



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, und Oberrichter Dr. Daniel Schwander, die Handelsrichter Hans Dietschweiler, Bernhard Lauper und Michael Küttel sowie der Gerichtsschreiber Fabian Herren

Urteil vom 26. Juli 2023

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 188'423.40, abzüglich einer Gutschrift von CHF 2'356.50, mithin CHF 186'072.00 zuzüglich Zins von 5% seit 7. Oktober 2020 auf CHF 117'545.90 sowie seit 21. Oktober 2020 auf CHF 69'521.00 zu bezahlen.
2. Es sei der Klägerin in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Geroldswil-Oetwil-Weiningen (Zahlungsbefehl vom 18. Februar 2021) für die Beträge von CHF 117'545.90 zuzüglich Zins zu 5% seit 8. Oktober 2020 sowie von CHF 69'521 zuzüglich Zins zu 5% seit 22. Oktober 2020 die definitive Rechtsöffnung zu erteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C._____, deren Unternehmenszweck die Ausführung von Aushubarbeiten ... ist (act. 3/2).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D._____, welche insbesondere die Realisierung von Bauten aller Art ... zum Zweck hat (act. 3/4).

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin macht Vergütungsansprüche aus einem mit der Beklagten im Mai 2020 mündlich abgeschlossenen Werkvertrag geltend. Gemäss ihrer Offerte bot die Klägerin Abtransporte von Aushub und Lieferungen von Bodenmaterial von und zu einer Baustelle an der E._____-strasse in F._____ an. Zwischen dem 10. Juni 2020 und dem 22. Oktober 2020 führte die Klägerin bzw. ihre Subunternehmerinnen verschiedene Transporte von und zu der genannten Baustelle durch. Die hernach gestellten Rechnungen bezahlte die Beklagte teilweise. Zwei Rechnungen blieben jedoch unbezahlt. Den noch offenen Betrag aus diesen beiden Rechnungen beziffert die Klägerin auf CHF 186'066.90. Die Beklagte beantragt

die vollumfängliche Abweisung der Klage mit der Begründung, dass kein Vertrag zwischen den Parteien zustande gekommen sei und die Klägerin ihre Transportleistungen nicht belege.

B. Prozessverlauf

Am 8. Februar 2022 reichte die Klägerin die vorliegende Klage mit dem eingangs genannten Rechtsbegehren am Handelsgericht des Kantons Zürich ein (act. 1). Nach fristgerechtem Eingang des Kostenvorschusses in Höhe von CHF 12'200.– wurde der Beklagten mit Verfügung vom 22. März 2022 Frist zur Klageantwort angesetzt (act. 4–7). Da innert Frist keine Klageantwort einging, wurde der Beklagten eine Nachfrist im Sinne von Art. 223 Abs. 1 ZPO angesetzt (act. 9). In der Folge stellten die Parteien einen gemeinsamen Sistierungsantrag, um aussergerichtliche Vergleichsgespräche zu führen, woraufhin das Verfahren bis zum 31. August 2022 sistiert wurde (act. 11, 13). Nachdem die Vergleichsgespräche zu keinem Ergebnis geführt hatten, reichte die Beklagte zunächst am 31. August 2022 eine erste Klageantwort ein mit dem gleichzeitigen Antrag, eine kurze (Nach-)Frist zur Einreichung einer Klageantwort bzw. zur Ergänzung der Klageantwort zu gewähren, da die Klägerin einer Verlängerung der Sistierung kurzfristig nicht zugestimmt habe (act. 15). Daraufhin wurde der Beklagte eine Notfrist gewährt, innert welcher sie eine ergänzte Klageantwort einreichte (act. 16–19). Mit Verfügung vom 7. September 2022 wurde die Prozessleitung an Oberrichter Dr. Daniel Schwander delegiert (act. 21). Am 28. September 2022 wurde die Vergleichsverhandlung durchgeführt, wobei keine Einigung zwischen den Parteien erzielt werden konnte (Prot. S. 10 f.). Mit Verfügung vom 30. September 2022 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist zur Replik angesetzt (act. 24). Nach fristgerechtem Eingang der Replik (act. 26) wurde der Beklagten mit Verfügung vom 7. November 2022 Frist zur Duplik angesetzt (act. 28). Nach fristgerechtem Eingang der Duplik (act. 30) wurde den Parteien mit Verfügung vom 23. Dezember 2022 der Aktenschluss mitgeteilt (act. 32). In der Folge reichte die Klägerin am 1. Februar 2023 eine Dupliknovenstellungnahme / Noveneingabe ein (act. 34) und die Beklagte am 23. März 2023 eine als

Quadruplik bezeichnete Stellungnahme (act. 37). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

Mit Verfügung vom 22. Juni 2023 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung – unter Vorbehalt der Durchführung eines Beweisverfahrens – verzichteten (act. 38). Nachdem zunächst beide Parteien eine Hauptverhandlung verlangten (act. 40, 41), erklärten sie schliesslich mit Eingabe vom 10. Juli 2023 (Beklagte) bzw. 17. Juli 2023 (Klägerin) ihren Verzicht auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung (act. 42, 43).

Das Verfahren ist spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben, da die Beklagte ihren Sitz im Kanton Zürich hat, was unbestritten ist (Art. 31 ZPO; act. 1 Rz. A.II.; act. 19 Rz. A.1; act. 26 Rz. A.1). Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG.

1.2. Übrige Prozessvoraussetzungen

Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf den Nichteintretensantrag der Beklagten betreffend Rechtsbegehren Ziffer 2 wird an gegebenem Ort einzugehen sein (act. 19 Rz. A.2; act. 30 Rz. A.2). Auf die Klage ist somit grundsätzlich einzutreten.

1.3. Fehlerhafte Berechnung des Forderungsbetrags im Rechtsbegehren

Die Klägerin verlangt in Rechtsbegehren Ziffer 1, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr "CHF 188'423.40, abzüglich einer Gutschrift von CHF 2'356.50, mithin CHF 186'072.00 zuzüglich Zins [...] zu bezahlen" (act. 1 S. 2). Das Ergebnis der

Subtraktion in Rechtsbegehren Ziffer 1 ist offensichtlich falsch. CHF 188'423.40 abzüglich CHF 2'365.50 ergibt CHF 186'066.90. Dies ist auch der Betrag, welchen die Klägerin selbst in ihrer Klagebegründung berechnete und als "Ausstand der Beklagten" bezeichnet hat (vgl. act. 1 Rz. IV). Die Klägerin verlangt demzufolge CHF 186'066.90 zuzüglich Verzugszins von der Beklagten.

1.4. Neue Behauptungen nach Aktenschluss

Die Klägerin bringt erstmals in ihrer Eingabe vom 1. Februar 2023 – und damit nach Aktenschluss – vor, dass auf der Baustelle nebst den von der Beklagten genannten Mitarbeitern auch G._____ als Maschinenführer für die Beklagte tätig gewesen sei. Seine Initialen würden denn auch mit den von der Beklagten bemängelten Unterschriften von G1._____G2._____... übereinstimmen. Anlässlich eines Telefonats mit dem Rechtsvertreter der Klägerin habe dieser eingestanden, dass dies seine Unterschrift sei. Da die von Herrn H._____ nach der Duplik getätigten Abklärungen, die durch Zufall ein Resultat zeitigten, erst nach dem 16. Januar 2023 erfolgt seien, hätten sie nicht vor der Eingabe vom 1. Februar 2023 in das Verfahren eingebracht werden können, womit es sich um echte Noven handle (act. 34 S. 7 f.).

Da – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – die neuen Vorbringen der Klägerin nicht entscheidrelevant sind, muss nicht geprüft werden, ob es sich dabei um zulässige Noven im Sinne von Art. 229 ZPO handeln würde.

Aus dem gleichen Grund muss auch nicht geprüft werden, ob die neuen Vorbringen der Beklagten in ihrer "Quadruplik" (act. 37) zulässig wären.

2. Vertragsschluss

2.1. Parteivorbringen und offerierte Beweismittel

Zunächst ist der Vertragsschluss zwischen den Parteien umstritten.

In der Klage führt die Klägerin aus, sie habe auf Anfrage von I._____ vom 20. Mai 2020 im Zusammenhang mit der Terrassenüberbauung an der E._____ -strasse in F._____ eine Offerte in Bezug auf den Abtransport von 6'000 m³ Aushubmaterial

erstellt. Gleichzeitig sei eine Offertstellung in Bezug auf im Raume stehende Kieslieferungen mit entsprechenden Per-Positionen erfolgt. Die damit in Zusammenhang stehenden Preise seien im Rahmen einer zweiten Offerte für Kombitransporte reduziert worden, mithin für den Fall, dass nach der Kiesanlieferung Abtransporte von Aushubmaterial erfolgen würden. Die erwähnte Offerte sei gleichentags von H._____ von der Klägerin an die Beklagte versandt worden. Diese Offerte sei in der Folge H._____ gegenüber mündlich bestätigt worden, womit ein Werkvertrag zustande gekommen sei. Danach sei die "Deklaration für die Materialablagerung" von der Beklagten angefordert und H._____ zugestellt worden, welcher sie nach Ergänzung weitergeleitet habe (act. 1 S. 4).

