

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

4A 319/2017

Urteil vom 23. November 2017

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,
Bundesrichterinnen Klett, Niquille,
Gerichtsschreiber Lüthi.

Verfahrensbeteiligte
A. _____ GmbH,
vertreten durch Rechtsanwälte
Dr. Marc Bernheim und Eva Gut,
Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Jost Schumacher,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Fristansetzung bei vertragswidriger Ausführung eines Werkes (Art. 366 Abs. 2 OR),

Beschwerde gegen den Beschluss
des Kantonsgerichts Schwyz, 2. Zivilkammer,
vom 10. Mai 2017 (ZK2 2016 64).

Sachverhalt:

A.
Gestützt auf einen zwischen ihr und der B. _____ AG (Unternehmerin, Gesuchsgegnerin, Beschwerdegegnerin) abgeschlossenen Werkvertrag stellte die A. _____ GmbH (Bestellerin, Gesuchstellerin, Beschwerdeführerin) am 15. November 2012 dem Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Küssnacht ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung betreffend Mängel des Werks (Rechtsbegehren Ziff. 1). Sie beantragte zudem, der Gesuchsgegnerin sei Frist bis zum 31. März 2013, eventualiter bis zu einem vom Gericht vorgegebenen Termin, anzusetzen, um die vom Sachverständigen gemäss Rechtsbegehren 1 festgestellten Mängel nachzubessern, unter der Androhung, dass bei vollständig oder teilweise unbenutztem Ablauf der Frist dannzumal noch offene Nachbesserungsarbeiten auf Gefahr und Kosten der Gesuchsgegnerin einem Dritten übertragen werden (Ersatzvornahme) (Rechtsbegehren Ziff. 2).
Der Einzelrichter eröffnete zwei separate Dossiers für das Verfahren um vorsorgliche Beweisführung einerseits (ZES 2012 172a) und den sich auf Art. 366 Abs. 2 OR stützenden Antrag andererseits (ZES 2012 172b). Mit Verfügung vom 25. November 2016 schrieb er das Verfahren um vorsorgliche Beweisführung ab (Dispositivziff. 1 lit. a). Auf das Gesuch um Fristansetzung für Nachbesserungsarbeiten trat er infolge fehlender sachlicher Zuständigkeit nicht ein (Dispositivziff. 1 lit. b). Er bejahte grundsätzlich seine sachliche Zuständigkeit bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäss Art. 366 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 248 und Art. 250 lit. b Ziff. 3 ZPO sowie § 31 Abs. 2 lit. d des Justizgesetzes des Kantons Schwyz vom 18. November 2009 (JG; SRSZ 231.110). Er befand jedoch, die Gesuchstellerin werfe der Gesuchsgegnerin selber vor, die Baustelle im Jahr 2009 verlassen zu haben. Zudem habe die Gesuchsgegnerin unter Berufung auf ein Schreiben der Gesuchstellerin vom 18. August 2012 geltend gemacht, ihr sei das Werk spätestens an diesem Datum entzogen worden. Aus beidem ergebe sich, dass die Gesuchsgegnerin seit mehreren Jahren nicht mehr auf der Baustelle tätig gewesen sei. Deshalb seien die Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 2 OR nicht

gegeben, da das Verfahren um Fristansetzung nicht "während der Ausführung des Werkes" eingeleitet worden sei.

Die von der Gesuchstellerin gegen die Verfügung vom 25. November 2016 erhobene Berufung, mit welcher diese die kostenfällige Aufhebung von Dispositivziff. 1 lit. b der Verfügung vom 25. November 2016 verlangte, wies das Kantonsgericht Schwyz mit Beschluss vom 10. Mai 2017 ab.

B.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht, der Beschluss des Kantonsgerichts Schwyz vom 10. Mai 2017 sei kostenfällig aufzuheben und das Einzelgericht des Bezirksgerichts Küsnacht sei für das Gesuch vom 15. November 2012 (Prozess-Nummer ZES 2012 172b) als zuständig zu erklären und die Sache an das Einzelgericht zurückzuweisen (Rechtsbegehren Ziff. 1). Eventualiter sei der Beschluss des Kantonsgerichts Schwyz vom 10. Mai 2017 aufzuheben und das Einzelgericht des Bezirksgerichts Küsnacht anzuweisen, eine Neubeurteilung der sachlichen Zuständigkeit und gegebenenfalls der Verfahrensüberweisung vorzunehmen.

