



Mitwirkend: die Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Prof. Dr. Alexander Brunner, die Handelsrichter Jakob Frei, Franz Ramser und Jean-Marc Bovet sowie der Gerichtsschreiber Rafael Rutgers

Urteil vom 7. Dezember 2016

in Sachen

A._____,
Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B.____ **AG**,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- " 1. Es sei festzustellen, dass das mit Urteil des Einzelrichters des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 25. März 2015 (Geschäfts-Nr.: HE140402-O) zugunsten des Klägers vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zulasten des im Eigentum der Beklagten stehenden Grundstückes Kat.-Nr. 1, GBl. 1, ... [Adresse], herrührend aus einer Forderung des Klägers gegen die Beklagte im Betrag von CHF 324'346.80 nebst 5% Zins seit 07. November 2014 zu Recht besteht und es sei für diese Pfandsumme nebst Zins auf dem genannten Grundstück ein definitives Bauhandwerkerpfandrecht einzutragen;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Der Kläger ist Inhaber des Einzelunternehmens A._____ mit dem Zweck des Betriebes eines Gipser- und Stuckaturgeschäfts und Sitz in C._____ (act. 3/10). Bei der Beklagten handelt es sich um eine Schweizer Aktiengesellschaft mit Sitz in D._____, welche den Kauf und Verkauf sowie die Vermietung und Verwaltung von Liegenschaften zum Zwecke hat (act. 3/11).

b. Prozessgegenstand

Die Beklagte liess auf ihrem Grundstück ... [Adresse] ein Landhaus erbauen, wofür der Kläger Gipser- und Stuckaturarbeiten erbrachte. Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts in Höhe von CHF 324'346.80 nebst Zins auf dem genannten Grundstück, da er offene Werklohnforderungen in dieser Höhe habe. Die Beklagte beantragt Klageabweisung, da die klägerischen Vorbringen nicht genügend substantiiert und ohnehin sämtliche vertraglichen oder ausservertraglichen Ansprüche des Klägers bereits erfüllt worden seien.

B. Prozessverlauf

Am 10. Juni 2015 überbrachte der Kläger die Klage mit obigem Rechtsbegehren dem hiesigen Gericht (act. 1) und prosequierte damit die mit Urteil des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 25. März 2015 (Geschäfts-Nr. HE140402; act. 7/22) angeordnete vorsorgliche Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1. Den von ihm verlangten Gerichtskostenvorschuss leistete der Kläger fristgerecht (act. 5; act. 8). In der Folge wurde der Beklagten Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt (act. 9), welche sie mit Datum vom 15. Oktober 2015 erstattete (act. 11). Nachdem die Beklagte mitgeteilt hatte, dass sie im vorliegenden Verfahren keinen Vergleich schliessen werde (act. 17), wurde mit Verfügung vom 4. November 2015 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 19). Die Replik datiert vom 24. Januar 2016 (act. 22), die Duplik vom 11. Mai 2016 (act. 26). Letztere wurde dem Kläger am 30. Mai 2016 zugestellt (act. 28; act. 29/1). Die Beklagte erklärte wiederum, nicht vergleichsbereit zu sein (act. 30). Mit Verfügung vom 11. Oktober 2016 (act. 31) wurde den Parteien Frist angesetzt zur Erklärung, ob sie auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung – vorbehalten der Durchführung eines Beweisverfahrens – verzichteten. Mit Eingabe vom 20. Oktober 2016 verlangte der Kläger die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung (act. 33). Die Beklagte liess sich nicht vernehmen. Die Hauptverhandlung fand am 7. Dezember 2016 statt. Zulässige Noven wurden keine vorgebracht (Prot. S. 11 f.; act. 35 und 36). Der Prozess ist nunmehr spruchreif, weshalb das Urteil zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist unbestritten und ergibt sich aus Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO und Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG.

1.2. Massnahmeverfahren und Prosequierungsfrist

Mit Eingabe vom 7. November 2014 beantragte der Kläger beim Einzelgericht am Handelsgericht des Kantons Zürich die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts in Höhe von CHF 441'200.35 zuzüglich 5 % Zins seit 7. November 2014 auf dem beklagischen Grundstück (act. 7/1). Diesem Gesuch wurde mit Verfügung vom 10. November 2014 im Sinne einer superprovisorischen Massnahme einstweilen stattgegeben, und das Grundbuchamt E._____ wurde angewiesen, das angebehrte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 7/4). Nach Durchführung des Massnahmeverfahrens, in dessen Verlauf der Kläger sein Begehren infolge Zahlung bzw. Verrechnungserklärung durch die Beklagte entsprechend reduziert hatte (act. 7/17), wurde die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt E._____ mit Urteil vom 25. März 2015 als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB für eine Pfandsomme von CHF 324'346.80 nebst Zins zu 5 % seit 7. November 2014 bestätigt. Gleichzeitig wurde dem Kläger Frist bis 10. Juni 2015 angesetzt, um die Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Beklagte anzuheben (act. 7/22). Diese Frist hat der Kläger mit der Einreichung der vorliegenden Klage am 10. Juni 2015 gewahrt (act. 1).

2. Prozessgegenstand

Der Kläger beantragt mit der vorliegenden Klage einzig die definitive Eintragung des auf dem Grundstück der Beklagten bereits vorgemerkten Bauhandwerkerpfandrechts. Eine Klage auf Bezahlung der entsprechenden Werklohnforderung erhebt der Kläger nicht. Dazu ist er denn auch nicht verpflichtet.

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechtes richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstückes, auch wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind. Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet. Für einen entsprechenden Eintrag muss die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt sein (Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB).

Im Rahmen der vorliegenden Klage sind somit die Anspruchsvoraussetzungen des geltend gemachten Pfandrechts sowohl in grundsätzlicher Hinsicht (insb. Art der Bauleistung, Wahrung der Eintragsfrist) als auch im Quantitativen (Höhe der Pfandsumme und des Zinses) abzuklären. Sind sie gegeben, ist das zuständige Grundbuchamt zur definitiven Eintragung des Pfandrechts anzuweisen. Demgegenüber ist die Werklohnforderung des Klägers nur vorfrageweise zur Feststellung der Pfandsumme zu beurteilen.

3. Passivlegitimation

Die Beklagte ist unstrittig Eigentümerin des streitgegenständlichen Grundstücks (GBBl. 1, Kat.-Nr. 1, ... [Adresse]) und somit für die vorliegende Klage passivlegitimiert (vgl. act. 3/1).

4. Eintragsfrist

4.1. Rechtliches

Gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB hat die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen. Bei dieser Frist handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, die weder unterbrochen noch erstreckt werden kann und bei welcher der gesetzliche Fristenstillstand (Art. 145

ZPO) nicht gilt. Sie wird nur dadurch gewahrt, dass das Pfandrecht innert Frist im Grundbuch eingetragen wird, wobei bereits die Einschreibung der Anmeldung der vorläufigen Grundbucheintragung in das Tagebuch des Grundbuchamtes genügt (Art. 76 Abs. 3 GBV; Art. 972 Abs. 2 ZGB; SCHUMACHER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 [CHK], Art. 839 N 2).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 839 Abs. 2 ZGB gelten Bauarbeiten grundsätzlich dann als vollendet, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen dabei geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen wie der Ersatz gelieferter, aber fehlerhafter Teile oder die Behebung anderer Mängel. Geringfügige Arbeiten gelten aber dann als Vollendungsarbeiten, wenn sie unerlässlich sind; insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt. Insofern ist der Begriff der Arbeitsvollendung restriktiv auszulegen (Urteil des Bundesgericht 5A_613/2015 E. 4; BGE 125 III 113 E. 2b m.w.H.; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LF140087 E. 8; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG060360 E. IV.3.b.; THURNHERR, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. Aufl., Basel 2015, Art. 839 N 29; a.M. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N 236 ff.). Arbeitsvollendung im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB ist mit anderen Worten nicht mit der endgültigen Erfüllung des Werkvertrages gleichzusetzen.

