu beachten, dass bei **mehreren Schadenspositionen** konkret angegeben wird, auf **welche jeweilige Position** sich der teilweise eingeklagte Anspruch bezieht.

**Bemerkung 16:** Der **Vorbehalt des Nachklagerechts** soll lediglich klarstellen, dass die nur teilweise Geltendmachung des Anspruchs keinen Forderungserlass in Bezug auf die Differenz darstellt.

* 1. Der Kläger leitete am 16. Februar 2015 Betreibung über den Gesamtbetrag gegen die Beklagte ein. Die Beklagte erhob gegen den ihr am 20. Februar 2015 zugestellten Zahlungsbefehl ohne Begründung Rechtsvorschlag.

**BO:** Zahlungsbefehl vom 19.02.2015 (Gläubigerdoppel) **Beilage 4**

II. Materielles

A. Tatsächliches

a) Zum Werkvertrag vom 24. März 2014

* 1. Der Kläger ist Eigentümer einer Mitte 2015 fertiggestellten Ferienliegenschaft im südfranzösischen La Croix-Valmer (Département Var in der Region Provence-Alpes-Côte d’Azur).

**BO:** Im Bestreitungsfalle vorbehalten

* 1. Im Rahmen der Bauplanung entschied sich der Kläger, einen Teil der Aussenfassade aus Teakholz zu erstellen, wofür der Kläger bzw. der von ihm mit der Gesamtplanung beauftragte Architekt bei der auf den Handel mit Edelhölzern spezialisierten Beklagten am 28. Januar 2014 um eine entsprechende Offerte für die Herstellung und Lieferung massgeschneiderter Teakholzlamellen ersuchte.

**BO:** Offertanfrage vom 28.01.2014 **Beilage 5**

* 1. Die Beklagte stellte hierauf am 5. Februar 2014 eine erste Offerte.

**BO:** Offerte vom 05.02.2014 **Beilage 6**

* 1. Bei dieser ersten Offerte wurde seitens des Klägers festgestellt, dass sich das darin vorgesehene Rohmaterial aufgrund der Farbe für die Fassadenkonstruktion nicht eigne. Die Parteien kamen deshalb überein, dass die Beklagte vor einer weiteren Offerte Musterlamellen mit unterschiedlichen Lasierungen (Schutzlackschicht) herstellen sollte. Diese Muster waren Gegenstand einer Besprechung in der Betriebsstätte der Beklagten, die am 20. Februar 2014 stattfand, in Anwesenheit des vom Kläger beauftragten Architekten, des Geschäftsführers der Beklagten sowie eines Mitarbeiters der Farblieferantin, welche der Beklagten die Lasur für die Beschichtung liefern sollte. Anlässlich dieser Besprechung ging es nebst der Oberflächenqualität der Lamellen insbesondere um den Farbton sowie um den UV-Schutz der zu applizierenden Lasur.

**BO:** [Name], [Adresse], [Architekt] **als Zeuge**

**BO:** [Name], [Adresse], [Mitarbeiter der Farblieferantin] **als Zeuge**

**BO:** [Name], [Adresse], [Geschäftsführer Beklagte] **Parteibefragung**

**Bemerkung 17:** Beim **Geschäftsführer** der Beklagten handelt es sich um ein **Organ,** weshalb er gemäss Art. 159 ZPO in einem **Beweisverfahren wie eine Partei** behandelt wird (Dike ZPO-Leu, Art. 159 N 6).

* 1. Anschliessend stellte die Beklagte dem Kläger am 27. Februar 2014 eine neue Offerte zu, die nebst den vom Kläger übermittelten Daten betreffend den Zuschnitt der Lamellen auch die zu applizierende Lasur sowie deren Art der Applikation (Anzahl Schichten pro Seite der Lamellen) enthielt. Diese Offerte wurde vom Kläger akzeptiert. Entsprechend bestellte der Kläger bei der Beklagten 50'000 Laufmeter Teakholzlamellen für den Preis von CHF 12.00/ Laufmeter gemäss der Offerte vom 27. Februar 2014.

**BO:** Offerte vom 27.02.2014 **Beilage 7**

**BO:** Auftragsbestätigung vom 11.03.2014 **Beilage 8**

* 1. Die Beklagte stellte dem Kläger anschliessend einen Werkvertrag mit dem Inhalt der Offerte sowie weiteren Bestimmungen zu, der vom Kläger am 24. März 2014 unterzeichnet wurde (s. Beilage 3).

b) Verklebungen bei den Lamellen der ersten Lieferung

* 1. Die von der Beklagten gelieferten Lamellen erreichten ihren Bestimmungsort in Südfrankreich in zwei ungefähr gleich grossen, zeitlich gestaffelten Lieferungen per LKW. Die erste Lieferung erfolgte am 2. Mai 2014.

**BO:** Lieferschein vom 02.05.2014 **Beilage 9**

* 1. Beim Auspacken dieser ersten Lieferung vor Ort stellte sich heraus, dass beinahe sämtliche Lamellen in einer Weise miteinander verklebt waren, dass sie nur mit Gewalt und damit unter Zerstörung der applizierten Lasur voneinander getrennt werden konnten. Dieser Vorfall wurde der Beklagten umgehend mit E-Mail des vom Kläger beauftragten Architekten vom 5. Mai 2014 zur Kenntnis gebracht mit dem Hinweis, dass für die zweite Lieferung Lamellen wohl Oberflächenbehandlung und Trocknungszeiten angepasst werden müssten.