Die Beschwerdegegnerin trägt auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde an, soweit darauf einzutreten ist. Die Vorinstanz nahm Stellung zu Rügen betreffend die Sachverhaltsfeststellung und verwies im Übrigen auf ihren Entscheid. Die Parteien haben unaufgefordert eine Beschwerderekopie und -duplik eingereicht.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Streitwert beträgt nach den vorinstanzlichen Feststellungen über Fr. 100'000.--. Die übrigen Eintretensvoraussetzungen geben keinen Anlass für Bemerkungen. Auf die Beschwerde ist - unter Vorbehalt einer rechtsgenügenden Begründung - einzutreten.

1.2. Die Beschwerde ist binnen der Beschwerdefrist (Art. 100 BGG) zu begründen. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs sind Bemerkungen zur Beschwerdeantwort zulässig. Sofern zu den Bemerkungen aber nicht erst die Beschwerdeantwort, sondern bereits der angefochtene Entscheid Anlass gegeben hätte, sind sie mit Blick auf die Frist zur Beschwerdebegründung verspätet. Sie können nicht dazu dienen, Versäumnisse in der Beschwerdeschrift nachzuholen (vgl. BGE 135 I 19 E. 2.2 S. 21; 132 I 42 E. 3.3.4 S. 47; Urteil 4A 301/2016 vom 15. Dezember 2016 E. 10.2, nicht publ. in: BGE 143 III 79).

1.3. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Mit Blick auf die allgemeinen Begründungsanforderungen an eine Beschwerde (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 eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f. mit Hinweisen). Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 BGG, 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 S. 89, 115 E. 2 S. 116). Erfüllt eine Beschwerde diese Anforderungen nicht, ist darauf nicht einzutreten.

1.4. 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 S. 17 f. 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 S. 117 mit Hinweis). 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 S. 266 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 S. 18 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 S. 90 mit Hinweisen). 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 S. 18).

Beide Parteien machen umfangreiche Sachverhaltsergänzungen, ohne dass die Voraussetzungen dafür gegeben wären bzw. von ihnen aufgezeigt würden. Darauf ist nicht einzutreten; massgeblich ist der von der Vorinstanz festgestellte Sachverhalt. Dies betrifft auch die SIA-Norm 118, welche nach der Beschwerdeführerin zur Anwendung käme, ohne dass sich die Vorinstanz aber zu einer entsprechenden Vereinbarung der Parteien überhaupt geäussert, geschweige denn eine solche festgestellt hätte.

2.

Lässt sich während der Ausführung des Werkes eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung durch Verschulden des Unternehmers bestimmt voraussehen, so kann ihm der Besteller eine angemessene Frist zur Abhilfe ansetzen oder ansetzen lassen mit der Androhung, dass im Unterlassungsfalle die Verbesserung oder die Fortführung des Werkes auf Gefahr und Kosten des Unternehmers einem Dritten übertragen werde (Art. 366 Abs. 2 OR). Die Beurteilung des Gesuchs erfolgt im summarischen Verfahren (Art. 250 lit. b Ziff. 3 ZPO).

2.1. Die Vorinstanz erwog, es sei erstens unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin ihre Arbeiten eingestellt und die Baustelle verlassen hatte, bevor die Beschwerdeführerin um Fristansetzung im Sinne von Art. 366 Abs. 2 OR ersuchte. Zweitens sei unbestritten, dass die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin das Werk entzogen habe, was "aktenmässig durch die Einigung der Parteien im Sommer 2012 über die Einstellung der weiteren Zusammenarbeit belegt" sei. Jedenfalls habe die Beschwerdeführerin mit der Berufung die Tatsache des Werkentzugs nicht bestritten.

