

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB160066-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, die Oberrichter Dr. H. A. Müller und Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Urteil vom 8. Dezember 2016

in Sachen

A._____ GmbH,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

1. **B._____,**

2. **C._____,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 11. April 2016 (CG140006-H)

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Es sei festzustellen, dass sich die mit vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 09.11.2011 ermittelte Pfandsumme auf CHF 49'326.15 beläuft, und das entsprechende Pfandrecht sei auf der Liegenschaft mit Kat. Nr. ..., GBBl. ..., D. _____-Strasse ..., E. _____ definitiv einzutragen, zuzüglich Verzugszins zu 5 % seit 31.10.2012.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der solidarisch haftenden Beklagten, unter Einschluss der definitiv zu verlegenden Kosten und Entschädigungen des vorangegangenen Summarverfahrens betr. vorläufigen Eintrag in beiden Instanzen."

Urteil des Bezirksgerichtes Pfäffikon, 1. Abteilung, vom 11. April 2016:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt F. _____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Bezirksgerichtes Pfäffikon ZH vom 9. November 2011 und dessen Urteil vom 10. Januar 2012 – bestätigt durch das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 17. Februar 2012 – zu Gunsten der Klägerin und zu Lasten der Beklagten vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht auf der Liegenschaft in der Gemeinde E. _____ mit Kat. Nr. ..., GBBl. ..., D. _____-Strasse ..., E. _____, für eine Pfandsumme von Fr. 49'326.15, vollumfänglich zu löschen.
3. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf:

Fr.	6'000.–	; die weiteren Gerichtskosten betragen:
Fr.	2'800.–	Kosten des summarischen Verfahrens betreffend provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Verfahren Nr. ES110016-H);
Fr.	4'000.–	Kosten des Berufungsverfahrens vor Obergericht des Kantons Zürich betreffend Aktivlegitimation zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Verfahren Nr. LB130034-O);
Fr.	12'800.–	Total.

4. Die Gerichtskosten (inkl. Kosten des summarischen Verfahrens betreffend provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts [Verfahren Nr. ES110016-H] und des Berufungsverfahrens vor Obergericht des Kantons Zürich betreffend Aktivlegitimation zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts [Verfahren Nr. LB130034-O]) werden der Klägerin auferlegt.
5. Die Gerichtskosten werden aus den von der Klägerin geleisteten Kostenvorschüssen von Fr. 5'500.– im vorliegenden Verfahren betreffend definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Verfahren Nr. CG140006-H), von Fr. 2'800.– im summarischen Verfahren betreffend provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Verfahren Nr. ES110016-H) und von Fr. 5'500.– im Berufungsverfahren vor Obergericht des Kantons Zürich betreffend Aktivlegitimation zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Verfahren Nr. LB130034-O) bezogen.

Im die Kosten übersteigenden Umfang werden die Kostenvorschüsse der Klägerin zurückerstattet.

6. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 11'400.– (inkl. Barauslagen und MwSt. sowie inkl. Parteientschädigung für das summarische Verfahren betreffend provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts [Verfahren Nr. ES110016-H] und das Berufungsverfahren vor Obergericht des Kantons Zürich betreffend Aktivlegitimation zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts [Verfahren Nr. LB130034-O]) zu bezahlen.

(7./8. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

Der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 78 S. 2):

- „I. Das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben, und es sei in Gutheissung der Berufung die Klage zu schützen und demgemäss festzustellen, dass sich die mit vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 09.11.2011 ermittelte Pfandsomme auf CHF 49'326.15 beläuft, und das entsprechende Pfandrecht sei auf der Liegenschaft mit Kat.Nr. ..., GBBl. ..., D. _____-Strasse ..., E. _____ definitiv einzutragen, zuzüglich Verzugszins zu 5 % seit 31.10.2012.

- II. Ev. sei das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen, zur Durchführung des Beweisverfahrens und zu neuem Entscheid; ev., um sich im Umfang des Schutzes der klägerischen Forderungsklage mit der beklagischen Verrechnungsforderung auseinanderzusetzen und auch darüber zunächst erstinstanzlich zu entscheiden.
- III. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der solidarisch haftenden Beklagten, mit Einschluss der definitiv zu verlegenden Kosten und Entschädigungen des vorangegangenen Summarverfahrens betr. vorläufigen Eintrag und des Verfahrens der Vorfrage der Aktivlegitimation, jeweils stets in beiden Instanzen.“

Erwägungen:

I.