**BO:** E-Mail Architekt vom 05.05.2014 **Beilage 10**

* 1. Die Beklagte teilte diese Verklebungen ihrerseits der Farblieferantin mit und wies darauf hin, dass die Lasur hinsichtlich Anzahl Schichten, Trocknungsintervallen, Temperatur und Luftfeuchtigkeit gemäss den Vorgaben der Farblieferantin durch die von der Beklagten hierfür beauftragte Lohnfärberei appliziert worden sei. Der Architekt des Klägers wurde in die entsprechende E-Mail der Beklagten einkopiert.

**BO:** E-Mail Beklagte vom 09.05.2014 **Beilage 11**

* 1. In der Folge kam es im Mai und Juni 2014 zu mehreren Gesprächen der Parteien darüber, wie mit dem verklebten Material zu verfahren sei. Die Parteien stimmten überein, dass das Material nicht mit vertretbarem Zeit- und Kostenaufwand zur Beklagten zurücktransportiert, sondern die Schäden an den Lamellen vor Ort in Frankreich behoben werden sollten.

**BO:** [Architekt] **als Zeuge**

**BO:** [Geschäftsführer der Beklagten] **Parteibefragung**

* 1. Dabei stand für den Kläger wie auch seinen Architekten ausser Frage, dass die damit zusammenhängenden Kosten von der Beklagten getragen würden.

**BO:** Kläger **Parteibefragung**

**BO:** [Architekt] **als Zeuge**

* 1. Entsprechend der vereinbarten Schadensbehebung vor Ort in Südfrankreich wurden die rund 25'000 Laufmeter verklebte Lamellen von der Baustelle in ein örtliches Werk transportiert, dort abgehobelt, geschliffen, darauf die von der Farblieferantin nach Frankreich gelieferte Lasur (mit offenbar veränderter Rezeptur) appliziert, verpackt und wieder auf die Baustelle gebracht. Die damit zusammenhängenden Kosten beliefen sich auf insgesamt CHF 122'840.00 und setzten sich wie folgt zusammen:

**BO:** [Detaillierte Auflistung der einzelnen Positionen und Kosten]

**BO:** [Dokumentation der einzelnen Positionen und Kosten] **Beilagen 12a–k**

* 1. Die zweite Lieferung Lamellen erfolgte am 13. Mai 2014 und zeigte aufgrund deren Transport in Kühllastwagen keine Verklebungen auf.
  2. Der Kläger, welcher die erste wie auch die zweite Lieferung bereits bezahlt hatte, stellte der Beklagten die Nachbesserungskosten zur Behebung der Verklebungen der ersten Lieferung Ende September 2014 in Rechnung.

**BO:** Rechnung vom 29.09.2014 **Beilage 13**

* 1. Die Beklagte wies jedoch jede Verantwortung hinsichtlich der Verklebungen zurück. Sie machte geltend, dass sie bezüglich der Lasierung auf die ausdrückliche und sachkundige Weisung des Klägers hin gehandelt habe. Der Kläger hätte sich vor der Bestellung bei der Beklagten sachverständig beraten lassen sollen. Stattdessen habe er der Beklagten von Anbeginn die Verwendung eines bestimmten Produkts einer bestimmten Firma für die Beschichtung der Lamellen vorgeschrieben. Der Kläger hätte sich vor der Bestellung bei der Beklagten sachverständig beraten lassen sollen. Die Farblieferantin habe der Beklagten präzise Instruktionen für die Applikation der betreffenden Lasierung erteilt, welche Instruktionen von der Beklagten bzw. der von ihr hierzu beauftragten Lohnfärberei strikte eingehalten worden seien. Die Beklagte würde deshalb aufgrund dieser angeblichen sachverständigen Weisung des Klägers selbst dann keine Haftung treffen, wenn irgendeine «Blockfestigkeit», die jeder Transportart, Transportdauer und sämtlichen dabei auftretenden Einwirkungen hätte standhalten müssen, geschuldet gewesen wäre.

**BO:** Schreiben Beklagte vom 13.10.2014 **Beilage 14**

* 1. Der Kläger widersprach diesen Behauptungen umgehend und setzte die Beklagte mit Schreiben vom 17. Oktober 2014 in Verzug, unter Ansetzung einer Nachfrist für die Leistung des Kostenersatzes bis 31. Oktober 2014. Auch dieser Aufforderung kam die Beklagte nicht nach.

**BO:** Schreiben Kläger vom 17.10.2014 **Beilage 1**

c) Vergrauungen/Abblätterungen der Lamellen nach deren Montage

* 1. Ende Oktober 2014 und damit wenige Wochen, nachdem die Lamellen in der Fassade der Liegenschaft verbaut worden waren, wurden grossflächige Vergrauungen und Abblätterungen bei sämtlichen Lamellen festgestellt.
  2. Der Kläger teilte auch diesen Vorfall umgehend der Beklagten mit und wies darauf hin, dass dieser Vorfall nur auf eine ungenügende und/oder untaugliche Lasierung der Lamellen zurückgeführt werden könne. Der Kläger verlangte von der Beklagten unverzüglich einen Vorschlag betreffend Schadensbehebung. Anschliessend stellte der Kläger der Beklagten noch ein Gutachten über die Gründe dieser Vergrauungen und Abblätterungen zu, das die Annahme des Klägers bestätigte.