Umstritten sei jedoch, ob sich das Werk im Sinn von Art. 366 Abs. 2 OR noch in Ausführung befunden habe, was die Erstinstanz verneint habe. Die Beschwerdeführerin bestreite, dass die Werke der jeweiligen Projektphasen vollendet bzw. abgeliefert worden seien. Zwar ergebe sich aus dem Wortlaut "während der Ausführung des Werkes", dass nach der Vollendung oder gar der Ablieferung des Werks Art. 366 Abs. 2 OR keine Anwendung mehr finde. Das seien jedoch nicht die einzigen massgeblichen Kriterien. Art. 366 Abs. 2 OR bezwecke nämlich, den Besteller in die Lage zu versetzen, eine mangelhafte oder vertragswidrige Erstellung des Werkes rechtzeitig zu stoppen, weshalb die Verhinderung einer mangelhaften Werkerstellung praktisch noch möglich sein müsse. Das setze aber voraus, dass sich das Werk tatsächlich noch in Ausführung befindet und nicht bloss rechtlich allenfalls als nicht abgenommen oder abgeliefert gelte. Das Gericht könne somit gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR nur während der (tatsächlichen) Werkausführung angerufen werden.

2.2. Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, weil die Vorinstanz ihre rechtliche Auffassung zu Art. 366 Abs. 2 OR nicht begründet habe. Die Rüge ist nicht gerechtfertigt. Die Vorinstanz hat unter Hinweis auf den Zweck von Art. 366 Abs. 2 OR dargelegt, weshalb es entgegen der Beschwerdeführerin nicht auf den rechtlichen Begriff der Ablieferung ankomme. Der Begründungspflicht ist Genüge getan, wenn eine Beschwerdeführerin in der Lage ist, den Entscheid sachgerecht anzufechten. Das ist hier der Fall.

2.3. Die Beschwerdeführerin rügt, nach der einhelligen Lehre komme es nach Art. 366 Abs. 2 OR darauf an, ob eine Ablieferung des vollendeten Werks stattgefunden habe. Die Vorinstanz habe diese rechtliche Voraussetzung des Art. 366 Abs. 2 OR zu Unrecht gar nicht geprüft. Vollendet sei das Werk erst, wenn der Unternehmer alle vereinbarten Arbeiten ausgeführt habe, das Werk also fertiggestellt sei. Wäre dies nicht der Fall, könnte sonst jeder Unternehmer ein halbfertiges Werk hinterlassen, einseitig aus einem noch nicht erfüllten Vertrag "davonlaufen" und den Besteller damit seiner Rechte gemäss Art. 366 Abs. 2 OR berauben. Sie bestreitet, dass das Werk in diesem Sinn vollendet und abgeliefert war.

2.3.1. Der Beschwerdeführerin ist beizupflichten, dass die Abgrenzung zwischen Art. 366 Abs. 2 OR und Art. 368 Abs. 2 OR davon abhängt, ob das Werk abgeliefert wurde (ZINDEL/PULVER/SCHOTT, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 1 f. zu Art. 366 OR; ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, 1998, N. 508 f. zu Art. 366 OR; THEODOR BÜHLER, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1998, N. 62 zu Art. 366 OR; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl. 2011, Rz. 874 einerseits, Rz. 1359 ff. andererseits). Das ergibt sich allein schon aus der Systematik. Art. 366 Abs. 2 OR betrifft Ansprüche, die "während der Ausführung des Werkes" entstehen. Die nachfolgende Bestimmung, Art. 367 OR, beginnt mit "Nach Ablieferung des Werkes hat der Besteller..." und Art.

368 OR regelt dann die Rechte des Bestellers, wenn nach Ablieferung i.S.v. Art. 367 OR Mängel festgestellt worden sind. Art. 366 OR betrifft daher die Situation vor Ablieferung.

