

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB250007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzoberrichterin MLaw N. Menghini-Griessen sowie Gerichtsschreiberin MLaw I. Bernheim

Beschluss und Urteil vom 8. September 2025

in Sachen

A._____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B.____ **AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y._____,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht und Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 20. Dezember 2024 (Proz. CG210020)

Rechtsbegehren:

(act. 8/1 S. 2)

- " 1. Es sei festzustellen, dass dem Kläger gegen die Beklagte eine Forderung von Fr. 53'399.09 nebst Zins zu 5% seit 15.05.2021 als Pfandsumme zusteht.
2. Es sei das Grundbuchamt C. _____ anzuweisen, zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin an der D. _____-strasse 1, E. _____, Parzelle Nr. 2, das vorläufige eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten des Klägers für die Pfandsumme von Fr. 53'399.09 nebst Zins zu 5% seit 15.05.2021 definitiv einzutragen.
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 53'399.09 nebst Zins zu 5% seit 15.05.2021 für die ausgeführten Bauarbeiten zu bezahlen.
4. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger weitere Fr. 22'500.09 nebst Zins zu 5% seit 15.05.2021 für die Bauleitung zu bezahlen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur:

(act. 8/88 = act. 3 = act. 7, fortan act. 3)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ist nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides zu löschen.
3. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

Fr.	9'900.00;	die weiteren Kosten betragen:
Fr.	550.00	Kosten Schlichtungsverfahren
Fr.	2'550.00	Kosten Summarverfahren
Fr.	58.00	bisherige Kosten Grundbuchamt
Fr.	100.00	Kosten Verfügung Fristerstreckung
Fr.	13'158.00	Total

Allfällige weitere Kosten, insbesondere weitere Kosten des Grundbuchamts, bleiben vorbehalten.

4. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 5'558.00 wird vom Kläger nachgefordert.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 24'329.50 (inkl. Mehrwertsteuer von Fr. 1'579.50 und Entschädigung für das summarische Verfahren von Fr. 3'250.00) zu bezahlen.
6. Die vom Kläger für die Parteientschädigung der Beklagten bei der Gerichtskasse hinterlegte Sicherheit von Fr. 17'700.00 wird der Beklagten zahlungshalber an ihre Prozessentschädigung ausbezahlt.
7. [Mitteilungen]
8. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

des Klägers (act. 2):

- " 1. Das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 20. Dezember 2024 sei aufzuheben und die Klage gemäss den vor erster Instanz gestellten, nachfolgenden Rechtsbegehren gutzuheissen:
 - a) Es sei festzustellen, dass dem Kläger gegen die Beklagte eine Forderung von Fr. 53'399.09 nebst Zins zu 5% seit 15.05.2021 als Pfandsumme zusteht.
 - b) Es sei das Grundbuchamt C._____ anzuweisen, zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin an der D._____-strasse 1, E._____, Parzelle Nr. 2, das vorläufige eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten des Klägers für die Pfandsumme von Fr. 53'399.09 nebst Zins zu 5% seit 15.05.2021 definitiv einzutragen.
 - c) Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 53'399.09 nebst Zins zu 5% seit 15.05.2021 für die ausgeführten Bauarbeiten zu bezahlen.
 - d) Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger weitere Fr. 22'500.09 nebst Zins zu 5% seit 15.05.2021 für die Bauleitung zu bezahlen, unter Nachklagevorbehalt.

2. Eventuell sei der Fall zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

sowie Verfahrens Antrag des Klägers (act. 2):

"Es sei den Parteien das Protokoll der Hauptverhandlung vom 9. Juli 2024 zuzustellen."

sowie Gesuch um unentgeltliche Prozessführung des Klägers (act. 4):

- " 1. Es sei dem Kläger für das Berufungsverfahren gegen das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 20. Dezember 2024 (Geschäfts-Nr. CG21020-K/U/vs) die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren.
2. Es sei dem Kläger in der Person des Unterzeichners ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) ist Inhaber des nicht im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmens "F._____". Die Beklagte und Berufungsbeklagte B._____ AG (nachfolgend Beklagte) ist eine Aktiengesellschaft, die den Betrieb eines G._____ [Lageranlage] bezweckt. Anlässlich einer Umnutzung des G._____ [Lageranlage] erledigte der Kläger diverse Arbeiten für die Beklagte. Der Kläger behauptet, er habe für die Beklagte den Umbau des G._____ [Lageranlage] in eine Tanzschule für die Beklagte geplant, geleitet und teilweise selber umgesetzt, weshalb er ein noch nicht bezahltes Entgelt in der Höhe von Fr. 53'399.09 für ausgeführte Bauarbeiten und in der Höhe von Fr. 22'500.00 für die Bauleitung zu Gute habe (vgl. act. 3 S. 3, act. 8/1 S. 2). Die Beklagte entgegnet, es seien lediglich Verträge über einzelne Arbeiten zustande gekommen und das dafür vereinbarte Entgelt sei bereits vollständig entrichtet worden (act. 3 S. 3, act. 8/16 S. 7).

2. Mit Eingabe vom 6. Dezember 2021 reichte der Kläger beim Bezirksgericht Winterthur (nachfolgend Vorinstanz) die Klage mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen ein. Er beantragte damit die definitive Eintragung des Pfandrechts auf dem Grundstück der Beklagten und prosequierte damit das vom Einzelgericht des Bezirksgerichts Winterthur mit Verfügung vom 20. Mai 2021 (act. 8/4/5) superprovisorisch und mit Urteil vom 30. August 2021 provisorisch auf dem Grundstück der Beklagten eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht (act. 8/4/13). Weiter klagte er auf Bezahlung der behaupteten, offenen Forderungen gegen die Beklagte (act. 8/1).
3. Nach zweifachem Schriftenwechsel sowie einer Instruktions- und Hauptverhandlung wies die Vorinstanz die Klage mit Urteil vom 20. Dezember 2024 ab (act. 3).
4. Gegen dieses Urteil erhob der Kläger mit Eingabe vom 3. Februar 2025 (Datum Poststempel) Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich (act. 2). Aufgrund des gleichzeitig gestellten Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege (act. 4 und 6/1-8) wurde einstweilen von der Einholung eines Kostenvorschusses abgesehen. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-90). Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist spruchreif. Der Beklagten ist das Doppel der Berufungsschrift (act. 2) sowie des Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung (act. 4) inkl. Beilagen mit dem Entscheid zur Kenntnisnahme zuzustellen.