**BO:** E-Mail Kläger vom 04.11.2014 **Beilage 16**

**BO:** Schreiben Kläger vom 14.11.2014, inkl. Gutachten vom 13.11.2014

**Beilage 17**

* 1. Die Beklagte bestritt in der Folge auch diesbezüglich jede Verantwortung. Sie hielt fest, dass die Lamellen, wie vom Kläger in Auftrag gegeben, einmal ganzseitig und zweimal sichtseitig beschichtet worden seien. Wäre dies nicht der Fall gewesen, hätte der Kläger umgehend nach Abnahme der jeweiligen Lieferungen in der Betriebstätte der Beklagten eine entsprechende Rüge vorbringen müssen. Denn eine nicht allseitige Lasierung wäre von blossem Auge erkennbar gewesen. Zudem sei festzuhalten, dass es vorliegend um eine Gesamtbestellung von 50'000 Laufmetern Lamellen gegangen sei. Bei einer solchen Menge sei es nur natürlich, dass eine gewisse Menge den vereinbarten Kriterien nicht entspreche. Sodann halte das vom Kläger in Auftrag gegebene Gutachten fest, dass eine Grundierung mit einem spezifischen Mittel hätte erfolgen müssen, welche Grundierung allerdings niemals vom sachverständig beratenen Kläger bei der Beklagten in Auftrag gegeben worden sei. Weiter halte das Gutachten fest, dass vor Ort im Rahmen der Montage der Lamellen keine Behandlung von mechanischen Verletzungen an den Lamellen, wie Bohrlöcher und Schnittkanten, erfolgt sei. Solche mechanischen Verletzungen und insbesondere Bohrlöcher und Schnittkanten hätten allein durch den Kläger bzw. durch von ihm beigezogene Hilfspersonen bei der Montage der Lamellen vor Ort verursacht werden können.

**BO:** Schreiben Beklagte vom 28.11.2014 **Beilage 18**

* 1. Der Kläger widersprach dieser Auffassung umgehend und kündigte an, zur Vermeidung weiteren Schadens diese Vergrauungen und Abblätterungen an den Lamellen selbst zu beheben, sollte die Beklagte hierzu innert angemessener Frist keine Hand bieten.

**BO:** Schreiben Kläger vom 05.12.2014 **Beilage 19**

* 1. Die Beklagte wich auch in der Folge nicht von ihrem Standpunkt ab, weshalb dem Kläger nichts anderes übrig blieb, als die im Gutachten (Beilage 17) vorgeschlagene Vorgehensweise zur nachhaltigen Behebung der Schäden zu befolgen, d.h. sämtliche Lamellen demontieren, abschleifen, neu lasieren und wieder montieren zu lassen. Die damit zusammenhängenden Kosten beliefen sich auf CHF 184'693.00. Es wurden dabei folgende Arbeiten durchgeführt:

**BO:** [Detaillierte Auflistung der einzelnen Positionen und Kosten]

**BO:** [Dokumentation der einzelnen Positionen und Kosten] **Beilage 20a–h**

* 1. Auch diese Kosten stellte der Kläger der Beklagten in Rechnung, die von der Beklagten jedoch nicht beglichen wurde. Ebenfalls liess die Beklagte eine diesbezüglich bis 16. März 2015 vom Kläger angesetzte Nachfrist ungenutzt verstreichen.

**BO:** Rechnung vom 03.02.2015 **Beilage 21**

**BO:** Schreiben Kläger vom 02.03.2015 **Beilage 22**

* 1. Nachdem keine Lösung dieser Auseinandersetzung gefunden werden konnte, leitete der Kläger gegen die Beklagte die Betreibung ein.

B. Rechtliches

a) Anwendbares Recht und Vertragsqualifikation

* 1. Der Vertrag sieht in Ziff. 12.1 Schweizer Recht als anwendbares Recht vor (s. Beilage 3). Diese Rechtswahl ist gemäss Art. 116 IPRG gültig.

**Bemerkung 18:** Bei **Fehlen einer Rechtswahl** als Grundlage der subjektiven Anknüpfung kommt Art. 117 IPRG zur Anwendung, welcher eine **subsidiäre Kollisionsnorm** darstellt (BSK IPRG-Amstutz/Wang, Art. 117 N 5). **Spezielle Verweisungsregeln** statuiert das IPRG in Art. 118 ff., welche als lex specialis Art. 117 IPRG vorgehen. Gemäss Art. 117 Abs. 1 IPRG wird objektiv an den Staat angeknüpft, mit dem der Vertrag den **engsten Zusammenhang** aufweist (BGE 130 III 417 E. 2). Art. 117 Abs. 1 IPRG stellt eine **Generalklausel** dar, welche vor allem dann zur Anwendung gelangt, wenn nach Abs. 2 und 3 von Art. 117 IPRG die charakteristische Leistung eines Vertrages nicht ermittelt werden kann, was vor allem bei Innominatverträgen der Fall sein kann. In Art. 117 Abs. 2 IPRG wird eine widerlegbare **Vermutung in Bezug auf die Ermittlung des engsten Zusammenhangs** zwischen dem anwendbaren Recht und dem entsprechenden Vertrag festgelegt. Danach wird der engste Zusammenhang im Staat vermutet, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung des Vertrages erbringen soll, ihren **gewöhnlichen Aufenthalt** hat bzw. – wenn die Partei den Vertrag im Hinblick auf eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit abgeschlossen hat – in dem sich ihre **Niederlassung** befindet. Art. 117 Abs. 3 lit. a–e IPRG enthält schliesslich eine **Liste, welche die charakteristische Leistung in Bezug auf verschiedene Vertragstypen** bezeichnet. Bei allen anderen, nicht in Abs. 3 genannten Vertragstypen ist jeweils durch Auslegung zu ermitteln, welche der sich gegenüber stehenden Leistungen als die charakteristische zu qualifizieren ist. Somit ergibt sich aus Art. 117 IPRG das folgende **Prüfschema**: (1) Es muss geprüft werden, ob kein **besonderes Schuldverhältnis** i.S.v. Art. 118 ff. IPRG vorliegt; (2) es ist festzustellen, ob eine (gültige) **Rechtswahl** vorliegt; (3) wird dies verneint, sind **Art. 117 Abs. 2 und 3 IPRG** anwendbar; (4) kann der Vertrag dadurch nicht abschliessend oder angemessen lokalisiert werden, ist durch **Art. 117 Abs. 1 IPRG** eine **Korrektur** der Anknüpfung vorzunehmen (CHK IPRG-Schnyder/Doss, Art. 117 N 3).

