

Tribunal fédéral – 4A\_455/2023

I<sup>re</sup> Cour de droit civil

Arrêt du 23 février 2024

Bundesgericht – 4A\_455/2023

I. zivilrechtliche Abteilung

Urteil vom 23. Februar 2024

Contrat d'entreprise

Werkvertrag

Moins-value commerciale ;  
fardeau de l'allégation et  
renvoi à une pièce ;  
conclusion non chiffrée  
merkantiler Minderwert ;  
Behauptungslast und  
Verweis auf eine Beilage ;  
unbezifferte  
Forderungsklage

Art. 366 al. 2 CO ;

55, 85 CPC

Art. 366 Abs. 2 OR ;

55, 85 ZPO



**Moins-value commerciale** – Selon la jurisprudence (*cf.* ATF 145 III 225), un dommage issu d'une moins-value commerciale sur un bien immobilier n'est indemnisable que si celui-ci est vendu (*consid.* 5.2).

**Fardeau de l'allégation et renvoi à une pièce** – Rappel des principes. En cas de renvoi à une pièce, il doit ressortir clairement du renvoi lui-même quelles parties de la pièce doivent être considérées comme des allégations des parties. Il ne suffit pas de citer simplement une annexe comme offre de preuve à la suite d'une allégation, car il n'en ressort pas que les informations contenues dans l'annexe doivent constituer une partie de l'exposé des faits (*consid.* 4.3.2).

**Conclusion non chiffrée** – Celui qui dépose une demande reconventionnelle non chiffrée doit exposer pour quelles raisons il lui était impossible ou déraisonnable de chiffrer la moins-value commerciale de l'immeuble. Il doit le faire dès le dépôt de la demande reconventionnelle et ne peut attendre le stade de la réponse reconventionnelle (*consid.* 5.1.1 et 5.1.2).

**Merkantiler Minderwert** – Nach der Rechtsprechung (vgl. BGE 145 III 225) ist ein Schaden, der durch einen merkantiler Minderwert einer Immobilie entsteht, nur ersatzfähig, wenn die Immobilie verkauft wird (E. 5.2).

**Behauptungslast und Verweis auf eine Beilage** – Wiederholung der Grundsätze. Bei einem Verweis auf eine Beilage muss aus dem Verweis selbst klar hervorgehen, welche Teile des Schriftstücks als Behauptungen der Parteien zu betrachten sind. Es reicht nicht aus, im Anschluss an eine Behauptung einfach einen Anhang als Beweisangebot zu zitieren, da sich daraus nicht ergibt, dass die im Anhang enthaltenen Informationen einen Teil der Sachverhaltsdarstellung darstellen müssen (E. 4.3.2).

**Unbezifferte Forderungsklage** – Wer eine unbezifferte Widerklage einreicht, muss darlegen, aus welchen Gründen es ihm unmöglich oder unzumutbar war, den merkantiler Minderwert der Immobilie zu beziffern. Er muss dies bereits bei der Einreichung der Widerklage tun und kann nicht bis zum Stadium der Widerklageantwort warten (E. 5.1.1 und 5.1.2).

Besetzung

Bundesrichterin Jametti, Präsidentin,

Bundesrichterin Kiss,

Bundesrichter Rüedi,

Gerichtsschreiber Brugger.

Verfahrensbeteiligte

A AG,  
vertreten durch Rechtsanwalt Beat Wieduwilt,  
Beschwerdeführerin,

*gegen*

B AG,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Boris Grell, Beschwerdegegnerin.

Gegenstand  
Werkvertrag,

Beschwerde gegen den Beschluss und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 10. Juli 2023 (HG200124-O).

### **Sachverhalt:**

#### **A.**

Die A AG (Beklagte, Beschwerdeführerin) errichtete auf einem in ihrem Eigentum stehenden Grundstück mehrere Mietwohnungen. Zu diesem Zweck schloss sie mit der B AG (Klägerin, Beschwerdegegnerin), einer Schreinerei und Fensterbaufirma, zwei Werkverträge ab. Der erste Werkvertrag umfasste die Beschaffung und den Einbau von Kunststofffenstern (Werkvertrag Kunststoff), der zweite die Herstellung und die Montage von Fenstern für das Treppenhaus sowie eines Türelements (Werkvertrag Holz/Metall). Der Werklohn für den ersten Vertrag betrug Fr. 170'000.-- und für den zweiten Fr. 53'000.--. Die Beklagte leistete eine Akontozahlung von Fr. 56'100.--. Weitere Zahlungen tätigte sie nicht.

