



---

Geschäfts-Nr. HG090081-O/U/dz

Mitwirkend: Die Obergerichter Thomas Seeger, Präsident, und Dr. George Daetwyler, die Handelsrichter Jakob Frei, Robert Schaub und Christoph Pfenninger sowie der Gerichtsschreiber Roger Büchi

## Beschluss und Urteil vom 2. September 2011

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_, Inhaber der Einzelfirma: "B.\_\_\_\_\_",  
Kläger und Widerbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**C.**\_\_\_\_\_ **AG**,  
Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

### **Rechtsbegehren der Hauptklage:**

#### Ursprüngliches Rechtsbegehren vom 14. April 2009 (act. 1 S. 2):

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 28'316.55 zuzüglich 5% Verzugszinsen ab 7. Oktober 2008 zu bezahlen;
2. Die Beklagte sei im Weiteren zu verpflichten, dem Kläger (einstweilen, Stand per 1. April 2009, unter Nachklagevorbehalt) CHF 11'003.05 zuzüglich 5% Verzugszinsen ab mittlerem Verfall (einstweilen, unter Nachklagevorbehalt, ab 15. Dezember 2008) zu bezahlen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (samt Weisungskosten CHF 500.00 und zuzüglich MwSt) zu Lasten der Beklagten."

#### Abgeändertes Rechtsbegehren vom 31. Mai 2010 (act. 13 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 28'316.55 zuzüglich 5% Verzugszins ab 7. Oktober 2008 zu bezahlen;
2. Die Beklagte sei im Weiteren zu verpflichten, dem Kläger (einstweilen, Stand per 1. Juni 2010, unter Nachklagevorbehalt) CHF 14'903.05 zuzüglich 5% Verzugszinsen ab mittlerem Verfall (einstweilen, unter Nachklagevorbehalt, ab 1. Juli 2009) zu bezahlen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (samt Weisungskosten CHF 500.00 und zuzüglich MwSt) zu Lasten der Beklagten."

#### Abgeändertes Rechtsbegehren vom 17. Januar 2011 (act. 21 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 28'316.55 zuzüglich 5% Verzugszinsen ab 7. Oktober 2008 zu bezahlen;
2. Die Beklagte sei im Weiteren zu verpflichten, dem Kläger (einstweilen, Stand per 1. Januar 2011, unter Nachklagevorbehalt) CHF 17'003.05 zuzüglich 5% Verzugszinsen ab mittlerem Verfall (einstweilen, unter Nachklagevorbehalt, ab 15. Oktober 2009) zu bezahlen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (samt Weisungskosten CHF 500.00 und zuzüglich MwSt) zu Lasten der Beklagten."

### **Rechtsbegehren der Widerklage:**

(act. 8 S. 2)

- "1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.

2. Widerklageweise sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten einen Betrag von Fr. 38'492.35 nebst Zins zu 5% seit 22. September 2008 zu bezahlen.
3. Widerklageweise sei der vom Kläger gegen den Zahlungsbefehl Nr. ... des Betreibungsamtes D.\_\_\_\_\_ vom 26. September 2008 erhobene Rechtsvorschlag zu beseitigen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers."

### **Erwägungen:**

#### **I.**

#### **Einleitung und Sachverhalt**

Der Kläger und Widerbeklagte (nachfolgend "Kläger") ist Inhaber der ins Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelfirma "B.\_\_\_\_\_". Bei der Beklagten und Widerklägerin (nachfolgend "Beklagte") handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E.\_\_\_\_\_, welche die Herstellung und Vermarktung von Sonnen- und Wetterschutzanlagen bezweckt.

Der Kläger hatte bereits in den Jahren 1983/84 im Zusammenhang mit dem Neubau seiner Liegenschaft ...-Strasse ... in D.\_\_\_\_\_, "F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren" der Beklagten bestellt. 1986/87 und 1992 wurden einzelne beschädigte Storen durch entsprechende neue Storen ersetzt, jeweils auf Bestellung des Klägers bei der Beklagten (act. 1 S. 4, 19).

Nach einem Hagelschaden im Juni 2007, welchen die Beklagte mit Nichtwissen bestreitet (act. 8 S. 4), gab der Kläger am 1. Juli 2008 erneut eine Bestellung bei der Beklagten auf, um die durch den Hagel beschädigten Storen an der Ost- und Südfassade seiner Liegenschaft durch neue "F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren" zu ersetzen. Aufgrund eines Rabattes von 21% gab der Kläger bei der Beklagten gleichentags eine zweite Bestellung für die Nord- und Westfassade auf. Der vereinbarte Werkpreis von CHF 47'876.65 für die Ost- und Südfassade und von CHF 21'800.40 für die Nord- und Westfassade, mithin total CHF 69'677.05 (inkl. MwSt), beinhaltete die Herstellung, Lieferung und Montage der neuen Storen

samt einem Skyworker für einen Tag sowie die Demontage und Entsorgung der alten Storen (act. 1 S. 7).

Am 8. August 2008 (Freitag) erfolgte die Lieferung von Storen auf vier Paletten, welche der Kläger in seine Garage verbrachte. Am 11. August 2008 (Montag), dem vorgesehenen Montagebeginn, wurde zunächst nur ein neuer Storen provisorisch montiert (und wieder demontiert), da die gelieferten Storen angeblich nicht mit den vorbestehenden alten Storen übereinstimmten. Am 13. August 2008 wurde sodann ein neuer Storen zur Anschauung der Veränderungen gegenüber den alten Storen montiert und bis heute am klägerischen Gebäude belassen (act. 1 S. 9; 13 S. 16 ff., 53).

Die Beklagte stellte mit Datum vom 15. August 2008 Rechnung und setzte in der Folge einen Betrag von CHF 38'492.35 in Betreuung. Gegen den Zahlungsbefehl des Betreibungsamts D.\_\_\_\_\_ vom 26. September 2008 erhob der Kläger am 2. Oktober 2008 Rechtsvorschlag (act. 1 S. 11, 22).

## **II. Streitgegenstand**

Der Streit zwischen den Parteien dreht sich primär um den Inhalt des Werkvertrages. Im Vordergrund steht die Frage, ob der Kläger in seinem behaupteten Verständnis des Vertrages, dass Storen mit gleichen Eigenschaften wie die vorbestehenden alten Storen geliefert werden sollten, zu schützen ist. Der Kläger stellt für den Fall, dass der Vertrag nicht in diesem Verständnis auszulegen ist, das Zustandekommen des Werkvertrages in Frage. Eventualiter macht er die Ungültigkeit des Vertrages geltend, indem er sich auf einen wesentlichen Erklärungsirrtum beruft.

Falls der Werkvertrag gültig zustande gekommen ist, will der Kläger mit Schreiben vom 29. September 2008 vorzeitig, d.h. vor der Ablieferung des Werkes, vom Vertrag zurückgetreten sein. Strittig ist, ob eine Falsch- oder Schlechtlieferung (aliud- oder peius-Lieferung) vorlag, welche den Kläger berechtigte, den Werkvertrag ohne Schadloshaltung der Beklagten vorzeitig zu beenden.

Der Kläger fordert von der Beklagten die geleistete Anzahlung von CHF 28'316.55, ferner CHF 8'100.– Lagerkosten, CHF 2'153.05 Reparaturkosten und CHF 6'750.– vorprozessuale Anwaltskosten.

Die Beklagte verlangt die Bezahlung von CHF 38'492.35 nebst Zins zu 5% seit 22. September 2008 und die Beseitigung des Rechtsvorschlages in der eingeleiteten Betreuung.

### **III. Prozessverlauf**

Am 14. April 2009 (Datum Poststempel) reichte der Kläger die Klageschrift mit dem ursprünglichen Rechtsbegehren beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein (act. 1). Mit Eingabe vom 24. August 2008 erstattete die Beklagte innert erstreckter Frist die Klageantwort und erhob Widerklage (act. 8). Am 19. Januar 2010 fand eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt. Die Vergleichsgespräche führten zu keiner Einigung (Prot. S. 4 ff.). Nachdem auch aussergerichtliche Gespräche erfolglos geblieben waren, wurde am 8. März 2010 die schriftliche Fortsetzung des Verfahrens verfügt (Prot. S. 10). Mit Eingabe vom 31. Mai 2010 erstattete der Kläger innert erstreckter Frist die Hauptklagereplik und die Widerklageantwort (act. 13). Die Beklagte erstattete mit Eingabe vom 4. Oktober 2010 innert erstreckter Frist die Hauptklageduplik und die Widerklagereplik (act. 17). Der Kläger nahm mit Eingabe vom 17. Januar 2011 innert erstreckter Frist Stellung zu den Noven in der Hauptklageduplik und erstattete die Widerklageduplik (act. 21).

Der Fall erweist sich als spruchreif.

### **IV. Prozessuales**

#### **1. Anwendbares Recht**

Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Nach Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses

Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Auf das vorliegende Verfahren ist demnach das frühere kantonale Prozessrecht, mithin die Zivilprozessordnung des Kantons Zürich (ZPO/ZH) und das Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich (GVG) anwendbar.

Für die Rechtsmittel gilt hingegen das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Für die Rechtsmittel ist auf das vorliegende Verfahren somit das neue Prozessrecht anwendbar (Art. 308 ff. ZPO).

Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem neuen Recht, wobei eine bestehende Zuständigkeit nach dem alten Recht erhalten bleibt (Art. 404 Abs. 2 ZPO).

## **2. Zuständigkeit für die Hauptklage**

Die Parteien haben sich vor der Einreichung der Klage über den Gerichtsstand am Sitz der Einzelfirma des Klägers im Kanton Zürich geeinigt (act. 1 S. 3; 8 S. 2), weshalb die örtliche Zuständigkeit für die Hauptklage gegeben ist. Ferner ist auch die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich zu bejahen (§ 62 GVG).

## **3. Klageänderung**

Der Kläger erhöht in seiner Hauptklagereplik vom 31. Mai 2010 (act. 13 S. 48) und in seiner Stellungnahme zu den Noven der Hauptklageduplik vom 17. Januar 2011 (act. 21 S. 4) in Abänderung des Rechtsbegehrens seine Forderung von Lagerkosten auf CHF 8'100.–. Die höhere Forderung bewegt sich im Rahmen der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts und steht jeweils in engem Zusammenhang mit der bisher geltend gemachten, weshalb die Klageänderung zulässig ist (§ 61 ZPO/ZH).

## **4. Widerklage**

Die Widerklage wurde mit der Klageantwort rechtzeitig erhoben (§ 117 ZPO/ZH). Sie ist zulässig, da für sie auch das ordentliche Verfahren sowie die gleiche örtli-

che und sachliche Zuständigkeit wie für die Hauptklage vorgesehen sind (§ 60 ZPO/ZH).

## **5. Noven**

Mit Verfügung vom 6. Oktober 2010 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um sich zu allfälligen neuen Behauptungen und Beilagen der Hauptklageduplik zu äussern. Neues Vorbringen zur Hauptklage war vorbehältlich § 115 ZPO/ZH nicht mehr zulässig (Prot. S. 12).

Der Kläger erklärt in seiner Stellungnahme zu den Noven der Hauptklageduplik vom 17. Januar 2011, er reiche zur Erhärtung seines Standpunktes als Novum im Sinne von § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH das Handbuch der Beklagten "Schnellreferenz Technisches Nachschlagewerk" ein. Er behauptet neu, im beklagtischen Handbuch werde der Bauleitung aufgetragen, zu beachten, dass die Masse der Öffnungen im fertigen Zustand den Eintragungen auf der Massbestätigung entsprechen müssten, im Speziellen Breite Konstruktion, Höhe Licht und Sturznische (act. 21 S. 6). Der Kläger erklärt in seiner Stellungnahme zudem, er reiche als Novum im Sinne von § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH einen Urkundenbeweis ein, gemäss welchem der Storenmonteur G.\_\_\_\_\_ am 22. Juli 2010 einen vom Kläger in der Hauptklagereplik beschriebenen Sachverhalt ausdrücklich bestätigt habe (act. 21 S. 14).

Gemäss § 114 ZPO/ZH sind die Parteien mit Anträgen zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen die sie in ihrer letzten Rechtschrift nicht vorgebracht haben, ausgeschlossen. Mit der Bezeichnung und Einreichung von Beweismitteln ist eine Partei erst mit Ablauf der Frist zur Einreichung einer allfälligen Beweisantrittungsschrift ausgeschlossen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, ZPO, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 1 zu § 114; ZR 35 [1936] Nr. 64). Ausgenommen von § 114 ZPO/ZH sind gemäss § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH unter anderem Behauptungen, deren Richtigkeit durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden kann.

Bei dem eingereichten Handbuch der Beklagten (act. 22/1) und der eingereichten Bestätigung von G.\_\_\_\_\_ (act. 22/3) handelt es sich um Urkunden, welche der Kläger als Beweis offeriert. Die Einreichung und Bezeichnung von Beweismitteln in der Stellungnahme zu den Noven der Hauptklageduplik vom 17. Januar 2011, mithin vor Abschluss des Hauptverfahrens, ist zulässig. Die Behauptung des Klägers, im Handbuch der Beklagten "Schnellreferenz Technisches Nachschlagewerk" stehe, die Bauleitung müsse beachten, dass die Masse der Öffnungen im fertigen Zustand den Eintragungen auf der Massbestätigung entsprechen müssten, im Speziellen Breite Konstruktion, Höhe Licht und Sturznische, wird durch das neu eingereichte Handbuch sofort bewiesen. Die neue Behauptung des Klägers ist deshalb zulässig.