* 1. Die Beklagte verpflichtete sich mit vorliegendem Vertrag zur Herstellung und Lieferung einer bestimmten Menge massgeschneiderter, beschichteter Teakholzlamellen. Damit liegt dem Vertragsverhältnis der Parteien die Leistung von Arbeit mit einem bestimmten Arbeitserfolg zugrunde, weshalb das Vertragsverhältnis als Werkvertrag gemäss Art. 363 ff. OR zu qualifizieren ist (s. zum Ganzen: Gauch, Werkvertrag, Rz 5 ff.).

**Bemerkung 19:** Insbesondere wegen **Art und Umfang der Gewährleistung** ist vorliegend eine **Vertragsqualifikation** vorzunehmen. Die Bezeichnung des vorliegenden Vertrages als «Werkvertrag» durch die Parteien ist gemäss Art. 18 Abs. 1 OR nicht entscheidend.

* 1. Die Beklagte berief sich im Rahmen der vorprozessualen Auseinandersetzung wiederholt auf ihre AGB, die in Ziff. 12.1 des Vertrages erwähnt werden (s. Beilage 3), sowie auf die dort angeblich festgehaltenen Gewährleistungsbeschränkungen und insbesondere auf den Ausschluss jeder Haftung für Mangelfolgeschaden. Dem Kläger sind diese AGB unbekannt. Diese bildeten insbesondere keine Beilage zum Werkvertrag. Sie sind ihm somit zu keinem Zeitpunkt rechtsgenügend zur Kenntnis gebracht worden, weshalb diese AGB nicht Vertragsbestandteil bilden und damit vorliegend nicht zur Anwendung gelangen. Entsprechend kann eine inhaltliche Auseinandersetzung mit diesen AGB mangels Anwendbarkeit unterbleiben. Die Beweislast für die Anwendbarkeit dieser AGB läge jedenfalls bei der Beklagten.

**Bemerkung 20:** Geschäfte wie das vorliegende werden in der Mehrzahl der Fälle nicht (wie hier) in einem eigentlichen Vertragsdokument, sondern mittels **Offerte und Bestätigung** abgeschlossen, während die **Einzelheiten der Vertragsbeziehung** (insbesondere die Gewährleistung) in den **AGB** des Unternehmers festgehalten sind. Damit diese AGB durch **Globalübernahme** Vertragsbestandteil werden, sodass der Unternehmer (in dessen Interesse die AGB abgefasst sind) sich überhaupt darauf berufen kann, müssen sie dem Besteller **rechtsgenügend zur Kenntnis** gebracht worden sein, was oft einen zentralen Streitpunkt im Rahmen einer Auseinandersetzung darstellt. **Nicht genügend** ist jedenfalls ein blosser Verweis auf die AGB durch den Unternehmer oder die Zustellung der AGB zusammen mit einer Rechnung. Denn nach dem **Vertrauensprinzip** können AGB nur dann als vom Konsens erfasst gelten, wenn die zustimmende Partei die Möglichkeit hatte, sich vom Inhalt der AGB in **zumutbarer Weise** Kenntnis zu verschaffen, und zwar vor Abgabe ihrer Annahmeerklärung (s. hierzu Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 1134).

* 1. Somit kommen die Gewährleistungsbestimmungen gemäss schweizerischem Werkvertragsrecht zur Anwendung.

b) Zur Mangelhaftigkeit des Werks

* 1. Ein Mangel stellt eine Abweichung des abgelieferten Werkes vom vertraglich vereinbarten Werk dar. Dem Werk fehlt somit eine Eigenschaft, die vertraglich zugesichert wurde, oder die der Besteller nach Treu und Glauben als vorhanden voraussetzen durfte. Mangels anderer Abrede darf der Besteller ein Werk in einer Werkqualität erwarten, welche der normalen Beschaffenheit entspricht und gebrauchstauglich ist (Gauch, Werkvertrag, Rz 1355 ff.; Tercier/Favre, contrats, Rz 4471 ff.).

**Bemerkung 21:** Sind **vertraglich geschuldete Arbeiten noch ausstehend,** gelangen nicht die Gewährleistungsregeln, sondern die Regeln über den **Schuldnerverzug** zur Anwendung (s. hierzu § 7) (Gauch, Werkvertrag, Rz 1446 ff.).

