



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, und Oberrichterin Flurina Schorta, die Handelsrichter Prof. Jürg Fischer, Andreas Bertet und Roger Neukom sowie der Gerichtsschreiber Dr. Giulio Donati

**Urteil vom 27. August 2020**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH in Liquidation,**  
Klägerin

gegen

**B.\_\_\_\_\_ GmbH,**  
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2 f.)

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin im Sinne einer Teilklage einen Betrag von Fr. 40'000.– nebst 5 % Zins seit 19. Februar 2018 zu bezahlen; das Recht der Klageerweiterung bzw. das Nachklagerecht bleibt ausdrücklich vorbehalten;
  
2. a) Weiter sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin folgende, von der Klägerin eingebrachten und sich im Mietobjekt der Beklagten, im EG in der Liegenschaft C.\_\_\_\_-str ..., ... Zürich, Kat.-Nr. 1 ), befindlichen, Gegenstände an die Klägerin herauszugeben und zwar am Sitz der Klägerin:
  - 55 x 1 D Deckenstützen ... von der Firma D.\_\_\_\_ AG,
  - 2 x 1 D Stapelpalette ... von der Firma D.\_\_\_\_ AG sowie
  - 40 x Spiessen vom Typ CK-1 ... von der Firma E.\_\_\_\_ Bau-  
geschäft AG;
  
- b) Der Beklagten sei vom Gericht eine angemessene, die Dauer von 14 Tagen nicht übersteigende Frist, anzusetzen, um der Verpflichtung gemäss Ziffer 2 a) vorstehend nachzukommen, unter der Androhung der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB im Unterlassungsfall, die Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB sei pro Tag der Nichterfüllung nach Ablauf der Frist von maximal 14 Tagen anzudrohen bzw. anzuordnen;
  
- c) Die Beklagte sei für den Fall, dass nach Ablauf einer weiteren angemessenen, die Dauer von 30 Tagen gesamthaft nicht übersteigenden, Frist, die Gegenstände gemäss Ziff. 2a) vorstehend von der Beklagten wider Erwarten nicht an die Klägerin am Sitz der Klägerin herausgegeben worden sind, zu verpflichten, der Klägerin statt der herauszugebenden Gegenstände gemäss Ziff. 2a) vorstehend einen Betrag von Fr. 13'400.15 zzgl. 5% Zins seit 15. August 2017 zu bezahlen;
  
- d) Sollten die in Ziff. 2a) erwähnten Gegenstände von der Beklagten nicht mehr herausgegeben werden können, so sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin

*Fr. 13'400.15 als Schadenersatz für die in Ziff. 2a) genannten Gegenstände zu bezahlen, zzgl. 5% Zins seit 15. August 2017.*

3. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten.*

### **Sachverhalt und Verfahren**

#### A. Sachverhaltsübersicht

##### a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in F.\_\_\_\_\_; sie bezweckt die Ausführung von Betonbohr-, Fräsen- und Abbrucharbeiten. Mit Gesellschafterbeschluss vom 17. Februar 2020 wurde sie aufgelöst und befindet sich seither in Liquidation (act. 39).

Bei der Beklagten handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Domizil in Zürich; ihr Zweck ist primär die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich des Gastgewerbes (act. 3/1).

##### b. Prozessgegenstand

Die Beklagte schloss am 13. April 2017 mit der G.\_\_\_\_ CH AG einen Mietvertrag über Räumlichkeiten in der Liegenschaft C.\_\_\_\_-strasse ...-... in Zürich ab; geplant war die Einrichtung eines Restaurants bzw. Food Court. Die Klägerin führte zwischen Juni und November 2017 Bau- resp. Abbrucharbeiten in dieser Liegenschaft aus. Mit der vorliegenden Klage verlangt sie von der Beklagten einerseits im Sinne einer Teilklage die Bezahlung ihrer Arbeiten im Betrag von CHF 40'000.– zuzüglich Zins und andererseits die Herausgabe von Deckenstützen, Stapelpaletten und Spriessen gemäss Rechtsbegehren resp. bei Nichterfüllung Schadenersatz im Betrag von CHF 13'400.15 zuzüglich Zins. Die Beklagte beantragt die Abweisung der Klage im Wesentlichen mit der Begründung, dass sie die Arbeiten nicht in Auftrag gegeben habe.

## B. Prozessverlauf

Die Klägerin machte die Klage über das eingangs wiedergegebene Rechtsbegehren am 20. November 2018 beim Handelsgericht rechtshängig (act. 1; Beilagen act. 3/1-44). Nach Eingang des ihr mit Verfügung vom 22. November 2018 auferlegten Gerichtskostenvorschusses in der Höhe von CHF 5'800.– (act. 4; 6) sowie nach Fristansetzung an die Beklagte (act. 7) erstattete diese am 4. März 2019 die Klageantwort (act. 9; Beilagen act. 11/2-11). Aufforderungsgemäss reichte sie ein Verzeichnis der Beweismittel nach (act. 15). Die Parteien wurden auf den 11. Juni 2019 zur Vergleichsverhandlung vorgeladen (act. 17). Auf Gesuch der Beklagten erfolgte eine Verschiebung auf den 9. Juli 2019 (act. 18-20). Mit Schreiben vom 2. Juli 2019 erklärte die Beklagte der G.\_\_\_\_\_ CH AG sowie der H.\_\_\_\_\_ Immobilien AG den Streit (act. 21), was vorgemerkt und den Streitberufenen mitgeteilt wurde (act. 22). Ein Eintritt in den Prozess fand nicht statt.

Anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 9. Juli 2019 beantragten die Parteien gemeinsam die Sistierung des Verfahrens zwecks aussergerichtlicher Einigung (Prot. S. 8 f.), worauf der Prozess zunächst bis 31. Oktober 2019, verlängert bis 31. Januar 2020 resp. 30. April 2020 (Prot. S. 10-12), sistiert wurde. Am 5. März 2020 teilte der damalige Rechtsvertreter der Klägerin mit, dass er diese per sofort nicht mehr vertrete (act. 35).

Mit Verfügung vom 6. Mai 2020 wurde das Verfahren wieder aufgenommen und ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet; der Klägerin wurde Frist zur Einreichung einer zweiten Rechtsschrift (Replik) bis zum 8. Juli 2020 angesetzt, unter der Androhung, dass bei Säumnis Verzicht auf eine zweite Rechtsschrift (Replik) angenommen würde (act. 37). Die Klägerin nahm diese Verfügung am 11. Mai 2020 in Empfang (act. 38/1). Sie liess sich nicht vernehmen. Androhungsgemäss ist Verzicht auf Replik anzunehmen, womit auch eine Duplik entfällt (BSK ZPO-Willisegger, Art. 225 N 9; Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A. Art. 225 N 19).

Nach Fristansetzung zur Erklärung, ob die Parteien auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung – unter Vorbehalt der Durchführung eines Beweis-

verfahrens – verzichteten (act. 40), gingen in der Folge keine Stellungnahmen seitens der Parteien ein, weshalb (zufolge Stillschweigens) Verzicht auf Hauptverhandlung anzunehmen ist.

Der Prozess erweist sich als spruchreif.

## **Erwägungen**

### 1. Formelles

#### 1.1. Zuständigkeit

Das angerufene Gericht ist unbestrittenermassen sowohl in örtlicher (Art. 31 ZPO; Sitz der Beklagten in Zürich) als auch in sachlicher Hinsicht (Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO) zuständig.

#### 1.2. Teilklage; objektive Klagehäufung

Die Klägerin fordert von der Beklagten gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 im Sinne einer Teilklage CHF 40'000.–, wobei sie in der Klageschrift Forderungen im Betrag von insgesamt CHF 66'539.60 begründet (act. 1 S. 26). Dieses Vorgehen ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu beanstanden (BGE 144 III 452). Auch die Verbindung der Forderungsklage mit einem Herausgabebegehren gemäss Rechtsbegehren Ziff. 2 ist zulässig.

#### 1.3. Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast

Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO muss die Klage die Tatsachenbehauptungen und die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen enthalten. Zweck dieses Erfordernisses ist, dass das Gericht erkennen kann, auf welche Tatsachen sich der Kläger stützt und womit er diese beweisen will, sowie die Gegenpartei weiss, gegen welche konkreten Behauptungen sie sich verteidigen muss (Art. 222 ZPO). Der Behauptungs- und Substantiierungslast ist grundsätzlich in den Rechtsschriften nachzukommen. Der blosse pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht. Inwieweit Tatsachen zu be-

haupten und zu substantiieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (vgl. statt vieler Urteil des Bundesgerichts 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2 mit zahlreichen Hinweisen). Ein Beweismittel ist nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen. Das Gericht ist nicht gehalten, zur Klärung einer Frage Beweismittel abzunehmen, die nicht in diesem Zusammenhang angeboten wurden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_381/2016 vom 29. September 2016 E. 3.1.2 mit Hinweisen).

Wird dem Gebot der Substantiierung ungenügend nachgekommen, ergeht ein Sachentscheid ohne Beweisabnahme. Über einen nicht substantiiert behaupteten Sachverhalt ist kein Beweis abzunehmen. Ein Beweisverfahren darf nicht dazu dienen, ungenügende Parteivorbringen, d.h. nicht oder nicht genügend substantiierte Behauptungen, nachträglich zu vervollständigen, führte dies ansonsten doch zu einer Aushöhlung der Substantiierungslast und damit zu einer Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes (Brönnimann, in: Hausheer/Walter, Berner Kommentar ZPO, Band II, 2012, Art. 152 N 34 f.).

## 2. Materielles

### 2.1. Werklohn

#### 2.1.1. Allgemeines

Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, die Beklagte schulde ihr diverse Zahlungen aufgrund von ausgeführten Bohr-, Schneid- und Spitzarbeiten sowie Materialabtransport in der Liegenschaft C. \_\_\_\_\_-strasse ... in Zürich (act. 1 S. 5). Sie behauptet demnach die Vereinbarung, ein bestimmtes Arbeitsergebnis gegen Leistung einer Vergütung zu erbringen, was als Werkvertrag im Sinne von Art. 363 ff. OR zu qualifizieren ist. Gemäss Art. 372 OR ist die Vergütung bei Ablieferung des Werkes zu zahlen. Die Höhe der Vergütung richtet sich in erster Linie nach der Vereinbarung der Parteien (vgl. Art. 373 f. OR). Die Klägerin, die die

Vergütung verlangt, hat nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB sowohl den Bestand des Vertrags als auch die Ausführung und Ablieferung des Werkes und die Höhe der vereinbarten Vergütung substantiiert zu behaupten und zu beweisen.

### 2.1.2. Beteiligte Personen

Unbestrittenermassen handelte für die Klägerin hinsichtlich sämtlicher Angelegenheiten im Zusammenhang mit der Liegenschaft C.\_\_\_\_-strasse ... in Zürich I.\_\_\_\_ gestützt auf eine Vollmacht (act. 1 S. 5; act. 3/3; act. 9).