II. Prozessuales

1. Rechtsmittelvoraussetzungen

1.1. Am 1. Januar 2025 ist die revidierte Zivilprozessordnung in Kraft getreten. In übergangsrechtlicher Hinsicht sieht die Zivilprozessordnung vor, dass für Rechtsmittel jenes Recht gilt, das bei der Eröffnung des (angefochtenen) Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Das angefochtene Urteil wurde den Parteien am 30. Dezember 2024 zugestellt (vgl. act. 8/89). Für das Beschwerde-

verfahren gilt daher grundsätzlich die ZPO, wie sie vor der aktuellen Revision in Kraft war.

1.2. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung schriftlich und begründet innert 30 Tagen seit Zustellung des angefochtenen Entscheides einzureichen. Die Berufung vom 3. Februar 2025 wurde damit form- und fristgerecht erhoben. Beim angefochtenen Urteil handelt es sich um einen berufungsfähigen Entscheid (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Der Kläger ist durch das angefochtene Urteil beschwert. Auf die Berufung ist unter dem Vorbehalt hinreichender Begründung (vgl. Art. 311 ZPO) einzutreten.

2. Begründungsobliegenheit und Kognition

2.1. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung oder gar Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 S. 414). Es zeichnet sich dadurch aus, dass bereits eine richterliche Beurteilung des Rechtsstreits vorliegt. Sein Gegenstand wird durch die Berufungsanträge und die Berufungsbegründung umrissen.

2.2. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine uneingeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Dies setzt (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich inhaltlich mit diesen auseinandersetzt und mittels präziser Verweise auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen konkreten Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 141 III 569 E. 2.3.3; BGer 5A_751/2014 vom

28. Mai 2015, E. 2.1; BGer 5A_635/2015 vom 21. Juni 2016, E. 5.2; REETZ, in: Sutter-Somm/Lötscher/Leuenberger/Seiler, ZPO Komm., Art. 311 N 36 ff.). Pauschale Verweisungen auf frühere oder andere Rechtsschriften und Vorbringen, deren blosser Wiederholung oder eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht und von dieser erwogen wurde, genügen den gesetzlichen Begründungsanforderungen nicht und sind deshalb unbeachtlich.

Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden und hat grundsätzlich Bestand. Die Berufungsinstanz ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht gehalten, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vorliegen. Sie hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Berufungsbegründung gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (SEILER, in: Sutter-Somm/Lötscher/Leuenberger/Seiler, ZPO Komm., Art. 57 N 6; GLASL/GLASL, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen einzugehen, soweit dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1; BGE 141 III 28 E. 3.2.4 und BGE 143 III 65 E. 5.2).

III. Materielles

1. Akteneinsicht: Antrag und Rüge

1.1. Der Kläger beantragt, es sei den Parteien das Protokoll der Hauptverhandlung vor Vorinstanz vom 9. Juli 2024 zuzustellen. Er macht geltend, dass unklar sei, inwiefern seine Plädoyernotizen sowie die mündlichen Ausführungen an der Hauptverhandlung von der Vorinstanz berücksichtigt worden seien. Zudem sei es

unzulässig, das Protokoll erst mit dem Urteil zusammen offenzulegen. Vorliegend habe die Vorinstanz das Protokoll der Hauptverhandlung gar nicht zugestellt.

1.2. Der Kläger stellt diesen Antrag und die damit verbundene Rüge anlässlich seiner Berufung zuhanden der Rechtsmittelinstanz. Da der Kläger nicht verlangte, ihm sei das Protokoll zwecks Ausarbeitung der Berufungsbegründung vorgängig zuzustellen und er seine Berufung am letzten Tag der Berufungsfrist einreichte, kann über den Antrag mit dem Entscheid in der Sache befunden werden.

1.3. Das Recht auf Akteneinsicht ist Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Gemäss Art. 53 Abs. 2 ZPO können die Parteien die Akten einsehen und Kopien anfertigen lassen, soweit keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Der Kläger scheint davon auszugehen, dass die Vorinstanz den Parteien Kopien der Verhandlungsprotokolle unaufgefordert hätte zukommen lassen müssen (act. 7 Rz. 7 f.). Aus dem Akteneinsichtsrecht leitet sich indessen kein Anspruch auf Zusendung der Verfahrensakten oder auf Erstellung und Zusendung von Kopien ab. Der Kläger macht nicht geltend, dass er die Vorinstanz um Einsichtnahme in die Akten bzw. in das Protokoll der Hauptverhandlung gebeten hätte und ihm dies verweigert worden wäre. Eine Verletzung des Akteneinsichtsrechts liegt daher nicht vor. Soweit der Kläger überdies vorbringt, ohne Einsicht in das Verhandlungsprotokoll wisse er nicht, ob die Vorinstanz seine Ausführungen an der Hauptverhandlung berücksichtigt und gewürdigt habe, so ist ihm entgegenzuhalten, dass er seine Ausführungen kennt und es an ihm läge, darzutun, welche seiner Ausführungen die Vorinstanz zu Unrecht in ihrem Urteil nicht berücksichtigt hätte. Der Antrag auf Zustellung des Protokolls der vorinstanzlichen Hauptverhandlung ist daher abzuweisen.

1.4. Soweit der Antrag auch die Zustellung des Protokolls an die Gegenseite umfasst, ist der Kläger(vertreter) nicht legitimiert, für die Beklagte Anträge zu stellen. Insoweit ist auf das Begehren nicht einzutreten.