Die Klägerin, ein Bauunternehmen, ist per 29. Dezember 2010 durch Umwandlung aus der Kollektivgesellschaft "A._____" hervorgegangen. Gesellschafter waren bzw. sind bei beiden Gesellschaften A1.____ und A2.____. Die Beklagten sind die Eigentümer der Liegenschaft D.____-Strasse ... in E.____/ZH. Im Jahre 2011 beauftragten die Beklagten A1.____ mit verschiedenen Maurer- und Gipserarbeiten im Zusammenhang mit der Fertigstellung des Einfamilienhauses auf der Liegenschaft, nachdem das vormalige Generalunternehmen in Konkurs gefallen war. Nach Darstellung der Klägerin blieben die Beklagten die Restzahlung für die geleisteten Arbeiten im Umfang von Fr. 49'326.15 schuldig. Die Klägerin erwirkte in der Folge, dass das Einzelgericht am Bezirksgericht Pfäffikon mit Verfügung vom 9. November 2011 zu ihren Gunsten ein Pfandrecht für Fr. 49'326.15 auf der Liegenschaft der Beklagten eintragen liess. Mit Urteil vom 10. Januar 2012 bestätigte das Einzelgericht die vorläufige Eintragung des Pfandrechts. Die von den Beklagten gegen diesen Entscheid erhobene Berufung wies das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 17. Februar 2012 ab. In der Folge leitete die Klägerin am 19. März 2012 Klage bei der Vorinstanz auf Feststellung der Pfandsumme und definitive Eintragung des Pfandrechts ein. Die Vo-

rinstanz wies die Klage zunächst mit Urteil vom 4. Juni 2013 wegen fehlender Aktivlegitimation der Klägerin ab; ein Vertragsschluss sei zwischen den Parteien nicht zustande gekommen. Mit Beschluss der hiesigen Kammer vom 22. April 2014 wurde dieses Urteil aufgehoben, da das Gericht die Aktivlegitimation der Klägerin für gegeben erachtete, und das Verfahren wurde an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im neuen Urteil vom 11. April 2016 wies diese die Klage erneut ab, und zwar mit der Begründung, die Klägerin habe ihre Forderung nicht gehörig substantiiert.

II.

Die vorliegende Klage ging am 20. März 2012 bei der Vorinstanz ein (Urk. 1). Über den Gang des Verfahrens bis zum Erlass des angefochtenen Urteils gibt dieses Auskunft (Urk. 79 S. 3 ff.). Gegen dieses Urteil hat die Klägerin fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 76/1; Urk. 78). Mit Präsidialverfügung vom 3. Oktober 2016 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss zu leisten, der fristgerecht bezahlt wurde (Urk. 81 f.). Ein Schriftenwechsel wurde nicht durchgeführt (Art. 312 Abs. 1, 2. Halbsatz ZPO).

III.

Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., 3. A., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift

weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Aber das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6).

IV.

1. Die Vorinstanz ging von folgendem Sachverhalt aus, was von der Klägerin in ihrer Berufungsschrift nicht beanstandet wird (Urk. 79 S. 6 f.; Urk. 78 S. 4):

„Die Klägerin hat sich mit Werkvertrag vom Januar 2011 verpflichtet, am Einfamilienhaus der Beklagten an der D.____-Strasse ... in E.____ (Kat. Nr. ..., GBBl. ...) Bauarbeiten, insbesondere Gipser und Baumeisterarbeiten, fertigzustellen, nachdem die von den Beklagten ursprünglich mit der Erstellung des Einfamilienhauses betraute Generalunternehmung bei Beendigung des Rohbaus in Konkurs gefallen war. Diesem Werkvertrag liegt eine von beiden Parteien unterzeichnete Auftragsbestätigung vom Januar 2011 (act. 4/1) zugrunde, wonach für die

vereinbarten Bauarbeiten der Klägerin eine Werklohnsumme von total Fr. 83'302.– (exkl. 8% MwSt.) bzw. Fr. 89'966.16 (inkl. 8% MwSt.) und für allfällige Zusatzarbeiten nach Aufwand ein Stundenansatz von Fr. 75.– vereinbart wurde.

Am 31. Oktober 2011 stellte die Klägerin den Beklagten sodann eine Schlussrechnung (act. 4/4) für deren Arbeiten in Höhe von gesamthaft Fr. 131'293.35 (inkl. 8% MwSt.), bestehend aus ‚Arbeiten gemäss Auftragsbestätigung‘ im Umfang von Fr. 69'752.– (exkl. 8% MwSt.) bzw. Fr. 75'332.16 (inkl. 8% MwSt.) sowie ‚zusätzlichen Arbeiten auf Verlangen Bauherr‘ im Umfang von Fr. 51'815.92 (exkl. 8% MwSt.) bzw. Fr. 55'961.20 (inkl. 8% MwSt.), zu. Da die Beklagten der Klägerin indessen im Verlaufe der Arbeiten akonto bereits einen Betrag von insgesamt Fr. 81'971.20 überwiesen hatten, machte die Klägerin gegenüber den Beklagten für diese Arbeiten noch eine offene Restforderung von Fr. 49'326.15 (inkl. 8% MwSt.) geltend (act. 4/4), für welche sie nun nach deren Nichtbezahlung durch die Beklagten die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem obgenannten Grundstück der Beklagten fordert.“

Unangefochten blieben auch die Erwägungen der Vorinstanz, wonach die als Pfandsumme geltend gemachte Werklohnforderung über Fr. 49'326.15 gemäss klägerischer Darstellung aus Zusatzarbeiten resultiere, mit welchen die Klägerin von den Beklagten laufend beauftragt worden sei, so dass die ursprüngliche Auftragsbestätigung vom Januar 2011 allmählich ihre Massgeblichkeit eingebüsst habe und sich die vereinbarte Werklohnsumme von Fr. 83'302.– nicht mehr habe halten lassen (Urk. 79 S. 7).