#### **B.**

Am 16. Juli 2020 reichte die Klägerin Klage beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein. Sie beantragte, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr Fr. 179'177.80 samt Zinsen zu bezahlen. Sie verlangte damit die noch ausstehenden Zahlungen aus den beiden Werkverträgen sowie "Verzögerungsschaden/Mehrleistungen".

Die Beklagte bestritt einen Forderungsanspruch der Klägerin und erhob Widerklage. Sie berief sich auf mangelhafte Werkausführungen, wodurch ihr ein Schaden von Fr. 410'169.56 entstanden sei. Sie mache den Betrag von Fr. 130'000.-- widerklageweise geltend. Weitere Fr. 160'000.-- klage sie wegen eines merkantilen Minderwerts der Liegenschaft ein bzw. zufolge der mangelhaften Fenster verminderter Mietzinseinnahmen. Mit dem in der Widerklagereplik angepassten Begehren verlangte sie, die Klägerin sei "unter Vorbehalt der Erhöhung bzw. Herabsetzung dieses Betrages nach Durchführung des Beweisverfahrens" zu verpflichten, ihr Fr. 290'000.-- samt Zins zu bezahlen (Rechtsbegehren Ziff. 2). Eventualiter sei die Klägerin zu verpflichten, ihr Fr. 4'523.40 und Fr. 1'793.20 samt Zins zu bezahlen (Rechtsbegehren Ziff. 3).

Mit Beschluss und Urteil vom 10. Juli 2023 trat das Handelsgericht auf das Eventualbegehren (Rechtsbegehren Ziff. 3) der Beklagten nicht ein (Beschlussdispositiv Ziff. 1). Auch auf die Widerklageänderung, Rechtsbegehren Ziff. 2, der Beklagten trat das Handelsgericht nicht ein, insoweit die Beklagte damit eine unbezifferte Forderungklage erheben wolle. In der Sache verpflichtete das Handelsgericht die Beklagte, der Klägerin Fr. 166'900.-- nebst Zins zu bezahlen und wies die Klage im Mehrumfang ab (Urteilsdispositiv Ziff. 1). Die Widerklage wies es ab, soweit es darauf eintrat (Urteilsdispositiv Ziff. 2).

#### **C.**

Gegen den Beschluss und das Urteil des Handelsgerichts erhebt die Beschwerdeführerin Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Sie beantragt, es sei Dispositiv Ziff. 1 des Beschlusses des Handelsgerichts aufzuheben und es sei auf ihr Eventualbegehren einzutreten. Es seien die Dispositiv Ziff. 1 und Ziff. 2 des Urteils des Handelsgerichts aufzuheben und es sei die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne. Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung.

## **Erwägungen:**

### **1.**

Die Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Unter Vorbehalt einer rechtsgenügenden Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. Erwägung 2) ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

### **2.**

**2.1.** Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten (**BGE 134 II 244** E. 2.1). In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Unerlässlich ist, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (**BGE 140 III 86** E. 2, 115 E. 2).

Macht die beschwerdeführende Partei eine Verletzung des Willkürverbots von Art. 9 BV geltend, genügt es nicht, wenn sie einfach behauptet, der angefochtene Entscheid sei willkürlich (**BGE 134 II 349** E. 3; **133 I 1** E. 5.5). Willkür liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (**BGE 140 III 16** E. 2.1; **139 III 334** E. 3.2.5). Dass die von Sachgerichten gezogenen Schlüsse nicht mit der eigenen Darstellung der beschwerdeführenden Partei übereinstimmen, belegt keine Willkür (**BGE 140 III 264** E. 2.3 mit Hinweisen). Erforderlich ist zudem, dass der Entscheid nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist (**BGE 140 III 16** E. 2.1 mit Hinweisen).

