[Briefkopf Anwaltskanzlei]

Einschreiben

Bezirksgericht Zürich

[Adresse]

8026 Zürich

[Ort], [Datum]

**Klage**

[Anrede]

In Sachen

**[Vorname] [Name]**  **Kläger**

[Adresse], [Ort],

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

gegen

**[Firma der Gesellschaft]**  **Beklagte**

[Adresse], [Zürich],

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

**betreffend Forderung**

stelle ich namens und im Auftrag des Klägers folgende

**RECHTSBEGEHREN**

* 1. Die Beklagte sei zur Zahlung von CHF XXX (inkl. MwSt.) nebst Zins zu 5% auf CHF [Betrag Mangel Nr. 1] seit dem XX.XX.20XX und auf CHF XXX [Betrag Mangel Nr. 2] seit dem XX.XX.20XX zu verurteilen.
  2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zulasten der Beklagten.

**Bemerkung 1:** Soweit vorab ein Betreibungsbegehren gestellt wurde, wäre zudem die Beseitigung des Rechtsvorschlages zu verlangen.

**Bemerkung 2:** Es wird hier davon ausgegangen, dass der Kläger nicht der Mehrwertsteuerspflicht unterliegt bzw. nicht zum Vorsteuerabzug zugelassen ist. Die auf den Nachbesserungskosten zu bezahlende Mehrwertsteuer stellt daher Schaden dar und ebenso die Mehrwertsteuer auf Anwaltshonoraren.

**Bemerkung 3:** Es wird hier davon ausgegangen, dass die Verbesserungskosten des Mangels Nr. 2 im Zeitpunkt der Klageerhebung feststehen. Wenn geklagt würde, bevor diese feststehen (z.B. weil sich der Zustand der Baute noch nicht stabilisiert hat), wäre betreffend den Mangel Nr. 2 eine unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO zu erheben.

BEGRÜNDUNG

I. Formelles

* 1. Der Unterzeichnete ist vom Kläger gehörig bevollmächtigt.

**BO:** Vollmacht vom [Datum] **Beilage 1**

* 1. Im Werkvertrag vom [Datum], Ziffer XX, wurde die SIA-Norm 118 (2013) als Vertragsbestandteil vereinbart. Art. 37 Abs. 3 SIA-Norm 118 (2013) lautet: «Sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren, werden alle Streitigkeiten von den ordentlichen Gerichten am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei, bei deren Wohnsitz oder Sitz ausserhalb der Schweiz am Ort des Bauwerks beurteilt.» Die Beklagte hat ihren Sitz in [Zürich]. Das angerufene Gericht ist somit zuständig.

**BO:** Werkvertrag vom [Datum] zwischen [Name des Klägers] und [Firma der Beklagten]

**Beilage 2**

**BO:** SIA-Norm 118 (2013) **Beilage 3**

**BO:** Handelsregisterauszug der [Firma des Beklagten] **Beilage 4**

**Bemerkung 4:** Art. 37 Abs. 3 SIA-Norm 118 (2013) schliesst im nicht internationalen Verhältnis die Berufung auf den Ort der charakteristischen Leistung (Art. 31 ZPO) aus.

**Bemerkung 5:** Die SIA-Norm 118 (2013) ist eine allgemeine Geschäftsbedingung. Die SIA-Norm 118 (2013) hat eine grosse Bedeutung in Bausachen, sie ist beim SIA und in Rechtsbibliotheken erhältlich und es gibt eine recht umfassende Rechtslehre und Rechtsprechung dazu. Dennoch gibt es Gerichte, welche die SIA-Norm 118 (2013) nicht kennen und sie somit nicht als gerichtsnotorisch einstufen. Entsprechend ist der Inhalt der SIA-Norm 118 (2013) vorsichtshalber zu behaupten und zu beweisen.

* 1. Mit Datum vom [Datum] stellte das Friedensrichteramt die Klagebewilligung aus und eröffnete diese am gleichen Tag. Durch die Einreichung der Klage mit heutigem Datum wird die Frist von drei Monaten gemäss Art. 209 Abs. 3 ZPO eingehalten.

**BO:** Klagebewilligung vom [Datum] des Friedensrichteramtes XXX im Original **Beilage 5**

**Bemerkung 6:** Das Schlichtungsverfahren entfällt bei Streitigkeiten, für die nach Art. 5 und 6 ZPO ein Handelsgericht zuständig ist (Art. 198 lit. f ZPO).

* 1. Der Streitwert entspricht dem eingeklagten Betrag und beläuft sich somit auf CHF XXX.

**Bemerkung 7:** Nach Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO muss der Streitwert in der Klage beziffert werden.

II. Materielles

* 1. Die Beklagte und der Kläger haben im Rahmen des Bauprojektes «XXX» des Klägers mit Datum vom [Datum] einen Werkvertrag betreffend die Arbeitsgattung «XXX» abgeschlossen. Die von der Beklagten zu erbringenden Leistungen wurden dabei insbesondere durch folgende Vertragsbeilagen definiert: XXX, XXX und XXX. Der Werkvertrag erwähnt in Ziffer XX die SIA-Norm 118 (2013) als Vertragsbestandteil.

**BO:** Werkvertrag vom [Datum] zwischen [Name des Klägers] und [Firma der Beklagten]

**Beilage 2**

**BO:** SIA-Norm 118 (2013) **Beilage 3**

A. Erster Mangel

* 1. Während der Ausführung der Bauarbeiten durch die Beklagte stellte der vom Kläger beauftragte Bauleiter, Herr [Name Bauleiter], fest, dass die Beklagte im Bereich des [Bauteils] die [vom Mangel betroffener Werkteil] nicht gemäss Vertrag bzw. nicht gemäss den Regeln der Baukunde ausgeführt hatte. Es wurde insbesondere Folgendes festgestellt: [möglichst genaue Beschreibung des Problems]. Herr [Name Bauleiter] konfrontierte den anwesenden Bauführer der Beklagten, Herrn [Name Bauführer] damit, und verlangte, dass dies verbessert werde. Bei einer Nachkontrolle am [Datum] musste Herr [Name Bauleiter] aber feststellen, dass die Beklagte keine Anstalten getroffen hatte, das Problem zu beheben.