## **6. Substantiierungsobliegenheiten**

Im Hauptverfahren ist das Streitverhältnis darzulegen und das Begehren zu begründen. Die Parteien haben ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen und sich im Einzelnen über das Vorbringen des Gegners auszusprechen. Beweismittel sollen schon im Hauptverfahren vorgelegt oder bezeichnet werden (§ 113 ZPO/ZH). Insbesondere sind die Tatsachen, auf welche sich die Begehren stützen, in möglichst vollständiger und bestimmter Weise in der Rechtschrift selbst vorzutragen. Blosser Verweisungen auf Beilagen genügen grundsätzlich nicht. Für das Gericht und die Gegenpartei muss klar sein, mit welchen konkreten Behauptungen sie sich auseinandersetzen haben. Behauptungen sind so konkret aufzustellen, dass sie ohne Weiteres als Beweissatz in den Beweisaufgebefschluss aufgenommen werden können. Eine Partei kann sich nicht mit allgemeinen Vorbringen begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunktes werde sich dann aus dem Beweisverfahren ergeben; denn die Durchführung eines solchen setzt entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus. Auch Bestreitungen allgemeiner Art sind unbeachtlich. Jede für relevant gehaltene, konkrete Behauptung, die bestritten werden soll, muss einzeln bestritten oder durch eine eigene abweichende Sachdarstellung widerlegt werden. Das genügende Behaupten und Bestreiten der rechtserheblichen Tatsachen ist eine Obliegenheit, eine prozessuale Last, deren Nichterfüllung prozessuale Nachteile für

die betreffende Partei zur Folge haben kann, indem das Gericht auf das mangelhafte Parteivorbringen abstellen wird (BGE 127 III 365, 368; ZR 102 [2003] Nr. 15; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 4 zu § 55, N 1 ff. zu § 113 und N 3 zu § 130).

## **V. Materielles**

### **1. Qualifikation des Vertrages**

Unbestritten ist, dass der Vertrag zwischen den Parteien die folgenden Bestandteile enthält:

- Die "Bestellung zu Ersatzangebot ..." betreffend die Ost- und Südfassade der klägerischen Liegenschaft vom 1. Juli 2008 inklusive Angebot (vom 27. Juni 2008), geltende Bedingungen und Leistungsbeschreibung (act. 4/17),
- die "Bestellung zu Ersatzangebot ..." betreffend die Nord- und Westfassade der klägerischen Liegenschaft vom 1. Juli 2008 inklusive Angebot (vom 27. Juni 2008), geltende Bedingungen und Leistungsbeschreibung (act. 4/18),
- die technischen Datenblätter und Merkblätter (act. 4/27), auf welche die geltenden Bedingungen der beiden Bestellungen verweisen,
- sowie ergänzend die SIA-Norm 118 und die SIA-Norm 342 (act. 1 S. 7; 13 S. 4; 8 S. 6).

Die geschuldete Arbeit der Beklagten setzt sich aus mehreren Einzelarbeiten zusammen, im Wesentlichen aus der Herstellung und Montage der neuen Storen. Der Arbeitserfolg besteht in montierten Storen am klägerischen Gebäude (act. 1 S. 7). Der streitgegenständliche Vertrag zwischen den Parteien ist demnach als Werkvertrag zu qualifizieren, da die Leistung von Arbeit mit einem bestimmten Arbeitserfolg geschuldet ist.

Auch die Beklagte geht von *einem* Werkvertrag aus. Der Kläger spricht zwar in seinen Rechtsschriften vereinzelt von zwei Verträgen, einem für die Ost- und Süd-

fassade und einem für die Nord- und Westfassade der klägerischen Liegenschaft (act. 1 S. 11; 21 S. 11); da er aber mehrheitlich auch von *einem* Werkvertrag ausgeht (act. 1 S. 31; 13 S. 11, 18, 36) und betont, dass es sich bei den beiden Bestellungen um eine Gesamtwerkleistung handle (act. 21 S. 5), liegt unstrittig ein Werkvertrag vor.

Bei einer individuell für den Besteller herzustellenden Sache liegt ein Werkvertrag vor; bei einem Serienprodukt, das der Hersteller auch ohne den konkreten Vertragsabschluss hergestellt hätte, würde es sich um einen Kaufvertrag über eine künftige Sache handeln (HUGUENIN, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, N 611). Die Parteien sind sich aber einig, dass die neuen Storen bis zu einem gewissen Grad individuell für den Kläger hergestellt und montiert werden sollten. Während die Beklagte der Ansicht ist, das Mass und die Farbe der Storen seien individuell, geht der Kläger von weiteren individualisierten Storeneigenschaften aus (act. 17 S. 3, 5, 9, 35; 21 S. 4 f., 26).

Demnach liegt kein Kaufvertrag über eine künftige Sache vor, sondern ein Werkvertrag.

## **2. Zustandekommen und Inhalt des Werkvertrages**

### **2.1. Unbestrittener Sachverhalt**

Der Kläger bestellte für seine Liegenschaft bereits im Jahr 1983/84 "F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren" der Beklagten. In den Jahren 1986/87 und 1992 wurden einzelne beschädigte Storen durch - jedenfalls was das äussere Erscheinungsbild betrifft - identische "F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren" ersetzt, jeweils auf Bestellung des Klägers bei der Beklagten (act. 1 S. 4, 19). Nach einem Hagelschaden, welchen die Beklagte mit Nichtwissen bestreitet (act. 8 S. 4), bestellte der Kläger am 1. Juli 2008 erneut "F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren", wobei zunächst lediglich ein Teilerersatz für die beschädigten Storen unter Belassung der unbeschädigten Storen in Frage stand (act. 1 S. 7; 13 S. 6). Zum Schluss sollten aber sämtliche Storen am klägerischen Gebäude einheitlich durch neue Storen ersetzt werden (act. 8 S. 8; Prot. S. 6). Zur Ausarbeitung eines Ersatzangebots wurden der Beklagten Fassa-

denpläne (act. 4/9) und frühere Werkverträge (act. 4/10) übergeben (act. 1 S. 5; 13 S. 7). Das Ersatzangebot der Beklagten ging vom Storenservice der Beklagten aus, mit welchem der Kläger eine Geschäftsbeziehung unterhalten hatte (act. 13 S. 7). Die Offerten der ursprünglich und wiederholt zum Ersatz eingebauten Storen sowie die Bestellungen vom 1. Juli 2008 enthielten stets den gleichen Beschrieb als "F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren" (act. 1 S. 8, 18 f.). Die bestehenden Aufhängungen der Storenkasten und die bestehenden Führungsschienen am klägerischen Gebäude sollten bei den neuen Storen beibehalten werden (act. 13 S. 6).

## **2.2. Behauptungen des Klägers**

Der Kläger behauptet, bei allen Besprechungen bzw. Verhandlungen und Offertstellungen bis zum Vertragsschluss seien beide Parteien nach deren ausdrücklich wie auch konkludent geäussertem Willen - und in jedem Fall der Kläger - davon ausgegangen, dass die Beklagte unter Beachtung der spezifischen Eigenschaften der klägerischen Liegenschaft neue Storen mit gleichen Formaten/Massen, gleicher Funktionalität, gleicher Qualität und gleichem äusserem Erscheinungsbild wie die vorbestehenden alten "F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren" herzustellen und zu montieren habe, unter Beibehaltung verbleibender Komponenten, insbesondere auch der alten Kurbelstangen. Von diesen Willenserklärungen habe jedenfalls der Kläger nach Treu und Glauben auch ausgehen dürfen und müssen (act. 13 S. 6).

Der Kläger betont, dass es ihm um diese vereinbarten bzw. vorausgesetzten Eigenschaften gehe und nicht darum, ob die neuen Storen haargenau gleich wie die alten Storen seien (act. 13 S. 7).

Der Kläger behauptet im Wesentlichen, er habe nach erfolgter Schadensaufnahme durch die Gebäudeversicherung des Kantons Zürich (nachfolgend "GVZ") im Juni 2007 Offerten für die Sanierung des Hagelschadens durch Teilersatz der beschädigten alten mit gleichen neuen "F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren" eingeholt. Hierbei seien der Beklagten bzw. Herrn H.\_\_\_\_\_ auch frühere Werkverträge samt Fassadenplänen zur Orientierung übergeben worden. Nach erfolgtem Augen-

schein und einer Detailprüfung des Gebäudes des Klägers durch die Beklagte und gemäss den Aussagen seitens der Beklagten bzw. von Herrn H.\_\_\_\_\_ gegenüber dem Kläger wie auch gegenüber Herrn I.\_\_\_\_\_, Kreisschätzer der GVZ, sollten Behänge mit gleichen Formaten und gleichem Aussehen wie die vorhandenen Storen bei gleichem Antrieb und bestehenden Kurbelstangen, geliefert werden (act. 1 S. 5).

Sämtlichen früheren wie auch die streitgegenständlichen Offerten und Verträge hätten stets den gleichen Beschrieb als "F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren" enthalten. Zwischen den Parteien wie auch gegenüber der GVZ sei nichts anderes als das Erfordernis eines Ersatzes bestehender Storen durch gleiche neue Storen kommuniziert worden. Dies habe dem erklärten Willen beider Parteien und in jedem Fall des Klägers entsprochen, was auch für die Beklagte objektiv wie subjektiv erkennbar gewesen sei. Dies allein habe der Kläger mit der Beklagten vereinbart, gleich wie in den früheren Jahren, als der Ersatz defekter Storen durch gleiche neue "F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren" angestanden sei. Davon, dass ein gegenüber dem vorhandenen Storenbestand verändertes bzw. anderes Produkt geliefert und bei der klägerischen Liegenschaft montiert werden sollte, sei nie die Rede gewesen (act. 1 S. 8).

Der Kläger behauptet, die Beklagte habe es pflichtwidrig (act. 1 S. 31 ff.; 13 S. 14) unterlassen, ihn darauf hinzuweisen, dass das immer noch gleich lautende Produkt nun nicht mehr mit den alten Storen übereinstimme (act. 1 S. 8, 13, 18 f.; 13 S. 19). Aus den Bestellungen vom 1. Juli 2008 (act. 4/17-18) und den technischen Datenblättern und Merkblättern (act. 4/27) seien weder die Abweichungen zum alten Storenbestand bzw. zu den vereinbarten und vorausgesetzten Eigenschaften noch die Eigenschaften der gelieferten Storen ersichtlich gewesen. Die Bilddarstellungen würden kein reelles Echtbild der Storen wiedergeben (act. 1 S. 13, 18; 13 S. 9 f., 15, 32, 34).

Der Kläger behauptet, angesichts des Ersatzes der alten Storen mit gleichen, neu produzierten "F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren" hätten die intakten Kurbelstangen gemäss dem Parteiwillen und den Vertragsdokumenten nicht ersetzt, sondern übernommen werden sollen (act. 1 S. 5, 8, 19; 13 S. 6, 31, 38; 21 S. 8 f.).

### 2.3. Behauptungen der Beklagten

Die Beklagte macht geltend, zwischen den Parteien sei - zumindest nach dem Vertrauensprinzip - ein Konsens bezüglich des aktuellen Modells der "F.\_\_\_\_\_ 90 Verbund-Raffstoren" zustande gekommen (act. 17 S. 22, 32). Bei den vom Kläger geltend gemachten Abweichungen gegenüber den alten Storen handle es sich um (positive) technische Eigenschaften des vertragsgemässen Produkts (act. 17 S. 12).

Die Beklagte ist weiter der Ansicht, es habe keines ausdrücklichen Hinweises bedurft, sondern sich von selbst verstanden, dass ein technisches Produkt - auch wenn es immer noch dasselbe Modell sei - im Laufe der Jahrzehnte Änderungen erfahre (act. 8 S. 4, 22). Trotzdem habe J.\_\_\_\_\_ von der Beklagten den Kläger anlässlich des Verkaufsgesprächs ausdrücklich darauf hingewiesen, dass - wie bereits in den achtziger Jahren - das bewährte Modell "F.\_\_\_\_\_ 90" zum Einsatz komme, dass das aktuelle Modell aber nicht exakt dasselbe wie vor 25 Jahren sei, sondern eine neue, aktuelle Generation darstelle (act. 8 S. 5, 15, 22; 17 S. 6, 22).

Die Beklagte ist der Ansicht, die Unterschiede zwischen den bisherigen Storen und den aktuellen "F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren" hätten sich auch aus den Beschrieben und technischen Datenblättern ergeben. Die "F.\_\_\_\_\_ 90 Verbund-Raffstoren" seien sowohl in der Offerte (act. 4/16) als auch im technischen Datenblatt (act. 4/27; 14/15) detailliert beschrieben (act. 8 S. 6; 17 S. 4, 9).