Ausnahmsweise beginnt die Eintragsfrist *ohne* oder schon *vor* der Arbeitsvollendung zu laufen. Ersteres ist der Fall, wenn aufgrund eines Konkurses oder wegen des Vertragsrücktritts einer der beiden Vertragsparteien (z.B. nach Art. 377 oder 107 Abs. 2 OR) der Unternehmer sichere Erkenntnis hat, dass er keine weiteren Bauarbeiten mehr zu leisten hat. Letzteres ist möglich, wenn der Unternehmer die (spätere) Arbeitsvollendung objektiv pflichtwidrig verzögert hat und diese Verzögerung in einem intensiven Kausalzusammenhang mit der Abschlussphase der von ihm geschuldeten Bauarbeiten stand (SCHUMACHER, CHK, a.a.O, Art. 839

N 11 f.; DERS., Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, Rz 1116 ff.; BGE 102 II 208 = Pra 65 [1976] Nr. 220).

4.2. Ausgangslage

Unstrittig erfolgte die vorläufige Eintragung des vorliegend zu beurteilenden Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch des Grundbuchamtes E._____ mit Wirkung ab dem 10. November 2014. Da es sich bei diesem Tag um einen Montag handelte, wäre die viermonatige Eintragsfrist gewahrt, sofern sie nicht vor dem 8. Juli 2014 zu laufen begann (Art. 7 ZGB i.V.m. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR, Art. 78 OR und Art. 1 des BG über den Fristenlauf an Samstagen).

4.3. Beweis-, Behauptungs- und Substantiierungsanforderungen

Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Grundsätzlich ist das Verhältnis der anwendbaren materiellen Normen für die Beweislastverteilung massgebend. Dieses bestimmt im Einzelfall, ob eine rechtsbegründende, rechtsaufhebende bzw. rechtsvernichtende oder rechtshindernde Tatsache zu beweisen ist. Wer einen Anspruch geltend macht, hat die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen. Demgegenüber liegt die Beweislast für die rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei, welche den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet (BGE 128 III 271 E. 2aa). Die beweisbelastete Partei hat die zu beweisenden Tatsachen zu behaupten, weshalb mit der Beweislast die Behauptungslast einhergeht. Die beweisfreie Partei trifft hingegen die Bestreitungslast. Ein Aspekt der Behauptungs- ist die Substantiierungslast: Tatsachenbehauptungen sind so konkret zu formulieren, dass sie einerseits ohne Weiteres als Beweissatz formuliert und in eine allfällige Beweisverfügung aufgenommen werden können, und andererseits substantiiertes Bestreiten möglich ist bzw. der Gegenbeweis angetreten werden kann (LARDELLI, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Basel 2014, Art. 8 N 29 und 33). Der Behauptungsgegner hat demgegenüber im einzelnen darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der Gegenpartei er anerkennt und welche er bestreitet. Pauschale Bestreitungen rei-

chen zwar nicht aus, doch dürfen die Anforderungen an die Bestreitung nicht so hoch angesetzt werden, dass im Ergebnis die Beweislast gewendet wird (WALTER, in: Berner Kommentar, Bd. I/1, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012, Art. 8 N 191 ff.). Für den Hauptbeweis im Zivilprozess gilt grundsätzlich das Regelbeweismass des strikten Beweises. Dieser ist erbracht, wenn das Sachgericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Wahrheit einer Behauptung und damit vom Vorliegen einer Tatsache voll überzeugt ist. Dabei hat eine Tatsache nicht mit Sicherheit festzustehen, sondern es genügt die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit, selbst wenn eine abweichende Möglichkeit nicht völlig auszuschliessen ist (WALTER, a.a.O., Art. 8 N 134 ff.).

Der Kläger, welcher die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch verlangt, trägt nach dem Gesagten die Beweislast für das Vorliegen der entsprechenden Eintragungsvoraussetzungen und damit insbesondere auch für die Tatsachen, aus welchen sich die Einhaltung der Eintragsfrist ergibt. Damit hat er entweder zu beweisen, dass er seine letzten Arbeiten frühestens am 8. Juli 2014 ausführte und es sich dabei um fristauslösende Arbeiten im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB handelte, oder dass die von ihm vertraglich geschuldeten Arbeiten am 8. Juli 2014 noch gar nicht im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB vollendet waren. Demgegenüber trüge die Beklagte die Beweislast für die rechtsvernichtende Tatsache, dass der Kläger infolge des Vertragsrücktritts einer der Parteien bereits vor dem 8. Juli 2014 wusste, dass er keine Arbeiten mehr zu verrichten hatte.

Nach Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen darzulegen, auf die sie ihre Begehren stützen, und die Beweismittel anzugeben. Die konkreten Anforderungen an die Substantiierung der anspruchsbegründenden Tatsachen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Tatsachenbehauptungen sind so konkret zu halten, dass ein gezieltes Bestreiten möglich ist und der Gegenbeweis angetreten werden kann. Bestreitet der Prozessgegner das Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei schlüssig und widerspruchsfrei, muss diese die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grund-

zügen, sondern so umfassend und klar darlegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann. Nur hinreichend substantiierte Sachvorbringen begründen einen Beweisanspruch (WALTER, a.a.O., Art. 8 N 199 f.; BGE 127 III 365 E. 2b mit Hinweisen).

4.4. Parteistandpunkte

Der Kläger erklärt in der Klagebegründung, er habe die von ihm verlangten Arbeiten fach- und termingerecht erbracht und diese zuletzt noch gegen Ende Juli 2014, sicher noch am 23. Juli 2014, ausgeführt. Diese Tatsache gehe auch aus entsprechenden Regierapporten (Hauptarbeiten bis mindestens 17. Juli 2014) hervor, wobei zu bemerken sei, dass er zum erwähnten Zeitpunkt auch noch Arbeiten nach Ausmass (Hauptarbeiten bis mindestens 23. Juli 2014) erbracht habe. Die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch des Grundbuchamtes E. _____ sei am 10. November 2014 deutlich innerhalb der Frist von vier Monaten gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB erfolgt (act. 1 Rz 5 f.).

Die Beklagte äussert sich in der Klageantwort nicht explizit zur Frage der Einhaltung der Eintragsfrist. Sie macht jedoch geltend, der Kläger habe die Arbeiten faktisch eingestellt. Nachdem absehbar gewesen sei, dass aufgrund der Weigerung des Klägers das wiederholt adjustierte Bauprogramm erneut nicht eingehalten werden können, habe sie die Fertigstellung der verbliebenen Werkteile an einen Drittunternehmer vergeben müssen (act. 11 Rz 11). In der Folge seien die fehlenden Werkteile, deren Erstellung der Kläger grundlos verweigert habe, von Drittunternehmern erstellt worden. Die vom Kläger erstellten Werkteile des unvollendeten Werks seien nicht tangiert worden (act. 11 Rz 50 ff.).