**2.2.** Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (**BGE 140 III 16** E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (**BGE 140 III 115** E. 2; **135 III 397** E. 1.5). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (**BGE 140 III 264** E. 2.3 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (**BGE 140 III 16** E. 1.3.1 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem

mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (**BGE 140 III 86 E. 2**). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (**BGE 140 III 16 E. 1.3.1**).

### **3.**

Die Vorinstanz hiess im angefochtenen Entscheid die Werklohnforderung der Beschwerdegegnerin im Wesentlichen gut. Die Gutheissung der Forderungen der Beschwerdegegnerin stellt die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht nicht in Frage. Sie ist vielmehr der Auffassung, dass ihre Gegenforderungen bzw. ihre Widerklage nicht hätten abgewiesen werden dürfen.

### **4.**

Die Vorinstanz prüfte die Gegenforderungen der Beschwerdeführerin im Einzelnen. Sie kam bezüglich der zur Verrechnung gestellten Gegenforderungen der Beschwerdeführerin zum Schluss, dass diese im Wesentlichen mangels rechtsgenügender Behauptungen keinen Bestand hätten. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, überzeugt nicht, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann.

#### **4.1.**

**4.1.1.** Nicht einzutreten ist auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin soweit sie den Entscheid der Vorinstanz pauschal als willkürlich oder widersprüchlich bezeichnet, ohne dies aber rechtsgenügend darzulegen (Erwägung 2.1). Das Gleiche gilt, wenn sie der Vorinstanz vorwirft, sie habe die Beweislastumkehr nicht zur Anwendung gebracht und Art. 55 ZPO, Art. 150 ZPO, Art. 8 ZGB sowie ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, ohne sich aber mit den diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz rechtsgenügend auseinander zu setzen und ohne hinreichend darzulegen, inwiefern diese Normen verletzt sein sollen.

**4.1.2.** Nicht zielführend ist es, wenn die Beschwerdeführerin schildert, wie die Vorinstanz auch "hätte" vorgehen oder wie sie die Beweislast "hätte" verteilen können. Damit erhebt sie keine hinreichenden Rügen. Ebenso wenig genügt sie den Begründungsanforderungen (Erwägung 2.1), wenn sie lediglich vorbringt, was sie im vorinstanzlichen Verfahren mehrfach "betont" habe, dass die Beurteilung durch die Vorinstanz "missverständlich" sei oder dass die Vorinstanz nicht auf die "zentralen Pflichten der Beschwerdegegnerin" eingegangen sei. Mit solchen allgemeinen Aussagen setzt sie sich nicht rechtsgenügend mit den ausführlichen Erwägungen der Vorinstanz auseinander, noch zeigt sie hinreichend auf, inwiefern die Vorinstanz eine Bundesrechtsverletzung begangen hätte (Erwägung 2.1).

**4.1.3.** Unbehelflich ist es, wenn die Beschwerdeführerin bezüglich der Versetzung der Stahlstützen, dem Aufwand für einen Bauleiter, den Kosten des Gutachtens der C AG und dem Ersatz von vorprozessualen Anwaltskosten bloss pauschal und entgegen der Vorinstanz behauptet, dass sie ihren Behauptungs- und Substantiierungslasten nachgekommen sei. Sie setzt sich diesbezüglich nicht hinreichend mit den jeweiligen ausführlichen Erwägungen der Vorinstanz auseinander, noch zeigt sie rechtsgenügend auf, dass sie entgegen der Vorinstanz die erforderlichen Behauptungen prozesskonform vorgebracht (Erwägung 2.2) oder die Vorinstanz die Anforderungen an die Behauptungs- bzw. Substantiierungslast bundesrechtswidrig überspannt hätte (Erwägung 2.1).