Dass von Beginn weg im Raum gestanden haben müsse, dass sich die aktuellen Storen nicht mehr genau gleich präsentieren würden wie die alten, zeige sich im Übrigen nur schon darin, dass neue Kurbelstangen offeriert worden seien und für den Fall, dass die alten Kurbelstangen übernommen werden könnten, ein Minderpreis festgelegt worden sei. Wenn die Parteien der Ansicht gewesen wären, dass ein identischer Storen montiert würde, wären die Kurbelstangen deshalb kein Thema gewesen. Unzutreffend sei, dass der bisherige Antrieb mit allen Kurbelstangen hätte beibehalten werden sollen (act. 17 S. 12, 19 f., 25 f.).

#### **2.4. Auslegung der Willenserklärungen der Parteien**

Im schweizerischen Vertragsrecht gilt der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Im Konsens- wie im Auslegungsstreit hat das Gericht daher vorab zu prüfen, ob die Parteien sich tatsächlich übereinstimmend geäußert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben. Ist dies für den Vertragsschluss als solchen zu bejahen, liegt ein tatsächlicher (natürlicher) Konsens vor. Haben die Parteien sich in den Vertragsverhandlungen zwar übereinstimmend verstanden, aber nicht geeinigt, besteht ein offener Dissens und damit kein Vertragsschluss. Haben sie sich übereinstimmend geäußert, aber abweichend verstanden, liegt ein versteckter Dissens vor, welcher zum Vertragsschluss führt, wenn eine der Parteien nach dem Vertrauensprinzip in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäußerung zu schützen und damit die andere auf ihrer Äusserung in deren objektivem Sinn zu behaften ist. Diesfalls liegt ein rechtlicher (normativer) Konsens vor (BGE 123 III 35, 39 f.).

Das Ziel der gerichtlichen Auslegung besteht mit anderen Worten in der Feststellung des übereinstimmenden tatsächlichen (wirklichen) Willens, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben (subjektive Auslegung). Steht eine tatsächliche Willensübereinstimmung fest, bleibt für eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip kein Raum (BGE 128 III 70, 73). Lässt sich der übereinstimmende tatsächliche Wille der Parteien nicht mehr mit Sicherheit feststellen, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger im damaligen Zeitpunkt und unter Würdigung aller ihm erkennbaren Umstände in guten Treuen, d.h. als vernünftige und korrekte Person, verstehen durfte und musste (objektivierte Auslegung; BGE 132 III 126, 132; GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. Auflage, Zürich 2008, N 1200 f.).

Im Rahmen der Auslegung einer Erklärung nach dem Vertrauensprinzip bildet der Wortlaut das primäre Auslegungsmittel. Mangels anderer Anhaltspunkte ist anzunehmen, die Partei habe die Worte gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch zur Zeit der Willenserklärung verwendet. Als ergänzende Auslegungsmittel sind

sodann die Umstände heranzuziehen, insbesondere Ort, Zeit und andere Begleitumstände der Erklärung, das Verhalten der Parteien vor der Erklärung, die Interessenlage der Parteien bei Abgabe der Willenserklärung sowie Verkehrsauffassung und Verkehrsübung (GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., N 1205 f. und 1212 ff.). Im Verhältnis zu den ergänzenden Auslegungsmitteln kommt dem Wortlaut der Vorrang zu. Immer dann, wenn die übrigen Auslegungsmittel nicht sicher einen anderen Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden (GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., N 1220).

Der Wille einer juristischen Person wie der Beklagten wird durch deren Organpersonen gebildet und zum Ausdruck gebracht (Art. 55 ZGB).

## **2.5. "Vereinbarte" und "vorausgesetzte" Eigenschaften**

Die unbestritten Vertragsbestandteil bildende SIA-Norm 118 unterscheidet zwischen zugesicherten oder sonst wie "vereinbarten" Eigenschaften und Eigenschaften, die der Besteller auch ohne besondere Vereinbarung in guten Treuen erwarten durfte (Art. 166 Abs. 2 SIA-Norm 118). In guten Treuen erwarten durfte der Besteller die nach dem Inhalt des Vertrages ohne besondere Vereinbarung "vorausgesetzten" Eigenschaften (GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011, N 1406). Die vorausgesetzten Eigenschaften bestehen in zweifacher Hinsicht, hinsichtlich der Wertqualität und hinsichtlich der Gebrauchstauglichkeit. Mangels besonderer Vereinbarung schuldet der Unternehmer ein Werk, das gebrauchstauglich ist und über eine Wertqualität verfügt, die der Normalbeschaffenheit entspricht (GAUCH, a.a.O., N 1406 f.). Normale Beschaffenheit bedeutet, dass der Unternehmer mindestens in durchschnittlicher Güte zu liefern hat. In diesem Sinne ist er unter anderem zur Verwendung guter Materialien verpflichtet und zu einer Werkerstellung nach den anerkannten Regeln der Technik zur Zeit der Ausführung (GAUCH, a.a.O., N 1411).

## **2.6. Würdigung**

### **2.6.1. Inhalt des Werkvertrages**

a) Die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand und den Inhalt eines vom objektivierten Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Erklärungswillens trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., N 1201a; BGE 121 III 118, 123).

b) Zunächst ist somit - trotz des Vorrangs eines übereinstimmenden, tatsächlichen Vertragswillens - zu prüfen, ob ein normativer Konsens und übereinstimmender, mutmasslicher Parteiwille besteht. Je nach dem Vertragsinhalt gemäss Vertrauensprinzip trägt nämlich der Kläger oder die Beklagte die Behauptungs- und Beweislast für einen von diesem Auslegungsergebnis abweichend behaupteten tatsächlichen Parteiwillen und bleibt es für den Fall des Misslingen des Beweises beim Auslegungsergebnis.

Die für die Auslegung wesentlichen Passagen des Werkvertrages vom 27. Juni bzw. 1. Juli 2008 lauten wie folgt (act. 4/17 S. 2, 5; 4/18 S. 2, 6):

*"F.\_\_\_\_\_ 90 Verbund-Raffstoren."*

*"Die C.\_\_\_\_\_ AG sichert die Verwendung hochwertiger Materialien und eine einwandfreie Verarbeitung nach dem im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden Stand der Technik zu."*

Der Wortlaut des Werkvertrags lässt einzig klar auf den normativen Konsens und mutmasslichen Parteiwillen schliessen, dass die Beklagte neue Storen nach dem im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden Stand der Technik, mithin das aktuelle Modell der "F.\_\_\_\_\_ 90 Verbund-Raffstoren", herstellen und montieren sollte.

Im Werkvertrag wird mit keinem Wort auf die Eigenschaften von alten Storen Bezug genommen.

Auch wenn die Offerten der Jahre 1983/84, 1986/87 und 1992 den gleichen Beschrieb als "F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren" enthielten, durfte der Kläger rund 25 Jahre nach der ursprünglichen und rund 16 Jahre nach der letzten Offertstellung durch die Beklagte jedenfalls nicht davon ausgehen, dass Storen mit gleichen Ei-

genschaften wie die alten "F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren" geliefert würden. Der Kläger musste sich als vernünftige und korrekte Person darüber im Klaren sein, dass sich ein technisches Produkt, wie ein Storen, im Laufe von ein- bis zweieinhalb Jahrzehnten verändern kann, ohne dass dessen Modellbezeichnung die Veränderungen zum Ausdruck bringt.

Auch wenn sich ein Produkt wie ein Storen viele Jahre nach der ursprünglichen Bestellung - jedenfalls was das äussere Erscheinungsbild betrifft - noch gleich präsentierte, durfte der Kläger als vernünftige und korrekte Person daraus nicht schliessen, das Produkt müsse sich nach rund 25 Jahren immer noch gleich darstellen, wenn der Hersteller nicht auf eine Veränderung hinweise. Die vom Kläger betonte Geschäftsbeziehung mit der Beklagten war zudem nicht derart intensiv, dass die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, den Kläger auf die Veränderungen zwischen den neuen und den alten "F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren" hinzuweisen, da die letzte Ersatzlieferung mit rund 16 Jahren zu lange zurückliegt. Eine entsprechende Hinweispflicht kann weder aus den Art. 364 Abs. 1 OR oder Art. 365 Abs. 3 OR noch aus Art. 25 SIA-Norm 118 abgeleitet werden, geschweige denn aus einer allfälligen Zertifizierung der Beklagten. Deshalb ist die bestrittene Behauptung der Beklagten, sie bzw. Herr J.\_\_\_\_\_ habe den Kläger darauf hingewiesen, dass das aktuelle Storenmodell nicht mehr exakt dasselbe wie vor 25 Jahren sei, und die bestrittene Behauptung des Klägers, dass im Werkvertrag weder Abweichungen der neuen zu den alten Storen noch Eigenschaften der neuen Storen ersichtlich gewesen seien, rechtsunerheblich, und beweismässige Abklärungen erübrigen sich.

Demnach kann dahingestellt bleiben, ob ein Vergleich der Bilder der neuen Storen auf den Vertragsbestandteil bildenden Datenblättern und Merkblättern mit den vom Kläger ins Recht gelegten Fotos der alten Storen die Darstellung der Beklagten bestätigt, dass im Werkvertrag Abweichungen der neuen zu den alten Storen erkennbar gewesen sind. Namentlich ergibt sich aus dem grossen Bild auf Seite 2 von act. 4/27, dass die Bänder der neuen Storen abweichend von denjenigen der alten Storen sind, welche auf dem Foto act. 14/17/13 erkennbar sind. Des Weiter-

ren ergibt sich aus dem Vertikalschnitt auf Seite 3 von act. 4/27, dass die neuen Endschienen gebogen und nicht gerade sind.

Der Nachweis des bestrittenen Willens der Beklagten, dass die alten Kurbelstangen bei allen neuen Storen übernommen werden sollten, vermöchte den Kläger zusammen mit der unstrittig gewollten Beibehaltung der alten Aufhängungen der Storenkasten und der alten Führungsschienen nicht in seinem Vertrauen zu schützen, dass die neuen Storen nach dem Parteiwillen nebst dieser Kompatibilität mit dem klägerischen Gebäude keine Änderungen gegenüber den alten Storen erfahren sollten.

Als Ergebnis der objektivierten Auslegung ist demnach festzuhalten, dass die Beklagte in ihrem Vertrauen, dass das aktuelle Modell der "F.\_\_\_\_\_ 90 Verbund-Raffstore" geliefert werden sollte, zu schützen ist. Der Kläger durfte nicht davon ausgehen, dass Storen mit gleichen Formaten/Massen, gleicher Funktionalität, gleicher Qualität und gleichem äusserem Erscheinungsbild wie die am klägerischen Gebäude vorbestehenden alten "F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren" hergestellt und montiert würden.

c) Der Kläger trägt nun, soweit er einen vom objektivierten Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Parteiwillen geltend machen will, die Behauptungs- und Beweislast. Er hat seine Behauptungen genügend zu substantiieren. Dabei sind - wie bereits erwähnt (vgl. IV.6.) - die Behauptungen so konkret aufzustellen, dass sie von der Gegenpartei konkret bestritten sowie ohne Weiteres als Beweissatz in den Beweisaufgabebeschluss aufgenommen werden können.

Die diesbezüglichen Vorbringen des Klägers erweisen sich indes als zu unbestimmt, um den tatsächlichen erklärten, also geäusserten, Willen des Klägers und der Beklagten, dass Storen mit gleichen Formaten/Massen, gleicher Funktionalität, gleicher Qualität und gleichem äusserem Erscheinungsbild wie die alten "F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren" hergestellt und montiert werden sollten, rechtsgenügend zu behaupten. Dabei ist zu beachten, dass die Beklagte die klägerischen Vorbringen in diese Richtung klar in Abrede stellt. Für eine rechtsgenügende Behauptung wäre es seitens des Klägers aber erforderlich gewesen, genau darzule-

gen, welche Personen, insbesondere auch welche Organpersonen der Beklagten, zu welchem Zeitpunkt welchen tatsächlichen Willen aufgewiesen und erklärt hätten sowie dass die beiden dergestalt beschriebenen Willen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses übereingestimmt hätten.

Die Behauptung des Klägers, er habe bei der Beklagten im Juni 2007 Offerten für gleiche neue "F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren" eingeholt, erweist sich als zu unbestimmt, da unklar bleibt, ob der Kläger eine Offerte für das gleiche neue Modell der "F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren" oder aber für neue Storen mit gänzlich gleichen Eigenschaften wie die alten Storen einholte. Im Übrigen wird mit der Behauptung, es seien im "Juni 2007" Offerten eingeholt worden, nicht dargelegt, dass der Wille der Parteien im massgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses übereingestimmt habe. Auch die klägerische Behauptung, "gemäss den Aussagen" seitens der Beklagten bzw. von Herrn H.\_\_\_\_\_ sollten Behänge mit gleichen Formaten und gleichem Aussehen wie die vorhandenen Storen geliefert werden, ist unvollständig. Der Kläger hätte angeben müssen, welche konkreten Aussagen von Herrn H.\_\_\_\_\_ zu welchem Zeitpunkt gemacht worden sein sollen. Es reicht auch nicht aus, pauschal zu behaupten, "zwischen den Parteien" sei nichts Anderes als das Erfordernis eines Ersatzes bestehender Storen durch gleiche neue Storen kommuniziert worden, dies habe dem erklärten Willen "beider Parteien" entsprochen. Auch diese Vorbringen erweisen sich als zu unbestimmt, da der Kläger nicht darlegt, welche Personen, insbesondere auch welche Organpersonen der Beklagten, in welchem Zeitpunkt welchen konkreten tatsächlichen Willen erklärt haben sollen. Die Behauptung, bei allen Verhandlungen und Offertstellungen seien beide Parteien nach deren ausdrücklich wie auch konkludent geäussertem Willen "davon ausgegangen", enthält eine rechtliche Wertung anstatt bestimmte tatsächliche Willensinhalte darzustellen und umschreibt damit nur den mutmasslichen Parteiwillen. Gleich verhält es sich mit dem klägerischen Vorbringen, der Kläger habe nach Treu und Glauben von gleichen neuen Storen wie die alten Storen ausgehen dürfen und müssen.

