

HOR.2019.42 / as / mv

Urteil vom 4. März 2021

Besetzung	Oberrichter Vetter, Vizepräsident Ersatzrichter Meichssner Handelsrichter Felber Handelsrichter John Handelsrichter Laube Gerichtsschreiber Schneuwly Gerichtsschreiber-Stv. Stich
Klägerin	F. GmbH , _____ vertreten durch lic. iur. Daniele Di Muccio, Rechtsanwalt, Bahnhofstrasse 44, 8001 Zürich
Beklagte	E. GmbH , _____ vertreten durch lic. iur. Aleksandar Simic, Rechtsanwalt, Minervastrasse 19, 8032 Zürich
Gegenstand	Ordentliches Verfahren betreffend Forderung

Das Handelsgericht entnimmt den Akten:

1.

Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in O. (AG). Sie bezweckt im Wesentlichen die Erbringung von Gips- und Malerarbeiten (Klagebeilage [KB] 2).

2.

Die Beklagte ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Z. (AG). Sie bezweckt hauptsächlich den Betrieb eines Maler- und Gips-Geschäfts [...] (KB 3).

3.

Die F. AG (ehemals Beklagte 2) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in S. Sie bezweckt im Wesentlichen [...] (KB 4).

4.

Im Zusammenhang mit einem Bauprojekt an der Bahnhofstrasse [...] in F. (AG) schloss die Beklagte mit der Klägerin einen mündlichen Werkvertrag über die Ausführung von Grundputz- und Weissputzarbeiten. Die Beklagte war ihrerseits als Subunternehmerin der S. AG mit der Erstellung von Gipsarbeiten beauftragt worden, welche wiederum in einem Vertragsverhältnis mit der Totalunternehmerin, der G. AG stand. Letztere Vertragsverhältnisse sind nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

5.

Für ihre Leistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt stellte die Klägerin der Beklagten am 14. März 2019 Schlussrechnung über den Betrag von Fr. 45'412.65 (KB 12). Da im Anschluss keine Zahlung erfolgte, leitete die Klägerin über diesen Betrag nebst 5 % Zins seit dem 1. Januar 2019 beim Regionalen Betreibungsamt Z. gegen die Beklagte ein Betreibungsverfahren ein (Betreibung Nr. 123). Gegen den Zahlungsbefehl vom 11. April 2019 erhob die Beklagte Rechtsvorschlag (KB 13).

6.

Mit Datum vom 20. Mai 2019 stellte die Beklagte ihrerseits der Klägerin eine Schlussrechnung zu, die einen Saldo zugunsten der Beklagten in der Höhe von Fr. 26'348.25 auswies (KB 15 sowie Antwortbeilage [AB] 10).

7.

7.1.

Mit Klage vom 21. Oktober 2019 (Postaufgabe 22. Oktober 2019) stellte die Klägerin gegen die Beklagte und die F. AG die folgenden Rechtsbegehren:

- " 1.
Die Beklagten 1 und 2 seien solidarisch zu verpflichten, der Klägerin CHF 49'485.40 zzgl. Zins von 5 % seit 12. April 2019 [recte: zu bezahlen].
2.
In der Betreuung Nr. 123 des Betreibungsamts Z. (Zahlungsbe-
fehl vom 11. April 2019) sei der Rechtsvorschlag zu beseitigen
und die Rechtsöffnung zu erteilen.
3.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zulasten
der beiden Beklagten."

Zur Begründung führte die Klägerin im Wesentlichen aus, es handle sich um offene Werklohnforderungen aus einem Werkvertrag gestützt auf welchen sie als Sub(sub)unternehmerin der Beklagten auf einem Grundstück der F. AG Gipserarbeiten erbracht habe. Von der in Rechnung gestellten Gesamtforderung von Fr. 212'412.65 habe die Beklagte bisher Fr. 162'927.25 bezahlt, weshalb ein Betrag von Fr. 49'485.40 noch ausstehend sei. In diesem Umfang stehe der Klägerin auch gegenüber der F. AG ein Entschädigungsanspruch zu, da diese als Eigentümerin des Grundstücks im Umfang der dafür geleisteten Arbeiten bereichert sei.

7.2.

Mit Klageantwort vom 16. Dezember 2019 beantragte die F. AG die kostenfällige Abweisung der Klage.

7.3.

Mit Klageantwort vom 10. Januar 2020 stellte die Beklagte die folgenden Rechtsbegehren:

- " 1.
Die Klage sei abzuweisen.
2.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zulasten
der Klägerin."

Zur Begründung führte die Beklagte hauptsächlich aus, sie anerkenne, dass die Klägerin in ihrem Auftrag Gipserarbeiten am fraglichen Bauprojekt erbracht habe und ihr folglich eine Werklohnforderung in Höhe von gesamthaft Fr. 199'087.75 (inkl. MwSt.) zustehe. Davon habe die Beklagte der Klägerin den Betrag von Fr. 176'660.70 jedoch bereits bezahlt, weshalb die Restforderung der Klägerin aus besagtem Werkvertrag noch Fr. 22'426.75

betrage. Der von der Klägerin geltend gemachte Werklohn im Gesamtbetrag von Fr. 212'412.65 und das dieser Forderung zugrundeliegende Ausmass der ausgeführten Arbeiten werden bestritten. Zudem seien die von der Klägerin ausgeführten Arbeiten mangelhaft gewesen. Da die Klägerin die Behebung dieser Mängel verweigert habe, habe die Beklagte selbst die Nachbesserung vorgenommen, woraus ihr eine Forderung gegenüber der Klägerin in der Höhe von Fr. 48'775.20 zustehe. Diese Forderung werde mit der Werklohnforderung der Klägerin verrechnet, weshalb letztere erloschen und die Klage abzuweisen sei.

8.

8.1.

Mit Eingabe vom 13. Februar 2020 zog die Klägerin ihre Klage gegen die F. AG zurück, da diese doch nicht Eigentümerin des Grdst.-Nr. 894 GB F. gewesen sei, sondern die F. Invest AG.

8.2.

Am 17. Februar 2020 fand eine Instruktions- und Vermittlungsverhandlung statt, an der die Parteien keinen Vergleich finden konnten.

8.3.

Am 18. Februar 2020 schrieb der Vizepräsident das Verfahren in Bezug auf die F. AG zufolge Klagerückzugs ab und auferlegte der Klägerin die Prozesskosten.

8.4.

Am 20. März 2020 reichte die Klägerin gegen den Kostenentscheid vom 18. Februar 2020 Beschwerde beim Bundesgericht ein.

9.

9.1.

Mit Replik vom 17. April 2020 stellte die Klägerin die folgenden Rechtsbegehren:

- " 1.
Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 49'485.40 zzgl. Zins von 5 % seit 12. April 2019 [recte: zu bezahlen].
2.
In der Betreuung Nr. 123 des Betreibungsamts Z. (Zahlungsbe-
fehl vom 11. April 2019) sei der Rechtsvorschlag zu beseitigen
und die Rechtsöffnung zu erteilen.
3.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zulasten
der beiden Beklagten."

9.2.

Mit Duplik vom 5. Juni 2020 hielt die Beklagte an ihren bereits gestellten Rechtsbegehren fest.

9.3.

Am 22. Juni 2020 reichte die Klägerin unaufgefordert eine Triplik und am 6. Juli 2020 die Beklagte unaufgefordert eine Quadruplik ein.

10.

Mit Urteil vom 13. November 2020 wies das Bundesgericht die von der Klägerin eingereichte Beschwerde ab, soweit es auf diese eintrat.

11.

11.1.

Mit Verfügung vom 8. Dezember 2020 wurde die Streitsache an das Handelsgericht überwiesen und die Parteien zur Mitteilung aufgefordert, ob sie auf eine Hauptverhandlung verzichten (Art. 233 ZPO) bzw. alternativ auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verzichten und beantragen, ihre Schlussvorträge schriftlich einzureichen (Art. 232 Abs. 2 ZPO).

11.2.

Mit Eingabe vom 16. Dezember 2020 verzichtete die Beklagte auf die Durchführung einer Hauptverhandlung und beantragte, die Schlussvorträge schriftlich einreichen zu dürfen. Mit Eingabe vom 28. Dezember 2020 schloss sich die Klägerin diesem Antrag an.

11.3.

Mit Verfügung vom 4. Januar 2021 setzte der Vizepräsident den Parteien Frist zur Einreichung schriftlicher Schlussvorträge bis zum 25. Januar 2021, die für beide Parteien bis zum 8. Februar 2021 erstreckt wurde.

11.4.

Mit Eingaben vom 4. bzw. 8. Februar 2021 reichten die Parteien ihre Schlussvorträge ein und hielten jeweils an ihren gestellten Anträgen fest.

Das Handelsgericht zieht in Erwägung:

1. Zuständigkeit

1.1. Örtliche Zuständigkeit

Die Beklagte lässt sich auf den vorliegenden Prozess i.S.v. Art. 18 ZPO ein, weshalb die örtliche Zuständigkeit der aargauischen Gerichte gegeben ist.

