



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, und Oberrichterin Dr. Helen Kneubühler, die Handelsrichter Franz Ramser und Thomas Wirth, die Handelsrichterin Nathalie Lang sowie die Gerichtsschreiberin Claudia Feier

Urteil vom 4. April 2014

in Sachen

A._____ GmbH, B._____,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

C._____,
Beklagte

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 53'144.65 nebst Zins zu 5 % seit dem 27. Februar 2013 sowie Verzugszins zu 5 % für den Zeitraum vom 27. Februar 2013 und dem 19. März 2013 auf den Betrag von CHF 20'602.– und die Betreuungskosten von CHF 103.– zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine GmbH mit Sitz in ... [Ortschaft] und ist im Gipser- und Plattenlegergewerbe tätig. Auch die Beklagte ist eine GmbH mit Sitz in ... [Ortschaft]. Ihr Zweck liegt ebenfalls schwergewichtig in der Ausführung von Gipserarbeiten.

b. Prozessgegenstand

Die Parteien haben am 19. September 2012 einen Werkvertrag über die Erstellung von Trockenbauarbeiten in einem Neubau in D._____ abgeschlossen. Die Beklagte trat dabei als Subunternehmerin der E._____ GmbH auf, welche wiederum von der F._____ Generalunternehmung AG beauftragt war. Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin Mehrvergütung aus Beststellungsänderungen.

B. Prozessverlauf

Am 29. Oktober 2013 (Datum Poststempel) machte die Klägerin die vorliegende Klage beim Handelsgericht des Kantons Zürich anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 1. November 2013 wurde ihr unter Hinweis auf Art. 98 ZPO Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses angesetzt (Prot. S. 2). Die Klägerin leistete diesen rechtzeitig (act. 7). Am 5. Dezember 2013 wurde der Beklagten Frist für die Erstattung der Klageantwort angesetzt (Prot. S. 4). Die Beklagte nahm diese Ver-

fügung am 6. Dezember 2013 entgegen (act. 9/2), reichte innert Frist aber keine Klageantwort ein. In der Folge wurde ihr mit Verfügung vom 3. März 2014 (Prot. S. 5) eine kurze Nachfrist bis zum 19. März 2014 angesetzt unter der Androhung, dass bei Säumnis ein Endentscheid getroffen werden könne. Die Beklagte nahm diese Verfügung am 5. März 2014 entgegen, reichte aber weiterhin keine Klageantwort ein (act. 11/2). Da sich die Angelegenheit als spruchreif erweist, ist androhungsgemäss darüber zu entscheiden (Art. 223 Abs. 2 ZPO).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Versäumte Klageantwort

Gemäss Art. 223 Abs. 2 ZPO trifft das Gericht bei definitiv versäumter Klageantwort einen Endentscheid, sofern die Angelegenheit spruchreif ist. Hierzu muss die Klage soweit geklärt sein, dass darauf entweder mangels Prozessvoraussetzungen nicht eingetreten oder sie durch Sachurteil erledigt werden kann. Steht dem Eintreten auf die Klage nichts entgegen, bedeutet Spruchreife, dass der Klagegrund im Hinblick auf die anwendbaren Rechtsnormen hinreichend substantiiert ist und – darüber hinaus – dass das Gericht an der Richtigkeit der klägerischen Tatsachenbehauptungen keine erheblichen Zweifel hat (Art. 153 Abs. 2 ZPO). Unter den gegebenen Umständen ist, wenn es die klägerische Sachdarstellung erlaubt, nach dem Klagebegehren zu erkennen, andernfalls ist die Klage abzuweisen. Dabei hat das Gericht auch rechtshemmende, rechtshindernde und rechtsaufhebende Tatsachen zu berücksichtigen, soweit sie in der Klage selbst angeführt sind. Andere Tatsachen, die aus den Akten ersichtlich sind, dürfen nur insoweit berücksichtigt werden, als es für das Vorhandensein der von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen von Bedeutung ist (Art. 60 ZPO). An der erforderlichen Spruchreife fehlt es – zur Hauptsache –, wenn das Klagebegehren oder die Begründung der Klage (noch) unklar, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig ist (Art. 56 ZPO) oder dem Gericht die Klagebegründung in erheblichem Mass als unglaubhaft erscheint und es darüber Beweis erheben will (Art.