Die Beklagte bestreitet in der Klageantwort den Vertragsschluss wie folgt: Es gebe keinen Mitarbeiter und auch kein Geschäftsleitungsmitglied mit dem Namen "I._____". Die Klägerin lege keine Unterlagen bezüglich eines Vertragsverhältnisses ins Recht. Die "Deklaration für die Materialablagerung" sei seitens der J._____ unterzeichnet worden, wobei die Unterschriften dreimal genau gleich aussehen würden. Mit der J._____ sei die Klägerin ein Vertragsverhältnis eingegangen, nicht aber mit der Beklagten (act. 19 Rz. B.2 f.).

Nachdem die Beklagte in der Klageantwort den Vertragsschluss bestritten hatte, hat die Klägerin die Umstände des Vertragsschlusses in der Replik nochmals detaillierter dargelegt: Am 20. Mai 2020 habe sie von der Beklagten einen Anruf erhalten. Da das Büro der Beklagten [recte: der Klägerin] nicht besetzt gewesen sei, sei der Anruf an den Anrufservice der Beklagten [recte: der Klägerin] weitergeleitet worden. Dieser habe in der Folge eine E-Mail an die Beklagte [recte: an die Klägerin] mit der folgenden Mitteilung übermittelt: "Guten Tag. Herr I._____, B._____ 076..., bittet um Rückruf betr. ca. 6000 Kubik Bauschutt, welcher abgeholt werden kann (nicht auf 1x), falls Ihr Interesse habt, Freundliche Grüsse K._____. L._____ GmbH, ... [Adresse]". Nach Erhalt der E-Mail habe H._____ von der Klägerin am 21. Mai 2020 den Anrufer zurückgerufen. Der Angerufene habe anlässlich des Telefonats mit H._____ den Ort der Baustelle sowie den Wunsch einer Offerte für den Abtransport von ca. 6000 m³ Aushubmaterial bestätigt. Am 25. Mai 2022 [recte: 2020] habe H._____ die von der Beklagten nachge-

suchte Offerte im Zusammenhang mit der Terrassenhausüberbauung an der E.____-strasse in F.____ in Bezug auf den Abtransport sowie die Deponie von den mitgeteilten ca. 6000 m³ Aushubmaterial zum Preis von CHF 28.00 pro m³ erstellt. In Bezug auf nassen Aushub sei ein m³-Preis von CHF 32.00 angeboten worden. Diese Offerte habe H.____ in der Folge an die von der Beklagten angegebene Adresse info@B.____.ch versandt. Gleichentags habe H.____ von der Beklagten einen Rückruf erhalten. Darin habe die Beklagte eine Erweiterung der Offerte bezüglich der Lieferung diverser Kieskomponenten sowie betreffend Preisreduktion bei Kombifuhren gewollt. Am nächsten Tag, mithin am 26. Mai 2020, habe H.____ wunschgemäss die zweite Offerte mit Kombifuhren erstellt, wobei die Preise für den Fall, dass nach der Kiesanlieferung Abtransporte von Aushubmaterial erfolgen würden, reduziert worden seien. Die Offerte sei gleichentags von H.____ an die Beklagte versandt worden. In der Folge sei die Offerte H.____ seitens der Beklagten mündlich bestätigt worden, womit ein Werkvertrag zustande gekommen sei (act. 26 S. 7 f.).

Auf diese Ausführungen entgegnet die Beklagte in der Duplik das Folgende: Sie habe nicht gänzlich bestritten, dass sie Leistungen bei der Klägerin abgerufen habe. Diese seien aber von der Zahl her klar vereinbart gewesen (6'000 m³ Aushub). Die Unstimmigkeiten hinsichtlich "I.____", Zeugenaussagen, etc. würden dazu führen, dass die Klägerin das konkrete Vertragsverhältnis einerseits hinsichtlich der Parteien, andererseits hinsichtlich des konkreten Inhalts, nicht hinreichend beweisen könne. Die Klägerin spreche von einem Werkvertragsverhältnis, das auch mündlich abgeschlossen werden könne. Dabei sei von einem Konsens auszugehen, wenn zu einer Offerte ein Akzept der Gegenseite folge und diese beiden Äusserungen deckungsgleich seien. Dabei spreche die Klägerin ausdrücklich von einem Konsens bezüglich 6'000 m³ Aushub. Dies lasse sich einzelnen Mails entnehmen. Allerdings bestehe kein Konsens hinsichtlich der auf Seite 8 aufgeführten Einheitspreise. Diese seien nicht mit der Beklagten vereinbart worden, sondern mit der J.____. Eine vermeintliche Mail an die Beklagte ohne Antwort-Mail und deutliche Äusserungen zur Offerte lasse keinen Konsens und somit diesbezüglich keinen Vertragsschluss entstehen (act. 30 Rz. 3 f.).

Als Beweismittel zum behaupteten Vertragsschluss hat die Klägerin die erste Offerte (act. 3/6) sowie die E-Mail von H._____ an "info@B._____.ch " vom 26. Mai 2020 mit der ergänzten, zweiten Offerte (act. 3/7) eingereicht. Sodann hat sie die "Deklaration für die Materialablagerung" eingereicht, in welcher die J._____ als Bauherr / Auftraggeber geführt wird (act. 3/8). Des Weiteren hat sie die E-Mail des Telefonservices L._____ GmbH an die Klägerin vom 20. Mai 2020 mit der darin beschriebenen Kontaktaufnahme der Beklagten ins Recht gelegt (act. 27/2). Ebenfalls hat sie eine Zusammenstellung "Auftragsentstehung" (act. 27/3) eingereicht, welche jedoch im Wesentlichen ihren Parteibehauptungen entspricht, weshalb ihr keine Beweiskraft zukommt. Schliesslich offeriert die Klägerin zum behaupteten Vertragsschluss auch die Befragung von H._____ (als Partei bzw. als Zeuge) (act. 26 S. 7 ff.). Die Beklagte demgegenüber offeriert an verschiedenen Stellen in ihren Rechtsschriften die "Parteibefragung". Unabhängig davon, dass bisweilen nicht klar ist, zu welchen konkreten Tatsachenbehauptungen diese "Parteibefragung" offeriert wird, ist es unzulässig, wenn eine juristische Person die Parteibefragung offeriert, ohne den Namen der zu befragenden natürlichen Person zu nennen, jedenfalls wenn mehrere Personen zur Befragung als Partei in Frage kommen. Werden derart ungenügende Beweisofferten von einer anwaltlich vertretenen Person gemacht, fällt auch eine gerichtliche Nachfrage ausser Betracht, und die Beweisabnahme hat zu unterbleiben (HGer ZH, HG210230-O, Urteil und Beschluss vom 15. März 2023, E. 3.5.6 mit Hinweis auf WILLISEGGER, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], BSK ZPO, 3. Aufl. 2017, Art. 221 N 31 f. und 35; PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, 2. Band, Art. 221 N 17; KILLIAS, in: BK ZPO, Band II, Art. 150-352, Art. 400-406, 2021, Art. 221 N 29; LEUENBERGER, in: ZK ZPO, a.a.O., Art. 221 N 56a sowie Urteile BGer 4A_601/2020 E. 4.3.2; 5A_921/2014 E. 3.4.2; 4A_444/2013 E. 6.3.3). Zur Befragung als Partei kämen bei der Beklagten insbesondere das einzige Mitglied des Verwaltungsrates, M._____, oder das Mitglied der Geschäftsleitung, N._____, in Frage (vgl. act. 3/4; act. 19 Rz. 9). Da die Beklagte nicht spezifiziert, welche der beiden Personen zu befragen ist, ist das Beweismittel ungenügend offeriert und wäre bereits deshalb nicht abzunehmen. Als zusätzlich zu den bereits eingereichten Urkunden abzunehmendes Beweismittel im Zusam-

menhang mit dem Vertragsschluss käme demzufolge nur die Befragung von H._____ in Betracht. Nachfolgend ist zu prüfen, ob der Vertragsschluss bereits ohne dieses Beweismittel erstellt ist.

2.2. Rechtliches

2.2.1. Annahme der Offerte

Die Annahme einer Offerte ist die Willenserklärung derjenigen Vertragspartei, an welche der Antrag gerichtet ist. Diese Willenserklärung kann entweder ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (OFK-KREN KOSTKIEWICZ, 4. Aufl., 2023, Art. 1 OR N 23, 30 ff.). Nimmt der Offertempfänger die Leistung des Offerenten vorbehaltlos entgegen, ist in der Regel von der stillschweigenden Annahme der Offerte bzw. einem "in Vollzug setzen" des Vertrags auszugehen (sog. Realakzept; CLAIRE HUGUENIN, OR AT und BT, 3. Aufl., 2019, N 174, N 224; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, 7. Aufl., 2020, Art. 6 OR N 19).

2.2.2. Behauptungs- und Bestreitungslast

Tatsachen hat diejenige Partei hinreichend darzutun und gegebenenfalls zu beweisen, welche aus deren Vorliegen einen Anspruch ableitet (Art. 8 ZGB). Inwieweit Tatsachen zu behaupten, zu substantiieren und zu beweisen sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 127 III 365 E. 2.b; BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2). Der Behauptungslast ist durch das Aufstellen eines schlüssigen, vollständigen Tatsachenvortrags Genüge getan. Das heisst, dass eine Partei diejenigen Tatsachen widerspruchsfrei und vollständig angeben muss, auf die sie ihr Begehren stützt, so dass der Tatsachenvortrag bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Es genügt, wenn diese Tatsachen in ihren Grundzügen behauptet werden (BGE 136 III 322 E. 3.4.2; BGE 127 III 365 E. 2.b; BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; BGer 4A_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 2.1; SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., 2016, Art. 55 N 21 m.w.H.). Eine über die Behauptungslast

hinausgehende Substantiierungslast greift nur, soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag bestreitet. Diesfalls sind die Vorbringen in Einzel-tatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen und dazugehörige Be-weisanträge zu stellen, dass darüber Beweis abgenommen werden könnte und substantiiertes Bestreiten möglich ist (BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1 m.H.; BGer 4A_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 2.1 m.H.; BGE 127 III 365 E. 2.b m.H.).