**BO:** Herr [Name Bauleiter], [Privatadresse] **als Zeuge**

* 1. Am [Datum] sandte Herr [Name Bauleiter] ein E-Mail an Herrn [Name] von der Beklagten. Er verlangte darin, dass [geforderte Verbesserung]. Er setzte der Beklagten dafür eine Frist bis am [Datum] an und zwar verbunden mit der Androhung, dass im Unterlassungsfalle die Verbesserung des Werkes auf Gefahr und Kosten des Unternehmers einem Dritten übertragen werde.

**BO:** E-Mail vom [Datum] von Herrn [Name Bauleiter] an Herrn [Name] **Beilage 5**

**Bemerkung 8:** Der Unternehmer schuldet erst bei der Ablieferung ein mangelfreies Werk, denn während der Erstellung kann das Werk selbstverständlich noch nicht mangelfrei sein. Die Mängelrechte gemäss Art. 368 OR (bzw. gemäss Art. 169 SIA-Norm 118 [2013]) stehen dem Bauherrn daher erst nach der Ablieferung zu. Davor gilt Art. 366 Abs. 2 OR (auf den auch Art. 183 SIA-Norm 118 [2013] verweist). Art. 366 Abs. 2 OR setzt in formeller Hinsicht voraus, dass der Besteller dem Unternehmer «eine angemessene Frist zur Abhilfe» ansetzt und zwar «mit der Androhung, dass im Unterlassungsfalle die Verbesserung oder die Fortführung des Werkes auf Gefahr und Kosten des Unternehmers einem Dritten übertragen werde».

* 1. Mit E-Mail vom [Datum] teilte Herr [Name Vertreter Beklagte] mit, dass die Beklagte die Art der Ausführung für korrekt halte und daher die verlangte Verbesserung nicht vornehmen werde.

**BO:** E-Mail vom [Datum] von Herrn [Name Vertreter Beklagte] an Herrn [Name]

**Beilage 6**

**Bemerkung 9:** Die Voraussetzung einer Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR ist, dass sich während der Ausführung des Werkes «eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung durch Verschulden des Unternehmers bestimmt voraussehen» lässt. Die bestimmte Voraussehbarkeit der mangelhaften Erstellung setzt keine absolute Sicherheit voraus. Es genügt, dass man objektiv eine mangelhafte Erstellung (bzw. eine mangelhafte Nachbesserung) erwarten muss. Bloss subjektive Befürchtungen des Bestellers sind dagegen nicht ausreichend (BGer 4A\_323/2012 vom 10.09.2012 E. 2). Eine bestimmte Voraussehbarkeit wurde in BGer 4C.433/2005 vom 20.04.2006 E. 2.2.1 der Korrespondenz des Unternehmers entnommen, aus welcher geschlossen wurde, dass dieser nicht gewillt war, die Bauten mängelfrei abzuliefern. Wenn sich der Unternehmer indessen nicht explizit und nachweisbar weigert, kann es schwierig werden, den Nachweis zu führen, dass die mangelhafte Erstellung bestimmt (!) voraussehbar war.

* 1. Mit Schreiben vom [Datum] hat der Kläger der Beklagten mitgeteilt, dass er angesichts der Weigerung der Beklagten nun androhungsgemäss einen Ersatzunternehmer auf Kosten und Gefahr der Beklagten beauftragen werde. Die Beklagte antwortete mit E-Mail von Herrn [Name] vom [Datum]. Sie wiederholte dabei ihren Standpunkt, dass die Ausführung korrekt sei und lehnte auch die Übernahme von Ersatzvornahmekosten ab. Zudem kündigte sie an, dass sie allfälligen Mehraufwand aufgrund von Behinderungen durch einen Ersatzunternehmer geltend machen werde.

**BO:** Schreiben vom [Datum] des Klägers an die Beklagte **Beilage 7**

**BO:** E-Mail vom [Datum] von Herrn [Name Vertreter Beklagte] an den Kläger **Beilage 8**

**Bemerkung 10:** Nach BGE 126 III 230 E. 7.a.aa setzt die Ersatzvornahme einen rechtsgeschäftlichen und unwiderruflichen Verzicht des Bestellers auf die Verbesserung des Werkes durch den Unternehmer voraus. Dem wurde in der Rechtslehre zwar widersprochen (GAUCH, Werkvertrag, Rz 886a), aber vorsichtshalber ist dennoch ein Vorgehen im Sinne des Bundesgerichtsentscheides zu empfehlen, d.h. eine unverzügliche Mitteilung des Bestellers, wonach er auf die entsprechende Leistung des Unternehmers verzichte.

* 1. Am [Datum] besuchte Herr [Name] die Baustelle im Auftrag des Klägers. Er erstellte dabei Aufnahmen des [mängelbehafteten Werkteils] und hielt seine Feststellungen in einem E-Mail an den Kläger fest.

**BO:** Fotodokumentation (erstellt am [Datum] durch Herrn [Name]) **Beilage 9**

**BO:** E-Mail vom [Datum] von Herrn [Name] an den Kläger **Beilage 10**

**BO:** Herr [Name], [Privatadresse] **als Zeuge**

**Bemerkung 11:** Die Ersatzvornahme bei laufenden Bauarbeiten ist in der Regel sehr dringend – jedenfalls so dringend, dass eine vorsorgliche Beweissicherung nach Art. 158 ZPO unmöglich bzw. unzumutbar ist. Daher ist der Bauherr oft gezwungen, sich (wie im vorliegenden Fall) unter Inkaufnahme der entsprechenden zivilprozessualen Risiken auf eine «behelfsmässige» Beweissicherung zu beschränken.

**Bemerkung 12:** Der Beweiswert von Fotographien wird von den Baubeteiligten oft überschätzt, weil z.B. verwendete Materialien, Feuchtigkeit oder Grössenverhältnisse darauf oft nicht hinreichend erkennbar sind.

* 1. Der Kläger beauftragte sodann die [Firma] AG mit der Ersatzvornahme. Diese führte am [Datum] folgende Arbeiten aus: [möglichst detaillierte Darlegung der ausgeführten Arbeiten]. Herr [Name] erstellte anlässlich dieser Ersatzvornahme weitere Fotos. Die [Firma] AG erstellte für ihre Arbeiten einen Regierapport, der von der Bauleitung kontrolliert und visiert wurde. Der Aufwand gemäss Regierapport umfasste namentlich Folgendes: [detaillierter Beschrieb der Leistungen]. Dieser Aufwand war notwendig – was im Bestreitungsfalle durch ein gerichtliches Gutachten belegt werden könnte. Unter Beilage dieses Regierapports stellte die [Firma] AG für diese Arbeiten mit Datum vom [Datum] den Betrag von CHF XXX (inkl. MwSt.) in Rechnung. Diese Rechnung hat der Kläger am [Datum] bezahlt.