153 Abs. 2 ZPO; FREI/WILLISEGGER, in: Basler Kommentar, ZPO, N. 13 zu Art. 223, m.w.H.)

1.2. Zuständigkeit

Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 Abs. 1 ZPO). Prozessvoraussetzungen sind insbesondere die sachliche und örtliche Zuständigkeit (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Die Klägerin stützt sich auf eine Gerichtsstandsvereinbarung, wonach die Parteien als Gerichtsstand Bülach/Zürich vereinbart hätten (act. 1 S. 2). Da die geschäftliche Tätigkeit der Parteien betroffen ist, welche im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind und der Streitwert CHF 30'000.– übersteigt, ist das Handelsgericht des Kantons Zürich gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG sachlich zuständig. Die sachliche Zuständigkeitsordnung ist zwingend. Die Prorogation der Gerichte in Bülach ist demnach nicht möglich. Es ist davon auszugehen, dass die Parteien – hätten sie von diesem Umstand Kenntnis gehabt – zumindest gewollt hätten, dass die Gerichte in Zürich zuständig sind. Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist somit sowohl örtlich wie auch sachlich zuständig.

2. Unbestrittener Sachverhalt

Gemäss der unbestritten gebliebenen Darstellung der Klägerin, an deren Richtigkeit zu zweifeln kein Anlass besteht (Art. 153 Abs. 2 ZPO), und in Übereinstimmung mit den von ihr eingereichten Urkunden (act. 3/1-24), ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

Am 19. September 2012 schlossen die Parteien einen Vertrag über die Erstellung von Trockenbauarbeiten auf der Baustelle "MFH Zentrum ... (Dachgeschoss)" in D._____. Der Werkpreis wurde auf CHF 50.– pro m² Trockenbaudecken und -wände festgelegt (act. 1 S. 3 und 8). Die im schriftlichen Vertrag vereinbarten Arbeiten wurden von der Klägerin korrekt vorgenommen und von der Beklagten bezahlt.

Noch auf der Baustelle hat die Beklagte formlose Bestellungenänderungen vorgenommen (act. 1 S. 9). Der Klägerin wurden Regie- und Nachtragsarbeiten über-

tragen, die über den schriftlichen Vertrag hinausgingen. Diese Arbeiten wurden von der Klägerin umgehend und mängelfrei ausgeführt und rapportiert, ohne hierfür eine schriftliche Genehmigung einzuholen. Die Beklagte hat die zusätzlichen Arbeiten nach Vollendung entgegengenommen (act. 1 S. 3, S. 11). Die durch die Beststellungsänderungen verursachten Regie-, Nachtrags- und Zusatzarbeiten verursachten der Klägerin zusätzlichen Aufwand sowie Kosten für Material und Personal von insgesamt CHF 73'746.65, welche die Klägerin in der Schlussrechnung vom 29. Januar 2013 auswies (act. 1 S. 3 und 9). Am 19. März 2013 überwies die Beklagte CHF 20'602.– auf das Konto der Klägerin. Unter Berücksichtigung dieser geleisteten Zahlung ergab sich eine offene Forderung aus Beststellungsänderungen von CHF 53'144.65, welche dem eingeklagten Betrag entspricht (act. 1 S. 5, act. 3/10).

Mit Gesuch vom 17. Mai 2013 stellte die Klägerin ein Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandsumme von CHF 53'144.65. In der Folge erklärte sich die im betreffenden Bauprojekt als Generalunternehmerin auftretende F._____ Generalunternehmung AG in einem Vergleich zu einer Zahlung von CHF 25'000.– bereit, wenn die Klägerin das Begehren um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zurückziehe. Das Begehren um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zog die Klägerin dann am 26. Juni 2013 zurück (act. 1 S. 7, act. 3/19).

3. Würdigung

3.1. Anspruch auf Mehrvergütung

3.1.1. Form- bzw. Genehmigungsvorbehalt

Die Parteien haben einen schriftlichen Werkvertrag geschlossen. Die eingeklagte Forderung resultiert unbestrittenermassen aus Beststellungsänderungen der Beklagten. Der Werkvertrag enthält hierzu folgende Regelungen (act. 1 S. 9 f., act. 3/2):

" 4. Regiearbeiten, Nachträge und Zusatzarbeiten

Allfällige Regiearbeiten müssen durch den Subunternehmer inkl. Materialaufwand nachgewiesen und schriftlich gestellt werden. Diese werden nur mit der Unterschrift des zuständigen Bauleiters durch die Bestellerin vergütet. Nachträge und Preisverhandlungen werden nur durch die Bestellerin geführt."

" 12. Zusätzliche Arbeiten

Arbeiten, welche in Ziffer 1 nicht aufgeführt sind, müssen vor deren Beginn der Bestellerin schriftlich offeriert und von ihr schriftlich bewilligt werden. Sind dies Regiearbeiten, müssen diese durch die Subunternehmerin der Bauleitung zur Unterzeichnung innert drei Tagen ausgehändigt werden. Wird dies unterlassen, besteht kein Anspruch auf eine zusätzliche Entschädigung."

