



Mitwirkend: die Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und der Ober-
richter Dr. Daniel Schwander, der Handelsrichter Ruedi Kessler, die
Handelsrichterin Anja Widmer und der Handelsrichter Jürg Fischer
sowie die Gerichtsschreiberin Sabrina Schalcher

Urteil vom 12. April 2019

in Sachen

A._____ AG ...,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ GmbH,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es seien die folgenden, mit Urteil des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 15. September 2016 (Geschäfts-Nr. HE160299) zugunsten der Klägerin und zulasten des Grundstücks der Beklagten vorläufig eingetragenen Pfandrechte auf den Miteigentumsanteilen
- I. GBBl. 1, 180/1000 Miteigentum, Pfandsumme: CHF 23'374.55
 - II. GBBl. 2, 160/1000 Miteigentum, Pfandsumme: CHF 20'777.35
 - III. GBBl. 3, 240/1000 Miteigentum, Pfandsumme: CHF 31'165.90
 - IV. An GBBl. 4, 110/1000 Miteigentum, beteiligte Grundstücke:
 - GBBl. 5, 1/11 Miteigentum, Pfandsumme: CHF 1'298.60
 - GBBl. 6, 1/11 Miteigentum, Pfandsumme: CHF 1'298.60
 - GBBl. 7, 1/11 Miteigentum, Pfandsumme: CHF 1'298.60
 - GBBl. 8, 1/11 Miteigentum, Pfandsumme: CHF 1'298.60
 - GBBl. 9, 1/11 Miteigentum, Pfandsumme: CHF 1'298.60
 - GBBl. 10, 1/11 Miteigentum, Pfandsumme: CHF 1'298.60
 - GBBl. 11, 1/11 Miteigentum, Pfandsumme: CHF 1'298.60
 - GBBl. 12, 1/11 Miteigentum, Pfandsumme: CHF 1'298.60
- an der Liegenschaft GBBl. 13, Kataster Nr. 14, C._____ [Strasse], D._____ [Ort], jeweils nebst 5% Zins seit 22. Mai 2016, definitiv einzutragen.
2. Das Grundbuchamt D._____ sei anzuweisen, die in Ziffer 1 aufgeführten Pfandrechte im genannten Umfang definitiv einzutragen.
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, einschliesslich der Kosten für das provisorische Eintragungsverfahren, zuzüglich MwSt zulasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E._____ (ZH), welche im Wesentlichen den Betrieb eines Baugeschäfts zum Zwecke hat (act. 3/4). Bei der Beklagten handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in F._____ (ZH). Sie bezweckt hauptsächlich die Beratung, Planung und Erstellung von Bauten und Eigentumswohnungen (act. 3/3).

b. Hintergrund und Prozessgegenstand

Die Beklagte liess auf der Liegenschaft G._____ -Strasse ... in D._____ (Grundregister Blatt 13, Kat. Nr. 14, C._____, D._____; nachfolgend "Liegenschaft") ein Mehrfamilienhaus errichten, wofür die Klägerin Baumeisterarbeiten erbrachte (act. 1 Rz. 8). Die Klägerin beantragt die definitive Eintragung der auf den Miteigentumsanteilen der Beklagten an der Liegenschaft bereits vorgemerkten Bauhandwerkerpfandrechte (vgl. Rechtsbegehren). Sie begründet die Klage mit einer offenen Werklohnforderung (act. 1 Rz. 42), erhebt im vorliegenden Verfahren aber keine Forderungsklage (vgl. Rechtsbegehren; act. 13 Rz. II.1; act. 22 Rz. 5). Die Beklagte beantragt die Abweisung der Klage, da die Eintragungsfrist nicht eingehalten worden sei und es an einer offenen Werklohnforderung – und damit an Pfandsummen sowie einem Pfandrechtsanspruch – fehle. Die Werklohnforderung sei überdies unsubstantiiert geblieben (act. 13 S. 2 und u.a. Rz. II.16, 55, 72, 75 ff., 93 ff., III; act. 28 S. 2 und u.a. Rz. II.38, 68, 76 ff., 107, III).

B. Prozessverlauf

Am 31. Januar 2017 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die vorliegende Klage mit eingangs erwähntem Rechtsbegehren hierorts ein (act. 1; act. 2; act. 3/1-32). Mit Verfügung vom 1. Februar 2017 wurde der Klägerin Frist zur Leistung des Gerichtskostenvorschusses von CHF 8'200.– angesetzt. Gleichzeitig

wurden die Akten des Verfahrens Geschäftsnr. HE160299 beigezogen (act. 5). In der Folge ging der Gerichtskostenvorschuss fristgerecht ein (act. 7). Daraufhin wurde der Beklagten mit Verfügung vom 20. Februar 2017 Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 8), welche innert Nachfrist (act. 11) am 30. Juni 2017 einging (act. 13; act. 14/1-17). Mit Verfügung vom 4. Juli 2017 wurde das Verfahren an den Instruktionsrichter delegiert (act. 15). Die daraufhin am 4. Oktober 2017 angesetzte Vergleichsverhandlung führte zu keiner Einigung (act. 17; Prot. S. 7 ff.). In der Folge erging die Replik am 26. Januar 2018 (act. 22; act. 23/20a; act. 23/33-51) sowie die Duplik am 23. Mai 2018 (act. 28; act. 29/18-50), jeweils innert mit Zustimmung der Gegenpartei erstreckter Frist (act. 18; act. 20; act. 24; act. 26; Prot. S. 10 f.). Mit Verfügung vom 28. Mai 2018 wurde der Klägerin das Doppel der Duplik samt Beilagen unter Hinweis auf den Aktenschluss zugestellt (act. 30; act. 31/1-2). Nach Erhalt der Verfügung vom 13. März 2019 – welche die Androhung enthielt, dass bei Stillschweigen ein Verzicht auf die Hauptverhandlung angenommen werde – liessen sich die Parteien nicht vernehmen und verzichteten dadurch auf die Hauptverhandlung (act. 34; act. 35/1-2). Weitere Eingaben ergingen nicht. Das Verfahren ist spruchreif, weshalb ein 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 gegeben (Art. 17 ZPO und act. 3/2 Ziffer 20; Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ZH; vgl. HGer Beschluss HG170237 vom 24. Juli 2018 E. 2.3.2 m.H.) und im Übrigen unbestritten geblieben (act. 13 Rz. I.2).

1.2. Massnahmeverfahren und Prosequierungsfrist

Mit Eingabe vom 12. Juli 2016 beantragte die Klägerin beim Einzelgericht am Handelsgericht des Kantons Zürich die vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten auf den Miteigentumsanteilen der Beklagten an der Liegenschaft. Diesem Gesuch wurde – mit Ausnahme eines Teils des Zinsbegehrens – mit Verfügung vom 13. Juli 2016 (Geschäfts-Nr. HE160299) im Sinne einer superprovisorischen Massnahme stattgegeben und das Grundbuchamt D._____ angewiesen, zugunsten der Klägerin die angebehrten Pfandrechte mit Pfandsummen von insgesamt CHF 85'706.60 zzgl. Zins zu 5% seit 22. Mai 2016 im Grundbuch vorläufig einzutragen (act. 4/4). Nach Durchführung des Massnahmeverfahrens wurde die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D._____ mit Urteil vom 15. September 2016 als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB bestätigt. Gleichzeitig wurde der Klägerin eine Frist bis 15. November 2016 angesetzt, um eine Klage auf definitive Eintragung der Pfandrechte gegen die Beklagte anzuhängen (act. 4/15). Diese Prosequierungsfrist wurde zwecks Führung von Vergleichsgesprächen (act. 4/17; act. 4/20; Prot. S. 12 und 14) bis 31. Januar 2017 verlängert (act. 4/18; act. 4/21) und mit der Einreichung vorliegender Klage gewahrt (act. 1).

1.3. Übrige Prozessvoraussetzungen

Die übrigen Prozessvoraussetzungen erweisen sich als erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Damit ist auf die Klage einzutreten.

1.4. Allgemeines zur Beweisführung

Das Gericht darf sein Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen stützen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Da im Normalfall der Rechtssuchenden die Beweislast obliegt (vgl. Art. 8 ZGB), ist es diesfalls an ihr, die Tatsachen hinreichend darzutun und zu beweisen, aus deren Vorliegen sie ihren Anspruch herleitet (vgl. BGer Urteil 4A_169/2011 vom 19. Juli 2011 E. 5.5 m.H.). Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen

Verhalten der Gegenpartei (BGE 127 III 365 E. 2b; BGer Urteile 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2; 4A_57/2014 vom 8. Mai 2014 E. 1.3.3). Der Behauptungslast ist durch das Aufstellen eines schlüssigen 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; BGer Urteile 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2 m.H.; 4A_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 2.1; 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2016, Art. 55 N 21 m.H.). Kommt eine Partei ihrer Behauptungslast nicht nach, bleiben die betreffenden Tatsachen im Prozess unberücksichtigt. Eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast greift nur, soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag bestreitet. Diesfalls sind die Vorbringen in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass substantiiertes Bestreiten möglich ist bzw. dagegen der Gegenbeweis angetreten und darüber Beweis abgenommen werden könnte (BGer Urteil 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; BGE 127 III 365 E. 2b m.H.; 136 III 322 E. 3.4.2). Im Prinzip ist den genannten Lasten in den Rechtsschriften nachzukommen. Der blosser pauschaler Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht. Das Gericht und die Gegenpartei sollen nicht aus den Beilagen die Sachdarstellung zusammensuchen müssen. Es ist nicht an ihnen, Beilagen danach zu durchforsten, ob sich daraus etwas zu Gunsten der behauptungsbelasteten Partei ableiten lässt. Ausnahmsweise kann ein Verweis auf eine Beilage ausreichend sein. Auch das Bundesgericht verlangt nicht, dass Beilagen zwingend integral im Volltext in die Rechtsschriften übernommen werden. Werden Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen in der Rechtsschrift behauptet und wird für Einzelheiten auf eine Beilage verwiesen, ist zu prüfen, ob die Gegenpartei und das Gericht damit die notwendigen Informationen in einer Art erhalten, die eine Übernahme in die Rechtsschrift als blossen Leerlauf erscheinen lässt. Der Verweis ist ungenügend, wenn die nötigen Informationen in den Beilagen nicht eindeutig und

vollständig enthalten sind oder aber daraus zusammengesucht werden müssten. Es genügt nicht, dass in den Beilagen die verlangten Informationen in irgendeiner Form vorhanden sind. Es muss ein problemloser Zugriff darauf gewährleistet sein und es darf kein Interpretationsspielraum entstehen. Dieser ist gewährleistet, wenn eine Beilage selbsterklärend ist und genau die verlangten (bzw. in der Rechtschrift bezeichneten) Informationen enthält. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, kann ein Verweis nur genügen, wenn die Beilage in der Rechtschrift derart konkretisiert und erläutert wird, dass die Informationen ohne Weiteres zugänglich werden und nicht interpretiert und zusammengesucht werden müssen (zum Ganzen: BGer Urteile 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.1, 2.2.2 m.H.; 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5). Wird dem Gebot der Substantiierung ungenügend nachgekommen, ergeht ein Sachentscheid ohne Beweisabnahme. Ein Beweisverfahren darf nicht der Vervollständigung ungenügender Parteivorbringen dienen.

