

**Exception d'inexécution (rappel des principes)** – Celui qui, dans un contrat bilatéral, veut obliger l'autre à s'exécuter doit, selon l'art. 82 CO, soit avoir déjà exécuté, soit offrir d'exécuter, à moins que, d'après le contenu ou la nature du contrat, il ne doive s'exécuter que plus tard. L'art. 82 CO accorde au débiteur une exception suspensive ayant pour effet qu'il peut retenir la prestation exigée jusqu'à ce que la contre-prestation ait été fournie ou offerte. Le créancier peut se contenter d'agir en justice pour obtenir une prestation sans réserve. Il incombe au débiteur de soulever l'exception. Si l'exception est justifiée, c'est-à-dire si le créancier n'a ni fourni ni offert la prestation, le tribunal protège l'action en ce sens qu'il condamne le débiteur à la prestation « trait pour trait », c'est-à-dire à une obligation sous condition suspensive. Il incombe au débiteur de soulever l'exception ; l'autorité ne saurait le faire d'office.

Si le débiteur soulève l'exception, c'est au créancier de prouver qu'il a fourni sa propre prestation ou qu'il l'a dûment offerte, de sorte que l'art. 82 CO déroge au principe selon lequel le fardeau de l'allégation (objectif) incombe à la personne chargée de la preuve. En revanche, l'art. 82 CO n'entraîne pas de renversement du fardeau de la preuve. La règle générale de l'art. 8 CC s'applique : il incombe d'abord au créancier qui veut faire valoir sa créance d'alléguer et de prouver les faits qui permettent d'établir l'existence de sa créance. Le débiteur qui soulève l'exception d'inexécution du contrat doit prouver l'existence de sa contre-créance. Il incombe ensuite au créancier de prouver l'exécution ou la bonne offre de sa propre prestation, ce qui signifie également qu'il supporte les conséquences de l'absence de preuve (consid. 3.1.1).

**Interprétation d'un contrat (rappel des principes)** – (consid. 3.1.2) ; **droit à la preuve (rappel des principes)** (consid. 3.1.3) ; **administration anticipée des preuves** (consid. 3.1.4). En l'espèce, l'exception d'inexécution a été soulevée à bon escient. En effet, le droit au solde du prix de l'ouvrage, qui est exigible, et le droit à la réparation, qui est également exigible, s'opposent. L'entrepreneur ayant refusé jusqu'à présent de procéder à la réparation, le maître d'ouvrage doit être condamné à verser le solde du prix de l'ouvrage en échange du remplacement de la tuyauterie litigieuse (consid. 3.3.4 et 3.4). En outre, un décompte final au sens de l'art. 153 de la norme SIA 118 ne constitue pas un contrat de compte courant, qui pourrait être résilié et qui comprendrait toutes les créances ouvertes résultant du contrat d'entreprise et qui pourrait faire échec à l'exception d'inexécution (consid. 3.4.1).

**Leistungsverweigerungsrecht** - Wer bei einem zweiseitigen Vertrag den anderen zur Erfüllung anhalten will, muss nach Art. 82 OR entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrags erst später zu erfüllen hat. Art. 82 OR gewährt dem Schuldner eine aufschiebende Einrede mit der Wirkung, dass er die geforderte Leistung bis zur Erbringung oder Anbietung der Gegenleistung zurückhalten darf. Der Gläubiger kann sich begnügen, auf vorbehaltlose Leistung zu klagen. Es obliegt dem Schuldner, die Einrede zu erheben. Ist die Einrede berechtigt, hat der Gläubiger also die Leistung weder erbracht noch angeboten, so schützt das Gericht die Klage in dem Sinne, dass es den Schuldner zur Leistung Zug um Zug, d. h. zu einer aufschiebend bedingten Verpflichtung verurteilt. Der Kläger braucht die Verurteilung des Beklagten zur Leistung Zug um Zug nicht zu verlangen. Das Gericht erlässt ein dahingehendes Urteil auf Einrede des Beklagten nach Art. 82 OR. Das Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 OR ist nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen.

Erhebt der Schuldner die Einrede, ist es am Gläubiger zu beweisen, dass er seine eigene Leistung erbracht oder gehörig angeboten hat. Art. 82 OR weicht vom Prinzip ab, wonach den Beweisbelasteten auch die (objektive) Behauptungslast trifft. Der Schuldner hat nämlich zu behaupten, dass der Gläubiger die Leistung weder erbracht noch gehörig angeboten hat, und dieser hat anschliessend zu beweisen, dass er seine Leistung erfüllt oder gehörig angeboten hat. Hingegen führt Art. 82 OR zu keiner Umkehr der Beweislast. Die allgemeine Regel von Art. 8 ZGB gilt: Es obliegt

zunächst dem Gläubiger, der seine Forderung durchsetzen will, die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, die den Bestand seiner Forderung feststellen lassen. Der Schuldner, welcher die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhebt, hat den Bestand seiner Gegenforderung zu beweisen. Es obliegt anschliessend dem Gläubiger, die Erfüllung oder das gehörige Angebot seiner eigenen Leistung nachzuweisen, was auch bedeutet, dass er die Folgen der Beweislosigkeit trägt.