Die Vergütung von Zusatzarbeiten war mithin an einen Form- bzw. Genehmigungsvorbehalt geknüpft, welcher gemäss den eigenen Angaben der Klägerin nicht erfüllt wurde. Solche Vorbehalte können indessen jederzeit von den Parteien wieder aufgehoben oder abgeändert werden. Dies ist auch stillschweigend möglich oder durch konkludentes Verhalten, insbesondere dann, wenn sich die Parteien über die vereinbarte Form hinwegsetzen oder den Vertrag vorbehaltlos erfüllen (BGE 125 III 268). Ein stillschweigender Verzicht auf den Formvorbehalt ist mangels anderer Anhaltspunkte zum Beispiel anzunehmen, wenn der Besteller mit dem Unternehmer eine Bestellsänderung vereinbart, ohne den Vorbehalt zu erneuern, wenn er den Unternehmer noch vor der Genehmigung dazu anhält, mit der Ausführung der erfolgten Bestellsänderung zu beginnen, oder wenn er von der begonnenen Ausführung der Bestellsänderung Kenntnis erlangt, jedoch davon absieht, die fehlende Genehmigung der Mehrvergütung zu reklamieren (GAUCH, Der Werkvertrag, 2011, N. 789b).

Gemäss unbestritten gebliebenen Angaben der Klägerin hat die Beklagte die Bestellsänderungen ohne jede Form vorgenommen, die entsprechenden Arbeiten ausführen lassen und die mängelfrei geleisteten Arbeiten entgegengenommen. Aus dieser Vorgehensweise durfte und musste die Klägerin schliessen, dass die Beklagte auf die schriftliche Genehmigung der auszuführenden Arbeiten verzichtet. Dies ergibt sich auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, da es rechtsmissbräuchlich wäre, Bestellsänderungen vorzunehmen und dann, spä-

ter, nach Entgegennahme der entsprechenden, mängelfrei geleisteten Arbeiten die Vergütung gestützt auf einen Form- bzw. Genehmigungsvorbehalt zu verweigern. Es ist daher bezüglich der Bestellungenänderungen von einem konkludenten Verzicht auf den Form- bzw. Genehmigungsvorbehalt auszugehen, weshalb die Klägerin grundsätzlich einen Anspruch auf Vergütung der infolge der Bestellungenänderung geleisteten Mehrarbeiten hat.

3.1.2. Höhe des Vergütungsanspruches

Der Unternehmer hat Anspruch auf eine Mehrvergütung für den Mehraufwand, der durch die Bestellungenänderung erforderlich wird. Der Mehranspruch erstreckt sich auf den gesamten Mehraufwand, den die Bestellungenänderung für den Unternehmer zur Folge hat. Unter Vorbehalt einer anderen Abrede bestimmt sich die Vergütung, die der Besteller für diesen Mehraufwand schuldet, nach Art. 374 OR und zwar unabhängig davon, ob der Unternehmer ohnehin nach Aufwand (Art. 374 OR) vergütet wird oder ob der Werkvertrag mit festen Preisen abgeschlossen wurde (GAUCH, a.a.O., N. 785). Gemäss Art. 374 OR wird der Preis nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt.

Gemäss den unbestrittenen Angaben der Klägerin ist ihr durch die Bestellungenänderungen ein Mehraufwand in Form von Material- und Personalkosten entstanden, welcher sich nach Abzug einer Zahlung der Beklagten auf CHF 53'144.65 belief. Dass im Werkvertrag ein fixer Preis pro m² vereinbart wurde ist dabei nach dem vorstehend Ausgeführten unbeachtlich.

Es stellt sich indessen die Frage, ob von dieser Summe die von der F. _____ Generalunternehmung AG der Klägerin im Vergleich vom 19. bzw. 20. Juni 2013 versprochene Zahlung von CHF 25'000.– abzuziehen ist. Bei einer Geldleistung besteht keine Pflicht zur persönlichen Erfüllung. In diesem Fall kann ein Dritter die geschuldete Leistung auch ohne Wissen und Willen des bisherigen Schuldners erfüllen. Die Erfüllungswirkung tritt bei der Leistung eines Dritten an einen Gläubiger aber nur ein, wenn der Dritte die Leistung mit dem erkennbaren Willen er-

bringt, eine fremde Schuld, und zwar diejenige des Schuldners, zu tilgen (Urteil des Bundesgerichts 4C.69/2005 vom 14. April 2005, E. 3).