Ablieferung ist die Übergabe des vollendeten Werkes; das Werk ist vollendet, wenn alle vertraglich vereinbarten Arbeiten ausgeführt sind. Die Ablieferung setzt nicht voraus, dass das Werk mängelfrei ist. Sie kann erfolgen durch Übergabe oder durch ausdrückliche oder stillschweigende Mitteilung des Unternehmers (BGE 129 III 738 E. 7.2 S. 748; 115 II 456 E. 4 S. 458 f.; Urteile 4A 401/2015 vom 8. Januar 2016 E. 2.1; 4A 252/2010 vom 25. November 2010 E. 5.3; 4A 51/2007 vom 11. September 2007 E. 4.5; je mit Hinweisen). Nimmt der Besteller das Werk in Gebrauch, so gilt es als abgeliefert (BGE 115 II 456 E. 4 S. 459; zit. Urteil 4A 401/2015 E. 2.1; Urteile 4A 275/2009 vom 12. August 2009 E. 3; 4C.469/2004 vom 17. März 2005 E. 2.2).

Im Einzelfall geht die Rechtsprechung gestützt auf Art. 2 ZGB trotz fehlender Vollendung von einer Ablieferung aus, wenn die ausstehenden Arbeiten im Vergleich zu den Gesamtkosten ausserordentlich gering sind (zit. Urteil 4C.469/2004 E. 2.3 mit Hinweisen; Urteil 4C.540/1996 vom 17. Oktober 1997 E. 2a). Dies in Übereinstimmung mit einem Teil der Lehre, wonach dem Besteller überhaupt aufgrund von Treu und Glauben der Einwand der Nichtvollendung verwehrt bleibt, wenn und nachdem er durch ausdrückliche Erklärung, durch Schweigen oder durch sein sonstiges Verhalten das berechnete Vertrauen des Unternehmers erweckt hat, er lasse das Werk als abgeliefert gelten (GAUCH, a.a.O., Rz. 87, 92 und 101 ff.). Ein anderer Teil der Lehre nimmt sodann grundsätzlich an, auch unvollendete Werke könnten abgeliefert sein (KOLLER, a.a.O., N. 315 f. zu Art. 363 OR mit Hinweisen. Vgl. zur Diskussion auch ZINDEL/PULVER/SCHOTT, a.a.O., N. 3 zu Art. 367 OR).

Weiter gilt ein Werk trotz fehlender Fertigstellung bei vorzeitiger Vertragsbeendigung, sei es zufolge Kündigung oder einvernehmlicher Vertragsaufhebung, im dannzumaligen Zustand als abgeliefert und die damit verbundenen Rechtsfolgen auslösend (BGE 130 III 362 E. 4.2 S. 366; Urteil 4A 53/2012 vom 31. Juli 2012 E. 4.3; GAUCH, a.a.O., Rz. 2434; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, a.a.O., N. 3 zu Art. 367 OR).

2.3.2. Die Vorinstanz hat wie erwähnt das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 18. August 2012 als Beleg für deren "Entzug" des Werks gewürdigt, wobei sie - genau genommen - nicht von einem (einseitigen) Entzug ausgeht, sondern von einer Einigung der Parteien über die Einstellung der weiteren Zusammenarbeit.

2.3.2.1. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe das Schreiben vom 18. August 2012 offensichtlich falsch verstanden. Das Projekt habe nämlich aus drei Etappen bestanden. Sie habe die dritte Etappe an einen anderen Baumeister vergeben, nachdem die Beschwerdegegnerin die Baustelle bereits im Jahr 2009 verlassen und anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 12. Juli 2012 ausgeführt hatte, eine weitere Zusammenarbeit sei nicht mehr möglich. Auf diese Schlichtungsverhandlung beziehe sich das Schreiben vom 18. August 2012. Wenn eine Einigung über die Beendigung der Zusammenarbeit vorgelegen hätte, so hätte diese lediglich diese nicht verfahrensgegenständliche dritte Etappe betroffen.