**Auslegung eines Vertrags (Grundsätze) - (E. 3.1.2); Recht auf Beweis (Erinnerung an die Grundsätze (E. 3.1.3); vorzeitige Beweisführung (E. 3.1.4).** Im vorliegenden Fall wurde die Einrede der Nichterfüllung zu Recht erhoben. Denn der Anspruch auf den Restbetrag des Werkpreises, der fällig ist, und der Anspruch auf Nachbesserung, der ebenfalls fällig ist, stehen sich gegenüber. Da sich der Bauunternehmer bisher geweigert hat, die Reparatur durchzuführen, muss der Bauherr dazu verurteilt werden, den Restbetrag des Baupreises im Austausch für den Ersatz der strittigen Rohrleitung zu zahlen (E. 3.3.4 und 3.4). Zudem stellt eine Schlussabrechnung im Sinne von Art. 153 der SIA-Norm 118 keinen Kontokorrentvertrag dar, der gekündigt werden könnte und alle offenen Forderungen aus dem Werkvertrag umfassen würde und die Einrede der Nichterfüllung vereiteln könnte (E. 3.4.1).

#### Besetzung

Bundesrichterin Hohl, Präsidentin,  
Bundesrichterin Kiss, Bundesrichter Rüedi,  
Gerichtsschreiber Matt.

#### Verfahrensbeteiligte

A. AG,  
vertreten durch Rechtsanwalt David Horák,  
Beschwerdeführerin,

#### *gegen*

B. AG,  
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Daniel Thaler und Christian Berz,  
Beschwerdegegnerin,

1. C. AG,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Beat Stalder,
2. D. AG,  
(vormals E. AG, Zweigniederlassung Zürich, vormals F. AG),  
vertreten durch Rechtsanwalt Michael Merz,  
Nebenintervenientinnen auf Seiten der Beschwerdegegnerin.

#### Gegenstand

Werkvertrag,

Beschwerde gegen den Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 28. Mai 2021 (HG 12 118).

#### **Sachverhalt:**

##### **A.**

Anlässlich einer umfassenden Renovation des Hotels X. schloss die B. AG (Beschwerdegegnerin) Anfang 2010 mit der A. AG (Beschwerdeführerin) einen Werkvertrag über die Erstellung von Heizungs-, Lüftungs- und Kälteanlagen gegen einen Pauschalwerkpreis von Fr. 1'000'000.--. Der Werklohn

erhöhte sich im Verlauf der Ausführung aufgrund vergütungspflichtiger Nachträge. Die Beschwerdegegnerin leistete elf Abschlagszahlungen auf den Werklohn, weigerte sich aber, den mit der Schlussrechnung ermittelten Restbetrag von Fr. 157'438.70 zu bezahlen. Sie begründete dies mit diversen Werkmängeln, welche sie teilweise von Dritten beheben liess und deren Kosten sie mit dem Restbetrag verrechne. Ausserdem berief sie sich auf ein Leistungsverweigerungsrecht nach Art. 82 OR.

#### **B.**

Mit Klage beim Handelsgericht des Kantons Bern vom 16. August 2012 beantragte die Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihr Fr. 157'438.70 zuzüglich Zins zu 5% seit 13. August 2011 zu bezahlen. Den Beginn des beantragten Zinsenlaufs setzte die Beschwerdeführerin später auf den 9. Juli 2013 fest.

Auf Streitverkündung der Beschwerdegegnerin hin erklärten die C. AG sowie die E. AG (heute D. AG) den Eintritt in das Verfahren als Nebenintervenientinnen 1 und 2. Das Handelsgericht ordnete auf Antrag der Beschwerdegegnerin im Sinne einer vorsorglichen Beweisführung eine Expertise betreffend Deckeninduktionsgeräte, Kälteleitungen und Mängel an den Werkleistungen der Beschwerdeführerin an. Das Gutachten wurde in der Folge ergänzt. Nach Abschluss des Verfahrens um vorsorgliche Beweisführung und Erlass der Beweisverfügung beschränkte das Handelsgericht das Beweisverfahren vorläufig auf die Fragen der Haftung und Höhe der Nachbesserungskosten für die Leckagen und Korrosion an den Kälterohrleitungen, der Haftung für die Lieferung und Montage angeblich nicht vertragsgemässer Klimageräte und ein angeblich nicht den Anforderungen entsprechendes Raumklima sowie der Fälligkeit der Werklohnforderung. Den Parteien wurde Gelegenheit gegeben, im Rahmen des beschränkten Beweisthemas weitere Ergänzungsfragen an den Gutachter zu richten, worauf das Gutachten zwei weitere Male ergänzt wurde.

#### **C.**

Am 28. Mai 2021 verpflichtete das Handelsgericht die Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführerin Fr. 157'438.70 zu zahlen, Zug um Zug gegen Ersatz der Kälterohrleitungen im Hotel X. mit Gas- und Siederohren sowie Rohrschellen, wie sie im Leistungsverzeichnis unter BKP 246.6.2 des Werkvertrages vom 12. Februar 2010 vorgesehen sind (Dispositiv Ziff. 1). Soweit weitergehend wies es die Klage ab (Ziff. 2). Die Entscheidgebühr von Fr. 60'000.-- wurde den Hauptparteien hälftig auferlegt (Ziff. 3), ebenso die Entscheidgebühr des Verfahrens um vorsorgliche Beweisführung von Fr. 10'000.-- (Ziff. 4) und die Kosten für die Beweisführung von Fr. 210'245.75 (Ziff. 5). Es wurden keine Parteientschädigungen zugesprochen (Ziff. 6).