1.2. Sachliche Zuständigkeit

Die Streitigkeit beschlägt die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien, die beide im Handelsregister eingetragen sind (KB 2 f.) und der Streitwert beträgt Fr. 49'485.40. Das Handelsgericht ist demgemäss nach Art. 6 Abs. 2 ZPO sachlich zuständig.

2. Verhandlungsmaxime

Vorliegend gilt die Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Auf die sich daraus ergebenden Obliegenheiten der Parteien ist vorab einzugehen:

2.1. Behauptungslast

Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Den Prozessparteien obliegt die Behauptungslast.¹ Die Aufteilung der Behauptungslast zwischen den Parteien folgt der Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB.² Somit trägt die Behauptungslast für rechtserzeugende Tatsachen, wer ein Recht oder Rechtsverhältnis behauptet; für rechtsaufhebende Tatsachen, wer die Aufhebung oder den Untergang eines Rechts behauptet (z.B. Verwirkung, Erlass etc.) und für rechtshindernde Tatsachen, wer sich darauf beruft (z.B. Verjährung, Stundung etc.).³ Dementsprechend hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu behaupten, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt.⁴

Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten; es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden rechtlichen Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden.⁵ Was offensichtlich in anderen, ausdrücklich vorgebrachten Parteibehauptungen enthalten ist, muss nicht explizit behauptet werden (sog. implizite bzw. mitbehauptete Tatsachen).⁶ Blosser Mutmassungen stellen jedoch keine rechtsgenügenden Tatsachenbehauptungen dar.⁷ Ist ein Tatsachenvortrag im erwähnten Sinne vollständig, so wird er als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt.⁸

¹ Vgl. BGer 5A_83/2019 vom 23. Juli 2019 E. 4; 4A_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2; SCHNEUWLY, Lange Rechtsschriften – Wieso? Und was tun?, Anwaltsrevue 2019, S. 444.

² BGE 132 III 186 E. 4; BGer 5A_808/2018 vom 15. Juli 2019 E. 4.2.

³ SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 55 N. 18.

⁴ BGE 128 III 271 E. 2.a.aa; weitergehend ZK ZGB-JUNGO, 3. Aufl. 2018, N. 387.

⁵ BGE 136 III 322 E. 3.4.2; BGer 4A_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1.

⁶ BGE 144 III 519 E. 5.3; BGer 4A_243/2018 vom 17. Dezember 2018 E. 4.2.1 m.w.N.; Josi, Behaupten, Bestreiten und Beweisen – praktische Fragen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Markus/Eichel/Rodriguez (Hrsg.), Der handelsgerichtliche Prozess, Chancen und Gefahren – national und international, 2019, S. 80.

⁷ BGer 4A_667/2014 vom 12. März 2015 E. 3.2.2.

⁸ BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.1 m.w.N.; 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; SCHNEUWLY (Fn. 1), S. 445.

Tatsachenbehauptungen sind grundsätzlich in den Rechtsschriften aufzustellen (Art. 221 Abs. 1 lit. d und Art. 222 Abs. 2 Satz 1 ZPO).⁹ Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht.¹⁰ Durch einen Verweis auf Urkunden können Sachverhaltselemente jedoch ausnahmsweise als behauptet gelten, wenn es überspitzt formalistisch wäre, eine Übernahme des Urkundeninhalts in die Rechtsschrift zu verlangen. Die Zulässigkeit des Verweises bedingt, dass die Partei die Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen in der Rechtsschrift behauptet.¹¹ Aus dem in der Rechtsschrift aufzuführenden Verweis muss zudem für das Gericht und die Gegenpartei klar ersichtlich sein, dass Informationen aus einem Aktenstück zum Tatsachenfundament erhoben werden sollen. Weiter hat die Rechtsschrift ein spezifisches Aktenstück zu nennen und es muss ersichtlich sein, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen.¹² Weil ein Verweis auf Akten nicht dazu führen darf, dass die Gegenpartei und das Gericht die relevanten Tatsachen aus der Beilage selbst zusammensuchen müssen, muss auf die fragliche Information bzw. Tatsache problemlos zugegriffen werden können und es darf kein Interpretationsspielraum bestehen.¹³ Ein problemloser Zugriff ist gewährleistet, wenn eine Beilage selbst erklärend ist und genau die verlangten (bzw. in der Rechtsschrift bezeichneten) Informationen enthält. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, kann ein Verweis nur genügen, wenn die Beilage in der Rechtsschrift derart konkretisiert und erläutert wird, dass die Informationen ohne weiteres zugänglich werden und nicht interpretiert und zusammengesucht werden müssen.¹⁴ Die in der Praxis beliebten Pauschalverweise auf eingereichte Akten bzw. die allgemeine Erklärung, diese würden "integrierenden Bestandteil" der Rechtsschrift bilden, stellen deshalb keine hinreichenden Behauptungen dar bzw. können fehlende Behauptungen nicht ersetzen.¹⁵

2.2. Bestreitungslast

Die Kehrseite der Behauptungslast ist die sog. Bestreitungslast: Bestreitet eine Partei eine Tatsachenbehauptung ihres Gegners nicht, gilt diese als unbestritten und die betreffende Tatsache kann dem Entscheid ohne weiteres zugrunde gelegt werden, da über nicht bestrittene Tatsachen kein Beweis geführt zu werden braucht (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).¹⁶ Art. 222

⁹ BGE 144 III 519 E. 5.2.1; 144 II 67 E. 2.1; BRUGGER, Der Verweis auf Beilagen in Rechtsschriften, SJZ 2019, S. 534; JOSI (Fn. 6), S. 60.

¹⁰ BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.1 m.w.N.; JOSI (Fn. 6), S. 61.

¹¹ Vgl. BGer 4A_398/2018 vom 25. Februar 2019 E. 10.4.1; 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; BRUGGER (Fn. 9), S. 535 f.

¹² BGE 144 III 519 E. 5.2.1.2; BGer 4A_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.2.1; 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; eingehend BRUGGER (Fn. 9), S. 536 ff.

¹³ BGer 4A_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.4.2; 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.2 f.

¹⁴ BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.3; eingehend BRUGGER (Fn. 9), S. 538 ff.

¹⁵ BK ZPO I-HURNI, 2012, Art. 55 N. 21 m.w.N.; BRUGGER (Fn. 9), S. 540 Fn. 50 m.w.N.

¹⁶ BK ZPO I-HURNI (Fn. 15), Art. 55 N. 37 mit Verweis auf Art. 150 Abs. 1 ZPO; JOSI (Fn. 6), S. 57.

Abs. 2 ZPO verlangt von der beklagten Partei, darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden. Es ist deshalb empfehlenswert, die Tatsachenbehauptungen der Klägerin detailliert, d.h. Punkt für Punkt zu bestreiten.¹⁷ Bestreitungen sind dabei so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so bestimmt sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss. Pauschale Bestreitungen reichen indessen selbst dann nicht aus, wenn sie explizit erfolgen. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird.¹⁸ Auch ein implizites Bestreiten genügt unter diesen Voraussetzungen den Anforderungen der rechtsgenügenden Bestreitung.¹⁹

2.3. Substantiierungslast

Bestreitet aber der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei in rechtsgenügender Weise, so greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann.²⁰ Das Beweisverfahren darf nicht dazu dienen, ein ungenügendes Parteivorbringen zu vervollständigen.²¹ Der nicht oder nicht substantiiert vorgebrachte Sachverhalt ist im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime dem nicht bewiesenen Sachverhalt gleichzusetzen.²²

2.4. Bezeichnung der Beweismittel

Die Parteien haben im Rahmen der Verhandlungsmaxime die einzelnen Beweismittel zu bezeichnen (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO, wonach die Klage die Tatsachenbehauptungen sowie die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu enthalten hat). Dazu gehört auch, dass aus dem Zusammenhang klar wird, inwiefern die angerufenen Beweismittel den angestrebten Beweis erbringen sollen. Es genügt nicht,

¹⁷ Ähnlich DROESE, Bestreitungsbedürftige Beilagen – ein Hinweis zur bundesgerichtlichen Speisekarte, Note zu Urteil 4A_11/2018, SZPP 2019, S. 19.

¹⁸ BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.3; SCHNEUWLY (Fn. 1), S. 445 f.

¹⁹ SCHMID/HOFER, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, ZZZ 2016, S. 285 m.w.N.

²⁰ BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; BGer 4A_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1.

²¹ DOLGE, Anforderungen an die Substanziierung, in: Dolge (Hrsg.), Substantiieren und Beweisen, 2013, S. 21; JOSI (Fn. 6), S. 86; vgl. auch BGE 108 II 337 E. 3.