Der Kläger gibt im weitesten Sinne bezugnehmend auf eine konkludente, vom objektivierten Auslegungsergebnis abweichende Willenserklärung die folgenden An-

gaben im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss an: Die Beklagte habe in den Jahren 1986/87 und 1992 einzelne defekte Storen durch - jedenfalls was das äussere Erscheinungsbild betrifft - identische neue Storen ersetzt. Zunächst sei erneut nur ein Teilersatz der beschädigten Storen am klägerischen Gebäude in Frage gestanden. Angesichts des Ersatzes der alten Storen mit gleichen neuen "F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren" sollten die alten Aufhängungen der Storenkasten, die alten Führungsschienen und die alten intakten Kurbelstangen bei den neuen Storen übernommen werden. Diese Angaben sind indes nicht hinreichend, um eine konkludente Willenserklärung des Klägers und insbesondere auch der Beklagten im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu beweisen. Deshalb sind sie für die subjektive Auslegung rechtsunerheblich.

Es ist daher festzustellen, dass der Kläger den vom objektiven Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Parteiwillen nicht substantiiert behauptet. Da der Kläger rechtskundig vertreten war, ist die Annahme berechtigt, dass er konkretere Angaben gemacht hätte, falls er solche hätte machen wollen oder können (vgl. auch ZR 81 [1982] Nr. 118 sowie ZR 110 [2011] Nr. 11). Ohne solche Behauptungen sind die Vorbringen des Klägers aber nicht geeignet, dem Gericht das Formulieren von entsprechenden konkreten Beweissätzen zu ermöglichen. Aus diesem Grunde ist der durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ermittelte, mutmassliche Parteiwille für die Beurteilung der sich stellenden Rechtsfragen massgeblich (vgl. V.2.6.1.b).

**d)** Im Hinblick auf die Beurteilung der klägerischen Berechtigung zur vorzeitigen Vertragsauflösung wegen voraussichtlicher Vertragswidrigkeit des Werkes und der beklagischen Werkpreisforderung ist der Vertrag auch bezüglich des umstrittenen Parteiwillens, ob die alten Kurbelstangen übernommen werden sollten, auszulegen. Auszugehen ist vom Wortlaut der Bestellungen vom 1. Juli 2008. In der Bestellung für die Ost- und Südfassade der klägerischen Liegenschaft heisst es (act. 4/17 S. 1):

*"Bemerkung: bei Rückgabe neuer Gelenkstangen erfolgt Gutschrift."*

Der Bestellung für die *Nord- und Westfassade* sind die Worte zu entnehmen (act. 4/18 S. 6):

*"Minderpreispositionen: Wegfall der Gelenkkurbelstangen, die bestehenden Kurbeln werden übernommen."*

Der Wortlaut der Bestellung bezüglich der *Nord- und Westfassade* lässt klar auf den normativen Konsens und mutmasslichen Parteiwillen schliessen, dass die bestehenden Kurbelstangen übernommen werden sollten. Dieses objektivierte Auslegungsergebnis deckt sich mit der Darstellung des Klägers. Der Bestellung bezüglich der *Ost- und Südfassade* der klägerischen Liegenschaft lässt sich dahingegen entnehmen, dass neue Kurbelstangen geliefert werden sollten, da sonst keine Rückgabe von neuen Gelenkstangen möglich wäre. Dieses Auslegungsergebnis entspricht der beklagischen Darstellung. Da keine ergänzenden Umstände geltend gemacht werden, die sicher einen anderen Schluss erlauben würden, hat es bei dieser objektivierten Auslegung nach dem klaren Wortlaut des Werkvertrages sein Bewenden und beweismässige Abklärungen erübrigen sich.

e) Der Kläger behauptet, die konkreten Eigenschaften der neuen Storen seien aus dem Werkvertrag nicht ersichtlich gewesen (act. 13 S. 9). Da der Kläger von den Eigenschaften der alten Storen nicht auf die Eigenschaften der neuen Storen schliessen durfte, kann es sich demnach bei letzteren nach seiner Darstellung nur um ohne besondere Vereinbarung "vorausgesetzte" Eigenschaften handeln (vgl. V.2.5.). Die Beklagte schuldet demnach neue Storen, die gebrauchstauglich sind und über eine Wertqualität verfügen, die der Normalbeschaffenheit entspricht. Die Beklagte hat also mindestens Storen in durchschnittlicher Güte zu liefern. In diesem Sinne ist sie zur Verwendung guter Materialien verpflichtet. Da die Beklagte im Werkvertrag die Verwendung "hochwertiger" Materialien zusichert, darf der Kläger an deren Beschaffenheit erhöhte Anforderungen stellen. Aus der werkvertraglichen Zusicherung einer einwandfreien Verarbeitung nach dem im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden Stand der Technik darf der Kläger indes keine über die normale Beschaffenheit hinausgehenden Anforderungen an die montierten Storen ableiten; die normale Beschaffenheit verpflichtet bereits zu einer

Werkerstellung nach den anerkannten Regeln der Technik zur Zeit der Werkausführung.

Im Hinblick auf die Beurteilung der klägerischen Berechtigung zur vorzeitigen Vertragsauflösung wegen voraussichtlicher Vertragswidrigkeit des Werkes ist demnach festzuhalten, dass die konkreten Eigenschaften der neuen Storen der zum Gebrauch tauglichen normalen - und bezüglich der verwendeten Materialien hochwertigen - Beschaffenheit entsprechen müssen, um nicht vertragswidrig zu sein.

Der Kläger scheint die vorausgesetzten Eigenschaften der Storen nicht auf Vertragsauslegung, sondern auf Vertragsergänzung zu stützen (act. 13 S. 51); die vorausgesetzten Eigenschaften bestimmen sich indes nach dem Vertrauensprinzip (BGE 114 II 239, 244).

Die Beklagte ist im Gegensatz zum Kläger der Ansicht, die Eigenschaften des aktuellen Modells der "F.\_\_\_\_\_ 90 Verbund-Raffstoren" würden sich aus den Beschrieben und technischen Datenblättern ergeben. Es ist festzuhalten, dass bei solch "vereinbarten" Eigenschaften ein anderer - für die Beklagte vorteilhafterer - Massstab für die Beurteilung der Vertragswidrigkeit gelten würde. Im vorliegenden Fall kann indes offen gelassen werden, ob der Beklagten der Nachweis dieser angeblich besonders vereinbarten Eigenschaften gelingt, wenn die geltend gemachte vorzeitige Beendigung des Werkvertrages bereits nach der klägerischen Darstellung unzulässig gewesen ist (vgl. V.4.5.).

### **2.6.2. Zustandekommen des Werkvertrages**

a) Der Kläger stellt für den Fall, dass die Beklagte davon ausgehen durfte, dass ihre Willensäußerung als Herstellung und Montage des streitgegenständlichen Storens zu verstehen ist, das Zustandekommen des Vertrages in Frage. Er macht einen versteckten Dissens geltend, da sich die Parteien zwar übereinstimmend geäußert, aber abweichend verstanden hätten. Bei den vereinbarten und vorausgesetzten Eigenschaften - gleiche Formate/Masse, gleiche Funktionalität, gleiche Qualität und gleiches äusseres Erscheinungsbild wie der bestehende Sto-

renbehang unter Beibehaltung der alten Kurbelstangen - handle es sich, jedenfalls aus Sicht des Klägers, um objektiv und subjektiv wesentliche Vertragspunkte, weshalb diesfalls vom Nichtzustandekommen des Werkvertrages auszugehen sei (act. 13 S. 6, 36, 50). Der Wille des Klägers, die bestehenden Storen durch gleiche neue Storen zu ersetzen, sei für die Beklagte objektiv wie subjektiv erkennbar gewesen (act. 1 S. 8).

**b)** Damit ein Vertrag zustandekommen kann, bedarf der Inhalt des Vertrages einer minimalen Regelung durch die Parteien selbst. Der tatsächliche oder rechtliche Konsens muss sich mindestens auf die wesentlichen Vertragspunkte beziehen (GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., N 330). Zu den objektiv wesentlichen Punkten gehören beim Werkvertrag das auszuführende Werk und die Entgeltlichkeit der Werkausführung (GAUCH, a.a.O., N 381). Wer objektiv unwesentliche Punkte als Bedingung seines Vertragswillens und damit subjektiv wesentlich ansieht, muss das deutlich zu erkennen geben, sonst wirkt die Vermutung aus Art. 2 Abs. 1 OR gegen ihn und für die Bindung (BGE 118 II 32, 34).

**c)** Die klägerische Argumentation, welche eventualiter das Zustandekommen des Werkvertrages in Frage stellt, verfängt nicht. Der versteckte Dissens führte im vorliegenden Fall zum Vertragsschluss, da die Beklagte in ihrem Verständnis bezüglich des aktuellen Modells der "F. \_\_\_\_\_ 90 Verbund-Raffstoren" und der Lieferung von neuen Kurbelstangen für die Ost- und Südfassade und der Kläger in seinem Verständnis bezüglich der Beibehaltung der alten Kurbelstangen an der Nord- und Westfassade zu schützen ist. Die vom Kläger behaupteten gleichen Storeneigenschaften sind vom festgestellten normativen Konsens und mutmasslichen Parteiwillen nicht gedeckt. Sie gehören damit nicht zu den Vertragspunkten, geschweige denn zu den wesentlichen Vertragspunkten.

Aus dem klägerischen Behauptungssubstrat ergibt sich, dass der Kläger seinen behaupteten Willen, die alten Storen durch gleiche neue Storen zu ersetzen, nicht deutlich zu erkennen gegeben hat. Ansonsten wäre die Beklagte in ihrem Verständnis des Werkvertrages, dass das aktuelle Modell der "F. \_\_\_\_\_ 90 Verbund-Raffstoren" geschuldet ist, nicht zu schützen gewesen.

Daran ändert nichts, dass der Kläger zu erkennen gegeben hat, dass die alten Kurbelstangen an der Nord- und Westfassade sowie die alten Aufhängungen der Storenkasten und die alten Führungsschienen am klägerischen Gebäude beibehalten werden sollten, da nicht gesagt werden kann, der Kläger habe damit deutlich zu erkennen gegeben, dass der Vertragsabschluss die Lieferung von Storen mit darüber hinaus gänzlich gleichen Eigenschaften wie die alten Storen bedinge.

Der nach dem Vertrauensprinzip ausgelegte Parteiwille bezieht sich auf ein genügend bestimmtes Werk und die Entgeltlichkeit der Werkausführung, weshalb von einem zustande gekommenen Werkvertrag auszugehen ist.

### **3. Erklärungsirrtum**

Der Kläger macht für den Fall, dass ein rechtlicher Konsens zwischen den Parteien in dem Sinne angenommen würde, dass als Vertragsinhalt der streitgegenständliche Storen geltend soll, einen Erklärungsirrtum und damit die Ungültigkeit des Vertrages geltend. Der Kläger habe sich in einer falschen Vorstellung über die Ausdruckskraft seines Erklärungsverhaltens befunden und unbewusst etwas kundgetan, das nicht seinem tatsächlichen Willen entsprochen habe (act. 13 S. 57).

Die Beklagte ist der Ansicht, der Kläger habe sich nicht in einem Willensmangel befunden. Einen Irrtum hätte er jedenfalls der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben, weshalb er der Beklagten für den Schaden haften würde, welcher dieser durch das Dahinfallen des Vertrages entstehen würde (act. 17 S. 35).

Eine irrende Partei muss den Vertrag innert Jahresfrist nach Entdeckung des Irrtums anfechten (Art. 31 Abs. 1 OR). Wer sich auf einen Irrtum beruft, muss den Irrtum und dessen rechtzeitige Geltendmachung behaupten und beweisen (SCHWENZER in: HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht, Art. 1-529, 4. Auflage, Basel 2007, N 16 zu Art. 31).

Der Kläger macht geltend, er habe mit Schreiben vom 29. September 2008 rechtzeitig die Anfechtungserklärung nach Art. 31 OR abgegeben, indem er die soforti-

ge Rücknahme aller gelieferten F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren und die Rückzahlung der bereits geleisteten Anzahlungen verlangt habe (act. 13 S. 57).

Die rechtzeitige Anfechtungserklärung wird von der Beklagten nicht bestritten.