Die Klägerin macht geltend, für die Beklagte seien die Herren J.\_\_\_\_, K.\_\_\_\_, L.\_\_\_\_, M.\_\_\_\_ und N.\_\_\_\_ als Vertreter aufgetreten (vgl. act. 1 u.a. S. 7, 8, 9, 10, 11, 13). Die Beklagte bestreitet, dass J.\_\_\_\_, L.\_\_\_\_ oder ein Herr M.\_\_\_\_ sie vertreten konnten (act. 9 u.a. S. 4, 5, 6, 12). Laut Eintrag im Handelsregister waren für die Beklagte im fraglichen Zeitpunkt N.\_\_\_\_ sowie K.\_\_\_\_ je einzeln zeichnungsberechtigt (act. 3/1). Die Klägerin legt nicht dar, aus welchen Tatsachen oder Umständen sich allgemein eine Vertretungsmacht von J.\_\_\_\_, L.\_\_\_\_ oder M.\_\_\_\_ für die Beklagte ergeben soll; im Zusammenhang mit der Erteilung konkreter Aufträge wird darauf soweit erforderlich zurück zu kommen sein.

Für die Vermieterin der Liegenschaft C.\_\_\_\_-strasse ..., die G.\_\_\_\_ CH AG, sowie auch für die als Beraterin aufgetretene H.\_\_\_\_ Immobilien AG (vgl. act. 11/3) war im Jahr 2017 laut Eintrag im Handelsregister namentlich O.\_\_\_\_ einzelzeichnungsberechtigt. L.\_\_\_\_ war laut der sich aus act. 11/8 ergebenden Signatur einer E-Mail Geschäftsführer der P.\_\_\_\_ GmbH, Q.\_\_\_\_, ein Unternehmen, das offenbar Ladenbau betreibt.

### 2.1.3. Gemeinsame Auftragserteilung

In der Klageschrift führt die Klägerin einleitend aus, die Beklagte sowie die Vermieterin und Grundeigentümerin G. \_\_\_\_\_ CH AG, handelnd durch O. \_\_\_\_\_, hätten gemeinsam einen Teil des Objekts C. \_\_\_\_\_-strasse ... - nach dem Kenntnisstand der Klägerin das UG, EG sowie 1. OG - umbauen wollen. Jedoch hätten sie sich Ende 2017 heillos zerstritten, insbesondere hinsichtlich der Thematik Mieterausbau vs. Vermieterausbau (act. 1 S. 5). Die Beklagte bestreitet, dass sie und die Vermieterin das Gebäude gemeinsam hätten umbauen wollen; die jeweiligen Aufgaben seien im Mietvertrag klar umschrieben worden (act. 9 S. 3, 16 f.). Die Klägerin legt nicht näher dar, inwiefern und auf welcher tatsächlichen und rechtlichen Grundlage die Beklagte und die G. \_\_\_\_\_ CH AG die vorliegend eingeklagten Bauarbeiten gemeinsam in Auftrag gegeben haben sollen. Entsprechend behauptet sie denn auch hinsichtlich der einzelnen Teilforderungen grundsätzlich keine gemeinsame Auftragserteilung durch die Beklagte und die G. \_\_\_\_\_ CH AG. Auf das Rechtsverhältnis zwischen diesen Parteien ist deshalb an dieser Stelle nicht näher einzugehen.

#### 2.1.4. Teilforderung CHF 10'000

2.1.4.1. Zur Begründung einer Teilforderung von CHF 10'000.– macht die Klägerin geltend, anlässlich einer Besichtigung des Mietobjekts bzw. der Baustelle u.a. am 13. Juni 2017 in Anwesenheit von J. \_\_\_\_\_, R. \_\_\_\_\_, K. \_\_\_\_\_, I. \_\_\_\_\_ und R. \_\_\_\_\_ sei eruiert worden, welche Arbeiten noch auszuführen seien. Die Klägerin und die Beklagte seien übereingekommen, dass noch sechs grosse Türen im UG gebohrt, geschnitten und gespitzt, die Decke im 1.OG geschnitten und gespitzt, Stahlträger geschnitten und drei Lüftungen ausgespart sowie sämtlicher Schutt abtransportiert werden musste. Der Architekt der Beklagten, L. \_\_\_\_\_, sollte die entsprechenden Anzeichnungen ausführen, was bei einem erneuten Besuch auf der Baustelle ca. am 14. Juni 2017 geschehen sei. Die Vertreter der Beklagten (J. \_\_\_\_\_ und K. \_\_\_\_\_) hätten mit I. \_\_\_\_\_ einen Preis von pauschal CHF 35'000.– inkl. MWSt. vereinbart, zahlbar unverzüglich nach Rechnungsstellung; der Architekt und Vertreter der Beklagten, L. \_\_\_\_\_, habe dies gegenüber der Klägerin nochmals ausdrücklich bestätigt. Die Klägerin habe die Arbeiten zwischen

Ende Juni und anfangs November 2017 ausgeführt. Davon seien lediglich CHF 25'000.– bezahlt worden (act. 1 S. 6 ff.).