#### **D.**

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihr Fr. 157'438.70 zuzüglich Zins zu 5% seit 9. Juli 2013 zu bezahlen; die Dispositivziffer 2 sei aufzuheben; sämtliche Kosten gemäss Dispositivziffern 3-5 seien vollumfänglich der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen; die Dispositivziffer 6 sei aufzuheben und es sei der Beschwerdeführerin eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen; jeweils unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin. Eventualiter sei die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Vorinstanz sowie die Nebenintervenientinnen verzichteten auf eine Vernehmlassung. Die Nebenintervenientin 2 beantragt die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdegegnerin beantragt die kostenfällige Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

Die Beschwerde betrifft eine Zivilsache (Art. 72 BGG), sie richtet sich gegen den Endentscheid (Art. 90 BGG) eines oberen kantonalen Gerichts, das als Fachgericht in handelsrechtlichen Streitigkeiten

entschieden hat (Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG). Es besteht kein Streitwerterfordernis (Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG). Die Beschwerdefrist ist gewahrt (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. c BGG). Auf die Beschwerde ist - unter Vorbehalt der genügenden Begründung - einzutreten.

## 2.

**2.1.** Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Mit Blick auf die allgemeinen Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist jedenfalls nicht gehalten, wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (**BGE 140 III 86** E. 2 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 vorinstanzlichen 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, 264 E. 2.3). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG). Das Bundesgericht hebt einen Entscheid zudem nur auf, wenn er nicht bloss in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist (**BGE 141 III 564** E. 4.1; **140 III 16** E. 2.1, 167 E. 2.1; **139 III 334** E. 3.2.5; je mit Hinweisen).

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 die genannten 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.

Bestand, Höhe und Fälligkeit der Werklohnrestanz von Fr. 157'438.70 sind nicht mehr streitig. Einen Verrechnungsanspruch der Beschwerdegegnerin hat die Vorinstanz verneint. Darauf ist nicht einzugehen. Die Beschwerdeführerin kritisiert einzig, der Beschwerdegegnerin stehe auch kein Zurückbehaltrecht nach Art. 82 OR zu. Sie rügt in diesem Zusammenhang eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, des Rechts auf Beweis und der Verhandlungsmaxime.

### 3.1.

**3.1.1. Wer bei einem zweiseitigen Vertrag den anderen zur Erfüllung anhalten will, muss nach Art. 82 OR entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrags erst später zu erfüllen hat.**

Art. 82 OR gewährt dem Schuldner eine aufschiebende Einrede mit der Wirkung, dass er die geforderte Leistung bis zur Erbringung oder Anbietung der Gegenleistung zurückhalten darf. Der Gläubiger kann sich begnügen, auf vorbehaltlose Leistung zu klagen. Es obliegt dem Schuldner, die Einrede zu erheben (**BGE 127 III 199** E. 3a; **123 III 16** E. 2b). Ist die Einrede berechtigt, hat der Gläubiger also die Leistung weder erbracht noch angeboten, so schützt das Gericht die Klage in dem Sinne, dass es den Schuldner zur Leistung Zug um Zug, d.h. zu einer aufschiebend bedingten

**Verpflichtung verurteilt. Der Kläger braucht die Verurteilung des Beklagten zur Leistung Zug um Zug nicht zu verlangen. Das Gericht erlässt ein dahingehendes Urteil auf Einrede des Beklagten nach Art. 82 OR (BGE 127 III 199 E. 3a; 111 II 463 E. 3).** Das Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 OR ist nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen (BGE 76 II 298 E. 3).

**Erhebt der Schuldner die Einrede, ist es am Gläubiger zu beweisen, dass er seine eigene Leistung erbracht oder gehörig angeboten hat (BGE 123 III 16 E. 2b; 79 II 277 E. 2; 76 II 298 E. 3). Art. 82 OR weicht vom Prinzip ab, wonach den Beweisbelasteten auch die (objektive) Behauptungslast trifft. Der Schuldner hat nämlich zu behaupten, dass der Gläubiger die Leistung weder erbracht noch gehörig angeboten hat, und dieser hat anschliessend zu beweisen, dass er seine Leistung erfüllt oder gehörig angeboten hat (FABIENNE HOHL, in: Commentaire romand, Code des obligations I, 3. Aufl. 2021, N. 11 zu Art. 82 OR). Hingegen führt Art. 82 OR zu keiner Umkehr der Beweislast. Die allgemeine Regel von Art. 8 ZGB gilt: Es obliegt zunächst dem Gläubiger, der seine Forderung durchsetzen will, die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, die den Bestand seiner Forderung feststellen lassen. Der Schuldner, welcher die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhebt, hat den Bestand seiner Gegenforderung zu beweisen. Es obliegt anschliessend dem Gläubiger, die Erfüllung oder das gehörige Angebot seiner eigenen Leistung nachzuweisen, was auch bedeutet, dass er die Folgen der Beweislosigkeit trägt (HOHL, a.a.O., N. 11 zu Art. 82 OR; zum Ganzen: Urteil 4A\_262/2021 vom 30. September 2021 E. 5.1 f. mit Hinweisen).**

**3.1.2.** Für das Zustandekommen und die Auslegung einer Vereinbarung ist zunächst massgebend, was die Parteien tatsächlich übereinstimmend gewollt haben. Die empirische oder subjektive hat gegenüber der normativen oder objektivierten Vertragsauslegung den Vorrang (BGE 138 III 659 E. 4.2.1; 137 III 145 E. 3.2.1; 130 III 554 E. 3.1).