Die Geltendmachung eines Willensmangels ist indes nur so lange möglich, als die irrende Partei den mangelhaften Vertrag nicht ausdrücklich oder konkludent genehmigt hat. Eine konkludente Genehmigung liegt insbesondere vor, wenn die irrende Partei in Kenntnis des Irrtums die Erfüllung des Vertrages verlangt oder Ansprüche aus Sachgewährleistung geltend macht (Urteil des Bundesgerichts 4C.296/2000 vom 22. Dezember 2000, E. 3).

Der Kläger stellt sich primär auf den Standpunkt, er habe die Beklagte zunächst mehrfach zur Nachbesserung aufgefordert (act. 13 S. 53 f.). Mit diesem Vorgehen, mit welchem zunächst die gehörige Erfüllung des Vertrages verlangt wurde, könnte der Kläger den Werkvertrag konkludent genehmigt haben, womit seine Berufung auf einen Willensmangel unzulässig wäre. Die Frage der konkludenten Genehmigung des Werkmangels kann im vorliegenden Fall indes offen bleiben, da die Berufung auf einen Willensmangel bereits aus den folgenden Gründen unzulässig ist:

Der Kläger macht sinngemäss einen Irrtum über die Identität der Sache geltend (error in corpore; Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 OR). Damit ein solcher Irrtum wesentlich ist, muss er die Identität der betreffenden Sache beschlagen, nicht bloss deren Eigenschaften (BGE 126 III 59, 66; 57 II 284, 288). Im vorliegenden Fall kann nicht gesagt werden, der Kläger habe am 1. Juli 2008, als er die Bestellungen unterzeichnete, nicht erklären wollen, "F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren" zu bestellen. Die Behauptung des Klägers, er habe unbewusst "etwas" kundgetan, das nicht seinem tatsächlichen Willen entsprochen habe, kann sich demnach nur auf die Eigenschaften der "F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren" beziehen. Demnach liegt kein Irrtum über die Identität der Sache vor, denn der Kläger hat die Storen, die seiner Bezeichnung entsprechen, tatsächlich gewollt, nur hat er diesen Willen deshalb gefasst, weil er, wie behauptet, von anderen Eigenschaften ausging. Demnach stellt sich höchstens die Frage, ob der Kläger im Zeitpunkt des Vertragsabschlus-

ses einem Grundlagenirrtum unterlag, der ihn zur Anfechtung berechtigte (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Diese Frage ist zu verneinen, da die Anfechtung wegen eines Grundlagenirrtums, der sich auf Eigenschaften eines Werkes bezieht, ausgeschlossen ist. Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gibt es noch kein Werk, über dessen Beschaffenheit der Besteller sich hätte irren können (ZINDEL/PULVER in: HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht, Art. 1-529, 4. Auflage, Basel 2007, N 14 zu Vorbem. zu Art. 23-31; GAUCH, a.a.O., N 2317 f.).

#### **4. Vertragsauflösung vor Ablieferung des Werkes**

##### **4.1. Keine Ablieferung des Werkes**

Nach der Darstellung des Klägers liegt keine Ablieferung des geschuldeten Werkes vor (act. 13 S. 54).

Die Ablieferung des Werks, zu welcher der Unternehmer verpflichtet ist, besteht in der Übergabe des vollendeten Werkes, und zwar mit der Absicht der Vertragserfüllung. Die Ablieferung fällt mit der Abnahme des Werkes zusammen. (GAUCH, a.a.O., N 8, 86 f. und 97 ff.). Das Erfordernis der Vollendung ist erfüllt, sobald sämtliche vereinbarten Arbeiten ausgeführt sind, die der Unternehmer schuldet (GAUCH, a.a.O., N 101; BGE 24 II 536, 546 f.).

Im vorliegenden Fall besteht das vollendete Werk in montierten Storen am klägerischen Gebäude. Da die neuen Storen bis auf ein Exemplar nicht montiert wurden, liegt kein vollendetes Werk und damit auch keine Ablieferung vor.

Die Darstellung des Klägers, dass keine Ablieferung des geschuldeten Werkes stattgefunden habe, wird im Übrigen von der Beklagten nicht bestritten.

##### **4.2. Behauptungen des Klägers**

Der Kläger macht zunächst in der Klageschrift vom 14. April 2009 einen Rücktritt nach Art. 169 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 SIA-Norm 118 geltend (act. 1 S. 34). In der Hauptklagereplik vom 31. Mai 2010 stellt er sich sodann auf den Standpunkt, er sei vor der Ablieferung des Werkes gemäss Art. 366 Abs. 1 OR vom Vertrag zu-

rückgetreten; ein Rücktritt gemäss Art. 366 Abs. 1 OR stehe dem Besteller auch offen, wenn die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR erfüllt seien (act. 13 S. 53). Subsidiär macht der Kläger eine Kündigung des Werkvertrages aus wichtigen Gründen geltend, da das Werk, welches die vereinbarten und vorausgesetzten Eigenschaften nicht einhalte sowie die zwingenden vertraglichen Einbauvorschriften verletze, unzumutbar sei (act. 13 S. 56).

Der Kläger behauptet, dass an den neuen Storen im Vergleich zu den alten Storen Abweichungen / Mängel bestehen würden (act. 13 S. 36, 51) und beschreibt folgenden Sachverhalt bis zur Erklärung des Rücktritts:

Am Montag 11. August 2008, dem vorgesehenen Montagebeginn, habe ihm der Storenmonteur G.\_\_\_\_\_ von der K.\_\_\_\_\_ GmbH in L.\_\_\_\_\_, einer Subunternehmerin der Beklagten, mitgeteilt, dass die gelieferten Storen nicht mit den vorhandenen Storen übereinstimmen würden, woraufhin nur einer der gelieferten Storen probenhalber montiert worden sei. Bei diesem Storen seien im Vergleich zum bestehenden Storenbestand Unterschiede und auch Mängel sichtbar geworden. Diese Abweichungen vom Storenbestand habe er der Beklagten mündlich mitgeteilt und im Schreiben an die Beklagte vom 13. August 2008 schriftlich festgehalten (act. 1 S. 9). Mit diesem Schreiben habe er die Beklagte zur Nachbesserung aufgefordert, unter der Androhung des Rücktritts vom Vertrag im Säumnisfall (act. 13 S. 54). Die Beklagte habe sich mit Schreiben vom 11. August 2008 auf den Standpunkt gestellt, das gelieferte Produkt würde genau der schriftlichen Bestellung entsprechen, und mit Datum vom 15. August 2008 Rechnung gestellt (act. 1 S. 11). Daraufhin habe der Kläger eine Mängelliste erstellt und der Beklagten mit Schreiben vom 1. September 2008 Frist bis 14. September 2008 angesetzt, um unter Hinweis auf diese Liste verbesserte Storen, die dem bestehenden Storenbestand entsprechen würden, abzuliefern (act. 1 S. 14 f.). Die Unterschiede zwischen den alten Storen und den neuen "F.\_\_\_\_\_-Verbund-Raffstoren" beschrieb der Kläger in der Mängelliste wie folgt (act. 1 S. 15 f.):

- Die Farbe der alten Storen sei hellbeige. Die neuen Storen hätten einen Bronzeton. Folge davon sei eine etwas dunklere Front.

- Die Endschiene der alten Storen sei gerade mit einer Höhe von ca. 17 mm vorne und ca. 34 mm hinten. Die Endschiene der neuen Storen sei gebogen und wesentlich flacher, die Untersicht sei stark verändert und das Gewicht sei geringer. Dies habe zur Folge, dass die ästhetische Grundvoraussetzung für die Ästhetik des klägerischen Gebäudes nicht mehr gegeben sei.
- Das Getriebe der neuen Storen sei komplett verändert und die bisherigen Kurbelstangen seien nicht einsetzbar.
- Die Bänder der alten Storen seien flach und hell. Die Bänder an den neuen Storen seien eher rund und blaugrau; sie würden bei der Endschiene nicht sauber auffalten und durchhängen. Dies habe eine Veränderung der architektonischen Sprache des Gebäudes und eine Störung im Sichtbereich zur Folge.
- Die Schlaufen der alten Storen seien dünn, hell und im Licht nicht sichtbar. Am neuen Storen würden die Schlaufen hängen und gegen oben nicht richtig stapeln, sondern bei allen Storenstellungen ins Licht fallen, was sehr störend sei.
- Die Lamellen der alten Storen seien an der Zahl 20 zuzüglich der Endschiene, wobei der Öffnungswinkel über 180 Grad sei. Bei den neuen Storen seien es 21 Lamellen zuzüglich der Endschiene und der Öffnungswinkel sei unter 180 Grad. Dies habe zur Folge, dass die Durchsicht von innen nach aussen stark eingeschränkt sei.
- Die Stabilität der alten Storen sei gut, was nur zu wenigen Geräuschen führe. Die neuen Storen seien beim Fensterschliessen und bei Wind deutlich labiler.

Mit Schreiben vom 8. September 2009 habe die Beklagte auf das klägerische Schreiben reagiert und mitgeteilt, dass die gelieferten Storen genau der vertraglichen Grundlage entsprächen und kein Mangel im rechtlichen Sinne vorliege. Damit habe die Beklagte jegliche Nachbesserung verweigert (act. 1 S. 16 f.).

Nach nochmals eingehender Prüfung des eingebauten Musterfensters habe der Kläger der Beklagten mit Schreiben vom 29. September 2008 mitgeteilt, dass die Storen in den Sturznischen des klägerischen Gebäudes von 120 mm keinen Platz hätten, sondern in die Nischen hineingezwängt würden. Gemäss dem technischen Datenblatt benötige der Storen eine minimale Sturznischentiefe von 130 mm bzw. zweimal 65 mm (zuzüglich eines allfälligen Zuschlages für vorstehende Wetterschenkel oder Türgriffe), welche am klägerischen Gebäude nicht bestehe. Der Kläger habe mit Schreiben vom 29. September 2008 die sofortige Rücknahme aller gelieferten F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren und die Rückzahlung der geleisteten Anzahlungen von total CHF 31'200.– abzüglich der akzeptierten Rechnung der Beklagten betreffend Gelenkarmmarkise vom 21. August 2008 gefordert (act. 1 S. 18 ff.). Damit sei er vom Werkvertrag zurückgetreten (act. 13 S. 54).

Der Kläger macht mit Klageschrift vom 14. April 2009 zusätzlich folgende Abweichungen / Mängel geltend (act. 1 S. 28):

- Die Kurbeln der alten Storen müssten 18 Mal gedreht werden. Die Neuen Kurbeln seien 5 cm kürzer und müssten 32 Mal gedreht werden, was zu einem Zeitverlust führe.
- Die Lamellen der alten Storen seien ca. 0.49 mm dick. Die Dicke der neuen Lamellen betrage ca. 0.41 mm.
- Das Storenpaket sei bei den neuen Storen breiter.
- Die Endschiene des alten Storens sei gerade, auch wenn der Storen geschlossen sei, und der Seitenabschluss zu. Die Endschiene des neuen Storens sei schräg und der Seitenabschluss offen.

In der Replik vom 31. Mai 2010 behauptet der Kläger weiter (act. 13 S. 37 ff.):

- Die neue Endschiene sei im Vergleich zur alten Endschiene dünner, labiler und von billigerer Qualität.

- Beim neuen Storen würden vier Bänder pro Storen ins Licht hängen, was beim alten Storen mit sauberer Auffaltung nicht der Fall sei. Das beim neuen Storen verwendete Band sei wesentlich dicker (ca. 1.75 mm) und die Ösen seien wesentlich weiter (ca. 10-11 mm zum Verbindungshaken). Das Ergebnis sei ein wesentlich grösserer, unregelmässig auffaltender Schlaufenradius und ein Übereinanderzuliegenkommen mehrerer Schlaufen, was zur wesentlich grösseren Paketbreite des neuen Storens beitrage.

Der Kläger macht sinngemäss geltend, er sei berechtigt gewesen, den Werkvertrag aufgrund einer antizipierten Leistungsstörung (aliud- oder peius-Lieferung) nach Art. 366 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 OR oder aber aus wichtigen Gründen vorzeitig, d.h. vor der Ablieferung des Werkes, zu beenden.

#### **4.3. Behauptungen der Beklagten**

Die Beklagte stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, bei den in der klägerischen Mängelliste aufgeführten Punkte handle es sich nicht um Mängel, sondern vielmehr um Eigenschaften des vertragsgemässen Produkts (act. 8 S. 9).

Zu den angeblichen Mängeln nimmt die Beklagte im Einzelnen Stellung (act. 8 S. 16 ff.; 17 S. 23 ff.). Ein Rücktritt nach Art. 366 OR kommt nach Ansicht der Beklagten nicht in Frage, weil die gelieferten "F. \_\_\_\_\_ 90 Verbund-Raffstoren" nicht mangelhaft seien (act. 17 S. 35).

#### **4.4. Vorzeitige Beendigung des Werkvertrages**

a) Unbestritten ist, dass die Parteien den Werkvertrag der SIA-Norm 118 unterstellt haben. Für die Frage der vorzeitigen Beendigung des Werkvertrages verweist Art. 183 SIA-Norm 118 auf die gesetzlichen Bestimmungen, namentlich auf Art. 97, Art. 107, Art. 119 und Art. 366 OR (Urteil des Bundesgerichts 4C.433/2005 vom 20. April 2006, E. 2). Der vom Kläger geltend gemachte Rücktritt ist demnach ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt der werkvertraglichen Norm von Art. 366 OR zu prüfen.

b) Nach Art. 366 Abs. 2 OR ist der Besteller nach Ablauf einer angemessenen Frist für die Mängelbeseitigung zur Ersatzvornahme berechtigt, wenn sich während der Ausführung des Werkes eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung durch Verschulden des Unternehmers bestimmt voraussehen lässt. Dem Besteller steht - wie der Kläger zutreffend ausführt - auch die Möglichkeit zum Rücktritt vom Vertrag gemäss Art. 366 Abs. 1 OR offen, wenn die Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 2 OR erfüllt sind (BGE 126 III 230, 234 f.).