Die Beklagten bestritten vor Vorinstanz, die Klägerin „andauernd“ mit Zusatzarbeiten beauftragt zu haben. Gewisse wenige Zusatzarbeiten seien vereinbart worden (Lieferung der Fensterbänke und Abdichtungsarbeiten im Bereich Boden/Wand). Sie hätten jedoch das Recht auf eine detaillierte und nachvollziehbare Zusammenstellung dieser Arbeiten und der dafür verlangten Entschädigung. Die Klägerin habe in der Klageschrift nur exemplarisch aufgeführt, welche Arbeiten sie als Zusatzarbeiten betrachte. Diese seien indessen vom ursprünglichen Vertrag umfasst gewesen (Urk. 19 S. 20 f.).

Für die weiteren Parteivorbringen vor Vorinstanz kann auf das angefochtene Urteil verwiesen werden (Urk. 79 S. 7 ff.).

2. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, die Klägerin als Unternehmerin trage die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast für das Vorhandensein der von ihr geltend gemachten restlichen Werklohnforderung aus Zusatzarbeiten. Es sei unabdingbar, dass die Klägerin die von ihr behaupteten Zusatzaufträge separat dem Bestande, dem Inhalt und der Höhe der daraus resultierenden Werklohnforderung nach substantiiere und belege, womit die Klägerin verpflichtet sei, ihre Behauptungen in Bezug auf die Restforderung aus Zusatzaufträgen in Einzel-tatsachen gegliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden könne. Die Klägerin habe indes lediglich pauschal behauptet, dass ihr die Beklagten über die vereinbarte Auftragsbestätigung von Januar 2011 hinausgehende Zusatzaufträge erteilt habe und diese zu einer zusätzlichen Werklohnforderung über gesamthaft Fr. 49'326.15 geführt hätten. Wann, wo und wie die einzelnen Zusatzaufträge erteilt worden sein sollen, habe die Klägerin nicht dargelegt. Sie habe hierzu zwar eine Besprechungsnotiz von A1. _____ (Organ der Klägerin) und dem Beklagten 1 vom 12. Februar 2011 (Urk. 4/2) sowie eine Faxnachricht des Beklagten 1 an die Klägerin vom 5. April 2011 (Urk. 4/3) ins Recht gelegt und darauf verwiesen, jedoch ohne den Inhalt dieser Dokumente konkret zu erläutern. Vielmehr habe sie auch dazu lediglich pauschal ausgeführt, dass sich daraus die von den Beklagten in Auftrag gegebenen Zusatzarbeiten der Klägerin ergeben würden. Dem sei jedoch nicht so, da daraus ohne Fachkenntnisse und ohne Detailkenntnisse über die ursprünglichen Vertragsverhandlungen der Parteien nicht ersichtlich sei, bei welchen Arbeiten es sich um die ursprünglich vereinbarten und bei welchen es sich um die geltend gemachten Zusatzarbeiten handeln sollte, zumal mit einem pauschalen Verweis auf Beilagen der klägerischen Substantiierungspflicht von vornherein nicht Genüge getan sei. Die Klägerin habe zu dieser Behauptung die Zeugenbefragung von Gipser G. _____ und Bauleiter H. _____ sowie die Parteibefragung als Beweis offeriert. Da die Klägerin nicht in Einzeltatsachen gegliedert, umfassend und klar dargelegt habe, über welche konkreten Zusatzaufträge die zum Aussagenbeweis offerierten Zeugen und Parteien überhaupt befragt werden sollten, könnten diese anbotenen Beweise

von vornherein nicht abgenommen werden. Die Klägerin habe mangels Substantiierung ihrer pauschalen Behauptungen keinen Anspruch auf ein Beweisverfahren, zumal ein solches mangels Vorliegens konkreter Beweissätze auch nicht durchführbar sei. Folglich habe die Klägerin weder substantiiert darlegen noch beweisen können, dass über die im Januar 2011 vereinbarte Leistung hinausgehende Zusatzaufträge bestanden, obwohl sie dazu aufgrund der diesbezüglichen Bestreitungen der Beklagten verpflichtet gewesen wäre (Urk. 79 S. 13 ff.).