2.1.4.2. Die Beklagte bestreitet, dass sie einen entsprechenden Auftrag erteilt habe. L.\_\_\_\_\_ sei weder Architekt noch ihr Vertreter. Er habe, soweit ihr bekannt, im Auftrag der H.\_\_\_\_\_ Immobilien AG die Arbeiten koordiniert und sei während diesem Ausbaustadium vor allem für die Vermieter tätig gewesen. Bei den angeblich ausgeführten Arbeiten handle es sich um Vermieterausbau; im Mietvertrag sei festgelegt worden, wer für welche Arbeiten Aufträge erteilen könne. Es seien im Übrigen massive Mängel geltend gemacht worden, was sich aus der Klagebeilage 15 ergebe. Richtig sei zwar, dass die Beklagte der Klägerin unter Druck Geld bezahlt habe, da sie von O.\_\_\_\_\_ darum ersucht worden sei, dies als Vorschuss und unter Verrechnung mit dem Mietzins. Die Klägerin lege ausserdem nicht substantiiert dar, was der Umfang des Auftrags gewesen sei (act. 9 S. 4 ff.).

2.1.4.3. Die Beklagte stellt mithin nicht in Abrede, an einer Besichtigung "u.a. am 13. Juni 2017" mit einem ihrer Vertreter präsent gewesen zu sein. Umstritten ist hingegen, um welche Arbeiten es sich genau gehandelt und wer die Arbeiten in Auftrag gegeben hat.

Die Ausführungen der Klägerin zum Umfang der Arbeiten beschränken sich auf die Behauptung, sechs grosse Türen im UG gebohrt, geschnitten und gespitzt, die Decke im 1.OG geschnitten und gespitzt, Stahlträger geschnitten und drei Lüftungen ausgespart sowie sämtlichen Schutt abtransportiert zu haben. Weitere Konkretisierungen finden sich weder in der Klageschrift noch in der als Beweismittel bezeichneten Rechnung vom 17. November 2017 (act. 3/6), die im Übrigen auf eine Abmachung "mit R.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_" verweist. Pläne oder Skizzen, aus welchen sich klar ergibt, wo im Gebäude welche Arbeiten gestützt auf diesen Auftrag auszuführen waren, legt die Klägerin nicht vor. Sie verweist zwar auf einen Augenschein, verschiedene Fotografien und die Parteibefragung von I.\_\_\_\_\_ sowie die Zeugenaussagen verschiedener Mitarbeiter (act. 1 S. 9). Sie führt allerdings nicht näher aus, welche konkreten Behauptungen mit diesen Beweismitteln bewiesen werden sollen. So zeigen die 15 unter act. 3/9 eingereichten Fotos zwar (wohl) das geplante Projekt und verschiedene Teile einer Baustelle, Arbeiter mit

Presslufthämmer sowie Mulden. Es erschliesst sich jedoch nicht, ob und welche der behaupteten Arbeiten gestützt auf den im Juni 2017 erteilten Auftrag auf diesen Bildern erkennbar sind. Bereits der genaue Inhalt des geltend gemachten Werkvertrags bleibt deshalb unsubstantiiert.

Gleiches gilt für die Person des Bestellers. Die Klägerin bezeichnet wie gesehen sowohl J.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ als auch L.\_\_\_\_\_ als für die Beklagte handelnde Personen; zudem verweist die als Beweismittel bezeichnete Rechnung vom 17. November 2017 (act. 3/6) auf eine Abmachung "mit R.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_", demnach möglicherweise mit dem ebenfalls bei der Besichtigung am 13. Juni 2017 anwesenden R.\_\_\_\_\_. Während K.\_\_\_\_\_ als einzelzeichnungsberechtigter Gesellschafter und Geschäftsführer die Beklagte zwar grundsätzlich hätte verpflichten können, ist gerade angesichts der weiteren Personen, die für den Besteller aufgetreten sein sollen, unklar, wie und in wessen Namen der behauptete Werkvertrag mit der Klägerin abgeschlossen wurde. Die Beklagte beruft sich darauf, dass es sich um Vermieterausbau gehandelt habe und verweist auf den Mietvertrag und die darin enthaltene Abgrenzung von Mieter- und Vermieterausbau (act. 9 S. 4 f.; act. 11/2 Ziff. 13). Danach soll zum vermierterseitigen Ausbau der Grundausbau wie folgt gehören:

- "- Boden: Betonboden roh
- Wände: Umfassungswände [Beton/Grundputz] roh
- Decke: Betondecke roh
- Elektrisch: Ab Hauptverteilung Mietersache
- Sanitär: Anschlussmöglichkeiten vorhanden

Die durch den Vermieter noch zu tätigen Arbeiten:

- Abbruch Mauer im EG zwischen die beide vorherige Laden
  - Neue Fassade an Vorderseite im EG
  - Den internen Lift anpassen an die heutige Vorschriften
- werden gleichzeitig mit den Mieterausbau Arbeiten aber auf Kosten vom Vermieter realisiert."

Was die Klägerin als Vertragsgegenstand behauptet, steht jedenfalls im Zusammenhang mit Wänden (Türen) und Decken (Decke im 1. OG, Stahlträger, Aussparung für Lüftungen). Wird zudem in Betracht gezogen, dass L.\_\_\_\_\_ nach den Behauptungen der Beklagten von der H.\_\_\_\_\_ Immobilien AG beigezogen worden war, welche ihrerseits für den ganzen Mieterausbau als Berater sowohl für den Mieter als auch für den Vermieter auftreten sollte (vgl. act. 9 S. 4; act. 11/3),

lassen bereits die Behauptungen der Klägerin nicht eindeutig auf eine Auftragserteilung namens der Beklagten schliessen. Eine Sachverhaltsergänzung durch die Abnahme der zum Beweis offerierten Partei- oder Zeugenbefragung hat zu unterbleiben. Daran ändert nichts, dass die Beklagte der Klägerin einen Teil des Werklohnes bereits bezahlt haben soll, dies umso mehr, als die Hintergründe der geleisteten Zahlungen nicht geklärt sind.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Klägerin weder den genauen Inhalt des behaupteten Werkvertrags noch dessen Bestellung genügend substantiiert hat, was insoweit zur Abweisung der Klage führt.