Das Gegenstück zur Behauptungslast bildet die Bestreitungslast. Die Gegenpartei hat im Einzelnen darzutun, welche behaupteten Tatsachen anerkannt und welche bestritten werden. Je detaillierter die Behauptungen sind, desto höher sind die An-forderungen an die Bestreitungen (BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.3). Bei detaillierten Behauptungen genügen pauschale Bestreitungen nicht. Erforderlich ist dann eine klare Äusserung, dass der Wahr-heitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird. Eine hinreichende Bestreitung lässt die behauptungsbelastete Partei erkennen, welche ihrer Behauptungen sie weiter zu substantiieren und welche Behauptungen sie schliesslich zu beweisen hat. Dagegen ist die beweisbefreite Partei grundsätzlich nicht gehalten, darzutun, weshalb eine bestrittene Behaup-tung unrichtig sei (BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.3; BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 4.1; BGer 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.3; WALTER, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommen-tar, Einleitung und Personenrecht, Band I, Art. 1-9 ZGB, 2012, Art. 8 N 191; KILLI-AS, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilpro-zessordnung, Band II, Art. 150-352 und Art. 400-406 ZPO, 2012, Art. 222 N 17).

Bei einer Tatsache, welche eine Partei direkt betrifft, trifft sie eine qualifizierte Be-streitungslast, weil ihr eine substantiierte Bestreitung ohne Weiteres möglich und zumutbar ist, da sie die Verhältnisse genau kennt (vgl. zum Ganzen BGer 4A_36/2021 vom 1. November 2021 E. 5.1.3; BGer 4A_251/2020 vom 29. September 2020 E. 3.7.1; BGer 4A_614/2014 vom 2. April 2015 E. 6.4.3.3. a.E.; BGer 4A_709/2011 vom 31. Mai 2012 E. 3.2. je mit Hinweisen; vgl. auch

HGer ZH, HG190069-O, Urteil und Beschluss vom 17. August 2020, E. 2.3; HGer ZH, HG150211-O, Urteil und Beschluss vom 20. Juni 2018, E. 11.2.3).

2.3. Würdigung

2.3.1. Vertragsschluss mit der Beklagten

Vorliegend steht fest, dass die Klägerin eine Offerte auf die Firma der Beklagten für das Objekt "F._____ E._____ -strasse" ausgearbeitet hat (vgl. act. 3/6). Ebenfalls erstellt ist, dass sie diese Offerte mit Bezug auf die Preise für Kombifahren später angepasst und diese angepasste Offerte am 26. Mai 2020 an die E-Mail Adresse der Beklagten "info@B._____.ch " gesendet hat (act. 3/7). Die Beklagte bestreitet weder, dass es sich bei "info@B._____.ch " um ihre E-Mail Adresse handelt, noch, dass sie das E-Mail mit dem betreffenden Inhalt (inkl. Anhang) erhalten hat. Unbestritten ist sodann, dass sie in der Folge Transportleistungen bei der Klägerin abgerufen hat (vgl. act. 30 Rz. 3). Dies lässt darauf schliessen, dass ein Vertreter der Beklagten mit der Klägerin bezüglich der Vereinbarung von Transportleistungen von und zu der Baustelle an der E._____ -strasse in F._____ in Kontakt getreten war und in der Folge mit der Klägerin kommuniziert hatte, ansonsten die Offerte nicht an die E-Mail Adresse der Beklagten gesandt worden und danach von ihr Transportleistungen bei der Klägerin abgerufen worden wären. Demzufolge muss der Beklagten bekannt sein, wer aus ihrer Unternehmung die Klägerin im Rahmen der Offertstellung kontaktiert hatte und was besprochen worden war. Unter diesen Umständen trifft sie mit Bezug auf den von der Klägerin behaupteten Vertragsschluss eine qualifizierte Bestreitungslast, weshalb die bloss pauschale Bestreitung, dass es bei ihr keinen Mitarbeiter und auch kein Geschäftsleitungsmitglied mit dem Namen "I._____" gebe, nicht genügt.

Zum Inhalt der Telefonate hat die Klägerin substantiiert dargelegt, dass die Beklagte am 25. Mai 2020, nach dem Erhalt der ersten Offerte, einen Rückruf getätigt und H._____ ihren Wunsch nach einer Preisreduktion bei Kombifahren mitgeteilt habe, woraufhin H._____ die Offerte entsprechend angepasst habe. Der zweite Rückruf sei dann, gemäss den Behauptungen der Klägerin, nach der Zustellung der E-Mail mit der zweiten, angepassten Offerte vom 26. Mai 2020 er-

folgt. Dabei habe die Beklagte diese Offerte mündlich bestätigt (vgl. act. 26 S. 7 ff.). Obwohl die Beklagte bzw. einer ihrer Vertreter die Anrufe getätigt haben muss, äussert sich die Beklagte zum Inhalt der Gespräche mit keinem Wort.

Aufgrund der ungenügenden Bestreitung der Beklagten sowie der eingereichten Beweismittel ist erwiesen, dass es nach dem Vertragsangebot der Klägerin betreffend Abtransport von Aushub und möglicher Lieferungen von Kies und anderer Materialien zu einer Vertragsannahme seitens der Beklagten gekommen ist. Die hierzu von der Klägerin angebotene Befragung von H._____ wird damit obsolet. Aus dem gleichen Grund wäre auch auf Seiten der Beklagten keine Parteibefragung vorzunehmen, selbst wenn diese genügend offeriert worden wäre.

Im Übrigen müsste auch von einer stillschweigenden Annahme der Offerte ausgegangen werden. Unbestrittenermassen hat die Beklagte die von der Klägerin angebotenen Transportleistungen in Anspruch genommen (act. 30 Rz. 3). Damit ist sie, selbst wenn sie das Vertragsangebot nicht mündlich bestätigt hätte, konkludent einen Vertrag mit der Klägerin zu den angebotenen Konditionen eingegangen.

2.3.2. Kein Vertragsschluss mit der J._____

Die Behauptung der Beklagten, dass die Klägerin nicht mit ihr, sondern mit der J._____, den Vertrag abgeschlossen bzw. die Einheitspreise vereinbart hätte, entbehrt jeglicher Grundlage und ist unsubstantiiert. Insbesondere erklärt die Beklagte nicht, wie ein Vertragsschluss zwischen der J._____ und der Klägerin zustande gekommen sein soll, nachdem die Klägerin die Offerten jeweils an die E-Mail Adresse der Beklagten gesandt hatte.

Aus den eingereichten Beweismitteln – "Deklaration für die Materialablagerung" (act. 3/8) und Aufnahmen des Baugrubenaushubs (act. 20/1) –, worauf die Beklagte verweist, ergibt sich nichts, was auf einen Vertragsschluss der Klägerin mit der J._____ hindeuten würde (act. 19 Rz. 3, 5; act. 30 Rz. 4 f.). In der "Deklaration für die Materialablagerung" wird die J._____ als "Bauherr / Auftraggeber" geführt (act. 3/8). Dies ist bereits deshalb kein Beleg dafür, dass die J._____ mit der

Klägerin ein Vertragsverhältnis eingegangen sein könnte, weil es sich bei der J._____ unbestrittenermassen um die Bauherrschaft für das Objekt "F._____ E._____ -strasse" handelte. Damit kann sich die Nennung der J._____ in der Deklaration ohne Weiteres bloss auf ihre Rolle als Bauherrin beziehen (act. 26 S. 10 unten; act. 30 Rz. 5). Sodann handelt es sich bei der "Deklaration für die Materialablagerung" nicht um eine Willenserklärung mit Bezug auf einen Werkvertrag. Es werden darin weder die Dienstleistungen der Klägerin noch die entsprechenden Einheitspreise genannt (vgl. act. 3/8). Schliesslich ist unbestritten, dass sämtliche Unterschriften in der Deklaration von der Klägerin selbst stammen, die Deklaration somit nie von der J._____ unterzeichnet wurde (act. 30 Rz. 5). Inwiefern der Umstand, dass die J._____ digitale Aufnahmen des Baugrubenaushubes durch das Vermessungsbüro O._____ AG erstellen liess, das behauptete Vertragsverhältnis zwischen ihr und der Klägerin "unterstreichen" soll, wie die Beklagte vorbringt (act. 19 Rz. 5), ist mangels näherer Begründung nicht nachvollziehbar, weshalb auf dieses Vorbringen nicht weiter einzugehen ist. Eine Willensäusserung – oder nur schon ein Kontakt zur Klägerin – ergibt sich aus der von der Beklagten eingereichten E-Mail der J._____ mit der Berechnung der Baugrubenkubatur jedenfalls nicht. Auch sonst behauptet die Beklagte keine Willensäusserung der J._____, die auf einen Vertragsschluss mit der Klägerin hinweisen würde.

2.4. Zwischenfazit

Es ist erstellt, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten ein Vertrag über Transportleistungen von und zu der Baustelle an der E._____ -strasse in F._____ zustande gekommen ist. Der genaue Inhalt des Vertrags ist nachfolgend zu ermitteln (Ziffer 3.2.).

