



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Oberrichter Prof. Dr. Alexander Brunner, die Handelsrichter Peter Edelmann, Diego Brüesch und Paul Josef Geisser sowie der Gerichtsschreiber Dr. Moritz Vischer

Urteil vom 11. Juli 2017

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Fürsprecher X._____,

gegen

B._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin für die bei der Einfamilienhausüberbauung ...strasse ..., C._____, gelieferten und montierten Kücheneinrichtungen einen Betrag von CHF 38'164.80 nebst Zins zu 5% seit 26. August 2010 zu bezahlen.
2. Es sei die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin die verzugsbedingten Hinterlegungskosten in Höhe von CHF 4'833.40 nebst Zins zu 5% seit 26. August 2010 zu bezahlen.
3. Es sei die Beklagte zu verurteilen, die gegenüber der Klägerin erhobene Betreibung Nr. ..., vom 13.03.2013 in Höhe von CHF 16'623.80 zurückzuziehen und die Betreibung im Betreibungsregister unter ihren Kostenfolgen löschen zu lassen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, die namentlich den Handel mit Küchen bezweckt.

Die Beklagte bezweckt hauptsächlich die Führung und den Betrieb eines Architektur-, Ingenieur-, Planungs- und Beratungsbüros samt der Tätigkeit als General- bzw. Totalunternehmerin in diesen Bereichen.

b. Prozessgegenstand

Streitgegenstand bilden offene Forderungen der Klägerin aus der Installation neuer Küchenanlagen sowie Schadenersatzansprüche aus der verzugsbedingten Hinterlegung der Kücheneinrichtungen.

B. Prozessverlauf

Am 13. August 2015 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die Klage samt Beilagen mit obigen Rechtsbegehren hierorts ein (act. 1; act. 2; act. 3/1, 3-44). Den ihr mit Verfügung vom 14. August 2015 (act. 5) auferlegten Gerichtskosten-vorschuss leistete sie fristgerecht (act. 7). Mit Verfügung vom 15. September 2015 (act. 8) wurde der Beklagten Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt. Deren Erstattung samt Beilagen erfolgte am 7. Dezember 2015 (act. 14; act. 15/2). Mit Verfügung vom 9. Dezember 2015 (act. 16) wurde der Klägerin Frist angesetzt, um zur in der Klageantwort seitens der Beklagten erhobenen Einrede der Unzuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich Stellung zu nehmen. Mit einer als "Replik" bezeichneten Eingabe nahm die Klägerin hierzu Stellung (act. 18). Mit Beschluss vom 2. Februar 2016 (act. 22) wies das hiesige Gericht die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten ab und nahm die vorerwähnte Eingabe nicht als Replik entgegen. Eine gegen die Abweisung der Unzuständigkeitseinrede erhobene Beschwerde der Beklagten wies das Bundesgericht mit Urteil vom 9. Dezember 2016 ab (act. 28). Mit Verfügung vom 5. Februar 2017 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 29). Die Klägerin reichte in der Folge keine Replik ein, wobei androhungsgemäss Verzicht auf eine weitere Rechtsschrift anzunehmen ist (vgl. act. 29). Mit Verfügung vom 7. Juni 2017 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie auf Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung verzichten (act. 31). Während sich die Beklagte nicht vernehmen liess, was androhungsgemäss als Verzicht zu werten ist, verzichtete die Klägerin mit Eingabe vom 20. Juni 2017 (act. 33) ausdrücklich auf die Durchführung der Hauptverhandlung. Das Verfahren erweist sich damit als spruchreif, weshalb ein Urteil zu ergehen hat (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden nur soweit für die Entscheidungsfindung notwendig einzugehen.

Erwägungen

1. Formelles

Die sachliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts für die Beurteilung der Klage wurde mit Urteil des Bundesgerichts 4A_150/2016 vom 9. Dezember 2016 bestätigt (teilweise publiziert als BGE 142 III 788). Im Übrigen blieb die örtliche Zuständigkeit hinsichtlich der Rechtsbegehren-Ziffern 1 und 2 zu Recht unbestritten (act.14 N 3, N 10, N 14.2).