**BO:** Rechnung der [Firma] AG vom [Datum] inkl. Regierapport vom [Datum] **Beilage 11**

**BO:** [Zahlungsnachweis] **Beilage 12**

**BO:** Fotodokumentation (erstellt am [Datum] durch Herrn [Name]) **Beilage 13**

**BO:** Belastungsbeleg der Bank des Klägers vom [Datum] **Beilage 14**

**BO:** Gerichtliches Gutachten

**BO:** Herr [Name des Erstellers der Fotos], [Privatadresse] **als Zeuge**

**BO:** Herr [Name Bauleiter], [Privatadresse] **als Zeuge**

**BO:** Herr [Name Person bei der Ersatzunternehmung], [Privatadresse] **als Zeuge**

**Bemerkung 13:** In einem Urteil zu Art. 374 OR (BGer 4A\_15/2011 vom 03.05.2011 E. 3.3) wurde festgehalten, dass der Unternehmer die Beweislast für den bei sorgfältigem Vorgehen objektiv notwendigen Aufwand trage. Im Falle einer Ersatzvornahme ist es indessen der Bauherr, der den Aufwand der Ersatzvornahme geltend macht. Somit ist es Sache des Bauherrn den Aufwand zu substantiieren. In Anlehnung an die Rechtsprechung zu Art. 374 OR ist der Aufwand dafür so detailliert darzulegen, dass dessen Angemessenheit überprüft werden kann.

* 1. Die Beklagte hatte vorprozessual geltend gemacht, dass die Ersatzvornahme nicht erforderlich gewesen sei. Sie stellte sich auf den Standpunkt, ihre Art der Ausführung sei «korrekt» gewesen. Dies ist indessen nicht zutreffend: [technische Begründung, warum die Ausführung als mangelhaft zu qualifizieren war]. Somit ist festzustellen, dass insbesondere die SIA-Norm [Nummer der technischen Norm und Titel] nicht eingehalten wurde. Im Bestreitungsfalle wäre diesbezüglich ein gerichtliches Gutachten zu erstellen.

**BO:** Gerichtliches Gutachten

**BO:** SIA-Norm [Nummer, Titel und Jahreszahl] **Beilage 15**

**Bemerkung 14:** Mangelhaft ist der Leistungsgegenstand, wenn er vom Vertrag abweicht, d.h., wenn ihm eine zugesicherte oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte oder voraussetzbare Eigenschaft fehlt (BGE 114 II 239 E. 5.a.aa; ebenso: Art. 166 SIA-Norm 118 [2013]). Wenn der vorgesehene Gebrauch dem üblichen Gebrauch entspricht, muss das Werk mindestens den anerkannten Regeln der Technik oder einem gleichwertigen Standard entsprechen (BGer 4A\_428/2007 vom 02.12.2008 E. 3.1; 4A\_329/2007 vom 27.11.2007 E. 2). Die Regeln der Baukunst gelten als anerkannt, wenn sie von der Wissenschaft als theoretisch richtig anerkannt wurden, feststehen und sich nach einer klaren Mehrheitsmeinung der fachkompetenten Anwender in der Praxis bewährt haben. Im Bauwesen wird vermutet, dass die Empfehlungen und Normen des SIA grundsätzlich die anerkannten Regeln der Baukunde wiedergeben (BGer 4A\_428/2007 vom 02.12.2008 E. 3.1). Wenn aber die SIA-Normen in Bezug auf eine bestimmte Frage keine Regelung enthalten, kann man allein daraus nicht den Schluss ziehen, dass es zu dieser Frage keine anerkannte Regel der Baukunst gibt (BGer 4A\_428/2007 vom 02.12.2008 E. 3.2). Der Inhalt der SIA-Normen gilt nicht als notorisch und es ist daher Sache jener Partei, welche sich im Prozess darauf beruft, den entsprechenden Nachweis zu erbringen (BGer 4A\_428/2007 vom 02.12.2008 E. 3.1).

* 1. Da im Werkvertrag ein Verrechnungsverbot vereinbart worden war, bezahlte der Kläger den Werklohn trotz seiner Forderungen aus dem Mangel Nr. 1 dennoch vollständig.

**Bemerkung 15:** Anzutreffen sind solche Verrechnungsverbote meist nur in einseitig vorformulierten Kaufverträgen über noch zu erstellende Wohnungen (sog. «Kauf ab Plan»). In den meisten bauvertraglichen Streitigkeiten gibt es indessen kein Verrechnungsverbot und somit macht der Bauherr bezüglich seiner aus Mängeln abgeleiteten Forderung meist Verrechnung mit einem entsprechenden Betrag der Vergütungsforderung des Unternehmers geltend. Dies führt dann insofern zu einer Umkehr der Prozessrollen, als der Unternehmer seinen Werklohn einklagen wird und der Bauherr die Mängelhaftung im Prozess verrechnungsweise als Gegenforderung geltend macht.

B. Zweiter Mangel

* 1. Das Werk wurde am [Datum] abgenommen. Die dabei festgestellten Mängel hat die Beklagte im Anschluss an die Abnahme behoben, so dass im Rahmen der vorliegenden Klageschrift nicht darauf einzugehen ist.

**Bemerkung 16:** Weil der zweite Mangel im vorliegenden Fall nicht bei der Abnahme festgestellt wurde, sondern Monate nach der Abnahme, erübrigt es sich in dieser Rechtsschrift, das Thema der Abnahme zu vertiefen. Das Datum der Abnahme kann aber relevant sein, wenn strittig würde, ob die Mängelrüge noch in der Frist von zwei Jahren gemäss Art. 172 Abs. 1 SIA-Norm 118 (2013) erhoben wurde. Im vorliegenden Fall wird davon ausgegangen, dass dies nicht ernsthaft bestritten werden kann (z.B. weil der Abschluss der Arbeiten nur einige Monate davor erfolgte), so dass in der Klageschrift auf substantiierte Behauptungen zur Abnahme verzichtet wird. Sollte der Zeitpunkt der Abnahme in der Klageantwort wider Erwarten bestritten werden, wäre die Substantiierung in der Replik nachzuholen.