3. Qualifikation und Inhalt des Vertrags

3.1. Vertragsqualifikation

Der vorliegend vereinbarte Abtransport von Aushub von einer Baustelle und die Anlieferung von Kies zu einer Baustelle stellen werkvertragliche Leistungen im

Sinne von Art. 363 ff. OR dar (PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., 2019, N 30). Diese Vertragsqualifikation ist unbestritten (act. 1 Rz. B.I.; act. 19 Rz. B.2 ff.).

3.2. Vertragsinhalt

3.2.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin macht geltend, sie habe die Offerte basierend auf den angegebenen 6'000 m³ Aushubmaterial zum Preis von CHF 28.00 pro m³, für nassen Aushub zum Preis von CHF 32.00 pro m³, erstellt. Sodann habe die Offerte diverse Positionen in Bezug auf mögliche Lieferungen enthalten (act. 1 Rz. B.I.; act. 26 S. 8). Insgesamt habe sie 9'164.000 m³ Aushub, davon 608.000 m³ nass, von der Baustelle an der E.____-strasse in F.____ abtransportiert. Ebenfalls weggeführt worden seien 135.000 m³ Humus, 63 Tonnen Findlinge und 1.66 Tonnen E-ternit. Sodann seien zwei Mulden gestellt und 36.870 m³ Kies geliefert worden (act. 1 Rz. B.III.).

Die Beklagte macht geltend, die Leistungen seien von der Zahl her klar auf 6'000 m³ Aushub vereinbart gewesen (act. 30 Rz. 3 f.).

3.2.2. Rechtliches

Das Gesetz sieht grundsätzlich zwei verschiedene Vergütungsmodelle beim Werkvertrag vor: Entweder verabreden die Parteien vor der Werksausführung einen bestimmten festen Preis (Art. 373 OR), oder der Preis wird zum Voraus gar nicht oder nur ungefähr bestimmt (Art. 374 f. OR). Werden für zu erbringende Leistungen Einheitspreise verabredet, wird der Werkvertrag als "Einheitspreisvertrag" bezeichnet. Der Einheitspreis bestimmt die Vergütung für eine bestimmte Leistung, die der Unternehmer zur Ausführung des Werks erbringen muss. Die für die fragliche Leistung geschuldete Vergütung ergibt sich aus der Menge der vom Unternehmer geleisteten Einheiten multipliziert mit dem dazu gehörenden Einheitspreis. Die massgebliche Menge wird, je nach Inhalt des Vertrags, entweder nach dem tatsächlichen Ausmass oder nach dem plangemässen theoretischen Ausmass ermittelt (GAUCH, a.a.O., N 915 ff.). Bei der Berechnung der Vergütung

nach dem tatsächlichen Ausmass sind die geleisteten Einheiten am Objekt festzustellen. Dazu ermitteln Unternehmer und Besteller – entweder fortlaufend oder erst am Ende der Arbeiten – das betreffende Ausmass gemeinsam oder separat und anerkennen es gegenseitig (GAUCH, a.a.O., N 920). Beim plangemässen theoretischen Ausmass bestimmt sich das Ausmass aufgrund der Ausführungspläne. Das plangemässe Ausmass ist in dem Sinne theoretisch, als die plangemäss ermittelte Menge von der tatsächlichen Leistungsmenge abweichen kann. Folglich belastet das Planmass den Unternehmer mit dem Vergütungsrisiko für eine nicht plangemässe Mehrmenge, während der Unternehmer von einer planwidrigen Mindermenge profitiert. Deshalb ist die Frage, ob die geleistete Menge plangemäss oder tatsächlich ermittelt wird, von grosser Tragweite. Dazu kommt, dass bei bestimmten Leistungen die tatsächliche Leistungsmenge von vornherein differieren muss, je nachdem, ob sie plangemäss oder tatsächlich ermittelt wird. Bei einem Bauaushub z.B. hat das durch die Aushubarbeiten gelockerte Erdmaterial ein deutlich höheres Volumen als der gewachsene Boden, weshalb die tatsächliche Mengenermittlung am ausgehobenen Erdreich unweigerlich zu einem anderen Ergebnis führt als das plangemässe Ausmass. Auf das plangemässe Ausmass kommt es nur dann an, wenn die Parteien dies ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart haben. Die Beweislast für die entsprechende Vereinbarung trägt derjenige, der sich darauf beruft (GAUCH, a.a.O., N 924 ff.). Vom tatsächlichen oder theoretischen Ausmass zu unterscheiden ist das Vorausmass, das die bei Vertragsabschluss (allenfalls bei der Offerteinholung) zu erwartende voraussichtliche Leistungsmenge angibt. Die jeweilige Angabe der Leistungsmenge, die bei einer Einheitspreisleistung voraussichtlich anfallen wird, gehört zu den gängigen Bestandteilen eines Leistungsverzeichnisses. Ob die Angabe vom Besteller stammt, wie dies vielfach zutrifft, oder vom Unternehmer, ändert nichts daran, dass es für die Vergütung auf die zur Erfüllung des Vertrages geleistete Menge von Leistungseinheiten und nicht auf die voraussichtliche Leistungsmenge ankommt. Dies gilt auch dann, wenn das Leistungsverzeichnis mit der voraussichtlichen Leistungsmenge in den Vertrag eingegliedert wurde (GAUCH, a.a.O., N 927a). Ein solcher Vertrag enthält in der Regel ein vom Unternehmer mit Preisen ausgefülltes Leistungsverzeichnis, das die zu erbringende Gesamtleistung in

verschiedene Einzelleistungen zerlegt. Im Leistungsverzeichnis werden die Einheitspreise der einzelnen Leistungspositionen mit der jeweils voraussichtlichen Menge der Leistungseinheiten zu Positionsbeträgen multipliziert und die betreffenden Beträge zu einer Gesamtsumme addiert. Die Gesamtsumme wird bisweilen als Vertragssumme bezeichnet. Dennoch hat sie bei Einheitspreisverträgen lediglich eine indikative Bedeutung, die aufzeigt, auf welche Höhe sich die vom Besteller für die Ausführung des Werkes zu leistende Gesamtvergütung nach Massgabe der betreffenden Positionsbeträge belaufen würde. Dass die schliesslich für das Werk geschuldete Gesamtvergütung von dieser indikativen Gesamtsumme des Leistungsverzeichnisses zum Teil erheblich abweichen kann, ergibt sich bereits aus dem Verzeichnis selbst, da die darin enthaltenen Positionsbeträge auf nur voraussichtlichen Leistungsmengen abstellen. Zudem gibt es Verzeichnisse, welche eine mögliche Abweichung bereits dadurch aufzeigen, dass für gewisse Einheitspreisleistungen Positionen ohne Angabe der voraussichtlichen Leistungsmenge, sogenannte "Per-Positionen", eingesetzt werden. Die als indikative Summe festgehaltene Gesamtsumme ist deshalb regelmässig keine für die Parteien verbindliche Vertragssumme. Die geschuldete Vergütung beim Einheitspreisvertrag richtet sich vielmehr nach den vereinbarten Einheitspreisen multipliziert mit den tatsächlich geleisteten Einheiten. In der Praxis kommt es bisweilen vor, dass der Unternehmer zunächst Einheitspreise offeriert, der Vertrag dann aber doch zu einem Pauschalpreis abgeschlossen wird. Wurde die Einheitspreisofferte im Laufe der Vertragsverhandlungen pauschalisiert, bestimmt sich die geschuldete Vergütung nach dem vereinbarten Pauschalpreis, ohne dass nach erbrachten Leistungsmengen abgerechnet würde (GAUCH, a.a.O., N 931 ff.).

Bei einer nach Einheitspreisen berechneten Vergütung hat der Unternehmer die Menge der tatsächlich geleisteten Einheiten zu beweisen. Hingegen hat eine behauptete Pauschalisierung der Vergütung gestützt auf offerierte Einheitspreise derjenige zu beweisen, der sich darauf beruft (BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, a.a.O., Art. 373 OR N 38; GAUCH, a.a.O., N 917).

3.2.3. Würdigung

Unbestritten und belegt ist, dass die Klägerin ihre Leistungen zu Einheitspreisen offerierte (act. 3/7 S. 2; act. 26 S. 7 ff.; act. 30 Rz. 4). In der Offerte wird in der Kategorie "Abtransport mit Kipper" bei der Position "Aushub sauber" für eine Menge von 6'000 m³ ein Einheitspreis ("EH-Preis") von CHF 28.00 pro m³ angeboten. Ebenfalls in dieser Kategorie wird die Position "Aushub sauber nass" als sogenannte "Per-Position", d.h. ohne exakte Mengenangabe, aber mit einem Einheitspreis (CHF 32.00 pro m³), angeboten. Textlich ergänzt ist die Kategorie mit: "Ausmass lose, in Unternehmerdeponie, inkl. Gebühren, Abtransport mit 4-Achs oder 5-Achs Kipper, Mindestmenge pro Fuhre: 10 m³, Wartezeit Auflad pro m³ / 1 Min. einberechnet.". Die übrigen Per-Positionen mit Einheitspreisen finden sich in der Kategorie "Materiallieferungen mit Kipper". Keine Per-Positionen sind in der Kategorie "Abtransport mit Mulden" vermerkt, in welcher sich bspw. die Position "Findlinge" befindet. Am Schluss der Offerte wird die Totalsumme mit CHF 168'000.00 (exkl. 7.7 % MWST) angegeben, was 6'000 m³ x CHF 28.00 (Aushub sauber) entspricht (act. 3/7 S. 2).

