

ZH_HANDELSGERICHT HG200029 vom 23. November 2021

Zh Handelsgericht, 2021-11-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG200029

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG200029 du 23 novembre 2021

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG200029 del 23 novembre 2021

Erwägungen

E. 1

Formelles

E. 1.1

Zuständigkeit Die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ist unbestritten; sie ergibt sich aus einer Gerichtsstandsklausel, welche sich in Ziffer 3.14 der Allgemeinen Vertragsbedingungen der Beklagten findet (act. 3/1 S. 12). Gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ist das Handelsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit sachlich zuständig.

E. 1.2

Weitere Prozessvoraussetzungen Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind erfüllt und geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass. Auf die Klage ist einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

E. 2

Umfang und Vollendung der werkvertraglichen Arbeiten

E. 2.1

Vorbemerkung Im Werkvertrag haben die Parteien die allgemeinen Vertragsbestimmungen der Beklagten (act. 3/1, fortan "AVB") zum festen Vertragsbestandteil erklärt (act. 3/3 S. 1). Gemäss diesen kommen auf das vorliegende Vertragsverhältnis die Regelungen der SIA-Norm 118 in der Ausgabe 1977/91 zur Anwendung, soweit sie nicht durch die AVB ergänzt oder abgeändert werden (act. 3/1 S. 7 und S. 17). Dies wird im Folgenden zu beachten sein.

E. 2.2

Standpunkte der Parteien Zwischen den Parteien ist primär strittig, ob das Verputzen der Räumlichkeiten im Untergeschoss zu den werkvertraglich geschuldeten Arbeiten gehörte, das Werk

- 5 - infolge Nichtausführung dieser Arbeiten bis heute unvollendet und der (restliche) Werklohn demnach noch nicht fällig geworden ist. Die Klägerin macht geltend, das Verputzen dieser Räumlichkeiten sei nicht Bestandteil des Werkvertrages gewesen. Im Devis, welches als integrierender Bestandteil des Werkvertrages zu betrachten sei, sei auf Seite 2 unter Ziffer 1.1 folgendes festgehalten: "Die Tiefgarage und das Untergeschoss werden ebenfalls nicht verputzt". Auf Seite 3 unter Ziffer 3 des Devis stehe: "Alle Decken, ausser die der Untergeschosse" (act. 32 S. 3). Die Beklagte entgegnet, im Untergeschoss seien 128.95 m² Wandfläche und 68.35 m² Deckenfläche nicht verputzt worden. Diese Flächen seien in den Ausführungsplänen ersichtlich (act. 16 S. 4). Das Devis sei

Bestandteil der Offerte, welche nicht Vertragsbestandteil sei und auch nicht von der Klägerin erstellt worden sei (act. 36 S. 11). Auch wenn das Offertblatt und somit die Devisierung nicht Vertragsbestandteil geworden seien, würden jedoch die Ausmasse des Leistungsbeschreibs mit dem Auszug "Verputzte Flächen" übereinstimmen. Zudem werde im Werkvertrag klar dargelegt, dass Gipsarbeiten und Trockenbau beplanen aller Steigzonen in allen Wohnungen und Gewerbe [Hervorhebung durch die Beklagte] beauftragt würden. Das Gewerbe befinde sich unter anderem im UG. Die Gewerberäumlichkeiten im UG, die Steigzonen im UG sowie die Treppe und unterhalb der Rampe seien somit klar Bestandteil des Werkvertrages (act. 36 S. 14).

E. 2.3

Rechtliches

E. 2.3.1

Zur Vollendung Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werks und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (Art. 363 OR). Vorbehaltlich anderer Abreden hat der Besteller die Vergütung bei der Ablieferung des Werks zu bezahlen (Art. 372 OR). Die Ablieferung setzt voraus, dass das Werk vollendet ist. Von der Vollendung ist die Mangelfreiheit des Werks zu unterscheiden. Die Mangelhaftigkeit des Werks verhindert die Fälligkeit des Werklohns grundsätzlich

- 6 - nicht (BGE 129 III 738 E. 7.2; GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf, 2019, N 1155). Ein Werk ist vollendet, sobald feststeht, dass der Unternehmer für das herzustellende Werk keine oder bloss noch untergeordnete Arbeiten zu leisten hat (BGer 4A_319/2017 vom 23. November 2017 E. 2.3.1).

E. 2.3.2

Zur Vertragsauslegung Haben die Parteien unterschiedliche Auffassungen über den massgeblichen Inhalt eines Vertrages, ist das Gericht aufgerufen, durch Vertragsauslegung das Vereinbarte zu ermitteln (SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern, 2020, § 33 N 33.01). Der Inhalt eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien im Rahmen der objektivierten Vertragsauslegung aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei hat der klare Wortlaut Vorrang vor weiteren Auslegungsmitteln, es sei denn, er erweise sich auf Grund anderer Vertragsbedingungen, dem von den Parteien verfolgten Zweck oder weiteren Umständen als nur scheinbar klar (BGE 138 III 659 E. 4.2.1). Trotz des Vorrangs eines übereinstimmenden tatsächlichen Vertragswillens ist zunächst eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vorzunehmen (vgl. HG190127 vom 20. Juli 2021 E. 4.4.3). Diejenige Partei, die einen vom objektiven Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Konsens geltend macht, ist dafür beweispflichtig. Gelingt der Beweis nicht, bleibt das objektive Auslegungsergebnis massgebend (BGE 121 III 118 E. 4.b.aa, BGer 4A_683/2011 vom 6. März 2012 E. 5.1 f.).