In der Replik thematisiert der Kläger die Eintragsfrist nicht mehr. Er stellt jedoch die Arbeiten gemäss Regierapporten in Tabellen mit den Spalten "Datum" und "Örtlichkeit / Arbeit" dar. Dabei sind betreffend Arbeiten, bei welchen das Ausführungsdatum innerhalb der Eintragsfrist liegt, folgende Rapporte relevant (act. 22 Rz 26, 26.1 und 26.10):

Rapport 6607

Datum	Örtlichkeit / Arbeit
9.7.14	1. OG / Div. Löcher zuputzen, elektro / Lüftung

Rapport 6608

Datum	Örtlichkeit / Arbeit
10.7.14	1. OG, DG / Div. Löcher zuputzen, E / L
14.7.14	1. UG, Wellness / Unterzug Ergänzung zu Sauna Wand
17.7.14	Treppenhaus, 1. OG, DG / Beschädigte Wand flicken

Zu den Ausführungen der Beklagten, er habe seine Arbeit eingestellt, sodass Drittunternehmer mit der Fertigstellung hätten beauftragt werden müssen, führt der Kläger sodann aus, korrekt sei einzig, dass er seine Arbeiten auf der fraglichen Baustelle zu Recht, nachvollziehbar und überdies auf Empfehlung des F._____ [Branchenverband] hin eingestellt habe, nachdem die von ihm verlangten Akontozahlungen seitens der Beklagten nicht mehr geleistet worden seien (act. 22 Rz 13). In Tat und Wahrheit habe es sich so verhalten, dass die Beklagte zum fraglichen Zeitpunkt im Sommer 2014 nicht nur keine Akontozahlungen mehr ausgerichtet, sondern dass sie vor allem einen Drittunternehmer zur Ausführung der von ihr angesprochenen Arbeiten beauftragt habe. Dieses Vorgehen der Beklagten sei bereits vor Ablauf einer ihm von der Beklagten selber über deren Rechtsvertreter mit dessen Schreiben vom 18. Juli 2014 auf den 23. Juli 2014, 12:00 Uhr, angesetzten Frist zur Wiederaufnahme der zwischenzeitlich eingestellten Arbeiten getätigt worden. Dass ein Drittunternehmer auf der fraglichen Baustelle die Arbeiten, welche von der Beklagten dem Kläger zugeschlagen worden seien, vor dem erwähnten Fristablauf aufgenommen habe, sei der Beklagten von ihm bzw. von Frau G._____ vom F._____ im Übrigen bereits mit E-Mail vom 22. Juli 2014 mitgeteilt worden, in welcher letztere festgehalten habe, dass (spä-

testens) am 22. Juli 2014 ein Drittunternehmer beauftragt worden sei bzw. auch bereits Arbeiten auf der Baustelle ausgeführt habe (act. 22 Rz 31).

In der Duplik erklärt die Beklagte, die Ausführungen des Klägers zur Eintragungsfrist seien ohne jegliche konkreten Details. Hinsichtlich der Arbeiten "Ende Juli 2014" mache er überhaupt keine konkreten Ausführungen. Dasselbe gelte für die angeblichen Arbeiten vom 23. Juli 2014. Den klägerischen Ausführungen sei nicht zu entnehmen, wer, wann, was genau gemacht habe und auf welchen konkreten Vertrag sich diese Leistungen stützten. "Hauptarbeit" sei letztlich keine Tatsachenbehauptung, sondern eine rechtliche Qualifikation. Nichts anderes gelte auch für die angeblichen Arbeiten "nach Ausmass". Auch hier fehle das wer? wann? was genau? auf Basis welcher vertraglichen Vereinbarung? Der Kläger führe insbesondere nicht aus, welche konkreten Arbeiten geleistet worden seien. Entsprechend könne nicht geprüft werden, ob es sich um Arbeiten handle, die im Sinne der Rechtsprechung noch als fristauslösend qualifiziert werden könnten. Der Kläger versäume es auch, die angeblich erbrachten "Hauptarbeiten" und "Ausmasse" konkret dem Werkvertrag zuzuordnen. Er erkläre nicht, welche vertraglichen Regiearbeiten er ausgeführt haben wolle und welche konkreten Leistungspositionen des Werkvertrages er mit seinen "Arbeiten nach Ausmass" effektiv geleistet habe. Die Klage scheitere somit bereits an tauglichen Behauptungen zur Prüfung der Rechtzeitigkeit der Eintragung des superprovisorischen Bauhandwerkerpfandrechts. Sie (die Beklagte) bestreite daher, dass es sich bei den "Hauptarbeiten" (act. 1 Rz 6) tatsächlich um "Hauptarbeiten" handle. Diese seien nicht als fristauslösend anzusehen. Wenn überhaupt, so handle es sich um geringfügige Arbeiten, die weder unerlässlich noch funktionell notwendig gewesen seien. Sie bestreite weiter, dass der Kläger am 23. Juli oder am 17. Juli 2014 "Regiearbeiten" und "Arbeiten nach Ausmass" ausgeführt habe. Wenn überhaupt, so handle es sich um geringfügige Arbeiten, die weder unerlässlich noch funktionell notwendig gewesen seien. Sie habe in diesem Zusammenhang weder Nachträge noch Regiearbeiten in Auftrag gegeben. Für die besagten Arbeiten (act. 3/5) gebe es im Werkvertrag jedenfalls keine Grundlage. Die angeblichen "Hauptarbeiten" seien jedenfalls länger als vier Monate vor dem 10. November 2014 ausgeführt worden.

Es gebe auch keine sonstigen Hauptarbeiten, welche auf dem Werkvertrag basierten und als fristauslösend qualifiziert werden könnten (act. 26 Rz 45 ff.).

Weiter macht die Beklagte geltend, dass selbst wenn man die Beweisofferten (unzulässigerweise) zur Substantiierung berücksichtigen würde, aus ihnen hervor gehe, dass diese Arbeiten gerade keine Hauptarbeiten seien und vor dem 10. Juli 2014 geleistet worden seien. Es werde daher noch einmal bestritten, dass nach dem 10. Juli 2014 fristwahrende Arbeiten ausgeführt worden seien (act. 26 Rz 58 ff.).

Zum Thema der Arbeitseinstellung durch den Kläger bzw. der Beauftragung eines Drittunternehmers äussert sich die Beklagte in der Duplik nicht mehr.

4.5. Würdigung

4.5.1. Letzte ausgeführte Arbeiten

Die Beklagte bestreitet zusammengefasst, dass der Kläger nach Fristbeginn überhaupt noch Arbeiten ausgeführt habe. Weiter bestreitet sie, dass es sich bei den vom Kläger behaupteten Hauptarbeiten um fristauslösende Arbeiten handle. Zudem erklärt sie, dass es für die besagten Arbeiten keine Grundlage im Werkvertrag gegeben habe und sie in diesem Zusammenhang weder Nachträge noch Regiearbeiten in Auftrag gegeben habe. Schliesslich hält sie fest, dass aus den offerierten Beweismitteln hervorgehe, dass die Arbeiten gerade keine Hauptarbeiten gewesen seien. Infolge dieser Bestreitungen hätte der Kläger seine diesbezüglichen Behauptungen so umfassend und detailliert vorzubringen gehabt, dass darüber Beweis abgenommen werden könnte und der Beklagten ein substantiiertes Bestreiten bzw. die Erbringung des Gegenbeweises möglich wäre.