Mangels substantiierter Bestreitung (zur qualifizierten Bestreitungslast der Beklagten vorstehend Ziffer 2.3.) steht fest, dass die Offerte von der Klägerin anhand der telefonischen Angaben der Beklagten erstellt worden ist. Dabei ist offensichtlich, dass die Aushubmenge von 6'000 m³ nicht aufgrund einer exakten Ausmessung bestimmt wurde, sondern dass es sich dabei um eine voraussichtliche Aushubmenge, d.h. um eine Schätzung seitens der Beklagten, handeln muss. Die Beklagte selbst macht auch nicht geltend, dass sie die Aushubmenge im Zeitpunkt der Offertanfrage exakt bestimmen konnte. Da sodann unbestritten ist, dass die Beklagte bei der Klägerin die Abtransporte bzw. Lieferungen ab dem 28. Mai 2020 fortlaufend abgerufen hat, wobei der erste Transport am 10. Juni 2022 erfolgte (act. 26 S. 21 a.E.; act. 30 Rz. 3 und Rz. 18), steht fest, dass die Parteien – zumindest konkludent – vereinbart haben, dass sich die konkrete Leistungsmenge erst während der Vertragsausführung bestimmen würde, wobei die Vergütung zu den offerierten Einheitspreisen erfolgen sollte. Dies zeigt sich im Übrigen auch daran, dass die Klägerin der Beklagten während der Vertragsausführung laufend Rechnung für die tatsächlich abtransportierten Mengen zu den offerierten Ein-

heitspreisen stellte, welche die Beklagte grösstenteils auch bezahlte (vgl. die bezahlten Rechnungen: act. 3/12, 3/23, 3/47 und 3/135).

Dafür, dass die Parteien die nach Einheitspreisen offerierte Vergütung pauschalisiert hätten, würde die Beklagte die Behauptungs- und Beweislast tragen. Weder ergibt sich solches jedoch – wie die Beklagte meint – aus den eingereichten Urkunden noch hat die Beklagte substantiiert dargelegt, dass die Parteien im Rahmen der Vertragsverhandlungen eine entsprechende Abrede getroffen hätten. Wie bereits ausgeführt, kann aus den in der Offerte angegebenen 6'000 m³ Aushub sowie aus der errechneten Vertragssumme, die darauf basiert und insbesondere die Per-Positionen unberücksichtigt lässt, nichts abgeleitet werden, da es sich dabei klarerweise um ein Vorausmass bzw. um eine indikative Vertragssumme handelt. Die von der Beklagten sinngemäss behauptete Vereinbarung einer Pauschalvergütung kann somit nicht bewiesen werden.

Für die tatsächlich transportierten Mengen liegt die Behauptungs- und Beweislast bei der Klägerin. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

3.3. Zwischenfazit

Die Parteien haben werkvertragliche Leistungen betreffend den Abtransport von Aushubmaterial und die Anlieferung von Bodenmaterial von und zu der Baustelle an der E.____-strasse in F.____ zu den Einheitspreisen gemäss der Offerte vom 26. Mai 2020 vereinbart, wobei sich die Vergütung nach den tatsächlich transportierten Mengen bestimmen sollte.

4. Leistungserbringung und Vergütungsansprüche der Klägerin

4.1. Beizug von Subunternehmerinnen

4.1.1. Parteistandpunkte

Die Beklagte moniert, es treffe nicht zu, dass die Klägerin den gesamten Aushub abtransportiert habe. Beteiligt seien diverse Transportfirmen gewesen. Deren Vertragsverhältnisse seien nicht geklärt und würden von der Klägerin auch nicht näher substantiiert (act. 19 Rz. 14).

Die Klägerin macht geltend, es sei klar, dass es sich bei der P._____ AG, der Q._____ AG sowie der "Firma" R._____ um Subunternehmer der Klägerin handle. Es sei üblich, dass bei grossen Baustellen Aushubunternehmen mit Subunternehmern zusammenarbeiten würden, welche zumindest einen Teil der Abtransporte und Lieferungen für den Unternehmer übernehmen würden. Beim Abtransport von Aushub und Findlingen sowie der Lieferung von Kies komme es auch nicht auf die Persönlichkeit des Schuldners an, weshalb sich die Klägerin zur Erfüllung ihrer werkvertraglichen Verpflichtungen der Transportdienste der Subunternehmer bedient habe. Zu keinem Zeitpunkt sei dies im Rahmen der Werkvertragserfüllung seitens der Beklagten moniert worden. Sie habe die ihr jeweils zugestellten Lieferscheine, aus denen die Bezeichnungen der von der Klägerin beigezogenen Subunternehmer klar zum Ausdruck komme, jeweils reklamationslos zur Kenntnis genommen. Auch die vor Ort anwesenden Maschinisten hätten jeweils gesehen, wenn "Fremdfahrer" auf der Baustelle zum Abtransport oder zu Lieferung von Material gewesen seien (act. 26 S. 11 unten, S. 16).

4.1.2. Rechtliches und Würdigung

Gemäss Art. 364 Abs. 2 OR ist der Unternehmer grundsätzlich verpflichtet, die werkvertragliche Leistung persönlich zu erbringen oder unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen, mit Ausnahme der Fälle, in denen es nach der Natur des Geschäfts auf seine persönlichen Eigenschaften nicht ankommt.

Der werkvertragliche Vergütungsanspruch des Unternehmers bestimmt sich anhand der vertraglichen Abrede mit dem Besteller, unabhängig davon, ob der Unternehmer die geschuldete Vertragsleistung persönlich erbringt oder durch Subunternehmerinnen ausführen lässt. Die Subunternehmerinnen wiederum werden vom Unternehmer entschädigt und haben ihrerseits keinen Vergütungsanspruch gegenüber dem Besteller (GAUCH, a.a.O., N 179). Auch ein unerlaubter Beizug von Subunternehmerinnen hätte demnach grundsätzlich keinen Einfluss auf die Höhe der Vergütung des Unternehmers, jedenfalls solange die erbrachten Leistungen mängelfrei sind (vgl. zu den Folgen eines unerlaubten Beizugs von Subunternehmerinnen: GAUCH, a.a.O., N 639 ff.).

Soweit die Beklagte mit ihren Vorbringen sinngemäss die Aktivlegitimation der Klägerin mit Bezug auf die eingeklagte Forderung bestreitet, sind ihre Behauptungen unsubstantiiert. Die Beklagte hat bloss mit der Klägerin einen Werkvertrag zum Abtransport von Aushub bzw. zur Lieferung von Bodenmaterial betreffend die Baustelle an der E.____-strasse in F.____ abgeschlossen. Sodann können sämtliche "Liefer-Transportscheine", welche sowohl von den Chauffeuren der Klägerin als auch von den Chauffeuren der Subunternehmerinnen gebraucht wurden, um ihre Transporte quittieren zu lassen und im Nachgang jeweils der Beklagten zugestellt wurden, eindeutig der Klägerin zugeordnet werden (vgl. act. 3/10-146 [ohne Rechnungen], jeweils die Signatur der Klägerin oben rechts). Es steht somit fest, dass die in der Klage genannten Subunternehmerinnen die Transporte im Auftrag der Klägerin ausgeführt haben. Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Beklagte nicht geltend macht, die Transporte der Subunternehmerinnen seien bereits anderweitig vergütet worden.

Vorliegend muss auch nicht geprüft werden, ob eine persönliche Leistungserbringung aufgrund der Natur der werkvertraglichen Leistungen geboten gewesen wäre, da die Beklagte nicht geltend macht, dass der Beizug von Subunternehmerinnen unzulässig gewesen sein soll. Sodann hat die Beklagte unbestrittenermassen während der Vertragserfüllung nie moniert, dass die Klägerin den Vertrag nicht nur persönlich, sondern auch durch den Beizug von Subunternehmerinnen erfüllte, obwohl dieser Umstand sowohl auf der Baustelle durch die Anwesenheit von "Fremdfahrern" wie auch aus den der Beklagten jeweils zugestellten Lieferscheinen (vgl. dort die Rubrik "Transportfirma", bspw. act. 3/15) erkennbar war. Da die Beklagte auch keine Mängel bei der Vertragserfüllung durch die Subunternehmerinnen geltend macht, hat sie die volle Vergütung für die unter dem Werkvertrag erbrachten Transportleistungen zu bezahlen.

4.2. Bereits bezahlte Transportleistungen

Die Klägerin beschreibt in ihrer Klage sämtliche für die Beklagte unter dem Werkvertrag erbrachten Transportleistungen, auch diejenigen, welche von der Beklagten bereits bezahlt wurden. Gemäss den Ausführungen der Klägerin haben Abtransporte und Lieferungen an insgesamt 47 Tagen stattgefunden (act. 1 Rz. B.II.

Nr. 1-47). Für diese Leistungen hat die Klägerin sechs Rechnungen gestellt (act. 3/12, 3/23, 3/47, 3/52 [=3/54], 3/103 und 3/135). Unbestrittenermassen hat die Beklagte vier dieser sechs Rechnungen bereits bezahlt, nämlich die Rechnungen Nr. 44325/2498 vom 18. Juni 2020 (act. 3/12), Nr. 44390/2541 vom 30. Juni 2020 (act. 3/23), Nr. 44531/2631 vom 21. August 2020 (act. 3/47) und Nr. 44784/2815 vom 31. Oktober 2020 (act. 3/135) (vgl. act. 1 Rz. III. und IV.).