E. 2.4

Würdigung

E. 2.4.1

Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip

- 7 - Die Beschreibung der werkvertraglichen Arbeiten befindet sich nur zum Teil im Werkvertrag selbst. So werden auf Seite 2 und 3 des Werkvertrags unter dem Titel "Ebenfalls inbegriffene Leistungen (ergänzende zum Devis)" lediglich einige präzisierende bzw. ergänzende Arbeiten aufgeführt (act. 3/3 S. 2 f.). Für den hauptsächlichen Leistungsbeschrieb wird auf das Devis verwiesen, wie sich aus dem genannten Titel ergibt. Das Devis war im Vorfeld des Vertragsschlusses ein Teil der Offerte und beinhaltet ein Leistungsverzeichnis mit konkreten Mengenangaben. Anhand dieses Leistungsverzeichnisses wurde ursprünglich ein Einheitspreis von brutto CHF 81'249.50 offeriert (vgl. act. 3/3 S. 4 f.). Die Parteien einigten sich schliesslich auf einen Pauschalpreis von CHF 70'000.– und übernahmen den Leistungsbeschrieb des Devis zur Umschreibung der werkvertraglich geschuldeten Arbeiten. Der Leistungsbeschrieb im Devis wurde damit zum Vertragsbestandteil. Ob die Klägerin die Arbeiten vollständig erbracht hat, ist somit anhand dieses Leistungsbeschriebs zu prüfen. Betreffend Untergeschoss wird im Leistungsbeschrieb unter der Rubrik "Grundputz auf Wänden" (Ziffer 1.1) ausgeführt: "[...] Die Tiefgarage und das Untergeschoss werden ebenfalls nicht verputzt". Sodann steht bei der Rubrik "Verputzte Decken" (Ziffer 3): "[...] Alle Decken, ausser die der Untergeschosse" (act. 3/3 S.

E. 2.4.2

Tatsächlicher Konsens Die Beklagte stellt weder Behauptungen auf noch offeriert sie Beweismittel, aufgrund derer sich ein abweichender tatsächlicher Wille der Parteien feststellen liesse. Es bleibt daher beim Auslegungsergebnis nach dem Vertrauensprinzip.

E. 2.5

Zwischenfazit Aus dem werkvertraglichen Leistungsbeschrieb ergibt sich, dass die Wand- und Deckenflächen des Untergeschosses nicht verputzt werden mussten. Ausser den Gipsarbeiten im Untergeschoss behauptet die Beklagte keine weiteren aus-

- 9 - stehenden Arbeiten, jedenfalls nicht substantiiert (vgl. act. 16 S. 4, S. 11; act. 36 S. 3, S. 5, S. 14, S. 18). Die werkvertraglichen Arbeiten wurden somit vollendet. 3. Fälligkeit des Werklohns 3.1. Standpunkte der Parteien Die Klägerin bringt vor, am 13. März 2018 habe sie eine Rechnung über CHF 25'000.– gestellt. Diese Forderung sei am 14. April 2018 fällig geworden (act. 1 S. 5). Der Garantieschein sei der Eigentümerin der Liegenschaft am 14. März 2018 zugestellt worden. Die in der Schlussphase der Arbeiten gerügten Sollwidrigkeiten seien bis spätestens am 23. März 2018 erledigt worden. Nach den Fertigstellungsarbeiten vom 22. und 23. März 2018 sei zu keiner Zeit irgendeine Mängelrüge erfolgt (act. 32 S. 2 f.). Sodann stelle die tatsächliche Ingebrauchnahme des Werks rechtlich eine Abnahme dar (act. 32 S. 7). Die Beklagte macht geltend, die Zahlung des Werklohns sei gemäss Vertrag erst nach der Schlussabnahme fällig. Eine Schlussabnahme habe bisher noch nicht stattgefunden, da die Klägerin die Beendigung des Werkes noch nicht (schriftlich) angezeigt habe und somit überhaupt keine Schlussabnahme habe stattfinden können (act. 16 S. 4). Es reiche nicht, die Schlussrechnung auszustellen (act. 16 S. 6). Am 13. März habe eine Vorabnahme des Werks stattgefunden. Anlässlich der Vorabnahme seien diverse Mängel gerügt worden (act. 16 S. 3). Die Mängelrüge sei rechtzeitig am 13. März 2018 erhoben und am 16. März 2018 bestätigt worden. In der Folge habe sich die Klägerin geweigert, nochmals auf der Baustelle zu erscheinen und die

vertraglich vereinbarten Arbeiten fertig zu stellen, ausser sie würde dafür nochmals zusätzlich bezahlt (act. 16 S. 4). 3.2. Rechtliches Im Werkvertrag haben die Parteien die Anwendbarkeit der AVB und der SIA-Norm 118 statuiert, welche die Ablieferung bzw. Abnahme des Werks detailliert regeln. Gemäss Art. 158 SIA-Norm 118 leitet der Unternehmer nach der Vollendung des Werks mit der Vollendungsanzeige gegenüber dem Besteller das Abnahmeverfahren ein. Für die Vollendungsanzeige haben die Parteien in Ziffer 4.2.11 der