* 1. Im Verlaufe des Monats [Monat] 20XX stellte der Kläger im Bereich der [Ort] fest, dass an einzelnen Stellen [Beschrieb der ersten Anzeichen des Mangels]. Das Phänomen erschien allerdings als unbedeutend und es war für den Kläger nicht zu erkennen, welche Arbeiten und damit auch welcher Unternehmer als Verursacher in Frage kam. Vorerst beschränkte man sich daher darauf, die weitere Entwicklung zu beobachten. Erst am [Datum] stellte der Kläger dann fest, dass sich das Phänomen auf [worauf] ausgedehnt hatte und dass über einer Fläche von rund [wieviel] Folgendes festzustellen war: [Feststellungen detailliert beschreiben]. Der Kläger wandte sich darauf an Herrn [Name Bauleiter], welcher am [Datum] den Schaden besichtigte und am folgenden Tag gegenüber den möglichen Verursachern des Mangels im Namen des Klägers Mängelrüge erhob – und zwar mit folgendem Wortlaut: [Wortlaut der Mängelrüge]

**BO:** Mängelrüge vom [Datum] von Herrn [Name] an die Beklagte **Beilage 16**

**BO:** Herr [Name Bauleiter], [Privatadresse] **als Zeuge**

**BO:** Kläger **Parteibefragung**

**Bemerkung 17:** Entdeckt ist ein Mangel mit dessen zweifelsfreier Feststellung. Die Rügefrist wird daher weder durch die objektive Erkennbarkeit des Mangels in Gang gesetzt, noch durch die Feststellung der ersten Mängelspuren, sofern der Besteller nach Treu und Glauben davon ausgehen darf, es handle sich bloss um übliche Erscheinungen, die keine Abweichung vom Vertrag darstellen, wie das insbesondere für «wachsende» Mauerrisse zutreffen kann (BGE 117 II 425; BGer 4A\_82/2008 vom 29.04.2009 E. 6.1). Erkannt sind geheime Mängel, sobald der Besteller über deren Vorliegen Gewissheit hat, d.h., wenn er vom Mangel eine solche Kenntnis erlangt hat, dass er eine genügend substantiierte Rüge erheben kann (BGer 4A\_252/2010 vom 25.11.2010 E. 6.2; 4A\_82/2008 vom 29.04.2009 E. 7.2; BGE 118 II 142 E. 3.b). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es gemäss Art. 8 ZGB Sache des Bestellers, die Rechtzeitigkeit der Rüge darzutun. Dazu gehört auch der Beweis, wann der gerügte Mangel für ihn erkennbar war, wie und wem er ihn mitgeteilt hat (BGE 107 II 172 E. 1.a und b; vgl. BGE 107 II 50 E. 2.a; BGer 4A\_202/2012 vom 12.07.2012 E. 3.1; 4A\_83/2009 vom 06.05.2009 E. 3.2.1; 4A\_51/2007 vom 11.09.2007 E. 4.5; 4C.130/2006 vom 08.05.2007 E. 4.2.2).

**Bemerkung 18:** Der Kläger muss abwägen, ob er die Feststellung erster Mängelspuren in seinem Sachvortrag überhaupt erwähnen soll. Denn: Die Feststellung erster Mängelspuren ist für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge eben gerade nicht relevant und muss somit auch nicht (substantiiert) behauptet werden. Vor allem aber provozieren Ausführungen zur Feststellung erster Mängelspuren den beklagten Unternehmer meist dazu, die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge dadurch in Zweifel zu ziehen, dass er geltend macht, bei der behaupteten «Feststellung erster Mängelspuren» sei der ernsthafte Charakter des Mangels eigentlich längst erkennbar gewesen, so dass eine Mängelrüge möglich und auch notwendig gewesen wäre. Der Kläger wird die «Feststellung erster Mängelspuren» im Prozess also eher verschweigen – ausser wenn er davon ausgehen muss, dass sich die Debatte darüber ohnehin nicht vermeiden lässt (z.B. weil sich ohnehin nicht verschweigen lässt, dass es eine «Feststellung erster Mängelspuren» gegeben hat).

**Bemerkung 19:** Sofern unbestreitbar feststeht, dass die SIA-Norm 118 (2013) als Vertragsbestandteil vereinbart wurde und sofern sicher ist, dass die in Art. 172 Abs. 1 SIA-Norm 118 (2013) vorgesehene Rügefrist von 2 Jahren noch nicht abgelaufen ist, würde es ausreichen, den Zeitpunkt der Abnahme und den Zeitpunkt der Mängelrüge zu substantiieren. Auf die Darlegung der Entdeckung könnte dann verzichtet werden.

**Bemerkung 20:** Inhaltlich muss die Mängelrüge sachgerecht substantiiert sein, die Mängel genau angeben und zum Ausdruck bringen, dass der Besteller das Werk nicht als vertragsgemäss anerkennt und den Unternehmer haftbar machen will (BGer 4A\_511/2014 vom 04.03.2015 E. 4.3; 4A\_82/2008 vom 29.04.2009 E. 6.1; 4C.231/2004 vom 08.10.2004 E. 2.1; BGE 107 II 172 E. 1.a, vgl. BGer 4C.50/2001 vom 20.06.2001 E. 1.a). Dabei ist die Mängelrüge hinreichend konkret zu formulieren, und zwar so, dass der Unternehmer verstehen kann, um welche Mängel es geht und ob er sie selber feststellen kann (BGer 4A\_51/2007 vom 11.09.2007 E. 4.5; 4C.130/2006 vom 08.05.2007 E. 4.2.1; 4C.231/2004 vom 08.10.2004 E. 2.3.1; 4C.258/2001 vom 05.09.2002 E. 3.1). Wie die Mängel in der Anzeige zu umschreiben sind, hängt von den Umständen ab. Jedenfalls genügt als Mängelrüge nicht, wenn der Besteller seine Unzufriedenheit äussert, ohne konkret die Mängel zu benennen. Hingegen reicht die blosse Angabe der ungünstigen Wirkungen (BGer 4A\_82/2008 vom 29.04.2009 E. 6.1 mit Verweis auf 4C.395/2001 vom 28.05.2002 E. 2.1.1). Nicht erforderlich ist, dass in der Mängelrüge die Ursachen der angezeigten Mängel genannt werden (BGer 4C.130/ 2006 vom 08.05.2007 E. 4.2.1).

* 1. Nach Eingang der Mängelrüge bei der Beklagten hat deren Herr [Name] den Bau besucht. Nach einer kurzen Besichtigung stellte er sich indessen auf den Standpunkt, dass der Mangel nicht in den Verantwortungsbereich der Beklagten falle. Mit Schreiben vom [Datum] hat die Beklagte diesen Standpunkt wiederholt.