Sollten dennoch effektiv solche Zusatzarbeiten angefallen sein, was zumindest in Bezug auf die Lieferung und Montage der Fensterbänke von den Beklagten ausdrücklich eingestanden worden sei, stelle sich die Frage des Umfangs und der Kosten dieser Zusatzarbeiten. In der vorliegenden Schlussrechnung vom 31. Oktober 2011 seien die einzelnen angeblich zusätzlich zum ursprünglich vereinbarten Werk ausgeführten Teilarbeiten und die dafür in Rechnung gestellten Teilbeträge aufgeführt (act. 4/4 S. 2 f.). Wie sich die in Rechnung gestellten Teilbeträge jedoch zusammensetzten – d.h. welche Arbeiten die Klägerin mit wie vielen Arbeitsstunden, welchem Material und wann für welche der den Beklagten in Rechnung gestellten mutmasslichen Zusatzaufträge im Einzelnen geleistet haben wolle – sei demgegenüber nicht annähernd erkennbar und sei von der Klägerin im Verlaufe des Prozesses weder behauptet noch hinlänglich substantiiert worden. Es sei somit sowohl für das Gericht als auch die Beklagten unmöglich, die Angemessenheit der in Rechnung gestellten Zusatzarbeiten zu überprüfen und die Restforderung der Klägerin in deren Höhe nachzuvollziehen. Die Klägerin habe es vielmehr auch diesbezüglich bei lediglich pauschalen Behauptungen bewenden lassen. Insbesondere habe sie weder den angeblichen Zusatzaufwänden entsprechende Regierapporte noch Materialrechnungen ins Recht gelegt. Die Klägerin habe zwar das Einholen einer Expertise für die Frage des Umfangs der von ihr geltend gemachten Zusatzleistungen beantragt. Eine Expertise sollte den für das von der Klägerin erstellte Werk erforderlichen Stundenaufwand und den Materialbedarf schätzen. Die Abnahme eines Beweises solle aber nicht dazu dienen, Tatsachenbehauptungen in Einzelteile gegliedert aufstellen zu können, sondern dazu, die bereits im Behauptungsstadium substantiiert dargelegten Behauptungen zu beweisen. Die Klägerin habe demnach keinen Anspruch auf das Einholen ei-

ner Expertise, zumal eine Werklohnforderung nach dem Vertragsverhältnis mit dem Besteller und nicht durch den objektiven Mehrwert bestimmt werde. Die Klägerin habe zum Beweis weiter die Parteibefragung sowie die Zeugenbefragung von A1._____ (Organ der Klägerin) offeriert. Diesbezüglich könne auf das bereits Ausgeführte verwiesen werden, welche auch für den Umfang und die Kosten der geltend gemachten Zusatzleistungen zuträfen. Der Klägerin gelinge es demnach mangels gehöriger Substantiierung ebenfalls nicht darzulegen und erst recht nicht zu beweisen, dass seitens der Klägerin über die im Januar 2011 vereinbarte Leistung hinausgehende Zusatzarbeiten im geltend gemachten Kostenumfang erbracht worden seien, obwohl sie dazu aufgrund der diesbezüglichen Bestreitungen der Beklagten verpflichtet gewesen wäre. Es handle sich daher auch dabei lediglich um unsubstantiierte und pauschale Parteibehauptungen, gestützt worauf die Klägerin nicht berechtigt sei, mehr zu verlangen, als die Beklagten bereits geleistet haben, was insbesondere für die von den Beklagten zugestandenen Zusatzarbeiten für die Lieferung und Montage der Fensterbänke gelte (Urk. 79 S. 15 f.).

3. a) Nach Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen darzulegen, auf die sie ihre Begehren stützen, und die Beweismittel anzugeben. Der Behauptungslast ist Genüge getan, wenn die Parteien in ihrem Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennen, welche unter die ihren Antrag stützenden Normen zu subsumieren sind. Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann. Dabei bestimmt sich nach den einschlägigen bundesgerichtlichen Normen, welche Tatsachen für einen schlüssigen Vortrag zu behaupten sind, und genügt ein globaler Verweis auf eingereichte Unterlagen den bundesrechtlichen Anforderungen an die Substantiierung nicht. Eine ausreichende Substantiierung ist Voraussetzung für

den Beweisführungsanspruch (BGer 4A_252/2016 vom 17. Oktober 2016, Erw. 2.2, m.w.H.).

Wer aus Werkvertrag eine Vergütung fordert, hat die Sachumstände zum Zustandekommen und den Inhalt des Werkvertrags zu behaupten, also das herzustellende Werk zu umschreiben und darzulegen, wie sich die Vergütung berechnet. Eine exakte Umschreibung der angeblich vereinbarten Zusatzarbeiten ist vorliegend schon deshalb erforderlich, weil die Beklagten geltend gemacht haben, es handle sich um Arbeiten, welche vom ursprünglichen Werkvertrag umfasst seien. Die Klägerin hat daher in der Berufungsschrift darzulegen, dass und wo sie im vorinstanzlichen Verfahren die entsprechenden Tatsachenbehauptungen aufgestellt hat, damit ihrer Berufung Erfolg beschieden sein kann.

b) In der Berufungsbegründung führt die Klägerin zunächst aus, in der Auftragsbestätigung vom Januar 2011 seien sämtliche der auszuführenden Fertigstellungsarbeiten festgehalten. Alles andere, was sonst noch zur Ausführung gelangt sei, seien gemäss Definition auf Seite 2 Zusatzarbeiten zum Aufwand von Fr. 75.– pro Stunde (Urk. 78 S. 4). Damit wiederholt die Klägerin lediglich ihren vor Vorinstanz eingenommenen Standpunkt (Urk. 44 S. 4). Eine Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Urteil erfolgt nicht.