- 10 - AVB die Schriftlichkeit vorgesehen. Die Übermittlung einer Schlussrechnung an den Besteller wird von der Rechtsprechung als (implizite) Vollendungserklärung qualifiziert (BGer 4A_51/2007 vom 11. September 2007 E. 4.5). Eine Ausnahme vom Erfordernis der Vollendungsanzeige sieht Art. 158 Abs. 1 SIA-Norm 118 vor, wenn der Besteller das vollendete Werk von sich aus in Gebrauch nimmt. Diesfalls ist der Zeitpunkt der Ingebrauchnahme mit einer Vollendungsanzeige gleichzusetzen (SPIESS/HUSER, Stämpfli Handkommentar zur Norm-SIA 118, Bern, 2014, Art. 158 N 2). Nach Erhalt der Vollendungsanzeige hat der Besteller innert eines Monats das Werk zu prüfen, wobei der Unternehmer an der Prüfung teilzunehmen und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen hat (Art. 158 Abs. 2 SIA-Norm 118). Führt der Besteller die Prüfung des Werks nicht innert Monatsfrist durch, gilt das Werk auch ohne Prüfung als abgenommen (Art. 164 SIA-Norm 118). Führt der Besteller die Prüfung ordnungsgemäss durch und zeigen sich bei der gemeinsamen Prüfung keine Mängel, gilt das Werk mit Abschluss der Prüfung als abgenommen (Art. 159 SIA-Norm 118). Präsentiert sich das Werk hingegen als mangelhaft, ist zu unterscheiden, ob es sich um wesentliche oder unwesentliche Mängel handelt. Bei im Verhältnis zum ganzen Werk unwesentlichen Mängeln findet die Abnahme gleichwohl statt; der Unternehmer hat die Mängel aber innert angemessener Frist, die ihm der Besteller anzusetzen hat, zu beheben (Art. 160 SIA-Norm 118). Bei wesentlichen Mängeln wird die Abnahme zurückgestellt und der Besteller setzt dem Unternehmer unverzüglich eine angemessene Frist zur Behebung der Mängel an (Art. 161 SIA-Norm 118). 3.3. Würdigung 3.3.1. Schlussrechnung und Vorabnahme Unbestrittenermassen hat die Klägerin am 13. März 2018 eine Schlussrechnung über den noch offenen Betrag von CHF 25'000.– ausgestellt (act. 1 S. 5; act. 3/4). Ebenfalls am 13. März 2018 hat eine "Vorabnahme" des Werks stattgefunden. Anlässlich der Vorabnahme hat die Beklagte gegenüber einem Mitarbeiter der

- 11 - Klägerin verschiedene Mängel gerügt und dies später der Klägerin auch noch per E-Mail mitgeteilt (act. 16 S. 3). In der Folge kam es zwischen den Parteien zum Streit, ob für die Arbeiten eine zusätzliche Vergütung zu entrichten sei oder nicht. Unbestritten ist, dass jedenfalls das Untergeschoss von der Klägerin nicht mehr verputzt wurde, da sie dies nicht als Teil der werkvertraglichen Arbeiten betrachtete (act. 16 S. 4; act. 32 S. 2 f.; act. 18/8). 3.3.2. Abnahme aufgrund unterlassener Schlussprüfung Zunächst ist zu prüfen, ob die Klägerin der Beklagten die Vollendung der Arbeiten (schriftlich) angezeigt hatte. Die Schlussrechnung der Klägerin vom 13. März 2018 bezeichnete das Bauobjekt und enthielt eine Abrechnung über den gesamten Werklohn von CHF 75'000.–, unter Berücksichtigung der bereits geleisteten Akontozahlungen von zweimal CHF 25'000.–. Daraus resultierte ein Schlussbetrag von CHF 25'000.– (inkl. MwSt.), zu dessen Zahlung die Beklagte bis zum 12. April 2018 aufgefordert wurde. Die Schlussrechnung endete mit dem Satz: "Besten Dank für Ihr Vertrauen und den geschätzten Auftrag" (act. 3/4). Mit dieser Schlussrechnung hat die Klägerin in genügender Art und Weise zum Ausdruck gebracht, dass sie die werkver-

traglichen Arbeiten als beendet und die letzte Zahlung gemäss Werkvertrag als fällig erachtete. Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgend ist die Zustellung der Schlussrechnung somit als Vollendungsanzeige zu qualifizieren. Da die Parteien keinen besonderen Wortlaut für die Vollendungsanzeige festgelegt haben, ist mit der Schlussrechnung vom 13. März 2018 das vereinbarte Schriftformerfordernis eingehalten worden. Erstmals mit der Duplik moniert die Beklagte, dass nicht ihr, sondern der G. _____ AG die Schlussrechnung zugesandt worden sei, einer nicht in die vorliegende Streitsache respektive den vorliegenden Werkvertrag involvierten Drittpartei (act. 36 S. 19). Zwar hat die Klägerin die Schlussrechnung tatsächlich an die Adresse der G. _____ AG und nicht an die Beklagte gesandt (vgl. dazu act. 3/4 oben rechts). Die G. _____ AG ist im zwischen den Parteien abgeschlossenen Werkvertrag als Bauherrschaft aufgeführt und war somit keineswegs eine "nicht involvierte