Bezahlt wurden mit diesen Rechnungen folgende Transporte (Nummerierung gemäss Klage, vgl. act. 1 S. 5 ff.):

- Mit der Rechnung Nr. 44325/2498: die Transporte der Nummern 1) - 3).
- Mit der Rechnung Nr. 44390/2541: die Transporte der Nummern 4) - 8).
- Mit der Rechnung Nr. 44531/2631: die Transporte der Nummer 9), von Nummer 10) die Transporte der Rapporte (d.h. Lieferscheine) 044439, 041531 und 044259 (vgl. act. 3/47), sowie die Transporte der Nummer 11).
- Mit der Rechnung Nr. 44784/2815: die Transporte der Nummern 39) - 47).

Gegen die Bezahlung dieser Rechnungen hat die Beklagte im vorliegenden Verfahren keine Einwände erhoben, obwohl sie die damit vergüteten Transportleistungen ebenfalls allesamt bestreitet. Abtransporte und Lieferungen von Material, welche bereits vergütet wurden, spielen für die vorliegende Klage keine Rolle mehr und gehören nicht zum Streitgegenstand. Es ist daher lediglich auf die bislang unbezahlten Transportleistungen einzugehen.

Bislang unbezahlt geblieben und damit Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind sämtliche Transporte der Nummern 12) bis 38) sowie von den Transporten der Nummer 10) die Transporte des Rapports (d.h. Lieferscheins) 026801.

Im Überblick stellen sich die streitgegenständlichen Transporte sowie die dafür geltend gemachten Vergütungen wie folgt dar (vgl. act. 1 S. 14-35 und 41):

Transporte Nr.	Transport/Lieferung à CHF	Vergütung
10) (betr. Rechnung Nr. 44584/2669)	64 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF 1'792.00
12)	128 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF 3'584.00
13)	16 m3 tr. Aushub à CHF 28.00 + 16 m3 nasser Aushub à CHF 32.00	CHF 960.00
14)	240 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF 6'720.00
15)	256 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF 7'168.00
16)	336 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF 9'408.00
17)	256 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF 7'168.00
18)	192 m3 tr. Aushub à CHF 28.00 + 17 To Findlinge à CHF 15.00	CHF 5'631.00
19)	208 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF 5'824.00
20)	192 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF 5'376.00
21)	192 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF 5'376.00
22)	324 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF 9'072.00
23)	144 m3 tr. Aushub à CHF 28.00 + 135 m3 Humus à CHF 5.00 + 16 To Findlinge à CHF 15.00	CHF 4'947.00
24)	296 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF 8'288.00
25)	352 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF 9'856.00
26)	224 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF 6'272.00
27)	224 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF 6'272.00
28)	240 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF 6'720.00
29)	32 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF 896.00
30)	80 m3 tr. Aushub à CHF 28.00 + 192 m3 nasser Aushub à CHF 32.00	CHF 8'384.00
31)	344 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF 9'632.00
32)	528 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF 14'784.00
33)	380 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF 10'640.00
34)	1.6 To Eternit in Mulde + 13 To Findlinge	CHF 768.80
35)	164 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF 4'592.00
36)	436 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF 12'208.00
37)	80 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF 2'240.00
38)	10.370 m3 Rundkies à CHF 36.00	CHF 373.30
Zwischentotal 1		CHF 174'952.10
		zzgl. 7.7 % MWST
Zwischentotal 2		CHF 188'423.41
Rechnungsreduktion		CHF 2'356.50
Total		CHF 186'066.91

Im Folgenden ist zu prüfen, welche Vergütungsansprüche ausgewiesen sind.

4.3. Keine Vergütung für Leistungen ohne Vertragskonsens

4.3.1. Parteistandpunkte

Die Beklagte bringt vor, der Abtransport von Findlingen sei nicht offeriert gewesen. Es bestehe demzufolge diesbezüglich keine vertragliche Grundlage. Dasselbe gelte für den Humus und das Eternit (act. 19 Rz. 16).

Die Klägerin macht geltend, es sei richtig, dass der Abtransport von Findlingen in der Offerte vom 26. Mai 2020 nicht erscheine. Von der Klägerin seien sie indes trotzdem abgeführt worden. Dasselbe gelte in Bezug auf den Humus und den Eternit. Alle die damit in Zusammenhang stehenden Leistungen seien von der Klägerin zu Marktpreisen verrechnet und von der Beklagten zu keinem Zeitpunkt moniert worden (act. 26 S. 17 f. zu Rz. 16).

4.3.2. Rechtliches

Die Vergütungspflicht des Bestellers gehört zum Wesen des Werkvertrags. Wurde die Vergütung zum Voraus nicht oder nur ungefähr bestimmt, wird sie nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt (Art. 374 OR). Eine gesetzliche Bestimmung, die dem Unternehmer auch dann einen Vergütungsanspruch gibt, wenn er mit dem Besteller der geschuldeten

Werkleistung keine dahin gehende Vereinbarung getroffen hat, ist dem schweizerischen Werkvertragsrecht indes fremd. Die blossе Tatsache, dass eine Vergütung im konkreten Falle üblich oder nach den Umständen zu erwarten wäre, reicht nicht aus, um einen Vergütungsanspruch zu begründen. Trotz allem kann dies im Einzelfall eine tatsächliche Vermutung begründen, dass die Parteien zumindest eine stillschweigende Vergütungsabrede getroffen haben. Beruft sich der Unternehmer auf diese Vermutung, obliegt ihm allerdings auch der Nachweis der Vermutungsbasis (GAUCH, a.a.O., N 110 ff.).

4.3.3. Würdigung

Unbestritten ist, dass der Abtransport von Findlingen, Humus und Eternit nicht offeriert worden war. Damit hätte die Klägerin darzulegen, inwiefern zwischen den Parteien eine stillschweigende Vertragsabrede für den Abtransport von Findlingen, Humus und Eternit vorliegt. Hierzu hat die Klägerin jedoch keine (substantiierten) Behauptungen aufgestellt. So kann nicht einmal nachvollzogen werden, wer oder was sie zum Abtransport dieser nicht offerierten Materialien veranlasst hat. Des Weiteren ist auch unklar, woher die von der Klägerin dafür verlangten Marktpreise stammen. Damit hat die Klägerin die wesentlichen Grundlagen ihres Vergütungsanspruchs betreffend den Transport von Findlingen, Humus und Eternit nicht rechtsgenügend behauptet, weshalb dieser abzuweisen ist.

Dies betrifft die folgenden Leistungen bzw. Vergütungen (exkl. MWST):

- aus Transport Nr. 18): 17 To Findlinge à CHF 15.00 = CHF 255.00

- aus Transport Nr. 23): 135 m³ Humus à CHF 5.00 = CHF 675.00 und 16 To Findlinge à CHF 15.00 = CHF 240.00
- Transport Nr. 34) (komplett): 1.6 To Eternit in Mulde + 13 To Findlinge = CHF 768.80

4.4. Anspruch auf Vergütung für die noch unbezahlten Transportleistungen

4.4.1. Parteivorbringen und offerierte Beweismittel

Die Klägerin führt aus, die Beklagte habe gestützt auf die Vereinbarung gemäss Offerte ab dem 28. Mai 2020 über H._____ von der Klägerin fortlaufend Abtransporte und Kies bestellt, wobei die erste Werkvertragsleistung am 10. Juni 2022 [recte: 2020] erfolgt sei (act. 26 S. 9 und 21). In ihrer Klage beschreibt die Klägerin detailliert sämtliche ab dem 10. Juni 2020 für die Beklagte durchgeführten Transporte, reicht zum Beweis die entsprechenden Lieferscheine ein und offeriert die jeweiligen Chauffeure der Transporte als Zeugen (act. 1 Rz. B.II. Nr. 1-47; act. 3/10-11, 3/14-22, 3/24-46, 3/48-51, 3/53, 3/55-102, 3/104-134, 3/136-146). Mit der Replik macht sie gewisse ergänzende Ausführungen zu den Transporten und reicht Rechnungen von Deponien als zusätzliche Beweismittel für die Transporte ein (act. 26 S. 22 ff.; act. 27/8-40).

Die Beklagte bestreitet zwar grundsätzlich sämtliche Ausführungen der Klägerin, führt aber zugleich aus, dass sie "nicht gänzlich" bestreite, dass sie Leistungen bei der Klägerin abgerufen habe (act. 30 Rz. 3). Des Weiteren bestreitet sie ausdrücklich nicht, dass die Klägerin auf der Baustelle in F._____ Aushubmaterial abgeholt habe (act. 30 Rz. 18). In erster Linie – nebst dem fehlenden Vertragschluss – bestreitet sie die erbrachten Leistungen, weil die eingereichten Lieferscheine nicht auf sie (die Beklagte) verweisen würden und diese auch nicht bzw. nur teilweise Unterschriften der Beklagten enthalten würden. Dementsprechend könne sie sich auch nicht dazu äussern, ob überhaupt bzw. was und in welchem Umfang auf die Baustelle geliefert bzw. von der Baustelle abtransportiert worden sei (act. 19 Rz. 7).

Dabei führt sie zu den Unterschriften auf den Lieferscheinen aus, dass der Grossteil der von der Klägerin eingereichten Lieferscheine in der Spalte "Kunde" die folgenden Unterschriften/Signaturen von zwei Personen enthalte (jeweils zwei Unterschriften zur Veranschaulichung) (act. 19 Rz. 10):

... [Bild der Unterschriften von S._____ und G1._____ G2._____...]