* 1. Vorliegend bestehen die Mängel des Werks zum einen in der fehlenden Blockfestigkeit der Lamellen der ersten Lieferung und damit der fehlenden Möglichkeit, die beschichteten Lamellen ohne Schaden voneinander abzustapeln. Zum anderen bestehen die Mängel des Werks in den Vergrauungen und Abblätterungen der gesamthaft gelieferten Lamellen. Ersteres wurde gemäss Kenntnisstand des Klägers durch eine Nichteinhaltung der vorgegebenen Trocknungszeiten, letzteres durch eine ungenügende bzw. untaugliche Beschichtung der Lamellen verursacht.
  2. Der Kläger bestellte beschichtete Lamellen, und die Beklagte wusste, dass diese Lamellen ins Ausland transportiert werden sollten. Entsprechend war sich die Beklagte auch bewusst, dass die Lamellen transporttauglich hergestellt werden und somit insbesondere die Vorgaben der Farblieferantin hinsichtlich Trocknungszeiten und Luftfeuchtigkeit eingehalten werden mussten, damit während des Transports keine Verklebungen auftreten konnten. Eine solche Eigenschaft (Beschichtung, die keine Verklebungen zulässt) durfte der Kläger ohne weiteres erwarten.
  3. Dass diese Eigenschaft und somit die fehlende Blockfestigkeit bei der ersten Lieferung nicht vorhanden war und dadurch Schäden der Beschichtung bei der Trennung der einzelnen Lamellen voneinander verursacht wurden, wird von der Beklagten im Grundsatz nicht in Frage gestellt. Die Beklagte behauptet vielmehr, dass sämtliche Vorgaben der Farblieferantin eingehalten worden seien, wofür sie beweispflichtig ist, und Verklebungen deshalb aufgrund des Transports und der Art des Transportes verursacht worden seien. Hierfür bestehen jedoch keinerlei Anzeichen.
  4. Sodann stellt die Beklagte auch die Vergrauungen und Abblätterungen an den Lamellen nicht in Frage, sondern bringt in diesem Zusammenhang vor, auf entsprechende Weisung des Klägers gehandelt zu haben. Diese Behauptung ist falsch. Die Farblieferantin wurde vom Kläger bzw. seinem Architekten zwar als möglicher Farblieferant genannt. Letztendlich ausgewählt wurde sie jedoch von der Beklagten, die sich vorgängig intensiv hinsichtlich der verschiedenen Produkte und deren Eigenschaften von der Farblieferantin beraten liess.
  5. Damit hatte dieser Mangel zum einen seine Ursache in einem von der Beklagten als Unternehmerin gelieferten Stoff (Lasur), weil dieser für die mangelfreie Herstellung des Werkes (genügender UV-Schutz, Witterungsfestigkeit) untauglich war (s. Gutachten in Beilage 17). Zum anderen wiesen zahlreiche Lamellen keine genügende Lasierung auf (s. Gutachten in Beilage 17), wofür ebenfalls die Beklagte verantwortlich zeichnet (die von der Beklagten zugezogene Lohnfärberei stellt als Subunternehmerin eine Hilfsperson der Beklagten dar; Gauch, Werkvertrag, Rz 177).

**Bemerkung 22:** Könnte die Beklagte im vorliegenden Fall nachweisen, dass der Kläger das zu verwendende **Beschichtungsmaterial vorgeschrieben** hatte, würde er **rechtlich gleich behandelt**, wie wenn er die **Farbe selbst geliefert** hätte. Entsprechend könnte die Beklagte (würde sich denn das Beschichtungsmaterial als mangelhaft erweisen) **nicht für Mängel verantwortlich** gemacht werden, die ihre **Ursache in der Qualität bzw. der Tauglichkeit des betreffenden Stoffes** hatten. Die Beklagte hätte vorliegend **mangels diesbezüglicher Sachkunde** (chemische Zusammensetzung einer Farbe und deren physikalisches Verhalten) einen solchen Fehler auch nicht erkennen können oder müssen (**Selbstverschulden des Bestellers** gemäss Art. 369 OR; Gauch, Werkvertrag, Rz 2021 f.). Entsprechend hätte die Beklagte **keine Abmahnungspflicht** getroffen. Die Beklagte würde somit aufgrund einer sachverständigen Weisung des Klägers (bzw. einer Weisung, die auf seiner sachverständigen Beratung basierte) selbst dann keine Gewährleistungspflicht treffen, wenn Witterungsfestigkeit etc. betreffend die Lamellen geschuldet gewesen wäre.

Im vorliegenden Fall empfiehlt es sich für die Beklagte jedoch, der Farblieferantin und/oder der Lohnfärbereit den **Streit zu verkünden** (s. hierzu auch III. Ergänzende Hinweise).

c) Zu den Mängelrügen des Klägers

* 1. Der Kläger bzw. der von ihm beauftragte Architekt, dessen diesbezügliche Handlungen dem Kläger zuzurechnen sind, hat die Mängel betreffend Verklebung sowie Vergrauung und Abblätterungen unverzüglich nach deren Feststellung und inhaltlich detailliert der Beklagten zur Kenntnis gebracht (s. Beilagen 10 und 16 wie auch das der Beklagten zugestellte Gutachten in Beilage 17). Entsprechend ist der Kläger seinen Rügeobliegenheiten vollumfänglich nachgekommen.
  2. Die Frage der Verjährung der Mängelrechte stellt sich angesichts der zeitlichen Verhältnisse vorliegend nicht, weshalb offen bleiben kann, ob die Ansprüche des Klägers aus Gewährleistung der zwei- oder der fünfjährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 371 OR unterstehen. Eine Verjährung wurde jedenfalls mit der gegen die Beklagte eingeleiteten Betreibung hinsichtlich sämtlicher Mängelrechte unterbrochen (sog. «übergreifende Verjährungsunterbrechung», s. Gauch, Werkvertrag, Rz 2272).

