



Mitwirkend: Der Oberrichter Peter Helm, Präsident, und die Oberrichterin Dr. Helen Kneubühler Dienst, die Handelsrichter Robert Schaub, Franz Ramser und Daniel Schindler sowie der Gerichtsschreiber Hugo Kronauer

**Urteil vom 27. September 2012**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**  
Klägerin

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

gegen

**B1.\_\_\_\_\_ AG,**  
Beklagte

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

betreffend **Forderung**

### **Rechtsbegehren (act. 1 S. 2):**

- "1. Die Beklagte sei im Sinne einer Teilklage zu verpflichten, der Klägerin CHF 40'000.00 nebst 5% Zins seit 01. Januar 2003 zu bezahlen.
2. Es sei vom Nachklagevorbehalt Vormerk zu nehmen.

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

### **Das Gericht zieht in Erwägung:**

#### **I. Prozessverlauf**

Am 23. Dezember 2010 reichte die Klägerin die Klage ein (act. 1). Die Klageantwortschrift datiert vom 31. März 2011 (act. 9). Am 29. Juni 2011 fand eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher die Parteien einen Vergleich mit Widerrufsvorbehalt bis 11. Juli 2011 schlossen (Prot. S. 3 ff.). Mit Schreiben vom 11. Juli 2011 widerrief die Klägerin den Vergleich und beantragte, die Verfahrensakten des früheren Verfahrens HG020203 zwischen den Parteien beizuziehen (act. 11). Die Beklagte widersetzte sich diesem Antrag (act. 15; 29. September 2011); mit Verfügung vom 2. November 2011 wurde der Antrag abgewiesen (Prot. S. 9). Das Verfahren wurde schriftlich fortgesetzt mit Replik vom 18. November 2011 (act. 20) und Duplik vom 1. März 2012 (act. 24).

#### **II. Anwendbares Prozessrecht, Zuständigkeit und Sühnverfahren**

##### **1. Prozessrecht**

Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem

neuen Recht, wobei eine bestehende Zuständigkeit nach dem alten Recht erhalten bleibt (Art. 404 Abs. 2 ZPO). Für das vorliegende Verfahren ist demnach das frühere kantonale Prozessrecht (ZPO/ZH und GVG) massgebend. Das Rechtsmittel richtet sich hingegen nach dem Recht, das bei der Eröffnung des Entscheid in Kraft ist, mithin nach dem neuen Prozessrecht (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

## 2. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit des Handelsgerichts ist sowohl örtlich wie sachlich gegeben und blieb unbestritten.

## 3. Sühnverfahren

3.1. Die Beklagte beantragt, dass auf die Klage nicht einzutreten sei, bzw. eventualiter, dass die Klage an den Friedensrichter zurückzuweisen sei. Die Klage an den Friedensrichter habe sich gegen die "B2. \_\_\_\_\_ AG" gerichtet, die Weisung sei auf die "B3. \_\_\_\_\_ AG" ausgestellt worden. Die Beklagte hingegen habe bis 11. September 2008 als "B. \_\_\_\_\_ AG", seither als "B1. \_\_\_\_\_ AG" firmiert. Gegen die Beklagte sei damit kein Sühnverfahren durchgeführt worden, weshalb eine Prozessvoraussetzung nicht erfüllt sei (act. 9 S. 4 ff.).

3.2. Aufgrund der Klage vor Friedensrichter, welche sich gegen die B2. \_\_\_\_\_ AG richtete und die zutreffende Adresse der Beklagten aufführte (act. 10/1 und 10/4), sowie den beiden Sühnverhandlungen vom 16. September 2010 und 11. Oktober 2010, an welchen C. \_\_\_\_\_ teilnahm, welche (auch) bei der Beklagten Prokuristin mit Einzelunterschrift ist (act. 10/2, 10/4 und 10/6), wusste die Beklagte um die Klage und war in das Sühnverfahren involviert. Somit fehlt es nicht an einem Sühnverfahren, sondern war dieses höchstens mangelhaft. Auch reichte die Klägerin eine Weisung vom 11. Oktober 2010 ein, welche im Gegensatz zu der von der Beklagten eingereichten und auf die "B3. \_\_\_\_\_ AG" lautenden Weisung vom gleichen Datum (act. 10/6) korrekterweise die Beklagte aufführt (act. 3). Ist aber die Klage rechtshängig, so wird die Sache wegen Mängeln des Sühnverfahrens nur dann zurückgewiesen, wenn Aussicht besteht, ein gehöriger Sühnversuch führe zur gütlichen Einigung (§ 109 Abs. 1 ZPO/ZH). Wie erwähnt, wurde am

29. Juni 2011 eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung durchgeführt und der dabei geschlossene Vergleich durch die Klägerin widerrufen. Es ist nicht anzunehmen, dass bei einer Rückweisung an den Friedensrichter bessere Aussichten auf eine gütliche Erledigung bestehen würden, weshalb von einer Rückweisung ohnehin abzusehen wäre. Es kann damit dahingestellt bleiben, ob das Sühnverfahren mangelhaft war.