Wenn der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien unbewiesen bleibt, sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind (BGE 138 III 659 E. 4.2.1; 123 III 165 E. 3a). Ein objektivierter und damit rechtlicher Konsens bedeutet nicht zwingend, dass die sich äussernde Partei tatsächlich den inneren Willen hatte, sich zu binden; es reicht, wenn die andere Partei aufgrund des objektiv verstandenen Sinns der Erklärung oder des Verhaltens nach Treu und Glauben annehmen konnte, die sich äussernde Partei habe einen Rechtsbindungswillen (BGE 144 III 93 E. 5.2.3; 143 III 157 E. 1.2.2). Das Bundesgericht überprüft diese objektivierte Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Gerichts über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist (Art. 105 Abs. 1 BGG; BGE 144 III 93 E. 5.2.3; Urteil 4A\_279/2020 vom 23. Februar 2021 E. 6.2; je mit Hinweisen).

**3.1.3.** Das Recht auf Beweis ist in Art. 152 Abs. 1 ZPO gesetzlich vorgesehen und wird aus Art. 8 ZGB abgeleitet. Danach hat die beweispflichtige Partei einen bundesrechtlichen Anspruch darauf, für rechtserhebliche bestrittene Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, wenn ihr Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des anwendbaren Prozessrechts entspricht (vgl. BGE 133 III 295 E. 7.1; 114 II 289 E. 2a). Dieses Recht wird auch vom Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV umfasst (BGE 131 I 153 E. 3 mit Hinweisen).

Das Recht auf Beweis schliesst eine vorweggenommene (antizipierte) Würdigung von Beweisen nicht aus (vgl. BGE 143 III 297 E. 9.3.2). Eine antizipierte Beweismittelwürdigung liegt vor, wenn das Gericht zum Schluss kommt, ein an sich taugliches Beweismittel vermöge seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer strittigen Tatsache, die es insbesondere aufgrund der bereits abgenommenen Beweismittel gewonnen hat, nicht zu erschüttern (BGE 143 III 297 E. 9.3.2; 140 I 285 E. 6.3.1; 138 III 374 E. 4.3.2). Bei dieser Überlegung hat das Gericht zu unterstellen, dass das Beweismittel zu Gunsten der Partei ausfällt, die es angerufen hat, und dafür spricht, dass die zu beweisende Behauptung zutrifft. Das Gericht kann auf ein beantragtes Beweismittel verzichten, wenn es ohne Willkür in

vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen darf, eine weitere Beweiserhebung würde seine Überzeugung nicht beeinflussen (**BGE 134 I 140** E. 5.3; **130 II 425** E. 2.1; je mit Hinweisen). Der Beweisanspruch ist jedoch verletzt, wenn einem Beweismittel zum vornherein jede Erheblichkeit abgesprochen wird, ohne dass hierfür sachliche Gründe angegeben werden können (**BGE 114 II 289** E. 2a). Ob die kantonalen Instanzen diese Grundsätze verletzt haben, prüft das Bundesgericht nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür, da insoweit nicht der Umfang des bundesrechtlichen Anspruchs auf Beweis oder rechtliches Gehör, sondern lediglich eine Frage der Beweiswürdigung zu beurteilen ist (**BGE 131 I 153** E. 3; **119 Ib 492** E. 5b/bb). Von einer antizipierten Beweiswürdigung ist ebenfalls die Rede, wenn das Gericht einem beantragten Beweismittel die Erheblichkeit oder die Tauglichkeit abspricht, um die behauptete Tatsache zu erstellen, zu deren Beweis es angerufen wurde. Das Gericht verzichtet diesfalls darauf, das von ihm als untauglich eingestufte Beweismittel abzunehmen - und zwar losgelöst von seiner Überzeugung hinsichtlich der Verwirklichung der damit zu erstellenden Tatsache, also insbesondere auch bei offenem Beweisergebnis (Urteil 4A\_279/2020 vom 23. Februar 2021 E. 6.3 mit Hinweisen).

**3.1.4.** Nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nimmt das Gericht jederzeit Beweis ab, wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Gegenstand des Verfahrens der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO ist nicht die abschliessende materiellrechtliche Beurteilung der streitigen Rechte oder Pflichten, sondern ausschliesslich eine Beweisabnahme im Hinblick auf die Feststellung eines bestimmten Sachverhalts (**BGE 143 III 113** E. 4.4.1). Die vorsorgliche Beweisführung dient einerseits der Beweissicherung, sie kann aber auch der Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten dienen. Eine hinreichende Klärung der Prozessaussichten kann nur mit der vorsorglichen Abnahme von Beweismitteln erreicht werden, welche zum Beweis der anspruchsbegründenden Tatsache tauglich sind und sich auch eignen, im Beweisverfahren eines allfälligen Hauptprozesses eine tragende Rolle zu spielen. Dies gilt ganz besonders, wenn eine solche Klärung eine Expertise erfordert (**BGE 140 III 16** E. 2.5; 24 E. 3.3.3; Urteil 4A\_165/2020 vom 14. Dezember 2020 E. 4.1.2; je mit Hinweisen).