2. Fristerstreckung / Nachfrist / Wiedererwägung

2.1. Der Kläger rügt als übertrieben streng und unbillig, dass die Vorinstanz die von ihm beantragte Fristerstreckung zur Einreichung der Replikbeilagen nicht gewährt habe. Auch mit der an der Hauptverhandlung abgelehnten Wiedererwägung der prozessleitenden Verfügungen sei er nicht einverstanden. Er habe der Vorinstanz am 1. Mai 2023 die besondere Situation und die Probleme bei der Ausarbeitung der Replik und der Beschaffung und Bearbeitung der Beweismittel dargelegt. Die Erwägung der Vorinstanz, wonach kein fristgerechtes Fristwiederherstellungsgesuch gestellt worden sei, sei falsch. Der Kläger beantragt, es sei auf die abgewiesene Fristerstreckung zurückzukommen und die klägerischen Beilagen zur Replik (Nr. 76 bis 352) seien zuzulassen.

2.2. Die Vorinstanz setzte dem Kläger mit Verfügung vom 9. Februar 2023 die Frist zur schriftlichen Erstattung der Replik an. Diese Frist wurde dem Kläger dreimal erstreckt, bis die Replik am 15. Mai 2023 innert erstreckter Frist, jedoch ohne Beilagen, bei der Vorinstanz einging. Der Kläger ersuchte gleichzeitig mit der Einreichung der Replik darum, es sei ihm eine Nachfrist zur Nachreichung der Beilagen zu gewähren (act. 8/45). Gegen den abweisenden Entscheid der Vorinstanz vom 19. Mai 2023 gelangte der Kläger an das Obergericht des Kantons Zürich, welches mit Beschluss vom 15. Juni 2023 (Verfahren RB230017) auf die Beschwerde gegen den prozessleitenden Entscheid nicht eintrat (act. 8/62). Parallel dazu reichte der Kläger mit Eingabe vom 24. Mai 2023 (act. 8/53) die Beilagen zur Replik der Vorinstanz dennoch ein.

2.3. Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, prozessleitende Verfügungen könnten dann in Wiedererwägung gezogen werden, wenn ein Gesuch innert Frist respektive ohne Verzug gestellt werde, unechte (oder allenfalls echte) Noven vorlägen und die Wiedererwägung verhältnismässig sei. Die Beilagen zur Replik seien am 26. Mai 2023 bei der Vorinstanz eingereicht worden. In diesem Zeitpunkt hätte ein Gesuch um Wiedererwägung der Verfügung vom 19. Mai 2023 (respektive vom 13. Juli 2023) umgehend erfolgen müssen. Die beantragte Wiedererwägung erst ein Jahr später anlässlich der Hauptverhandlung sei verspätet

erfolgt. Da der vorliegende Entscheid aber auf der Behauptungsebene gefällt werde, seien die Replikbeilagen ohnehin unerheblich (act. 3 E. II.F.2. S. 14 f.).

2.4. Unter Berücksichtigung des Grundsatzes, dass prozessleitende Entscheide nicht in (materielle) Rechtskraft erwachsen, können sie im Gegensatz zu prozesserledigenden Entscheiden auch nach ihrer Eröffnung bis zum Ergehen des Endentscheids in Wiedererwägung gezogen werden. Das Gericht kann grundsätzlich jederzeit (auf entsprechendes Begehren oder von Amtes wegen) auf einen solchen Entscheid zurückkommen, ihn aufheben oder abändern. Wenn hingegen keine Veränderung der massgebenden Verhältnisse geltend gemacht wird oder vorliegt, wird mit dem neuen Begehren der Sache nach lediglich eine Überprüfung des ersten bzw. früheren Entscheids verlangt, welche die Partei (im Anschluss an dessen Fällung) auf dem Rechtsmittelweg durchsetzen könnte. Es besteht deshalb kein Bedürfnis, einen (zusätzlichen) Anspruch auf eine erneute Überprüfung (durch die den fraglichen Entscheid fällende Instanz) einzuräumen. Auf die Behandlung eines derartigen Wiedererwägungsgesuchs im eigentlichen Sinne hat die betreffende Partei daher keinen Anspruch. Nach Lehre und Praxis steht es im Ermessen des Gerichts, auf dieses nicht einzutreten, es abzuweisen oder gutzuheissen (ZR 109 [2010] Nr. 10 E. 5.2). Zusätzlich zum Erfordernis unechter (und ggf. echter) Noven bedarf es eines Gesuchs ohne Verzug (vgl. DORA VALENTA/MERYCANELLA, Die Wiedererwägung im Zivilprozess, in: ZZZ 2023, S. 243 ff.). Vorliegend hat der Kläger im Rahmen der Hauptverhandlung darum ersucht, auf die prozessleitenden Verfügungen zurückzukommen. Eine neue Sachlage hat er nicht dargetan, sondern zur Begründung auf die in seinem Gesuch vom 1. Mai 2023 geschilderte Situation verwiesen. Damit hat er kein schutzwürdiges Interesse an einer Wiedererwägung der Verfügungen vom 19. Mai 2023 resp. 13. Juli 2023 dargetan und die Vorinstanz durfte zu Recht von einer Wiedererwägung absehen.

2.5. Mit der Rüge, die nicht gewährte Fristerstreckung sei übertrieben streng und unbillig gewesen, wendet sich der Kläger gegen die prozessleitenden Verfügungen der Vorinstanz vom 19. Mai 2023 (act. 8/47) und 13. Juli 2023 (act. 8/63), welche er mit der Berufung gegen den Endentscheid anfigt.