### **III. Einleitung und Sachverhalt**

#### **1. Die Parteien**

Die Parteien sind beide Aktiengesellschaften mit Sitz in Zürich. Die Klägerin betreibt ein Schreiner-, die Beklagte ein Malerunternehmen. Im Zeitpunkt der streitgegenständlichen Zusammenarbeit der Parteien hiess die Beklagte noch B. \_\_\_\_\_ AG, im Jahre 2008 firmierte sie auf B1. \_\_\_\_\_ AG um (act. 1 S. 4).

#### **2. Der Streitgegenstand**

2.1. Die Klägerin erhielt im Jahre 2001 den Auftrag, für die D. \_\_\_\_\_ AG an deren Hauptsitz am ... Schalteranlagen zu erstellen. Zur Oberflächentechnik der von ihr angefertigten Schalterelemente zog die Klägerin die Beklagte als Subunternehmerin bei. Im April 2001 lieferte die Klägerin die Schalterelemente in das Spritzwerk der Beklagten zur Erfüllung des Maler- und Spritzauftrages. Nach Beendigung der Arbeiten wurden die Schalterelemente von der Beklagten abgeholt und bei der D. \_\_\_\_\_ AG montiert. Nach ca. zwei Monaten zeigten sich bei den Schaltern erhebliche Schäden an der Oberfläche (act. 1 S. 4).

2.2. Mit Urteil vom 22. Dezember 2004 wies das Handelsgericht eine Klage der heutigen Beklagten auf Bezahlung des Werklohns ab und die Widerklage der heutigen Klägerin in Bezug auf die Minderung des Werkpreises gut, da das von der heutigen Beklagten gelieferte Werk für die Bestellerin, die heutige Klägerin, unbrauchbar gewesen sei und ihr daher das Recht zugestanden habe, den Werklohn auf null zu mindern. Ebenfalls von der heutigen Klägerin widerklageweise

geltend gemachter Mangelfolgeschaden (vorprozessuale Anwaltskosten) wurde hingegen abgewiesen (act. 1 S. 4 f.; act. 9 S. 6 f.; act. 4/3).

2.3. Mit der vorliegenden (Teil-)Klage verlangt die Klägerin nun Ersatz des Schadens, welcher ihr als Folge der von der Beklagten verursachten Mängel entstanden sei. Die Klägerin habe die Kundenseite der mangelhaften Schalteranlagen selbst saniert, wodurch ihr Kosten von CHF 32'852.70 entstanden seien. Die D. \_\_\_\_\_ AG hingegen habe die Sanierung der Mitarbeiterseite übernommen und dafür gegenüber der Klägerin eine Forderung von CHF 108'272.85 zur Verrechnung gestellt (act. 1 S. 13 ff.). In der Klageschrift begründete die Klägerin ihre Teilklage noch sowohl mit den eigenen Kosten als auch der Verrechnungsforderung der D. \_\_\_\_\_ AG. In der Replik erklärte die Klägerin, dass sie die eigenen Kosten für die Mängelbehebungsarbeit mit Vorbehalt der Nachklage vorliegend nicht weiter verfolge. Die Teilklage beziehe sich lediglich auf die Verrechnung der Sanierungskosten durch die D. \_\_\_\_\_ AG im Betrag von CHF 108'272.85 (act. 20 S. 11).