Die F._____ Generalunternehmung AG hat den fraglichen Betrag gemäss den Angaben der Klägerin zwecks einer vergleichweisen Erledigung des Verfahrens um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts bezahlt. In diesem Verfahren ging es um die Sicherung exakt der gleichen Werklohnforderung, wie sie nun auch vorliegend von der Klägerin eingeklagt wurde. Gemäss klägerischen Angaben hat die F._____ Generalunternehmung AG diesen Betrag in der Folge mit den Forderungen der Beklagten ihr gegenüber verrechnet. Dieses Vorgehen der F._____ Generalunternehmung AG lässt einen zumindest konkludenten Willen erkennen, die Werklohnforderung der Klägerin gegen die Beklagte teilweise zu tilgen. Die Klägerin hat sich demnach die geleisteten CHF 25'000.– auf ihre Forderung anrechnen zu lassen. Die Nichtberücksichtigung dieses Betrages würde zudem zu einer ungerechtfertigten Besserstellung der Klägerin führen, würde sie für die absolut gleiche Werklohnforderung zusätzliche CHF 25'000.– erhalten. Das Faktum, dass dieser Betrag in einem anderen Verfahren bezahlt wurde, spielt keine Rolle, ist der Konnex doch absolut der gleiche (gleiche Werklohnforderung).

Die Klägerin hat demnach einen Anspruch auf Mehrvergütung im Umfang von CHF 28'144.65.

3.2. Verzugszinsen

Die Klägerin macht einen Verzugszins von 5 % seit dem 27. Februar 2013 sowie Verzugszins zu 5 % für den Zeitraum vom 27. Februar 2013 bis zum 19. März 2013 auf den Betrag von CHF 20'602.– geltend, da die Zustellung des Zahlungsbefehls als Mahnung gelte. Diese Auffassung ist zutreffend. Da der Zahlungsbefehl der Beklagten am 27. Februar 2013 zugestellt wurde, befand sie sich seither in Verzug. Am 19. März 2013 überwies die Beklagte CHF 20'602.– auf das Konto der Klägerin, weshalb auf diese CHF 20'602.– Zinsen nur für den Zeitraum vom 27. Februar 2013 bis 19. März 2013 zuzusprechen sind. Am 19. bzw. 20. Juni 2013 schloss die Klägerin die Vereinbarung über die Zahlung von CHF 25'000.– und zog am 26. Juni 2013 ihr Begehren um vorläufige Eintragung eines Bau-

handwerkerpfandrechts zurück. Es ist daher davon auszugehen, dass sie spätestens ab dem 26. Juni 2013 über den vereinbarten Betrag verfügen konnte, weshalb dieser Betrag ab diesem Zeitpunkt nicht mehr zu verzinsen ist.

Demnach hat die Klägerin Anspruch auf Verzugszinsen zu 5 % auf den Betrag von CHF 28'144.65 seit dem 27. Februar 2013, auf den Betrag von CHF 20'602.– für den Zeitraum vom 27. Februar 2013 bis zum 19. März 2013 sowie auf den Betrag von 25'000.– für den Zeitraum vom 27. Februar 2013 bis zum 26. Juni 2013.

3.3. Fazit

Die Beklagte ist zu verpflichten der Klägerin CHF 28'144.65 nebst

- Zins zu 5 % seit dem 27. Februar 2013 auf den Betrag von CHF 28'144.65,
- Zins zu 5 % auf den Betrag von CHF 20'602.– für den Zeitraum vom 27. Februar 2013 bis zum 19. März 2013 sowie
- Zins zu 5 % auf den Betrag von 25'000.– für den Zeitraum vom 27. Februar 2013 bis zum 26. Juni 2013.

Zudem hat die Beklagte der Klägerin die Zahlungsbefehlskosten im Umfang von CHF 103.– zu ersetzen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten den Parteien je hälftig aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) bemessenden Gerichtskosten sind – in Anwendung von § 4 und § 10 Abs. 1 GebV OG – auf drei Viertel der Grundgebühr festzusetzen. Die Parteienschädigungen sind bei diesem Verfahrensausgang wettzuschlagen. Der Streitwert beträgt CHF 53'144.65.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 28'144.65 nebst
 - Zins zu 5 % seit dem 27. Februar 2013 auf den Betrag von CHF 28'144.65,
 - Zins zu 5 % auf den Betrag von CHF 20'602.– für den Zeitraum vom 27. Februar 2013 bis zum 19. März 2013 sowie
 - Zins zu 5 % auf den Betrag von 25'000.– für den Zeitraum vom 27. Februar 2013 bis zum 26. Juni 2013 sowie
 - CHF 103.– Zahlungsbefehlskosten zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 4'400.–.
3. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch aus dem von der Klägerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss bezogen. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Betrag von CHF 2'200.– zu ersetzen.
4. Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 53'144.65.

Zürich, 4. April 2014

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsident:

Gerichtsschreiberin:

Dr. George Daetwyler

Claudia Feier