2.6. Der Anwendungsfall von in der Rechtsschrift erwähnten, aber fehlenden Beilagen, fällt unter die Bestimmung von Art. 132 Abs. 1 ZPO (vgl. BACHOFNER, in: Sutter-Somm/Lötscher/Leuenberger/Seiler, ZPO Komm., Art. 132 N 11). Entsprechend ist der Partei zur Behebung des Mangels grundsätzlich eine gerichtliche Nachfrist anzusetzen. Die Ansetzung einer Nachfrist setzt voraus, dass der zu behebende Mangel bzw. Fehler verbesserlich ist. Dies ist nicht der Fall, wenn es sich nicht um eine versehentliche, sondern um eine absichtliche Unterlassung handelt. Diesfalls besteht kein schutzwürdiges Interesse an der Milderung der prozessualen Formstrenge (BGer 5A_7/2021 vom 2. September 2021, E. 2.2.; BGer 4A_351/2020 vom 13. Oktober 2020, E. 3.2; BGE 142 I 10 E. 2.4.5).

2.7. Vorliegend hat der Vertreter des Klägers die Replik bewusst mangelhaft, d.h. ohne die in der Rechtsschrift erwähnten Beilagen, eingereicht. Gleichzeitig ersuchte er um Verbesserung durch Ansetzung einer Nachfrist hierfür. Zur Begründung machte er geltend, es sei infolge des Zeitdrucks nicht möglich gewesen, auch die rund 270 neuen Akten im Doppel zu nummerieren und zu kopieren (vgl. act. 8/45). Die Vorinstanz stellte fest, der Kläger habe bereits im dritten Friststreckungsgesuch vom 1. Mai 2023 auf die umfassenden Dateien hingewiesen, welche den Ausdruck und die Sichtung sehr aufwändig machten und ausgedruckt zwei Bundesordner füllen würden. Sie schloss daraus, dass die Originale gemäss den Ausführungen des Klägers bereits am 1. Mai 2023 ausgedruckt vorhanden gewesen waren. Die Vorinstanz zog daraus den Schluss, dass eine fristgerechte Einreichung möglich gewesen wäre. Weshalb dies nicht erfolgt sei, sei unerfindlich (act. 8/63).

2.8. Mit der Begründung der Vorinstanz, wonach unerfindlich sei, weshalb die seit 1. Mai 2023 im Original vorhandenen Beilagen am 15. Mai 2023 nicht fristgerecht hätten eingereicht werden können, setzt sich der Kläger nicht auseinander. Davon ausgehend, dass die Unterlagen tatsächlich bereits am 1. Mai 2023 beim Klägervertreter vorhanden waren, rechtfertigte die bewusst mangelhafte Einreichung der Replik am 15. Mai 2023 ohne Beilagen keine weitere Nachfrist- oder Notfristansetzung mehr. Die Vorinstanz durfte unter diesen Umständen von der Gewährung einer weiteren Frist absehen. Eine Rechtsverletzung liegt nicht vor.

Schliesslich bleibt die Rüge theoretischer Natur, weil die Vorinstanz die behaupteten Ansprüche zu Recht aufgrund ungenügender Substantiierung abgewiesen hat, wie noch zu zeigen sein wird (unten E. 4.).

3. Bauhandwerkerpfandrecht: Vergütungsforderung

3.1. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts für Forderungen von Handwerkern und Unternehmern, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks, selbst wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind. Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 i.V.m. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 ZGB; Art. 76 Abs. 3 GBV); andernfalls ist der Pfandanspruch verwirkt (BGE 126 III 462 E. 2c/aa). Sie darf nur erfolgen, wenn die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist, und kann nicht verlangt werden, wenn dieser für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet (Art. 839 Abs. 3 ZGB).

3.2. Für die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts trägt der Kläger die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast insbesondere dafür, dass er bestimmte pfandberechtigte Arbeiten verrichtet hat, sowie für den Bestand und die Höhe einer entsprechenden Vergütungsforderung. Damit einher geht auch die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand und den Inhalt eines entsprechenden Werkvertrages – allenfalls mit gewissen nachträglich vereinbarten Änderungen –, mit dem die Herstellung eines bestimmten Werkes (oder mehrerer Werke) vereinbart wurde. Legt der Unternehmer nicht hinreichend konkret dar, was Inhalt des behauptetermassen vereinbarten Werkvertrages bzw. Gegenstand des herzustellenden Werkes sein soll, und welche Arbeiten vertragsgemäss zu verrichten waren, kann von vornherein weder der Bestand bzw. die Höhe einer entsprechenden Vergütungsforderung noch die Einhaltung der Eintragsfrist beurteilt werden. Letztere beginnt nämlich mit Vollendung der vertraglich geschul-

deten Arbeiten, und es läuft zudem für jede funktionale (Werk-) Einheit eine separate Frist, so dass eine Beurteilung der Fristwahrung gedanklich jedenfalls eine – dem Unternehmer obliegende – substantiierte Behauptung des vereinbarten Werkes bzw. der geschuldeten Arbeiten voraussetzt (OGer ZH, LF200067 vom 11. März 2021 E. 5.4).

3.3. Die Vorinstanz erwog, der Kläger habe die geltend gemachten vertraglichen Ansprüche nicht ausreichend substantiiert: Die anlässlich der Hauptverhandlung erstmals behauptete nichtvertragliche Grundlage des Anspruchs sei verspätet vorgebracht worden. Es seien daher nur die behaupteten vertraglichen Ansprüche zu prüfen. Der Kläger müsse dafür den Vertragsabschluss im geltend gemachten Umfang rechtsgenügend behaupten und gegebenenfalls beweisen (act. 3 S. 29). Der Kläger habe ausgeführt, dass er beim Umbau des G._____ [Lageranlage] zwecks Umnutzung des Untergeschosses in eine Tanzschule die gesamten Bauarbeiten, welche in seinen Tätigkeitsbereich gefallen seien, erledigt habe. Ferner sei er für die gesamten Arbeiten, die im G._____ [Lageranlage] ausgeführt worden seien, Projekt- und Bauleiter gewesen. Er sei insgesamt für eine Vertragssumme von Fr. 193'873.60 beauftragt worden. Die Beklagte dagegen habe geltend gemacht, der Kläger sei lediglich für einzelne Arbeiten resp. Teile davon beauftragt worden. Die Beklagte habe anerkannt, Offerten für verschiedene Arbeiten mit einer Summe von Fr. 165'635.15 angenommen zu haben. Ausgeführt worden seien schliesslich nur Arbeiten in Höhe von Fr. 109'219.58 und gemäss der Zusammenstellung des Klägers habe die Beklagte Fr. 124'944.30 und damit längst alles bezahlt (act. 3 S. 26 f. E. C.1.). Darüber hinausgehende Arbeiten und Offerten habe es nach der Beklagten keine gegeben.