#### **4.2.**

**4.2.1.** Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Beschwerdegegnerin die gesamten Fenster gemäss dem "Werkvertrag Holz/Metall" falsch und nicht nach den vereinbarten Ausführungsplänen erstellt habe. Da die Beschwerdegegnerin den Mangel nicht behoben habe, habe

sie eine Drittfirma mit der Herstellung und Montage der Fenster beauftragt. Sie verlangt aus dem "Werkvertrag Holz/ Metall" den Ersatz der Kosten für die vorgenommene Ersatzvornahme im Sinne von Art. 366 Abs. 2 OR sowie Ersatz für den erlittenen Verzögerungsschaden, Mietzinsausfälle und Mehrkosten "Zinsen Baukredit".

**4.2.2.** Für die Frage der mangelhaften Werkerstellung ist bedeutsam, welche Version der Pläne massgeblich ist, wozu die Vorinstanz die Parteierklärungen auslegte. Dagegen bringt die Beschwerdeführerin vor, das keine Unklarheit bestehe, es nichts auszulegen gebe und ein tatsächlich übereinstimmender Wille der Parteien vorliege. Mit diesen pauschalen Vorbringen zeigt sie nicht rechtsgenügend auf, dass sie entgegen den Feststellungen der Vorinstanz einen solchen gemeinsamen Willen prozesskonform behauptet hätte (Erwägung 2.2). Die Vorinstanz legte damit die Parteierklärungen zu Recht nach dem Vertrauensprinzip aus. Gegen diese Auslegung präsentiert die Beschwerdeführerin bloss ihre eigene, bereits von der Vorinstanz verworfene Auffassung, dass die Pläne vom 11. Juni 2018 massgeblich seien. Sie setzt sich aber nicht, zumindest nicht hinreichend (Erwägung 2.1), mit den ausführlichen Erwägungen der Vorinstanz auseinander, die im Detail darlegte, weshalb gestützt auf eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip die Pläne vom 17. Juli 2018 verbindlich seien. Es bleibt damit bei der Auslegung der Vorinstanz.

Unbestritten ist, dass die Masse der von der Beschwerdegegnerin gelieferten Fenster den Plänen vom 17. Juli 2018 entsprochen haben. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, fehlt es daher an einer nicht vertragsgemässen Lieferung und somit an einer Voraussetzung für die Zusprechung der Kosten für die Ersatzvornahme. Ob die Beschwerdeführerin darüberhinaus die aus der Ersatzvornahme herrührenden Kosten hinreichend darlegt hat, braucht bei dieser Sachlage nicht weiter geklärt zu werden.

**4.2.3. Mangels Vertragsverletzung wies die Vorinstanz auch die weiteren, von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Forderungen (Verzögerungsschaden, Mietzinsausfälle und Mehrkosten für "Zinsen Baukredit") ab, zumal die Schadenspositionen nicht rechtsgenügend dargelegt worden seien. Da es bereits an einer Vertragsverletzung fehlt, braucht auf die Frage, ob die Beschwerdeführerin diese Schadenpositionen rechtsgenügend behauptet hätte, nicht weiter eingegangen zu werden.**

**4.2.4.** Die Vorinstanz ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführerin aus dem Werkvertrag "Holz/Metall" keine Schadenersatzforderungen zustehen.

**4.3.** Auch für den Werkvertrag "Kunststoff" beruft sich die Beschwerdeführerin darauf, dass die von der Beschwerdegegnerin gelieferten Kunststofffenster den vertraglichen Vorgaben nicht entsprochen hätten, weshalb sie durch eine Drittfirma (D AG) hätten nachgebessert werden müssen. Sie mache auch dafür die Kosten der Ersatzvornahme sowie einen Verzögerungsschaden, Mietzinsausfälle und Mehrkosten "Zinsen Baukredit" geltend.