²² BGer 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2; KUKO ZPO-OBERHAMMER, 2. Aufl. 2013, Art. 55 N. 12; ähnlich JOSI (Fn. 6), S. 62.

in der Klage Behauptungen aufzustellen und pauschal auf die Klagebeilagen zu verweisen.²³ Ein Beweismittel ist nur dann formgerecht angeboten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt.²⁴ Deshalb sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die entsprechenden Tatsachenbehauptungen aufzuführen, welche durch sie bewiesen werden sollen ("Prinzip der sog. Beweismittelverbindung").²⁵ Es ist hingegen unzureichend, einen ganzen Sachverhaltskomplex zu behaupten und lediglich pauschal auf eine Vielzahl von Urkunden oder eine Anzahl Zeugen zu verweisen.²⁶ Bei umfangreichen Urkunden ist zudem die für die Beweisführung erhebliche Stelle zu bezeichnen (Art. 180 Abs. 2 ZPO).²⁷

3. Werklohnanspruch

3.1. Parteibehauptungen

3.1.1. Klägerin

Die Klägerin behauptet, sie habe gestützt auf einen Werkvertrag mit der Beklagten Gipserarbeiten im Wert von gesamthaft Fr. 190'412.65 erbracht (Klage Rz. 8 und 10, Replik Rz. 27) bzw. sie habe insgesamt 16'553 m² Grundputz, 5'405.39 m² Weissputz, 1'227 m² Rigipswände und gesamthaft 87 Stunden Regiearbeiten erbracht, wobei folgende Entschädigungen vereinbart worden seien (Klage Rz. 15):

- Grundputz: Fr. 7.00 / m²
- Weissputz: Fr. 11.00 / m²
- Rigipsplatten: Fr. 5.00 / m²
- Regiearbeiten: Fr. 50.00 / h

Das Material sei von der S. AG zur Verfügung gestellt worden (Replik Rz. 9). Die Arbeiten seien fachgerecht und sorgfältig ausgeführt und ordnungsgemäss in Rechnung gestellt worden. Da das tatsächliche Ausmass von dem geplanten Ausmass abgewichen sei, habe die Klägerin der Beklagten das Erstellen eines gemeinsamen Ausmasses vorgeschlagen, wovon die Beklagte aber nichts habe wissen wollen. Die Beklagte habe der Klägerin jedenfalls ihr eigenes Ausmass geliefert, womit sie zumindest diese Ausmasse anerkannt habe. Über die Ausmasse sei ein Gutachten zu erstellen (Klage Rz. 8, Replik Rz. 10 f.).

²³ BGer 4A_195/2014 und 4A_197/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.3 m.w.N. (nicht publ. in BGE 140 III 602).

²⁴ BGer 4A_291/2018 vom 10. Januar 2019 E. 4.4.2; 4A_370/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 3.3 m.w.N.

²⁵ BK ZPO II-KILLIAS, 2012, Art. 221 N. 29; PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 221 N. 16 ff.; BRUGGER (Fn. 9), S. 537.

²⁶ BK ZPO II-KILLIAS (Fn. 25), Art. 221 N. 29; JOSI (Fn. 6), S. 86; ähnlich BGer 4A_360/2017 vom 30. November 2017 E. 4.

²⁷ BK ZPO II-RÜETSCHI, 2012, Art. 180 N. 17 ff.; WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 3), Art. 180 N. 10 ff., je m.w.N.

Die Rechnungen seien der Beklagten in regelmässigen Abständen zugestellt worden. Die Beklagte habe die angegebenen Arbeitsmengen und die Rechnungsstellung zu keiner Zeit bemängelt (Klage Rz. 8).

Gesamthaft habe die Klägerin der Beklagten den Betrag von Fr. 190'412.65 in Rechnung gestellt. Diesem Betrag sei der Betrag von Fr. 10'000.00 hinzuzurechnen als Ersatz für eine Akontorechnung, welche die Klägerin gestützt auf eine Parteivereinbarung mit der Beklagten dem Gipsergeschäft K. bezahlt habe. Letzteres sei ebenfalls auf derselben Baustelle als Sub-Subunternehmerin der Beklagten tätig gewesen (Klage Rz. 10, Schlussvortrag der Klägerin vom 8. Februar 2021 Rz. 5). An den zunächst in der Klage weiter verlangten Fr. 12'000.00 für eine angeblich noch offene aber bereits in Abzug gebrachte Akontozahlung hielt die Klägerin in ihrer Replik (Rz. 27) nicht mehr fest. Daraus ergebe sich eine Gesamtforderung der Klägerin in Höhe von Fr. 200'412.65 (Klage Rz. 10, Replik Rz. 27).

3.1.2. Beklagte

Die Beklagte gesteht zu, dass die Klägerin gestützt auf einen Werkvertrag Gipsarbeiten ausgeführt und daher Anspruch auf Bezahlung eines Werklohns habe (Antwort Rz. 3 f.). Sie bestreitet hingegen die Gesamtforderung in Höhe von Fr. 212'412.65 (Antwort Rz. 6 f. und 14). Betreffend den eingeklagten Werklohn bestreitet die Beklagte das Ausmass des Gesamtforderungsbetrags. Die Klägerin selbst habe nie Arbeitsrapporte erstellt (Antwort Rz. 6) bzw. der Beklagten eigene Ausmasse übergeben (Duplik Rz. 7). Bei den Ausmassangaben in AB 3a-3f und KB 11a-11e handle es sich um Ausmasse, die von der Architektin (S. T. AG) vor Bauausführung erstellt worden seien (Duplik Rz. 6 f.).

Aus den Rechnungen der Klägerin sei nicht ersichtlich, auf welches Haus sich die jeweiligen Rechnungen beziehen würden. Hinzu komme, dass keine der in den jeweiligen klägerischen Rechnungen aufgeführten und in Randziffer 15 der Klage angegebenen Leistungsangaben mit den vor den Bauarbeiten von der Architektin (S. T. AG) erstellten und der Klägerin von der Beklagten ausgehändigten Ausmasse übereinstimme. Bereits deshalb werde das Ausmass der Gesamtforderung der Klägerin in Höhe von Fr. 212'412.65 nicht anerkannt (Antwort Rz. 7).

An dem in der Klageantwort von der Beklagten gemachten Zugeständnis, die Klägerin habe gestützt auf eine Parteivereinbarung mit der Beklagten dem Gipsergeschäft K. Fr. 10'000.00 zu überweisen gehabt (Antwort Rz. 16), will die Beklagte in ihrer Duplik nicht festhalten. Vielmehr habe sich die Klägerin zunächst verpflichtet, den Abrieb zu erstellen, wofür sie Herrn K. beigezogen habe. Nachdem dieser von der Klägerin nicht bezahlt worden sei, habe die Beklagte sich bereit erklärt, ihn direkt zu entschädigen. Hierfür habe die Klägerin die Rechnung Nr. 75712 vom 13. September 2018 über Fr. 10'000.00 ausgestellt (KB 10b), welche die Beklagte am

28. Oktober 2018 bezahlt habe. Die Fr. 10'000.00 seien daher nicht zur klägerischen Forderung hinzuzurechnen. In der Folge sei Herr K. direkt von der Beklagten bezahlt worden (Duplik Rz. 5).

Insgesamt betrachtet gestehe die Beklagte der Klägerin von der geltend gemachten Werklohnforderung nur Fr. 199'087.75 (inkl. MwSt.) zu, wie dies in der Schlussrechnung vom 20. Mai 2019 ausgewiesen worden sei (Antwort Rz. 18, Duplik Rz. 60; KB 15). Dieser Betrag ergebe sich aus der Multiplikation des tatsächlichen Ausmasses (16'112 m² Grundputz, 5'129 m² Weissputz, 1'614 m² Abriebarbeiten und gesamthaft 183.9 Stunden Regiearbeiten) mit den vereinbarten Einheitspreisen (Antwort Rz. 18).

3.2. Rechtliches

Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (Art. 363 OR). Der Besteller hat die Vergütung bei der Ablieferung des Werkes zu zahlen (Art. 372 OR). Die Ablieferung des vollendeten Werkes bewirkt somit gemäss dispositivem Recht die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs.²⁸ Den Unternehmer trifft daher eine Vorleistungspflicht im Umfang der gesamten Werkherstellung – erst Arbeit, dann Lohn.²⁹ Der Unternehmer, der den Werklohn fordert, muss die rechtsbegründende Tatsache der Ablieferung beweisen.³⁰

Beim Werkvertrag wird zwischen verschiedenen Vergütungsabreden unterschieden: Eine mögliche Variante ist die feste Übernahme des Werks i.S.v. Art. 373 OR. Darunter fallen die Vereinbarungen mit einem Pauschal- oder Globalpreis. Aber auch der Einheitspreis stellt einen Anwendungsfall von Art. 373 OR dar.³¹ Bei den Einheitspreisen werden für verschiedene Einzelleistungen der vom Unternehmer geschuldeten Gesamtleistung verschiedene Preise vereinbart. Möglich ist auch, dass die Vergütung je Einheit der Leistung (z.B. je Laufmeter, Quadratmeter etc.) festgesetzt wird.³² Die geschuldete Vergütung ergibt sich dann aus der Menge der vom Unternehmer geleisteten Einheiten, multipliziert mit dem zugehörigen Einheitspreis.³³ Die Beweislast für die Menge der zu einem Einheitspreis geleisteten Einheiten liegt beim Unternehmer, der die nach dem vereinbarten Einheitspreis verrechnete Vergütung verlangt.³⁴ Eine andere Variante ist die Übernahme des Werkes ohne feste Vergütung nach Art. 374 OR, d.h.