Die erste Unterschrift gehöre "S._____". Er sei Maschinist für die Beklagte. Die Unterschrift der zweiten Person hingegen, die den Vornamen "G1._____" und als Nachname "G2._____" trage, sei kein Mitarbeiter der Beklagten. Die Lieferscheine seien somit zu einem Grossteil nicht von der Beklagten unterzeichnet worden (act. 19 Rz. 11).

Sodann könne auch die folgende Unterschrift nicht der Beklagten zugeordnet werden (act. 19 Rz. 12):

... [Bild der Unterschrift von Unbekannt]

4.4.2. Würdigung

Die Klägerin hat die von ihr bzw. ihren Subunternehmerinnen erbrachten Transportleistungen nach Tagen aufgelistet und beschrieben, welche Unternehmerin durch welche Chauffeure welche Menge an welchem Material abtransportiert bzw. angeliefert hat sowie die dazu gehörenden Liefer-Transportscheine ins Recht gelegt. Damit wäre es an der Beklagten gewesen, konkret zu bestreiten, welche Transportleistungen ihrer Meinung nach nicht erbracht worden sind. Ein pauschaler Verweis auf bestrittene Unterschriften auf gewissen Lieferscheinen, ohne die betreffenden Lieferscheine zu benennen und die darin aufgeführten Transporte zu bestreiten, reicht nicht. Zunächst verkennt die Beklagte, dass sie damit in erster Linie die Beweismittel und nicht die Tatsachenbehauptungen selbst bestreitet. Der Beweis muss jedoch erst dann erbracht werden, wenn die Tatsachenbehauptungen genügend konkret bestritten sind. Die Bestreitung bloss der Beweismittel wäre allenfalls dann zulässig, wenn ohne Weiteres auf die entsprechenden Tatsachenbehauptungen geschlossen werden könnte (BGer 4A_284/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.2 f. m.H.). Vorliegend ist dies aber nicht der Fall, weil die Beklagte

nicht konkret benennt, welche Lieferscheine nicht von ihren Mitarbeitern unterzeichnet worden sind. Sie führt in diesem Zusammenhang bloss aus, dass die Lieferscheine "zu einem Grossteil" nicht von ihr unterzeichnet worden seien (act. 19 Rz. 11), von der Rechnung Nr. 44584/2669 "die meisten Unterschriften auf den Lieferscheinen von der Person G1.____G2.____..." stammen würden (act. 19 Rz. 13) oder die Unterschriften der Beklagten "zumindest auf dem Grossteil der Lieferscheine" fehlen würden (act. 30 Rz. 8). Es ist nicht die Aufgabe des Gerichts, sämtliche Liefer-Transportscheine zu durchforsten, um herauszufinden, welche der Lieferscheine die von der Beklagten bestrittenen Unterschriften enthalten, um damit erkennen zu können, welche der geltend gemachten Transportleistungen von der Beklagten bestritten werden. Die Beklagte selbst hat die prozessuale Pflicht, die entsprechenden Transportleistungen der Klägerin genügend konkret zu bestreiten, damit das Gericht weiss, wo allenfalls weitere Beweise abzunehmen wären.

Konkret bestritten hat die Beklagte lediglich die folgenden Lieferscheine und damit sinngemäss auch die in diesem Zusammenhang von der Klägerin geltend gemachten Transportleistungen:

- Lieferschein Nr. 040655: Dieser fehle gemäss den Rechnungsbelegen (act. 19 Rz. 8).

Lieferschein Nr. 040655 wurde als Beweis für die Lieferungen vom 26. Juni 2020 offeriert (act. 1 Rz. II Nr. 8 auf S. 12), jedoch tatsächlich nicht ins Recht gelegt (fehlende Klagebeilage 42). Die Lieferungen vom 26. Juni 2020 hat die Beklagte indes bereits mit der Rechnung Nr. 44390/2541 vom 30. Juni 2020 bezahlt (act. 3/23), womit die entsprechenden Transportleistungen nicht strittig bzw. nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind.

- Lieferschein Nr. 040654: Es bestünden zwei Lieferscheine mit dieser Nummer, jedoch mit unterschiedlichem Inhalt (act. 19 Rz. 8).

Es ist schlicht nicht nachvollziehbar, welche beiden Lieferscheine die Beklagte meint, da sie die dazugehörenden Beilagennummern nicht nennt. Gemäss dem

Beilagenverzeichnis der Klägerin wurde nur ein Lieferschein mit der Nr. 040654 eingereicht (act. 3/36).

- Lieferscheine Nr. 044561 und 044585: Die Lieferscheine Nr. 044561 und 044585 würden allesamt die ungeklärte und seitens der Beklagten bestrittene Unterschrift " G1.____G2.____..." tragen. Damit könne von einem Vertragsschluss (betreffend Findlinge) definitiv keine Rede sein (act. 30 Rz. 15).

Die Lieferscheine Nr. 044561 (act. 3/72) und Nr. 044585 (act. 3/86) betreffen ausschliesslich den Abtransport von Findlingen; andere Transportleistungen sind darin nicht enthalten. Wie vorstehend gezeigt, kann die Klägerin betreffend den Abtransport von Findlingen ohnehin keinen Vergütungsanspruch geltend machen, weshalb nicht geprüft werden muss, ob der Abtransport tatsächlich erfolgte oder nicht.

Zu allen anderen Lieferscheinen bzw. Transportleistungen äussert sich die Beklagte nicht konkret. Gleichsam ungenügend ist es auch, wenn die Beklagte in ihrer Duplik bloss die Nichteinreichung von Deponiebelegen seitens der Klägerin moniert, ohne konkret die von der Klägerin behaupteten Transportleistungen zu bestreiten (vgl. act. 30 Rz. 21 ff.). Dazu kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.

Da die von der Klägerin substantiiert dargelegten Transporte von der Beklagten nicht rechtsgenügend bestritten wurden, braucht auch nicht auf das (ebenso pauschale) Vorbringen der Beklagten eingegangen zu werden, dass aufgrund des durch die O.____ AG ermittelten Aushubvolumens und der gelagerten Aushubmenge von rund 2'800 m³ die von der Klägerin behauptete abgeführte Aushubmenge "in dieser Weise nicht stimmen kann" (act. 30 Rz. 71).

4.4.3. Zwischenfazit

Die ungenügenden Bestreitungen der Beklagten haben zur Folge, dass die von der Klägerin detailliert beschriebenen Transportleistungen unbestritten geblieben sind. Ebenfalls nicht gerügt wird von der Beklagten das Quantitativ der klägerischen Forderungen.

4.5. Höhe der Vergütungsansprüche

Zusammengefasst hat die Klägerin keinen Anspruch auf eine Vergütung für die Transporte der Findlinge, des Humus und des Eternits. Die restlichen noch nicht bezahlten Transportleistungen hat die Beklagte ihr gemäss den vereinbarten Einheitspreisen zu vergüten. Die Klägerin hat demnach Anspruch auf die folgenden Vergütungen:

Transporte Nr.	Transport/Lieferung à CHF	Vergütung	
10) (betr. Rechnung Nr. 44584/2669)	64 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	1'792.00
12)	128 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	3'584.00
13)	16 m3 tr. Aushub à CHF 28.00 + 16 m3 nasser Aushub à CHF 32.00	CHF	960.00
14)	240 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	6'720.00
15)	256 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	7'168.00
16)	336 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	9'408.00
17)	256 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	7'168.00
18)	192 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	5'376.00
19)	208 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	5'824.00
20)	192 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	5'376.00
21)	192 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	5'376.00
22)	324 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	9'072.00
23)	144 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	4'032.00
24)	296 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	8'288.00
25)	352 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	9'856.00
26)	224 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	6'272.00
27)	224 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	6'272.00
28)	240 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	6'720.00
29)	32 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	896.00
30)	80 m3 tr. Aushub à CHF 28.00 + 192 m3 nasser Aushub à CHF 32.00	CHF	8'384.00
31)	344 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	9'632.00
32)	528 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	14'784.00
33)	380 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	10'640.00
34)			
35)	164 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	4'592.00
36)	436 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	12'208.00
37)	80 m3 tr. Aushub à CHF 28.00	CHF	2'240.00
38)	10.370 m3 Rundkies à CHF 36.00	CHF	373.30
Zwischentotal 1		CHF	173'013.30
			zzgl. 7.7 % MWST
Zwischentotal 2		CHF	186'335.32
Rechnungsreduktion		CHF	2'356.50
Total		CHF	183'978.82

Die Beklagte hat der Klägerin demzufolge gerundet CHF 183'978.80 zu bezahlen.

5. Verzugszinsen

Die Klägerin verlangt Verzugszinsen von 5% auf CHF 117'545.90 seit dem 7. Oktober 2020 und auf CHF 69'521.00 seit dem 21. Oktober 2020 (act. 1 S. 2). Dies widerspricht ihrer Begründung in der Klage, in welcher sie den Beginn des Verzugszinsenlaufs für die Rechnung vom 7. September 2020 (über CHF 119'902.40) auf den 8. Oktober 2020 und für die Rechnung vom 21. September 2020 (über CHF 68'521.00) auf den 22. Oktober 2020 datiert (act. 1 Rz. IV.). Zugunsten der Beklagten ist vom späteren Beginn der Verzugs-

zinsen gemäss Klagebegründung auszugehen. Den von der Klägerin behaupteten Verzugszinsenlauf hat die Beklagte nicht bestritten. Es rechtfertigt sich, die gesamte Forderung ab dem mittleren Verfallsdatum, dem 15. Oktober 2020, zu verzinsen. Die Höhe des Zinses von 5% ergibt sich aus Art. 104 Abs. 1 OR.