#### 2.1.5. Teilforderungen CHF 5'500 und 4'200

2.1.5.1. Die Klägerin behauptet, anlässlich einer Sitzung "in den Tagen vor dem 11. September 2017" sei aufgrund von Fehlern von L. \_\_\_\_\_ bzw. des Statikers festgehalten worden, dass Anpassungen gemacht werden müssten. Die Klägerin und die Beklagte (vertreten durch J. \_\_\_\_\_ und K. \_\_\_\_\_) hätten sich auf einen Pauschalpreis von CHF 5'500.– geeinigt für Zusatzarbeiten, nämlich zusätzliche Schneid- und Spitzarbeiten im 1. OG und Schuttentsorgung. Sie habe diese Arbeiten am 11. bis 13. September 2017 ausgeführt. Weitere Zusatzarbeiten, nämlich Eisen freispitzen und Schuttentsorgung, seien zwischen der Klägerin und der Beklagten (vertreten durch J. \_\_\_\_\_ und K. \_\_\_\_\_) zu einem Pauschalpreis von CHF 4'200.– vereinbart und vom 14. bis 16. September 2017 ausgeführt worden (act. 1 S. 9 ff.).

2.1.5.2. Die Beklagte bestreitet diese Vorbringen. Sie wiederholt, dass L. \_\_\_\_\_ weder Aufträge erteilen noch für die Beklagte handeln könne. Sie habe ohnehin keine Arbeiten mit Einfluss auf die Statik in Auftrag geben können. Das einzige Dokument, das einer Auftragserteilung nahe komme, sei eine E-Mail, wonach O. \_\_\_\_\_ zusammen mit L. \_\_\_\_\_ Aufträge erteilt hätten. Die Klägerin berufe sich sodann auf eine E-Mail eines anderen Handwerkers, das mit der Klage in keinen Zusammenhang zu bringen sei (act. 9 S. 6 ff.).

2.1.5.3. Sowohl zu den genau bei ihr bestellten Arbeiten als auch zur Bestellung selbst bleiben die Ausführungen der Klägerin wiederum äusserst unbestimmt. Sie

legt nicht näher dar, was für Schneid- und Spitzarbeiten sie wo genau im 1. OG ausgeführt resp. was für Eisen sie zusätzlich wo genau freigespitzt haben will. Da die Beweisabnahme nicht zur Ergänzung der Substantiierung dienen darf, hat bereits aus diesem Grund eine Befragung der von der Klägerin bezeichneten Personen zu unterbleiben. Den zum Beweis angerufenen Urkunden (act. 3/10 - act. 3/15) lassen sich sodann keine objektiven Anhaltspunkte für die Auftragserteilung durch die Beklagte oder für den Inhalt des Auftrags entnehmen: Die Fotografien (act. 3/10-12) zeigen wohl die fragliche Baustelle, können jedoch keiner konkreten Arbeit zugeordnet werden. Die Rechnung vom 30. September 2017 (act. 3/13) enthält keine zusätzlichen Angaben. Die Nachricht von J.\_\_\_\_\_ (elektro- J.\_\_\_\_\_@hotmail.com) an die Klägerin vom 5. Januar 2018 (act. 3/14) bezieht sich darauf, dass J.\_\_\_\_\_ von I.\_\_\_\_\_ einen Rapport erwartet, ansonsten er oder S.\_\_\_\_\_ die Zusatzarbeiten nicht bezahlen könnten. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass sich dieses Schreiben auf die vorliegend konkret behaupteten Zusatzarbeiten - und welche genau - bezieht. Die (nicht ausgefüllte) als Klagebeilage 15 eingereichte Tabelle stellt wohl einen Versuch dar, die Gründe für die fehlgeschlagene statische Planung des Umbaus zuzuordnen; diese können aber hinsichtlich Inhalt oder Bestellung der vorliegend streitigen Teilforderungen nichts beitragen. Mangels Substantiierung ist die Klage auch insoweit abzuweisen.

#### 2.1.6. Regiearbeiten CHF 22'059

2.1.6.1. Die Klägerin führt aus, ca. am 23. Juni 2017 seien die Beklagte (vertreten durch L.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_) sowie die G.\_\_\_\_\_ CH AG (vertreten durch O.\_\_\_\_\_) auf die Klägerin zugekommen. Nach der Besichtigung des Lifts sei man übereingekommen, dass "diverse weitere Arbeiten" hinsichtlich des Aufzugs samt Schacht sowie des Nebenraums zum Aufzug von der Klägerin auf Regie zu erledigen seien, und zwar zu den gängigen Stundenansätzen von CHF 250.- für die Anfahrt pro Tag, CHF 150.-/h für I.\_\_\_\_\_ und CHF 110.-/h für andere Mitarbeiter, zzgl. MWSt, sowie CHF 800.- pro Mulde. Die G.\_\_\_\_\_ CH AG und die Beklagte hätten insoweit eine einfache Gesellschaft gebildet; die G.\_\_\_\_\_ CH AG habe ihren Anteil (CHF 12'960.-) bezahlt. Eventualiter werde geltend gemacht, dass die Beklagte die Arbeiten im und zum Nebenraum des Aufzugs vergeben habe. Die

Stundenrapporte seien vollständig von L.\_\_\_\_\_ unterzeichnet; insgesamt seien Regieleistungen für CHF 35'019.– erbracht worden (act. 1 S. 13 ff.).