- 12 - Drittpartei", wie die Beklagte vorbringt (act. 3/3 S. 1). Dass die beiden Gesellschaften überdies eng miteinander verknüpft sind, zeigt die Tatsache, dass zum damaligen Zeitpunkt (März 2018) H. _____ sowohl bei der G. _____ AG als auch bei der Beklagten als einziges Mitglied des Verwaltungsrates im Handelsregister eingetragen war (www.shab.ch). Sodann hat die Klägerin bereits während den Bauarbeiten eine Offerte für Zusatzarbeiten an die Adresse der G. _____ AG gesandt, woraufhin die Beklagte den Auftrag umgehend rückbestätigt hat (vgl. act. 3/8). Umstände, weshalb H. _____ in diesem Fall die an die Bauherrin G. _____ AG adressierte Schlussrechnung nicht zur Kenntnis genommen haben sollte, legt die Beklagte nicht dar, womit sich ihr Einwand als rechtsmissbräuchlich erweist. Es ist davon auszugehen, dass die Beklagte von der Schlussrechnung vom 13. März 2018 Kenntnis erhalten hat. Mit der Anzeige der Vollendung hat die Klägerin die Abnahme im Sinne von Art. 158 SIA-Norm 118 eingeleitet. Hernach wäre es an der Beklagten gelegen, eine Schlussabnahme durchzuführen und über das Ergebnis der Prüfung ein Protokoll erstellen zu lassen (Ziffer 4.2.11 AVB). Dies ist unbestrittenermassen nicht geschehen. Infolgedessen hat das Werk gemäss Art. 164 Abs. 1 SIA-Norm 118 innert Monatsfrist von der Beklagten als abgenommen zu gelten.

3.3.3. Abnahme aufgrund Ingebrauchnahme des Werks Schliesslich hätte die Beklagte das Werk auch durch die Ingebrauchnahme abgenommen. Es ist unbestritten, dass die Beklagte die Liegenschaft – ausser das Untergeschoss, welches nicht Teil der werkvertraglichen Arbeiten war – mittlerweile bezogen hat (act. 36 S. 18). Die Ingebrauchnahme des Werks löst – wie die Vollendungsanzeige – die Prüfungs- und Rügeobligationen der Beklagten aus (Art. 158 Abs. 1 SIA-Norm 118). Spätestens im Moment des Bezugs der Liegenschaft hätte die Beklagte die Klägerin somit zu einer Schlussabnahme mit gemeinsamer Prüfung einladen müssen, was sie nicht getan hat. Die Abnahme des Werks ist demnach erfolgt.

3.3.4. Mängel

- 13 - Wie ausgeführt, verhindern Mängel die Abnahme des Werks grundsätzlich nicht. Lediglich bei wesentlichen Mängeln hätte die Beklagte das Werk zurückweisen und die Abnahme zurückstellen dürfen (Art. 161 SIA-Norm 118). Da es sich um rechtshindernde Tatsachen handelt, liegt die Behauptungs- und Beweislast für die Wesentlichkeit der Mängel bei der Beklagten (SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 161 N 20). Die Beklagte versäumte es aber darzutun, welcher Art und Schwere die von ihr anlässlich der Vorabnahme zunächst mündlich und in der Folge mit E-Mail vom 16. März 2018 gerügten Mängel waren (act. 16 S. 3; act. 18/8). Deshalb ist zum Nachteil der Beklagten davon auszugehen, dass es sich um unwesentliche Mängel handelte, welche eine Abnahme nicht

verhindert hätten. Ungeachtet der Abnahme könnte die Beklagte jedoch ihre Mängelrechte gemäss Art. 169 ff. SIA-Norm 118 geltend machen und allfällige Gegenansprüche mit der Werklohnforderung verrechnen. Unbestritten ist zwar, dass die Beklagte anlässlich der Vorabnahme diverse Mängel gerügt hatte. Allerdings blieb bis zuletzt unklar, welche Ansprüche sie in diesem Zusammenhang geltend macht. Weder konkretisiert sie die gerügten Mängel und deren Auswirkungen auf das Werk noch beziffert sie allfällige Gegenansprüche und stellt sie zur Verrechnung (vgl. act. 16 S. 3 f., S. 11). Die unsubstantiierten Vorbringen der Beklagten zur Mangelhaftigkeit der werkvertraglichen Arbeiten schmälern den Werklohnanspruch der Klägerin somit nicht. Demzufolge muss auch nicht geprüft werden, ob die Klägerin am 22. bzw. 23. März 2018 nochmals auf der Baustelle war, um die gerügten Mängel zu beheben.

3.3.5. Übrige Voraussetzungen für die Fälligkeit der Schlusszahlung Nebst der Vollendungsanzeige, der gemeinsamen Prüfung des Werks und der Zustellung der Schlussrechnung haben die Parteien die Abgabe einer Baugarantie in der Höhe von 10% der Vertragssumme als weitere Voraussetzung für die Bezahlung der Schlussrechnung vorgesehen (act. 3/3 S. 2). Am 14. März 2018 hat die Klägerin der Bauherrin G._____ AG eine Baugarantie über CHF 7'000.– ausgestellt. Dies entspricht 10% der vereinbarten Werksumme

- 14 - von CHF 70'000.– (act. 3/9). Analog den Ausführungen zur Schlussrechnung ist davon auszugehen, dass die Beklagte von der Zustellung der Baugarantie an die G._____ AG Kenntnis erhalten hat. Materielle Einwände gegen die abgegebene Baugarantie erhebt die Beklagte nicht. Da die Voraussetzungen für die Zahlung der Schlussrechnung somit erfüllt sind, ist der noch offene Werklohn in der Höhe von CHF 25'000.– fällig und zu bezahlen.