²⁸ BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, 7. Aufl. 2020, Art. 372 N. 2; GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N. 1152 ff.; KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, 2015, N. 198.

²⁹ BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (Fn. 28), Art. 372 N. 3.

³⁰ BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (Fn. 28), Art. 372 N. 21.

³¹ GAUCH (Fn. 28), N. 899 f., 910 und 915.

³² GAUCH (Fn. 28), N. 915 ff.

³³ GAUCH (Fn. 28), N. 917.

³⁴ GAUCH (Fn. 28), N. 917 i.f.

nach Aufwand. Hierunter fallen insbesondere Regiearbeiten.³⁵ Der konkrete Werkpreis bestimmt sich – solange keine Regietarife vereinbart wurden oder üblich sind – nach der sogenannten *cost plus fee* Methode. Dem Unternehmer sind daher die Selbstkosten zzgl. eines Zuschlags für Risiko und Gewinn zu bezahlen.³⁶ Zu ersetzen sind die Personal- und Sachaufwendungen, die Generalunkosten sowie ein angemessener Risiko- und Gewinnzuschlag. Massgebend ist grundsätzlich der tatsächliche Aufwand des Unternehmers mit der Einschränkung, dass nur jener Aufwand zu vergüten ist, der bei sorgfältigem Vorgehen des Unternehmers zur Werkausführung genügt hätte. Objektiv unnötiger Mehraufwand ist somit nicht zu vergüten.³⁷ Bei der Berechnung nach Aufwand gemäss Art. 374 OR hat der Unternehmer die dem behaupteten Aufwand und den Bemessungsfaktoren zugrundeliegenden Tatsachen zu beweisen.³⁸

3.3. Würdigung

Die Beweislast hinsichtlich der Werklohnforderung obliegt der Klägerin. Damit sie ihren Werklohn fordern kann, muss sie nachweisen, dass sie die verabredeten Arbeiten, für die sie eine Vergütung verlangt, auch ausgeführt hat, d.h. das tatsächliche Ausmass sowie die geleisteten Regiestunden. Vorliegend ist unbestritten, dass die Klägerin ihr Werk abgeliefert hat. Umstritten ist aber, in welchem Umfang und daher auch die Höhe des Werklohns.

Die Klägerin behauptet, insgesamt das in der folgenden Tabelle verzeichnete Ausmass geleistet zu haben. Dieses Ausmass multipliziert mit den zwischen den Parteien nicht umstrittenen Einheitspreisen ergibt einen behaupteten Werklohnanspruch in der Höhe von Fr. 200'123.07 (inkl. MwSt.) (Klage Rz. 15):

	Einheitspreis	Ausmass Klägerin	Total Klägerin
Grundputz	7	16553	115'871.00
Weissputz	11	5405.39	59'459.29
Rigipsplatten	5	1227	6'135.00
Abrieb	4	0	0.00
Regiearbeiten	50	87	4'350.00
			185'815.29
7.7 % MwSt.			14'307.78
inkl. MwSt. 7.7%			200'123.07

³⁵ GAUCH (Fn. 28), N. 969.

³⁶ GAUCH (Fn. 28), N. 949.

³⁷ BGE 96 II 58 E. 1; BGer 4A_271/2013 vom 26. September 2013 E. 6.2; GAUCH (Fn. 28), N. 946 ff.; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (Fn. 28), Art. 374 N. 11 ff.

³⁸ BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (Fn. 28), Art. 374 N. 18 m.w.N.

Insoweit die Klägerin behauptet, einen Werklohnanspruch von Fr. 200'412.65 (Fr. 190'412.65 + Fr. 10'000.00 bzw. Fr. 212'412.65 – Fr. 12'000.00) zu haben (Klage Rz. 10, Replik Rz. 27), ist festzuhalten, dass es zur Bestimmung des klägerischen Werklohns nicht darauf ankommt, was die Klägerin der Beklagten in Rechnung stellte (Fr. 190'412.65), sondern welches Ausmass und welche Anzahl an Regiestunden sie leistete.

Die Beklagte führt demgegenüber aus, der Werklohn im eingeklagten Ausmass werde nicht anerkannt (Antwort Rz. 6). Bestritten werde auch das Ausmass der Gesamtforderung der Klägerin in der Höhe von Fr. 212'412.65 (Antwort Rz. 6, 7 i.f. und 14). Jedoch gesteht die Beklagte der Klägerin einen Werklohn in der Höhe von Fr. 199'087.76 (inkl. MwSt.) zu, wobei folgendes Ausmass geleistet worden sein soll (Antwort Rz. 18; AB 10):

	Einheitspreis	Ausmass Beklagte	Total Beklagte
Grundputz	7	16112	112'784.00
Weissputz	11	5129	56'419.00
Rigipsplatten	5	0	0.00
Abrieb	4	1614	6'456.00
Regiearbeiten	50	183.9	9'195.00
			184'854.00
7.7 % MwSt.		7.7 % MwSt.	14'233.76
inkl. MwSt. 7.7%		inkl. MwSt. 7.7%	199'087.76

Die Klägerin substantiiert nirgends, wie sich die strittigen Ausmasse zusammensetzen. In der Replik begnügt sie sich vielmehr mit der Feststellung, die Differenz zwischen den Werklohnforderungen der Parteien würden lediglich Fr. 1'325.10 betragen. Eine Substantiierungspflicht der Klägerin hinsichtlich ausgeführter Arbeiten würde sich daher im Grunde erübrigen (Replik Rz. 30). Damit hat die Klägerin den Beweis für die von ihr behaupteten Ausmasse nicht erbracht, so dass ihr lediglich die von der Beklagten zugestandene Werklohnforderung von Fr. 199'087.76 zugesprochen werden kann.

Auf die weitere Behauptung der Klägerin, die Parteien hätten darüber hinaus separat vereinbart, es seien weitere Fr. 10'000.00 als Ersatz für eine von der Klägerin dem Herrn K. geleisteten Akontozahlung geschuldet (Klage Rz. 10), braucht nicht weiter eingegangen zu werden. Aus der Klage Rz. 9 f. ergibt sich eindeutig, dass die Klägerin diesen Betrag von Fr. 10'000.00 bloss zu ihren Rechnungsbeträgen im Umfang von Fr. 190'412.65 addiert und so auf einen Betrag von Fr. 200'412.65 kommt.

Wie bereits erörtert, sind jedoch nicht die Rechnungsbeträge massgebend, sondern das tatsächliche Ausmass und diesbezüglich behauptet die Klägerin implizit, einen Anspruch auf Fr. 200'123.07 zu haben (Ausmass * Einheitspreise), weshalb darin die Fr. 10'000.00 enthalten sein müssen. Zudem bleibt festzuhalten, dass sich die Rechnungsbeträge nicht nachvollziehen und nicht in Einklang mit dem behaupteten Ausmass bringen lassen. Insoweit die Klägerin daher vorträgt, über das geleistete Ausmass hinaus Anspruch auf weitere Fr. 10'000.00 zu haben, bleibt ihr Tatsachenvortrag unklar und nicht schlüssig.

Zusammenfassend ist von einem Werklohnanspruch der Klägerin im Umfang von Fr. 199'087.76 auszugehen.

4. Zahlungen

4.1. Parteibehauptungen

4.1.1. Klägerin

In ihrer Klage behauptet die Klägerin, die Beklagte habe ihr bisher nur Fr. 162'927.25 bezahlt (Klage Rz. 10). In ihrer Replik und ihrem Schlussvortrag führt die Klägerin dann aber aus, die Beklagte habe insgesamt nur Fr. 142'000.00 bezahlt (Replik Rz. 29, Schlussvortrag der Klägerin vom 8. Februar 2021 Rz. 11).

Zwar behaupte die Beklagte gestützt auf ihre Bankkontoauszüge (AB 11 f.), bereits mehr bezahlt zu haben. Ihre Zahlungen würden teilweise aber nicht die streitbetroffene Baustelle in F. betreffen und seien daher nicht Verfahrensgegenstand. Dies betreffe die Rechnung Nr. 75722 im Umfang von Fr. 10'000.00, die am 21. Dezember 2018 bezahlt worden sei, die Rechnung Nr. 75717 über Fr. 15'000.00, die am 23. November 2018 bezahlt worden sei, die Rechnungen Nr. 75702 und Nr. 75703 im Umfang von Fr. 930.55 und Fr. 8'730.15, die am 1. März 2019 bezahlt worden seien und die Zahlung von Fr. 4'048.45 vom 1. März 2019 (Replik Rz. 28).

4.1.2. Beklagte

Die Beklagte behauptet hingegen, sie habe bereits einen Betrag von gesamthaft Fr. 176'660.70 (Antwort Rz. 17 f.) bzw. Fr. 172'612.25 (Duplik Rz. 48, Schlussvortrag der Beklagten vom 4. Februar 2021) bezahlt. Dies ergebe sich aus den beiden Bankkontoauszügen (AB 11 f.), welche die einzelnen Zahlungen aufschlüsseln würden.