**4.3.1.** Die Vorinstanz kam diesbezüglich zusammengefasst zum Schluss, ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Erstattung der Kosten der Ersatzvornahme bestehe nicht, da rechtsgenügende Behauptungen in der Rechtschrift zur Höhe der angefallenen Kosten fehlten, und die Beschwerdeführerin auch nicht auf eine Beilage verweise. Die Beschwerdeführerin behauptet dagegen zwar, dass sie in der Klageantwort und der Duplik/Widerklagereplik "ausführlich" dargelegt habe, welche Leistungen von der Firma Gautschi Fenster AG erbracht worden seien. Mit diesen pauschalen Vorbringen setzt sie sich aber nicht rechtsgenügend mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinander, welche im Detail darlegte, welche Behauptungen in ihren Rechtschriften fehlten. Unbehelflich ist der Hinweis der Beschwerdeführerin auf die beantragten Befragungen von "mehreren Beteiligten". Fehlende tatsächliche Darlegungen lassen sich nicht im Rahmen des Beweisverfahrens ersetzen, denn das Beweisverfahren dient nicht dazu, mangelhafte Vorbringen der Parteien zu ergänzen (Urteile 5A\_822/2022 vom 14. März 2023 E. 4.4; 4A\_396/2019 vom 16. Januar 2020 E. 3.4). Bleibt zu

beurteilen, ob die Beschwerdeführerin ihren Substantiierungslasten durch einen Verweis auf Beilagen nachgekommen ist, wie sie dies geltend macht.

**4.3.2. Der Behauptungs- und Substantiierungslast ist grundsätzlich in den Rechtsschriften nachzukommen. Ausnahmsweise kann es jedoch zulässig sein, den Substantiierungsobliegenheiten durch Verweis auf eine Beilage nachzukommen. Das Bundesgericht hat an einen solchen Verweis aber strenge Bedingungen gestellt. Unter anderem muss aus dem Verweis selbst klar werden, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen (zum Ganzen: BGE 144 III 519 E. 5.2.1.2; Urteil 4A\_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4; je mit weiteren Hinweisen). Aus der Rechtsschrift hat mithin für die Gegenpartei und das Gericht klar hervorzugehen, dass die Partei durch einen Verweis Informationen aus der Beilage zur Parteibehauptung erhebt und es sich bei der Beilage nicht um eine blosser Beweisofferte handelt, mit welcher die Partei ihre Behauptung beweisen möchte. So genügt es beispielsweise nicht, im Anschluss an eine Behauptung lediglich eine Beilage als Beweisofferte anzuführen, weil daraus nicht hervorgeht, dass die in der Beilage enthaltenen Informationen einen Teil der Tatsachenvorbringen bilden sollen (Daniel Brugger, *Der Verweis auf Beilagen in Rechtsschriften*, SJZ 115 [2019], S. 533 ff., S. 537).**

**4.3.3.** Eine solche Konstellation liegt hier aber vor: In den von der Beschwerdeführerin referenzierten Stellen der vorinstanzlichen Klageantwort (vorinstanzliches act. 16 Rz. 89 und Rz. 129) nennt sie zwar die Rechnung der D AG. Es findet sich an diesen Stellen der Rechtsschrift aber kein Verweis auf die Beilage, vielmehr wird die Rechnung lediglich als Beweismittelofferte nach den Vorbringen aufgeführt ("BO: Rechnung D AG vom 26. Februar 2019 Beilage 28"). Damit geht aus diesen Ausführungen in der Rechtsschrift nicht hervor, dass die Beschwerdeführerin Informationen aus der genannten Rechnung zur Parteibehauptung erheben möchte. Die Vorinstanz ist damit zu Recht davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin nicht rechtsgenügend auf die Beilage verwies und es damit an einer prozesskonformen Behauptung zur Höhe der angefallenen Kosten fehlt. Da rechtsgenügende Behauptungen zur Höhe der angefallenen Kosten fehlen, besteht kein Anspruch auf Erstattung der Kosten der Ersatzvornahme. Das Gleiche gilt für die weiteren Schadenspositionen. Entsprechend braucht auch auf die weiteren Voraussetzungen eines Schadensanspruchs nicht weiter eingegangen zu werden.

**4.4.** Es bleibt damit beim Entscheid der Vorinstanz, dass die von der Beschwerdeführerin zur Verrechnung gestellten Gegenforderungen allesamt keinen Bestand haben.

## **5.**

Im Rahmen der Widerklage ging die Vorinstanz auf den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten "Restbetrag Gegenforderung" ein. Sie erwog, dass die Ersatz- bzw. Schadenersatzforderungen keinen Bestand hätten, weshalb auch kein Überschuss verbleibe. Entsprechend sei die Widerklage in diesem Umfang ohne Weiterungen abzuweisen. Das ist nach dem Gesagten (vgl. Erwägung 4) nicht zu beanstanden.