4. Konventionalstrafe 4.1. Standpunkte der Parteien Die Beklagte macht eine Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 3'500.– (5% der Werksumme) geltend, welche mit der Werklohnforderung zu verrechnen sei (act. 16 S. 8; act. 36 S. 8 ff., S. 16 f.). Gemäss Werkvertrag sei vereinbart worden, dass das Werk bis zum 20. Oktober 2017 fertiggestellt werden müsse und dass die Übergabe an den Bauherrn bis zum 27. Oktober 2017 zu erfolgen habe, da die Liegenschaft am 1. November 2017 hätte bezugsbereit sein sollen. Diese Termine habe die Klägerin nicht eingehalten. Wenn die Klägerin geltend mache, die Vorarbeiten seien nicht erledigt gewesen, so hätte sie den Bauherrn abmahnen müssen (act. 16 S. 7). Die Klägerin bringt vor, sie habe ihre Arbeiten erst nach Fertigstellung der Plattenbeläge beginnen können. Die ganzen Arbeiten seien gegenüber dem ursprünglichen Zeitplan massiv verspätet gewesen. Sowohl der Baumeister wie auch der Plattenleger seien Mitarbeiter der Beklagten gewesen, also keine eigenständigen Drittfirmen. Die Beklagte müsse sich somit allfällige Verspätungen selber anrechnen lassen. Die Parteien seien in mündlichem Kontakt gestanden und die Klägerin habe ihre vertraglichen Arbeiten aufgenommen, sobald sie von der Beklagten avisiert worden sei (act. 32 S. 5).

4.2. Rechtliches

- 15 - Die Konventionalstrafe im Sinne von Art. 160 ff. OR dient der Sicherung der korrekten Vertragserfüllung. Sie ist schadensunabhängig geschuldet, weshalb der Gläubiger keinen Schaden nachzuweisen hat (BSK OR I- WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, Art. 161 OR N 4). Von Gesetzes wegen verfällt sie allerdings nur, wenn die Schuldnerin die nicht gehörige Erfüllung des Vertrags zu vertreten hat (Art. 163 Abs. 2 OR). Ein Verschulden wird dabei vermutet (Art. 97 Abs. 1 OR). In Ziffer 3.13 der AVB haben die Parteien vereinbart, dass der Unternehmer bei Nichteinhalten der Zwischen- und Endtermine eine Konventionalstrafe von CHF 1'000.– pro Kalendertag Verzug zu bezahlen hat. Die gesamte

Konventionalstrafe darf dabei maximal 5% der Werkvertragssumme betragen (act. 3/1). Gemäss Art. 94 ff. SIA-Norm 118 hat der Unternehmer sodann eine Anzeige- bzw. Informationspflicht gegenüber dem Besteller, wenn sich während der Ausführung der Arbeiten zeigt, dass er die vertraglich vereinbarten Fristen nicht einhalten kann. Diese Pflicht besteht allerdings dann nicht, wenn der Besteller die Verzögerung und deren Ursache nachweisbar auch ohne Anzeige kennt (Art. 96 Abs. 1 SIA-Norm 118). 4.3. Würdigung Im Werkvertrag haben die Parteien verschiedene End- und Zwischentermine des Bauprojekts aufgeführt, die unbestrittenermassen nicht eingehalten worden sind. Die Liegenschaft hätte bis zum 27. Oktober 2017 an den Bauherrn übergeben werden sollen, da die Bezugsbereitschaft per 1. November 2017 geplant war (act. 3/3 S. 2). Die Klägerin hat ihre letzten Arbeiten jedoch erst im März 2018 ausgeführt. Die Arbeiten waren somit um mehrere Monate in Verzug. Allerdings ist strittig, ob die Klägerin eine (Mit-)Verantwortung für diesen Verzug trägt. Die Parteien haben mit Ziffer 3.13 der AVB keine Vereinbarung getroffen, dass die Konventionalstrafe auch dann vom Unternehmer zu bezahlen wäre, wenn er die Terminüberschreitung nicht verursacht hat. Es ist somit von der gesetzlichen

- 16 - Regelung auszugehen, dass die Klägerin die Konventionalstrafe nur zu bezahlen hat, wenn sie die Verzögerung zu vertreten hat, was im Folgenden zu prüfen ist. Zu den genauen Gründen der Bauverzögerungen äussert sich keine der Parteien. Unbestritten ist jedoch, dass die Arbeiten gegenüber dem ursprünglichen Zeitplan massiv verspätet waren. Unbestritten ist auch, dass die Beklagte während den Bauarbeiten mit der Klägerin in mündlichem Kontakt gestanden ist und die Klägerin ihre vertraglichen Arbeiten aufgenommen hat, sobald sie von der Beklagten avisiert worden ist (act. 32 S. 5; act. 36 S. 8 f.). Daraus folgt, dass die Beklagte über den Baufortschritt bzw. die bestehenden Verzögerungen informiert war, was eine Anzeige seitens der Klägerin obsolet machte. Da die Klägerin ihre Arbeit so- dann erst auf Abruf durch die Beklagte aufgenommen hat, hat sie grundsätzlich nicht zu vertreten, wenn die Bautermine insgesamt nicht eingehalten werden konnten. Bei dieser Sachlage hätte die Beklagte darzulegen gehabt, inwiefern die Klägerin für die Verzögerung der Bauarbeiten mitverantwortlich war. Irrelevant ist in diesem Zusammenhang das (hypothetische) Vorbringen der Beklagten, dass die Klägerin mit dem Grundputz notfalls vor dem Unterlagsboden hätte beginnen können (act. 36 S. 9). Die Beklagte selbst hat darüber bestimmt, zu welchem Zeitpunkt die Klägerin mit ihren Arbeiten auf der Baustelle beginnen sollte. Demzufolge kann sie der Klägerin nicht vorwerfen, wenn sie ihre Arbeit entsprechend der beklaglichen Avisierung ausgeführt hat. Damit ist eine Verantwortung der Klägerin am Verzug der Bauarbeiten zu verneinen. Infolgedessen hat sie der Beklagten auch keine Konventionalstrafe zu bezahlen. 5. Abzüge 5.1. Standpunkte der Parteien Die Beklagte macht geltend, gemäss AVB seien Abzüge von insgesamt 1.3% von CHF 70'000.– sowie CHF 200.– für die Baustellenreklame bei der Schlussrechnung vorzunehmen. Weiter müsse sich die Klägerin einen Abzug für die Entsorgungspauschale in der Höhe von CHF 2'900.– vorbehalten lassen (act. 16 S. 7 f.).