Mit Rechtsbegehren-Ziffer 3 verlangt die Klägerin, es sei die Beklagte "zu verurteilen", ihre Betreuung "zurückzuziehen" und "unter ihren Kostenfolgen löschen" zu lassen (act. 1 S. 2). Ein derartiges Rechtsbegehren findet weder im materiellen Recht eine Stütze noch wurde eine vertragliche oder sonstige Anspruchsgrundlage durch die Klägerin dargetan. Auf das vorerwähnte Rechtsbegehren ist daher ohne Weiteres nicht einzutreten.

Beabsichtigte die Klägerin eigentlich eine Klage gestützt auf Art. 85 SchKG einzureichen, so stünde dieser der zwingende Gerichtsstand des Betreuungsortes, der vorliegend nicht im Kanton Zürich liegt, entgegen (Art. 46 ZPO; BSK SchKG-BODMER/BANGERT, Art. 85 SchKG N 29; VOCK/MÜLLER, SchKG-Klagen, S. 154). Schliesslich scheitert die Erhebung einer allgemeinen, negativen Feststellungsklage im Sinne von Art. 88 ZPO an der fehlenden Darlegung eines konkreten Feststellungsinteresses durch die Klägerin (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO; BGE 141 III 68 E. 2.2).

Zusammenfassend erweist sich Rechtsbegehren-Ziffer 3 als unzulässig, weshalb nur auf die Rechtsbegehren-Ziffern 1 und 2 der Klage vom 13. August 2015 einzutreten ist.

2. Fälligkeit der Kosten für die Küchenanlagen (Rechtsbegehren-Ziffer 1)

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Werklohnforderungen der Klägerin werden namentlich dann zur Zahlung fällig, wenn *erstens* eine Schluss**ab**rechnung, basierend auf einer durch die Klägerin zu erstellenden Schlussrechnung, vorliegt und *zweitens* eine Bankgarantie im Sinne von Art. 111 OR der Beklagten übergeben wurde (act. 1 S. 6 f.; act. 14 N 8.4, N 8.6).

2.2. Streitpunkte

Die Klägerin macht geltend, die Fälligkeit ihrer Werklohnforderung sei längst eingetreten. Es läge eine detaillierte Schlussrechnung vor (act. 1 S. 6). Das Beharren der Beklagten auf einer Schluss**ab**rechnung stelle eine überspitzte Formalität dar, zumal sämtliche gelieferten Küchen einwandfrei funktionieren würden. Im Übrigen würde auch die durch die Klägerin eingeholte Mängelgewährleistungsbürgschaft als Sicherheit genügen (act. 1 S. 7).

Die Beklagte bestreitet unter Hinweis auf die vereinbarten Allgemeinen Geschäftsbedingungen den Eintritt der Fälligkeit (act. 17 N 8.4, N 8.6).

2.3. Würdigung

Angesichts der konkreten Bestreitungen der Beklagten in der Klageantwort wäre es an der Klägerin gewesen, die einzelnen Voraussetzungen der Fälligkeit ihrer Werklohnforderung in einer zweiten Rechtsschrift (Replik) genauer, mithin substantiierter, auszuführen. Dies unterliess sie vorliegend aber: So hätte die Klägerin beispielsweise aufgrund der beklagtischen Bestreitung (act. 14 N 9.3) genauer darlegen müssen, inwiefern die durch sie als "detaillierte Schlussrechnung" betitelte Rechnung vom 26. August 2010 (act. 1 S. 6; act. 3/19; act. 3/38) *tatsächlich* den Anforderungen an eine Schlussrechnung im Sinne der AGB genügt. Mangels Einreichung einer zweiten Rechtsschrift hat der beklagtische Standpunkt, es handle sich um eine ungenügende, nicht detaillierte Schlussrechnung (act. 14 N 9.3), so als unbestritten und zugestanden zu gelten. Ohne Schlussrechnung

kann aber auch die Werklohnforderung der Klägerin letztlich nicht fällig werden (siehe vorne 2.1.).

Bereits aus diesem Blickwinkel ist die Klage hinsichtlich Rechtsbegehren-Ziffer 1 mangels eingetretener Fälligkeit abzuweisen.

Ohnehin wäre der klägerischen Argumentation kein Erfolg beschieden. Im Werkvertrag vom 15. Juli 2009 heisst es, wie die Beklagte zu Recht ausführte (act. 14 N 9.1), unmissverständlich:

act. 3 S. 9

"(...) Die Schlusszahlung erfolgt (...) zudem erst nach der Übergabe einer Bankgarantie "auf erstes Verlangen" im Sinne von Art. 111 OR (keine Solidarbürgschaft) in der Form gemäss beiliegendem Mustertext (...)."