**BO:** Schreiben vom [Datum] der Beklagten an den Kläger **Beilage 17**

* 1. Mit Schreiben vom [Datum] hat der Kläger der Beklagten eine Frist bis am [Datum] angesetzt, um die Nachbesserung vorzunehmen. Er hat dabei betont, dass er für den Fall, dass die Nachbesserung nicht erfolgt, eine Ersatzvornahme durch einen Dritten vornehmen lassen wolle und die Kosten dafür bei der Beklagten einfordern werde.

**BO:** Schreiben vom [Datum] des Klägers an die Beklagte **Beilage 18**

**Bemerkung 21:** Nach Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 (2013) hat der Bauherr bei Mängeln zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen (BGer 4A\_511/2014 vom 04.03.2015 E. 5.1). Ist demnach die Anwendung von Art. 169 SIA-Norm 118 (2013) (Vorrang des Nachbesserungsrechtes) vereinbart, so steht dem Besteller das Wahlrecht gemäss Art. 368 OR nicht zu (BGE 116 II 305 E. 3.a; 116 II 450). Beseitigt der Besteller trotz vereinbartem Vorrang des Nachbesserungsrechtes die Mängel (selbst oder durch einen Dritten), ohne dem Unternehmer vorher Gelegenheit zur Nachbesserung zu geben, so verliert er seinen Anspruch auf Wandelung oder Minderung (BGE 116 II 305 E. 3.a; 116 II 450). Er hat dann keinen Anspruch aus Mängelhaftung mehr (BGer 4C.77/2006 vom 25.07.2006 E. 3). Namentlich kann der Besteller in solchen Fällen die Kosten der Ersatzvornahme nicht auf den Unternehmer abwälzen (BGer 4C.91/2006 vom 29.05.2006 E. 4). Soweit in einem konkreten Fall nicht ausgeschlossen werden kann, dass die SIA-Norm 118 (2013) Vertragsbestandteil geworden ist, sollte der Bauherr daher vorsichtshalber immer zuerst die Nachbesserung verlangen –sogar dann, wenn der Unternehmer das Vorliegen eines Mangels bestreitet.

* 1. Die Beklagte antwortete mit Schreiben vom [Datum]. Sie stellte sich darin wiederum auf den Standpunkt, dass sie nicht Verursacherin des Mangels sei. Eventualiter, d.h. für den Fall, dass sie dennoch haftbar wäre, machte sie geltend, dass die Nachbesserung unverhältnismässig wäre (Art. 368 Abs. 2 OR). Der Mangel sei rein ästhetischer Art und beeinträchtige die Gebrauchstauglichkeit des Werkes nicht. Der ästhetische Mangel sei in den betreffenden Räumlichkeiten ausserdem kaum störend. Die Beklagte verweigerte sodann explizit die Nachbesserung.

**BO:** Schreiben vom [Datum] der Beklagten an den Kläger **Beilage 19**

* 1. Innert weniger Tage nach Eingang des Schreibens der Beklagten antwortete der Kläger (mit Schreiben vom [Datum]), dass er in Anbetracht der Weigerung der Beklagten auf die Nachbesserung durch die Beklagte verzichte und stattdessen den Ersatz des aus der Nichterfüllung entstehenden Schadens verlange. Eventualiter, d.h. für den unwahrscheinlichen Fall, dass zufolge Unverhältnismässigkeit der Kosten kein Nachbesserungsrecht bestünde, machte der Kläger Minderung geltend.

**BO:** Schreiben vom [Datum] des Klägers an die Beklagte **Beilage 20**

**Bemerkung 22:** Weigert sich der Unternehmer die Nachbesserungsarbeiten vorzunehmen, kann der Besteller nach den Regeln über den Schuldnerverzug (Art. 102 ff. OR) vorgehen (BGer 4A\_90/2013 vom 10.06.2013 E. 4; BGE 136 III 273 E. 2.3). Wenn der Besteller nach Art. 107 Abs. 2 vorgehen kann, stehen ihm gemäss BGE 136 III 273 = Pra 2010 Nr. 129 E. 2.4 folgende Optionen offen: (1.) Der Besteller kann in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 OR (von der Wahl des Nachbesserungsrechts) zurücktreten, d.h., es wird die Ausübung seines Gestaltungsrechts (Wahl der Nachbesserung) rückwirkend aufgehoben und er ist wieder in derselben Situation wie vor Ausübung des Wahlrechts, sodass er erneut zwischen den Mängelrechten des Art. 368 OR wählen kann. Will er gänzlich vom Vertrag zurücktreten, hat er die werkvertraglichen Besonderheiten zu berücksichtigen. Namentlich müssen die Voraussetzungen des Wandelungsrechts im Sinne von Art. 368 Abs. 1 OR erfüllt sein (BGer 4A\_290/2010 vom 10.12.2010 E. 2). (2.) Der Bauherr kann auf Erfüllung der Nachbesserungsschuld bestehen und, falls der Unternehmer die Nachbesserung nicht vornimmt, die Ausführung auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten vornehmen lassen, wobei der Unternehmer die entsprechenden Kosten bevorschussen muss. In Analogie zu Art. 366 Abs. 2 OR kann der Besteller die Arbeiten auch ohne vorgängige richterliche Genehmigung durch einen Ersatzunternehmer ausführen lassen. (3.) Der Bauherr kann auf seinen Nachbesserungsanspruch verzichten und Schadenersatz für die Nichterfüllung verlangen (positives Vertragsinteresse). Der aus Nichterfüllung der Nachbesserung zu ersetzende Schaden entspricht mindestens dem Wert der ausgebliebenen Nachbesserung, welcher sich wiederum nach den Verbesserungskosten bemisst, die zur Beseitigung des Mangels voraussichtlich aufzuwenden wären oder vom Besteller (unter Vermeidung unnötigen Aufwandes) tatsächlich aufgewendet wurden, jeweils reduziert um einen allfälligen Kostenanteil, der bei einer Nachbesserung durch den Unternehmer auf den Besteller gefallen wäre (BGer 4A\_702/2011 vom 20.08.2012 E. 6.2). Es ist diese letzte Option, welche der Bauherr hier ausübt.