- 17 - Die Klägerin entgegnet, es sei nach der Offertstellung verhandelt und als Ergebnis dieser Verhandlungen eine Pauschale vereinbart worden. Eine Pauschale sei ein Fixpreis, wovon keine Abzüge mehr gemacht würden (act. 32 S. 6).

- 18 - 5.2. Vertragliche Grundlagen Gemäss Ziffer 3.12 der AVB werden bei der Schlusszahlung von der Nettoabrechnungssumme folgende Beträge abgezogen (act. 3/1 S. 11): Baustellenreklame CHF 200.00 Allgemeine Baureinigung und Schäden 0.5%

Bauwasser 0.3% Baustrom 0.3% Bauwesenversicherung 0.2% 5.3. Würdigung Da sich die Parteien uneinig sind, ob vom vereinbarten, pauschalen Werklohn die Abzüge gemäss den AVB gemacht werden können, ist wiederum eine Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip vorzunehmen und die Beweislast für einen vom Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Parteiwillen festzulegen (vgl. Erw. 2.3). Zunächst ist festzuhalten, dass die Vertragsurkunde nach der Rangordnung gemäss AVB und SIA-Norm 118 allen übrigen Vertragsbestandteilen vorgeht (Ziffer 2.2 AVB; Art. 21 SIA-Norm 118). Im Werkvertrag haben die Parteien eine pauschale Vergütung von CHF 70'000.– (inkl. MwSt.) für die werkvertraglichen Leistungen vereinbart. Ein pauschaler Werklohn stellt grundsätzlich einen Fixpreis dar, der unabhängig von Mehr- oder Minderaufwendungen bei der Ausführung der Arbeiten geschuldet ist (Art. 41 i.V.m. Art. 40 SIA-Norm 118). Die Abzüge gemäss AVB betreffend Baureinigung, -wasser und -strom etc. stellen einen pauschalisierten Ersatz für Aufwendungen auf der Baustelle dar, die nach dem Gesagten vermutlich in der Pauschalabrede bereits berücksichtigt sind. Sodann haben die Parteien im Werkvertrag einen Zahlungsplan mit zwei Akontozahlungen und einer Schlusszahlung aufgestellt. Die letzte Zahlung sollte gemäss Vertrag "die Schlussrechnung [...] in der Höhe von SFr. 25'000.–" darstellen (act. 3/3 S. 2). Der vertragliche Zahlungsplan mit betragsmässig definierten Zahlungen, ohne ei-

- 19 - nen Vorbehalt für allfällige Abzüge, lässt ebenfalls darauf schliessen, dass es sich um reine Nettzahlungen ohne weitere Abzüge handeln sollte. Demzufolge hätte die Beklagte zu beweisen, dass trotz der Vereinbarung einer Pauschalvergütung die Abzüge gemäss Ziffer 3.12 der AVB von der Schlusszahlung vorzunehmen wären. Dafür hat sie aber weder Behauptungen aufgestellt noch Beweismittel offeriert, weshalb es beim Auslegungsergebnis nach dem Vertrauensprinzip bleibt. Die Abzüge gemäss Ziffer 3.12 der AVB fallen somit beim vorliegend vereinbarten Pauschalpreis nicht an. 5.4.

Zwischenfazit zum Werklohn Die Beklagte schuldet der Klägerin den Restbetrag des vereinbarten Werklohns in der Höhe von CHF 25'000.– (inkl. MwSt.). 6. Zusatzarbeiten 6.1. Standpunkte der Parteien Die Klägerin macht geltend, sie sei während der Ausführung der Arbeiten von der Beklagten beauftragt worden, zusätzlich zum vertraglich vereinbarten Leistungsumfang Stuckaturarbeiten (Dekor) auszuführen. Diese Arbeiten seien im Grundvertrag vom 14. Juli 2017 nicht enthalten. Im Leistungsverzeichnis seien keine Dekorarbeiten aufgeführt. Für diese zusätzlichen Arbeiten, welche auch ausgeführt worden seien, sei mündlich ein Pauschalpreis von CHF 7'000.– inkl. MwSt. vereinbart worden (act. 1 S. 3). Ebenfalls während der Ausführung der Arbeiten sei die Klägerin von der Beklagten beauftragt worden, zusätzlich zum vertraglich vereinbarten Leistungsumfang die Aufzugsleibungen zu beplanken. Im ursprünglichen Vertrag sei lediglich die Beplankung der Steigzonen, nicht aber des Liftschachtes vereinbart worden. Für diese zusätzlichen Arbeiten, welche auch ausgeführt worden seien, sei schriftlich ein Pauschalpreis von CHF 1'200.– inkl. MwSt. vereinbart worden (act. 1 S. 4).