6. Begehren um Rechtsöffnung / Beseitigung Rechtsvorschlag

6.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin verlangt, es sei ihr in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Geroldswil-Oetwil-Weiningen (Zahlungsbefehl vom 18. Februar 2021) definitive Rechtsöffnung zu erteilen (act. 1 S. 2).

Die Beklagte bringt vor, das Gesuch der Klägerin um definitive Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ... sei im Gegensatz zu Rechtsbegehren Ziffer 1 im summarischen und nicht im ordentlichen Verfahren zu behandeln. Die beiden Anträge könnten nicht im gleichen Verfahren durchgeführt werden. Hinzu komme, dass es der Klägerin an einer wesentlichen Voraussetzung für das Gesuch um definitive Rechtsöffnung fehle – nämlich an einem entsprechenden Rechtsöffnungstitel. Zudem sei der Rechtsvorschlag noch gar nicht beseitigt, was ebenfalls einer Rechtsöffnung hinderlich sei (act. 19 Rz. A.2; act. 30 Rz. A.2).

Die Klägerin entgegnet, es handle sich um eine zulässige objektive Klagenhäufung im Sinne von Art. 90 ZPO, wobei für beide Klagen das ordentliche Verfahren gelte. Die Klägerin verfüge bislang weder über eine Schuldanerkennung der Beklagten noch über ein rechtskräftiges Urteil (act. 26 Rz. A.2).

6.2. Rechtliches und Würdigung

Nachdem die Beklagte die Rechnung Nr. 44584/2669 vom 7. September 2020 über CHF 119'902.40 und die Rechnung Nr. 44630/2717 vom 21. September 2020 über 68'521.00 nicht bezahlt hatte, leitete die Klägerin für diese Forderungen die Betreuung ein. Nach der Zustellung des Zahlungsbefehls erhob die Beklagte Rechtsvorschlag (act. 3/5).

Hat ein Schuldner in einer Betreuung Rechtsvorschlag erhoben, muss die Gläubigerin zur Fortsetzung der Betreuung den Rechtsvorschlag beseitigen lassen, denn der Rechtsvorschlag bewirkt die Einstellung der Betreuung (Art. 78 Abs. 1 SchKG). Der Gläubigerin stehen in einem solchen Fall grundsätzlich zwei Wege offen. Verfügt die Gläubigerin über einen Rechtsöffnungstitel, kann sie im Rechtsöffnungsverfahren die Rechtsöffnung verlangen (Art. 80 ff. SchKG). Hat die Gläubigerin keinen Rechtsöffnungstitel, so muss sie im Zivilprozess oder im Verwaltungsverfahren ihren Anspruch geltend machen, wobei sie in diesen Verfahren zugleich den Rechtsvorschlag beseitigen lassen kann (Art. 79 SchKG). Diesfalls fungiert die in der Sache materiell zuständige Instanz zugleich als Vollstreckungsgericht, ein separates Rechtsöffnungsverfahren wird entbehrlich (BSK SchKG-STAEHELIN, 3. Aufl., 2021, Art. 79 SchKG N 1). Im Rahmen eines ordentlichen Prozesses hat das Begehren, mit welchem der Rechtsvorschlag aufgehoben und die Fortsetzung der Betreuung ermöglicht werden soll, demzufolge nicht auf Erteilung der Rechtsöffnung, sondern stets auf Beseitigung des Rechtsvorschlags zu lauten (ZR 90 [1991] Nr. 80; HGer ZH, HG190118-O, Urteil vom 12. November 2019, E. IV.). Für die Beurteilung von Rechtsöffnungsbegehren wäre das Handelsgericht ausserdem sachlich nicht zuständig (BGE 140 III 355 E. 2.3.3; DAETWYLER/STALDER, in: Brunner/Nobel [Hrsg.], Handelsgericht Zürich 1866-2016, Festschrift zum 150. Jubiläum, Zürich 2016, S. 182).

Vorliegend verlangt die Klägerin zwar ausdrücklich die "definitive Rechtsöffnung". Indes sind Rechtsbegehren im Lichte ihrer Begründung nach Treu und Glauben auszulegen (BGE 137 III 617 E. 6.2 m.H.), und es ist klar, was die Klägerin begehrt: In Rechtsbegehren Ziffer 1 hat sie eine Leistungsklage auf Zusprechung einer Geldsumme erhoben. Mit Rechtsbegehren Ziffer 2 möchte sie die für die entsprechende Forderung eingeleitete Betreuung fortsetzen können, wobei sie selber ausführt, dass sie bislang über keinen Rechtsöffnungstitel verfügt. Ihr Rechtsbegehren Ziffer 2 ist somit im Sinne von Art. 79 SchKG als Begehren auf Beseitigung des Rechtsvorschlags zu verstehen und im Umfang der Guttheissung von Rechtsbegehren Ziffer 1 ebenfalls gutzuheissen.

7. Löschung der Betreibung

Die Beklagte beantragt im Gegenzug, die von der Klägerin eingeleitete Betreibung sei "von Amtes wegen löschen zu lassen" (act. 19 S. 2; act. 30 S. 2).

An sich wäre dieses Begehren sinngemäss als Widerklage zu behandeln. Indes rechtfertigt es sich vorliegend, dem Begehren nicht diese Bedeutung zuzumessen, sondern es als Reaktion auf das klägerische Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlags und damit als Antrag auf Abweisung von Rechtsbegehren Ziffer 2 zu verstehen. Da Rechtsbegehren Ziffer 2 im Wesentlichen gutgeheissen wird, muss auf das Löschungsbegehren der Beklagten auch nicht weiter eingegangen werden.

Anzumerken ist aber, dass die "Löschung einer Betreibung" im Schweizerischen Recht nicht vorgesehen ist. Möglich wäre lediglich ein Gesuch, dass Dritten der entsprechende Vermerk im Betreibungsregister nicht mitgeteilt wird (Art. 8a Abs. 3 SchKG). Dieses Gesuch könnte jedoch einzig beim zuständigen Betreibungsamt gestellt werden. Art. 8a Abs. 3 SchKG stellt keine gesetzliche Grundlage dar, gestützt auf welche die Zivilgerichte den Betreibungsämtern Anweisungen geben könnten (BSK SchKG-PETER, a.a.O., Art. 8a SchKG N 71).

8. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Aufgrund der Behauptungen der Klägerin, welche die Beklagte nicht rechtsgenügend bestreitet, sowie der eingereichten Beweismittel, steht fest, dass die Parteien einen mündlichen bzw. konkludenten Werkvertrag basierend auf der Offerte der Klägerin vom 26. Mai 2020 abgeschlossen haben. In Erfüllung des Werkvertrages hat die Klägerin verschiedene Transportleistungen erbracht, welche die Beklagte ebenfalls nur ungenügend bestreitet. Für diese hat die Beklagte der Klägerin jeweils eine Vergütung zu bezahlen, welche sich nach den Einheitspreisen gemäss Offerte richtet. Ausgenommen sind die Transporte der Findlinge, des Humus und des Eternits, für welche keine werkvertragliche Abmachung besteht. Im Ergebnis hat die Beklagte der Klägerin CHF 183'978.80 zuzüglich Verzugszins von 5% seit 15. Oktober 2020 zu bezahlen.

9. Kosten- und Entschädigungsfolgen

9.1. Verteilung

Da die Klägerin zu 99% obsiegt, mithin nur geringfügig unterliegt, erscheint es gerechtfertigt, die Gerichtskosten vollumfänglich der Beklagten aufzuerlegen und sie zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die Klägerin zu verpflichten.

9.2. Gerichtskosten

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). Beim vorliegenden Streitwert von CHF 186'066.90 beträgt die ordentliche Gerichtsgebühr CHF 12'200.– (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Da weder Erhöhungs- noch Reduktionsgründe vorliegen, sind die Gerichtskosten auf die Höhe der ordentlichen Gerichtsgebühr festzusetzen. Diese sind der Beklagten aufzuerlegen und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken, wobei der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen ist.

9.3. Parteientschädigung

Aufgrund ihres mehrheitlichen Obsiegens hat die Klägerin Anspruch auf eine Parteientschädigung, die sich nach der Anwaltsgebührenverordnung des Obergerichts bestimmt (Art. 105 Abs. 2 ZPO; § 1 AnwGebV). Die Grundgebühr für die Parteientschädigung liegt beim vorliegenden Streitwert bei CHF 15'500.– (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Sie ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient und deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an einer Hauptverhandlung ab. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften fällt ein Zuschlag von je höchstens der Hälfte der Grundgebühr an (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Unter Berücksichtigung des Aufwands für die Teilnahme an der Vergleichsverhandlung sowie die Erstattung der zweiten Rechtsschrift erscheint es angemessen, die Parteientschädigung auf CHF 22'000.– festzusetzen. Die Beklagte ist da-

her zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung in dieser Höhe zu bezahlen.

Praxisgemäss – und vorliegend auch mangels Antrag – ist die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen (BGer 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5; ZR 104 [2005] S. 291 ff.; SJZ 101 [2005] S. 531 ff.).

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 183'978.80 zuzüglich Verzugszins von 5% seit 15. Oktober 2020 zu bezahlen.

In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Geroldswil-Oetwil-Weiningen (Zahlungsbefehl vom 18. Februar 2021) aufgehoben.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 12'200.–.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt. In diesem Umfang wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 22'000.– 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 186'066.90.

Zürich, 26. Juli 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Claudia Bühler

Fabian Herren