Dass sie, die Beschwerdeführerin, nicht bereit gewesen sei, die grossen Probleme der Undichtigkeiten, Deckenstärken und Deckenniveaus aus der verfahrensgegenständlichen ersten Etappe hinzunehmen, habe sie im relevanten Zeitraum Sommer/Herbst 2012 deutlich manifestiert. So habe sie am 29. Mai 2012 ein Schlichtungsgesuch gestellt und noch gleichentags der Beschwerdegegnerin eine ausführliche Mängelrüge zukommen lassen. Von einer Einigung könne vor diesem Hintergrund nicht ausgegangen werden. Trotz entsprechenden Aufforderungen ihrerseits habe sich die Beschwerdegegnerin aktenkundigerweise geweigert, vertraglich geschuldete Leistungen auszuführen. Sie verweist diesbezüglich auf ihre Ausführungen im Gesuch vom 15. November 2012 und darauf, dass die Beschwerdegegnerin im erstinstanzlichen Verfahren selber ausgeführt habe: "Die Gesuchsgegnerin hatte der Gesuchstellerin schon vermehrt mitgeteilt, dass sie keinerlei Verbesserungsarbeiten am Bauobjekt 'X. _____' mehr ausführen wird". In diesem Umfeld, insbesondere angesichts des im Schreiben vom 18. August 2012 explizit enthaltenen Hinweises auf das anstehende Gerichtsverfahren, habe dieses Schreiben schlicht nicht als Verzicht auf die Ansprüche betreffend die erste Etappe verstanden werden dürfen bzw. als Werkentzug betreffend diese verfahrensgegenständliche Etappe.

2.3.2.2. Mit dem Schreiben vom 18. August 2012 wurde gestützt auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine (einseitige) Bestellsänderung hinsichtlich der dritten Bauetappe mitgeteilt bzw. ein Verzicht darauf, auch diese dritte Etappe durch die Beschwerdegegnerin ausführen zu lassen. Das ergibt sich aus dem ersten Absatz dieses Schreibens und dem Betreffvermerk "Bestellsänderung". Insofern ist der Beschwerdeführerin ohne weiteres zu folgen.

Vorliegend geht es einzig darum, ob hinsichtlich der bereits ausgeführten Etappen von einer Ablieferung im Rechtssinn auszugehen ist. Dies ist zu bejahen. Aus dem zweiten Absatz des

Schreibens vom 18. August 2012 ergibt sich, dass ein Streit bestand betreffend Bauqualität, Bauleranzen und Undichtigkeiten des Baukörpers der bereits ausgeführten Bauetappen. Dass die Beschwerdeführerin auf die Beseitigung dieser von ihr erwähnten Mängel verzichtet hätte, kann offensichtlich nicht angenommen werden, nachdem diesbezüglich explizit erwähnt wird, der Streit darüber werde vor Gericht ausgetragen werden müssen. Das ist aber auch nicht der entscheidende Punkt. Die Beschwerdeführerin verkennt, dass Ablieferung nicht voraussetzt, dass das Werk mängelfrei ist (vgl. E. 2.3.1 hiervor). Von Bedeutung ist vielmehr, dass nach der eigenen Darstellung der Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift auch aufgrund der Aussagen an der Schlichtungsverhandlung zwischen den Parteien Einigkeit darüber bestand, dass eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr möglich war, nachdem die Beschwerdegegnerin spätestens bereits 2009 die Baustelle verlassen hatte und mit der von der Beschwerdeführerin selber zitierten Aussage mehrmals mitgeteilt hatte, dass sie keine

Verbesserungsarbeiten am Bauobjekt mehr ausführen werde. Es kann offenbleiben, ob man gestützt auf das Schreiben vom 18. August 2012 bzw. die vorausgegangene Schlichtungsverhandlung eine eigentliche Einigung zwischen den Parteien annehmen will, wonach die Zusammenarbeit beendet ist und die bisherige Arbeit deshalb als abgeliefert zu gelten hat. Jedenfalls musste die Beschwerdeführerin mindestens rund drei Jahre nach dem Verlassen der Baustelle durch die Beschwerdegegnerin nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass diese ihre Arbeiten als abgeliefert betrachtete. Dass sie in diesem Zeitraum über die Mängelrügen hinaus die fehlende Fertigstellung moniert hätte, wird von der Vorinstanz nicht festgestellt und die Beschwerdeführerin legt in der Beschwerdeschrift (vgl. E. 1.2 hiervor) nicht rechtsgenügend dar, dass die Vorinstanz entsprechende Feststellungen trotz entsprechender Vorbringen in der Berufungsschrift rechtsfehlerhaft unterlassen hätte (vgl. E. 1.4 hiervor).