Als Gegenstück zur Behauptungslast trifft die nicht beweisbelastete Partei die Bestreitungslast. Sie hat darzutun, welche Tatsachen anerkannt und welche bestritten werden. Je detaillierter die Behauptungen sind, desto höher sind die Anforderungen an die Bestreitungen (BGer Urteil 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.3). Daraus darf jedoch keine Umkehr der Beweislast resultieren (vgl. WALTER, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Band I, Einleitung und Personenrecht, Art. 1-9 ZGB, 2012, Art. 8 N 191 ff.).

2. Unbestrittener Sachverhalt im Überblick

Die Parteien schlossen am 21. April 2015 im Zusammenhang mit der Errichtung eines Mehrfamilienhauses in D._____ einen Vertrag betreffend Baumeisterarbeiten ab (nachfolgend "Werkvertrag") (act. 1 Rz. 3, 8; act. 3/2). Teil des Werkvertrages bilden die Allgemeinen Bedingungen für Bauarbeiten (nachfolgend "AVB") (act. 1 Rz. 3; act. 3/2 S. 3; vgl. act. 13 S. 2 f.). Diese erklären die SIA Norm 118, Ausgabe 1977, als – gegenüber dem Werkvertrag und den AVB nachrangig – anwendbar (act. 3/2 S. 3 Ziffer 1; act. 1 Rz. 10; act. 13 Rz. II.5 f.; act. 22 Rz. 6).

Der gemäss Werkvertrag zu erstellende Baukörper umfasst drei oberirdische Geschosse mit insgesamt sechs Stockwerkeigentumseinheiten sowie ein Untergeschoss mit Tiefgarage, Kellerabteilen und Räumen für technische Installationen (act. 1 Rz. 18; vgl. act. 13 Rz. II.18). Die Bauleitung übernahm die Beklagte (act. 1 Rz. 9; act. 13 Rz. II.4). Anfangs Mai 2015 begann die Klägerin mit der Ausführung der Arbeiten (act. 1 Rz. 18 und 29; vgl. act. 13 Rz. II.56. und act. 28 Rz. II.10 ff.). In Bezug auf die drei oberirdischen Geschosse gab es dabei keine namhaften Abweichungen von den Plänen. Die Arbeiten für den Rohbau, d.h. Ortbetonbau und Maurerarbeiten, wurden gemäss Werkvertrag bzw. Leistungsverzeichnis ausgeführt (act. 1 Rz. 24; vgl. act. 13 Rz. II.39). Für die Gerüstbauarbeiten zog die Klägerin eine Subunternehmerin bei (act. 1 Rz. 25), was die Beklagte nicht beanstandet (act. 13 Rz. II.40).

Anfangs Dezember 2015 war das Gebäude im Rohbau fertig erstellt, womit jedoch noch nicht alle Vertragsarbeiten erledigt waren (act. 1 Rz. 28 und Rz. 36; act. 13 Rz. II.55, 63). Am 21. April 2016 fand eine Schlussbesprechung der Vertreter der Parteien zur Prüfung des Schlussausmasses statt. Eine Einigung bzw. ein definitives Ergebnis konnte jedoch nicht erzielt werden (act. 1 Rz. 40; act. 13 Rz. II.73; act. 22 Rz. 76). Tags darauf, am 22. April 2016, erstellte die Klägerin ihre Schlussrechnung samt Schlussausmass (nachfolgend "Schlussrechnung"; "Schlussausmass") (act. 1 Rz. 17; vgl. act. 13 Rz. II.16; act. 3/8-9).

3. Prüfung der definitiven Eintragung

3.1. Eintragungsvoraussetzungen im Überblick

Die Klägerin beantragt die definitive Eintragung der auf den Miteigentumsanteilen der Beklagten an der Liegenschaft bereits vorgemerkten Bauhandwerkerpfandrechte. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziffer 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines solchen gesetzlichen Grundpfandrechts 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 liefern oder geliefert haben. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gegen den

jeweiligen Eigentümer des Grundstücks. 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 Eintrag muss die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt sein (Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB). Nicht erforderlich ist, dass die Forderung bereits fällig ist.

Nachfolgend sind die vorgenannten Eintragungsvoraussetzungen sowohl in grundsätzlicher Hinsicht (Passivlegitimation, Pfandobjekte, keine hinreichende Sicherheitsleistung, pfandberechtigte Leistungen, Eintragsfrist) als auch im Quantitativen (Höhe und Aufteilung der Pfandsummen) zu prüfen. Die behauptete offene Werklohnforderung ist dabei lediglich vorfrageweise zur Feststellung der Höhe der Pfandsummen zu beurteilen. Die Beweislast für das Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen trägt gestützt auf Art. 8 ZGB die Klägerin (siehe Ziffer 1.4). Nur wenn die Eintragungsvoraussetzungen kumulativ gegeben sind, ist die Klage gutzuheissen und das zuständige Grundbuchamt zur definitiven Eintragung der Pfandrechte anzuweisen.

3.2. Passivlegitimation und Pfandobjekte

Die Beklagte ist unstrittig Eigentümerin der folgenden Miteigentumsanteile (Stockwerkeigentum) an der Liegenschaft Grundregister Blatt 13, Kat. Nr. 14, C.____, D.____,

- Grundregister Blatt 1: 180/1000 Miteigentum
- Grundregister Blatt 2: 160/1000 Miteigentum
- Grundregister Blatt 3: 240/1000 Miteigentum
- Grundregister Blätter 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 mit je 1/11 Miteigentum an Grundregister Blatt 4, 110/1000 Miteigentum,

welche im vorliegenden Verfahren die Pfandobjekte bilden. Damit ist die Beklagte passivlegitimiert (act. 1 Rz. 7 und 47 f.; vgl. act. 13 Rz. II.3).

Keine Pfandobjekte bilden vorliegend die übrigen, bereits an Dritte verkauften Miteigentumsanteile an der Liegenschaft (vgl. act. 1 Rz. 45). Auf diesen wurde vor

dem hiesigen Gericht, wie bereits im Verfahren Geschäftsnr. HE160299, denn auch keine Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten beantragt.

Dem Grundregister kommt – mit Ausnahme der Wirkung zugunsten gutgläubiger Dritter – die gleichen Wirkungen wie dem Grundbuch zu (§ 44 Kantonale Grundbuchverordnung), weshalb die Begriffe vorliegend als Synonyme verwendet werden.

3.3. Keine Leistung einer hinreichenden Sicherheit

Es ist unbestritten, dass die Beklagte für die angemeldete Forderung keine hinreichende Sicherheit geleistet hat (act. 1 Rz. 50; act. 13 Rz. II.98).

3.4. Pfandberechtigte Leistungen

Die Klägerin erbrachte unstrittig Baumeisterarbeiten, inklusive Gerüstbauarbeiten, auf den Miteigentumsanteilen an der Liegenschaft (act. 1 Rz. 8; act. 13 Rz. II.4). Die den Gerüstbau betreffenden Arbeiten, d.h. Aufbau, Anpassung und Demontage, sind seit der Gesetzesrevision vom 1. Januar 2012 pfandgeschützt (TURNHERR, Das revidierte Bauhandwerkerpfandrecht – zu wenig Neues, aber noch mehr Problematisches?, ZBGR 93/2012, S. 73 ff., S. 76). Sie sind der Klägerin anzurechnen, auch wenn sie von ihrer Subunternehmerin ausgeführt worden sind, denn nicht die tatsächlich von einem Unternehmer geleistete Arbeit, sondern die werkvertragliche Verpflichtung bildet das Kriterium für den Pfandrechtsschutz (OGer ZH Urteil vom 14. Februar 1980, in: ZR 79/1980, Nr. 80, S. 152 ff., E. 1c). Die Klägerin hat damit sowohl Arbeit als auch Material zu einer Baute und zum Gerüstbau geleistet. Diese Leistungen sind grundsätzlich pfandberechtigt.

3.5. Eintragsfrist

3.5.1. *Rechtliches*

Gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB hat die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen. Dabei 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 i.V.m. Art. 961 Abs. 1 Ziffer 1 ZGB; Art. 972 Abs. 2 ZGB; SCHUMACHER, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 3. A., 2016, Art. 839 N 2 [CHK-SCHUMACHER]).

Die Vollendung der Arbeit entspricht nicht der endgültigen Erfüllung des Werkvertrags. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten Bauarbeiten bereits dann als vollendet, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrags sind und zusammen ein funktionelles Ganzes bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder die Behebung von Mängel. Nur ausnahmsweise gelten solche Arbeiten trotzdem als Vollendungsarbeiten und zwar wenn sie, namentlich aus Sicherheitsgründen, unerlässlich sind. Insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt. Der Begriff der Arbeitsvollendung ist insofern restriktiv auszulegen (BGE 125 III 113 E. 2b m.H.; BGE 102 II 206 E. 1b; 111 II 343 E. 2; BGer Urteile 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4; 5A_420/2014 vom 27. November 2014 E. 3.1). Überdies beginnt die Eintragsfrist in Ausnahmefällen ohne oder schon vor Abschluss der letzten Vollendungsarbeit. Ersteres ist der Fall, wenn aufgrund eines Konkurses oder wegen des Vertragsrücktritts einer der Vertragsparteien (z.B. nach Art. 377 oder Art. 107 Abs. 2 OR) der Unternehmer sichere Erkenntnis hat, dass er keine weiteren Bauarbeiten mehr zu leisten hat (CHK-SCHUMACHER, a.a.O., Art. 839 N 11; BGE 102 II 208 = Pra 65 [1976] Nr. 220, E. 1a). Im Falle eines Rücktritts des Bestellers löst erst der Empfang der Rücktrittserklärung die Eintragsfrist aus (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. A., 2008, Rz. 1124). Letzteres – der Beginn der Eintragsfrist vor der Arbeitsvollendung – 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. In einem solchen Fall ist der Tag, an welchem es dem Unternehmer ohne

sein pflichtwidriges Verhalten möglich gewesen wäre, die Bauarbeiten zu vollenden, der fristauslösende Stichtag (CHK-SCHUMACHER, a.a.O., Art. 839 N 11a).