In der Klagebegründung führt der Kläger jedoch nicht aus, was er genau für Arbeiten noch bis Ende Juli 2014 erbrachte. Er macht einzig geltend, bis zum 17. Juli 2014 "Hauptarbeiten" in Regie und bis zum 23. Juli 2014 "Hauptarbeiten" nach Ausmass ausgeführt zu haben. In der Replik äussert er sich sodann nicht mehr zur Eintragsfrist. Durch die Auflistung der Regierapporte führt der Kläger einzig das Folgende betreffend die Arbeiten aus: Am 9. Juli 2014 "*Div. Löcher zuput-*

zen, Elektro / Lüftung" im 1. OG, am 10. Juli 2014 "Div. Löcher zuputzen, E / L" im 1. OG und DG, am 14. Juli 2014 "Unterzug Ergänzung zu Sauna Wand" im 1. UG und Wellness und am 17. Juli 2014 "Beschädigte Wand flicken" im Treppenhaus, 1. OG, DG. Weitere Ausführungen oder Konkretisierungen zu den aufgelisteten Arbeiten macht der Kläger nicht.

Vor dem Hintergrund der Bestreitungen der Beklagten hätte der Kläger detailliert vorzubringen gehabt, wer wann welche Arbeiten noch innert der Eintragsfrist tatsächlich ausführte. Diesen Sachverhalt genügend zu behaupten hat der Kläger unterlassen. Da gemäss der dargestellten Rechtsprechung zu Art. 839 Abs. 2 ZGB nicht jede ausgeführte Arbeit auch als Vollendungsarbeit zu qualifizieren ist, hätte der Kläger insbesondere darzulegen gehabt, welche Arbeiten er genau ab dem 8. Juli 2014 ausführte, damit eine Beurteilung möglich gewesen wäre, ob es sich nur um geringfügige Arbeiten oder noch um Vollendungsarbeiten handelte. Die einzigen Behauptungen zur Art der Arbeiten ("Löcher zuputzen", "Unterzug Ergänzung", "beschädigte Wand flicken") sind zu pauschal und lassen keine eindeutige Qualifikation der Arbeiten zu. Die Formulierungen deuten allerdings eher darauf hin, dass es sich bei den aufgeführten Arbeiten lediglich um nebensächliche Vervollständigungen sowie Nachbesserungen handelte, die – wie dargelegt – nicht fristauslösend im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB sind.

Damit legt der Kläger nicht genügend dar, dass er nach dem 8. Juli 2014 noch Vollendungsarbeiten im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB geleistet hat.

4.5.2. Vollendung der klägerischen Arbeiten

Bei der Frage der Verwirkung des klägerischen Pfandanspruches handelt es sich um eine Rechtsfrage. Daher ist vorliegend zusätzlich zu prüfen, ob die vom Kläger übernommenen Arbeiten am 8. Juli 2014 überhaupt schon vollendet waren oder ob noch wesentliche Arbeiten ausstanden, auch wenn dies unter dem Titel der Eintragsfrist keine der Parteien thematisiert. Die Beklagte führt dazu aus, dass sie einen Drittunternehmer habe beiziehen müssen, da sich der Kläger geweigert habe, "das überfällige Werk fertigzustellen". Dabei seien die vom Kläger erstellten Werkteile "des unvollendeten Werks" nicht tangiert worden (act. 11

Rz 50 ff.). Damit stellt sich die Beklagte selber auf den Standpunkt, dass der Kläger seine Werkleistungen noch gar nicht vollendet hatte. Der Kläger führt zwar in der Klage aus, er habe die von ihm verlangten Leistungen fach- und termingerecht ausgeführt (act. 1 Rz 6), bestätigt aber in der Replik, dass er seine Arbeiten auf der Baustelle eingestellt und die Beklagte einen Drittunternehmer mit deren Fertigstellung beauftragt habe (act. 22 Rz 13 und 31). Der Drittunternehmer sei bereits vor Ablauf einer von der Beklagten ihm (dem Kläger) über deren Rechtsvertreter mit dessen Schreiben vom 18. Juli 2014 auf den 23. Juli 2014 angesetzten Frist zur Wiederaufnahme der zwischenzeitlich eingestellten Arbeiten tätig geworden (act. 22 Rz 31). Letzteres bestreitet die Beklagte in der Duplik nicht.

Aufgrund dieser Ausführungen ist letztlich unbestritten, dass der Kläger das von ihm übernommene Werk gar nie selber vollendete, sondern ein Drittunternehmer mit der Fertigstellung beauftragt wurde. Ohne Werkvollendung beginnt der Fristenlauf der Eintragsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB – wie dargelegt – jedoch grundsätzlich nur dann, wenn eine der Parteien vom Vertrag zurücktritt und der Unternehmer dadurch weiss, dass er die Arbeiten nicht zu vollenden hat. Offensichtlich beharrte zwar letztendlich keine der Parteien auf der Beendigung der Arbeiten durch den Kläger selber, konkrete Vorbringen zu dieser Thematik – insbesondere auch in zeitlicher Hinsicht – fehlen jedoch. Es wäre Sache der Beklagten gewesen, diejenigen (rechtsvernichtenden) Tatsachen zu behaupten, aufgrund welcher die Eintragsfrist ausnahmsweise auch ohne Arbeitsvollendung zu laufen begonnen haben könnte. Dies hat sie nicht gemacht. Vielmehr bestreitet sie die Ausführungen des Klägers nicht, dass sie diesem mit Schreiben vom 18. Juli 2014 eine Frist bis zum 23. Juli 2014 angesetzt habe, um die ihm zugesprochenen Arbeiten auszuführen, ansonsten sie einen Drittunternehmer damit beauftrage. Offenbar bestand die Beklagte noch am 18. Juli 2014 auf der Vertragserfüllung durch den Kläger. Dass eine der Parteien bereits vor diesem Datum (bzw. vor dem Stichtag 8. Juli 2014) vom Vertrag zurücktrat, wird nicht dargelegt und ist auch nicht ersichtlich. Die Beklagte selber erklärte denn auch noch im Massnahmeverfahren, dass die Einhaltung der viermonatigen Eintragsfrist [im Zeitpunkt der Einreichung des Massnahmegesuches] in keiner Art und Weise gefährdet gewesen sei (act. 7/12 Rz 28). Damit ist davon auszugehen, dass die Eintra-

gungsfirst im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB mit der superprovisorischen Eintragung des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts am 10. November 2014 gewahrt wurde.

5. Keine Leistung einer hinreichenden Sicherheit

Keine der Parteien bringt vor, es sei eine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB geleistet worden.

6. Pfandberechtigte Leistungen

Der Kläger (bzw. sein Einzelunternehmen) erbrachte unstrittig aufgrund eines entsprechenden Werkvertrages mit der Beklagten Gipser- und Stukaturarbeiten für den Neubau eines "Landhauses im Landhausstil" auf dem Grundstück der Beklagten in D._____, womit er auf diesem Grundstück als Handwerker sowohl Arbeit als auch Material zu einer Baute leistete. Diese Leistungen sind damit ohne Weiteres pfandberechtigt im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB.