**Bemerkung 23:** Verlangt der Besteller vom Unternehmer die Nachbesserung des Werkes, übt er damit in unwiderruflicher Weise ein Gestaltungsrecht aus (BGer 4A\_90/2013 vom 10.06.2013 E. 4; BGE 136 III 273 E. 2.2). Möglich ist indessen, dass der Besteller zufolge Übermässigkeit der Nachbesserungskosten gar kein Nachbesserungsrecht hat (Art. 368 Abs. 2 OR bzw. Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 [2013]). Wenn die Nachbesserung gewählt wird und sich dann herausstellt, dass dieses Recht wegen Übermässigkeit der Nachbesserungskosten nicht besteht, so bedeutet dies nicht, dass der Besteller aufgrund der Unwiderruflichkeit der Wahlerklärung sämtliche Mängelrechte verliert: Der Besteller kann unter den verbleibenden Mängelrechten wählen, sofern ihre Voraussetzungen gegeben sind (BGer 4C.346/2003 vom 26.10.2004 E. 4.2.1). Für diesen Fall kann der Besteller also eventualiter die Minderung wählen. Im Zivilprozess sind sodann auch die Voraussetzungen einer Minderung substantiiert zu behaupten (namentlich also ein Minderwert und die Parameter, welche eine Einschätzung des Minderwerts erlauben).

* 1. Der Mangel wurde bisher nicht behoben. Er besteht darin, dass [Substantiierung des Mangels].

**BO:** Augenschein

**BO:** Gerichtliches Gutachten

* 1. Nach Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 (2013) gilt Folgendes: «Wird streitig, ob ein behaupteter Mangel wirklich eine Vertragsabweichung darstellt und daher ein Mangel im Sinne dieser Norm ist, so liegt die Beweislast beim Unternehmer.» Es ist somit eigentlich nicht Sache des Klägers im Zivilprozess darzulegen, inwiefern die festgestellten Unzulänglichkeiten eine Vertragsabweichung darstellen. Die folgenden Ausführungen erfolgen ohne entsprechende Behauptungs- und Beweislast: [Substantiierung warum eine Vertragsabweichung vorliegt].

**BO:** Augenschein

**BO:** Gerichtliches Gutachten

**BO:** Werkvertrag vom [Datum] zwischen [Name des Klägers] und [Firma der Beklagten] **Beilage 2**

**BO:** SIA-Norm [Nummer, Titel und Jahreszahl] **Beilage 21**

**Bemerkung 24:** Zum Mangelbegriff vgl. II. Klageschrift, Bemerkung 14. Ob und inwiefern eine Unzulänglichkeit z.B. eine Abweichung von den einschlägigen SIA-Normen darstellt, kann das Gericht im Bestreitungsfalle nicht ohne Beizug eines Gutachters beurteilen. Es ist daher ein gerichtliches Gutachten zu beantragen.

**Bemerkung 25:** Es gilt der Grundsatz, wonach die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels beim Bauherrn liegt. Dieser Grundsatz wird durch Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 (2013) partiell durchbrochen. Es bleibt Sache des Bauherrn, die Tatsache zu beweisen, welche er als Mangel geltend macht, aber es wird, während der Garantiefrist, dem Unternehmer die Beweislast dafür auferlegt, dass es sich nicht um einen Mangel handelt, sondern z.B. um die Folge einer normalen Abnutzung oder einer unsachgemässen Nutzung (BGer 4A\_654/2014 vom 16.04.2015 E. 3.4.2).

**Bemerkung 26:** Im Bauwesen wird vermutet, dass die technischen Empfehlungen und Normen des SIA grundsätzlich die anerkannten Regeln der Baukunde wiedergeben. Allerdings gilt deren Inhalt nicht als notorisch und es ist daher Sache jener Partei, welche sich im Prozess darauf beruft, den entsprechenden Nachweis zu erbringen (BGer 4A\_428/2007 vom 02.12.2008 E. 3.1).

* 1. Die Verbesserung des Mangels müsste dadurch erfolgen, dass [Darlegung der nötigen Verbesserungsarbeiten]. Der Kläger hat dafür eine Offerte der [Firma] eingeholt. Gemäss Offerte vom [Datum] kostet die Verbesserung CHF XXX (inkl. MwSt.). Zu erwarten sind zudem Kosten für die Bauleitung im Betrag von CHF XXX sowie [weitere Begleit- und Folgekosten substantiieren]. Insgesamt ist somit mit Verbesserungskosten (inkl. Begleit- und Folgekosten) von CHF XXX (inkl. MwSt.) zu rechnen.

**BO:** Offerte der [Firma] vom [Datum] **Beilage 22**

**BO:** Gerichtliches Gutachten

**Bemerkung 27:** Hier geht es darum, die notwendigen Verbesserungsarbeiten und deren Kosten (inkl. Begleit- und Folgekosten) substantiiert darzulegen. Die Beurteilung, ob die entsprechenden Arbeiten notwendig und die dargelegten Kosten angemessen sind, ist dem Gericht nicht ohne Beizug eines Gutachters möglich. Es ist daher ein Gutachten zu beantragen.

* 1. Der Kläger hat die Beklagte mit Schreiben vom [Datum] mit diesen erwarteten Kosten konfrontiert und die Bezahlung gefordert. Das Schreiben vom [Datum] enthält auch folgende Aussage: «Für den Fall, dass es dessen noch bedürfte, setze ich Ihre Unternehmung hiermit in Verzug.» Die Beklagte hat darauf nicht reagiert.