Die Vorinstanz folgerte daraus, dass zwischen den Parteien Uneinigkeit über den Vertragsabschluss bzw. den Vertragsumfang im vom Kläger über die Anerkennung durch die Beklagte hinaus behaupteten Bereich bestehe (act. 3 S. 28, E. C.3.). Es sei nicht ausreichend, wenn sich der Kläger zur Geltendmachung seiner behaupteten Forderung auf Kostenschätzungen oder Rechnungen berufe, da beides von einem Vertragsabschluss oder einem verbindlichen Angebot zu unterscheiden sei. Die klägerischen Behauptungen zum Umfang des Vertragsab-

schlusses seien auch nicht schlüssig (act. 3 S. 31): So behaupte der Kläger, dass am 28. November 2019 eine umfassende Vereinbarung abgeschlossen worden sei, welche als Einheit betrachtet werden müsse. Andernorts führe er aus, der grösste Teil der vom Kläger auszuführenden Arbeiten sei am 28. November 2019 vergeben und kurze Zeit später seien die restlichen Arbeiten hinzugefügt worden (act. 3 S. 32). Dann ergänzte er, dass am 3. Juli 2020 eine Projektergänzung genehmigt worden sei und er begonnen habe, weitere Offerten auszuarbeiten. Auch die Ausführungen zum Beginn der Arbeiten würden divergieren. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die Vorträge des Klägers in sich nicht schlüssig seien und sich mehrfach und in zentralen Punkten widersprechen würden. Nachdem die Beklagte auf die ungenügende Substantiierung hingewiesen habe, sei die richterliche Fragepflicht entfallen. Weiter wies die Vorinstanz darauf hin, dass nur allfällige Ansprüche zwischen dem Kläger und der Beklagten Gegenstand des vorliegenden Verfahrens seien und Ausführungen zu anderen Projekten zwischen teilweise anderen Personen (wie bspw. der H._____ GmbH des Klägers) nicht zu prüfen seien (act. 3 S. 29). Zusammengefasst habe der Kläger die von ihm geltend gemachten vertraglichen Ansprüche nicht ausreichend substantiiert, was zur Abweisung der Klage führe. Mangels Nachweises einer offenen Werklohnforderung sei die Klage im Umfang der definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts auch bereits aus diesem Grunde abzuweisen (act. 3 S. 33 f.).

3.4. Der Kläger rügt, die Vorinstanz habe seine Ausführungen, insbesondere diejenigen in der Replik, ungenügend oder gar nicht beachtet. Er wiederholt daher in seiner Berufung seitenweise die in der Replik enthaltenen Ausführungen zu den Bauarbeiten im G._____ [Lageranlage] E._____ (act. 2 S. 24 – 37.). Er führt dann mit Hinweis auf die entsprechenden Fundstellen in der Replik (act. 8/46 S. 67) aus, dass er die erheblichen Zusatzarbeiten, welche direkt vergeben worden seien, in der Replik dargelegt habe. Er habe nicht nur Arbeiten im Umfang von Fr. 109'219.58, sondern erhebliche Zusatzarbeiten ausgeführt. Dazu würden zwei Betonschächte, der Einbau der Paniktüren als Provisorium für die Testveranstaltung vom Dezember 2019, die gesamte WC-Anlage im EG, das Schliessen der umlaufenden Kanäle beim Randbereich des Hallenbodens im EG und die zusätzliche Isolation der Aussenwände im UG gehören. Auch habe er in der Replik

(act 8/46 S. 69) ausgeführt, dass es nach dem Umbau der Tanzschule zu einer Projektergänzung gekommen und die Lieferung von Lüftungsanlagen und die Elektroarbeiten im März 2020 keineswegs fertiggestellt waren (act. 2 S. 37 f., dazu unten E. 4.2). Er habe ausgeführt, dass es nicht zutrefte, dass er alleine die Umbauarbeiten im Zusammenhang mit der Tanzschule ausgeführt habe. Die Arbeiten hätten sich aber auch nicht auf die vom Kläger eingereichten Offerten vom August 2019 beschränkt. Am 27. August 2019 sei ein drittes Baugesuch eingereicht worden. Dieses habe den Umbau der Räume 03 (Lager) und 04 (Maschinenraum) im UG zwecks Nutzung als Tanzschule betroffen. Die am 31. Oktober 2019 erteilte Baubewilligung und die enthaltenen Auflagen hätten verschiedene Mehrarbeiten und Anpassungen erfordert (act. 2 S. 38). Ende November 2019 seien dann die Aufträge an den Kläger vergeben und der Umbau der Tanzschule vollzogen worden. Für die Begründung der Forderung verweise er einerseits auf die Offerten für die verschiedenen Arbeitsgattungen und andererseits auf die Rechnungen für die tatsächlich ausgeführten Arbeiten samt Zusatzleistungen, wobei er sich auf den Baukostenplan vom 28. August 2019 und vom 3. Juni 2020 stütze (vgl. act. 3 S. 26). Der Kläger wiederholt sodann die am 29. November 2019 besprochenen und vergebenen Aufträge für Gipserarbeiten (BKP 270), Isolationen im UG (BKP 271.0), Innentüren aus Metall (BKP 272), Unterlagsboden im UG (BKP 281.0), Fenster und Aussentüren mit Panikfunktion (BKP 321), Abbruch- und Räumungsarbeiten und die dafür erfolgten (Akonto-) Zahlungen. Am 8. Januar 2020 habe der Kläger auch noch eine Akontorechnung für die Baumeisterarbeiten (BKP 211) gestellt, welche am 10. Januar 2020 bezahlt worden sei (zum Ganzen act. 2 S. 27 ff.). Der Kläger ergänzt, dass auch die Beklagte ausgeführt habe, dass er nicht sämtliche in den Kostenschätzungen aufgeführten Arbeiten geltend gemacht habe. Abzustellen sei daher auf die vom Kläger detailliert dargelegten ausgeführten Arbeiten, nämlich KAG 147.4, 214.5, 221, 221.1, 225, 271, 272, 276, 281, 281.5, 291 und 321. Die Anforderungen der Vorinstanz an die Substantiierung der vertraglichen Ansprüche seien überhöht (act. 2 S. 38 f.). Ort, Zeit und Umstände des Vertragsabschlusses zwischen dem Kläger und der Beklagten seien in der Replik ab S. 78 detailliert dargelegt worden. Die weiteren Arbeiten hätten dann durch den Lockdown einen Unterbruch erfahren. Gestützt auf