3.5.2. Ausgangslage und Parteibehauptungen

Unstrittig erfolgte die vorläufige Eintragung der vorliegend zu beurteilenden Bauhandwerkerpfandrechte im Grundregister des Grundbuchamtes D._____ mit Wirkung ab dem 13. Juli 2016 (act. 1 Rz. 2, 39; vgl. act. 13). Damit wäre die viermonatige Eintragsfrist gewahrt, sofern sie nicht vor dem 13. März 2016 zu laufen begonnen hat (Art. 7 ZGB i.V.m. Art. 77 Abs. 1 Ziffer 3 OR). Gestützt auf Art. 8 ZGB hat die Klägerin zu behaupten und im Bestreitungsfall zu beweisen, dass entweder die von ihr vertraglich geschuldeten Arbeiten vier Monate vor der Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte, d.h. am 13. März 2016, noch gar nicht vollendet waren oder sie frühestens am 13. März 2016 die letzten Vollendungsarbeiten erbracht hatte. Die Beklagte könnte als rechtsvernichtende Tatsache darlegen, dass bereits vor dem 13. März 2016 infolge Vertragsbeendigung klar gewesen sei, dass die Klägerin keine Arbeiten mehr zu verrichten hatte, oder – unter Nennung eines früheren fristauslösenden Stichtags – dass seitens der Klägerin die (spätere) Arbeitsvollendung pflichtwidrig verzögert worden sei.

Als letzte Hauptleistung behauptet die Klägerin den vertraglich geschuldeten Abbau des Baugerüsts (act. 1 Rz. 36). Dazu sei sie vom Bauleiter mit der E-Mail vom 15. März 2016 aufgefordert worden (act. 1 Rz. 39; act. 3/31). Das Baugerüst sei nach der Fertigstellung des Rohbaus von den Nebenunternehmern gebraucht worden (act. 22 Rz. 64; act. 1 Rz. 36; act. 23/36). Demontage und Abtransport des Baugerüsts habe ihre Subunternehmerin H._____ AG am vom Bauleiter gewünschten Datum, dem 23. März 2016, ausgeführt (act. 1 Rz. 39; act. 22 Rz. 63). Damit sei die vorläufige Eintragung am 13. Juli 2016 selbst dann deutlich innert Frist erfolgt, wenn von einer Arbeitsvollendung ausgegangen werde (act. 1 Rz. 36, 39). Eine Arbeitsvollendung liege jedoch nicht vor, da sie, als sie vom Bauleiter mit E-Mail vom 27. Februar 2016 zur Fertigstellung der verlangten Restarbeiten – wovon zumindest die Ausschalung der Baukranaussparung als Hauptarbeit qualifiziere –, diese nicht ausgeführt habe (act. 1 Rz. 37). Sie sei zur Einstellung der Arbeit nach Art. 190 SIA Norm 118 bzw. Art. 82 OR berechtigt gewe-

sen, da die Beklagte mit der Bezahlung von Akontorechnungen von total CHF 110'000.– in Verzug gewesen sei, und ein Rückbehalt nur in der Höhe von CHF 37'000.– zulässig gewesen wäre. Weil die Arbeiten nicht vollendet seien, sei die Eintragung rechtzeitig erfolgt (act. 1 Rz. 38; act. 22 Rz. 62, 69).

Die Beklagte bestreitet die Einhaltung der Eintragsfrist (act. 13 Rz. II.72; act. 28 Rz. II.68): Mit der Fertigstellung des Gebäudes im Rohbau seien die Vertragsleistungen noch längst nicht erledigt gewesen (act. 13 Rz. II.55). Die Klägerin habe keine weiteren Arbeiten ausgeführt, obschon sie von der Beklagten – mit der E-Mail vom 27. Februar 2016 betreffend Restarbeiten (Betonkosmetik, Ausschalen der Kranaussparung, Entfernung der Schrauben in der Betonplatte, Aufräumen des Abfalls) und mit der E-Mail vom 17. März 2016 betreffend Spriesse, Treppengerüste, etc. – dazu aufgefordert worden sei. In ihrer E-Mail vom 18. März 2016 habe die Klägerin festgehalten, dass sie mit der Demontage des Fassadengerüsts zuwarte, bis die Akontozahlungen bezahlt seien (act. 13 Rz. II.63 ff., act. 14/10-11). Zur Einstellung der Vertragsarbeiten sei die Klägerin nicht berechtigt gewesen, denn sie und nicht die Beklagte sei in Verzug gewesen. Der Rückbehalt der Zahlungen sei zulässig gewesen, einen Vergütungsanspruch von CHF 110'000.– habe die Klägerin nicht gehabt (act. 13 Rz. II.67 ff.; act. 28 Rz. II.61 ff.). Da die mit genannten E-Mails angesetzten Fristen ungenutzt verstrichen seien, habe sie diese Arbeiten androhungsgemäss durch Dritte ausführen lassen (act. 13 Rz. II.65 ff.; act. 28 Rz. II.67). Die Klägerin könne die Frist nicht ab dem Zeitpunkt der Ausführung von Arbeiten, welche sie vertragswidrig nicht ausgeführt habe, bestimmen (act. 13 Rz. II.71).

3.5.3. Würdigung und Fazit

Unbestrittenermassen hat die Beklagte die Klägerin mit der E-Mail vom 15. März 2016 zum Abbau des Baugerüsts aufgefordert (vgl. act. 13 Rz. II.67 ff.; act. 1 Rz. 39). Damit ist auch unbestritten, dass das Baugerüst am 15. März 2016 noch stand. Weiter zeigt dies, dass die Beklagte zu jenem Zeitpunkt – da sie selber eine Vertragsleistung forderte – vom Bestand des Vertragsverhältnisses ausging. Der Abbau eines Baugerüsts ist, da auch dieser eine pfandberechtigte Leistung bildet (siehe Ziffer 3.4), als Vollendungsarbeit zu qualifizieren. Davon, dass die

Demontage der Baustelleneinrichtung zur Vollendung notwendig ist, geht im Übrigen auch die Beklagte aus (act. 13 Rz. II.13). Zwischen den Gerüstarbeiten und den Baumeisterarbeiten i.e.S. besteht – nebst der gemeinsamen Regelung in einem Werkvertrag im Sinne einer Gesamtverpflichtung (vgl. SCHUMACHER, in: BR 1999 S. 161 f., S. 162) – ein enger Konnex, war doch das Gerüst für die Erstellung des Rohbaus und damit für die Baumeisterarbeiten notwendig. Das längere Vorhalten für Nebenunternehmer unterbricht diesen Konnex nicht. Entsprechend ist die Eintragsfrist für die Arbeiten unter dem Werkvertrag einheitlich zu berechnen, was auch die Beklagte nicht in Abrede stellte, und dabei ist auf den Abbau des Baugerüsts abzustellen. Aufgrund des unbestrittenermassen noch nicht erfolgten Abbaus des Baugerüsts waren die gemäss Werkvertrag geschuldeten Arbeiten der Klägerin zum Zeitpunkt der E-Mail am 15. März 2016 noch nicht vollendet. Zudem gingen die Parteien zu diesem Zeitpunkt vom Bestehen des Vertragsverhältnisses aus und die Klägerin war mit dem Gerüstabbau nicht in Verzug. Entsprechend ist die Eintragsfrist durch die Eintragung der beantragten Bauhandwerkerpfandrechte am 13. Juli 2016 – weniger als vier Monate nach dem 15. März 2016 – eingehalten worden.

Es erübrigt sich damit zu prüfen, ob der Abbau des Baugerüsts tatsächlich durch die Klägerin (bzw. deren Subunternehmerin) erfolgt ist. Denn selbst wenn dem nicht so wäre, wäre die Eintragsfrist gewahrt: Im Falle eines berechtigten Nichtabbaus hätte die Frist wegen fehlender Vollendung der Arbeit überhaupt nicht zu laufen begonnen. Bei einer ungerechtfertigten Weigerung der Klägerin hätte die Frist frühestens im Zeitpunkt der Weigerung der Klägerin zu laufen begonnen, jedoch nicht vor der Aufforderung zum Gerüstabbau am 15. März 2016. Ebenfalls offen gelassen werden kann, ob alternativ auch die fehlende Ausschaltung der Kranaussparung als Grund für eine fehlende Vollendung herangezogen werden könnte. Zudem erübrigen sich weitere Ausführungen zu den Behauptungen betreffend Verzug und Bemerkungen zu einer Verzögerung; betreffend Letzterer fehlt insbesondere auch die Nennung eines früheren, fristauslösenden Stichtags.

3.6. Quantitativ: Höhe der Pfandsummen

3.6.1. *Ausgangslage*

Zur Feststellung der Höhe der Pfandsummen ist vorfrageweise die Höhe und damit auch das Vorliegen einer diesen zugrunde liegenden offenen Werklohnforderung zu ermitteln.

Unbestritten ist, dass die Schlussrechnung auf CHF 624'237.75 bzw. netto CHF 627'658.60 (inkl. MWST) lautet, wovon die Beklagte bereits CHF 500'000.– als Akontozahlungen bezahlt hat. Der restliche Betrag ist unbestrittenermassen unbezahlt geblieben (vgl. act. 1 Rz. 17, 28, 34, 41, 44; act. 13 Rz. II.16, 62, 94, 75 f., 94; act. 3/8).

Die Klägerin macht geltend, im Zeitpunkt der Erstellung der Schlussrechnung habe die gesamte offene Forderung CHF 127'658.60 (inkl. MWST) [CHF 627'658.60 minus CHF 500'000.–] betragen. Da Skontoabzüge nur bei rechtzeitiger Zahlung gewährt würden, seien diese nun wieder hinzuzurechnen, was eine offene Werklohnforderung von CHF 129'858.55 (inkl. MWST) ergebe (act. 1 Rz. 41 ff.). Davon entfielen aufgrund der Quoten gemäss Grundregister insgesamt CHF 85'706.75 [recte: CHF 85'706.60, vgl. Rechtsbegehren] als Pfandsummen auf die vorliegenden Pfandobjekte (act. 1 Rz. 4, 49).

Die Beklagte bestreitet die Höhe der Schlussrechnung, das Schlussermass, die (offene) Werklohnforderung und das Vorliegen von Pfandsummen (u.a. act. 13 Rz. II.16, 75 ff., 94, 97 f.). Zudem sei die Klägerin ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast nicht nachgekommen (act. 28 Rz. II.76 ff.).

Wie erwähnt (siehe Ziffer 3.1), trägt die Klägerin die Behauptungs- und Beweislast für die Eintragungsvoraussetzungen und deshalb – im Zusammenhang mit den Pfandsummen – auch für die offene Werklohnforderung. Eine Differenzierung nach bezahlten und nicht bezahlten Leistungen hat sie nicht vorgenommen. Deshalb muss sie nicht bloss die behauptete offene Werklohnforderung von CHF 129'858.55, sondern eine Werklohnforderung, die den Betrag der geleisteten Akontozahlungen von CHF 500'000.– übersteigt, detailliert dartun und beweisen.