**BO:** Schreiben des Klägers an die Beklagte vom [Datum] **Beilage 23**

**Bemerkung 28:** Gefordert wird hier der «Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens» (Art. 107 Abs. 2 OR) – also Schadenersatz. Bei der vertraglichen Haftpflicht verweist Art. 99 Abs. 3 OR auf die «Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen». Wie bei der ausservertraglichen Haftung besteht somit auch bei der vertraglichen Haftung ein Anspruch auf sog. Schadenszins. Der Zins gehört dabei von dem Zeitpunkt an zum Schaden, in dem das schädigende Ereignis sich finanziell ausgewirkt hat (BGE 131 III 12 E. 9.1). Er setzt im Gegensatz zum Verzugszins weder eine Mahnung des Gläubigers noch den Verzug des Schuldners voraus (BGE 131 III 12 E. 9.1). Somit bedürfte es hier grundsätzlich also keiner Inverzugsetzung. Allerdings stellt sich die Frage, wann sich die Kosten einer noch nicht erfolgten Verbesserung «finanziell ausgewirkt» haben. Im BGE 130 III 591 ging es um einen Mangel, der sich im Verlaufe der Zeit noch vergrösserte, so dass die Vorinstanz den Schaden nach den Verhältnissen im Zeitpunkt des Urteils berechnete. Das Bundesgericht hielt dazu in E. 3.1 Folgendes fest: «Nachdem der erst nach und nach eintretende Schaden auf den Zeitpunkt des Urteils aufgerechnet worden ist, kann nicht von einer früheren Fälligkeit der Ersatzforderung ausgegangen werden. Entsprechend sind Verzugszinsen erst vom Zeitpunkt des Urteils an zuzubilligen.» Der Geschädigte hat aber «grundsätzlich Anspruch auf Schadenszins, soweit er aufgrund des Schadens bzw. des Schadenstandes bereits vor dem Urteilszeitpunkt Auslagen zu tätigen oder Mindereinnahmen (…) hinzunehmen hatte und sich der Schaden damit tatsächlich finanziell ausgewirkt hat, obwohl die Gebäudesanierung noch nicht vorgenommen wurde» (E. 4).

**Bemerkung 29:** Es ist zu Beginn eines Zivilprozesses nicht immer bekannt, ob das Gericht den Schaden auf der Basis der Verhältnisse im Urteilszeitpunkt berechnen wird (so dass vor dem Urteilszeitpunkt keine Fälligkeit besteht). Im vorliegenden Fall wird davon ausgegangen, dass der Betrag der Verbesserungskosten zu Beginn des Zivilprozesses feststeht (vgl. II. Klageschrift, Bemerkung 3). Es ist hier also von einer Fälligkeit bei Klageeinleitung oder davor auszugehen. Eine nicht fällige Schadenersatzforderung kann natürlich nicht durch eine Mahnung fällig werden. Ein Nachteil ist die Geltendmachung der Forderung aber auch dann nicht, wenn man (retrospektiv) zum Schluss käme, dass dies vor der Fälligkeit erfolgte. In der Geltendmachung der Ersatzforderung ist jedenfalls ohne weiteres eine verzugsbewirkende Mahnung zu sehen (sofern die Forderung fällig ist).

* 1. Der Kläger hat ein erhebliches Interesse daran, dass der Mangel verbessert wird, denn [für den Fall, dass der Unternehmer geltend macht, dass die Nachbesserung unverhältnismässig ist, sollte das Interesse des Klägers an der Nachbesserung substantiiert werden].

**BO:** [Beweismittel zum Interesse des Klägers an der Verbesserung] **Beilage 24**

**BO:** Kläger **Parteibefragung**

* 1. Aufgrund des Mangels ist das Werk der Beklagten mit einem Minderwert behaftet. Dieser Minderwert entspricht den Verbesserungskosten (vgl. dazu II. Klageschrift, Begründung, Ziff. [Ziffer, wo die Verbesserungskosten dargelegt wurden]). Ausserdem ist davon auszugehen, dass der Werkpreis von CHF XXX (inkl. MwSt.) dem Wert des mängelfreien Werkes entspricht. Das mängelbehaftete Werk hat indessen nur einen Wert von CHF XXX. Somit besteht unabhängig von der Berechnungsart ein Minderwert von CHF XXX.

**BO:** die unter Ziff. XX genannten Beweismittel

**BO:** Gerichtliches Gutachten

**Bemerkung 30:** Der dem Minderwert eines Werkes entsprechende Abzug am Werklohn ist nach der relativen Berechnungsmethode zu ermitteln. Danach hat der vereinbarte zum geminderten Werklohn in gleichem Verhältnis zu stehen wie der Wert des mängelfreien zum Wert des mangelhaften Werkes (BGer 4C.7/2005 und 4C.11/2005 vom 30.06.2005 E. 3.2; BGE 116 II 305 E. 4.a; 111 II 162 E. 3.a; 105 II 99 E. 4.a; BGer 4A\_227/2014 vom 24.11.2014 E. 3; 4A\_65/2012 vom 21.05.2012 E. 12.6). Der Minderwert eines Werkes bemisst sich nach dem Unterschied zwischen seinem objektiven Wert im mangelfreien Zustand einerseits und im mangelhaften Zustand anderseits. Der Herabsetzungsbetrag entspricht der proportionalen Kürzung der Vergütung um das Mass des Minderwertes des Werkes (sog. relative Methode) (BGE 116 II 305 E. 4.a; 111 II 162 E. 3.a; BGer 4A\_326/2007 vom 29.11.2007 E. 5.1). Der vereinbarte Preis entspricht vermutungsweise dem objektiven Wert der Sache und der Minderwert den Kosten für die Behebung des Mangels (BGE 116 II 305 E. 4.a; 111 II 162 E. 3; BGer 4A\_65/2012 vom 21.05.2012 E. 12.6; 4A\_512/2009 vom 26.01.2010 E. 4.2; 4A\_326/2007 vom 29.11.2007 E. 5.1; 4C.140/2004 vom 19.07.2004 E. 3.1). Es existiert auch eine tatsächliche Vermutung, wonach der Minderwert den Kosten der Behebung des Mangels entspricht. Somit kann im vorliegenden Fall auf die Verbesserungskosten verwiesen werden (BGE 116 II 305 E. 4.a; BGer 4A\_512/2009 vom 26.01.2010 E. 4.2). Trotzdem ist der Minderwert vorsichtshalber auch noch in anderer Weise darzulegen. Denn: Die Vermutung, dass der Minderwert den Verbesserungskosten entspricht, kann durch Gegenbeweis entkräftet werden: Zu denken ist an Fälle, wo trotz der Behebung des Mangels ein Minderwert verbleibt oder wo die Behebungskosten den Minderwert übersteigen, also insbesondere auch an jene Fälle, wo der Mangel gar keinen Minderwert bewirkt (BGer 4C.140/2004 vom 19.07.2004 E. 3.1). Sofern das Gericht im vorliegenden Fall zum Schluss käme, dass wegen Übermässigkeit der Nachbesserungskosten kein Nachbesserungsrecht besteht, wird es konsequenterweise die Minderung auch nicht gestützt auf die Verbesserungskosten berechnen. Der Minderwert ist wiederum eine Frage, welche das Gericht ohne Beizug eines Gutachters nicht beurteilen kann. Entsprechend ist ein Gutachten zu beantragen.