Mit Blick auf den Zweck des Verfahrens der vorsorglichen Beweisführung sind alle in Art. 168 ff. ZPO vorgesehenen Beweismittel einer vorsorglichen Beweisführung zugänglich. Eine vorsorgliche Beweisführung ausserhalb des Prozesses schliesst nicht aus, dass die Parteien im Hauptprozess die erneute Abnahme des bereits vorsorglich abgenommenen Beweises beantragen (**BGE 142 III 40** E. 3.1.2). Weil im Stadium einer vorsorglichen Beweisführung vor Einleitung des Hauptprozesses das Prozessthema aber noch nicht abschliessend herausgeschält ist, trifft im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung primär die gesuchstellende Partei die Verantwortung dafür, dem Gericht die erforderlichen Angaben zum Sachverhalt zu machen und den Umfang der beantragten Beweisführung zu bestimmen (**BGE 140 III 16** E. 2.2.3). An die Zulässigkeit einer Beweisabnahme im Verfahren nach Art. 158 ZPO dürfen keine geringeren Anforderungen gestellt werden als an eine solche im Hauptprozess. Die vorsorgliche Beweisführung unterscheidet sich von der ordentlichen nur dadurch, dass sie zeitlich vorgelagert ist (WALTER FELLMANN, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 31b zu Art. 158 ZPO; zum Ganzen: BGE 143 III 113 E. 4.4.1 mit Hinweisen).

**3.2.** Die Beschwerdegegnerin begründete die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach Art. 82 OR mit Nachbesserungsansprüchen, die ihr aufgrund nicht vertragsgemässer Deckeninduktionsgeräte sowie nicht vertragsgemässer Rohrleitungen und Rohrschellen und damit zusammenhängender Korrosion und Leckagen entstanden seien. Die Beschwerdeführerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, ein Zurückbehaltrecht bestehe nicht, da ihr Anspruch auf die Werklohnrestanz nicht mehr aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis resultiere, sondern noviert worden sei, weil die Parteien durch die Anerkennung des Saldos der Schlussabrechnung eine faktische Saldovereinbarung getroffen hätten.

### **3.3.**

**3.3.1.** Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin habe ihre Tatsachenbehauptungen und Beweismittelofferten hinsichtlich der behaupteten Saldovereinbarung erst in ihrer Stellungnahme vom 29. Januar 2016 zur Duplik und damit nach dem Fall der Novenschranke vorgebracht. Da sie auch nicht nachgewiesen habe, dass die von ihr behaupteten Tatsachen echte oder unechte Noven im Sinne von Art. 229 ZPO darstellten, seien ihre Vorbringen nicht zu hören.

**3.3.2.** Im Übrigen widerspreche auch die Rechtsnatur der Schlussabrechnung nach Art. 153 SIA-Norm 118 einer Qualifikation als faktische Saldovereinbarung oder Kontokorrentverhältnis. Der Werkvertrag stelle nämlich kein Dauerschuldverhältnis dar, welches mit Saldierung aller Forderungen beendet werden könne. Ebensowenig bezwecke die Schlussabrechnung die gesamte Abrechnung über alle gegenwärtigen Forderungen der Vertragsparteien aus dem Werkvertrag. Sie sei auf Leistungen zu festen Preisen beschränkt und umfasse z.B. nicht Regiearbeiten, die unter dem Werkvertrag erbracht worden seien. Selbst für Leistungen zu festen Preisen berücksichtige sie keine Mehr- oder Mindervergütungen. Auch eine Verrechnung von gegenseitigen Forderungen finde mit der Schlussabrechnung nicht statt. Da somit kein Kontokorrentverhältnis vorliege, sei Art. 117 Abs. 2 OR nicht anwendbar und komme es zu keiner Novation des Schuldverhältnisses. Vielmehr stelle der Nachbesserungsanspruch einen modifizierten Erfüllungsanspruch des Bestellers dar, welcher in einem Austauschverhältnis mit dem Vergütungsanspruch des Unternehmers stehe, weshalb ein Zurückbehaltrecht nach Art. 82 OR geltend gemacht werden könne.

**3.3.3.** Alsdann prüfte die Vorinstanz Nachbesserungsansprüche der Beschwerdegegnerin aufgrund zweier geltend gemachter Mängel.

**3.3.3.1.** Hinsichtlich des Austauschs von Deckeninduktionsgeräten ging die Vorinstanz von einer gültigen Bestellsänderung durch die Beschwerdegegnerin aus und verneinte folglich einen Mangel.

**3.3.3.2.** Mit Bezug auf den von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Nachbesserungsanspruch aufgrund nicht vertragskonformen Rohrmaterials und Rohrschellen sowie damit zusammenhängender Korrosion und Leckagen bejahte die Vorinstanz demgegenüber einen Mangel.