2.1.6.2. Die Beklagte bestreitet eine Auftragserteilung. Der Bereich des Lifts sei eindeutig Vermieteraufgabe. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb L.\_\_\_\_\_ die Beklagte hätte verpflichten können. Eine einfache Gesellschaft könne nicht konstruiert werden (act. 8 S. 9 ff.).

2.1.6.3. Die Klägerin legt nicht näher dar, aufgrund welcher Umstände die Beklagte durch Handlungen von L.\_\_\_\_\_ oder J.\_\_\_\_\_ hätte verpflichtet werden können. Mangels Substantiierung hat auch hier eine Befragung der verschiedenen zum Beweis angerufenen Personen (vgl. act. 1 S. 13 ff.) zu unterbleiben, zumal eine Ergänzung der Sachdarstellung im Rahmen der Beweisabnahme unzulässig wäre. Auch die zum Beweis angerufenen Urkunden lassen weder auf eine gemeinsame noch auf eine auf den Nebenraum zum Lift beschränkte Auftragserteilung durch die Beklagte schliessen. Die unleserlich unterzeichneten Regierapporte sind auf den Auftraggeber "C.\_\_\_\_\_ -str. ... Zürich" ausgestellt und damit unspezifisch (act. 3/16-23). Die Fotografien zeigen Aufnahmen der Baustelle, ohne dass daraus hinsichtlich des Bestellers etwas abgeleitet werden könnte (act. 3/24). In einer E-Mail von L.\_\_\_\_\_ an die Klägerin vom 29. Juni 2017 wird "wie am vergangenen Freitag besprochen" bestätigt, "dass Ihnen der Liegenschaftsverwalter Herr O.\_\_\_\_\_ den Auftrag für die Zuarbeiten (Abbruch, Kernbohrungen, Abtransport, Entsorgungen) auf Regie (Grundlage Ihre Stundenansätze) erteilt hat" (act. 3/25); Hinweise auf eine Auftragserteilung durch die Beklagte ergeben sich daraus nicht. Bei act. 3/26-29 handelt es sich um die Rechnungen, die die Klägerin für die betreffenden Arbeiten gestellt hat und zunächst an die "H.\_\_\_\_\_ AG" (act. 3/27), an die G.\_\_\_\_\_ CH AG (act. 3/28) und schliesslich gleichzeitig an die Beklagte und die G.\_\_\_\_\_ CH AG (act. 3/26 und 3/29) gerichtet hat; auch daraus lässt sich nur ableiten, dass selbst die Klägerin zunächst nicht von einer Bestellung durch die Beklagte ausgegangen ist. Die Klage erweist sich auch hinsichtlich dieser Arbeiten als ungenügend substantiiert; die Passivlegitimation der Beklagten ist nicht dargetan.

2.1.7. Regiearbeiten CHF 4'320 (ev. 3'520)

2.1.7.1. Zu dieser Teilforderung macht die Klägerin geltend, einige Tage vor dem 2./3. November 2017 habe Herr M.\_\_\_\_\_, der Bauleiter der Beklagten, ihr den Auftrag für verschiedene kleinere und einfachere Spitz- und Entsorgungsarbeiten erteilt zu Ansätzen von 80.– resp. 60.–/h, die sie am 2./3. November 2017 ausgeführt habe. Die Klägerin habe zunächst einen Rabatt von CHF 800.– gewährt, der nun aber widerrufen werde (act. 1 S. 19).

2.1.7.2. Die Beklagte bestreitet auch diese Position. Sie sei nicht Auftraggeberin und M.\_\_\_\_\_, habe nicht für sie handeln können; ihres Wissens habe M.\_\_\_\_\_  
L.\_\_\_\_\_ während dessen Ferienabwesenheit vertreten (act. 9 S. 12).

2.1.7.3. Die Klägerin legt nicht näher dar, aufgrund welcher Umstände die Beklagte durch Handlungen eines Herrn M.\_\_\_\_\_ hätte verpflichtet werden können. Mangels Substantiierung hat auch hier eine Befragung der verschiedenen zum Beweis angerufenen Personen (vgl. act. 1 S. 19) zu unterbleiben. Näheres lässt sich auch den von der Klägerin vorgelegten Urkunden nicht entnehmen: Der Gegenstand der Fotoaufnahme ist nicht erkennbar (act. 3/30), und sowohl die nicht unterzeichneten Regierapporte (act. 3/31-32) als auch die Rechnung der Klägerin (act. 3/33) verweisen lediglich auf "Herr M.\_\_\_\_\_". Eine Bestellung dieser Arbeiten durch die Beklagte ist weder ausreichend substantiiert noch bewiesen.

#### 2.1.8. Teilforderung CHF 4'000

2.1.8.1. Am 13. August 2017, so die Klägerin, habe J.\_\_\_\_\_ als bevollmächtigter Vertreter der Beklagten der Klägerin telefonisch den Auftrag zu Kernbohrungen erteilt, und zwar zu einem Pauschalpreis von CHF 2'000.– (inkl. MWSt) für bis zu 30 Bohrungen; dies sei per SMS bestätigt worden. Die Klägerin habe am 14./15. August 2017 61 Bohrungen ausgeführt und aus Kulanz lediglich pauschal CHF 4'000.– in Rechnung gestellt (act. 1 S. 20).

2.1.8.2. Die Beklagte bestreitet; J.\_\_\_\_\_ sei als Elektriker beschäftigt gewesen und habe sie nicht vertreten, ebensowenig wie ein Sanitär. Gegebenenfalls seien die Arbeiten J.\_\_\_\_\_ in Rechnung zu stellen, wenn er sie bestellt habe (act. 9 S. 12 f.).