Die Vorinstanz ging im Ergebnis somit zutreffend davon aus, dass sich die Beschwerdeführerin nicht mehr auf Art. 366 Abs. 2 OR stützen konnte, als sie das Gesuch beim Einzelrichter im summarischen Verfahren stellte. Damit muss auf die prozessuale Begründung der Vorinstanz nicht mehr eingegangen werden.

3.

Für den Fall, dass entgegen ihrem hauptsächlichen Standpunkt davon ausgegangen würde, die Beschwerdegegnerin habe ein (vollendetes) Werk abgeliefert, wäre nach Auffassung der Beschwerdeführerin Art. 366 Abs. 2 OR trotzdem anwendbar, weil diese Norm nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Mehrheit der dazu publizierenden Autoren analog anwendbar sei, wenn ein Unternehmer die Nachbesserung eines vollendeten und abgelieferten, aber mangelhaften Werks nicht vertragskonform vornimmt. Die Beschwerdeführerin scheint mit diesem Hinweis ohne Weiteres davon auszugehen, auch in diesem Fall sei Art. 250 ZPO für eine gerichtliche Fristansetzung anwendbar. Sie begründet dies aber nicht weiter.

Die von der Beschwerdeführerin zitierte Lehre (ZINDEL/PULVER/SCHOTT, a.a.O., N. 28 zu Art. 366 OR; KOLLER, a.a.O., N. 509 und 621 zu Art. 366 OR) bezieht sich primär auf BGE 107 II 50. Damit lässt sich indessen die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters im summarischen Verfahren nicht begründen. Mit BGE 107 II 50 E. 3 S. 55 f. wurde dem Besteller nach Ablieferung des Werks das Recht eingeräumt, dessen Verbesserung durch einen Dritten ohne vorgängige gerichtliche Ermächtigung ausführen zu lassen und dafür Ersatz zu verlangen. Denn auch wenn Art. 368 Abs. 2 OR ein solches Recht im Gegensatz zu Art. 366 Abs. 2 OR nicht ausdrücklich erwähne, bestehe ein Bedürfnis des Bestellers nach einer solchen Ersatzvornahme auch nach Ablieferung des Werks. Damit wurde dem Besteller ermöglicht, ohne gerichtliche Hilfe zur Ersatzvornahme zu schreiten. Vorliegend stellt sich aber die Frage, ob der Besteller auch nach Ablieferung des Werks ein gerichtliches Vorgehen gemäss Art. 250 ZPO verlangen kann, obwohl die ZPO die Ersatzvornahme gestützt auf Art. 368 Abs. 2 OR nicht nennt, sondern nur Art. 366 Abs. 2 OR (Fristansetzung; Art. 250 lit. b Ziff. 3 ZPO) sowie die allgemeine Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR (Ermächtigung; Art. 250 lit. a

Ziff. 4 ZPO). Zu Art. 98 Abs. 1 OR hat das Bundesgericht dargelegt, dass ein Summarverfahren angesichts der beschränkten Beweismittel nicht geeignet ist, vorfrageweise die Leistungspflicht als solche zu beurteilen. Sobald diese also vom Streitgegenstand erfasst wird, hat die Beurteilung im ordentlichen, gegebenenfalls im vereinfachten Verfahren zu erfolgen (BGE 142 III 321 E. 4.4.1 S. 326 und E. 4.5 S. 328. Kritisch zu diesem Urteil: ALFRED KOLLER, Bemerkungen zu BGE 142 III 321, AJP 2016 S. 979 f. Zustimmend: ANGSTMANN/VON DER CRONE, Ersatzvornahme nach Art. 98 OR, SZW 2016 S. 418 ff.). Auch vorliegend ist entscheidend, was Gegenstand des Summarverfahrens nach Art. 366 Abs. 2 OR ist. Der Summarrichter hat nach dieser Bestimmung zu prüfen, ob eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung bestimmt voraussehbar ist. Sicherheit braucht es dafür nicht, vielmehr genügt, dass sich die mangelhafte Ausführung objektiv voraussehen lässt; bloss subjektive Einschätzungen genügen allerdings nicht (Urteil 4A 323/2012

vom 10. September 2012 E. 2). Diese Voraussetzbarkeit ist (nebst dem Verschulden) Grundlage für die Fristansetzung durch den Summarrichter; und dies ist im Summarverfahren auch beurteilbar. Im Rahmen von Art. 368 Abs. 2