2.4. Die Beklagte macht geltend, die Ausführungen der Klägerin seien ungenügend substantiiert, im Übrigen würden sie bestritten. In rechtlicher Hinsicht macht die Beklagte unter anderem geltend, bei den von der Klägerin geltend gemachten Schadenspositionen handle es sich nicht um einen Mangelfolgeschaden, sondern um Nachbesserungskosten. Mit Urteil vom 22. Dezember 2004 habe das Handelsgericht den von der heutigen Klägerin (damaligen Beklagten) geltend gemachten Minderungsanspruch geschützt und der Klägerin das Recht zuerkannt, den Werklohn auf Null zu mindern. Minderungs- und Nachbesserungsrecht könnten jedoch nur alternativ geltend gemacht werden. Die Klägerin habe damals ihr Wahlrecht ausgeübt, indem sie Preisminderung verlangt habe. Damit habe sie auf Nachbesserung verzichtet und damit auch gleichzeitig darauf, die allfälligen Mehrkosten, welche als Folge der Nachbesserung durch einen Dritten im Rahmen einer Ersatzvornahme anfallen würden, gegenüber der Beklagten geltend machen zu können (act. 24 S. 4 ff.).

#### **IV. Materielles**

##### 1. Minderung

Mit Urteil vom 22. Dezember 2004 im handelsgerichtlichen Verfahren HG020203 wurde der von der heutigen Klägerin widerklageweise geltend gemachte Anspruch auf Minderung der Werklohnforderung der heutigen Beklagten auf Null gutgeheissen (act. 4/3).

##### 2. Folgen der Minderung

Hat der Besteller das Minderungsrecht ausgeübt, so ist ein allfälliges Wandlungs- und Nachbesserungsrecht erloschen, denn die Minderungserklärung ist als einseitiges Gestaltungsgeschäft unwiderruflich (PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Auflage, 2011, N. 1688 f.). Mit der Ausübung seines Minderungsrechtes verliert der Besteller den Nachbesserungsanspruch und infolgedessen auch denjenigen auf Ersatz von Nachbesserungskosten bei Selbstverbesserung ohne richterliche Ermächtigung. Übt er sein Wahlgestaltungsrecht zugunsten der Minderung aus, beschränkt sich sein Anspruch auf den Herabsetzungsbetrag nach Art. 368 Abs. 2 OR. Darüber hinausgehende Nachbesserungskosten kann er diesfalls auch nicht als Mangelfolgeschaden geltend machen, ist der zum Ersatz beanspruchte Aufwand doch im Mangel selbst begründet und nicht dessen Folge (BGE 116 II 305, S. 314 f.).

Aufgrund der erfolgreichen Klage auf Minderung stehen der Klägerin damit keine Ansprüche auf Ersatz von Nachbesserungskosten mehr zu.

##### 3. Mangelfolgeschaden

Anders verhält es sich in Bezug auf Mangelfolgeschaden. Das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens steht dem Besteller auch neben der Minderung zu (GAUCH, a.a.O., N. 1489).

#### 4. Abgrenzung Nachbesserungskosten / Mangelfolgeschaden

Zu den Nachbesserungskosten gehören nicht nur die Arbeits- und Materialkosten, sondern auch die Begleitkosten der Nachbesserung, die mit der Mangelbeseitigung zwar nur mittelbar, funktional aber doch so eng verbunden sind, dass sie rechtlich zum Bereich der Mangelbeseitigung gehören. Sie umfassen insbesondere die Kosten der Vorbereitungs- und Wiederherstellungsarbeiten, die notwendigen Wege- und Transportkosten sowie die Kosten einer notwendigen Räumung des Reparaturplatzes, wozu das Bundesgericht in BGE 111 II 174 auch allfällige Ausquartierungs- und Unterbringungskosten für Hausbewohner zählt. Erfordert die Mangelbeseitigung auf Seiten des Bestellers den Einsatz eines beigezogenen Architekten oder Ingenieurs, so sind die entstehenden Mehrkosten ebenfalls Begleitkosten der Nachbesserung (GAUCH, a.a.O., N. 1718 f.).

Von den Begleitkosten der Nachbesserung zu unterscheiden ist der Mangelfolgeschaden, was in Grenzbereichen schwierig sein kann (GAUCH, a.a.O., N. 1725).

Das Grundmerkmal des Mangelfolgeschadens besteht darin, dass er seine Ursache in einem Werkmangel hat. Zum Grundmerkmal hinzu tritt ein weiteres Merkmal, das den von Art. 368 OR erfassten Mangelfolgeschaden kennzeichnet. Das Schadenersatzrecht des Art. 368 OR steht dem Besteller zusätzlich zu den übrigen Mängelrechten zu. Dementsprechend richtet es sich nur auf Ersatz von solchem Schaden, der nicht schon durch diese Mängelrechte abgedeckt ist, also trotz Wandelung, Minderung oder tadelloser Nachbesserung verbleibt oder verbleiben würde. Daraus folgt, dass der Mangelfolgeschaden nicht im Mangel selbst begründet ist, also nicht im vermögensmässigen Nachteil besteht, der in der Mangelhaftigkeit des Werkes selber liegt. Vielmehr tritt er als weitere Folge des Mangels, gewissermassen ausserhalb des Mangels ein und geht insofern über das unmittelbare Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Leistung hinaus. Das Schadenersatzrecht des Art. 368 OR gibt keinen Ausgleichsanspruch für unterbliebene Nachbesserung oder für Kosten einer vom Besteller unternommenen Eigenverbesserung (GAUCH, a.a.O., N. 1853 ff.).