4.2. Rechtliches

Für die rechtsaufhebende Einwendung der Tilgung trägt jene Partei die Beweislast, welche die Tilgung einwendet.³⁹ Zum Entlastungsbeweis gehört

³⁹ SCHALLER, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, 2010, Rz. 676; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, 6. Aufl. 2018, Art. 8 N. 58.

der Nachweis der Erfüllung der eingeklagten Forderung, nicht einfach, dass etwas geleistet wurde.⁴⁰

4.3. Würdigung

Die Beweislast hinsichtlich der geleisteten Zahlungen obliegt der Beklagten. Zum Nachweis der bereits geleisteten Zahlungen legt die Beklagte zwei Bankkontoauszüge ins Recht (AB 11 und 12). Daraus ergibt sich, dass die Beklagte der Klägerin im Zeitraum vom 3. September 2018 bis zum 1. März 2019 insgesamt den Betrag von Fr. 180'709.15 überwiesen hat. Abzüglich der Zahlung vom 1. März 2019 in der Höhe von Fr. 4'048.45, die gemäss übereinstimmender Äusserung der Parteien für ein anderes Bauprojekt bestimmt war, ergibt sich ein bereits bezahlter Betrag von Fr. 176'660.70. Dass die Beklagte davon in ihrer Duplik erneut die Fr. 4'048.45 abzieht und somit auf den Betrag von Fr. 172'612.25 abstellt, scheint ein offensichtliches Versehen zu sein, da kein Grund ersichtlich ist, weshalb die Fr. 4'048.45 doppelt abgezogen werden sollten.

Da sich die Parteien über die Zuweisung der bezahlten Beträge nicht einig sind, sind die einzelnen Zahlungen zu würdigen:

Die Parteien sind sich über die Bezahlung folgender Beträge von der Beklagten an die Klägerin in zumindest teilweiser Tilgung der angegebenen Rechnung einig:

- Fr. 12'000.00 vom 3. September 2018 (AB 11) wohl betreffend die Rechnung Nr. 75712 vom 3. September 2018 über Fr. 12'000.00 (Duplikbeilage [DB] 20) (Klage Rz. 10, Replik Rz. 27 f., Antwort Rz. 15, Duplik Rz. 47).
- Fr. 15'000.00 und Fr. 10'000.00 vom 28. September 2018 (AB 11) betreffend die Rechnung Nr. 75711 vom 13. September 2018 (KB 10a) sowie die Rechnung Nr. 75712 vom 13. September 2018 (KB 10b) – wobei sich diese Rechnung von der Rechnung mit derselben Nr. 75712 vom 3. September 2018 (DB 20) sowohl im Datum als auch im Betrag unterscheidet (Replik Rz. 28, Duplik Rz. 48).
- Fr. 10'000.00 vom 19. Oktober 2018 (AB 11) betreffend die Rechnung Nr. 75714 vom 1. Oktober 2018 (KB 10d) (Replik Rz. 28, Duplik Rz. 48).
- Fr. 20'000.00 vom 24. Oktober 2018 (AB 11) betreffend die Rechnung Nr. 75713 vom 1. Oktober 2018 (KB 10c) (Replik Rz. 28, Duplik Rz. 48 und 54).

⁴⁰ BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1988, S. 314; BK OR-WEBER, 2. Aufl. 2005, Art. 88 N. 8; VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 1974, S. 32; BSK OR I-SCHROETER, 7. Aufl. 2020, Art. 88 N. 1.

- Fr. 10'000.00 vom 13. November 2018 (AB 11) betreffend die Rechnung Nr. 75716 vom 23. Oktober 2018 (KB 10f) (Replik Rz. 28, Duplik Rz. 48).
- Fr. 20'000.00 und Fr. 15'000.00 vom 23. November 2018 (AB 11) betreffend die Rechnung Nr. 75715 vom 23. Oktober 2018 (KB 10e) sowie die Rechnung Nr. 75717 vom 13. November 2018 (DB 17) (Replik Rz. 28, Duplik Rz. 48 und 52 f.). Die Klägerin führt allerdings aus, die Rechnung Nr. 75717 (DB 17) habe nichts mit dem vorliegenden Verfahren zu tun (Replik Rz. 28). Allerdings bezieht sich diese Rechnung der Klägerin eindeutig auf die Baustelle an der Bahnhofstrasse in F. (DB 17), weshalb keine erheblichen Zweifel mehr daran bestehen, dass sie in Tilgung der vorliegend umstrittenen Werklohnforderung erfolgten. Zumindest behauptet keine der Parteien, in Bezug auf die vorliegend umstrittene Baustelle an der Bahnhofstrasse in F. habe es noch andere offene Forderungen der Klägerin gegeben, die hätten getilgt werden können. Demnach ist zusätzlich zum unbestrittenen Betrag von Fr. 20'000.00 der gesamte Betrag von Fr. 15'000.00 vorliegend anzurechnen.
- Fr. 20'000.00 vom 14. Januar 2019 (AB 12) betreffend die Rechnung Nr. 75723 vom 10. Dezember 2018 (KB 10k, DB 18) (Replik Rz. 28, Duplik Rz. 48 und 59).

Uneinig sind sich die Parteien darüber, welche Rechnungsbeträge die Beklagte mir ihrer Zahlung von Fr. 20'000.00 vom 21. Dezember 2018 (AB 11) getilgt haben soll. Beide Parteien machen geltend, dass Fr. 10'000.00 für die Rechnung Nr. 75721 vom 22. November 2018 (KB 10j) geleistet worden seien (Replik Rz. 28, Duplik Rz. 48). Die zweiten Fr. 10'000.00 seien gemäss der Klägerin für die Rechnung Nr. 75722 vom 11. Dezember 2018 (DB 21) bezahlt worden, wobei diese nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei (Replik Rz. 28, Schlussvortrag der Klägerin vom 8. Februar 2021 Rz. 13). Die Beklagte argumentiert demgegenüber, die zweiten Fr. 10'000.00 seien der Rechnung Nr. 75719 vom 12. November 2018 (KB 10h) zuzurechnen. Die Rechnung Nr. 75722 vom 11. Dezember 2018 (DB 21) sei nicht bezahlt worden, da die darin fakturierten Arbeiten nicht von der Klägerin ausgeführt worden seien (Duplik Rz. 48 und 50 f.). Für welche Rechnung die zweiten Fr. 10'000.00 verwendet worden sind, spielt letztlich keine Rolle, da sich beide Rechnungen auf die Baustelle an der Bahnhofstrasse in F. beziehen, weshalb keine erheblichen Zweifel mehr daran bestehen, dass sie in Tilgung der vorliegend umstrittenen Werklohnforderung erfolgten. Zumindest behauptet keine der Parteien, in Bezug auf die vorliegend umstrittene Baustelle an der Bahnhofstrasse in F. habe es noch andere offene Forderungen der Klägerin gegeben, die hätten getilgt werden können. Demnach ist der gesamte Betrag von Fr. 20'000.00 vorliegend anzurechnen.

Da die Klägerin zugesteht, die Zahlung von Fr. 15'000.00 vom 25. Januar 2019 (AB 12) sei der vorliegenden Werklohnsumme zuzurechnen, spielt es keine Rolle, welcher Rechnung (Klägerin: Nr. 75719 vom 12. November 2018 [KB 10g] und Nr. 75720 vom 22. November 2018 [KB 10i], Beklagte: Rechnung Nr. 75720) dieser Betrag zuzuordnen ist (Replik Rz. 28, Duplik Rz. 48 und 58). Der Betrag von Fr. 15'000.00 ist jedenfalls voll anzurechnen.

In Bezug auf die drei am 1. März 2019 bezahlten Beträge von Fr. 4'048.45, Fr. 930.55 und Fr. 8'730.15 (AB 12) ist Folgendes auszuführen: Selbst die Beklagte behauptet, der Betrag von Fr. 4'048.45 sei in Erfüllung einer anderen Forderung geleistet worden (Antwort Rz. 17, Duplik Rz. 57). Dasselbe ergibt sich aus der Rechnung Nr. 75701 vom 24. Januar 2019 (Replikbeilage [RB] 16). Deshalb ist dieser Betrag im vorliegenden Verfahren nicht mit Tilgungswirkung zu berücksichtigen. In Bezug auf den Betrag von Fr. 930.55 führt die Klägerin aus, damit sei die Rechnung Nr. 75702 vom 2. April 2019 (RB 17) bezahlt worden. Diese Rechnung sei jedoch nicht Streitgegenstand (Replik Rz. 28). Die Beklagte hält dem entgegen, dieser Betrag sei dem hier streitbetroffenen Werkvertrag zuzuordnen (Duplik Rz. 56). Tatsächlich ist nicht klar, weshalb am 1. März 2019 eine Rechnung vom 2. April 2019 hätte bezahlt werden können. Dennoch stimmen die Beträge auf den Rappen genau überein, weshalb davon auszugehen ist, dass das Rechnungsdatum falsch ist. Weil sich die Rechnung Nr. 75702 zudem eindeutig auf die Baustelle an der Bahnhofstrasse in F. bezieht (RB 17), bestehen keine erheblichen Zweifel mehr daran, dass der Betrag von Fr. 930.55 in Tilgung der vorliegend umstrittenen Werklohnforderung erfolgte. Zumindest behauptet keine der Parteien, in Bezug auf die vorliegend umstrittene Baustelle an der Bahnhofstrasse in F. habe es noch andere offene Forderungen der Klägerin gegeben, die hätten getilgt werden können. Demnach ist der gesamte Betrag von Fr. 930.55 vorliegend anzurechnen. Dasselbe gilt für die Zahlung von Fr. 8'730.15, die sich auf die Rechnung Nr. 75703 vom 8. Februar 2019 (DB 19) bezieht. Auch diese Rechnung ist gemäss den darauf enthaltenen Angaben eindeutig der Baustelle an der Bahnhofstrasse in F. zuzuordnen und der Betrag von Fr. 8'730.15 daher zu berücksichtigen.