c) Die Klägerin räumt ein, dass sie weder über Regierapporte noch Stundenlisten verfügt, anhand derer sie ihre Leistungen und damit auch den Überhang über den ursprünglich vorgesehenen Aufwand, also die Zusatzleistungen, aus ihrer Sicht einfach darlegen und optimal behaupten sowie zeitlich und was die Auftragserteilung und -ausführung im Einzelnen betrifft, substantiieren könnte. Es gebe aber weitere durch die Klägerin längst offerierte Beweismittel wie Zeugen, Parteibefragung, Expertise, Augenschein, die zulässig seien. Gesetzwidrig wäre, nur den Urkundenbeweis zulassen zu wollen (Urk. 78 S. 5). Dies hat die Vorinstanz auch nicht getan. Sie hat es aber zu Recht abgelehnt, ausgeführte Arbeiten nachträglich durch Sachverständige auszumessen und den zeitlichen Aufwand daraus abzuleiten bzw. schätzen zu lassen, wenn die Substantiierung ungenügend war. Überhaupt ist in diesem Fall kein Beweisverfahren durchzuführen, dient doch dieses nicht dazu, eine mangelhafte Sachdarstellung zu ergänzen

(Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 113 N 5).

d) Die Klägerin weist auf ein von den Parteien veranlassetes Gutachten „I._____, Gipserarbeiten“ hin, welches glaubhaft mache, dass sie ihre Ausführungen zu den Mehrarbeiten nicht einfach mutwillig in den Raum stelle, sondern auf entsprechenden Beweisansätzen aufbaue. Das Gutachten basiere auf einer Begehung vom 8. Juni 2012, an welcher auch die Beklagten zugegen gewesen seien. Dass sich diese der Klägerin gegenüber für angebliche Mängel darauf beriefen, sei „Beweis für die Beauftragung mit den und für die Ausführung der entsprechenden, dort ersichtlichen Zusatzarbeiten“ (Urk. 78 S. 5 f.). „Dass sich die Beklagten dessen [gemeint: des Gutachtens] Erkenntnisse entgegenhalten lassen müssen, hat zumindest im Sinne einer substantiierten klägerischen Parteibehauptung, wie bei Privatgutachten üblich, zu gelten.“ (Urk. 78 S. 13). Mit einem allgemeinen Hinweis auf ein Gutachten genügt die Klägerin ihrer Substantiierungspflicht nicht, zumal sie auch nicht darlegt, wo sie vor Vorinstanz die entsprechenden Behauptungen aufgestellt haben will. Da schon im Werkvertrag vom Januar 2011 Gipserarbeiten im Betrag von Fr. 19'000.– enthalten waren, hätte die Klägerin ohnehin eine klare Abgrenzung zwischen diesen Arbeiten und den angeblichen Zusatzarbeiten vornehmen müssen.

e) Die Klägerin führt aus, die andauernden Vorwürfe mangelnder Substantiierung der Zusatzarbeiten durch die Beklagten fielen auf diese zurück. Wer sich nicht um die Devisierung kümmere, sondern im Klartext nach Bedarf bauen lasse, müsse es dulden, „dass die Überschreitung der Werte gemäss Auftragsbestätigung, d.h. der Ansätze mal geschätzter Anzahl Stunden, durch die effektiv teils weit umfangreicher ausgefallenen (und hauptsächlich im Rahmen der aus der Liste [s. Anhang Auszug 1. Vortrag HV] hervorgehenden, abweichenden, nicht nur weitergehenden, mit den ursprünglichen nicht identischen, zusätzlich erforderlich gewordenen) Leistungen, gerade des Gipsers (Expertise kläg. act. 6), *als Mehraufwand und damit Zusatzleistung(en) gewertet werden*“ müsse. Dasselbe Resultat ergäben aber auch „die aus Abrechnung 31.10.2011, kläg. act. 4, ersichtlichen Häkchen der Beklagten, welche S. 3 unter Zusatzarbeiten des Gipsers in den Po-

sitionen A, B, und C (handschriftlich durch die Beklagten eigenhändig hervorgehoben, eingekreist) solche Arbeiten im Umfang von rund CHF 16'000.00 (zwar mit gewissen Abzügen, doch an sich durchaus als *Zusatzarbeiten*) anerkennen – wie schon weit überwiegend auf der ganzen Vorderseite 2).“ Abgesehen davon erzeuge die vorangegangene Aufstellung, dass alle Zusatzarbeiten ohne weiteres auf (in aller Regel Zeit-)Einheiten zurückgeführt werden könnten. Die Beklagten hätten dies selber so nachgeprüft. Die Klägerin wirft den Beklagten weiter vor, es habe alles sehr rasch gehen müssen. Auf eine detaillierte Abrechnung sei wenig Wert gelegt worden, nur der Baufortschritt habe gezählt (Urk. 78 S. 6 f.).