## 5. Die von der Klägerin geltend gemachten Schadenspositionen

Die Klägerin macht verschiedene Schadenspositionen aufgrund der von der D.\_\_\_\_\_ AG zur Verrechnung gestellten Forderung von CHF 108'272.85 geltend und betitelt diese als Mangelfolgeschäden (act. 20 S. 9 ff.). Gleichzeitig weist die Klägerin jedoch mehrfach darauf hin, dass es um Kosten der Sanierung der mitarbeiterseitigen Schalteranlage ging (act. 20 S. 13 ff.). Sanierung bedeutet in diesem Zusammenhang Nachbesserung der mangelhaften Schalteranlage. Wie oben gezeigt, stehen der Klägerin aufgrund der erfolgten Minderung keine Ansprüche im Zusammenhang mit eigenen Kosten oder Drittkosten der Nachbesserung mehr zu. Diese sind daher von allfälligen Mangelfolgeschäden abzugrenzen.

### 5.1. Sanierungsarbeiten E.\_\_\_\_\_ AG

5.1.1. Die Hauptarbeit der Sanierung habe Schreinerarbeiten betroffen (act. 20 S. 14). Die Schreinerei E.\_\_\_\_\_ AG habe in diversen Wochenendetappen ihre Sanierungsarbeiten ausführen müssen. Dafür habe sie der D.\_\_\_\_\_ AG CHF 78'757.40 in Rechnung gestellt. Mit der Firma seien pro Schalter und Teile Einheitspreise je für Arbeit und Material vereinbart worden. Ebenfalls sei ein Regieansatz für zusätzliche Arbeiten vereinbart worden. Zudem hätten Fahrtspesen und ein allgemeiner Spesenanteil bezahlt werden müssen (act. 20 S. 15 f.).

5.1.2. Wie die Klägerin selbst erwähnt, handelt es sich bei den Arbeiten der Schreinerei E.\_\_\_\_\_ AG um Sanierungsarbeiten, d.h. Nachbesserungsarbeiten an der Schalteranlage (Demontage vor Ort, abschleifen, neu spritzen und Wiedermontage). Bei den Kosten für Arbeit und Material sind dies Kosten der direkten Nachbesserung, bei den Kosten für Regiearbeiten und Spesen entweder Kosten der direkten Nachbesserung oder Begleitkosten der Nachbesserung. Die Klägerin hat keine Anhaltspunkte dafür behauptet, dass ein Teil der Kosten der Schreinerei E.\_\_\_\_\_ AG nicht unter Nachbesserungs- oder Begleitkosten fallen würden. Da die Klägerin wie erwähnt nach erfolgter Minderung keine Nachbesserungskosten mehr geltend machen kann, steht ihr im Umfang dieser CHF 78'757.40 kein Anspruch zu.

## 5.2. Arbeiten an der Elektronikanlage

5.2.1. Die Firma F.\_\_\_\_\_ habe die gesamte Elektrik und Elektronik an den Arbeitspulten der Mitarbeiter vor der Sanierung durch die Schreinerei demontieren und danach wieder montieren müssen. Dafür seien CHF 1'762.10 in Rechnung gestellt worden (act. 20 S. 17).

5.2.2. Bei diesen Kosten der F.\_\_\_\_\_ handelt es sich um typische Begleitkosten der Nachbesserung; sie sind funktional eng verbunden mit der Nachbesserung und gehören damit zum Bereich der Mangelbeseitigung. Es handelt sich um Vorbereitungs- und Wiederherstellungsarbeiten im Zusammenhang mit der Nachbesserung. Damit können sie zufolge der erfolgten Minderung ebenfalls nicht mehr geltend gemacht werden.