Insgesamt kann die Beklagte demnach in Erfüllung des ordentlichen Beweismasses überzeugend darlegen und damit rechtsgenüglich beweisen, dass sie von der durch die Klägerin eingeklagten Werklohnforderung bereits Fr. 176'660.70 bezahlt hat.

5. Verzugszins

5.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin behauptet, sie habe Anspruch auf Verzugszinsen in der Höhe von 5 % p.a. seit dem 12. April 2019, weil an diesem Tag die Betreuung eingeleitet worden sei (Klage Rz. 14 und 16; KB 13). Die Beklagte äussert

sich hierzu nicht. Sie bestreitet somit nicht, den Zahlungsbefehl am 12. April 2019 erhalten zu haben.

5.2. Rechtliches

Nach Art. 104 Abs. 1 OR hat der Schuldner Verzugszinsen zu leisten, wenn er sich mit der Zahlung der Geldschuld im Verzug befindet. Der gesetzliche Verzugszins beträgt 5 % p.a. (Art. 104 Abs. 1 OR).

Ist eine Verbindlichkeit fällig, wird der Schuldner grundsätzlich durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR), sofern nicht bereits ein bestimmter Verfalltag verabredet wurde (Art. 102 Abs. 2 OR). Die Mahnung ist eine an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, durch die er in unmissverständlicher Weise, die unverzügliche Erbringung der fälligen Leistung beansprucht.⁴¹ In der Mahnung muss der Gläubiger den Schuldner daher unmissverständlich zur Leistung auffordern⁴² und klar angeben, in welchem Umfang er Leistung fordert. Geldforderungen sind daher zu beziffern.⁴³ Ohne vorgängige Mahnung laufen die Zinsen erst ab Zustellung des Zahlungsbefehls, dem dann die Funktion einer Mahnung zukommt.⁴⁴

5.3. Würdigung

Die Klägerin behauptet zwar, die Beklagte mit Schreiben vom 14. März 2019 gemahnt zu haben (Klage Rz. 10; KB 12), verlangt die Zusprechung des Verzugszinses allerdings erst ab dem 12. April 2019, woran das Gericht nach dem Grundsatz der Dispositionsmaxime (vgl. Art. 58 Abs. 1 ZPO) gebunden ist.

Da der Zahlungsbefehl der Beklagten unstreitig am 12. April 2019 zugestellt wurde (KB 13), ist auf der eingeklagten Forderung ab diesem Datum auch Verzugszins geschuldet. Demnach ist der Klägerin auf die ihr zugesprochene Summe ab dem 12. April 2019 ein Verzugszins von 5 % p.a. zuzusprechen.

6. Zwischenfazit

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass der Klägerin aus dem sich auf die Baustelle an der Bahnhofstrasse in F. beziehenden Werkvertrag gesamthaft eine Werklohnforderung von Fr. 199'087.76 zusteht (vgl. oben E. 3), wobei hiervon bereits Fr. 176'660.70 bezahlt wurden (vgl. oben

⁴¹ BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, 7. Aufl. 2020, Art. 102 N. 5.

⁴² GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 11. Aufl. 2020, N. 2705.

⁴³ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 42), N. 2708.

⁴⁴ GUHL/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl. 2000, § 32 N. 11.

E. 4), so dass demnach noch ein Werklohn von Fr. 22'427.06 offen ist. Darauf sind ab dem 12. April 2019 Verzugszinsen von 5 % p.a. geschuldet (vgl. oben E. 5).

7. Verrechnungsforderung

7.1. Parteibehauptungen

7.1.1. Beklagte

Die Beklagte behauptet, die Arbeiten der Klägerin hätten grösstenteils nicht dem vereinbarten Q3-Standard entsprochen und seien somit mangelhaft gewesen. Entgegen den Ausführungen der Klägerin seien die Mängel nicht erst im Mai 2019, sondern jeweils anlässlich der Teilabnahmen am 19. Oktober 2018, 15. und 20. November 2018, 14. Januar 2019 sowie am 11. Februar 2019 gerügt worden. An diesen Teilabnahmen seien jeweils der Geschäftsführer der Beklagten (S. B.), der Bauleiter der S. AG (I. M.) und der Geschäftsführer der Klägerin (F. S.) anwesend gewesen. Bei jeder Teilabnahme seien die Mängel festgestellt und durch die Beklagte substantiiert und unverzüglich gerügt worden. Die Mängel hätten einerseits darin bestanden, dass Wand- und Deckenabschlüsse in allen Wohnungen und Treppenhäusern, insbesondere bei den Aussenkanten, tiefe Risse und Kerben aufgewiesen hätten. Weiter seien an den Wänden und Decken in allen Wohnungen und Treppenhäusern Flecken, Risse, Streif- und Schleifspuren vom Glätten sowie Unebenheiten rund um die Steckdosen und in den Ecken festgestellt worden, die auf unsauber aufgezogenen Grundputz zurückzuführen gewesen seien. Zudem hätten die Trennschnitte gefehlt oder seien ungenügend oder ungleichmässig gewesen. Die genannten Mängel hätten der Geschäftsführer der Beklagten sowie deren Bauleiter fotografiert (AB 7) und der Klägerin nach der jeweiligen Teilabnahme weitergeleitet. Die Mängel seien auch von der FT AG festgestellt worden, welche die Baustelle an den besagten Daten ebenfalls besichtigt und festgestellt habe, dass die Arbeiten der Klägerin dem Q3-Standard grösstenteils nicht genügt hätten (AB 8) (Antwort Rz. 8 ff.).

Entgegen der Behauptung der Klägerin habe der Geschäftsführer der Beklagten (S. B.) die Klägerin nach jeder Teilabnahme unverzüglich aufgefordert, die festgestellten Mängel nachzubessern bzw. diese zu beseitigen (Antwort Rz. 11). Die Klägerin habe zunächst die schnellstmögliche Beseitigung der Mängel zugesichert, diese allerdings nie vorgenommen und schliesslich verweigert. Um Verzögerungen zu vermeiden und die Termine zur Übergabe an andere Handwerker einhalten zu können, habe die Beklagte die Mängel selbst behoben. In den Wohnungen und Treppenhäusern der Häuser 28-36 hätten jeweils Weissputzdecken gespachtelt, korrigiert und geschliffen werden müssen. Weiter hätten Fugen korrigiert werden müssen. An den Decken und Wänden, wo der Grundputz nicht richtig aufgezogen worden sei, habe ebenfalls nachgespachtelt werden müssen. Streif- und Schleifspuren vom Glätten sowie Unebenheiten rund um die

Steckdosen sowie in den Ecken hätten beseitigt und an den entsprechenden Stellen nachgespachtelt werden müssen (Antwort Rz. 9).

Der zeitliche Aufwand der Beklagten zur Behebung der Mängel habe insgesamt 642 Stunden betragen und sei zu einem gängigen Stundenansatz von Fr. 68.00 verrechnet worden, woraus sich eine Forderung der Beklagten gegenüber der Klägerin von Fr. 48'775.20 ergebe (Antwort Rz. 13; AB 10). Diese Forderung werde mit der eingeklagten verrechnet, weshalb die klägerische Forderung untergegangen und die Klage folglich abzuweisen sei (Antwort Rz. 20; Schlussvortrag der Beklagten vom 4. Februar 2021).

7.1.2. Klägerin

Die Klägerin führt aus, die Beklagte habe die Arbeitsleistungen der Klägerin nie bemängelt (Klage Rz. 6 ff. und 10, Replik Rz. 14 ff.). Erst im Mai 2019, also Monate nach Zustellung der letzten Rechnung durch die Klägerin und der Beendigung der Arbeiten, habe die Beklagte behauptet, die Arbeiten der Klägerin seien mangelhaft ausgeführt worden und die Klägerin würde Ersatz für den Mehraufwand schulden. Diese Rüge sei damit unter dem Gesichtspunkt von Art. 367 OR verspätet erfolgt. Es werde bestritten, dass Mängel vorhanden seien. Auch habe die Klägerin nie Gelegenheit erhalten, die angeblichen Mängel selbst zu beseitigen; eine Ersatzvornahme hätte unter Fristansetzung angedroht werden müssen, was nicht der Fall gewesen sei. Es werde daher bestritten, dass der Beklagten aus der Behebung angeblicher Mängel eine Gegenforderung zustehe (Klage Rz. 11, Replik Rz. 14 ff., Schlussvortrag der Klägerin vom 8. Februar 2021 Rz. 3 und 7).