**Bemerkung 23:** Eine **stillschweigende Genehmigung** des Werkes wird **fingiert,** wenn der Besteller **nicht rechtzeitig** **substantiiert Mängelrüge** erhebt (Art. 370 Abs. 2 OR). Als **rechtzeitig** gilt eine Mängelrüge dann, wenn der Besteller Mängel, die bei Abnahme des Werkes bei ordnungsgemässer Prüfung erkennbar sind, sofort, übrige Mängel (sog. geheime Mängel) sofort nach deren Entdeckung, dem Unternehmer anzeigt. Abzustellen ist gemäss bundesgerichtlicher Praxis (wie im Kaufvertragsrecht) auf die **konkreten Umstände des Einzelfalls,** insbesondere auf die Natur des Werkes und die Art des Mangels (BGE 81 II 56 E. 3.b, für den Kaufvertrag). Eine **ordnungsgemässe Prüfung** ist nach Art. 367 Abs. 1 OR vorzunehmen, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist. **Geheime Mängel** gelten in dem Zeitpunkt als entdeckt, in dem der Besteller Gewissheit über ihr Vorhandensein erlangt. Kommt ein Mangel erst nach und nach zum Vorschein (Zunahme in Ausdehnung und Intensität), gilt er nicht bereits dann als entdeckt, wenn erste Anzeichen auftreten, sondern erst, wenn der Besteller in der Lage ist, deren Bedeutung und Tragweite festzustellen (BGE 131 III 145 = Pra 2005 Nr. 50 E. 7.2, für den Kaufvertrag). Der Besteller muss dem Unternehmer die Mängel, die er entdeckt hat, mitteilen, sie **genügend exakt bezeichnen,** damit dieser erkennen kann, in welchem Punkt und in welchem Umfang das Werk als mangelhaft beanstandet wird und dem Unternehmer zu verstehen geben, dass er ihn **dafür haftbar** machen will (Gauch, Werkvertrag, Rz 2126 ff.; Tercier/Favre, contrats, Rz 4514 ff.). Die Mängelrüge ist dabei an **keine bestimmte Form** gebunden, kann somit grundsätzlich auch mündlich erfolgen, wobei eine schriftliche Mängelrüge per Einschreiben aus Beweisgründen empfohlen wird. Das **Bundesgericht** stellt **strenge Anforderungen** an die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge. Erfolgt die Mängelrüge des Bestellers verspätet und hat er seine **Mängelrüge** damit **verwirkt,** stellt ihm **alternativ** jedoch eine **Berufung auf das Deliktsrecht** nach Art. 41 ff. OR zur Verfügung, falls er durch den Werkmangel widerrechtlich geschädigt wurde (Gauch, Werkvertrag, Rz 2341 ff.).

**Bemerkung 24:** Eine Mängelhaftung entfällt, wenn die Parteien diese zum Vornherein **vertraglich (rechtsgültig) wegbedungen** haben. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erstreckt sich eine solche **Freizeichnung auch auf allfällige deliktsrechtliche Ansprüche** aus Art. 41 OR (BGE 107 II 161 E. 8.a).

**Bemerkung 25:** Nicht mehr mit Erfolg geltend gemacht werden können die Mängelrechte, wenn sie verjährt sind. Grundsätzlich **verjähren** sämtliche Mängelrechte des Bestellers **zwei Jahre** nach Ablieferung des Werkes (Art. 371 Abs. 2 i.V.m. Art. 210 Abs. 1 OR). Bei **unbeweglichen Bauwerken** gilt eine Verjährungsfrist von **fünf Jahren** (Art. 371 Abs. 2 OR). Hat der Unternehmer das Vorliegen von Mängeln **absichtlich verschwiegen**, greift eine Verjährungsfrist von **zehn Jahren** (Art. 371 Abs. 1 i.V.m. Art. 210 Abs. 3 OR).

**Bemerkung 26:** Bei **zwingender** Zuständigkeit des Handelsgerichts stellt die Einleitung eines Schlichtungsverfahren **keine verjährungsunterbrechende Handlung** dar (s. BGer 4A\_592/2013 vom 04.03.2014).

* 1. Der Kläger macht vorliegend den Ersatz der Nachbesserungskosten geltend. Betreffend die Verklebungen liess der Kläger die Nachbesserungsarbeiten mit dem ausdrücklichen Einverständnis der Beklagten selbst vornehmen. Betreffend die Vergrauungen/Abblätterungen verlangte der Kläger von der Beklagten die Nachbesserung unter Ansetzung einer hierfür angemessenen Frist (s. Beilage 19). Die Beklagte verneinte jede Gewährleistungspflicht und damit auch die Nachbesserung, wodurch die Beklagte ohne weiteres in Verzug geriet. Aufgrund dieser klaren Weigerungshaltung der Beklagten erübrigte sich die Ansetzung einer Nachfrist. Damit standen dem Kläger nicht nur wieder sämtliche Mängelrechte zur Verfügung, sondern zusätzlich das Recht auf Ersatz des aus der Nichterfüllung der Nachbesserungsschuld entstandenen Schadens entsprechend den für die Beseitigung des Mangels dem Kläger entstandenen Verbesserungskosten (s. Gauch, Werkvertrag, Rz 1789 ff.).