Der klägerische Standpunkt ist nicht nachvollziehbar, anerkennt die Klägerin doch selber, dass sie den vertraglichen Vorgaben mit der Übergabe einer Mängelgewährleistungsbürgschaft nicht nachgekommen ist:

act. 1 S. 7

"Bei der **Mängelgewährleistungsbürgschaft** (...) handelt es sich zwar nicht um einen Garantievertrag i.S.v. Art. 111 OR, wie gemäss AGB gefordert, sondern um eine Solidarbürgschaft, welche branchenüblich ist und ihren Zweck ohne weiteres zu erfüllen vermag."

Was aber "branchenüblich" ist oder nicht, kann für das konkret vertraglich Vereinbarte, mithin dem Austausch gegenseitig übereinstimmender Willenserklärungen im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR, keine Rolle spielen.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Kücheneigentümerinnen und -eigentümer nicht Vertragspartei des streitgegenständlichen Werkvertrags sind. Sie können deshalb keine "Mängelfreiheit" bestätigen. Im Übrigen sind die Unterschriften auf den eingereichten Urkunden teilweise weder leserlich noch besteht eine Rechtseinheit "Familie" (z.B. act. 3/26). Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten ist damit a priori weder ersichtlich noch wurde es durch die Klägerin hinreichend substantiiert dargelegt.

Zu bemerken gilt es schliesslich, dass mehrthematische Beweismittel *unzulässig* sind (statt vieler: HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Band 1, Zürich 2015, N 2.11). Die Klägerin stellte dementsprechend nicht gehörige Beweisanträge, in-

dem sie unspezifisch für die – sich immerhin auf rund zwei Seiten erstreckende – Klageschrift-Randziffer 8 diverse zusätzliche Beweismittel an deren Schluss anbot. Eine Zuordnung der einzelnen offerierten Beweismittel zu den einzelnen Tatsachenvorbringen der Klägerin ist so nicht möglich. Entsprechend hätte ein grosser Teil der dort seitens der Klägerin gemachten Tatsachenvorbringen, inklusive einer neuen, angeblich detaillierteren Schlussrechnung (act. 3/38), selbst ohne die erfolgten Bestreitungen der Beklagten als *unbewiesen* zu gelten.

Auch aus dieser Sichtweise ist die Fälligkeit der streitgegenständlichen Forderung nicht eingetreten und die Klage hinsichtlich Rechtsbegehren-Ziffer 1 mangels Fälligkeit abzuweisen.

2.4. Fazit

Die Klage ist im Umfang von CHF 38'164.80 nebst Zins zu 5 % seit 26. August 2010 (Rechtsbegehren-Ziffer 1) mangels Fälligkeit abzuweisen.

3. Hinterlegungskosten (Rechtsbegehren-Ziffer 2)

3.1. Unbestrittener Sachverhalt

Mangels Einreichung einer zweiten Rechtsschrift seitens der Klägerin gilt folgender, in der Klageantwort vorgetragene Sachverhalt als unbestritten:

act. 14 N 10

"Zudem erkennt die Klägerin, dass in den von ihr angenommenen AGB (KB 3) unter Ausführungen/Bauabwicklung im 3. Abschnitt vereinbart ist, dass Arbeitsunterbrüche nicht vergütet werden. Sollte es also überhaupt solche Aufwendungen gegeben haben, was ausdrücklich bestritten wird, so wären diese im Pauschalpreis nach Werkvertrag eingerechnet."

Somit ist in tatsächlicher Hinsicht erstellt, dass ausserhalb des vereinbarten Pauschalpreises keine Vergütungen, wie insbesondere im Zusammenhang mit Arbeitsunterbrüchen, durch die Beklagte geschuldet sind bzw. vertraglich vereinbart wurden. Mit anderen Worten besteht in diesbezüglicher Hinsicht zwischen den Parteien ein natürlicher Konsens.

3.2. Streitpunkte

Die Klägerin macht geltend, die Beklagte sei für Bauverzögerungen verantwortlich (act. 1 N 6). Entsprechend schulde ihr die Beklagte die verzugsbedingten Hinterlegungskosten in der Höhe von CHF 4'833.40 zuzüglich Zinsen (act. 1 N 6).