## 5.3. Architekturleistungen

5.3.1. Das Sanierungsvorhaben sei durch ein versiertes Planungs- und Bauführungsunternehmen geplant und betreut worden. Zuerst sei dies die G.\_\_\_\_\_ AG gewesen, in der späteren Phase, nach einer Personalrochade, die H.\_\_\_\_\_ AG. Im Zusammenhang mit dem Sanierungsfall hätten diese Baumanagementfirmen sämtliche Leistungen erbracht, welche in den Aufgabenbereich eines Architekten fallen würden, so die Begleitung der Bauherrschaft im Rahmen der Schadenaufnahme und Abklärung. Sodann sei die Art und Weise der Sanierung bis ins Detail zu planen gewesen, dies mit neuen Unternehmern. Es seien Verträge und minutiöse Sanierungspläne auszuarbeiten gewesen, auch in zeitlicher Hinsicht, in welcher Planung es darum gegangen sei, unter Aufrechterhaltung des Bankbetriebes und Einhaltung sämtlicher Sicherheitsstandards, die eine Grossbank fordere, die Sanierung zu planen, im Detail mit den Unternehmern vor Ort zu besprechen, die Arbeiten vorher auszuschreiben und Angebote zu analysieren, Vergebungsanträge und Sitzungen durchzuführen und schliesslich die ganze Sanierung als Bauleitung zu begleiten. Alsdann seien die Unternehmerrechnungen zu prüfen und die Gesamtabrechnung zu erstellen gewesen. Für all diese Arbeiten hätten die erwähnten Firmen gestützt auf detaillierte Stundenerfassungen abgestuft mit Honoraransätzen, die als üblich bezeichnet werden können, Rechnung gestellt. Die

G.\_\_\_\_\_ AG habe der D.\_\_\_\_\_ AG für Bemühungen ab Schadenereignis bis und mit 31.12.2004 im Umfang von CHF 14'014.90 Rechnung gestellt. Zum Ende des Mandates von G.\_\_\_\_\_ AG habe eine weitere Quartalsrechnung vom 31. März 2005 im Betrag von CHF 5'640.95 resultiert. Die Nachfolgefirma H.\_\_\_\_\_ AG habe der D.\_\_\_\_\_ AG Rechnungen im Gesamtbetrag von netto CHF 6'264.95 zu stellen gehabt, welche diese zu Lasten der Klägerin weiter in Verrechnung gestellt habe (act. 20 S. 19 f.).

5.3.2. Bei diesen Architektenkosten handelt es sich offensichtlich um Kosten, welche im direkten Zusammenhang mit der Sanierung stehen, also um Nachbesserungskosten oder Begleitkosten zur Nachbesserung. Diese Kosten in der Gesamthöhe von CHF 25'920.– können damit ebenfalls nach erfolgter Minderung nicht mehr geltend gemacht werden.

#### 5.4. Kosten amtlicher Befund und Rechtsanwaltskosten

5.4.1. Im Zusammenhang mit der Mängelfeststellung sei das Stadtammanamt von der D.\_\_\_\_\_ AG beauftragt worden, einen amtlichen Befund der Schäden an der Schalteranlage aufzunehmen, wofür CHF 3'071.50 in Rechnung gestellt worden seien. Im Rahmen der Beweissicherung im Werkvertragsrecht sei dies ein völlig üblicher Vorgang (act. 20 S. 16 f.).

5.4.2. Angesichts des grossen Schadenbildes habe die D.\_\_\_\_\_ AG RA Dr. I.\_\_\_\_\_ beigezogen. Für dessen Arbeit habe die D.\_\_\_\_\_ AG der Klägerin CHF 2'974.70 aufgrund der beiden Rechnungen vom 12. April 2004 (act. 21/7/1 S. 1) und 31. Oktober 2005 (act. 21/7/2) verrechnet (act. 20 S. 18).

5.4.3. Bei den Kosten des amtlichen Befundes sowie den Rechtsanwaltskosten handelt es sich nicht um Kosten der Nachbesserung, sondern grundsätzlich - sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind - um Mangelfolgeschaden (vgl. GAUCH, a.a.O., N. 1873). Zwischen der schuldhaften Handlung des Schädigers und der Vermögensverminderung des Geschädigten muss ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang gegeben sein und die eingetretene Vermögensverminderung muss unfreiwillig sein (vgl. Gauch, a.a.O., N. 1853 ff.). Die