die Projektänderung habe er dann im September 2020 mit den Abbrucharbeiten begonnen (act. 2 S. 40). Für den Vertragsschluss sei auf die detaillierten Schilderungen zum 18. (recte wohl: 28.) November 2019 zu verweisen. Der Vertragsschluss sei substantiiert dargelegt worden und die Kostenschätzungen, die Offerten sowie die Rechnungen und auch die Anzahlungen durch die Beklagte würden das Zustandekommen des Vertrages bestätigen. Auch die Kritik der Vorinstanz an den klägerischen Behauptungen zum Umfang des Vertragsabschlusses sei falsch. Es sei festzuhalten, dass der Unterzeichnende erst aufgrund der Daten und Unterlagen der wiederhergestellten Festplatte des Klägers den Ablauf im Detail habe rekonstruieren können (act. 2 S. 40). Auch die verschiedenen Kostengliederungsarten resp. Arbeitsgattungen seien ab S. 78 ff. der Replik detailliert abgehandelt worden. Auf S. 83 ff. der Replik seien dann die von der Beklagten bestrittenen Zusatzarbeiten im Detail dargestellt worden. Die Vorinstanz habe einzelne Zitate aus der Replik aus dem Zusammenhang gerissen und damit willkürlich einzelne Stellen berücksichtigt (act. 2 S. 41 f.). Er sei für sämtliche Arbeiten, welche er für die Beklagte ausgeführt habe, umfassend beauftragt worden. Da aber die Beklagte anschliessend laufend Arbeiten zum Umbau des G._____ [Lageranlage] zusammengestrichen habe, habe er dann nicht alle ursprünglich vorgesehenen Arbeiten, sondern nur den grössten Teil, ausgeführt. Anschliessend äussert sich der Kläger nochmals zum Beginn der Arbeiten. Er führt (mit Verweis auf die Ausführungen in der Replik) aus, dass das UG des G._____ [Lageranlage] im November 2019 geräumt worden sei. Lediglich die Zusatzarbeiten aufgrund der Projektänderung hätten dann im September 2020 begonnen (vgl. act. 2 S. 42). Ferner vermische die Vorinstanz Ausführungen zu den Bauarbeiten, welche im November 2019 begonnen hätten, mit Ausführungen zu seiner Tätigkeit als Bau- und Projektleiter, welche im Jahr 2018 begonnen habe (act. 2 S. 42 f.)

Der Kläger rügt weiter als falsch, dass die Vorinstanz aufgrund der ihrer Ansicht nach ungenügenden Substantiierung der vertraglichen Forderung auch die offene Werklohnforderung in diesem Umfange als nicht nachgewiesen erachtet habe. Der Kläger rügt, zum mangelnden Nachweis einer Werklohnforderung ergäbe sich nichts aus der Begründung der Vorinstanz, weshalb die Vorinstanz ihre Begrün-

dungspflicht verletzt habe (act. 2 S. 43).

Weiter sei zwar zutreffend, dass an der Hauptverhandlung eine neue rechtliche Argumentation vorgetragen worden sei. Es habe sich entgegen den Erwägungen der Vorinstanz jedoch nicht um neue Tatsachenbehauptungen gehandelt. Die Vorinstanz hätte, wenn sie der Auffassung sei, dass das Zustandekommen eines Vertrages nicht hinsichtlich aller Arbeiten vorliegen würde, den Sachverhalt unter Anwendung von Art. 671 ff. ZGB prüfen müssen. Sie habe zu Unrecht geltend gemacht, diese neuen tatsächlichen Grundlagen seien verspätet vorgebracht worden (act. 2 S. 38).

Schliesslich rügt der Kläger, dass die Vorinstanz sich nicht zu seinem Honoraran-spruch aus Bauleitertätigkeit im Umfang vom Fr. 22'500.– geäussert habe. Das rechtliche Gehör resp. der Anspruch auf Entscheidungsbegründung sei dadurch verletzt worden (act. 2 S. 44 Rz. 23).