Die Vorinstanz beurteilte in der Folge den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten merkantilen Minderwert, die Minderung und die Mietzinseinbussen. Sie wies alle drei Ansprüche ab.

### **5.1.**

**5.1.1.** Die Vorinstanz ging vorab auf die Frage der Bezifferung des Rechtsbegehrens ein. Sie kam zusammengefasst zum Schluss, die Beschwerdeführerin habe in der *Widerklage* kein unbeziffertes Rechtsbegehren gestellt, sondern Fr. 160'000.-- verlangt. Sie habe auch nicht begründet, dass und inwiefern es ihr (zum damaligen Zeitpunkt) unmöglich oder unzumutbar gewesen sein sollte, den angefallenen Minderwert der Liegenschaft zu beziffern, und sie sich vorbehalte, diesen nach Durchführung des Beweisverfahrens näher zu beziffern. In der *Widerklagereplik* habe sie ihr Rechtsbegehren um Fr. 130'000.-- auf Fr. 290'000.-- erhöht, wobei dieser Betrag abschliessend

beziffert worden sei. Der Vorbehalt für eine "Erhöhung bzw. Herabsetzung" des eingeklagten Betrags nach Durchführung des Beweisverfahrens könne sich demnach nur auf den bereits mit der Widerklagebegründung geltend gemachten und bezifferten Minderwert der Liegenschaft von Fr. 160'000.-- beziehen. So berufe sich die Beschwerdeführerin in der Widerklagereplik denn auch darauf, der aktuelle und der merkantile Minderwert der Liegenschaft könne von ihr selbst nicht festgestellt werden, denn dazu brauche es ein Fachgutachten. Gestützt auf die höchstrichterliche Rechtsprechung (**BGE 148 III 322** E. 3.4 und 4) hätte die Beschwerdeführerin jedoch bereits in der Widerklagebegründung darlegen müssen, dass und inwiefern es ihr unmöglich oder unzumutbar sei, den Minderwert der Liegenschaft zu beziffern. Dies habe sie unterlassen. Entsprechend sei auf die Klageänderung nicht einzutreten, soweit die Beschwerdeführerin damit neu eine unbezifferte Forderungsklage anheben wolle.

**5.1.2.** Dagegen macht die Beschwerdeführerin bloss geltend, dass sie in der Widerklagereplik begründet habe, weshalb es ihr nicht möglich gewesen sei, den Betrag vor dem Beweisverfahren zu beziffern. Sie setzt sich damit nicht mit der einschlägigen Argumentation der Vorinstanz auseinander, die unter Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Recht festhielt, dass die Beschwerdeführerin bereits in der Widerklage *begründung* Entsprechendes hätte darlegen müssen, noch zeigt sie auf, dass diese Auffassung der Vorinstanz bundesrechtswidrig wäre. Es bleibt daher bei der Auffassung der Vorinstanz, wonach auf die Klageänderung nicht einzutreten war, soweit die Beschwerdeführerin damit eine unbezifferte Forderungsklage erheben wollte. Die Vorinstanz ging dementsprechend von einer ordentlichen Leistungsklage und nicht von einer unbezifferten Forderungsklage aus.

**5.2.** In der Sache kam die Vorinstanz bezüglich des von der Beschwerdeführerin geltend gemachten merkantilen Minderwerts zum Schluss, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein merkantiler Minderwert bei einer Liegenschaft nur ersatzfähig sei, wenn diese veräussert werde (**BGE 145 III 225** E. 4.2.3). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin bestehe keine Veranlassung dazu, von dieser aktuellen Rechtsprechung abzuweichen, weshalb ihr Anspruch auf Ersatz eines merkantilen Minderwerts ohne Weiterungen zu verneinen sei. Vor Bundesgericht beanstandet die Beschwerdeführerin diese Erwägungen nicht, zumindest nicht hinreichend, so dass auf den merkantilen Minderwert nicht weiter einzugehen ist.