OR, also im Bereich der werkvertraglichen Mängelrechte, kann es dagegen zum vornherein nicht (mehr) um dieselben Voraussetzungen gehen, weshalb Art. 366 Abs. 2 OR, soweit es um die gerichtliche Fristansetzung geht, nicht analog angewendet werden kann. Ein diesbezügliches Summarverfahren gestützt auf Art. 250 ZPO fällt daher ausser Betracht.

4.

Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, die Erstinstanz und mit ihr die Vorinstanz hätten durch ihr fehlerhaftes Vorgehen betreffend doppelrelevante Tatsachen Art. 59 und 60 ZPO verletzt. Sie rügt sodann eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz, weil sie das diesbezüglich fehlerhafte Vorgehen der Erstinstanz bereits in der Berufungsreplik gerügt habe, die Vorinstanz aber mit keinem Wort zu erkennen gegeben habe, ob sie dieses Thema überhaupt zur Kenntnis genommen habe.

Die Vorinstanz mag dieses Thema nicht ausdrücklich behandelt haben, das rechtliche Gehör hat sie dadurch gleichwohl nicht verletzt. Die Beschwerdeführerin beruft sich nämlich selber konkret lediglich auf ihre diesbezügliche Kritik in der Berufungsreplik; dass sie entsprechende Rügen bereits in der Berufungsschrift selber vorgebracht hätte, legt sie nicht dar. Die Vorinstanz hat aber in anderem Zusammenhang zutreffend unter Hinweis auf Art. 317 ZPO dargelegt, dass Ausführungen in der Stellungnahme zur Berufungsantwort (unter Vorbehalt spezieller Verhältnisse) verspätet und unzulässig sind. Fehlten somit in der Berufung entsprechende Rügen, war die Vorinstanz auch nicht gehalten, sich dazu weiter zu äussern. Denn um der in Art. 311 Abs. 1 ZPO verankerten Pflicht zur Begründung der Berufung Genüge zu tun, muss die Berufungsklägerin aufzeigen, inwiefern sie den angefochtenen Entscheid als fehlerhaft erachtet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375; Urteile 4A 174/2017 vom 1. September 2017 E. 4.4.2.4; 4A 397/2016 vom 30. November 2016 E. 3.1; 5A 111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3).

Auf die behauptete Verletzung von Art. 59 f. ZPO ist mangels eines schutzwürdigen Interesses der Beschwerdeführerin nicht einzutreten. Wie ausgeführt, wurde erst nach Ausführung des Werkes um gerichtliche Fristansetzung ersucht, wofür sich die Beschwerdeführerin nicht mehr auf Art. 366 Abs. 2 OR berufen konnte (E. 2.3.2.2). Die kantonalen Instanzen fassten die zeitliche Voraussetzung "während der Ausführung des Werkes" (jedenfalls auch) als prozessrechtliche Vorgabe auf und traten nicht auf das Gesuch ein. Aus Sicht der Beschwerdeführerin hätte dieser Punkt jedoch erst bei der materiellen Beurteilung (vertieft) geprüft werden dürfen. Konsequenz ihrer Ansicht wäre, dass das Gesuch abzuweisen ist anstatt nicht darauf einzutreten. Inwiefern die Beschwerdeführerin als Gesuchstellerin ein schutzwürdiges Interesse haben könne, eine Abweisung anstatt ein Nichteintreten zu erlangen, ist aber nicht ersichtlich und wird von ihr auch nicht dargetan. Auf diese Rüge ist daher nicht einzutreten und es bleibt ohne Weiteres bei der vorinstanzlichen Beurteilung. Das Bundesgericht hat sich deshalb hier nicht dazu zu äussern, wie diese Voraussetzung einzuordnen wäre.

5.

Demzufolge ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

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 und dem Kantonsgericht Schwyz, 2. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 23. November 2017

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Der Gerichtsschreiber: Lüthi