7. Pfandsumme

7.1. Ausgangslage

Zur Feststellung der Pfandsumme ist vorfrageweise die Höhe einer allfälligen offenen Forderung des Klägers im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB zu klären. Dabei kommt insbesondere eine solche aus Werkvertrag in Betracht.

7.2. Werklohnforderung

7.2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Unstrittig schlossen die Parteien am 2. bzw. 19. August 2013 einen Werkvertrag, gemäss welchem der Kläger mit Gipser- und Stuckaturarbeiten für das Bauprojekt der Beklagten beauftragt wurde. Die Parteien unterstellten den Vertrag den Regeln der SIA-Norm 118 und vereinbarten eine Entlöhnung nach tatsächlichem Ausmass, teilweise nach Regie (act. 1 Rz 10; act. 11 Rz 31 ff.; act. 22 Rz 27; act. 26 Rz 83 ff.). Zudem führt die Beklagte in der Duplik aus, dass für gewisse Positionen eine Pauschale vereinbart worden sei (act. 26 Rz 83). Weiter ist unbe-

stritten, dass die Beklagte dem Kläger für dessen Leistungen bereits Zahlungen in der Höhe von insgesamt CHF 528'173.55 (CHF 550'000.– abzüglich CHF 21'826.45 für einen von der Beklagten verrechnungsweise geltend gemachten Schaden für einen Glasbruch im Fitnessraum) leistete, welcher Betrag über dem gemäss Werkvertrag geschätzten Werklohn von CHF 457'022.10 liegt (act. 1 Rz 13; act. 11 Rz 21 ff.; act. 26 Rz 335). Zum Beweis einer noch offenen Werklohnforderung hat der Kläger damit einen Anspruch nachzuweisen, der über dem Betrag der bereits geleisteten Zahlungen liegt.

7.2.2. Rechtliches

Gemäss ihren übereinstimmenden Vorbringen sahen die Parteien im Werkvertrag ein differenziertes Vergütungssystem vor, indem sie grundsätzlich eine Vergütung nach dem tatsächlichen Ausmass vereinbarten, für gewisse Positionen jedoch eine solche nach Regie vorsahen sowie gewisse Pauschalen vereinbarten. Nähere Angaben zur getroffenen Vergütungsabrede machen die Parteien nicht. Es ist jedoch von Folgendem auszugehen:

Eine Vergütung nach dem tatsächlichen Ausmass ist bei Einheitspreisverträgen vorgesehen (Art. 39 i.V.m. Art. 141 SIA-Norm 118). Dabei werden in der Regel im Werkvertrag verschiedene Einheitspreise für verschiedene Einzelleistungen der vom Unternehmer geschuldeten Gesamtleistung vereinbart. Die Vergütung ergibt sich aus der Menge der vom Unternehmer geleisteten Einheiten, multipliziert mit dem zugehörigen Einheitspreis, wobei jedoch immer nur diejenige geleistete Menge vergütungspflichtig ist, die bei sorgfältigem Vorgehen genügt hätte (GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38-156, Zürich 1992, Anm. 6b zu Art. 39). Bei Abrechnung nach dem tatsächlichen Ausmass sind die geleisteten Mengeneinheiten am Objekt festzustellen. Ein Einheitspreisvertrag enthält in aller Regel ein integriertes Leistungsverzeichnis, in dem die Einheitspreise der einzelnen Leistungspositionen multipliziert und die betreffenden Beträge zu einer Gesamtsumme aufaddiert sind. Die Vergütung ist dennoch auf Grundlage der vom Unternehmer geleisteten Menge, nicht nach dem zugehörigen Positionsbetrag oder nach der Hauptsumme des Verzeichnisses zu bestimmen. Die jeweilige Hauptsumme stellt lediglich ein Indiz für die mögliche Höhe der zu leistenden Ge-

samtvergütung dar, die im Einzelfall aber erheblich davon abweichen kann. Obwohl die Hauptsumme des Leistungsverzeichnisses auch als Vertragssumme bezeichnet wird, ist sie selber kein Vertragspreis, sondern bleibt für die Parteien unverbindlich (GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N 915 ff.).

Regiearbeiten werden demgegenüber nach Aufwand vergütet (Art. 48 SIA-Norm 118). Dieser besteht im entsprechenden Personal-, Sach- und übrigen Aufwand, der dem Unternehmer entstanden ist. Dabei bestimmt sich die Vergütung nicht nach dem tatsächlichen Aufwand des Unternehmers, sondern nach dem Aufwand, der bei sorgfältigem Vorgehen genügt hätte (GAUCH, SIA-Norm 118, a.a.O. Anm. 2 zu Art. 48). Legt der Werkvertrag die Ansätze für die Regiearbeiten fest, so wird nach diesen abgerechnet. Ansonsten gelten die im Zeitpunkt und am Ort der Arbeitsausführung massgebenden Regietarife der Berufsverbände oder mangels solcher die üblichen Ansätze (Art. 49 SIA-Norm 118).

7.2.3. Beweis-, Behauptungs-, Substantiierungslast

Da der Kläger die Pfandsumme zu beweisen hat, liegt es nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB auch an ihm, eine offene Werklohnforderung darzutun. Damit hat er beim Einheitspreisvertrag die Menge der geleisteten Einheiten sowie den jeweils vereinbarten Einheitspreis zu beweisen (vgl. GAUCH, SIA-Norm 118, a.a.O., Anm. 6b zu Art. 39). Insofern der Kläger eine Vergütung nach Regie verlangt, trägt er die Beweislast für den gehabten Aufwand und die Ansätze für die Regiearbeiten (vgl. GAUCH, SIA-Norm 118, a.a.O., Anm. 2c zu Art. 48). Zudem ist der Kläger für den Umstand beweisbelastet, dass der nachgewiesene Aufwand bzw. die dargelegten Einheiten zur Ausführung des Werkvertrages erforderlich waren. Schliesslich hat er zu beweisen, dass die von ihm erbrachten Leistungen vertraglich vereinbart waren bzw. die Tatsachen dazutun, aufgrund welcher eine Vergütungspflicht gemäss SIA-Norm 118 besteht (vgl. dazu auch SPIESS/HUSER, Der Bau-Werkvertrag in der Praxis, Zürich 2015, Rz 374 f.).

Um zum Beweis zugelassen zu werden, hat der Kläger die genannten von ihm zu beweisenden Tatsachen zunächst rechtsgenügend zu behaupten, wobei die An-

forderungen daran – wie dargelegt – insbesondere vom Verhalten der Beklagten (Bestreitungen) abhängt. Dabei hat der Kläger seiner Behauptungs- und Substantiierungslast grundsätzlich in den Rechtsschriften selber nachzukommen. Der blosser Verweis auf Beilagen erfüllt die Behauptungslast in aller Regel nicht. Denn es ist nicht Sache des Gerichts oder der Gegenpartei, sich die Grundlagen des Anspruchs aus den Beilagen zusammenzusuchen (Urteile des Bundesgerichtes 4A_264/2015 E. 4.2 und 4A_317/2014 E. 2.2; KILLIAS, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 221 N 23; WILLISEGGER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 221 N 27).

7.2.4. Werklohnforderung nach Ausmass

Da der klägerische Vergütungsanspruch für seine Leistungen nach Ausmass bestritten ist (vgl. sogleich), hat der Kläger zu dessen Beweis nach dem Gesagten insbesondere darzulegen, wie viele Einheiten welcher Leistungspositionen er zu welchem Einheitspreis erbracht hat.