Sie erwog, ein Mangel im Sinne des Fehlens einer vertraglich vereinbarten Eigenschaft liege bereits deshalb vor, weil die gelieferten Rohrleitungen und Rohrschellen unbestrittenermassen nicht den vertraglich vorgesehenen entsprachen. Daher sei ohne Belang, ob die verwendeten C-Stahlrohre dem Stand der Baukunst bei einer trockenen Kühlung entsprechen würden, wie die Beschwerdeführerin geltend machte. Entgegen ihrer Behauptung sei sodann erstellt, dass es aufgrund von Korrosion zu Leckagen gekommen sei, sodass die Rohrleitungen nicht zum üblichen Gebrauch tauglich seien, was ebenfalls einen Mangel darstelle. Der beigezogene Gutachter habe denn auch bestätigt, dass die Gebrauchstauglichkeit der Anlage nicht gegeben sei. Eine Ursache für die Leckagen sei demnach die mangelhafte Berücksichtigung des Korrosionsschutzes bei der Planung des Werks, wofür der Fachplaner, vorliegend die Streitberufene 1, verantwortlich sei. Eine zweite Ursache habe der Experte im Einbau der C-Stahlrohre erblickt. Durch die Wahl dieser Rohre seien die Leckagen früher aufgetreten, als wenn die vertraglich vorgesehenen geschweissten Gas- und Siederohre verwendet worden wären. Gemessen an der Wanddicke handle es sich bei den C-Stahlrohren im Vergleich zu denjenigen gemäss Leistungsverzeichnis zudem um solche minderer Qualität, was das Auftreten von Leckagen beschleunigt habe. Damit habe die Beschwerdeführerin gemäss Gutachter - unbesehen der Tatsache, dass es auch bei Einsatz der vertragsgemässen Rohre später zu Leckagen gekommen wäre - eine Teilursache für die Gebrauchsuntauglichkeit des Werks gesetzt, was für die Begründung eines Gewährleistungsanspruchs genüge. Zudem habe ein Teil der eingesetzten C-Strahlrohre einen höheren Schwefelgehalt aufgewiesen, als es den Vorgaben entspreche, sodass diese Rohre alle sog.

Grabenkorrosion aufgewiesen hätten. Damit habe die Beschwerdeführerin eine weitere Ursache für den Mangel gesetzt im Sinne mangelhafter Stoffqualität.

Hingegen habe nicht mehr geklärt werden können, ob auch das bei der Inbetriebnahme der Anlage verwendete Füllwasser eine Mitursache für die aufgetretene flächenmässige Korrosion gesetzt habe, wobei für die korrekte Inbetriebnahme ebenfalls der Unternehmer verantwortlich wäre. Ebenso sei nicht erwiesen, dass die von der Nebenintervenientin 2 auf Wunsch der Beschwerdegegnerin vorgenommenen Arbeiten an der Anlage im Juli 2012 die Korrosion verursacht hätten, wie die Beschwerdeführerin vorbringe. Gemäss Feststellung des Gutachters seien die Korrosionsbedingungen vor Sommer 2012 wesentlich aggressiver gewesen als danach, und die geringe Sauerstoffzufuhr aufgrund der Arbeiten der Nebenintervenientin 2 könnte die Korrosion gar verzögert haben. Es sei auch unklar, ob die hohen TOC-Gehalte im Wasser auf eine Verunreinigung mit Frostschutzmittel zurückzuführen seien, das im Rahmen der Arbeiten der Nebenintervenientin 2 eingesetzt worden sei. Die Beschwerdeführerin habe somit nicht bewiesen, dass die Nebenintervenientin 2 oder Dritte einen kausalen Beitrag zur mangelhaften Qualität des Füllwassers geleistet hätten und dass nicht ihre Handlungen zum desolaten Zustand des Wassers geführt hätten.

**3.3.3.3.** Die Vorinstanz hielt weiter fest, die Beschwerdegegnerin habe die Mängel innerhalb der vertraglichen Rügefrist von fünf Jahren geltend gemacht und das Werk damit rechtzeitig geprüft und gerügt. Eine Mängelbeseitigung durch Nachbesserung im Sinne des Ersatzes der nicht vertragsgemässen Rohrmaterialien (Rohrleitungen und Rohrschellen) sei zudem technisch möglich, was unbestritten sei. Dies gelte gemäss dem Gutachter auch für den Ersatz der korrodierten und lecken Rohrleitungen. Der Nachbesserungsanspruch der Beschwerdegegnerin sei ferner fällig und die Beschwerdeführerin in Verzug geraten. Die Beschwerdegegnerin habe der Beschwerdeführerin unter den gegebenen Umständen eine angemessene Frist zur Nachbesserung gesetzt. Spätestens mit der Erklärung der Beschwerdeführerin, keine Nachbesserung vornehmen zu wollen, sei auch mit Bezug auf die Leckagen der Verzug des Nachbesserungsanspruchs eingetreten.

Schliesslich entstünden der Beschwerdeführerin durch die verlangte Nachbesserung keine übermässigen Kosten, was sie auch nicht behauptet habe. Solches wäre nur anzunehmen, wenn die Verbesserungskosten in einem Missverhältnis zum Nutzen des Bestellers aufgrund der Nachbesserung stünden. Demgegenüber spiele bei dieser Interessenabwägung keine Rolle, ob die Kosten in einem vernünftigen Verhältnis zum Werklohn stünden. Gemäss Feststellung des Gutachters würden sich die Verbesserungskosten auf total Fr. 1'870'500.-- belaufen, wobei die Hauptursache in der mangelhaften Planung des Werks liege, wofür nicht die Beschwerdeführerin, sondern die Streitberufene 1 verantwortlich sei. Entsprechend müsse - im Rahmen der Übermässigkeitsprüfung - aufseiten der Beschwerdeführerin von deutlich tieferen Nachbesserungskosten ausgegangen werden. Der materielle und immaterielle Nutzen aufseiten der Beschwerdegegnerin übersteige demgegenüber selbst die Gesamtverbesserungskosten von Fr. 1'870'500.--, zumal die Gebrauchstauglichkeit des Werks bereits jetzt derart beeinträchtigt sei, dass ein Austausch der Rohrleitungen vorgenommen werden müsse und zudem mit weiteren Leckagen zu rechnen sei.