Eine mangelhafte Erstellung ist voraussehbar, wenn das vollendete Werk bei seiner Ablieferung voraussichtlich einen Werkmangel aufweisen wird. Der mangelhaften Erstellung steht die sonst vertragswidrige Erstellung des Werkes gleich. Damit greift Art. 366 Abs. 2 OR über das Gebiet der Werkmängel hinaus und erfasst jegliche Vertragswidrigkeit (GAUCH, a.a.O., N 875, 877). Zu verlangen ist, dass die Vertragswidrigkeit eine gewisse, die Rechtsfolge des Vertragsrücktritts rechtfertigende Erheblichkeit aufweist (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 34 zu Art. 366). Ein Werkmangel besteht darin, dass dem Werk des Unternehmers eine Eigenschaft fehlt, die es nach dem Inhalt des konkreten Vertrages haben sollte (GAUCH, a.a.O., N 1434). Im vorliegenden Fall müssen die neuen Storen der zum Gebrauch tauglichen normalen - und bezüglich der Materialien hochwertigen - Beschaffenheit entsprechen, um nicht mangelhaft zu sein (vgl. V.2.6.1.e). Kein Werkmangel wäre die Lieferung eines völlig anderen Werks, eines aliud (GAUCH, a.a.O., N 1443). Die mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung des Werkes muss nach Art. 366 Abs. 2 OR nicht nur voraussehbar, sondern bestimmt voraussehbar sein, d.h. bloss subjektive Befürchtungen des Bestellers reichen nicht aus, um ein Vorgehen nach Art. 366 Abs. 2 OR zu rechtfertigen. Vielmehr müssen die konkreten Verhältnisse so sein, dass auch bei objektiv-vernünftiger Betrachtung mit einer vertragswidrigen Erstellung des Werkes zu rechnen ist (GAUCH, a.a.O., N 878).

Die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR sind vom Besteller nachzuweisen (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 43 zu Art. 366).

#### **4.5. Würdigung**

**a)** Der Kläger stützt sich auf Art. 366 Abs. 2 OR, der über das Gebiet der Werkmängel hinausgeht und jegliche sonstige Vertragswidrigkeit erfasst. Er macht geltend, vom Gericht sei zu beurteilen, ob die dargelegten Abweichungen des streitgegenständlichen neuen Storens vom alten Storen unter Berücksichtigung der Verletzung von Einbauvorschriften als aliud oder als peius zu qualifizieren seien. Das Gericht habe diese Frage vorrangig nach der Verkehrsauffassung in der betreffenden Branche zu entscheiden, wobei es sich rechtfertige, dass es im Zweifel die für den Kunden günstigere Lösung wähle (act. 13 S. 51). In Anbetracht des Auslegungsergebnisses, dass das aktuelle Modell der "F.\_\_\_\_\_ 90 Verbund-Raffstoren" geschuldet war (vgl. V.2.6.1.), kann die Frage, ob ein völlig anderes Werk als vereinbart und damit ein aliud geliefert wurde, ohne Weiteres verneint werden. Art. 366 Abs. 2 OR würde indes auch eine aliud-Lieferung erfassen, da er über das Gebiet der Werkmängel hinausgeht und jegliche Vertragswidrigkeit erfasst. Insofern gibt es keine für den Kläger günstigere Lösung.

**b)** Der Kläger ging bis zum Zeitpunkt des Vertragsrücktritts von der Annahme aus, er dürfe von den Eigenschaften der alten Storen auf die Eigenschaften der neuen Storen schliessen. Die klägerische Mängelliste (act. 1 S. 27 f.), welche die streitgegenständlichen Storen mit den alten Storen vergleicht und die Abweichungen zwischen den Storen bewertet, veranschaulicht diese Annahme deutlich. Der Schluss von den Eigenschaften der alten Storen auf die Eigenschaften der neuen Storen war und ist für den Kläger indes unbehelflich. Im vorliegenden Fall bestünde ein Werkmangel darin, dass den neuen Storen die zum Gebrauch taugliche normale - und bezüglich des verwendeten Materials hochwertige - Beschaffenheit fehlt. Die Änderungen der neuen Storen gegenüber den alten Storen, welche der Kläger bis ins Detail beschreibt - die geringere Anzahl der Lamellen etc. - sind demnach rechtsunerheblich, weshalb sich beweismässige Abklärungen erübrigen. Ein substantiiertes Mangel könnte demnach höchstens in den folgenden Argumenten des Klägers gesehen werden:

**aa)** Der Kläger argumentiert, dass mit der Montage der neuen Storen am klägerischen Gebäude die zwingenden vertraglichen Einbauvorschriften, dass am Ge-

bäude eine minimale Sturznischentiefe von 130 mm bzw. zweimal 65 mm bestehen müsse, verletzt würden. Die Einbauvorschriften würden einen Vertragsbestandteil bilden, weil die vorausgesetzten Einbauverhältnisse - hier die tatsächlichen Sturznischentiefen an der klägerischen Liegenschaft - gemäss den geltenden Bedingungen zu den Produkteigenschaften gehören würden und auf den Datenblättern und Merkblättern eine Sturznischentiefe von mindestens 130 mm vorgeschrieben sei (act. 1 S. 20; 13 S. 8, 12, 45, 50 f.). Die fehlende Werkeigenschaft sei die zu geringe Grösse der Sturznische, die nicht eingehaltenen Mindestmasse, bei der klägerischen Liegenschaft für die streitgegenständlichen Storen (act. 21 S. 11). Die neuen Storen würden, da deren Storenpaket wesentlich breiter als bei den alten Storen sei (act. 1 S. 19; 13 S. 29 f., 40, 43; 21 S. 7, 21, 25), in die Sturznischen des klägerischen Gebäudes hineingezwängt, so dass die Bänder schlecht auffalten, die Bänder und Schlaufen der Storen an der Sturznische und an deren scharfkantigem Blechabschluss klemmen und scheuern und vier Schlaufen ins Licht hängen würden (act. 1 S. 19, 24, 28; 13 S. 22, 40). Durch das Klemmen und Scheuern würde die Haltbarkeit bzw. Lebensdauer der Storen stark verkürzt (act. 13 S. 39).

Des Weiteren argumentiert der Kläger, die vier ins Licht hängenden Bänder pro Storen würden die architektonische Sprache des Gebäudes verändern, und die gebogenen Endschienen hätten zur Folge, dass die ästhetische Grundvoraussetzung für die Ästhetik des Gebäudes nicht mehr gegeben sei (act. 1 S. 15).

**bb)** Die Beklagte ist der Ansicht, die erforderliche Sturznischentiefe des Gebäudes sei keine Eigenschaft des Storens (act. 17 S. 15, 21, 33). Es treffe zwar zu, dass die Beklagte in ihren technischen Datenblättern für die "F.\_\_\_\_\_ 90 Verbund-Raffstoren" mittlerweile eine minimale Sturznischentiefe von 130 mm verlange, während für die alten "F.\_\_\_\_\_ Verbund-Raffstoren" eine solche nur empfohlen worden sei. Für die aktuellen "F.\_\_\_\_\_ 90 Verbund-Raffstoren" sei aber eine Sturznischentiefe von 120 mm nach wie vor ausreichend (act. 8 S. 13; 17 S. 7). Die Beklagte habe die Sturznischen am klägerischen Gebäude vor der Ofertstellung zudem beurteilt und geprüft (act. 17 S. 7, 18, 34). Die Storen seien nicht mangelhaft, nur weil sie in eine Sturznische von 120 mm passen würden,

obwohl die Einbauanleitung eine minimale Nischentiefe von 130 mm vorsehe (act. 17 S. 11). Wesentlich sei einzig, ob die Storen in den Sturznischen eingebaut werden könnten (act. 17 S. 15, 17), dann seien sie vertragsgemäss (act. 17 S. 33). Die Bänder würden die Blechkante nicht berühren (act. 7 S. 27).

Des Weiteren bestreitet die Beklagte die vom Kläger behaupteten negativen Auswirkungen der neuen Storen auf die Gebäudeästhetik und die Veränderung der architektonischen Sprache des Gebäudes (act. 8 S. 17; 17 S. 6).

**cc)** Der Kläger konzentriert seine Begründung, weshalb er berechtigt gewesen sein soll, nach Art. 366 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 OR vom Vertrag zurückzutreten, auf eine angeblichen Sturznischenproblematik, die er gemäss eigener Darstellung erst nach nochmals eingehender Prüfung Ende September 2008, mithin einige Zeit nach der Montage von zwei neuen Storen, festgestellt hat. Unbestritten ist, dass am klägerischen Gebäude trotz einer Sturznischentiefe von 120 mm zwei neue Storen montiert werden konnten, und zwar ein neuer Storen am 13. August 2008 zur Probe und ein neuer Storen am 15. August 2008 zur Anschauung. Davon ausgehend behauptet der Kläger auch nicht, eine Montage der neuen Storen sei nicht möglich. Er stellt sich primär auf den Standpunkt, er müsse von vornherein kein Produkt akzeptieren, das die eigenen Minimalanforderungen der Fachunternehmung an den Bau nicht einhalte (act. 1 S. 20); die neuen "F.\_\_\_\_\_ 90 Verbund-Raffstoren" seien für die Liegenschaft des Klägers von vornherein nicht geeignet und unzulässig (act. 1 S. 31; 13 S. 33).

Von der Beklagten wird nicht in Abrede gestellt, dass die Vertragsbestandteil bildenden technischen Datenblätter und Merkblätter für das Modell "F.\_\_\_\_\_ 90" eine minimale Sturznischentiefe von 130 mm vorsehen, während am Gebäude "nur" eine Sturznischentiefe von 120 mm besteht. Es ist aber auch unbestritten, dass die Beklagte die neuen Storen erst offerierte, nachdem sie jedes einzelnen Fenster am klägerischen Gebäude ausgemessen hatte (act. 1 S. 6), und dass am klägerischen Gebäude bereits zwei neue Storen montiert werden konnten. In Anbetracht dieser Ausmessung der einzelnen Fenster vor der Offertstellung und der Montage von zwei neuen Storen tritt die in den Datenblättern und Merkblättern vorgesehene Sturznischentiefe von 130 mm in den Hintergrund. Deshalb kann

nicht gesagt werden, alleine das Nichtbestehen dieser vorgesehenen Sturznischentiefe an der klägerischen Liegenschaft stelle einen Mangel dar, welcher den Kläger berechtigt hätte, vorzeitig vom Werkvertrag zurückzutreten. Entscheidend sind vielmehr die tatsächlichen Verhältnisse, mithin der Abstand der neuen Storen von den Sturznischen an der klägerischen Liegenschaft, und diese wurden bei der Offertstellung von der Herstellerin fachmännisch beurteilt.

Der Kläger macht denn auch geltend, die fehlende Werkeigenschaft sei die zu geringe Grösse der Sturznische bei der klägerischen Liegenschaft für die streitgegenständlichen Storen. Damit bemängelt der Kläger den zu geringen Abstand der neuen Storen von den Sturznischen an der klägerischen Liegenschaft. Der Kläger betont indes in seiner Replik vom 31. Mai 2010, dass ihm die Masse der neuen Storen nicht bekannt gewesen seien, da sie sich aus keinem Vertragsdokument ergeben würden (act. 13 S. 11). Da dem Kläger die Masse der neuen Storen nicht bekannt gewesen sind, kann ihm auch der Abstand zwischen den Sturznischen und den neuen Storen nicht bekannt gewesen sein. Was dem Kläger im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses anerkanntermassen nicht bekannt war, kann nicht Gegenstand eines übereinstimmenden Parteiwillens sein und damit auch nicht eine vereinbarte Eigenschaft des Werkes darstellen. Folglich kann der Abstand der neuen Storen keine vereinbarte Werkeigenschaft sein und ein zu geringer Abstand keinen Mangel darstellen, falls die Gebrauchstauglichkeit der Storen nicht beeinträchtigt wird. Dass die streitgegenständlichen Storen montiert werden können und konnten, wird vom Kläger denn auch zu Recht nicht in Abrede gestellt. Der Kläger behauptet indes, die Bänder und Schlaufen der Storen würden an der Sturznische klemmen und scheuern, so dass die Haltbarkeit bzw. Lebensdauer der Storen stark verkürzt werde. Ob dies zutrifft, kann offen gelassen werden.