C. Zusammenfassung, Zins und Mehrwertsteuer

* 1. Der Kläger fordert somit die Ersatzvornahmekosten des Mangels Nr. 1 (insgesamt CHF XXX, vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. XX) sowie die zu erwartenden Verbesserungskosten (inkl. Begleit- und Folgekosten) des Mangels Nr. 2 (insgesamt CHF XXX, vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. XX). Insgesamt beläuft sich die Forderung also auf CHF [Summe].
  2. Die Ersatzvornahmekosten betreffend den Mangel Nr. 1 wurden vom Kläger am [Datum] bezahlt. Ab diesem Datum hat sich der Schaden somit für den Kläger finanziell ausgewirkt. Der Schadenszins von 5% (Art. 73 Abs. 1 OR) ist ab diesem Datum geschuldet.

**BO:** [Zahlungsnachweis] **Beilage 25**

**Bemerkung 31:** Bei der vertraglichen Haftpflicht verweist Art. 99 Abs. 3 OR auf die «Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen». Wie bei der ausservertraglichen Haftung besteht somit auch bei der vertraglichen Haftung ein Anspruch auf sog. Schadenszins. Der Zins gehört dabei von dem Zeitpunkt an zum Schaden, in dem das schädigende Ereignis sich finanziell ausgewirkt hat (BGE 131 III 12 E. 9.1). Er läuft bis zum Tag der Zahlung des Schadenersatzes (BGE 118 II 363). Er setzt im Gegensatz zum Verzugszins weder eine Mahnung des Gläubigers noch den Verzug des Schuldners voraus (BGE 131 III 12 E. 9.1). Der Satz des Schadenszinses beträgt grundsätzlich 5% (Art. 73 Abs. 1 OR), wobei der Nachweis eines höheren Schadens vorbehalten bleibt (BGE 131 III 12 E. 9.5).

* 1. Die Verbesserungskosten betreffend den Mangel Nr. 2 sind als «Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens» (Art. 107 Abs. 2 OR) geschuldet und somit Schadenersatz. Schadenszins setzt dabei keine Mahnung voraus. Im vorliegenden Fall wurde der Schaden aber ohnehin mit Schreiben vom [Datum] geltend gemacht, wobei dieses Schreiben explizit als Inverzugsetzung formuliert war. Ab diesem Zeitpunkt liegt also eine verzugsbewirkende Mahnung vor.

**BO:** Schreiben des Klägers an die Beklagte vom XXX **Beilage 26**

**Bemerkung 32:** Vgl. II. Klageschrift, Bemerkungen 28 und 29.

* 1. Für den Fall, dass dem Kläger betreffend den Mangel Nr. 2 wider Erwarten kein Nachbesserungsrecht zusteht, wird hiermit das Minderungsrecht geltend gemacht und die Rückzahlung des im Minderungsbetrag zu viel bezahlten Werklohnes gefordert. Der Minderungsbetrag ist dabei samt Zinsen zurückzuerstatten, deren Höhe sich mangels anderer Vereinbarung nach Art. 73 Abs. 1 OR bestimmt. «Die Zinspflicht beginnt im Zeitpunkt des Empfangs der rückzuerstattenden Vergütung» (GAUCH, Werkvertrag, Rz 1617). Der Werklohn wurde der Beklagten vollständig bezahlt. Die letzte Akontozahlung erfolgte am XX und zwar im Betrag von CHF XXX.

**BO:** [Zahlungsnachweis Werklohn] **Beilage 27**

**Bemerkung 30:** Vgl. II. Klageschrift, Bemerkung 23.

* 1. Der Kläger ist nicht mehrwertsteuerpflichtig und die Liegenschaft ist mehrwertsteuerrechtlich nicht optiert. Ein Vorsteuerabzug der Mehrwertsteuer ist somit nicht möglich, so dass auch die zu erwartende Mehrwertsteuer Teil des Schadens ist.

**BO:** Kläger **Parteibefragung**

**BO:** Schriftliche Auskunft (Art. 190 ZPO) der Eidgenössischen Steuerverwaltung

**Bemerkung 33:** Kein Schaden stellt die Mehrwertsteuer dar, wenn der Bauherr für diese zum Vorsteuerabzug zugelassen ist. Zum Vorsteuerabzug ist der Bauherr selbstverständlich dann nicht zugelassen, wenn er gar nicht der Mehrwertsteuer untersteht (z.B. weil er eine Privatperson ist und das Bauwerk sein selbstgenutztes Wohneigentum). Wenn der Bauherr aber der Mehrwertsteuer untersteht, gilt Folgendes: Kein Anspruch auf Vorsteuerabzug besteht bei Leistungen, die für die Erbringung von Leistungen verwendet werden, die von der Steuer ausgenommen sind (Art. 29. Abs. 1 MWSTG). Da die «Übertragung und die Bestellung von dinglichen Rechten an Grundstücken» (Art. 21 Abs. 2 Ziff. 20 MWSTG) und die «Überlassung von Grundstücken und Grundstücksteilen zum Gebrauch oder zur Nutzung» (Art. 21 Abs. 2 Ziff. 21 MWSTG) nicht der Mehrwertsteuer unterstehen, sind also die Mehrwertsteuern auf Bauleistungen für den Bauherrn oft nicht zum Vorsteuerabzug zugelassen. Allerdings kann eine mehrwertsteuerpflichtige Person eine Liegenschaft (oder einen Teil davon) freiwillig der Mehrwertsteuer unterstellen (sog. «Option» nach Art. 22 MWSTG), so dass die Mehrwertsteuer auf Aufwendungen für diese Liegenschaft (bzw. die entsprechenden Teile) dann eben doch zum Vorsteuerabzug zugelassen ist.

**Bemerkung 34:** Die Fragen im Zusammenhang mit der Mehrwertsteuer bei Total- und Generalunternehmern und bei optierten Liegenschaften sind komplex. Der im Zivilprozess geltende Grundsatz «iuria novit curia» gilt selbstverständlich auch hinsichtlich des Steuerrechts, aber die Parteien haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 ZPO) – was selbstverständlich auch für die steuerrechtlich massgebenden Tatsachen gilt. Somit wird empfohlen, die einschlägigen Publikationen der Eidgenössischen Steuerverwaltung zu konsultieren.

Mit freundlichen Grüssen

[Unterschrift des Rechtsanwaltes des Klägers]

[Name des Rechtsanwaltes des Klägers]

im Doppel

Beilage: Beweismittelverzeichnis dreifach mit den Urkunden im Doppel