Klägerin ist für die Voraussetzungen von Mangelfolgeschäden behauptungs- und beweispflichtig (Art. 8 ZGB). Die Klägerin unterlässt es jedoch in der Replik - nachdem sie durch die Beklagte in deren Klageantwort dazu aufgefordert wurde (act. 9 S. 13 ff.) - die genauen Gründe und Umstände für die Beauftragung des Stadtammans sowie von Rechtsanwalt Dr. I. \_\_\_\_\_ und die vorgenommenen Arbeiten substantiiert darzulegen. Sie begnügt sich damit, zu behaupten, das Stadtammanamt sei von der D. \_\_\_\_\_ AG beauftragt worden, was im Rahmen der Beweissicherung ein völlig üblicher Vorgang sei, welcher zu Lasten desjenigen gehe, welcher festgestellte Mängel schuldhaft verursacht habe (act. 20 S. 16). Sie nennt weder Datum der Beauftragung noch die Gründe, weshalb dies zu jenem Zeitpunkt notwendig und geboten war. Ebenso wenig legt sie dar, weshalb es für die D. \_\_\_\_\_ AG notwendig und geboten war, Rechtsanwalt Dr. I. \_\_\_\_\_ zu beauftragen und was dieser genau machte. Der allgemeine Hinweis darauf, dass dieser Besprechungen und Abklärungen vornahm, diverse Schreiben verfasste und zuhanden seiner Mandantin eine juristische Zusammenfassung der Rechts- und Faktenlage über den Schadenfall erstellte (act. 20 S. 18), ermöglicht keine Beurteilung der Frage, ob die Kosten von Dr. I. \_\_\_\_\_ überhaupt etwas mit den von der Beklagten verursachten Mängeln zu tun haben. Auch lässt sich nicht beurteilen, ob der Beizug von Dr. I. \_\_\_\_\_ notwendig und geboten war. Die behaupteten Tätigkeiten entsprechen einem allgemeinen Beschrieb der üblichen Tätigkeiten eines Anwalts, nehmen aber keinerlei Bezug zum Inhalt der Besprechungen, Abklärungen und Schreiben oder der juristischen Zusammenfassung. Schon aufgrund der fehlenden konkreten Behauptungen sind die beiden geltend gemachten Ansprüche ebenfalls abzuweisen.

Hinzu kommt, dass - wie von der Beklagten geltend gemacht (act. 24 S. 10 ff.) - die Klägerin insbesondere jegliche Erklärung dafür schuldig bleibt, weshalb im August 2004 noch ein amtlicher Befund notwendig geworden sein soll, nachdem im Rahmen der vorsorglichen Beweisabnahme vor Handelsgericht der Gutachter J. \_\_\_\_\_ von der EMPA bereits am 9. April 2003 sein Gutachten im Zusammenhang mit den Mängeln erstattet hatte (act. 4/8). In Bezug auf die Rechnungen von Rechtsanwalt Dr. I. \_\_\_\_\_ ist der Beklagten dahingehend zuzustimmen (act. 24 S. 14 f.), dass die Rechnung vom 31. Oktober 2005 nur in Bezug auf einen Betrag

von CHF 1'148.30 gemäss Überschrift "Schalteranlage ... / A.\_\_\_\_\_ AG" die Beklagte betrifft (act. 21/7/2) und zudem ein genau gleich hoher Betrag der D.\_\_\_\_\_ AG gemäss Rechnung vom 24. Juli 2006 wieder gutgeschrieben wurde (act. 21/7/3 S. 2).

#### 6. Fazit

Bei den Arbeiten der Schreinerei E.\_\_\_\_\_ AG, der Firma F.\_\_\_\_\_ sowie den Architekturleistungen der G.\_\_\_\_\_ AG und der H.\_\_\_\_\_ AG handelt es sich um Nachbesserungskosten bzw. Begleitkosten der Nachbesserung, welche nach der erfolgten Minderung des Werkpreises nicht mehr geltend gemacht werden können. Die Notwendigkeit und Gebotenheit der Einholung eines amtlichen Befundes sowie der Beauftragung von Rechtsanwalt Dr. I.\_\_\_\_\_ kann aufgrund des vorliegenden Behauptungssubstrats nicht beurteilt bzw. zum Beweis verstellt werden. Die Klage ist damit abzuweisen.

#### **V. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Die Klägerin unterliegt. Damit wird sie kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Die Klägerin macht eine Teilklage im Umfang von CHF 40'000.– geltend (act. 1 S. 2). Mehr hätte ihr nicht zugesprochen werden können. Es ist daher von diesem Streitwert auszugehen.

#### **Demgemäss erkennt das Gericht:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 6'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 8'500.– zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. 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 subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden.

---

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Peter Helm

lic. iur. Hugo Kronauer