Damit die Pfandrechte in der beantragten Höhe definitiv eingetragen werden könnten, wäre der Nachweis einer Werklohnforderung von CHF 629'858.40 erforderlich (= CHF 500'000.– plus CHF 129'858.55 minus CHF 0.15 [wegen eines Rechnungsfehlers in Rechtsbegehren Ziffer 1.III, worin CHF 31'165.90 statt CHF 31'166.05 verlangt wird]).

3.6.2. Ermittlung der Werklohnforderung: Genehmigung der Schlussrechnung

Sinngemäss macht die Klägerin geltend, die offene Werklohnforderung sei durch die Genehmigung der Schlussrechnung erstellt. Gemäss Art. 154 Abs. 2 SIA Norm 118 habe die Bauleitung die Schlussabrechnung innert Monatsfrist zu prüfen. Der Bauleiter habe der Klägerin aber keine Differenzen mitgeteilt, weshalb ihre Schlussrechnung als genehmigt gelte (Abs. 3) (act. 1 Rz. 41). Die Einwendungen in der Klageantwort seien zu spät erfolgt (act. 22 Rz. 75).

Die Beklagte wendet dagegen ein, dass ihr, nachdem das Schlussergebn an der Besprechung vom 21. April 2016 nicht hätte bereinigt werden können, eine Prüfung der Schlussrechnung ohne Dokumentation nicht möglich gewesen sei. Es gäbe von ihr daher auch keinen Prüfungsbescheid. Von einer Genehmigung der Schlussrechnung könne keine Rede sein (act. 13 Rz. II.76).

Gemäss Art. 154 Abs. 2 SIA Norm 118 prüft die Bauleitung die vom Unternehmer erhaltene Schlussabrechnung innert Monatsfrist und stellt dem Unternehmer einen Prüfungsbescheid zu. Eine verlängerte Prüfungsfrist von bis zu drei Monaten kann im Werkvertrag vereinbart werden. Falls sich bei der Prüfung keine Differenzen ergeben, gilt die Schlussabrechnung mit dem Prüfungsbescheid der Bauleitung als beidseitig anerkannt (Art. 154 Abs. 3 SIA Norm 118). Hält die Bauleitung die Prüfungsfrist nicht ein, so kann ihr der Unternehmer eine Nachfrist von einem Monat ansetzen. Läuft die Nachfrist ergebnislos ab, wird die Schlussabrechnungsforderung – soweit sie denn besteht – mangels anderer Abrede ohne Prüfungsbescheid fällig (Art. 155 Abs. 2 SIA Norm 118). Gemäss Rechtsprechung und herrschender Lehre ist damit jedoch keine (stillschweigende) Anerkennung der Forderung bzw. Genehmigung der Schlussabrechnung durch die Bauleitung verbunden (OGer ZH Beschluss LB130065 vom 4. Juli 2014 E. C.2.2; SCHUMA-

CHER/MONN, in: GAUCH/STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, 2. A., 2017, Art. 155 N 13; SPIESS/HUSER, in: SPIESS/HUSER, SHK zur Norm SIA 118, 2014, Art. 155 N 9). Entsprechend verfängt die Behauptung der stillschweigenden Genehmigung der Schlussrechnung wegen des Fehlens eines (negativen) Prüfungsbescheids von vornherein nicht. Zudem wäre auch das beschriebene Vorgehen nicht eingehalten worden, eine Nachfristansetzung wird nicht behauptet. Damit gilt die Schlussrechnung nicht als genehmigt, weshalb auch die offene Werklohnforderung nicht bereits dadurch erstellt ist.

3.6.3. Ermittlung der Werklohnforderung: Sonstige Parteivorbringen

3.6.3.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Parteien vereinbarten im Werkvertrag – nebst einem Globalpreis von CHF 62'000.– für die Baustelleneinrichtung – eine Vergütung nach Einheitspreisen gemäss Art. 39 SIA Norm 118 (act. 1 Rz. 11, 15; act. 13 Rz. II. 7, 12 f.; act. 22 Rz. 8; act. 3/2). Dem Werkvertrag ging eine Offertstellung seitens der Klägerin voraus, wobei sie sich auf das Leistungsverzeichnis der Beklagten stützte (act. 1 Rz. 11; vgl. act. 13 Rz. II.7). In der Offerte waren für die Leistungen nach Ausmass nur die Preise pro jeweilige Mengeneinheit fix. Die Mengen waren Schätzungen und die Hauptsumme von CHF 739'339.50 war daher unverbindlich (act. 1 Rz. 12; vgl. act. 13 Rz. II.8 f.). Für die Berechnung des effektiv zu zahlenden Werklohns sind die Mengen nach tatsächlichem Ausmass zu ermitteln (act. 1 Rz. 14; act. 13 Rz. II.11; Ziffer 10.1 AVB). Die Ausmasse – für das Schlussermass und die früher datierenden Ausmassurkunden – wurden in Abweichung von der vereinbarten SIA Norm 118 (siehe Ziffer 2) durch die Klägerin allein aufgenommen und anschliessend der Beklagten zugestellt (act. 1 Rz. 29 f.; act. 13 Rz. II.57).

3.6.3.2. Rechtliches: Werklohn bei Einheitspreisverträgen

Beim Einheitspreisvertrag ergibt sich der Werklohn für eine Leistung aus der Menge der geleisteten Einheiten multipliziert mit dem zugehörigen Einheitspreis.

Vergütungspflichtig ist nur diejenige Menge, die bei sorgfältigem Vorgehen genügt hätte, um die geschuldete Leistung vertragsgemäss auszuführen. Die Beweislast liegt beim Unternehmer (GAUCH/STÖCKLI, in: GAUCH/STÖCKLI, SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, 2. A., 2017, Art. 39 Anm. 6.4 m.H.; vgl. act. 13 Rz. II.11), d.h. vorliegend bei der Klägerin (vgl. act. 13 Rz. II.11). Entsprechend hat er die vertragliche Vereinbarung der erbrachten Leistungen, die Menge der geleisteten Einheiten, die Notwendigkeit dieser Menge bei sorgfältigem Vorgehen sowie den jeweils vereinbarten Einheitspreis zu beweisen (BGer Urteil 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 2, 4.4; GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 39 Anm. 6.1 ff.). Um zum Beweis zugelassen zu werden, sind aber die entsprechenden Tatsachen zunächst rechtsgenügend darzutun (siehe Ziffer 1.4).

Die Mengen der geleisteten Einheiten können nach plangemäsem theoretischem oder, wie vorliegend vereinbart, nach tatsächlichem Ausmass ermittelt werden (Art. 141 Abs. 1 SIA Norm 118; siehe Ziffer 3.6.3.1). Beim tatsächlichen Ausmass werden die erbrachten Mengeneinheiten am Objekt gemessen, in natura gewogen oder gezählt (SCHUMACHER/MONN, a.a.O., Art. 142 Anm. 3 m.H.). Bauleitung und Unternehmer ermitteln die Ausmasse gemeinsam und anerkennen sie gegenseitig in den Ausmassurkunden. Grundsätzlich hat die Ermittlung fortlaufend und zeitgerecht zu erfolgen (Art. 142 Abs. 1 SIA Norm 118). Ausmasse, die nach dem Fortschreiten des Baus nicht mehr festgestellt werden können, sind gemäss Art. 142 Abs. 2 SIA Norm 118 sofort aufzunehmen, wobei der Unternehmer die Bauleitung rechtzeitig zu benachrichtigen hat. Auch die gewöhnlichen Ausmasstermine werden in der Praxis vom Unternehmer organisiert. Der Ausmasstermin kann gemeinsam abgesprochen werden, andernfalls hat die einladende Partei der anderen eine angemessene Reaktions- und Vorbereitungszeit einzuräumen (SCHUMACHER/MONN, a.a.O., Art. 142 Anm. 7.2 f.). Wird der für die gemeinsame Aufnahme des Ausmasses vereinbarte Termin von einer Seite nicht eingehalten, hat der Säumige das Aufnahmeergebnis des anderen als endgültig anzuerkennen, sofern die Aufnahme nicht nachgeholt werden kann oder er ein zweites Mal säumig wird (Art. 142 Abs. 3 SIA Norm 118). Sowohl die tatsächliche Anerkennung aufgrund gemeinsamer Ausmassaufnahme als auch die Anerkennung aufgrund Säumnis begründen eine natürliche (tatsächliche) Vermutung dafür, dass

die in der Ausmassurkunde enthaltenen Tatsachen der Wahrheit entsprechen. Sie kann durch den Gegenbeweis entkräftet werden (SCHUMACHER/MONN, a.a.O., Art. 142 Anm. 9.4 f.; vgl. act. 28 Rz. II.57). Die tatsächliche Vermutung entbindet allerdings nicht von der rechtsgenügenden, nachvollziehbaren Aufstellung entsprechender Tatsachenbehauptungen.

3.6.3.3. Wesentliche Parteivorbringen

a) Werklohnforderung als Gesamtforderung / Verweis

Die Klägerin verweist für die Werklohnforderung auf die Schlussrechnung sowie das dieser zugrunde liegende Schlussausmass. Beide Dokumente liegen als Beilagen im Recht. Sinngemäss macht die Klägerin geltend, dass der Werklohnanspruch, welcher den vertragskonform erbrachten Leistungen entspreche, dadurch – bis ins letzte Detail – ausgewiesen und belegt sei (act. 1 Rz. 28 ff., 41 ff.; act. 22 Rz. 49, 74 f., 94, 97). Als Leistungen macht sie Arbeit und Material zu folgenden Beträgen geltend (act. 1 Rz. 28):

Kap. 113	Baustelleneinrichtung (inkl. deren Entsorgung)	CHF	66'817.90
Kap. 114	Baugerüst (inkl. Abbau)	CHF	19'242.20
Kap. 161	Wasserhaltung	CHF	1'001.75
Kap. 212	Baugrubenaushub	CHF	2'194.25
Kap. 237	Kanalisation und Entwässerung	CHF	19'582.50
Kap. 237 [recte 241]	Ortbetonbau	CHF	443'247.75
Kap. 314	Maurerabreiten	CHF	72'151.40
Total		CHF	624'237.75

Das Schlussausmass habe sie korrekt und sorgfältig erstellt (act. 22 Rz. 49). Die Beklagte habe bis heute keinen gegenteiligen Nachweis erbracht (act. 22 Rz. 74). Es sei überprüfbar und folge detailliert dem Leistungsverzeichnis. Sämtliche Positionen seien darin vollständig und, wenn nötig, durch Erläuterungen ergänzt aufgeführt. Ausserdem baue es nahtlos auf den von der Beklagten anerkannten Ausmassurkunden auf (act. 22 Rz. 77, 49). Sämtliche Lieferscheine, Pläne und Rapporte habe sie dem Bauleiter zugestellt bzw. an der Schlussbesprechung dabei gehabt (act. 22 Rz. 71, 78). Den Einwand der Beklagten, dass das Schlussausmass nicht ausgeführte, inhaltlich oder betragsmässig unrichtige Positionen enthalte, bestreitet sie. Ebenso wenig seien Positionen der Installationsglobalen

nochmals separat aufgeführt oder von Dritten ausgeführt worden. Es bestehe kein Anlass dafür, den Werklohn zu kürzen (act. 22 Rz. 79 ff.).