2.1.8.3. Auch hinsichtlich dieser Teilforderung legt die Klägerin eine Vertretung der Beklagten durch J. \_\_\_\_\_ nicht näher dar; sie substantiiert keinerlei Umstände, aus welchen auf eine Vollmacht der Beklagten geschlossen werden kann. Eine Befragung der als Partei oder Zeugen angerufenen Personen hat daher zu unterbleiben. Die SMS-Korrespondenz, auf die sich die Klägerin bezieht, beschränkt sich auf den Text "I. \_\_\_\_\_ bitte bestätige mir das du die Kernbohrungen. Gemäss sanitär Planung und elektro Planung und Kälte Ca. 15-25 cm max. 30 Kernbohrungen für 2000fr inkl. MwSt bitte um ein bestätigen", der mit "J. \_\_\_\_\_ ich bestätige das ich die kernbohrung im C. \_\_\_\_\_-str. ... zürich mache für 2000fr inkl. MwSt mache.." beantwortet wurde (act. 3/34). Hinsichtlich der Rolle oder gar Vertretungsbefugnis von J. \_\_\_\_\_ kann daraus nichts abgeleitet werden. Auch die Rechnung (act. 3/35) oder die Fotoaufnahmen (act. 3/36) sind nicht aussagekräftig. Eine Bestellung dieser Arbeiten durch die Beklagte ist weder ausreichend substantiiert noch bewiesen.

#### 2.1.9. Teilforderungen CHF 3'240 und CHF 1'728

2.1.9.1. Die Klägerin behauptet, an einem nicht mehr näher bestimmbar Datum im Herbst 2017 habe die Beklagte (vertreten durch J. \_\_\_\_\_ und K. \_\_\_\_\_) der Klägerin einen weiteren Pauschalauftrag für 3'240.– (inkl. MWSt) erteilt, nämlich zur Durchführung von zwei Kernbohrungen von 50cm im UG einschliesslich Schneid- und Spitzarbeiten sowie Schuttentsorgung. Sie habe die Arbeiten ausgeführt und am 30. September 2017 Rechnung gestellt (act. 1 S. 21). Sodann habe die Beklagte (vertreten durch J. \_\_\_\_\_ und K. \_\_\_\_\_) an einem nicht mehr näher bestimmbar Datum im Herbst 2017 der Klägerin zum Pauschalpreis von CHF 1'728.– (inkl. MWSt) den Auftrag erteilt, im UG Rampen zu schneiden bzw. abzuspitzen, damit mit einem Wagen durchgefahren werden könne. Sie habe diese Arbeiten ausgeführt und ebenfalls am 30. September 2017 Rechnung gestellt (act. 1 S. 21 f.).

2.1.9.2. Die Beklagte bestreitet beide Teilforderungen und insbesondere, dass diese Meetings an nicht näher bestimmbar Daten stattgefunden hätten, ebenso die Mängelfreiheit der Ausführung (act. 9 S. 13 f.).

2.1.9.3. Die klägerischen Ausführung zur Bestellung und zum genauen Inhalt dieser Teilforderungen sind sowohl in zeitlicher wie auch örtlicher Hinsicht unbestimmt geblieben. Selbst wenn die Klägerin hier mit K. \_\_\_\_\_ zumindest einen Gesellschafter der Beklagten als eine der handelnden Personen bezeichnet, vermöchte mangels klarer Substantiierung keine Beweisabnahme erfolgen. Nebst der Befragung verschiedener Personen als Partei oder als Zeugen beruft sich die Klägerin im Übrigen lediglich auf einen Augenschein und ihre Rechnungen (act. 3/37-38); daraus können keine sachdienlichen Informationen gewonnen werden. Auch insoweit bleibt die Klage unsubstantiiert.

#### 2.1.10. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin keine der geltend gemachten Teilforderungen ausreichend substantiiert oder bewiesen hat, was insoweit die Abweisung der Klage gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 zur Folge hat.

#### 2.2. Herausgabebegehren; Teilforderung CHF 11'492.60

##### 2.2.1. Allgemeines

Als Teilforderung ihres Rechtsbegehrens Ziff. 1 verlangt die Klägerin überdies einen Betrag von CHF 11'492.60. Diese Forderung steht im Zusammenhang mit dem Gegenstand von Rechtsbegehren Ziff. 2 bildenden Herausgabebegehren betreffend Stützen, Spriessen und Palette sowie dem damit verbundenen Schadenersatzbegehren, weshalb dieser Teil der Klage nachfolgend gemeinsam zu prüfen ist.

##### 2.2.2. Parteivorbringen

2.2.2.1. Die Klägerin führt aus, sie habe bei der ersten Auftragserteilung auf Ersuchen der Beklagten (vertreten durch L.\_\_\_\_\_ und den Statiker sowie J.\_\_\_\_\_) im 1. OG ca. alle ein Meter Spriessen bzw. Deckenstützen angebracht; die insgesamt 95 Spriessen hätten nach zwei Wochen, nach Ausführung der Arbeiten und Betonierung (durch eine Drittpartei), wieder entfernt werden sollen. Die im Pauschalvertrag enthaltene Mietdauer sei bereits seit Ende Juli 2017 abgelaufen; spätestens seit 15. August 2017 seien die Spriessen/Stützen samt 2 Stapelpalette ohne jeden Rechtsgrund im Mietobjekt der Beklagten. Die Beklagte habe die Spriessen, Stützen und Palette umgehend herauszugeben. Es sei der Beklagten zuzuschreiben, dass dieses Material länger benötigt würde, denn sie bzw. ihre Hilfspersonen hätten diverse Fehler bei der Planung gemacht. Ausserdem sei von der Beklagten, ev. von der G.\_\_\_\_\_ CH AG, ein kompletter Baustopp verfügt worden. Die Klägerin bezahle für 55 D.\_\_\_\_\_-Deckenstützen ... einen Mietzins von CHF 552.75/Mt., für 2 Palette CHF 32.90/Mt. und für 40 Spriessen von der E.\_\_\_\_\_ Baugeschäft AG CHF 161.30/Mt., also total CHF 793.80 resp. ab 2018 aufgrund der Reduktion der Mehrwertsteuer CHF 792.05 pro Monat. Bis und mit Oktober 2018 seien CHF 11'492.60 aufgelaufen, die die Beklagte der Klägerin als