Dazu führt er in der Klagebegründung einzig aus, betreffend Arbeiten nach Ausmass sei letztlich die Schlussabrechnung vom 16. September 2014 (act. 3/8) entscheidend. Bei dieser Schlussabrechnung über zunächst CHF 533'537.93 seien sämtliche seitens der Beklagten geleisteten Akontozahlungen angerechnet worden, weshalb diesbezüglich letztlich ein Saldo von CHF 101'179.05, inkl. MwSt., resultiere. Er führe in dieser Schlussabrechnung die jeweiligen Arbeiten nach Ausmass in vorbildlicher Weise detailliert mit Verweis auf die entsprechenden Ausmass-Belege auf. Seine diesbezüglichen Ausführungen beschränkten sich daher im Wesentlichen darauf, reine schreibtechnische Flüchtigkeitsfehler zu korrigieren, um dem urteilenden Gericht die Arbeit zu erleichtern und einen ebenso lückenlosen wie problemlosen Vergleich der Dokumente zu ermöglichen. In der Folge macht der Kläger einzelne Bemerkungen zu seiner Schlussabrechnung Ausmass (act. 1 Rz 12 ff.). Damit geht der Kläger in der Klagebegründung offenbar fälschlicherweise davon aus, die von ihm erbrachten Arbeiten nicht behaupten zu müssen, da diese aus den eingereichten Beilagen ersichtlich seien, und er verzichtet darauf, diese in der Rechtsschrift selber darzulegen. Er nennt zwar die

von ihm eingereichte Schlussabrechnung Ausmass (act. 3/8) sowie von ihm erstellte Ausmass-Belege (act. 3/14-23) (teilweise) als Beweisobjekte, macht jedoch nur marginale Erläuterungen dazu und erklärt sie auch nicht zum integrierten Bestandteil seiner Klage. Zu den vereinbarten Einheitspreisen äussert er sich sodann überhaupt nicht. Damit unterlässt es der Kläger, die wesentlichen Tatsachenbehauptungen in der Rechtsschrift aufzustellen (Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 55 Abs. 1 ZPO).

Die Beklagte erhebt denn auch diesbezüglich in der Klageantwort den Einwand mangelnder Substantiierung und bestreitet pauschal die klägerische Forderung (soweit sie über die in ihrer Schlussrechnung anerkannten Positionen und Beträge hinausgeht), die klägerischen Ausmasse sowie die der eingeklagten Forderung zugrunde liegenden Arbeiten, da diese nicht nachvollzogen werden könnten (act. 11 Rz 59 ff., insb. Rz 72 ff.).

Aufgrund dieser Bestreitungen, hätte der Kläger die Grundlagen seines Vergütungsanspruches in der Replik detailliert darzustellen gehabt. Dies umso mehr, als er von der Beklagten auf seine mangelnde Substantiierung ausdrücklich hingewiesen worden war (act. 11 Rz 72). Der Kläger legt jedoch auch in der Replik weder die von ihm erbrachten Leistungen dar, noch äussert er sich zu den verwendeten Einheitspreisen. Vielmehr beschränken sich seine Ausführungen darauf vorzubringen, dass die Beklagte sehr wohl sehr gut über die von ihm auf der fraglichen Baustelle erbrachten Arbeiten Bescheid wisse und es nicht angehen könne, seine Ausführungen lediglich pauschal zu bestreiten (act. 22 Rz 35). Dabei verkennt der Kläger, dass es zunächst an ihm gewesen wäre, dem Gericht in den Rechtsschriften schlüssig und detailliert darzulegen, welche Leistungen er für das relevante Bauprojekt zu welchem Einheitspreis erbrachte. Erst wenn er dies getan hätte, hätte die Beklagte das Vorgebrachte ihrerseits schlüssig und detailliert zu bestreiten gehabt. Aufgrund der mangelnden bzw. teilweise gänzlich fehlenden klägerischen Behauptungen der wesentlichen Parameter konnte die Beklagte gar nicht substantiiert Stellung nehmen.

Die Beklagte hält denn auch in der Duplik daran fest, dass es der Kläger versäume, den rechtserheblichen Sachverhalt rechtsgenügend in den Prozess einzu-

bringen, da den klägerischen Rechtsschriften mit keinem Wort zu entnehmen sei, welche Leistung er unter dem Titel Ausmass wann, wo und wie erbracht haben wolle. Er verweise lediglich auf seine Schlussrechnung. Das Resultat dieser Schlussrechnung solle sich wohl aus den handschriftlichen Ausmassbelegen ergeben. Der Kläger versäume es, die entsprechenden Beweisurkunden zum integrierten Bestandteil seiner Rechtsschrift zu erklären. Es sei weder der Beklagten noch dem hiesigen Handelsgericht zuzumuten, die finale Rechnung aufgrund der verwirrenden und handschriftlichen Beweisurkunden in Verbindung mit der Schlussrechnung zu kontrollieren und diese anschliessend mit den vertraglichen Positionen zu vergleichen. Selbst wenn man den Versuch unternehme, sei dieser zum Scheitern verurteilt. Sodann bestreitet die Beklagte diesbezüglich, dass die vom Kläger in der Form der handschriftlichen Ausmassurkunden eingereichte Parteibehauptung den tatsächlichen Ausmassen entspreche, dass die darin enthaltenen Werte den Werten der Schlussabrechnung vom 16. September 2014 entsprächen, dass die im Werkvertrag vereinbarten Einheitspreise mit den vom Kläger in seiner Schlussabrechnung eingesetzten Werten übereinstimmten und schliesslich wird der Aufwand nach Ausmass generell in Abrede gestellt (act. 26 Rz 148 ff.).

Der Beklagten ist beizupflichten. Der Kläger bringt weder die von ihm nach Ausmass erbrachten Leistungen (Leistungspositionen, Anzahl) noch die verwendeten Einheitspreise (rechtsgenügend) in den Prozess ein. Bei der klägerischen Schlussrechnung bzw. den eingereichten Ausmassurkunden handelt es sich nicht um aufgestellte Behauptungen, sondern um blosse Beweismittel. Beweis kann jedoch erst und nur dann abgenommen werden, wenn zunächst der relevante Sachverhalt in den Rechtsschriften rechtsgenügend behauptet worden ist. Dies hat der Kläger vorliegend nicht gemacht. Damit vermag er keine offene Werklohnforderung für von ihm erbrachte Arbeiten nach Ausmass darzulegen.