Die Beklagte bestreitet die (offene) Werklohnforderung, die Schlussrechnung und das Schlussausmass (act. 13 Rz. II.16, 77; act. 28 Rz. II.38). Ein offener Werklohnanspruch werde nicht substantiiert behauptet. Die Klägerin begnüge sich mit einem pauschalen Verweis auf ihre Schlussrechnung und ihr Schlussausmass (act. 28 Rz. II.76; vgl. auch act. 13 Rz. II.76). Die Schlussrechnung basiere auf einem gravierend fehlerhaften Ausmass und sei deutlich übersetzt (act. 13 Rz. II.16, 55, 75, 77; vgl. act. 28 Rz. II.38). Mangels Vorliegen einer prüffähigen Dokumentation (Ausmasspläne, -skizzen, -bücher, -blätter, notwendige Lieferscheine, unterzeichnete Regierapporte) sei das Schlussausmass nicht überprüfbar und daher nicht abschliessend kritisierbar (act. 13 Rz. II.41, 76; act. 28 Rz. II.53, 71, 77). Es enthalte unrichtige, zu hohe und von der Klägerin nicht ausgeführte Positionen sowie Positionen, welche bereits in der Installationsglobalen enthalten seien. Darüber hinaus seien zahlreiche in der Installationsglobalen enthaltenen Leistungen auf Kosten der Beklagten von Dritten ausgeführt worden. Die Werklohnforderung sei mindestens um die entsprechenden Positionen – die aufgrund der unvollständigen Dokumentation nicht abschliessend aufgelistet werden könnten – zu kürzen (act. 13 Rz. II.76 ff. act. 28 Rz. II.80 ff., 107). Es bestehe kein offener Vergütungsanspruch (act. 13 Rz. II.92 (1), 93).

b) Aufnahme der Ausmasse

Die Klägerin behauptet, die Parteien hätten vereinbart, dass sie die Ausmasse alleine aufnehme und die Ausmassurkunden danach der Beklagten zur Prüfung unterbreite. Dies entspreche einer gängigen Praxis. Der Bauleiter habe auch keinerlei Interesse an einer persönlichen Teilnahme an der Ausmassaufnahme gezeigt, obwohl sie ihm angeboten worden sei (act. 1 Rz. 29; act. 22 Rz. 51). Hätte die Beklagte auf die gemeinsame Ausmassaufnahme bestehen wollen, hätte sie dies beim ersten Ausmass monieren müssen, über dessen Aufnahmetermin sie unterrichtet gewesen sei. Die jetzige Berufung auf Formvorschriften sei rechtsmissbräuchlich (act. 22 Rz. 55, 58). Ausserdem habe sie im Begleitschreiben zur ersten Ausmassurkunde den Bauleiter dazu aufgefordert, Beanstandungen innert

zwei Wochen zu melden, ansonsten die Ausmassurkunde als genehmigt gelte. Es sei – wie während der gesamten Vertragsdauer – kein Widerspruch erfolgt (act. 22 Rz. 56; act. 1 Rz. 29). Hinzu komme, dass der Beklagten bekannt gewesen sei, dass Ausmassarbeiten im Tiefbau im Nachhinein kaum noch überprüfbar seien, und dass es am Bauleiter gewesen wäre, zu intervenieren, wenn er mit dem Vorgehen nicht einverstanden gewesen sei (act. 22 Rz. 52 ff.). Dieser habe die vereinbarte Vorgehensweise jedoch mit der E-Mail vom 14. September 2015, mit welcher er letztlich um eine Erstreckung der Prüfungsfrist gebeten habe, bestätigt (act. 1 Rz. 31; act. 22 Rz. 56, 58; act. 3/22). Die Ausmassurkunden seien durch die Beklagte geprüft und anerkannt (act. 22 Rz. 49, 59; act. 1 Rz. 32) bzw. stillschweigend genehmigt worden (act. 22 Rz. 52 ff.). Weiter habe sie ihre Genehmigung der gelebten Praxis auch durch drei Akontozahlungen gezeigt (act. 22 Rz. 57; act. 1 Rz. 34).

Laut der Beklagten sei die Leistungserfassung nicht vertragsgemäss erfolgt, da das vereinbarte Vorgehen gemäss SIA Norm 118 von der Klägerin nicht beachtet worden sei. Das normwidrige Vorgehen sei weder von den Parteien vereinbart worden, noch entspreche es einer gängigen Praxis (act. 13 Rz. II.57; act. 28 Rz. II.49). Der Vorwurf des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens sei unbegründet (act. 28 Rz. II.52). Wenn der Unternehmer eigenmächtig vom vereinbarten Vorgehen abweiche, riskiere er, dass die tatsächlich geleisteten Mengeneinheiten wegen des Baufortschritts nicht mehr kontrolliert werden könnten (act. 28 Rz. II.49; act. 13 Rz. II.57). Gemäss Art. 144 Abs. 2 SIA Norm 118 obliege es dem Unternehmer, zur sofortigen Massaufnahme einzuladen, wenn eine sofortige Ermittlung notwendig oder sinnvoll sei (act. 28 Rz. II.51, 56). Er sei daran interessiert, den mengenmässigen Umfang seiner Leistungen beweisen zu können. Der Einwand, dass es Aufgabe des Bauleiters gewesen sei, zu intervenieren, gehe deshalb fehl (act. 28 Rz. II.51 f.). Fehlendes Interesse des Bauleiters an der Teilnahme und die Kenntnis des Aufnahmeterrmins des ersten Ausmasses würden bestritten (act. 28 Rz. II.49). Weiter seien die Ausmasse von der Beklagten nie anerkannt bzw. stillschweigend genehmigt worden. Daran ändere auch der Hinweis im Begleitschreiben (act. 13 Rz. II.58) und die E-Mail vom 14. September 2015 nichts. In der E-Mail habe sie ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine

Kontrolle aufgrund fehlender Angaben nicht möglich sei (act. 13 Rz. II.59; act. 28 Rz. II.54 f.; act. 3/22). Zudem zeige die E-Mail – was auch Art. 144 Abs. 3 SIA Norm 118 vorsehe –, dass die Zahlungen der Akontorechnungen aufgrund des Fehlens eines endgültigen Ausmasses keine Anerkennungsvermutungen begründeten (act. 28 Rz. II.50, 54, 69 ff.). Die vorliegenden Ausmasse seien bloss vorläufig, da sie weder gegenseitig anerkannt worden seien, noch als gegenseitig anerkannt gelten würden (act. 28 Rz. II.50). Dass kein endgültiges Ausmass vorliege, räume die Klägerin mit ihren Ausführungen zur nicht gelungenen Bereinigung des Schlussausmasses selber ein (act. 13 Rz. II.73 f.; act. 28 Rz. II.69).

c) Einzelpositionen

Die Klägerin stellt in ihren Rechtsschriften verstreut Behauptungen zu Einzelpositionen im Gesamtbetrag von **CHF 183'611.35** auf. Sie macht Ausführungen zu einzelnen Arbeiten im Ausmass im Untergeschoss sowie zu Regiearbeiten (CHF 5'836.10; bereits in CHF 183'611.35 enthalten), welche abweichend von der Offerte zusätzlich hätten ausgeführt werden müssen, und äussert sich zu Bestreitungen (act. 1 Rz. 16, 18 ff., 26 ff.; act. 22 Rz. 13 f., 16 ff., 28 ff., 30 f., 34 f. 38 ff., 80 ff., 85).

Die Einzelpositionen werden seitens der Beklagten – mit wenigen Ausnahmen (vgl. act. 13 Rz. II.24, 34, 78.9, 78.25, 78.26; act. 28 Rz. II.80.9, 80.14, 80.15, 80.16, 80.25, 80.26) – vollständig bestritten (act. 13 Rz. II.15, 18 ff., 22 ff., 41 ff., 78 ff.; act. 28 Rz. II.7 ff., 10 ff., 17 ff., 40 ff., 80 ff., 93 ff., 98 ff., 105 ff.). Die Beklagte anerkennt für Kapitel 314 Pos. R834.191 den Betrag von CHF 555.– (act. 13 Rz. II.78.26; act. 28 Rz. II.80.26) sowie durch fehlendes Bestreiten der behaupteten Korrektheit der korrigierten Mengen der Positionen 511.213, 511.214, 511.233, 511.234, 511.236 (Kapitel 241; gehören zur Eisenmenge, siehe unten Ziffer 3.6.3.3d)) für Betonstähle den Betrag von CHF 74'353.90 (act. 1 Rz. 32; vgl. act. 13 Rz. II.60); beide Beträge sind nicht im erwähnten Gesamtbetrag von CHF 183'611.35 enthalten.

d) Eisen-, Beton-, Schalungsmengen

Die Beklagte bezeichnet die Eisen-, Beton-, Schalungsmengen in Kapitel 241 Positionen 500 ff. des Schlussausmasses (nachfolgend "Eisen-, Beton-, Schalungsmenge") aufgrund der Überprüfung durch den Ingenieur als deutlich übersetzt sowie unsubstantiiert und bestreitet sie (act. 13 Rz. II.79 ff. inkl. BO; act. 28 Rz. II.82, 85 ff.). Die Klägerin betrachtet diese Überprüfung als Unsinn, da der Ingenieur nicht konkret am Bau gemessen, sondern aufgrund der Baupläne Hochrechnungen erstellt habe (act. 22 Rz. 81 ff.).

Betreffend Eisen verlangt die Beklagte zuerst gestützt auf eine Berechnung gemäss einer selber eingereichten, inoffiziellen Eisenliste einen Abzug von CHF 12'150.–. Danach bestreitet sie aber die Menge insgesamt. Für das tatsächliche Ausmass sei auf die bereinigte, detaillierte Eisenliste gemäss Armierungsplan und auf die Lieferscheine des Stahllieferanten abzustellen, welche nicht vorlägen. Ohne sie sei das Schlussausmass nicht überprüfbar, was speziell die bestrittenen, unsubstantiierten, unbelegten Behauptungen hinsichtlich des selbst zugeschnittenen Eisens zeigten (u.a. Kapitel 241 Positionen 515.001 und 515.002) (act. 13 Rz. II.80; act. 28 Rz. II.32, 85 ff.).

Die Klägerin erklärt die beklagtische Berechnung für nicht nachvollziehbar. Es sei eine Entlöhnung nach tatsächlichem Ausmass geschuldet, der Ingenieur habe aber eine tabellarische Berechnung mit Idealmassen erstellt. Sie habe nicht zu viel Eisen ausgewiesen, es brauche regelmässig mehr Armierung als das theoretische Minimum (act. 22 Rz. 81 f.).