**Bemerkung 27:** Gemäss Art. 368 OR stehen dem Besteller bei Vorliegen einer Mängelhaftung des Unternehmers verschiedene Mängelrechte zur Verfügung: Das **Wandelungs-, das Minderungs- und das Nachbesserungsrecht** sowie das **Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens.** Sind die jeweiligen einzelnen Voraussetzungen des Wandelungs-, Minderungs- oder Nachbesserungsrechts erfüllt, kann der Besteller diese Rechte **alternativ** geltend machen. Kommt der Unternehmer mit der **Nachbesserung in** **Verzug,** hat der Besteller nach den Regeln über den **Schuldnerverzug** (Art. 107 ff. OR) vorzugehen. Nach ergebnislosem Ablauf der vom Besteller angesetzten Nachfrist (sollte eine solche verlangt sein) für die Nachbesserung, lebt das **ursprüngliche Wahlrecht des Bestellers wieder auf**, ergänzt durch das **alternative Recht auf Ersatz des aus der Nichterfüllung der Nachbesserungsschuld entstandenen Schadens.** Dieser entspricht zumindest dem Wert der ausgebliebenen Nachbesserung, und dieser Wert bemisst sich wiederum nach den Verbesserungskosten, die zur Beseitigung des Mangels voraussichtlich aufzuwenden wären oder vom Besteller unter Vermeidung unnötigen Aufwandes tatsächlich aufgewendet wurden, reduziert um einen allfälligen Kostenanteil, der bei einer Nachbesserung vom Besteller hätte getragen werden müssen (Gauch, Werkvertrag, Rz 1789 ff.).

Das **Wandelungsrecht** ist das Recht des Bestellers, den Werkvertrag mit Wirkung ex tunc aufzulösen. Es handelt sich (wie auch beim Minderungs- und Nachbesserungsrecht) um ein **Gestaltungsrecht** (nicht um ein Gestaltungsklagerecht) des Bestellers, welches er durch blosse einseitige Erklärung ausüben kann. Eine gerichtliche Klage ist nicht erforderlich (Schmid/Stöckli, OR BT, Rz 1775). Der Besteller kann sein Recht auf Wandelung geltend machen, wenn der Werkmangel so erheblich ist, dass das Werk für den Besteller **unbrauchbar** oder ihm die **Annahme** des Werkes **nicht zumutbar** ist (Interessenabwägung im Einzelfall). Bei **Werken auf Grund und Boden des Bestellers** gilt die Annahme eines mangelhaften Werkes als zumutbar und ist eine Wandelung demnach ausgeschlossen, weil und soweit sich das Werk seiner Natur nach nur mit **unverhältnismässigen Nachteilen** für den Unternehmer entfernen lässt (Art. 368 Abs. 3 OR) (Tercier/Favre, contrats, Rz 4608 ff.). Bei wirksamer Ausübung des Wandelungsrechts muss der Vertrag rückabgewickelt werden (Gauch, Werkvertrag, Rz 1528 ff.).

Das **Minderungsrecht** steht dem Besteller insbesondere dann zu, wenn der Werkmangel «minder erheblich ist» oder das Werk auf dem Grund und Boden des Bestellers steht und sich nur mit unverhältnismässigen Nachteilen für den Unternehmer entfernen liesse, weshalb eine Wandelung in beiden Fällen ausgeschlossen ist (Art. 368 Abs. 2 und 3 OR). Übt der Besteller sein Minderungsrecht aus, kann er die dem Unternehmer **geschuldete Vergütung** entsprechend dem Minderwert des Werkes **herabsetzen** (Art. 368 Abs. 2 OR). Ein Werk weist infolge des Mangels einen Minderwert auf, wenn das **geschuldete mängelfreie Werk vermögensmässig wertvoller** ist als das abgelieferte mangelhafte Werk. Ist das mangelhafte Werk hingegen **komplett wertlos**, entfällt das Minderungsrecht des Bestellers grundsätzlich, und er kann **Wandelung** geltend machen (Art. 205 Abs. 3 OR analog) (Gauch, Werkvertrag, Rz 1609 ff.; Tercier/Favre, contrats, Rz 4595 ff.).

Macht der Besteller **Nachbesserung** geltend, verpflichtet er den Unternehmer zur unentgeltlichen Verbesserung des Werkes unter Bezeichnung der zu beseitigenden Mängel (Art. 368 Abs. 2 OR). Voraussetzung für die Geltendmachung des Nachbesserungsrechts ist, dass die **Mängelbeseitigung objektiv überhaupt möglich** ist und dass dem Unternehmer **keine übermässigen Kosten** entstehen. **Übermässigkeit** wird bejaht, wenn die Kosten der Nachbesserung in einem Missverhältnis stehen zum Nutzen, der für den Besteller aus der Mängelbehebung resultiert (Gauch, Werkvertrag, Rz 1745 ff.; Tercier/Favre, contrats, Rz 4563 ff.). Wird die Nachbesserung **nicht oder wiederum nur mangelhaft** ausgeführt, **leben die Wahlrechte des Bestellers wieder auf** (Gauch, Werkvertrag, Rz 1796 f.; BGer 4C.347/2005 vom 13.02.2006 E. 4). Insbesondere kann der Besteller nach Ablauf einer angemessenen Frist einen Dritten mit den Verbesserungsarbeiten betreuen **(Ersatzvornahme)** und sich die Kosten vom Unternehmer zurückerstatten lassen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung findet Art. 366 Abs. 2 OR analog Anwendung; eine **gerichtliche Ermächtigung** zur Ersatzvornahme ist damit **nicht erforderlich** (Schmid/Stöckli, OR BT, Rz 1789; BGE 107 II 50 E. 3, BGer 4C.77/2006 vom 25.07.2006 E. 3). Der Unternehmer kann verpflichtet werden, die **mutmasslichen Kosten** einer solchen Ersatzvornahme **vorzuschiessen** (BGE 128 III 416 E.4.2.2).