Die Beklagte bestreitet die Forderung der Klägerin namentlich als nicht genügend dargetan und unsubstantiiert (act. 14 N 10).

3.3. Würdigung

Aufgrund der – mangels Einreichung einer zweiten Rechtsschrift – unbestritten gebliebenen Tatsachendarstellung der Beklagten ist erstellt, dass über den vertraglich vereinbarten Pauschalpreis hinaus keine Zusatzvergütungen oder -entschädigungen für Arbeitsverzögerungen durch die Beklagte geschuldet werden. Demnach schuldet sie auch nicht den Ersatz von "verzugsbedingten Hinterlegungskosten".

Dies führt hinsichtlich Rechtsbegehren-Ziffer 2 zur vollumfänglichen Klageabweisung.

Überhaupt blieben die tatsächlichen Ausführungen der Klägerin in ihrer Klageschrift zu diesen, angeblich verzugsbedingten Kosten äusserst *pauschal und vage*. Es kann im Geltungsbereich des Verhandlungsgrundsatzes aber nicht Aufgabe des erkennenden Gerichts sein, die Sachdarstellung einer Partei aus den Beilagen selbst zusammenzutragen (BGE 141 III 549, nicht publ. E. 3.1 m.w.H.). So lässt sich beispielsweise nur schon der geltend gemachte Betrag von CHF 4'833.40 aus dem Parteivortrag der Klägerin alleine nicht nachvollziehen.

Es erscheint im Sinne einer *Subeventualbegründung* ohnehin fraglich, ob der wohl als Verzugsschaden eingeforderte Betrag überhaupt einen Schaden im Rechtssinne darstellen würde. Betrachtet man nämlich die zu dessen Begründung eingereichte Rechnung (act. 3/20), so fällt auf, dass diese durch die Klägerin selbst, vormals noch als A. _____ AG firmierend (act. 1 N 2), erstellt wurde. Eige-

ne Aufwendungen stellen aber per se noch keinen ersatzfähigen Schaden dar, wobei hierzu wiederum nichts ausgeführt wurde.

Auch aus dieser Sichtweise ist die Forderung der Klägerin aus "verzugsbedingten Hinterlegungskosten" nicht dargetan und die Klage hinsichtlich Rechtsbegehren-Ziffer 2 vollumfänglich abzuweisen.

3.4. Fazit

Die Klage ist im Umfang von CHF 4'833.40 nebst Zins zu 5 % seit 26. August 2010 (Rechtsbegehren-Ziffer 2) vollumfänglich abzuweisen.

4. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Auf Rechtsbegehren-Ziffer 3 der Klage vom 13. August 2015 ist nicht einzutreten und im Übrigen ist die Klage im Umfang von CHF 38'164.80 nebst Zins zu 5 % seit 26. August 2010 (Rechtsbegehren-Ziffer 1) mangels Fälligkeit bzw. im Umfang von CHF 4'833.40 nebst Zins zu 5 % seit 26. August 2010 (Rechtsbegehren-Ziffer 2) vollumfänglich abzuweisen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert beträgt vorliegend CHF 42'998.20 (Art. 93 Abs. 1 ZPO), was zu einer ordentlichen Gerichtsgebühr von rund CHF 5'000.– führt. Sie ist ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und aus ihrem Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

5.2. Parteientschädigungen

Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu bemessen (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 ZPO).

Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Bei einem Streitwert von CHF 42'998.20 beträgt die zuzusprechende Parteientschädigung CHF 6'370.—. Die Beklagte behauptete keine für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen, aussergewöhnlichen Umstände (vgl. ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] S. 531 ff.; Urteil BGer 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5). Daher ist ihr die Parteientschädigung praxisgemäss ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Auf Rechtsbegehren-Ziffer 3 der Klage vom 13. August 2015 wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen richten sich nach dem nachfolgenden Erkenntnis.
3. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkennt sodann:

1. Die Klage wird im Umfang von CHF 38'164.80 nebst Zins zu 5 % seit 26. August 2010 (Rechtsbegehren-Ziffer 1) mangels Fälligkeit und im Umfang von CHF 4'833.40 nebst Zins zu 5 % seit 26. August 2010 (Rechtsbegehren-Ziffer 2) vollumfänglich abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 5'000.—.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 6'370.— zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 33.
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 42'998.20.

Zürich, 11. Juli 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsident:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Dr. Moritz Vischer