7.2. Rechtliches

7.2.1. Mängelhaftung allgemein

Leidet das Werk an so erheblichen Mängeln oder weicht es sonst so sehr vom Verträge ab, dass es für den Besteller unbrauchbar ist oder dass ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann, so darf er diese verweigern und bei Verschulden des Unternehmers Schadenersatz fordern (Art. 368 Abs. 1 OR). Sind die Mängel oder die Abweichungen vom Verträge minder erheblich, so kann der Besteller einen dem Minderwerte des Werkes entsprechenden Abzug am Lohne machen oder auch, sofern dieses dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht, die unentgeltliche Verbesserung des Werkes und bei Verschulden Schadenersatz verlangen (Art. 368 Abs. 2 OR). Sind die Voraussetzungen der Gewährleistung erfüllt, hat der Besteller somit ein Wahlrecht: Er kann Wandelung, Minderung oder Nachbesserung zuzüglich Schadenersatz verlangen.

In jedem Fall setzt die Haftung für Mängel voraus, dass das Werk nach seiner Ablieferung vom Besteller geprüft wurde und der Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis gesetzt wurde (Art. 367 Abs. 1 OR). Eine Haftung ist demgegenüber ausgeschlossen, wenn das Werk ausdrücklich

oder stillschweigend genehmigt wird (Art. 370 Abs. 1 OR). Eine solche wird angenommen, wenn der Besteller die gesetzlich vorgesehene Prüfung und Mängelanzeige unterlässt (Art. 370 Abs. 2 OR).

Da es sich bei der Geltendmachung der Gewährleistungsrechte um eine rechtsbegründende Tatsache handelt, ist hierfür die Bestellerin beweisbelastet. Zu beweisen sind das Vorliegen eines Werkmangels, die rechtzeitige und rechtsgenügende Mängelrüge, die Geltendmachung des entsprechenden Gewährleistungsrechts und dessen spezifischen Voraussetzungen.⁴⁵

7.2.2. Ersatzvornahme insbesondere

Dem Besteller steht ein Nachbesserungsrecht zu, wenn das abgelieferte Werk rechtzeitig geprüft und vorhandene Mängel substantiiert und rechtzeitig gerügt wurden.⁴⁶ Zusätzlich wird vorausgesetzt, dass die Beseitigung des Mangels objektiv möglich und nicht mit übermässigen Kosten für den Unternehmer verbunden ist.⁴⁷ Dazu sind die Kosten und der Nutzen der Nachbesserung gegeneinander abzuwägen, wobei nicht auf den ursprünglichen Werklohn abzustellen ist.⁴⁸ Nur wenn die Kosten in einem Missverhältnis zum Nutzen stehen, den die Mangelbeseitigung für den Besteller hat, sind sie übermässig i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR.⁴⁹

Übt der Besteller sein Nachbesserungsrecht aus, indem er die Verbesserung des Werkes unter hinreichender Bezeichnung des zu beseitigenden Mangels verlangt, so entsteht eine einklagbare Pflicht des Unternehmers, die verlangte Nachbesserung auf eigene Kosten vorzunehmen und den Mangel zu beseitigen.⁵⁰

Kommt der Unternehmer seiner Pflicht zur Nachbesserung nicht nach, ist der Besteller nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR berechtigt, den Mangel durch Ersatzvornahme auf Kosten des säumigen Unternehmers zu beseitigen oder beseitigen zu lassen.⁵¹ Eine richterliche Ermächtigung dazu ist nicht erforderlich.⁵² Allerdings verlangt auch die analoge Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR ausdrücklich, dass der Besteller dem Unternehmer eine angemessenen Frist zur Nachbesserung ansetzt verbunden mit der Androhung, sonst zur Ersatzvornahme zu schreiten.⁵³ Erachtet der Unternehmer die angesetzte Frist als zu kurz, so muss er dies umgehend beanstanden und hat

⁴⁵ BGE 118 II 142 E. 3a; BGer 4A_252/2010 vom 25. November 2010 E. 6.2, 4A_51/2007 vom 11. September 2007 E. 4.5.

⁴⁶ BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (Fn. 28), Art. 368 N. 2.

⁴⁷ GAUCH (Fn. 28), N. 1745 ff.

⁴⁸ GAUCH (Fn. 28), N. 1749 und 1752.

⁴⁹ GAUCH (Fn. 28), N. 1749.

⁵⁰ GAUCH (Fn. 28), N. 1701 f. und 1713.

⁵¹ BGE 141 III 257 E. 3.3, 136 III 276 E. 2.4, 107 II 50 E. 3; GAUCH (Fn. 28), N. 1819.

⁵² BGE 141 III 257 E. 3.3, 107 II 50 E. 3.

⁵³ So auch BGE 142 III 321 E. 4.4.2.

ansonsten die Frist als angemessen gegen sich gelten zu lassen.⁵⁴ Sowohl eine Fristansetzung als auch eine Androhung der Ersatzvornahme sind nicht erforderlich, sofern die Unfähigkeit oder Unwilligkeit des Unternehmers, die Mängel zu beseitigen, objektiv erkennbar ist.⁵⁵ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Unternehmer ausdrücklich erklärt, er werde den Mangel nicht beseitigen.⁵⁶

Macht der Besteller zulässigerweise von seinem Recht auf Ersatzvornahme Gebrauch, so erhält er gegenüber dem Unternehmer einen Anspruch auf Kostenersatz.⁵⁷ Da es sich beim Anspruch auf Ersatzvornahme um eine Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs auf Leistung beziehungsweise Nachbesserung durch den Unternehmer handelt,⁵⁸ ist der daraus fliessende Anspruch des Bestellers auf Kostenersatz ein Aufwendungs- und kein Schadenersatz.⁵⁹ Der Unternehmer hat somit sämtliche Kosten zu tragen, die der Bauherr nach pflichtgemäsem Ermessen aufwendet, um seinen ursprünglichen Anspruch auf Nachbesserung zu verwirklichen.⁶⁰ Der Aufwendungsersatz umfasst neben den Arbeits- und den Materialkosten auch die notwendigen Begleitkosten wie bspw. Vorbereitungs- und Transportkosten.⁶¹ Zwar ist es dem Bauherren verwehrt, sich auf Kosten des Unternehmers zu bereichern.⁶² Jedoch ist innerhalb der durch Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) vorgegebenen Schranken eine gewisse Grosszügigkeit walten zu lassen, zumal der Unternehmer die Ersatzvornahme dem eigenen Verhalten zuzuschreiben hat.⁶³ Der Ersatzanspruch des Bestellers umfasst auch Arbeitsleistungen, die er selber erbringt, allerdings nur zum Reinlohn und ohne Unternehmerzuschläge für Gemeinkosten und Gewinnanteil.⁶⁴

Schreitet der Besteller zur Ersatzvornahme, muss er nach getätigter Mängelbeseitigung im Rückerstattungsprozess gegen den Unternehmer sowohl den grundsätzlichen Anspruch auf Ersatzvornahme wie die Berechtigung des konkret getätigten Aufwands nachweisen.⁶⁵

⁵⁴ BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (Fn. 28), Art. 366 N. 16 und 36; GAUCH (Fn. 28), N. 885 und 1826.

⁵⁵ BGer 4A_323/2012 vom 10. September 2012 E. 2; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (Fn. 28), Art. 366 N. 36.

⁵⁶ BGer 4C.77/2005 vom 20. April 2005 E. 4.

⁵⁷ GAUCH (Fn. 28), N. 870.

⁵⁸ BGE 141 III 257 E. 3.3.

⁵⁹ BGE 141 III 257 E. 3.3.

⁶⁰ BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, 2007, N. 903.

⁶¹ GAUCH (Fn. 28), N. 1718.

⁶² ANGSTMANN/VON DER CRONE, Ersatzvornahme nach Art. 98 OR, SZW 2016, S. 426 f.; GAUCH (Fn. 28), N. 1727 ff.

⁶³ GAUCH (Fn. 28), N. 871, 1812.

⁶⁴ GAUCH (Fn. 28), N. 1811.

⁶⁵ BGE 141 III 257 E. 3.3.