Die Klägerin weist in ihren Ausführungen nicht nach, wo sie im vorinstanzlichen Behauptungsverfahren die massgeblichen Behauptungen aufgestellt hat. Es ist nicht Sache der Berufungsinstanz, dies zu eruieren und anhand von Urkunden, auf welche die Klägerin im Berufungsverfahren verweist, zu erschliessen, welche Zusatzleistungen sie vergütet haben will (vgl. auch Urk. 78 S. 11 oben). Selbstverständlich kann sich die Klägerin nicht ihrer Behauptungslast und Substantiierungspflicht mit dem Argument entledigen, die Beklagten hätten darauf gedrängt, dass die Arbeiten rasch vonstatten gingen etc. Nichts hat die Klägerin daran gehindert, die erteilten Zusatzaufträge schriftlich festzuhalten, Regierapporte zu erstellen und die Bauarbeiten in geeigneter Weise zu dokumentieren. Aus angeblichen Zugeständnissen der Beklagten im Rahmen vorprozessualer Kontakte kann die Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten, so wenig wie die Beklagten die Klägerin auf einer zunächst gestellten Rechnung behaften könnten (vgl. Urk. 19 S. 8 f. und 22 f.).

f) aa) Die Klägerin verweist auf den Auszug aus dem ersten Vortrag anlässlich der Hauptverhandlung vom 11. April 2016, Urk. 67 S. 5 f. Es handle sich um eine tabellarische Zusammenstellung aller bereits in der Klageschrift und der Replik vorgebrachten Elemente, einzig der Zeitbedarf ergebe sich aus der Rückrechnung des geforderten Werklohns pro Position geteilt durch in der Regel Stundenansatz, teils Laufmeter- bzw. Stückpreis. Diese Tabelle zeige auf, dass alle Elemente der Behauptung von Zusatzarbeiten vorhanden seien, nämlich Gegenstand, Spezifikation, verrechenbare Einheiten und deren jeweilige Anzahl, letztere

ermittelt durch Rückrechnung des jeweils effektiv in Rechnung gestellten Teilbetrags anhand der vereinbarten Ansätze. Die Multiplikation der Einheiten, da nicht durchwegs nur zeitlich, sondern teils auf Stückpauschalen, Laufmeterpreis, ausserdem auf unterschiedliche Zeiteinheiten etc. abgestützt, funktioniere nicht völlig exakt, wohl aber die Addition der in Rechnung gestellten Einzelpositionen, Rechnungsfehler/Versehen vorbehalten (Urk. 78 S. 7 f.). Die Klägerin trägt weiter vor, sie habe schon in der Klageschrift Zusatzaufträge geltend gemacht, und dabei auf die Besprechungsnotiz vom 12. Februar 2011 (Urk. 4/2) sowie die Faxnachricht vom 5. April 2011 (Urk. 4/3) verwiesen (Urk. 78 S. 11 f.).

Gemäss Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO können in der Hauptverhandlung grundsätzlich keine neuen Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden, wenn ein zweiter Schriftenwechsel stattgefunden hat. Dies ist vorliegend der Fall, was auch die Klägerin anerkannt hat (Urk. 67 S. 3). Eine Ausnahme vom Novenverbot hat die Klägerin vor Vorinstanz nicht geltend gemacht (Urk. 67 S. 10). Daher beruft sich die Klägerin zu Unrecht auf die anlässlich der Hauptverhandlung vorgelegte Zusammenstellung, soweit diese nicht bloss wiederholt, was bereits in den beiden ersten Rechtsschriften vorgetragen wurde. Dies war die mit der Klagebegründung eingereichte Rechnung vom 31. Oktober 2011 (Urk. 4/4; Urk. 67 S. 5). Sie enthält stichwortartig 38 Positionen mit entsprechenden Frankenbeträgen, überschrieben mit „zusätzliche Arbeiten auf Verlangen Bauherr“.

bb) Die Beklagten hatten in der Klageantwort moniert, der Betrag in der Rechnung vom 31. Oktober 2011 sei weder ausgewiesen noch sei dessen Zusammensetzung nachvollziehbar. Die geltend gemachten Einzelbeträge seien willkürlich eingesetzt (Urk. 19 S. 9). Es sei primär Sache des Unternehmers, die von ihm in Rechnung gestellten Beträge darzulegen und zu beweisen. Dieser Verpflichtung komme die Klägerin in keiner Art und Weise nach. Es sei weder aufgrund der Rechnungsstellung noch der Klageschrift möglich nachzuvollziehen, wie sich die Forderung der Klägerin zusammensetze. Die Klägerin komme hinsichtlich der geltend gemachten Forderung ihrer Substantiierungspflicht in keiner Art und Weise nach (Urk. 19 S. 23). Die Beklagten hatten zudem schon in der Klageantwort bestritten, dass sie die Klägerin andauernd mit Zusatzarbeiten be-

auftragt hätten, wie dies die Klägerin unsubstantiiert ausführe. Korrekt sei, dass gewisse, wenige Zusatzarbeiten vereinbart worden seien (Lieferung der Fensterbänke und Abdichtungsarbeiten im Bereich Boden/Wand). Die Beklagten hätten jedoch das Recht auf eine detaillierte und nachvollziehbare Zusammenstellung dieser Arbeiten und der dafür verlangten Entschädigung. Die Klägerin führe selbst noch in der Klageschrift lediglich exemplarisch auf, welche Arbeiten sie als Zusatzarbeiten betrachte. Es werde nicht einmal versucht, die verlangten Preise für die Arbeiten darzulegen und zu begründen (Urk. 19 S. 20).