4. Würdigung

4.1. Vorab ist klarzustellen, dass die Vorinstanz dem Kläger nicht jegliche vertragliche Anspruchsgrundlage absprach. Sie hielt fest, dass zwischen den Parteien Uneinigkeit über den Vertragsumfang bzw. den Vertragsabschluss im vom Kläger über die Anerkennung der Beklagten hinaus behaupteten Bereich bestehe (act. 3 S. 28, vorne E. 3.3). Der Kläger hatte folglich nicht den Vertragsschluss zwischen ihm und der Beklagten im anerkannten Bereich, sondern die Anspruchsgrundlage im darüber hinausgehenden, bestrittenen Bereich substantiiert zu behaupten. Die Wiederholungen, wonach am 28. November 2019 die Offerten angenommen respektive durch Anzahlungen konkludent Verträge geschlossen worden seien, bringen dafür keine weiteren Erkenntnisse. Hinsichtlich dieser vereinbarten Arbeitsgattungen ist der Umfang der tatsächlich erbrachten Leistungen durch den Kläger strittig. Der Kläger rügt, er hätte in der Replik ab S. 78 Ort, Zeit und Umstände des Vertragsabschlusses zwischen dem Kläger und der Beklagten detailliert dargelegt. Der Kläger führte an dortiger Stelle in der Replik aus, dass nicht alle seine Offerten von der Beklagten angenommen worden seien (act. 8/46

S. 78), dass die Angebote auf Einheitspreisen beruht hätten und für die definitive Rechnungstellung das Ausmass massgeblich gewesen sei (act. 8/46 S. 79 ff.). Diesen Ausführungen allein lässt sich keine konkrete Behauptung zur vereinbarten, tatsächlich erbrachten und geschuldeten Leistung entnehmen. Zu den Erwägungen der Vorinstanz zum Umfang der zustande gekommenen Verträge führt der Kläger weiter aus, diese seien zu korrigieren (act. 2 S. 40). Mit dieser pauschalen Rüge setzt sich der Kläger nicht ausreichend mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinander. Die weiteren Ausführungen des Klägers in seiner Berufung, wonach er zwar durch die Beklagte umfassend beauftragt worden sei, dann aber wegen der laufenden Streichung gewisser Arbeiten nur noch einen Teil der ursprünglichen Arbeiten habe ausführen können (act. 2 S. 42), vermögen den reduzierten Arbeitsumfang im Übrigen zu erklären und stehen im Einklang mit der Position der Beklagten.

4.2. Der Kläger führt zur Begründung seiner behaupteten höheren Forderung im Weiteren aus, er habe erhebliche Zusatzarbeiten ausgeführt, welche direkt vergeben worden seien. Dies habe er in der Replik, welche die Vorinstanz nicht zur Kenntnis genommen habe, ab S. 67 ausgeführt. An entsprechender Stelle führte der Kläger aus, dass er nicht lediglich Arbeiten im Umfang von Fr. 109'219.58, sondern erhebliche Zusatzarbeiten geleistet habe, welche direkt vergeben worden seien. Der Kläger nennt, wie gesehen (oben, E. 3.4. S. 14 f.), auch fünf verschiedene Zusatzarbeiten. Er begnügt sich dann aber mit der blossen Aufzählung dieser Zusatzarbeiten, ohne eine angebliche Auftragsvergabe durch die Beklagte in diesem Bereich substantiiert zu behaupten. Es bleibt damit unklar, wer den Kläger wann und zu welchen Konditionen hinsichtlich dieser behaupteten Zusatzarbeiten beauftragt haben soll. Damit ist die Würdigung der Vorinstanz zutreffend, wonach im über den von der Beklagten anerkannten Bereich hinaus substantiierte Behauptungen fehlen.

Ferner fehlt es nicht nur an substantiierten Behauptungen zum Zustandekommen eines Vertrages respektive der Vergabe dieser zusätzlichen Arbeiten an den Kläger, über die Beweis geführt werden könnte; die Behauptungen des Klägers sind auch widersprüchlich: So will er erhebliche Zusatzarbeiten ausgeführt haben (wie

bspw. zwei Lichtschächte oder den Einbau der WC-Anlage im EG für die Testveranstaltung im Dezember 2019, act. 8/46 S. 67). Gleichzeitig führt er an anderer Stelle der Replik aus, dass er die Leitung und Koordination der Arbeiten der I. _____ AG übernommen habe, welche für die Lieferung und Montage der sanitären Anlagen sowie den WC Einbau im EG für die Durchführung der Testveranstaltung vom 20. Dezember 2019 zuständig gewesen sei (act. 8/46 S. 55). Für das Betonieren der Schächte sei die J. _____ beigezogen worden (act. 8/46 S. 86). Ein Anspruch für durch den Kläger ausgeführte Zusatzarbeiten ergibt sich daraus gerade nicht. Dasselbe gilt für die Ausführungen des Klägers, wonach er in der Replik dargelegt habe, im März 2020 lediglich mit seinen ursprünglichen Arbeiten fertig gewesen zu sein. Als zusätzliche Arbeiten seien die Lieferung der Lüftungsanlagen, der Abschluss der Elektroarbeiten, die gewünschte Projektänderung sowie die Abnahmen dazu gekommen (vgl. act. 2 S. 22). Der Kläger verweist dann auf die Replik, worin er ausführte, dass die K. _____ AG für die Lieferung und die L. _____ AG für den Einbau der Lüftungs- und Heizungsanlage zuständig gewesen sei (act. 8/46 S. 44). Inwiefern dem Kläger für diese Leistungen von Dritten eine Entschädigung aus Werkvertrag zustehen sollte, führt der Kläger nicht aus. Vereinbarte Zusatzarbeiten zwischen dem Kläger und der Beklagten ergeben sich daraus nicht.