Laut der Beklagten seien auch Beton- und Schalungsmengen gemäss Vergleich mit einem 3D-Model zu hoch. Es seien Abzüge von mindestens CHF 23'200.– (Beton) sowie CHF 17'040.– (Schalung) vorzunehmen (act. 13 Rz. II.82 f.; act. 28 Rz. II.82). Weiter wendet die Klägerin ein, das 3D-Model sei nicht detailliert, nicht überprüfbar und für einen Vergleich mit dem Schlussausmass untauglich. Die Idee eines Ausmasses liege gerade darin, dass man konkret ausmesse. In Bezug auf den Beton seien im 3D-Model gewisse Faktoren (grössere Ausführung des UGs aufgrund der übermässigen Aushubfläche bzw. der falschen Positionierung

der Rühlwände; Wände mit variierenden Wandstärken) unberücksichtigt geblieben. Auch betreffend Schalung seien Hochrechnungen aufgrund von Plänen unzulässig. Bei einem seriösen Vergleich müssten die tatsächlichen Flächen gegenübergestellt werden. Das Vorgehen der Beklagten berücksichtige u.a. nicht, dass Wände regelmässig baubedingt in mehreren Etappen gebaut worden seien, was zusätzliche Abschaltungen zur Folge gehabt hätte. Abweichungen zwischen Schlussausmass und tatsächlich verbauten Mengen würden bestritten (act. 22 Rz. 81 ff.). Sodann entgegnet die Beklagte, dass die Klägerin selbst das Ausmass anhand Lieferscheinen berechnet und nicht selbst gemessen habe, was nicht die korrekte Ermittlungsmethode darstelle (act. 28 Rz. II.83). Weiter bestreitet die Beklagte, dass grössere Betonmengen sowie zusätzliche Abschaltungen nötig gewesen seien. Auch seien die Gründe dafür nicht hinreichend dargetan. Zudem stelle sich die Frage, weshalb die Klägerin die Flächenangaben für einen Vergleich der Schalungsmenge nicht liefere und dokumentiere. Es liege nahe, dass keine Ausmasspläne oder Ermittlungsdokumente existierten (act. 28 Rz. II.84, 88 ff.).

Auf diese Parteivorbringen wird nachfolgend eingegangen, soweit dies zur Entscheidungsfindung notwendig ist.

3.6.3.4. Würdigung

a) Vorbemerkung

Wie unter Ziffer 3.6.3.3 ausgeführt, behauptet die Klägerin zwar den Bestand einer offenen Werklohnforderung (u.a. act. 1 Rz. 28 ff., 41 ff.), beschränkt sich zur Darlegung der Gesamtforderung aber weitgehend auf einen pauschalen Verweis auf die Schlussrechnung und das Schlussausmass. Dabei basiert Letzteres gemäss Darstellung der Klägerin auf anerkannten Ausmassurkunden älteren Datums. Gleichzeitig moniert sie, dass die Beklagte das Schlussausmass nur pauschal bestritten und dessen Inkorrektheit nicht nachgewiesen habe (act. 22 Rz. 74). Damit verkennt sie die Verteilung der Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast (vgl. auch act. 28 Rz. II.75). Es lag an ihr, schlüssig bzw. – aufgrund der Bestreitungen – detailliert die im Schlussausmass aufgelisteten Leistungen, insbesondere diejenigen nach Ausmass (inkl. Leistungen, Mengen, Prei-

se, Notwendigkeit, und – wegen der alleinigen Ausmassaufnahme – Angaben dazu), darzutun (siehe Ziffer 3.6.3.2). Solche substantiierten Behauptungen hatte sie zu allen Leistungen im Schlussermass und nicht bloss betreffend behauptete Abweichungen von Offerte und Leistungsverzeichnis aufzustellen (siehe Ziffern 3.6.3.3c) und 2), enthalten diese doch nur Schätzungen und Annahmen (siehe Ziffer 3.6.3.1). Erst danach könnten von der Beklagten detaillierte Bestreitungen verlangt werden, und wäre allenfalls ein Beweisverfahren durchzuführen (siehe Ziffer 1.4). Nachfolgend ist deshalb die Substantiierung der Gesamtforderung – insbesondere aufgrund des Verweises auf die Schlussrechnung und das Schlussermass – zu prüfen, bevor zusätzlich auf die Eisen-, Beton- und Schalungsmengen einzugehen ist.

b) Gesamtforderung: Insb. Verweis auf Schlussrechnung und Schlussermass

In den Rechtsschriften wird für die Gesamtforderung mehrfach auf die Schlussrechnung und das Schlussermass verwiesen (u.a. act. 1 Rz. 28, 42). In der Schlussrechnung (act. 3/8) sind allerdings nur die Kapitelnamen und -nummern sowie deren zugehörigen Beträge aus dem Schlussermass abgedruckt. Anhand der Schlussrechnung allein kann die offene Werklohnforderung nicht hinreichend nachvollzogen werden.

Im Schlussermass werden dagegen auf 70 Seiten einzelne Positionen aufgelistet (act. 3/9). Doch auch diese Positionen sind weder eindeutig noch selbsterklärend: Zwar ist erkennbar, dass darin Leistungen, Mengen und Masse geleisteter Einheiten sowie die Einheitspreise dargestellt werden sollen. Es genügt jedoch nicht, dass die Informationen in irgendeiner Form vorhanden sind. Die aufgelisteten Informationen müssen klar und verständlich sein, es darf kein Interpretationsspielraum bestehen. Die Positionen im Schlussermass sind jedoch weder für die Gegenpartei noch das Gericht ohne Erklärung nachvollziehbar. Dies lässt sich beispielhaft an folgender Position des Kapitels 314 Maurerarbeiten aufzeigen (act. 3/9 S. 56):

111.132	h m 1,51 bis 3,00.	m2	185.547	64.00	11'875.00
	Ausmass 30.06.2015		144.960		
	BN 15 EG	X			
	(1.735 + 0.88 + 0.225 + 3.70 + 2.93 + 2.68				
	+ 2.00 + 5.15 + 4.40 + 3.3 + 1.95) * 2.55	+	73.823		
	Abzug Türen:(2.24 * 0.88 * 6)	-	11.827		
	BN 15 OG	X			
	(3.70 + 3.105 + 1.65 + 2.85 + 4.53 + 3.3 +				
	3.20 + 3.70 + 2.0 + 2.50 + 2.0) * 2.55	+	82.964		
	Ausmass 04.09.2015		-13.798		
	Abzug Türen:(0.88 * 2.24) * 7	-	13.798		
	Ausmass 28.10.2015		54.385		
	BN 15 DG	X			
	(3.55 + 2.95 + 0.75 + 1.70 + 2.68 + 1.58 +				
	3.70 + 3.40 + 3.18) * 2.55	+	59.925		
	(1.40 * 0.8) + (1.40 * 1.75) / 2	+	2.345		
	Abzug Türen: (2.24 * 0.88) * 4	-	7.885		

Die Zahlenreihen sind zwar mathematisch schlüssig, aber aufgrund solcher Angaben ist nicht ersichtlich, was mit den einzelnen Zahlen behauptet werden soll. Abgesehen davon, dass im Schlussausmass teilweise die Art der Leistung nicht erkennbar ist und zur Notwendigkeit der Mengen überhaupt nichts ausgeführt wird, bleibt insbesondere unklar, wo welche einzelnen Mengen und Masse verwendet bzw. die Ausmasse aufgenommen worden sind. Konkret bleibt unklar, um welche/n Raum / Wand / Decke / Bodenfläche es sich handelt, welche Zahl eine Dicke / Länge / Breite / Höhe darstellen soll oder zumindest wo vor Ort die Dicke / Länge / Breite / Höhe gemessen oder gewogen worden ist. Die Angabe dieser Parameter wäre jedoch notwendig gewesen, damit die Beklagte dazu hätte Stellung nehmen können. Die Klägerin beruft sich darauf, dass die Positionen im Schlussausmass, wenn notwendig, durch Erläuterungen ergänzt worden seien (act. 22 Rz. 77). Sie führt allerdings nicht aus, welche Erläuterungen sie damit genau meint. Dem Schlussausmass jedenfalls lassen sich keine hinreichend verständlichen, konkreten, detaillierten und aussagekräftigen Erklärungen entnehmen. Auch aus den bei den Positionen des Schlussausmasses jeweils angebrachten Hinweisen auf früher datierende Ausmassurkunden ergeben sich keine zusätzlichen Informationen. Diese Ausmassurkunden weisen die gleiche Darstellung wie das Schlussausmass auf und enthalten auch keine Ausmasspläne oder verständliche Konkretisierungen. Überdies würden von früher datierende, anerkannte Ausmasse (vgl. act. 22 Rz. 49, 77) nichts an der Verteilung der Behauptungs- und Substantiierungslast ändern, sondern lediglich zu einer Beweiserleichterung führen. Die Klägerin hätte auch diesfalls detaillierte Behauptungen zu den Ausmasspositionen aufzustellen, sind sie doch nicht selbsterklärend. Hinreichend

substantiierte Behauptungen sind zudem nicht nur für die Gegenpartei, sondern auch für das Gericht vorzubringen (siehe Ziffer 3.6.3.2). Von einer Anerkennung früher datierender Ausmassurkunden kann aber ohnehin nicht ausgegangen werden (sogleich Ziffer 3.6.3.4c).

Da das Schlussausmass und die Schlussrechnung bestritten und nicht selbsterklärend sind, ist die Klägerin durch den blossen Verweis darauf der Substantiierungsobliegenheit nicht nachgekommen. Diese Urkunden wären deshalb in den Rechtsschriften zu konkretisieren gewesen. Die Klägerin hat es jedoch weitestgehend unterlassen, die einzelnen Positionen des Schlussausmasses überhaupt zu erwähnen, geschweige denn diese zu erläutern (siehe für erwähnte Positionen Ziffern 3.6.3.3c)-d) und 3.6.3.4d)).