- 20 - Die Beklagte hält entgegen, dass Änderungen, wozu auch Zusatzarbeiten zählen würden, schriftlich vereinbart werden müssten. Vereinbart seien jedoch nur zusätzliche Verputzarbeiten in der Höhe von CHF 1'200.–. Für diese Arbeit sei eine Offerte erstellt worden, es sei verhandelt worden und man habe eine Auftragsbestätigung verfasst. Alles andere seien keine Zusatzarbeiten, sondern Bestandteile des Werkvertrages gewesen. Es sei auch unlogisch, dass man für CHF 1'200.– eine Offerte und eine Auftragsbestätigung erstellt und für den viel höheren Betrag von CHF 7'000.– dies angeblich unterlassen habe.

In Ziffer 4.1.8 der AVB sei klar vereinbart worden, dass ohne schriftlichen Auftrag jegliche Bezahlung abgelehnt werden könne. Weiter sei gemäss Ziffer 3.4 der AVB vereinbart worden, dass die Schlussrechnung einen Hinweis enthalten müsse, falls Arbeiten bzw. Lieferungen noch ausstehend seien und hierfür noch eine separate Rechnung zu erwarten sei. Ohne diesen Hinweis würden spätere Rechnungen nicht mehr anerkannt. Da auf der Schlussrechnung ein solcher Hinweis fehle, werde auch die Zusatzrechnung über CHF 1'200.– bestritten. Sodann laute auch der Garantieschein auf CHF 7'000.–, also auf 10% von CHF 70'000.–, was beweise, dass keine Zusatzarbeiten geleistet worden seien (act. 16 S. 5).

6.2. Rechtliches Bei der Vereinbarung eines Pauschalpreises verpflichtet sich der Unternehmer, das Werk zu einer im Voraus genau bestimmten Geldsumme herzustellen, unabhängig von den tatsächlichen Erstellungskosten. Dabei trägt er das Risiko von Mehrmengen und profitiert gleichzeitig von der Chance geringerer Mengen (BGer 4A_605/2020 vom 24. März 2021 E. 4.2; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. 373 OR N 6 mit weiteren Hinweisen). Die Bindung an einen vereinbarten Pauschalpreis ist jedoch nicht absolut. Aufgrund von gesetzlichen Bestimmungen oder vertraglichen Abreden kann die Bindung daran durchbrochen werden. Je nach der Ursache des Mehraufwandes und der einschlägigen rechtlichen Regelung (gesetzliche Bestimmung oder vertragliche Abrede) besitzt die Unternehmerin Anspruch auf Mehrvergütung für allfälligen Mehraufwand. Ursachen, welche die Unternehmerin zu einer Mehrvergütung berechtigen, können namentlich Bestellungsänderungen, unterlassene Mitwirkungshandlungen der Bestellerin sowie mangelhafte Angaben

- 21 - der Bestellerin über kostenbildende Faktoren sein (SCHUMACHER RAINER, Vergütung im Bauwerkvertrag, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf, 2017, N 322 ff.). Bei einer Bestellungsänderung im Rahmen eines Pauschalpreisvertrages ist die zusätzliche Vergütung entweder nach Art. 374 OR (einvernehmliche Bestellungsänderung) oder nach Art. 89 SIA-Norm 118 (einseitige Bestellungsänderung) vom Gericht zu bestimmen, sofern sich die Parteien nicht auf einen Preis geeinigt haben (BGE 143 III 545 E. 4.4.2). Haben die Parteien hingegen eine zusätzliche Vergütung für die Bestellungsänderung vereinbart, sind sie in der Preisbestimmung aufgrund ihrer Privatautonomie grundsätzlich frei (BGE 143 III 545 E. 4.4.4.1).

6.3. Würdigung 6.3.1. Stuckaturarbeiten (Dekor) Vorliegend verlangt die Klägerin keine gerichtliche Festlegung der Vergütung, sondern behauptet eine mündliche Abrede zwischen den Parteien über CHF 7'000.– pauschal für Stuckaturarbeiten. Es ist somit zu prüfen, ob der Klägerin der Beweis für diese Abrede gelingt. In der Klageschrift behauptet die Klägerin, die Parteien hätten mündlich einen Pauschalpreis von CHF 7'000.– (inkl. MwSt.) für die Stuckaturarbeiten vereinbart (act. 1 S. 3). In der Klageantwort bestreitet die Beklagte eine solche Vereinbarung (act. 16 S. 5). Aufgrund der Bestreitung der Beklagten greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungspflicht der Klägerin (statt vieler BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1). Die Klägerin hätte somit in der Replik detailliert darzulegen gehabt, wer mit wem, zu welchem Zeitpunkt, eine solche Abmachung getroffen hat. Zur Preisabrede hat die Klägerin aber lediglich ihre pauschale Behauptung aus der Klageschrift wiederholt (act. 32 S. 4). Ihre übrigen Ausführungen zum Ablauf und Wert der Zusatzarbeiten gehen am Kern der Sache vorbei (act. 32 S. 4 f.). Die Vereinbarung einer Pauschalvergütung von CHF 7'000.– für die Stuckaturarbeiten ist unsubstantiiert geblieben, so dass auch eine Beweisabnahme entfällt. Die Klage ist in diesem Punkt abzuweisen.