7.3. Würdigung

Die Beklagte behauptet, gegenüber der Klägerin einen Entschädigungsanspruch für die Ersatzvornahme zur Mängelbeseitigung in der Höhe von Fr. 48'775.20 bzw. Fr. 48'775.00 zu haben und erklärt, diesen mit der Werklohnforderung der Klägerin verrechnen zu wollen (Antwort Rz. 13 und 20). Die Beweislast für die dem zur Verrechnung gestellten Entschädigungsanspruch zugrunde liegenden Tatsachen obliegt der Beklagten. Folglich hat sie sowohl den grundsätzlichen Anspruch auf Ersatzvornahme und damit verbunden die Rechtzeitigkeit der substantiierten Mängelrügen, die Mangelhaftigkeit des Werkes, als auch die Berechtigung des konkret getätigten Aufwands für deren Behebung schlüssig zu behaupten, zu substantiieren und nachzuweisen (vgl. auch oben E. 2).⁶⁶ Fehlt ein genügender Tatsachenvortrag auch nur in Bezug auf eine tatbestandsrelevante Tatsache, so können die anderen Tatsachenkomplexe noch so substantiiert und nachgewiesen sein; der gesamte Tatsachenvortrag bleibt unschlüssig.⁶⁷

In Bezug auf den für die Ersatzvornahme angefallenen Aufwand und den entsprechenden Ersatzanspruch behauptet die Beklagte, die Ersatzvornahme selbst vorgenommen zu haben (Antwort Rz. 12). Dabei sei ihr ein Aufwand von zehn Stunden für jede Wohnung und von zwölf Stunden für jedes Treppenhaus angefallen (Antwort Rz. 13). Dazu würden weitere 20 Arbeitsstunden kommen (Duplik Rz. 36). Diese Arbeitsstunden seien zu einem gängigen Stundenansatz von Fr. 68.00 verrechnet worden, weshalb die Forderung Fr. 48'775.20 betrage (Antwort Rz. 13, Duplik Rz. 37).

Zwar berechtigt der Anspruch auf Ersatzvornahme die Beklagte auch dazu, eigene Arbeitsleistungen dem Unternehmer zu verrechnen. Diese sind vom Unternehmer allerdings nur zum Reinlohn zu ersetzen. Er schuldet keinen Ersatz von Gemeinkosten- und Gewinnzuschlägen. Diesen Grundsatz übersieht die Beklagte, wenn sie einen für Gipserarbeiten gängigen Stundenansatz von Fr. 68.00 geltend macht. Vielmehr hätte die Beklagte darlegen und beweisen müssen, wie hoch ihre Arbeitskosten pro Stunde (Reinlohn) sind, um diese von der Klägerin ersetzen lassen zu können. Dies tut sie nicht, weshalb in Bezug auf ihren Kostenersatzanspruch kein schlüssiger Tatsachenvortrag vorliegt.

Ebenso erscheint es als sehr unglaubwürdig, dass der Beklagten für jede Wohnung und jedes Treppenhaus exakt der gleiche Arbeitsaufwand angefallen sein soll. Dies würde voraussetzen, dass in jeder Wohnung die exakt gleichen Mängel in Art, Anzahl und Ausprägung vorgekommen sein müssten, was als unglaubwürdig erscheint. Selbst die beantragten Partei- und Zeugenbefragungen könnten diese Zweifel des Gerichts nicht aus dem

⁶⁶ BGE 141 III 257 E. 3.3.

⁶⁷ SCHNEUWLY (Fn. 1), S. 445.

Weg räumen, weil die Behauptungen lebensfremd erscheinen. Zudem behauptet die Beklagte selbst, die Mängel am Weissputz seien nur "nahezu in allen Wohnungen der MFH 28/30/32/34 und 36" dieselben gewesen (Duplik Rz. 12). Damit gesteht sie selbst zu, dass nicht alle Wohnungen gleichermassen mangelhaft waren und denselben Aufwand für die Ersatzvornahme verlangten. Weil die Beklagte diese Unterschiede in ihren behaupteten Arbeitsstunden aber nicht weiter offenlegt, ist ihr Tatsachenvortrag auch deshalb nicht schlüssig.

Der Beklagten könnte daher selbst dann kein Kostenersatzanspruch zugesprochen werden, wenn sie die Mängel, die Mängelrügen und die Aufforderung zur Nachbesserung sowie die Androhung der Ersatzvornahme und die Fristansetzung nachweisen könnte. Mangels eines schlüssigen Tatsachenvortrags erübrigt es sich, auf diese Punkte weiter einzugehen.

8. Fazit

Zusammenfassend ist der Klägerin ein Werklohnanspruch in der Höhe von Fr. 22'427.06 zzgl. 5 % Verzugszins p.a. seit dem 12. April 2019 zuzusprechen. Dem kann die Beklagte mangels eines schlüssigen Tatsachenvortrags keine Verrechnungsforderung entgegenhalten. Die Klage ist daher teilweise im Umfang von Fr. 22'427.06 zzgl. 5 % Verzugszins p.a. seit dem 12. April 2019 gutzuheissen.

9. Rechtsöffnung

9.1. Parteiantrag

Die Klägerin beantragt in Rechtsbegehren Ziff. 2, der Rechtsvorschlag der Beklagten in der Betreuung Nr. 123 sei vom Handelsgericht zu beseitigen und die Rechtsöffnung zu erteilen.

9.2. Rechtliches

Ein Gläubiger, gegen dessen Betreuung Rechtsvorschlag erhoben worden ist, hat seinen Anspruch im Zivilprozess geltend zu machen. Er kann die Fortsetzung der Betreuung nur aufgrund eines vollstreckbaren Entscheids erwirken, der den Rechtsvorschlag ausdrücklich beseitigt (sog. Anerkennungsklage; Art. 79 SchKG).

Beruhet die Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Entscheid, so kann der Gläubiger beim Richter die Aufhebung des Rechtsvorschlags (definitive Rechtsöffnung) verlangen (sog. Rechtsöffnungsverfahren; Art. 80 Abs. 1 SchKG). Über Gesuche um Rechtsöffnung entscheidet der Richter des Betreibungsortes (Art. 84 Abs. 1 SchKG).

Während das Handelsgericht für die materiellrechtliche Anerkennungsklage nach Art. 79 SchKG sachlich zuständig ist, ist für das betreibungsrechtliche Rechtsöffnungsverfahren nicht das Handelsgericht, sondern der

Rechtsöffnungsrichter, d.h. das jeweilige Bezirksgerichtspräsidium, sachlich zuständig (Art. 84 Abs. 1 SchKG sowie Art. 251 lit. a ZPO i.V.m. § 6 Abs. 1 lit. b EG ZPO).

9.3. Würdigung

Das Rechtsbegehren Ziff. 2 der Klägerin kann – nach Treu und Glauben ausgelegt (vgl. Art. 52 ZPO) nur so verstanden werden, dass sie die Beseitigung des Rechtsvorschlags der Beklagten im Sinne einer Anerkennungsklage nach Art. 79 SchKG und nicht eine Rechtsöffnung verlangt. Dafür ist das Handelsgericht sachlich zuständig.

Dementsprechend ist der Rechtsvorschlag der Beklagten in der Betreuung Nr. 123 des Regionalen Betreibungsamts Z. im Umfang der teilweisen Gutheissung der Klage, d.h. im Umfang von Fr. 22'427.06 zzgl. 5 % Verzugszins p.a. seit dem 12. April 2019, zu beseitigen.

10. Kosten

10.1. Verlegung und Streitwert

Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO).

Die Klägerin obsiegt mit ihrer Klage zu rund 45 % (Fr. 22'427.06 / Fr. 49'485.40). Bei diesem Verfahrensausgang rechtfertigt es sich, die Prozesskosten unter den Parteien zu halbieren.

10.2. Gerichtskosten

Die Gerichtskosten bestehen aus der Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO) sowie den Kosten für die Übersetzung anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 17. Februar 2020. Die Entscheidgebühr bemisst sich nach dem Streitwert. Der Grundansatz für die Gerichtsgebühr beträgt bei einem Streitwert von Fr. 49'485.40 gemäss § 7 Abs. 1 Zeile 4 VKD Fr. 4'259.10. Die Übersetzungskosten betragen Fr. 200.00. Die Gerichtskosten von Fr. 4'459.10 werden mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von noch Fr. 3'259.10 verrechnet (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Da der Klägerin bereits mit Abschreibungsverfügung vom 18. Februar 2020 Gerichtskosten in Höhe von Fr. 1'000.00 mit ihrem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet wurden, hat die Beklagte der Obergerichtskasse die noch ausstehenden Fr. 1'200.00 direkt zu bezahlen. Die Beklagte hat der Klägerin den Betrag von Fr. 1'029.55 direkt zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

10.3. Parteientschädigung

Ausgangsgemäss sind die Parteientschädigungen wettzuschlagen.

Das Handelsgericht erkennt:

1.

1.1.

In **teilweiser Gutheissung** der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 22'427.06 zzgl. 5 % Verzugszins p.a. seit dem 12. April 2019 zu bezahlen.

1.2.

Der **Rechtsvorschlag** in der Betreuung Nr. 123 des Regionalen Betreibungsamtes Z. (Zahlungsbefehl vom 11. April 2019) wird im Umfang von Fr. 22'427.06 zzgl. 5 % Verzugszins p.a. seit dem 12. April 2019 **beseitigt**.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 4'459.10 werden den Parteien je hälftig auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von noch Fr. 3'259.10 verrechnet. Die noch ausstehenden Gerichtskosten in Höhe von Fr. 1'200.00 hat die Beklagte der Obergerichtskasse direkt zu ersetzen. Die Beklagte hat der Klägerin den Betrag von Fr. 1'029.55 direkt zu ersetzen.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

Zustellung an:

- die Klägerin (Vertreter; zweifach mit Abrechnung)
- die Beklagte (Vertreter; zweifach und Rechnung)

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind

beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 4. März 2021

Handelsgericht des Kantons Aargau

2. Kammer

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber-Stv.:

Vetter

Stich