Im Einzelnen: Die in der Klageschrift enthaltene Auflistung der Kapitel des Schlussausmasses samt Beträgen ist zu pauschal (act. 1 Rz. 28; siehe Ziffer 3.6.3.3a)) und trägt nichts zur Klärung bei. Auch aus den unbestritten gebliebenen Behauptungen der Klägerin, dass es bei den oberirdischen Geschossen keine namhaften Abweichungen von den Plänen gegeben habe und die Ortbetonbau und Maurerarbeiten gemäss Werkvertrag bzw. Leistungsverzeichnis ausgeführt worden seien, lässt sich nichts Klärendes ableiten (siehe Ziffer 2). Ebenso wenig hilft der Hinweis, dass das Schlussausmass dem Leistungsverzeichnis folge (act. 22 Rz. 77), weiter. In der Offerte und im Leistungsverzeichnis finden sich nur Schätzungen und Annahmen, die Pläne enthalten nur theoretische Masse. Die tatsächlichen Ausmasse werden damit nicht dargetan (vgl. Ziffer 3.6.3.1). Mit dem Leistungsverzeichnis liessen sich allenfalls noch die Leistungen und die Einheitspreise dar- und belegen, doch die jeweiligen konkreten Mengen und Masse, welche Teile sie genau betreffen, und inwiefern sie bei sorgfältigem Vorgehen notwendig waren, lässt sich auch unter Beizug des Leistungsverzeichnisses nicht ermitteln. Zudem ist es nicht Aufgabe der Gegenpartei und des Gerichts, Informationen aus verschiedenen Dokumenten zusammenzusuchen, zumal nicht einmal Grundinformationen dazu behauptet und die Dokumente nicht rechtsgenügend, d.h. verknüpft mit Tatsachenbehauptungen, als Beweise angeboten worden sind.

Nach dem Gesagten besteht aufgrund der fehlenden Konkretisierungen ein grosser Interpretationsspielraum, welcher der Beklagten kein konkretes Bestreiten und damit kein sinnvolles Prozessieren erlaubt (vgl. BGer Urteil 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.2). Es kann von ihr nicht erwartet werden, die Positionen zu interpretieren bzw. Vermutungen aufzustellen. Aus ihrem detaillierten Bestreiten von wenigen Positionen kann im Übrigen nicht abgeleitet werden, dass ihr dies bei sämtlichen Positionen des Schlussausmasses möglich gewesen wäre (vgl. auch act. 13 Rz. II.76). Hätte die Klägerin ihre Ausführungen in den Rechtsschriften auf das Notwendigste begrenzen wollen, hätte sie zumindest Ausmasspläne, in welchen eingezeichnet wäre, wo welches Ausmass aufgenommen worden ist, beilegen, darauf verweisen und grundlegende Erläuterungen zu den jeweiligen Parameter in den Rechtsschriften anbringen können. Dies hat sie nicht getan, womit das Schlussausmass und damit auch die Schlussrechnung nicht nachvollziehbar sind. Irrelevant ist, ob sie der Beklagten solche Ausmasspläne und weitere Dokumente ausserhalb dieses Verfahren zugestellt bzw. gezeigt hat. Das Fundament der Klage ist vor allem auch dem Gericht darzulegen.

Da das Schlussausmass und die Schlussrechnung nicht selbsterklärend sind, die Klägerin sie in den Rechtsschriften nicht erläutert und auch sonst keine hinreichenden Ausführungen zur Gesamtforderung gemacht hat, kommt sie ihrer Substantiierungsobligen hinsichtlich der Gesamtforderung nicht nach. Damit fällt auch ein Beweisverfahren ausser Betracht. Aufgrund der pauschalen Darstellung der Klägerin liessen sich gar keine Beweissätze formulieren. Auch das von der Klägerin beantragte "Gutachten zu den durch die Klägerin erbrachten Leistungen" liesse sich nicht erstellen (u.a. act. 1 Rz. 28 BO; act. 22 Rz. 75), da die Tatsachen, welche mit dem Gutachten bewiesen werden sollen, nicht dargelegt wurden (BRÖNNIMANN, in: HAUSHEER/WALTER, Berner Kommentar ZPO, Band II, 2012, Art. 152 N 33; vgl. BGE 127 III 365 E. 2c). Es ist nicht Sache des Gerichts oder des Gutachters, aus den eingereichten Unterlagen die relevanten Tatsachen herauszusuchen. Aufgrund der fehlenden Nachvollziehbarkeit der Unterlagen wäre ihnen dies vorliegend auch gar nicht möglich. Ebenfalls könnten allfällige Zeugen aussagen die fehlenden Parteibehauptungen nicht ersetzen (vgl. act. 1 Rz. 28; siehe Ziffer 1.4).

Da die Gesamtforderung durch den Verweis auf Beilagen nicht erstellt werden kann, vermag die Klägerin keine offene Werklohnforderung darzulegen. Denn selbst wenn der Nachweis der Einzelpositionen (CHF 183'611.35) gelingen würde (was offen gelassen werden kann), wäre zuzüglich der anerkannten Beträge von CHF 555.– und CHF 74'353.90 (siehe Ziffer 3.6.3.3c)) lediglich ein Betrag von **CHF 258'520.25** und damit keine Werklohnforderung von über CHF 500'000.– erstellt. (Für Eisen-, Beton- und Schalungsmengen siehe Ziffer 3.6.3.4d), auch wenn diese Mengen im Betrag von CHF 168'209.65 zusätzlich hätten dargetan werden können, wäre noch immer keine offene Werklohnforderung erstellt, da dies nur einen Betrag von total CHF 426'729.90 ergäbe.)

c) Gesamtforderung: Keine Anerkennung früherer Ausmasse

Wie ausgeführt, würde selbst bei Vorliegen anerkannter Ausmasse die Darlegung einer offenen Werklohnforderung nicht gelingen. Von einer Anerkennung der einseitig aufgenommenen, von früher datierenden Ausmasse kann aber aus mehreren Gründen nicht ausgegangen werden:

Der diesbezügliche Tatsachenvortrag ist widersprüchlich und damit nicht schlüssig (siehe Ziffer 1.4), da die Klägerin für ihre von der SIA Norm 118 abweichende, einseitige Ausmassaufnahme sich einerseits eine gängige Praxis, andererseits auf eine Vereinbarung stützt. Zusätzlich macht sie dafür eine nachträgliche, stillschweigende bzw. konkludente Genehmigung bzw. eine Genehmigung durch Akontozahlungen geltend. Zudem will sie mit ihren Vorbringen hinsichtlich Desinteresse bzw. fehlendes Intervenieren offenbar aus allfälliger Säumnis der Beklagten etwas zu ihren Gunsten ableiten (siehe Ziffer 3.6.3.3b)). Damit kommt sie ihrer Behauptungslast nicht nach, weshalb diese Vorbringen nicht zu berücksichtigen sind.

Ohnehin wären jedoch die jeweiligen Voraussetzungen dieser vorgenannten Grundlagen nicht hinreichend dargelegt: Wurde, wie vorliegend, eine gemeinsame Ausmassaufnahme gemäss SIA Norm 118 vereinbart, ist eine allfällig abweichende gängige Praxis irrelevant. Zudem ist die behauptete, davon abweichende Vereinbarung bestritten und deren Inhalt nicht hinreichend behauptet. Bei allfälli-

ger Säumnis der Beklagten wäre gemäss Art. 142 Abs. 3 SIA Norm 118 vorzuziehen gewesen. Die Voraussetzungen (siehe Ziffer 3.6.3.2) dafür wurden jedoch nicht dargetan: So hat die Klägerin nur die Bekanntgabe des ersten Ausmasstermins, aber keine Einladungen zu den weiteren Ausmassterminen behauptet. Weiter hat die Klägerin im Zusammenhang mit dem ersten Ausmasstermin nicht behauptet, dass und weshalb diese erste versäumte Ausmassaufnahme nicht nachgeholt werden konnte oder dass und wann die Beklagte ein zweites Mal säumig geworden wäre (siehe Ziffer 3.6.3.3b)). Für ein anderes, einseitig von der SIA Norm 118 abweichendes Vorgehen lässt diese keinen Raum, auch nicht gestützt auf den dazu subsidiären Art. 6 OR. Entsprechend liegt keine stillschweigende oder konkludente Genehmigung vor. Gemäss Art. 6 OR wäre für einen Vertragsabschluss durch konkludente Annahme ohnehin erforderlich, dass, wegen der besonderen Natur des Geschäfts oder nach den Umständen, eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist. An einer besonderen Natur sowie einer bestehenden Geschäftspraxis der konkludente Annahme von Verträgen würde es vorliegend – anders als im Bundesgerichtsurteil 4D_76/2010 vom 5. Oktober 2010 (E. 4) – fehlen. Insbesondere wurden keine früheren konkludenten Vertragsänderungen und damit keine solche Geschäftspraxis behauptet. Entsprechend wäre das Stillschweigen der Beklagten auf die mit dem Begleitschreiben unterbreitete Offerte als Ablehnung zu werten. Ebenso liesse sich aus der E-Mail vom 14. September 2016 (siehe Ziffer 3.6.3.3b) sowie dem Monieren von Fehlern (vgl. act. 1 Rz. 32; act. 22 Rz. 59) keine nachträgliche Bestätigung einer konkludenten Genehmigung ableiten. Die E-Mail zeigt vielmehr auf, dass eine Prüfung des Ausmasses nicht möglich war. Ein Monieren von Fehlern kann auch bei vorläufigen Ausmassen erfolgen. Weiter scheinen die Parteien selber zumindest vor diesem Verfahren von keinem endgültigen Schlussausmass ausgegangen zu sein. Jedenfalls wäre sonst nicht nachvollziehbar, wieso es die gemeinsame Besprechung dazu überhaupt gebraucht hätte. Entsprechend war auch eine Anerkennung durch Abschlagszahlungen gemäss Art. 144 Abs. 3 SIA Norm 118 nicht möglich (siehe Ziffer 3.6.3.2).

Da die Ausmasse vorliegend nicht als anerkannt gelten, stellen die von früher datierenden Ausmassurkunden und damit auch das Schlussausmass weder unbe-

strittene Behauptungen dar, noch vermöchten sie den Beweis für die tatsächlichen Ausmasse erbringen.

d) Eisen-, Beton- und Schalungsmengen

Aufgrund der Bestreitung der Eisen-, Beton-, Schalungsmengen wäre es an der Klägerin gewesen, dazu substantiierte Behauptungen aufzustellen. Wie aufgezeigt (siehe Ziffer 3.6.3.4b)), reicht ein Verweis auf das Schlussausmass nicht aus. Die entsprechenden Positionen sind nicht selbsterklärend. Doch auch in den Rechtsschriften fehlen genügende Behauptungen (siehe Ziffer 3.6.3.3d)). Die Klägerin hat sich fast ausschliesslich auf Bestreitungen der beklagtischen Vorbringen beschränkt, obwohl das Vorbringen konkreter, detaillierter Angaben zu den tatsächlichen Ausmassen an ihr gelegen hätte. Behauptungen finden sich einzig zu den Positionen Betonstähle 511.213, 511.214, 511.233, 511.234, 511.236 (Kapitel 241), welche zusammen CHF 74'353.90.– ergeben und unbestritten geblieben sind (siehe Ziffer 3.6.3.3d)), sowie zu den Einzelpositionen 532.312, 532.401, 615.131, 611.121 (Kapitel 241), welche zusammen CHF 37'162.85 ergeben (act. 1 Rz. 23, act. 22 Rz. 34 f., 80, 85; in CHF 183'611.35 enthalten). Darüber hinaus enthalten die Rechtsschriften der Klägerin keine eigenen Vorbringen und rechtgenügenden Beweisofferten zu den Eisenmengen. Die von der Beklagten angeführte SIA 118/262, deren Anwendbarkeit offen gelassen werden kann, bietet Anhaltspunkte dafür, welche Behauptungen hätten aufgestellt und welche Beweise hätten offeriert werden können. Diese Norm erwähnt eine bereinigte Eisenliste sowie das Gewicht gemäss Lieferschein des Stahllieferanten. Zu den Beton- und Schalungsmengen übt die Klägerin ebenfalls lediglich eine allgemein gehaltene Kritik an den Hochrechnungen der Beklagten, statt eigene Parteibehauptungen aufzustellen.