cc) Die Klägerin hatte einzig bezüglich der folgenden Positionen Ausführungen zur Auftragserteilung gemacht (Urk. 78 S. 11 f.; Urk. 1 S. 4 f.):

- Mauerwerk: Terrasse/Balkon OG aufkanten
- Zuputz: EG aussen Ecke West/Süd (Gipser)
- Isolation: UG Problematik Feuchtigkeitseintritt beheben
- Unterlagsboden: Abschalen Badewannen EG + OG
- Fensteranschläge
- Isolation UG Lichthof und UG Waschküche

Die ersten vier Positionen sollen anlässlich einer Besprechung vom 12. Februar 2011 zwischen A1._____ und dem Beklagten 1 vereinbart worden sein (Urk. 1 S. 4), die beiden weiteren mit FAX des Beklagten 1 vom 5. April 2011 (Urk. 1 S. 5). Die Beklagten waren in der Lage, zu diesen Positionen Stellung zu nehmen (Urk. 19 S. 21). Sie waren insofern genügend substantiiert. Bezüglich angeblich weiterer Zusatzaufträge, auch der in der Replik erwähnten (Urk. 78 S. 12), unterliess die Klägerin jegliche Substantiierung der Auftragserteilung. Auch die Beschreibung der gestützt auf die angeblich erteilten Zusatzaufträge ausgeführten Arbeiten in Urk. 4/4 war vielfach ungenügend (z.B. „Spitzarbeiten für Sanitär Heizung Lüftung“, „Fensterbänke“, „Grabarbeiten für Strom, Wasser, TV“, „Kernbohrung für Wasser und Strom“, „Suchen von EW Leitung (keine Pläne)“, „Zusätzliche Isolation im Keller, Wand, Decke, Ergänzungen bei Rohren(,) Rigips bei Vorhangschienen Total Arbeit und Material Gipser“, etc.). Insbesondere aber legte die Klägerin nicht dar, gestützt worauf bzw. wie sie die einzelnen Werklöhne berechnete. Dass nicht einzig der Stundenansatz von Fr. 75.– massgebend war,

hatte die Klägerin vor Vorinstanz selber eingeräumt (Urk. 67 S. 8). Aber auch die (verspätet) behauptete Rückrechnung auf Zeiteinheiten ist insofern nicht überzeugend, als sich dabei teilweise Bruchteile von Minuten ergeben. Bezüglich der obigen sechs Positionen hat die Klägerin weder in der Klagebegründung noch in der Replik den Werklohn beziffert und dessen Berechnung dargelegt. Die Vorinstanz hat daher zu Recht festgestellt, dass die Klägerin ihre Forderung nicht genügend substantiiert hat. Es kann auf die oben wiedergegebenen Ausführungen verwiesen werden (Erw. IV/2) mit der Einschränkung, dass zur Substantiierung weder Regierapporte noch Materialrechnungen eingereicht werden müssen; es genügt, wenn die Tatsachenbehauptungen hinreichend bestimmt sind.

g) Die Klägerin macht schliesslich noch Ausführungen zu *Tiefbauarbeiten* und *Mehrkosten Maurer*, ohne Bezug auf die Akten und den vorinstanzlichen Entscheid zu nehmen (Urk. 78 S. 13 f.). Dies genügt den Anforderungen an eine Berufungsbegründung nicht.

h) Der Vorwurf der Klägerin, die unvollständige Sachdarstellung hätte Gegenstand der richterlichen Fragepflicht bilden müssen (Urk. 78 S. 9), ist angesichts der wiedergegebenen Substantiierungshinweise der Beklagten nicht zutreffend. Es besteht kein Grund für die richterliche Fragepflicht, wenn die Gegenpartei bereits auf die mangelnde Substantiierung hingewiesen hat und die beweisbelastete Partei ihr Unterlassen der eigenen Nachlässigkeit zuzuschreiben hat (BGer 4A_57/2014 vom 8. Mai 2014, E. 1.3.3). Dazu kommt, dass die gerichtliche Fragepflicht bei anwaltlich vertretenen Parteien ohnehin nur eine sehr eingeschränkte Bedeutung hat (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; BGer 4A_375/2015 vom 26. Januar 2016, E. 7.1). Die Klägerin hat denn auch ihre Substantiierungspflicht durchaus erkannt. So schrieb sie in der vorinstanzlichen Replik, es gehe darum zu erheben, welche Zusatzarbeiten in Auftrag gegeben und ausgeführt worden seien (Urk. 44 S. 5). Und weiter: „Auch zu den Zusatzleistungen sind im Überblick die nötigen Substantiierungen nachfolgend vorzunehmen, nämlich gemäss den in der Schlussrechnung vom 31.10.2011 enthaltenen Positionen wie folgt: Das würde die Hauptarbeit werden, *zu allen gegen 40 Positionen (...)* noch die erforderlichen tatbeständlichen Ausführungen zu machen und die Beweise zu benennen.“