**Bemerkung 28:** Kumulativ zur Ausübung des Wandelungs-, Minderungs- oder Nachbesserungsrechts steht dem Besteller bei Vorliegen eines **Verschuldens** seitens des Unternehmers ein **Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens** zu. Das Verschulden des Unternehmers wird dabei **vermutet** (Art. 97 Abs. 1 OR analog). Beim Mangelfolgeschaden handelt es sich um einen Schaden, welcher zwar auf den Werkmangel zurückzuführen ist, jedoch ein **Rechtsgut des Bestellers ausserhalb des Werks** selbst betrifft, d.h. über das blosse Vorhandensein des Mangels hinausgeht (Gauch, Werkvertrag, Rz 1853 ff.; Tercier/Favre, contrats, Rz 4619 ff.).

**Bemerkung 29:** Bei Vorliegen eines Werkmangels scheiden der **allgemeine Erfüllungsanspruch** und der **Schadenersatzanspruch nach Art. 97 OR** aus, d.h. die Gewährleistungsregeln nach Art. 367 ff. OR verdrängen diese Regeln vollständig (Schmid/Stöckli, OR BT, Rz 1807; Gauch, Werkvertrag, Rz 2322 ff.; BGE 133 III 335 E. 2.4.4).

**Bemerkung 30: Ansprüche aus unerlaubter Handlung** (Art. 41 ff. OR und Nebengesetzgebung) können – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen, insbesondere Widerrechtlichkeit – **alternativ** zu den Mängelrechten geltend gemacht werden. Insbesondere bei **versäumter Mängelrüge** kann sich der Besteller auch auf Art. 41 OR berufen (Schmid/Stöckli, OR BT, Rz 1809; Gauch, Werkvertrag, Rz 2341 ff.).

**Bemerkung 31:** Eine Berufung auf **Willensmängel,** insbesondere auf **Grundlagenirrtum,** neben der Mängelhaftung, soweit es um ein vertragswidrig abgeliefertes Werk geht, wird von der herrschenden Lehre **verneint** (Gauch, Werkvertrag, Rz 2316 ff.).

**Bemerkung 32:** Eine (einstweilige) **Verweigerung der Bezahlung des Werklohns** unter Berufung auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach **Art. 82 OR** bei mangelhaftem Werk ist nur, aber immerhin dann zu bejahen, wenn der Besteller sein **Nachbesserungsrecht** geltend gemacht und die **Einrede von Art. 82 OR ausdrücklich** erhoben hat (Gauch, Werkvertrag, Rz 2366 ff.).

* 1. Die Kosten der Nachbesserungen beliefen sich auf insgesamt CHF 307'533.00 (s. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 19 und 28). Diese Kosten sind dem Kläger von der Beklagten zu ersetzen, ungeachtet eines Verschuldens; es handelt sich nicht um einen Mangelfolgeschaden, sondern um Ersatz von Nachbesserungskosten. Von diesen Kosten macht der Kläger vorliegend teilklageweise jeweils CHF 25'000.00 pro Mangelposition und damit insgesamt CHF 50'000.00 geltend.

d) Verzug der Beklagten/Verzinsung

* 1. Der Kläger stellte die Nachbesserungskosten betreffend die Verklebungen am 29. September 2014 in Rechnung und setzte eine Zahlungsfrist von zehn Tagen an (s. Beilage 15). Nach ungenutztem Ablauf der Zahlungsfrist mahnte der Kläger die Beklagte und setzte eine weitere Zahlungsfrist bis 31. Oktober 2014 an (s. Beilage 22). Nach Ablauf dieser Frist geriet die Beklagte in Verzug, weshalb die teilklageweise geltend gemachten CHF 25'000.00 ab dem 1. November 2014 mit 5% zu verzinsen sind.
  2. Entsprechendes gilt für die Kosten betreffend die Vergrauungen/Abblätterungen. Hier geriet die Beklagte mit Ablauf des 16. März 2015 in Verzug (s. Beilage 22), weshalb die betreffenden CHF 25'000.00 ab dem 17. März 2015 mit 5% zu verzinsen sind.

e) Kosten- und Entschädigungsfolgen

* 1. Beim beantragten Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten von der Beklagten zu bezahlen, und dem Kläger ist eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.

Abschliessend ersuche ich Sie, sehr geehrter Herr Präsident/sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Damen und Herren, um antragsgemässes Vorgehen.

Hochachtungsvoll

[Name Anwalt]

**Fünffach**

**Bemerkung 33:** Das Handelsgericht Zürich verlangt fünffach, damit sie drei Exemplare für die interne Gerichtsbesetzung (Instruktionsrichter, externer Fachrichter, zuständiger Gerichtsschreiber) haben.

**Beweismittel gemäss separatem Beweismittelverzeichnis (Urkunden im Doppel)**