**3.3.4.** Auch die übrigen Voraussetzungen gemäss Art. 82 OR seien erfüllt, so die Vorinstanz abschliessend. Mithin stünden sich nach dem Gesagten der fällige Anspruch auf Werklohnrestanz und der ebenfalls fällige Nachbesserungsanspruch gegenüber. Diesen habe die Beschwerdeführerin zudem nicht erfüllt, da sie die Nachbesserung bis dato verweigert habe. Die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts durch die Beschwerdegegnerin sei auch nicht rechtsmissbräuchlich, was die Beschwerdeführerin ohnehin nicht behauptet habe.

Die Einrede nach Art. 82 OR sei daher begründet, sodass die Beschwerdegegnerin zu einer Zug-um-Zug-Leistung der Werklohnrestanz gegen Ersatz der verbauten C-Stahlrohre und einfachen Rohrschellen durch vertragsgemässes Rohrmaterial (Gas- und Siederohre sowie Kälterohrschellen) zu verurteilen sei. Die Beschwerdeführerin habe zudem sicherzustellen, dass die Anlage wieder korrekt mit vertragskonformem Wasser befüllt und in Betrieb genommen werde. Im Übrigen stehe es



den Parteien frei, sich zwecks Erzielung eines wirksamen Schutzes gegen Korrosion auf eine andere Art der Sanierung zu einigen.

**3.4.** Die vorstehend zusammengefassten Erwägungen der Vorinstanz sind überzeugend. Sie ist weder in tatsächlicher Hinsicht in Willkür verfallen noch hat sie sonstwie Bundesrecht verletzt.

**3.4.1.** Die Beschwerdeführerin bringt zunächst nichts vor, was die überzeugende vorinstanzliche Auffassung erschüttern könnte, wonach die Rechtsnatur der Schlussabrechnung gemäss Art. 153 der SIA-Norm 118 im Zusammenhang mit Werkverträgen gegen eine Qualifikation als faktische Saldovereinbarung oder Kontokorrentverhältnis **spreche**. Es ist nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz damit anerkannte Grundsätze der Vertragsauslegung (oben E. 3.1.2) verletzt hätte. Dies behauptet die Beschwerdeführerin auch nicht. Sie macht lediglich geltend, nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wirke eine Saldierung novatorisch. **Damit verkennt sie, dass die Vorinstanz eine Saldierung gerade verneinte, indem sie erwog, die Schlussabrechnung bezwecke nicht die gesamte Abrechnung über alle gegenwärtigen Forderungen der Vertragsparteien aus dem Werkvertrag. Dieser stelle kein Dauerschuldverhältnis dar, welches mit Saldierung aller Forderungen beendet werden könne. Aus dem zum Nachweis ihrer Rechtsauffassung herangezogenen Urteil 4A\_176/2019 vom 2. September 2019 (E. 3.2.2) kann die Beschwerdeführerin daher nichts für sich ableiten. Im Übrigen hat sich das Bundesgericht in jenem Urteil nicht dazu geäußert, ob mit der Saldierung durch die Bauleitung und Anerkennung durch die Bauherrin eine Saldovereinbarung entstand. Es hat lediglich festgehalten, dass die Vorinstanz dies angenommen habe. Daran ändern auch die angeführten Kommentarstellen nichts. Auch diese gehen davon aus, dass mit Art. 153 ff. SIA-Norm 118 keine globale Abrechnung aller offenen Forderungen aus dem Werkvertrag erfolgt und dass das Schuldverhältnis durch die Abrechnung nicht abgeschlossen wird.** Ebenso ist ohne Belang, von welcher Rechtsauffassung die Beschwerdegegnerin angeblich ausging, ist doch das Bundesgericht an die Rechtsauffassung der Parteien oder der Vorinstanz nicht gebunden. Auch ein Kontokorrentverhältnis verneinte die Vorinstanz schlüssig. Auf ihre diesbezüglichen Erwägungen kann verwiesen werden. Ihre Auffassung, wonach der Nachbesserungsanspruch einen modifizierten Erfüllungsanspruch des Bestellers darstellt, welcher in einem Austauschverhältnis mit dem Vergütungsanspruch des Unternehmers steht, weshalb ein Zurückbehalterecht nach Art. 82 OR geltend gemacht werden kann, leuchtet ein.

Nach dem Gesagten kann zudem offen bleiben, ob die Vorinstanz die Vorbringen der Beschwerdeführerin hinsichtlich der behaupteten Saldovereinbarung zu Recht als verspätet betrachtet und unberücksichtigt gelassen hat (oben E. 3.3.1). Die Beschwerdeführerin hatte diese Vorbringen in ihrer Stellungnahme vom 29. Januar 2016 zur Duplik der Beschwerdegegnerin und in einer Noveneingabe vom 5. März 2015 erhoben und rügt insofern eine Verletzung des rechtlichen Gehörs sowie des Rechts auf Beweis. Ausserdem habe sie die Vorbringen genügend substantiiert. Auf die diesbezüglichen Ausführungen in der Beschwerde, einschliesslich derjenigen zur Verletzung der Beweislastverteilung sowie der Dispositionsmaxime, braucht nicht eingegangen zu werden. Gleiches gilt für die Einwände gegen ein Zurückbehalterecht der Beschwerdegegnerin nach Art. 82 OR. Die Beschwerdeführerin stützt ihre Auffassung auf die von der Vorinstanz verworfene Annahme, das Rechtsverhältnis der Parteien sei noviert worden, sodass kein einheitliches (synallagmatisches) Rechtsverhältnis bestehe. Zum Vorliegen der von der Vorinstanz als erwiesen erachteten Mängel äussert sich die Beschwerdeführerin nicht. Sie zeigt somit nicht auf, dass die diesbezüglichen vorinstanzlichen Erwägungen unzutreffend wären.

Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz in Willkür verfallen wäre, indem sie hinsichtlich des verbauten Rohrmaterials und der Rohrschellen sowie der damit zusammenhängenden Korrosion und Leckagen einen von der Beschwerdeführerin zu verantwortenden Mangel bejahte. Die Vorinstanz stützte sich hierbei auf die Einschätzung des beigezogenen Experten, die sie nachvollziehbar als schlüssig beurteilte. Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, dass das Gutachten widersprüchlich oder unvollständig wäre, namentlich betreffend die Ursachen der Leckagen, und dass der Verzicht auf weitere Gutachten, etwa zu den Auswirkungen vagabundierender Elektroströme auf die Leckagen, willkürlich sein soll. Auch aus dem Gutachten ergeben sich soweit ersichtlich keine Hinweise auf

andere mögliche Ursachen der Leckagen, die weitere Beweismassnahmen aufgedrängt hätten. Die Vorinstanz verletzte somit nicht das Recht der Beschwerdeführerin auf Beweis, indem sie in antizipierter Würdigung der bereits abgenommenen Beweise auf weitere Gutachten verzichtete (vgl. **BGE 143 III 297 E. 9.3.2**). Auch insoweit, insbesondere betreffend vagabundierende Elektroströme, braucht mithin nicht geprüft zu werden, ob die Vorinstanz auf die Dupliknoten der Beschwerdeführerin hätte eintreten müssen. So oder anders begründete sie die Ursachen der gerügten Mängel schlüssig, sodass sie willkürfrei auf weitere Beweisabnahmen verzichtete. Die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerin geht nicht über appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid hinaus.

**3.4.2.** Die Beschwerdeführerin begründet auch nicht, inwiefern die Vorinstanz Bundesrecht verletzt haben soll, indem sie bei der Beweiswürdigung tel quel auf die im Rahmen der Beweissicherung erstatteten Gutachten abgestellt habe. Gleiches gilt für die Rüge, die Vorinstanz habe die Beweisanträge der Beschwerdeführerin ohne Begründung abgewiesen. Aus dem angefochtenen Entscheid erhellt, dass die Parteien im ordentlichen Beweisverfahren Gelegenheit hatten, dem Experten innerhalb des beschränkten Beweisthemas Ergänzungsfragen zu stellen. Ausserdem wurde der Experte in der Hauptverhandlung befragt. Damit hat die Vorinstanz nicht unzulässigerweise auf das provisorische Beweisergebnis der vorsorglichen Beweisabnahme abgestellt, wie die Beschwerdeführerin vorträgt. Im Übrigen ist nicht ersichtlich und behauptet die Beschwerdeführerin nicht, dass sie die angebliche Fehlerhaftigkeit des Beweisverfahrens gegenüber der Vorinstanz gerügt hätte. Dies gilt ebenso für die von dieser angeblich kritiklos zugelassenen Fragen der Beschwerdegegnerin an den Gutachter, wobei es der Beschwerdeführerin auch nach der Beschränkung des Beweisthemas im ordentlichen Beweisverfahren offen stand, ihre eigenen Fragen oder Ergänzungsfragen zu stellen oder die Erweiterung des Beweisthemas zu verlangen. Zudem erging der vorinstanzliche Verzicht auf eine weitere Beweisabnahme erst im Hauptverfahren, mithin im Rahmen der Beweiswürdigung, sodass das Bundesgericht die Rechtmässigkeit dieses Verzichts nur unter Willkür Gesichtspunkten beurteilt. Dass die Vorinstanz willkürlich auf weitere Beweise verzichtet hätte, trägt die Beschwerdeführerin nicht substantiiert vor.

Gleichfalls nicht zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz die im Beweissicherungsverfahren erstatteten Gutachten im Hauptverfahren lediglich ergänzen liess und keine neuen Gutachten einholte. Die Beschwerdeführerin unterlässt es aufzuzeigen, weshalb die Erstattung gänzlich neuer Gutachten erforderlich und zum besseren Beweis geeignet gewesen sein soll. Ebenso wenig müssen grundsätzlich im Hauptverfahren neue Gutachten eingeholt werden (vgl. oben E. 3.1.4). Träfe dies zu, wäre das Beweissicherungsverfahren unnütz. Soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung zivilprozessualer Beweisvorschriften rügt und vorbringt, es sei unklar, welche Aussagen der Parteien und Zeugen die Vorinstanz berücksichtigt habe und welche nicht, genügt die Beschwerde den gesetzlichen Begründungsanforderungen gemäss Art. 42 Abs. 2 BGG nicht. Die Beschwerdeführerin unterlässt es, anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids im Einzelnen aufzuzeigen, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegen soll.

#### **4.**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten zu tragen und die Beschwerdegegnerin angemessen zu entschädigen; den Nebenintervenientinnen 1 und 2 ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, zumal ihnen im bundesgerichtlichen Verfahren kein wesentlicher Aufwand entstanden ist (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 6'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

**3.**

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 7'000.-- zu entschädigen.

**4.**

Dieses Urteil wird den Parteien, der C. AG, der D. AG, (vormals E. AG, Zweigniederlassung Zürich, vormals F. AG) und dem Handelsgericht des Kantons Bern schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 26. April 2022

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Hohl

Der Gerichtsschreiber: Matt