Eine vorzeitige Beendigung des Werkvertrages gestützt auf die Sturznischenproblematik wäre im Übrigen bereits aus dem folgenden Grund ungerechtfertigt: Der Kläger hat die angebliche Sturznischenproblematik, insbesondere auch das Klemmen und Scheuern der Bänder und Schlaufen an der Sturznische, gegenüber der Beklagten nach seiner eigenen Darstellung erstmals im Schreiben vom 29. September 2008 erwähnt, mit welchem er den Vertragsrücktritt erklärte

(act. 13 S. 16). Der Kläger hat der Beklagten demnach vorgängig keine angemessene Frist zur Beseitigung dieses angeblichen Mangel angesetzt, obwohl eine solche Fristansetzung von Art. 366 Abs. 2 OR vorausgesetzt wird.

Die Stellungnahmen von Fachleuten (act. 1 S. 23 ff.) und die angeblich fehlende Montagebereitschaft der K.\_\_\_\_\_ GmbH (act. 13 S. 28 ) vermöchten an den fehlenden Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 2 OR nichts zu ändern.

Demnach erübrigen sich beweismässige Abklärungen zur Sturznischenproblematik.

Auch die angeblich ins Licht fallenden vier Schlaufen pro Storen vermöchten einen Rücktritt vom Vertrag nicht zu rechtfertigen, da sie die Gebrauchstauglichkeit der Storen nicht beeinträchtigen und nicht gesagt werden kann, die neuen Storen würden alleine wegen dieser angeblich ins Licht fallenden vier Schlaufen nicht mehr der normalen Beschaffenheit entsprechen. Daran würde sich nichts ändern, wenn die vier Schlaufen eine Störung im Sichtbereich zur Folge hätten, da diese im Vergleich zu der von den Lamellen verursachten Störung unerheblich erscheint. Deshalb erübrigen sich beweismässige Abklärungen.

Bei der bestrittenen Behauptung, die gebogenen Endschiene hätten zur Folge, dass eine Grundvoraussetzung für die Ästhetik des Gebäudes nicht mehr gegeben sei, handelt es sich um eine subjektive Befürchtung des Klägers, die nicht ausreicht, um ein Vorgehen nach Art. 366 Abs. 2 OR zu rechtfertigen. Ohne dass beweismässige Abklärungen erforderlich wären, kann gestützt auf eine objektiv-vernünftige Betrachtung der klägerischen Beschreibung der neuen Endschiene gesagt werden, dass mit dem Eintritt der vom Kläger befürchteten Folge nicht zu rechnen ist. Die durch die neuen Storen verursachte Veränderung der architektonischen Sprache des Gebäudes, welche der Kläger behauptet, wäre rechtsunerheblich, da der Kläger angesichts des Ergebnisses der Vertragsauslegung nicht von unveränderten Storen und damit auch nicht von einer unveränderten architektonischen Sprache seines Gebäudes ausgehen durfte. Demnach erübrigen sich auch bezüglich dieser bestrittenen klägerischen Behauptung beweismässige Abklärungen.

Schliesslich rechtfertigt auch nicht die Tatsache, dass für den Kläger im Zeitpunkt des Vertragsrücktritts voraussehbar war, dass die alten Kurbelstangen an der Nord- und Westfassade nicht übernommen werden können, sondern neue Kurbelstangen eingesetzt werden müssen, einen Vertragsrücktritt, da dieser Vertragswidrigkeit die genügende Erheblichkeit für einen Rücktritt fehlt. Der Kläger selbst bewertet diesen Mangel nur als "mittel" (act. 1 S. 27). Im Übrigen hat der Kläger der Lieferung von neuen Kurbelstangen für die Ost- und Südfassade zugestimmt, womit er die ungenügende Erheblichkeit dieser Vertragswidrigkeit zusätzlich manifestiert. Die Tatsache, dass die Beklagte auf die klägerische Beanstandung, die alten Kurbelstangen seien nicht einsetzbar, nicht im Einzelnen einging, ist ihr angesichts der zahlreichen unberechtigten Mängelrügen des Klägers nicht anzulasten.

c) In Anbetracht des Vorstehenden muss die Berechtigung zu einer Kündigung des Werkvertrages aus wichtigen Gründen ohne Weiteres verneint werden, da keine unzumutbare Werkerstellung vorliegt.

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen für einen Vertragsrücktritt nach Art. 366 Abs. 2 i.V.m. Abs. 2 OR oder eine Kündigung des Vertrages aus wichtigen Gründen nicht erfüllt sind, weshalb die geltend gemachte Auflösung des Werkvertrages unwirksam ist und der Werkvertrag zwischen den Parteien nicht vorzeitig beendet wurde. Demnach ist das klägerische Begehren, die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger die geleistete Anzahlung von CHF 28'316.55 zuzüglich 5% Verzugszinsen ab 7. Oktober 2008 zu bezahlen, abzuweisen.

## **5. Lagerkosten, Reparaturkosten und vorprozessuale Anwaltskosten**

### **5.1. Ausgangspunkt**

Der Kläger fordert von der Beklagten CHF 8'100.– Lagerkosten, CHF 2'153.05 Reparaturkosten und CHF 6'750.– vorprozessuale Anwaltskosten. Er habe der Beklagten diese Forderungspositionen mit Schreiben vom 29. September 2008

zusammen mit der Aufforderung, die Anzahlungen zurückzuzahlen und die gelieferten Storen sofort zurückzunehmen, angezeigt (act. 13 S. 26 f.)

## **5.2. Lagerkosten**

Der Kläger macht für den nicht akzeptierten Storenablad beim Kläger Lagerkosten geltend (act. 1 S. 29). Er habe der Beklagten mitgeteilt, dass bei Nichtabholung der Storen ab 1. Oktober 2008 Lagerkosten von CHF 300.– pro Monat verlangt würden. Die Beklagte habe sich dazu wie auch zur Höhe der "Miete" nie geäussert, indes ihre Storen beim Kläger belassen, der sie in seiner Liegenschaft zu verwahren und zu lagern gehabt habe. Mangels solcher Einwände und wegen des Belassens der Storen in der Liegenschaft des Klägers trotz dessen vorgängiger Mitteilung, dass dies nur gegen Vergütung von CHF 300.– pro Monat erfolge, sei diese Position ausgewiesen (act. 13 S. 48). Mit der Stellungnahme zu den Noven der Hauptklageduplik vom 17. Januar 2011 aktualisierte der Kläger die geltend gemachte Forderung per 1. Januar 2011 auf CHF 8'100.– (act. 21 S. 4).

Die Beklagte ist der Ansicht, es gebe keinerlei Grund für eine Übernahme der Kosten für die Lagerung der seitens der Beklagten vertragsmässig gelieferten Ware (act. 8 S. 21).

Der Kläger behauptet nicht, ihm sei durch die Verwahrung der Storen ein Schaden entstanden, weshalb Schadenersatz ausser Betracht fällt. Er scheint vielmehr von einem abgeschlossenen Vertrag zwischen den Parteien bezüglich der Lagerkosten auszugehen, da die Beklagte gegen die klägerische Anzeige der "Miete" nichts eingewendet habe.

Stillschweigen zu einer erhaltenen Offerte bedeutet aber in der Regel deren Ablehnung. Ein Vertrag gilt nur als abgeschlossen, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist (Art. 6 OR). Die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen einer stillschweigenden Annahme trägt diejenige Partei, welche trotz Ausbleibens einer ausdrücklichen Annahmeerklärung das Zustandekommen

des Vertrages behauptet (BUCHER in: HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht, Art. 1-529, 4. Auflage, Basel 2007, N 6 zu Art. 6).

Im vorliegenden Fall ist demnach der Kläger behauptungs- und beweisbelastet; den klägerischen Ausführungen kann indes nicht entnommen werden, aufgrund welcher besonderen Natur des Geschäfts oder welcher Umstände eine ausdrückliche Annahmeerklärung der Beklagten nicht zu erwarten gewesen sein sollte. Der Abschluss eines Vertrages ist demnach bereits mangels Substantiierung zu verneinen.

Da auch kein anderer Rechtsgrund für die Bezahlung der CHF 8'500.– vorliegt, ist auch das klägerische Begehren bezüglich der Lagerkosten abzuweisen.

### **5.3. Reparaturkosten**

Der Kläger ist der Ansicht, die Beklagte müsse ihm notwendige, dringliche Reparaturkosten an den alten Storen von CHF 2'153.05, welche durch die nicht vertragskonforme Storenlieferung zusätzlich entstanden seien, bezahlen. Konkret hätten Führungsschienen und Lamellenstoren demontiert, repariert und montiert werden müssen (act. 13 S. 48).

Zu dieser Forderungsposition lässt der Kläger substantiierte Ausführungen vermissen. Im Übrigen ist festzuhalten, dass der Kläger nicht zu einer Reparatur defekter Storen im Sinne einer Ersatzvornahme (ohne richterliche Ermächtigung) berechtigt war, da die Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 2 OR nicht gegeben waren und der Werkvertrag nicht vorzeitig beendet wurde. Folglich darf er die Kosten der Ersatzvornahme nicht als Schadenersatz vom Unternehmer verlangen.

Demnach ist das klägerische Begehren auch bezüglich der Reparaturkosten abzuweisen.

### **5.4. Vorprozessuale Anwaltskosten**

a) Der Kläger macht geltend, die Anwaltskosten von CHF 6'750.– seien nicht Gegenstand der Parteientschädigung im vorliegenden Zivilverfahren. Die Honorarno-

te vom 8. Dezember 2008 (act. 4/41) werde zur Vermeidung von Wiederholungen, zum integrierenden Bestandteil der klägerischen Sachdarstellung erklärt. Jede der geltend gemachten Positionen beinhalte ab 18. August 2008 bis 8. Dezember 2008 dem Kläger von der Beklagten durch die nicht vertragskonforme Storenlieferung und Verweigerung jeglicher Nachbesserung verursachte vorprozessuale Anwaltskosten. Die Abrechnung aller Positionen sei zum vereinbarten Stundenansatz von CHF 300.– erfolgt. Das Honorar sei vom Kläger bezahlt worden. Damit sei diese Position ausgewiesen (act. 1 S. 30; 13 S. 48 f.). Der Kläger macht geltend, die vorprozessualen Anwaltskosten seien als Mangelfolgeschaden im Sinne von Art. 171 SIA-Norm 118 und Art. 368 OR zu charakterisieren (act. 1 S. 34).

Die Beklagte macht geltend, die Parteientschädigung in einem Zivilverfahren werde nach dem Verhältnis des Obsiegens bzw. Unterliegens der Parteien im Rahmen des Verfahrens festgesetzt. Für einen darüber hinaus gehenden Ersatz von vorprozessualen Anwaltskosten bleibe kein Raum (act. 8 S. 21).

**b)** Die gesetzlichen Bestimmungen über die Mängelhaftung schützen den Besteller, dem ein mangelhaftes Werk abgeliefert wird, setzen also die Ablieferung des Werkes voraus (GAUCH, a.a.O., N 2418). Im Falle eines Schadens, der aus einem Werkmangel resultiert, hat der Besteller (kumulativ zu den anderen Mängelrechten) eine Schadersatzforderung (Art. 171 Abs. 1 SIA-Norm 118 und Art. 368 Abs. 1 und 2 OR). Das Bundesgericht hat bezüglich vorprozessualer Anwaltskosten - insbesondere im Haftpflichtrecht - wiederholt festgehalten, dass solche Kosten nur dann einen Bestandteil des Schadens bilden, wenn sie notwendig und angemessen waren, der direkten Durchsetzung der Schadenersatzforderung dienen und nicht durch die nach kantonalem Recht zuzusprechende Parteientschädigung gedeckt sind (BGE 117 II 394, 395 f.).

**c)** Die vom Kläger geltend gemachten vorprozessualen Anwaltskosten sind nicht als Mangelfolgeschaden im Sinne von Art. 171 SIA-Norm 118 und Art. 368 OR zu qualifizieren, da im vorliegenden Fall nach der unbestrittenen Darstellung des Klägers keine Ablieferung des vereinbarten Werks stattgefunden hat. Es kann auch nicht gesagt werden, dass die klägerischen Anwaltskosten Bestandteil eines anderen von der Beklagten zu ersetzenden Schadens bilden würden. Deshalb

dienen die Kosten nicht der Durchsetzung einer Schadenersatzforderung. Im Übrigen legt der Kläger nicht dar, welcher Teil durch die nach kantonalem Recht zuzusprechende Parteientschädigung gedeckt wäre, obwohl die Honorarnote vom 8. Dezember 2008 (act. 4/41) offensichtlich auch Bemühungen betrifft, eine Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen. Die Frage, ob zwischen den Parteien eine Einigung erreicht werden kann und damit ein Prozess überflüssig wird, gehört zu den selbstverständlichen Prozessvorbereitungen, welche durch die nach kantonalem Recht zuzusprechenden Parteientschädigung gedeckt sind. Deshalb hätte der Kläger differenzieren müssen, welcher Teil seiner geltend gemachten Anwaltskosten auf die Bemühungen, zwischen den Parteien eine Einigung herbeizuführen, und welcher Teil auf sonstige vorprozessuale Bemühungen entfiel. Da der Kläger diese Differenzierung nicht vornimmt, wären die geltend gemachten vorprozessualen Anwaltskosten auch mangels Schadenssubstantiierung abzuweisen.