mietzinsähnlichen Schadenersatz zu bezahlen habe. Der Wiederbeschaffungswert des Materials belaufe sich auf CHF 13'400.15. Die Herausgabeverpflichtung sei mit der Androhung der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB zu verbinden; zudem sei die Beklagte zur Bezahlung von CHF 13'400.15 zu verpflichten, wenn sie das Material nicht innert angemessener Frist herausgebe oder nicht mehr herausgeben könne (act. 1 S. 22 ff.).

2.2.2.2. Die Beklagte bestreitet und weist erneut darauf hin, dass die angeführten Personen sie nicht vertreten hätten. Die Klägerin lege nicht dar, aus welchem Grund sie als Mieterin für die statische Abstützung des Gebäudes aufkommen sollte. Das Entfernen der Stützen würde die Statik des Gebäudes massiv gefährden; es sei fraglich, ob diese Forderung überhaupt durchsetzbar sei. Ausserdem stelle sich die Frage, ob die Rückforderung nicht missbräuchlich sei, wenn die Klägerin die Probleme mit der Statik selbst verursacht habe, da sie nicht gemäss dem Abbruchplan Nr. 2 des Statikers geschnitten habe. Die Beklagte sei im Übrigen auch nicht Besitzerin der Spriessen und Stützen und könne diese gar nicht herausgeben (act. 9 S. 14 ff.).

### 2.2.3. Würdigung

Die Klägerin behauptet, die Lieferung der Spriessen und Stützen sei Teil des Werkvertrags vom 13./14. Juni 2017 zum Pauschalpreis von CHF 35'000.– gewesen. Sinngemäss verlangt sie von der Beklagten eine Vergütung für das längere Vorhalten der gelieferten Stützvorrichtungen als vertraglich vorgesehen. Wie bereits ausgeführt (oben Ziff. 2.1.4.3) ist jedoch bereits aufgrund der Vorbringen der Klägerin unklar, wie und in wessen Namen der behauptete Werkvertrag mit der Beklagten abgeschlossen wurde. Dies gilt umso mehr, als die laut Klägerin Vertragsinhalt bildenden Arbeiten offensichtlich die Wände und Decken betroffen haben und es deshalb nicht naheliegend ist, dass es sich um Mieterausbau gehandelt hat. Da die Klägerin bereits den genauen Inhalt des behaupteten Werkvertrags wie auch dessen Besteller nicht genügend substantiiert hat, ist auch die Forderung betreffend Mehrvergütung abzuweisen.

Für den Herausgabeanspruch stützt sich die Klägerin auf Art. 934 ZGB (act. 1 S. 27 f.). Laut dieser Bestimmung kann der Besitzer, dem eine bewegliche Sache

gestohlen wird oder verloren geht oder sonst wider seinen Willen abhanden kommt, diese während fünf Jahren jedem Empfänger abfordern (Art. 934 Abs. 1 ZGB). Laut den Ausführungen der Klägerin hat sie jedoch die Spriessen, Stützen und Palette aufgrund einer vertraglichen Abmachung und demnach willentlich in das Bauobjekt C.\_\_\_\_-strasse ... eingebracht und versetzt. Bereits mangels unfreiwilligen Abhandenkommens entfällt deshalb ein Anspruch gestützt auf Art. 934 ZGB; auf Art. 936 ZGB kann sich die Klägerin nicht stützen, wäre die Beklagte doch nach der klägerischen Darstellung gestützt auf eine vertragliche Abmachung und somit in gutem Glauben in den Besitz der Gegenstände gelangt. Ein Herausgabeanspruch vertraglicher Natur gegen die Beklagte scheidet jedoch am fehlenden Nachweis eines diesbezüglichen Vertrags mit der Beklagten.

Auch das Herausgabebegehren ist deshalb abzuweisen. Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf die von der Klägerin zur Durchsetzung des Herausgabeanspruches beantragten Vollstreckungsmassnahmen (Strafdrohung nach Art. 292 StGB; Schadenersatz resp. Umwandlung in eine Geldleistung nach Art. 345 ZPO) näher einzugehen.

### 2.3. Fazit

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass sowohl die Forderungsklage gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 als auch das Herausgabebegehren gemäss Rechtsbegehren Ziff. 2 abzuweisen ist.

## 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (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). Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 53'400.15. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 5'800.– festzusetzen und ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten sind aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

3.2. Ausserdem hat die Klägerin als unterliegende Partei der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), die nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) festzusetzen ist (Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO). In Anwendung von §§ 2, 4 und 11 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf CHF 7'400.– festzusetzen.

**Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 5'800.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 7'400.– zu bezahlen.
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 53'400.15.

Zürich, 27. August 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Schmid

Dr. G. Donati