### **5.3.**

**5.3.1.** Mit Bezug auf die beantragte Minderung der Vergütung kam die Vorinstanz zum Ergebnis, dass die Beschwerdeführerin unterlassen habe, Behauptungen dazu aufzustellen, welchen Verkehrswert die Liegenschaft bei der Ablieferung des Werks ohne die geltend gemachten Mängel gehabt hätte und welchen Wert sie mit den Mängeln effektiv aufweise. Es fehle an schlüssigen und damit rechtsgenügenden Behauptungen. Dass die Beschwerdeführerin die Einholung eines Gutachtens zum Verkehrswert bzw. zur Werteinbusse offeriert habe, ändere daran nichts, da die Einholung eines Gutachtens rechtsgenügend vorgebrachte Tatsachenbehauptungen voraussetze.

**5.3.2.** Der von der Beschwerdeführerin dagegen erhobene Vorwurf, die Vorinstanz habe ihr Recht auf Beweis und ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, weil sie von der anbotenen Einholung des Gutachtens abgesehen habe, ist unbegründet. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend erwog, setzt die Einholung eines Beweismittels entsprechende rechtsgenügende Behauptungen voraus, da das Beweisverfahren nicht dazu dient, mangelhafte Vorbringen der Parteien zu ergänzen (dazu oben Erwägung 4.3.1). Dass sie solche Behauptungen im vorinstanzlichen Beweisverfahren vorgebracht hätte, legt die Beschwerdeführerin nicht dar. Im Übrigen zeigt sie nicht nachvollziehbar auf, inwiefern die Vorinstanz diesbezüglich Bundesrecht verletzt haben soll.

### **5.4.**

**5.4.1.** Hinsichtlich der geltend gemachten Mietzinseinbussen kam die Vorinstanz zum Schluss, die Beschwerdeführerin habe den geltend gemachten Schaden nicht rechtsgenügend darlegt. Die Beschwerdeführerin nenne zwar die geplanten Mietzinsen. Aus diesen Tatsachen alleine erhellte sich aber nicht, wie sich der behauptete Schaden ergebe. Es wäre an der Beschwerdeführerin gewesen, den behaupteten Schaden in ihren Rechtsschriften oder mittels Verweis auf eine selbsterklärende Beilage aufzuzeigen. Da sie dies unterlassen habe, sei der geltend gemachte Anspruch ohne Weiterungen abzuweisen.

**5.4.2.** Vor Bundesgericht macht die Beschwerdeführerin nicht geltend, dass sie die Mietzinseinbussen in ihren Rechtsschriften rechtsgenügend dargelegt habe. Sie stellt sich lediglich auf den Standpunkt, dass sie entgegen den Ausführungen der Vorinstanz den Mietzins "mittels Beilagen" dargelegt habe und verweist auf "act. 50 Rz. 198, Ausschreibungsunterlagen Beilagen 75 und 76". Welche Mietzinsen dann tatsächlich eingenommen werden konnten, sei ebenfalls in "act. 50 Rz. 198, Mietverträge Beilage 77" dargelegt worden. Diese Beilagen müssten nicht interpretiert werden, da sie selbsterklärend seien.

**5.4.3.** An der von der Beschwerdeführerin referenzierten Stelle in der Duplik/Widerklagereplik (act. 50 Rz. 198) nennt die Beschwerdeführerin sechs Beilagen, darunter die von ihr vor Bundesgericht genannten Ausschreibungsunterlagen (Beilage 75 und 76) und fünf Mietverträge (Beilage 77). In act. 50 Rz. 198 findet sich jedoch kein Verweis auf diese Beilagen. Vielmehr werden sie lediglich als Beweisofferten ("BO") nach den Vorbringen in act. 50 Rz. 198 angeführt. Wie bereits oben dargelegt (Erwägung 4.3.3), genügt die Beschwerdeführerin damit den Anforderungen an einen rechtsgenügenden Verweis auf Beilagen nicht. Aus den Ausführungen in der Rechtsschrift geht nämlich nicht hervor, dass die Beschwerdeführerin Informationen aus den Beilagen zur Parteibehauptung erheben möchte. Die Vorinstanz ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin nicht rechtsgenügend auf die Beilagen verwies und es an einer prozesskonformen Behauptung des Schadens aus einer angeblichen Mietzinseinbusse fehlt.