Da es trotz Bestreitungen an substantiierten Behauptungen hinsichtlich der Eisen-, Beton- und Schalungsmengen fehlt, entfällt ein diesbezügliches Beweisverfahren. Die Befragung der angebotenen Zeugen (act. 22 Rz. 82) sowie das offerierte Gutachten (act. 22 Rz. 84) können die fehlenden Parteivorbringen nicht ersetzen. Hinsichtlich der im Recht liegenden Lieferscheine betreffend Beton (act. 23/35) fehlt es an der Beweisverbindung (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO), da

diese nicht im Zusammenhang mit allen Positionen 600 ff. und 700 ff. des Kapitels 241 angeboten wurden, sondern spezifisch zu Kapitel 237 Position 822.111 (act. 22 Rz. 30) sowie Kapitel 241 Position 615.131 (act. 22 Rz. 30, 35).

Aufgrund der sinngemässen Bestreitungen der Klägerin – bezeichnet die Klägerin die Hochrechnungen bzw. das 3D-Model doch als Unsinn, nicht nachvollziehbar und nicht überprüfbar (siehe Ziffer 3.6.3.3d); act. 22 Rz. 81 ff.) – kann für die Mengen auch nicht auf die Hochrechnungen der Beklagten abgestellt werden. Werden die von nicht beweisbelasteten Partei eingebrachten Tatsachenbehauptungen von der behauptungsbelasteten Partei bestritten, bleiben sie nämlich unberücksichtigt (BGer Urteil 4C.36/2006 vom 29. März 2006 E. 3.1; BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substantiierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, 1989, S. 37 f.). Entsprechend entfallen auch die Abnahme der von der Beklagten angebotenen Beweise und die beantragten Editionen (vgl. act. 28 Rz. II.85 ff.; act. 13 Rz. II.80 ff.).

Im Schlussausmass ist für die Positionen Kapitel 241 Position 500 ff. ein Werklohn von CHF 279'807.40 vorgesehen (500 Bewehrung: CHF 128'518.90; 600 Beton (1): CHF 97'131.– und 700 Beton (2): CHF 54'157.50). Zöge man davon den anerkannten Betrag für die Betonstähle von CHF 74'353.90 sowie den Betrag von CHF 37'162.85 für die vorerwähnten Einzelpositionen (wobei die Frage ihrer genügenden Substantiierung offen gelassen werden kann) ab, bliebe eine Forderung von total **CHF 168'209.65**. Nicht einmal in diesem Umfang wurden die Mengen substantiiert behauptet und dargetan. Allein deswegen – selbst wenn die Darlegung aller übrigen Positionen des Schlussausmasses als hinreichend erachtet würde und der Beweis gelänge, was nicht der Fall ist (siehe Ziffer 3.6.3.4b)) – vermag die Klägerin vorliegend keine Werklohnforderung von über CHF 500'000.– (CHF 629'858.40 minus CHF 168'209.65 = CHF 461'648.75) und damit keine offene Werklohnforderung darzulegen.

3.7. Fazit

Vorliegend gelingt es der Klägerin nicht, eine Werklohnforderung und erst recht keine über die geleisteten Akontozahlungen hinausgehende offene Werklohnfor-

derung darzutun. Damit lassen sich die Pfandsummen als Eintragungsvoraussetzung nicht erstellen. Entsprechend hat die Klägerin keinen Anspruch auf die definitive Eintragung der beantragten Bauhandwerkerpfandrechte. Folglich ist die Klage abzuweisen und das Grundbuchamt D._____ anzuweisen, die aufgrund des Urteils vom 15. September 2016 mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 13. Juli 2016 zugunsten der Klägerin vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – zu löschen.

4. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Für eine definitive Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten müssen die Eintragungsvoraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Vorliegend lässt sich die Höhe der Pfandsummen nicht erstellen, weil es der Klägerin vorfrageweise nicht gelingt, eine offene Werklohnforderung hinreichend substantiiert zu behaupten. Die Klage ist abzuweisen und die vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte sind – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – löschen zu lassen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG ZH). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO) und beläuft sich vorliegend auf CHF 85'706.60 (vgl. act. 1 Rz. 2; act. 13 Rz. I.3; act. 28 Rz. I.2). Bei diesem Streitwert beträgt die Grundgebühr rund CHF 8'200.–. Angesichts des im Verhältnis zum Streitwert hohen Zeitaufwands des Gerichts ist die Grundgebühr gestützt auf § 4 Abs. 2 GebV OG um 1/3 auf 4/3 zu erhöhen und die Gerichtsgebühr damit auf CHF 11'000.– festzusetzen. Aufgrund ihres vollumfänglichen Unterliegens sind die Gerichtskosten der Kläge-

rin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und soweit möglich vorab aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu decken.

Die Gerichtsgebühr des Massnahmeverfahrens wurde mit Urteil vom 15. September 2016 (Geschäfts-Nr. HE160299) bereits auf CHF 4'100.– festgesetzt und zusammen mit den weiteren Kosten von CHF 560.– vorläufig von der Klägerin bezogen (act. 4/15 Dispositiv-Ziffer 3 und 4). Ausgangsgemäss sind ihr diese Kosten nun definitiv aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ebenso wurden im Nachverfahren (Geschäfts-Nr. HE160299) die Gerichtsgebühren für die zweimalige Erstreckung der Prosequierungsfrist bereits vorläufig auf CHF 400.– sowie CHF 200.– festgesetzt und vorläufig von der Klägerin bezogen (act. 4/18; act. 4/21, jeweils Dispositiv-Ziffer 2 und 3). Es rechtfertigt sich, diese Kosten nun definitiv in dieser Höhe festzusetzen und der Klägerin definitiv aufzuerlegen, weil die Fristerstreckungsgesuche ausserhalb des ordentlichen Verfahrensweges und unabhängig vom Ausgang des Hauptverfahrens in ihrem Interesse erfolgten.

5.2. Parteientschädigung

Vorliegend hat die Beklagte eine Parteientschädigung beantragt, welche ihr aufgrund ihres vollumfänglichen Obsiegens zuzusprechen ist (act. 13 S. 2; Art. 105 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 1 ZPO; JENNY, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., 2016, Art. 105 N 6). Dabei sind auch die Aufwendungen für das Massnahmeverfahren zu berücksichtigen, da in diesem die Regelung der Entschädigungsfolgen dem Gericht im ordentlichen Verfahren vorbehalten wurde. Infolge der rechtzeitigen Prosequierung werden die im Massnahmeverfahren nur für den Säumnisfall festgesetzten CHF 1'000.– obsolet (act. 4/15 Dispositiv-Ziffer 5). Bei berufsmässig vertretenen Parteien richtet sich die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Grundlage für die Festsetzung der Höhe der Parteientschädigung bildet in erster Linie der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV), aufgrund dessen die Grundgebühr berechnet wird (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Die so ermittelte Gebühr deckt den Aufwand für die Erarbeitung einer

Rechtsschrift und die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Gebühr berechnet (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Bei einem Streitwert von CHF 85'706.60 beträgt die Grundgebühr rund CHF 10'000.–. Für die Vergleichsverhandlung und den zweiten Schriftenwechsel sowie in Anbetracht des offenkundigen, jedoch geringfügigen Aufwands für das Massnahmeverfahren ist ein Zuschlag von insgesamt rund 50% der Grundgebühr zu berechnen. Folglich ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 15'000.– zu bezahlen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt D._____ wird angewiesen, **nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist** die folgenden aufgrund des Urteils des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 15. September 2016 im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 13. Juli 2016 zugunsten der Klägerin vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte an den folgenden Miteigentumsanteilen (**Stockwerkeigentum**) an der Liegenschaft Grundregister Blatt. 13, Kat. Nr. 14, C._____, D._____, jeweils zzgl. Zins zu 5% seit 22. Mai 2016, **vollumfänglich zu löschen:**
 1. Grundregister Blatt 1, 180/1000 Miteigentum, Pfandsumme: **CHF 23'374.55**
 2. Grundregister Blatt 2, 160/1000 Miteigentum, Pfandsumme: **CHF 20'777.35**
 3. Grundregister Blatt 3, 240/1000 Miteigentum, Pfandsumme: **CHF 31'165.90**
 4. An Grundregister Blatt 4, 110/1000 Miteigentum, beteiligte Grundstücke:
 - a. Grundregister Blatt 5, 1/11 Miteigentum, Pfandsumme:

CHF 1'298.60

- b. Grundregister Blatt 6, 1/11 Miteigentum, Pfandsumme:
CHF 1'298.60
- c. Grundregister Blatt 7, 1/11 Miteigentum, Pfandsumme:
CHF 1'298.60
- d. Grundregister Blatt 8, 1/11 Miteigentum, Pfandsumme:
CHF 1'298.60
- e. Grundregister Blatt 9, 1/11 Miteigentum, Pfandsumme:
CHF 1'298.60
- f. Grundregister Blatt 10, 1/11 Miteigentum, Pfandsumme:
CHF 1'298.60
- g. Grundregister Blatt 11, 1/11 Miteigentum, Pfandsumme:
CHF 1'298.60
- h. Grundregister Blatt 12, 1/11 Miteigentum, Pfandsumme:
CHF 1'298.60

- 3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 11'000.–.
- 4. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und soweit möglich vorab aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
- 5. Die im Verfahren Geschäfts-Nr. HE160299 festgesetzten und von der Klägerin bereits bezogenen Kosten in der Höhe von CHF 4'100.– (Gerichtsgebühr) und CHF 560.– (weitere Kosten) werden der Klägerin definitiv auferlegt.
- 6. Die im Nachverfahren Geschäfts-Nr. HE160299 von der Klägerin bereits bezogenen Kosten von CHF 400.– und CHF 200.– werden in dieser Höhe definitiv festgesetzt und der Klägerin definitiv auferlegt.
- 7. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 15'000.– zu bezahlen.
- 8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie **nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist** im Dispositivauszug gemäss Ziffer 2 an das Grundbuchamt D._____.

9. 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 85'706.60.

Zürich, 12. April 2019

Handelsgericht des Kantons Zürich

Die Vizepräsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. Claudia Bühler

Sabrina Schalcher