(Urk. 44 S. 18). In der Folge verwies die Klägerin auf einen Anhang, in dem sie die Arbeiten gruppierte, ohne indessen weitere Angaben gegenüber der Rechnung vom 31. Oktober 2011 zu machen (Urk. 46). Vielmehr erachtete sie es als nahezu rechtsmissbräuchlich, die „grösstenteils teils nur wenige hundert Franken, ja vereinzelt sogar unter CHF 100.00 liegenden Positionen“ im Einzelnen kommentieren zu müssen. Die Gipserarbeiten seien im Gutachten I. _____ enthalten, weshalb eine nähere Substantiierung entfalle, als aus der Rechnung ersichtlich, denn diesbezüglich hätten es die Beklagten beim mündlichen Auftrag bewenden lassen und keine näheren Ausführungen dazu gemacht, geschweige denn nachdevisiert. Dasselbe könne von den Tiefbauarbeiten gesagt werden (Urk. 44 S. 19). Die Klägerin verzichtete somit bewusst auf eine weitere Substantiierung, wobei selbstverständlich auch kleine Positionen vom Gläubiger rechtsgenügend zu substantiieren sind, wenn er diese Beträge gerichtlich einfordern will.

4. Hat die Klägerin den Sachverhalt, auf den sie ihre eingeklagten Ansprüche stützt, nicht rechtsgenügend behauptet, so führt dies zur Abweisung der Klage (Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 55 N 28, m.w.H.). Das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht ist zu löschen.

V.

Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Die Klägerin ist der Auffassung, dass die Beklagten bezüglich der Frage der Aktivlegitimation als unterliegende Partei anzusehen und insofern kosten- und entschädigungspflichtig seien; hier müsse das Verursacherprinzip gelten (Urk. 78 S. 15).

In einem Rückweisungsentscheid kann die obere Instanz die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Es liegt im Ermessen der Rechtsmittelinstanz, ob sie die für das Rechtsmittelverfahren ergangenen Prozesskosten selber verteilen will oder nicht (BGer 4A_523/2013 vom 31. März 2014, E. 8.1). Es handelt sich um eine vom Gesetzgeber bewusst gewährte Option, dass angesichts des noch unbekannt

Ausganges der Hauptsache (vgl. Botschaft, BBl 2006 7296) die Kosten des Berufungsverfahrens nicht entsprechend dem Ausgang der im Berufungsverfahren entschiedenen Zwischenfrage, sondern im Rahmen des Sachentscheides entsprechend dem Ausgang der Hauptfrage verteilt werden (BGer 5A_517/2015 vom 7. Dezember 2015, E. 3). Vorliegend hat die erkennende Kammer im Beschluss vom 22. April 2014 die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen für ihr Verfahren der Vorinstanz überlassen (Urk. 36 S. 18). Diese hat sämtliche Kosten dem Ausgang des Verfahrens entsprechend der Klägerin auferlegt und sie für entschädigungspflichtig erklärt (Urk. 79 S. 17). Sie berücksichtigte also im Rahmen des für die Kostenverteilung grundsätzlich geltenden Unterliegerprinzips (Art. 106 Abs. 1 ZPO) den Prozessausgang in der Sache und nicht denjenigen im Rechtsmittelverfahren. Dies ist nicht zu beanstanden, zumal die Klägerin durch ihr Verhalten dazu beitrug, dass die Beklagten die Frage der Aktivlegitimation aufwarfen (vgl. die Ausführungen des Obergerichts im Rückweisungsbeschluss vom 22. April 2014, Urk. 36 S. 15 lit. bbb, 2. Absatz). Bezüglich des Quantitativs hat die Klägerin gegen die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung keine Rügen erhoben. Diese ist daher zu bestätigen.

Ausgangsgemäss wird die Klägerin auch für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. Mangels eines rechtserheblichen Aufwands ist den Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt F. _____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Bezirksgerichts Pfäffikon ZH vom 9. November 2011 und dessen Urteil vom 10. Januar 2012 – bestätigt durch das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Februar 2012 – zu Gunsten der Klägerin und zu Lasten der Beklagten vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht auf der Liegenschaft in der Gemeinde E. _____ mit Kat. Nr. ..., GBBl. ..., D. _____ -

Strasse ..., E. _____ für eine Pfandsumme von Fr. 49'326.15 vollumfänglich zu löschen.

3. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositivziffern 3-6) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
6. Den Beklagten wird für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteient-schädigung zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagten unter Beilage eines Doppels von Urk. 78 und 80, in Dispositiv-Ziff. 2 und 7 an das Grundbuch-amt F. _____ sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

8. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Be-schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 49'326.15.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 8. Dezember 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. S. Notz

versandt am: jo