## **5.5.**

**5.5.1.** Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich, sie habe in Rechtsbegehren Ziff. 3 ihrer Widerklagereplik beantragt, dass die Beschwerdegegnerin "eventualiter" zu verpflichten sei, ihr Fr. 4'523.40 und Fr. 1'793.20 samt Zins für die nach der Vergleichsverhandlung eingeholten Gutachten zu bezahlen, sofern keine Abgeltung im Rahmen der Parteientschädigung erfolge. Die Vorinstanz habe dieses Begehren zu Unrecht als ein unzulässiges bedingtes Rechtsbegehren qualifiziert und sei darauf nicht eingetreten. Indem die Vorinstanz das gestellte Rechtsbegehren nicht beurteilt, sondern darauf nicht eingetreten sei, habe sie Art. 52, Art. 221 und Art. 222 ZPO sowie ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

**5.5.2.** In der Tat ist die Vorinstanz zwar vorab auf das genannte Begehren nicht eingetreten, weil es sich um ein unzulässiges bedingtes Rechtsbegehren handle (angefochtener Entscheid, E. I. 2.4 S. 9 f.). Im Rahmen des Entscheids über die Parteientschädigung kam die Vorinstanz aber auf den Antrag der Übernahme der Gutachterkosten zurück (angefochtener Entscheid, E. III.1 S. 69) : Sie erwog im Rahmen der Verteilung der Parteientschädigung, dass die Gutachterkosten von Fr. 4'523.40 und Fr. 1'793.20 nicht zu berücksichtigen seien, da die in den Gutachten gemachten Abklärungen in keinem Zusammenhang mit den von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Mehrleistungen stünden, bezüglich derer die Beschwerdegegnerin vor der Vorinstanz einzig unterlag.

Der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihr Begehren bezüglich der Gutachterkosten nicht beurteilt, ist damit nicht stichhaltig. Die Vorinstanz hat vielmehr die Gutachterkosten als mit der Parteientschädigung entschädigungspflichtig anerkannt, also die Hauptbegründung der Beschwerdeführerin im Grundsatz bejaht. Der Grund dafür, dass sie die Gutachterkosten im Rahmen



der Parteientschädigung nicht zusprach, war der, dass sie nicht im Zusammenhang mit denjenigen Schadensposten (Mehrleistungen) angefallen sind, bezüglich denen die Beschwerdeführerin einzig obsiegte. Mit anderen Worten folgte die Vorinstanz grundsätzlich der Hauptbegründung für diesen Anspruch (Abgeltung im Rahmen der Parteientschädigung), verwarf ihn aber, weil gar keine Parteientschädigung zugunsten der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang zuzusprechen war. Dieses Vorgehen beanstandet die Beschwerdeführerin nicht, zumindest nicht hinreichend, und legt auch nicht dar, dass entgegen der Auffassung der Vorinstanz die Gutachterkosten im Rahmen der Parteientschädigung zuzusprechen gewesen wären. Es hat damit sein Bewenden.

**6.**

Die Prozesskosten des vorinstanzlichen Verfahrens werden nicht unabhängig vom Ausgang des Verfahrens angefochten. Nachdem die Beschwerde erfolglos ist, bleibt es auch ohne weiteres beim Kosten- und Entschädigungsentscheid der Vorinstanz.

**7.**

Die Beschwerde ist nach dem Gesagten abzuweisen, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG). Die Beschwerdegegnerin reichte bloss eine knapp zweiseitige Eingabe ein, in der sie im Wesentlichen auf den Entscheid der Vorinstanz verwies und sich diesem anschloss. Sie ist dafür mit einer reduzierten Parteientschädigung von Fr. 1'000.-- zu entschädigen.

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 7'500.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

**3.**

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 1'000.-- zu entschädigen.

**4.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 23. Februar 2024

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jametti

Der Gerichtsschreiber: Brugger