## **6. Werkpreisforderung der Beklagten**

### **6.1. Behauptungen der Beklagten**

Die Beklagte fordert vom Kläger widerklageweise die Bezahlung des Betrages von CHF 38'492.35 zuzüglich Zinsen zu 5% seit 22. September 2008 (act. 8 S. 2). Dieser Betrag berechne sich wie folgt: CHF 18'916.95 gemäss Rechnung Nr. 4937947 vom 15. August 2008 (act. 4/22) zuzüglich CHF 47'891.95 gemäss Rechnung Nr. 4937967 vom 15. August 2008 (act. 4/21) zuzüglich CHF 2'883.45 gemäss Rechnung Nr. 4939220 vom 21. August 2008 abzüglich Akontozahlungen von CHF 6'600.– und CHF 24'600.– (act. 8 S. 26). Die Beklagte ist der Ansicht, dass sich der Kläger im Annahmeverzug befinde, da er sich ohne Veranlassung geweigert habe, das vertragsgemässe Produkt montieren zu lassen (act. 8 S. 9; 17 S. 28). Sie sei stets bereit gewesen und sei immer noch bereit, die gelieferten neuen Storen zu montieren und die alten Storen zu demontieren und zu entsorgen (act. 8 S. 18, 25; 17 S. 28, 36 f.). Da sie dem Kläger mit Schreiben vom 8. September 2008 eine Zahlungsfrist angesetzt habe, sei der Kläger nach Ablauf der Frist am 22. September 2008 mit der Bezahlung des offenen Betrages in Ver-

zug geraten. Deshalb sei vom Kläger ein Verzugszins in der gesetzlichen Höhe von 5% zu bezahlen (act. 8 S. 27).

## **6.2. Behauptungen des Klägers**

Der Kläger geht in der Klageschrift vom 14. April 2009 von einem vereinbarten Werkpreis von CHF 47'876.65 für die Ost- und Südfassade und CHF 21'800.40 für die Nord- und Westfassade, mithin total CHF 69'677.05 (inkl. MwSt), aus (act. 1 S. 7).

Den Teilbetrag (der CHF 21'800.40) von CHF 2'883.45 für Gelenkarmmarkisen gemäss Rechnung vom 21. August 2008 anerkennt er sinngemäss (act. 1 S. 29; 13 S. 59).

In der Replik vom 31. Mai 2010, nach erhobener Widerklage, bestreitet er die geltend gemachte Werkpreisforderung der Beklagten über CHF 18'916.95 und CHF 47'891.95 und macht geltend, die Sachdarstellung der Beklagten sei unsubstantiiert. Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, die Beklagte habe weder das vertragsgemässe Ersatzprodukt für die bestehenden Storen hergestellt und geliefert noch die neuen Storen mit Skyworker montiert sowie die alten Storen demonstert und entsorgt. Die Beklagte habe Rechnung gestellt, obwohl diese Leistungen nicht erbracht worden seien. Sie habe mit anderen Worten Kosten verrechnet, die bei ihr gar nicht angefallen seien. Die Beklagte habe total mindestens CHF 18'655.62 (exkl. MwSt) eingespart, weshalb die Widerklageforderung um mindestens CHF 20'073.44 (inkl. MwSt) zu reduzieren wäre (act. 13 S. 59 ff.). Den vereinbarten Wegfall der Kurbelstangen habe die Beklagte nur bei einer der beiden Rechnungen berücksichtigt (act. 21 S. 30). Gemäss der Bestellung vom 1. Juli 2008 betreffend die Ost- und Südfassade wäre eine Gutschrift zu Gunsten des Klägers als Abzug vom Werkpreis für die Rückgabe von 102 Gelenkkurbelstangen à CHF 28.– pro Stück, mithin total CHF 2'856.– (exkl. MwSt), zu berücksichtigen (act. 13 S. 60).

### **6.3. Werkpreisforderung bei Annahmeverzug des Bestellers**

Aus dem Werkvertrag ergibt sich die Pflicht des Bestellers zur Leistung einer Vergütung (Art. 363 OR). Der Annahmeverzug des Bestellers bewirkt - ohne dass zusätzlich eine Hinterlegung nach Art. 92 OR erforderlich wäre - die Fälligkeit der Vergütungsforderung des Unternehmers (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 2 zu Art. 372 verweisen auf BÖGLI, Der Übergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mängelhaftung beim Werkvertrag - Zeitpunkt und Voraussetzungen, Dissertation, Bamberg 1996, N 394). Der Besteller gerät in Annahmeverzug, wenn er ungerechtfertigt eine ihm obliegende Mitwirkungspflicht verweigert oder verzögert (GAUCH, a.a.O., N 1325 f.). Ein Gläubiger im Annahmeverzug kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht mehr erheben (HUGUENIN, a.a.O., N 712; Urteil des Bundesgerichts 4C.236/2002 vom 29. Oktober 2002, E. 3).

Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Unter Mahnung ist die an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers zu verstehen, durch die er in unmissverständlicher Weise die unverzügliche Einbringung der fälligen Leistung beansprucht (BGE 129 III 535, 541 f.). Die Mahnung muss dem Schuldner nicht nur klar zum Ausdruck bringen, dass der Gläubiger die versprochene Leistung endgültig verlangt, sondern unter anderem auch deren Quantität richtig bezeichnen (WIEGAND in: HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht, Art. 1-529, 4. Auflage, Basel 2007, N 5 zu Art. 102). Ist der Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug, so hat er Verzugszinse von 5% für das Jahr zu bezahlen (Art. 104 Abs. 1 OR).

### **6.4. Würdigung**

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass sich die Beklagte mehrfach angeboten hat, die gelieferten Storen zu montieren. Das Schreiben der Beklagten an den Kläger vom 11. August 2008, welches der Kläger selbst ins Recht legt, belegt, dass die Beklagte den Kläger gebeten hat, die Zugänglichkeit am Bauobjekt zu gewährleisten, damit die Montage umgehend erfolgen könne (act. 4/20). Bezugnehmend auf dieses Schreiben antwortete der Kläger nach seiner eigenen Dar-

stellung mit Schreiben vom 1. September 2008 (act. 4/24), eine Montage komme erst dann in Frage, wenn die Beklagte verbesserte Storen abliefere (act. 1 S. 15). In Anbetracht dessen ist die Behauptung des Klägers, die Beklagte, namentlich H.\_\_\_\_\_, habe die Storenmonteuere vor dem 1. September 2008, am 11. August 2008, persönlich angewiesen, nicht mit der Montage der gelieferten Storen zu beginnen (act. 13 S. 17, 58), rechtsunerheblich, und beweismässige Abklärungen erübrigen sich demzufolge. In den Rechtsschriften vom 24. August 2009 und 4. Oktober 2010 erklärte sich die Beklagte im Übrigen immer noch ausdrücklich bereit, die gelieferten Storen unverzüglich zu montieren. Mit der Verweigerung des Einverständnisses zur Montage verweigerte der Kläger eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung. Da der Kläger nicht berechtigt war, den Werkvertrag gemäss Art. 366 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 OR oder aus wichtigen Gründen vorzeitig zu beenden, was oben ausgeführt wurde (vgl. V.4.5.), hat er ungerechtfertigt sein Einverständnis zur Vollendung des Werks verweigert. Deshalb befindet sich der Kläger spätestens seit 1. September 2008 im Annahmeverzug, weshalb die Werkpreisforderung fällig ist.

Die klägerische Argumentation, die Beklagte habe keine vertragsgemässen Storen hergestellt, verfängt angesichts der Auslegung des Werkvertrages (vgl. V.2.6.1.) und der fehlenden Berechtigung zur vorzeitigen Beendigung des Werkvertrages (vgl. V.4.5.) nicht. Indem der Kläger geltend macht, die Beklagte habe nicht alle vereinbarten Leistungen erbracht, erhebt er sinngemäss die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Diese Einrede kann der Kläger indes im Annahmeverzug nicht mehr erheben. Deshalb kann auch der Argumentation des Klägers, die Beklagte habe Kosten verrechnet, die bei ihr gar nicht angefallen seien, nicht gefolgt werden. Der Einwand des Klägers, die Beklagte habe nicht einmal substantiiert dargelegt, was genau dem Kläger geliefert worden sei (act. 21 S. 28), ist im Annahmeverzug unbehelflich. Der klägerische Einwand, die Beklagte habe den Wegfall der Kurbelstangen nur bei einer der beiden Rechnungen berücksichtigt, ist nicht nachzuvollziehen; in Anbetracht der Auslegung des Werkvertrages, dass bezüglich der Ost- und Südfassade die entgeltliche Lieferung von neuen Kurbelstangen vereinbart wurde, wäre nur der klägerische Einwand nachzuvollziehen gewesen, der Wegfall sei in keiner der beiden Rechnungen berücksichtigt wor-

den. Angesichts der Unwirksamkeit der vorzeitigen Auflösung des Werkvertrages und der ausstehenden Montage der Storen ist bezüglich der Ost- und Südfassade nicht von einer Rückgabe der neuen Kurbelstangen auszugehen, weshalb die dafür geltend gemachte Gutschrift nicht zu berücksichtigen ist.

Der Kläger anerkennt den Teilbetrag von CHF 2'883.45 sinngemäss, weshalb das Verfahren im Betrag von CHF 2'883.45 als durch Anerkennung der Widerklage erledigt abzuschreiben ist.

Da der Kläger selbst von einem vereinbarten Werkpreis von insgesamt CHF 69'677.05 (inkl. MwSt) ausgeht, ist er abzüglich der unbestrittenen Akontozahlungen von total CHF 31'200.– und abzüglich des anerkannten Betrags von CHF 2'883.45 zu verpflichten, der Beklagten CHF 35'593.60 zu bezahlen. Die Beklagte scheint sich offensichtlich zu verrechnen, wenn sie einen CHF 15.30 höheren Betrag als CHF 38'477.05 (CHF 35'593.60 zuzüglich CHF 2'883.45) fordert; jedenfalls ist dieser Mehrbetrag mangels Substantiierung abzuweisen.

Die von der Beklagten mit Schreiben vom 8. September 2008 angesetzte Frist zur Bezahlung der Werkpreisforderung stellt keine zulässige Mahnung dar, da die Forderung im Schreiben nicht beziffert wurde. Demnach ist auf die Zustellung des Zahlungsbefehls am 2. Oktober 2008 abzustellen und der Beklagten Zins in der Höhe von 5% auf CHF 38'477.05 ab 3. Oktober 2008 zuzusprechen. Im Übrigen ist das beklagtische Zinsbegehren abzuweisen.

## **VI. Beseitigung des Rechtsvorschlags**

Die Beklagte verlangt die Beseitigung des gegen den Zahlungsbefehl Nr. ... des Betreibungsamtes D.\_\_\_\_\_ vom 26. September 2008 erhobenen Rechtsvorschlags des Klägers (act. 8 S. 2).

Angesichts der Teilanerkennung und der Gutheissung der beklagtischen Widerklage im Betrag von insgesamt CHF 38'477.05 nebst Zins zu 5% seit 3. Oktober 2008 ist der Rechtsvorschlag des Klägers in diesem Umfang zu beseitigen.

## **VII. Ergebnis**

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Hauptklage abzuweisen ist, da die vom Kläger geltend gemachte Beendigung des Werkvertrages vor der Ablieferung des Werkes unwirksam ist.

Das Verfahren ist im Betrag von CHF 2'883.45 als durch Anerkennung der Widerklage erledigt abzuschreiben.

Der Kläger ist in Gutheissung der Widerklage zu verpflichten, der Beklagten CHF 35'593.60 nebst Zins zu 5% auf CHF 38'477.05 seit 3. Oktober 2008 zu bezahlen. Im Übrigen ist die Widerklage abzuweisen.

Der Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl Nr. ... des Betreibungsamtes D. \_\_\_\_\_ vom 26. September 2008 ist im Umfang von CHF 38'477.05 nebst Zins zu 5% seit 3. Oktober 2008 zu beseitigen.

## **VIII. Kosten und Entschädigung**

Da die Beklagte fast vollständig obsiegt, wird der Kläger kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO/ZH).

Der Streitwert der Widerklage (CHF 38'492.35) wird mit demjenigen der Hauptklage (CHF 45'319.60) zusammengerechnet, soweit sich Haupt- und Widerklage - wie im vorliegenden Fall - nicht gegenseitig ausschliessen (§ 19 Abs. 2 ZPO/ZH). Der Streitwert beträgt somit CHF 83'811.95.

### **Es wird beschlossen:**

1. Das Verfahren wird im Betrag von CHF 2'883.45 als durch Anerkennung der Widerklage erledigt abgeschlossen.

2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. In teilweiser Gutheissung der Widerklage wird der Kläger verpflichtet, der Beklagten CHF 35'593.60 nebst Zins zu 5% auf CHF 38'477.05 seit 3. Oktober 2008 zu bezahlen. Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.
3. Der Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl Nr. ... des Betreibungsamtes D.\_\_\_\_\_ vom 26. September 2008 wird im Umfang von CHF 38'477.05 nebst Zins zu 5% seit 3. Oktober 2008 beseitigt.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 10'800.–.
5. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt.
6. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 13'900.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien gegen Empfangsschein und nach Eintritt der Rechtskraft im Dispositiv an das Betreibungsamt D.\_\_\_\_\_.
8. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiär Verfassungsbeschwerde erhoben werden.

---

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Thomas Seeger

lic. iur. Roger Büchi