Hinzu kommt, dass sowohl die Schlussrechnung Ausmass vom 16. September 2014 (act. 3/8) als auch die eingereichten Ausmass-Belege (act. 3/14-23) unstrittig vom Kläger alleine erstellt wurden. Weitere Beweismittel für von ihm nach Ausmass geleistete Arbeiten – insbesondere Zeugen bzw. ein entsprechendes

Gutachten – nennt der Kläger nicht. Nach dem vorliegend anwendbaren Art. 142 SIA-Norm 118 ermitteln Bauleitung und Unternehmer gemeinsam, fortlaufend und zeitgerecht, möglichst innert Monatsfrist, die Ausmasse und anerkennen sie gegenseitig in der Massurkunde. Diese Anerkennung begründet eine tatsächliche Vermutung dafür, dass der Inhalt der Massurkunde der Wahrheit entspricht (SCHUMACHER, in Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38-156, Zürich 1992, Anm. 9c zu Art. 142). Ohne entsprechende Anerkennung hat eine einseitig erstellte Ausmassurkunde keinen hohen Beweiswert. Ausnahmsweise können zwar auch einseitig erstellte Ausmassurkunden als anerkannt gelten, dies jedoch nur unter den Bedingungen von Art. 142 Abs. 3 SIA-Norm 118. Nach dieser Bestimmung hat eine Partei das Aufnahmeergebnis der anderen als endgültig anzuerkennen, wenn sie einen für die gemeinsame Aufnahme des Ausmasses vereinbarten Termin nicht einhält, sofern die Aufnahme nicht nachgeholt werden kann oder sie ein zweites Mal säumig wird. Entsprechendes bringt der Kläger jedoch nicht vor. Damit behalten seine einseitig erstellten Ausmassurkunden ihren geringen Beweiswert. Ohne weitere Beweismittel könnte der Kläger damit ohnehin nicht mit genügender Sicherheit beweisen, dass er die in seinen Ausmassen genannten (bestrittenen) Leistungen tatsächlich erbracht hat.

7.2.5. Werklohnforderung nach Regie

Auch die vom Kläger angebehrte Vergütung für Leistungen in Regie ist vorliegend bestritten (vgl. insb. act. 11 Rz 73 f.). Damit hat der Kläger diesbezüglich insbesondere seinen Aufwand sowie die vereinbarten Regieansätze darzulegen.

Dazu führt der Kläger in der Klagebegründung aus, letztlich entscheidend sei die Schlussabrechnung Regiearbeiten vom 16. September 2014 (act. 3/9; act. 1 Rz 16). Hinsichtlich der Regiearbeiten habe sich ein Betrag von CHF 340'021.30, inkl. MwSt., ergeben (act. 1 Rz. 12). Die Schlussabrechnung sei praktisch lückenlos mit von Herrn H._____ von der I._____ AG unterzeichneten Regierapporten belegt. Die I._____ GmbH habe auf der fraglichen Baustelle als Bauleitung amtiert und habe die Beklagte vertreten. Letztere sei auf den Handlungen und Bestätigungen von Herrn H._____ zu behaften. Die vom Kläger erbrachten Arbeiten seien nach dem Gesagten nicht nur ausgewiesen, sondern seien von der Beklagten

auch anerkannt worden. Sie seien selbstredend zu entgelten. Lediglich zwei Regierapporte (Nr. 6400 und 6404) seien, wohl aus Vergesslichkeit, nicht unterzeichnet worden. Im Übrigen seien die Regierapporte vollständig existent. Betreffend die Schlussrechnung beschränkten sich seine Ausführungen im Wesentlichen darauf, reine schreibtechnische Flüchtigkeitsfehler zu korrigieren, um dem urteilenden Gericht die Arbeit zu erleichtern und einen ebenso lückenlosen wie problemlosen Vergleich der Dokumente zu ermöglichen. Sodann macht der Kläger einzelne Bemerkungen zu bestimmten Regierapporten (act. 1 Rz 28 ff.). Auch bezüglich der Regiearbeiten operiert der Kläger damit insbesondere mit der von ihm gestellten Schlussrechnung sowie Verweisen auf diverse Regierapporte, welche er als Beweismittel nennt. Angaben zu seinem Aufwand bzw. zu den vereinbarten Regieansätzen macht er in der Rechtsschrift selber hingegen keine und er erklärt seine Schlussrechnung auch nicht zum Bestandteil seiner Klage. Damit versäumt es der Kläger, die Grundlagen für einen Werklohnanspruch für Regiearbeiten zu behaupten.

Die Beklagte erklärt denn auch in der Klageantwort, aufgrund der mangelhaften Substantiierung des Klägers bleibe ihr nichts anderes übrig, als die in den Raum gestellten, in [un]übersichtlicher und schwer lesbarer Handschrift verfassten Regierapporte pauschal zu bestreiten. Da die Herleitung der eingeklagten Summe aufgrund der eingelegten Urkunden nicht nachvollzogen werden könne, müsse die Forderung sowie die ihr zugrundeliegenden Arbeiten pauschal bestritten werden (act. 11 Rz 73 f.). Weiter bestreitet sie auch diesbezüglich die klägerische Forderung grundsätzlich, soweit sie über die in ihrer Schlussrechnung anerkannten Positionen und Beträge hinausgehe (act. 11 Rz 62).

In der Replik ergänzt der Kläger dann betreffend Regiearbeiten, zwischen den Parteien seien schlicht die normalen SIA-Ansätze zum Gipsermeister-Tarif vereinbart worden (act. 22 Rz 11), ohne jedoch die konkret angewendeten Ansätze darzulegen. Weiter führt der Kläger aus, die von ihm ausgeführten, mit entsprechenden Regierapporten belegten Arbeiten würden im Einzelnen im Telegrammstil aufgeführt, da die Einträge auf besagten Rapporten teils schwer leserlich seien und dem urteilenden Gericht die Arbeit erleichtert werden soll. Die Beklagte

wisse dagegen über die vom Kläger erbrachten Arbeiten längst Bescheid, seien die entsprechenden Regierapporte doch praktisch ausnahmslos von Herrn H._____ von der Bauleitung in Vertretung der Beklagten unterzeichnet worden. Auf die beklagtischen Vorhalte betreffend angeblich mangelhafte Substantiierung der Ansprüche sei daher nicht weiter einzugehen. In der Folge listet der Kläger zu den einzelnen Regierapporten je eine Tabelle mit den Spalten "Datum" und "Örtlichkeit/Arbeit" auf. Darin werden stichwortartig Arbeiten aufgeführt (act. 22 Rz 26 ff.; vgl. dazu exemplarisch Ziff. 4.4.). Auch dieser tabellarischen Auflistung des Klägers lassen sich jedoch die entscheidenden Faktoren, welche einer Werklohnforderung nach Regie zugrunde liegen (Aufwand/Ansätze), nicht entnehmen.

Die Beklagte erklärt dazu in der Duplik, die vom Kläger ins Feld geführte Gesamtforderung sei schlicht nicht nachvollziehbar. Es gebreche von vornherein an einer rechtsgenügenden Substantiierung. Der Kläger unterscheide nicht zwischen werkvertraglichen Leistungen, welche grundsätzlich nach Ausmass zu Einheitspreisen abzurechnen seien, und Nachträgen. Er vermenge auch den Umstand, dass einerseits gewisse Regiearbeiten im Werkvertrag vorgesehen gewesen seien, andererseits angeblich erteilte Nachträge ebenfalls in Regie ausgeführt worden seien. Die von ihm verwendeten Werte wichen über weite Strecken von den eingelegten Urkunden und den werkvertraglichen Bestimmungen ab. Die ins Feld geführte Gesamtforderung könne schlicht nicht nachvollzogen werden (act. 26 Rz 227 ff.). Zudem führt die Beklagte aus, der Kläger scheine seinen Werklohnanspruch für angeblich geleistete Regiearbeiten aus der Schlussabrechnung vom 16. September 2016 (act. 3/9) abzuleiten (act. 26 Rz 147). Diese sei wiederum ein Zusammenschluss der Regierapporte/Pos. 181 Ausmass Regie allgemein respektive Faktura, welchen ein Wust von schwer leserlichen Regierapporten angehängt sei (act. 26 Rz 191 ff.). Sodann bestreitet die Beklagte, dass die gemäss den Regierapporten geleisteten Stunden und sonstigen Einheiten geleistet worden seien, dass die in den Regierapporten angeführten Einheiten mit den jeweiligen Zusammenstellungen Regierapporte übereinstimmten, dass die in den Zusammenstellungen Regierapporte angeführten Einheitspreise den werkvertraglichen Einheitspreisen entsprächen, dass die Parteien neben dem Werkvertrag andere Vereinbarungen über die Vergütung von Regiearbeiten und / oder Nachträgen geschlossen

hätten, womit für die vom Kläger geforderte Vergütung für die Regierapporte keine vertragliche Vereinbarung vorliege, sowie schliesslich den unter dem Titel Regie geltend gemachte Betrag von CHF 340'021.30 (act. 26 Rz 218 ff.).