- 22 - 6.3.2. Beplanken der Aufzugsleibungen Für das Beplanken der Aufzugsleibungen haben die Parteien unbestrittenermassen eine schriftliche Zusatzvereinbarung über pauschal CHF 1'200.– getroffen (act. 1 S. 4; act. 16 S. 5), wobei dies auch durch die eingereichte Auftragsbestätigung der Beklagten vom 16. August 2017 belegt ist (act. 3/8). Da unbestritten ist, dass es sich um eine Zusatzarbeit handelte, für welche eine zusätzliche Vergütung vereinbart wurde, kann die Beklagte nichts daraus ableiten, dass in der Schlussrechnung kein Vorbehalt für Zusatzrechnungen angebracht worden war (act. 16 S. 5). Im Übrigen wurde die Rechnung für das Beplanken der Aufzugsleibungen über CHF 1'200.– noch vor der Schlussrechnung vom 13. März 2018 ausgestellt (act. 3/6). Die Forderung über CHF 1'200.– (inkl. MwSt.) für das Beplanken der Aufzugsleibungen ist demnach ausgewiesen.

E. 7

Verzugszins Der Zahlungsverzug setzt gemäss Art. 102 Abs. 1 OR und Art. 190 Abs. 1 Satz 3 und 4 SIA-Norm 118 nebst der Fälligkeit der Forderung eine Mahnung voraus. Die Mahnung ist eine unmissverständliche Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die Leistung ohne weitere Säumnis zu erbringen (BGE 143 II 37 E. 5.2.2). Die Erhebung bzw. Zustellung einer Leistungsklage gilt als Mahnung (BGE 116 II 225 E. 5a, BGer 4A_11/2013 vom 16. Mai 2013 E. 5). Der gesetzliche Verzugszins beträgt 5% p.a. (Art. 104 Abs. 1 OR). Die Klägerin behauptet lediglich die Fälligkeit der Forderung mit Ablauf der dreisigtägigen Zahlungsfrist (vgl. act. 1 S. 5). Eine den Verzug auslösende Mahnung liegt hingegen nicht bei den Akten. Es ist der Klägerin somit erst ab dem 28. Februar 2020 (Datum der Zustellung der Klage an die Beklagte) ein Verzugszins von 5% p.a. zuzusprechen.

E. 8

Zusammenfassung Die Parteien haben mit Werkvertrag vom 14. Juli 2017 einen Werklohn über pauschal CHF 70'000.– (inkl. MwSt.) vereinbart, wovon die Beklagte bislang CHF 45'000.– (Akonto) bezahlt hat. Da die Klägerin die werkvertraglichen Arbei-

- 23 - ten vollendet hat und die Abnahme durch die Beklagte erfolgt ist, ist die Schlusszahlung in der Höhe von CHF 25'000.– fällig geworden. Weiter hat die Beklagte der Klägerin für das Beplanken der Aufzugsleibungen die vereinbarte (Zusatz-)Pauschale von CHF 1'200.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen. Die angeblich verabredete Vergütung über CHF 7'000.– für Stuckaturarbeiten (Dekor) konnte die Klägerin hingegen nicht beweisen, weshalb die Klage in diesem Punkt abzuweisen ist.

E. 9

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 9.1

Verteilung Die Prozesskosten, welche die Gerichtskosten und die Parteientschädigung umfassen (Art. 95 Abs. 1 ZPO), werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Obsiegt keine Partei vollständig, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Vorliegend unterliegt die Beklagte zu rund 3/4, in welchem Umfang sie kosten- und entschädigungspflichtig wird.

E. 9.2

Gerichtskosten Bei einem Streitwert von CHF 33'200.– beträgt die ordentliche Gerichtsgebühr CHF 4'200.– (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Angesichts des Aufwandes des Gerichts mit der Beurteilung des prozessualen Antrags betreffend Sicherheitsleistung, der Durchführung einer Vergleichsverhandlung und des zweiten Schriftenwechsels ist die Gerichtsgebühr um einen Drittel zu erhöhen und dementsprechend auf CHF 5'600.– festzusetzen (§ 4 Abs. 2 GebV OG). Die Gerichtskosten sind zu 3/4 der Beklagten und zu 1/4 der Klägerin aufzuerlegen und – soweit möglich – aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss (CHF 4'200.–) zu beziehen. Der Restbetrag (CHF 1'400.–) ist von der Beklagten nachzufordern. Der Klägerin ist sodann im Umfang von CHF 2'800.– das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzu- räumen.

E. 9.3

Parteientschädigung

- 24 - Bei einem Obsiegen von 3/4 und einem Unterliegen von 1/4 hat die Klägerin Anspruch auf eine verrechnungsweise reduzierte Parteientschädigung von 1/2. Die Grundgebühr für die Parteientschädigung liegt beim vorliegenden Streitwert bei CHF 5'350.– (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Sie ist mit der Begründung bzw. Beant- wortung der Klage verdient und deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an ei- ner Hauptverhandlung ab. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften fällt ein Zuschlag von je höchstens der Hälfte der Grundgebühr an (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Vorliegend ist die Grundgebühr aufgrund der Stellungnahme zum prozessualen Antrag auf Sicherstellung der Parteientschädigung, der Teilnahme an einer Ver- gleichsverhandlung und der Erstattung einer zweiten Rechtsschrift um insgesamt 50% auf rund CHF 8'000.– zu erhöhen. Es ist der Klägerin dementsprechend eine (auf die Hälfte reduzierte) Parteientschädigung von CHF 4'000.– zuzusprechen. Das Handelsgericht erkennt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.