Nachdem der Kläger in der Klage noch praktisch keine Ausführungen zu den von ihm unter dem Titel Regie geleisteten Arbeiten macht, listet er diese in der Replik immerhin im Telegrammstil auf. Doch auch in dieser Auflistung fehlen – wie dargelegt – jegliche konkreten Ausführungen zum tatsächlichen Aufwand des Klägers. Weiter beziffert der Kläger die Regieansätze, von welchen er ausgeht, nicht. Die Ausführungen, die von ihm verrechneten Ansätze entsprechen den SIA-Ansätzen zum Gipsermeister-Tarif, genügen nicht. Denn ohne konkrete Bezifferung in den Rechtsschriften ist eine Überprüfung, welche Tarife der Kläger tatsächlich verwendete, nicht möglich. Der Kläger hätte vielmehr insbesondere seine Berechnung darzulegen gehabt, welchen Aufwand er zu welchen (vereinbarten) Ansätzen tatsächlich hatte. Diesbezügliche Ausführungen macht der Kläger nicht. Damit fehlen in den Rechtsschriften sämtliche Angaben, welche zur Berechnung einer allfälligen Werklohnforderung nach Regie nötig gewesen wären. Zwar begründen beidseitig unterzeichnete Regierapporte grundsätzlich eine natürliche Vermutung dafür, dass ihr Inhalt der Wahrheit entspricht (GAUCH, SIA-Norm 118, a.a.O., Anm. 15 zu Art. 47); dies befreit den Kläger jedoch nicht davon, seinen Aufwand zunächst in den Rechtsschriften darzulegen. Denn erst nach genügend aufgestellten Behauptungen können die Regierapporte zu deren Beweis herangezogen werden.

Damit vermag der Kläger auch keine offene Werklohnforderung für in Regie ausgeführte Arbeiten darzutun. Eine solche wäre zudem durch die beklagischen Akontozahlungen ohnehin gedeckt.

7.2.6. Zwischenfazit

Insgesamt gelingt es dem Kläger damit nicht, eine Forderung aus Werkvertrag darzulegen. Umso weniger kann er nachweisen, dass er über einen Vergütungsanspruch verfügt, der über die von der Beklagten bereits geleisteten Akontozahlungen hinausgeht.

7.3. Ausservertragliche Ansprüche

Allfällige ausservertragliche Ansprüche des Klägers werden einzig von der Beklagten thematisiert. Da deshalb die wesentlichen Behauptungen für eine entsprechende Beurteilung fehlen (insb. betr. verbautem Materialwert bzw. Mehrwert des beklagten Grundstückes), ist darauf nicht weiter einzugehen.

8. Fazit

Dem Kläger gelingt es nicht, eine offene Forderung im Sinne von Art. 837 Ziff. 3 ZGB darzutun. Damit hat er keinen Anspruch auf definitive Eintragung des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts. Folglich ist die Klage abzuweisen und das Grundbuchamt E._____ ist anzuweisen, das mit Urteil vom 25. März 2015 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheides zu löschen. Damit kann insbesondere offenbleiben, ob der Kläger überhaupt einen Vergütungsanspruch für von ihm in Regie erbrachte Leistungen hätte.

9. Kosten- und Entschädigungsfolgen

9.1. 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 324'346.80. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr für das Hauptverfahren auf rund eine volle Grundgebühr festzusetzen und dem Kläger als unterliegende Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

9.2. Die Gerichtsgebühr des Massnahmeverfahrens wurde bereits auf CHF 13'000.– festgesetzt und vorläufig vom Kläger bezogen. Diese Kosten sind ihm nun ausgangsgemäss definitiv aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dies gilt auch im Umfang der Kosten für die CHF 116'853.55, für welche das Einzelgericht des Handelsgerichts das Verfahren als durch Rückzug erledigt abgeschlossen hat (vgl. act. 7/22 E. 3), da bei Klagerückzug die klagende Partei als unterliegend gilt. Gleich wäre im Übrigen auch zu entscheiden, wäre das Massnahmeverfahren im

entsprechenden Umfang im Sinne von Art. 242 ZPO als gegenstandslos geworden abgeschrieben worden. Denn die Beklagte leistete ihre Zahlung nicht erst unter dem Druck des klägerischen Massnahmegesuchs, sondern bereits bevor ihr die Klage zugestellt worden war. Damit trägt der Kläger, welcher das Massnahmeverfahren einleitete, das entsprechende Kostenrisiko.

9.3. Ausserdem hat der Kläger als unterliegende Partei der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dabei sind vorliegend auch die Aufwendungen für das Massnahmeverfahren zu berücksichtigen, da dort die Regelung der Entschädigungsfolgen dem Gericht im ordentlichen Verfahren vorbehalten wurde. Infolge der rechtzeitigen Prosequierung durch den Kläger werden die nur für den Säumnisfall festgesetzten CHF 11'100.– obsolet (act. 7/22 Dispositiv-Ziffer 6). Die Höhe der Entschädigung für die Parteivertretung durch Anwältinnen und Anwälte wird nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) festgesetzt (Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO). Die Grundgebühr ist mit der Begründung oder Beantwortung der Klage verdient, wobei auch die Teilnahme an einer allfälligen Hauptverhandlung abgedeckt ist. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für jede weitere notwendige Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu berechnen (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). In Anbetracht der beklagischen Stellungnahme im Massnahmeverfahren sowie des durchgeführten doppelten Schriftenwechsels im Hauptverfahren ist die Parteientschädigung in Anwendung von §§ 2, 4 und 11 AnwGebV auf rund 140 % der ordentlichen Gebühr festzusetzen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt E._____ wird angewiesen, nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheides, das aufgrund des Urteils des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 25. März 2015 im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 10. November 2014 zu Gunsten des Klägers vorläufig eingetragene Bau-

handwerkerpfandrecht vollumfänglich zu löschen:

Auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 1,

... [Adresse],

für eine Pfandsumme von CHF 324'346.80 nebst Zins zu 5 % seit
7. November 2014.

3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 17'000.–.
4. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
5. Die im Verfahren Geschäfts-Nr. HE140402 festgesetzten und vom Kläger bereits bezogenen Kosten in der Höhe von CHF 13'000.– werden dem Kläger definitiv auferlegt.
6. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 28'000.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie nach Eintritt der Rechtskraft im Dispositivauszug gemäss Ziffer 2 an das Grundbuchamt E._____.
8. 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 324'346.80.

Zürich, 7. Dezember 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Rafael Rutgers