4.3. Was die Rüge der fehlenden Auseinandersetzung mit der geltend gemachten Forderung aus Bauleitertätigkeit betrifft, ist Folgendes festzuhalten: Aus der Begründungspflicht folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 143 III 65 E. 5.2 mit Hinweisen). Die Vorinstanz hat unter dem Titel "Forderungen" ausgeführt, dass der Kläger einerseits geltend mache, er hätte die gesamten Bauarbeiten in seinem

Tätigkeitsbereich ausführen sollen und sei weiter für die gesamten Arbeiten, welche im G. _____ [Lageranlage] ausgeführt worden seien, Projekt- und Bauleiter gewesen. Die Vorinstanz führte weiter aus, der Kläger mache vertragliche Ansprüche geltend, wobei Uneinigkeit über den Vertragsabschluss und den Vertragsumfang bestehe. Sie erwägt sodann, dass vorliegend nur vertragliche Ansprüche zwischen dem Kläger und der Beklagten zu prüfen seien. Die Vorinstanz zitiert dann die Darstellung des Klägers zum Zeitablauf, dem eingereichten Baugesuch und den Kostenschätzungen des Klägers. Sie kommt zum Ergebnis, dass Behauptungen zu Ort, Zeit und den Umständen des angeblichen Vertragsabschlusses fehlen würden. Ebenfalls hat sie die Behauptung des Klägers aufgegriffen, wonach die Umnutzung umfangreiche Projektierungs-, Planungs- und Leitungsarbeiten vorausgesetzt habe, die zu einem erheblichen Teil durch ihn geleistet worden seien. Die Vorinstanz kam schliesslich zum Schluss, dass die geltend gemachten vertraglichen Ansprüche nicht ausreichend substantiiert dargetan wurden, was zur Abweisung der Klage führte. In Bezug auf die Werklohnforderung sei die Klage auf definitive Eintragung auch aus diesem Grunde abzuweisen. Mit diesen Erwägungen hat die Vorinstanz unter dem Titel "Forderungen" nicht nur die behauptete Werklohnforderung, sondern auch das behauptete Projekt- und Bauleiterhonorar behandelt. Sie kam zum Ergebnis, dass ein konkreter Vertragsabschluss nicht behauptet wurde respektive die vertraglichen Ansprüche nicht ausreichend substantiiert dargetan wurden. Dass die umfangreichen Ausführungen des Klägers in der Replik, wo er seitenlang seine geschätzten Stunden und Aufwände für behauptete Bau- und Projektleitertätigkeiten auflistete, im vorinstanzlichen Entscheid nicht gewürdigt wurden, liegt daran, dass die Vorinstanz gar nicht erst eine (entgeltliche) vertragliche Grundlage zwischen den Parteien über eine Tätigkeit des Klägers als Projekt- und Bauleiter erstellen konnte. Der Kläger hätte substantiiert darlegen müssen, dass die Beklagte ihn mit einer entgeltlichen Bauleitertätigkeit beauftragt hatte. Dafür hätte er nicht nur geschätzte Arbeitsstunden, sondern eine konkrete Vereinbarung zwischen den Parteien substantiiert behaupten müssen. Der Kläger hätte daher in seiner Berufung betreffend die Honorarforderung ausführen müssen, weshalb und inwiefern die Schlussfolgerung der Vorinstanz falsch sei. Ergänzend sei erwähnt, dass mit Ausführungen zum behaupteten

ten Aufwand und den geschätzten Arbeitsstunden für die Bauleitung tatsächlich nichts zur angeblich vertraglichen Grundlage zwischen den Parteien über die behauptete Bauleitung durch den Kläger respektive seine Einzelfirma gesagt ist.

4.4. Was schliesslich die Rüge betrifft, die Vorinstanz hätte den Sachverhalt unter Anwendung von Art. 671 ff. ZGB zu prüfen gehabt, ist dem Kläger mit der Vorinstanz entgegenzuhalten, dass das Tatsachenfundament, welches der rechtlichen Würdigung zu Grunde liegt, rechtzeitig vorgetragen werden muss. Im vorliegenden Fall ist mit Abschluss des zweifachen Schriftenwechsels die Novenschanke (mit Ausnahme echter Noven im Sinne von Art. 229 Abs.1 ZPO) eingetreten. Der Kläger hätte die Tatsachen, welche für eine Subsumtion unter die Bestimmung von Art. 671 ff. ZGB vorliegen müssen, rechtzeitig durch (substantiierte) Behauptungen in den Prozess einbringen müssen. Der Kläger müsste rechtzeitig behaupten und aufzeigen, für welche seiner ausgeführten Arbeiten er sich auf eine vertragliche Grundlage stützt, und für welche Arbeiten respektive Materialkosten er eine Entschädigung gestützt auf Art. 671 ZGB beansprucht. Dies hat der Kläger vor Vorinstanz nicht getan, weshalb seine Rüge auch in dieser Hinsicht unbegründet ist.

5. Bauhandwerkerpfandrecht: akzessorisches Nebenrecht

5.1. Der gesetzliche Anspruch auf Errichtung eines Baupfandrechts ist ein akzessorisches Nebenrecht zur Vergütungsforderung des Bauunternehmers. Das Baupfandrecht ist daher vom Bestand einer Vergütungsforderung abhängig (vgl. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2022, Nr. 498 und Nr. 1012). Die Vergütungsforderung bildet die Basis für die Bemessung der Baupfandsumme und ist als solche, bei einer blossen Pfandintragungsklage, vorfrageweise zu beurteilen (vgl. SCHUMACHER/REY, a.a.O., Nr. 1732 und Nr. 513). Vorliegend hat der Kläger die Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts mit der Bezahlung der zu sichernden Geldforderung kombiniert (objektive Klagenhäufung). Die Beklagte ist als eingeklagte Forderungsschuldnerin und als Grundeigentümerin (in Personalunion) passivlegitimiert. Kann – wie vorliegend – der Bestand einer offenen Werklohnforderung nicht nachgewiesen werden, fehlt es damit an der vorausgesetzten Forderung für

die Errichtung des Bauhandwerkerpfandrechts. Damit ist die vorinstanzliche Erwägung zutreffend, wonach mangels Nachweises einer offenen Werklohnforderung die Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts auch aus diesem Grunde abgewiesen werden müsste. Nachdem die Vorinstanz einleitend die Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts dargelegt hatte, war eine weitergehende Begründung dieser Erwägung nicht notwendig. Fehlt es bereits am Vergütungsanspruch, wird die Frage, ob die provisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts verspätet war, theoretischer Natur. Aufgrund der ausführlichen Auseinandersetzungen der Vorinstanz mit dieser Frage und da die fehlende Rechtzeitigkeit für sich allein auch die Löschung des Eintrags nach sich zieht, rechtfertigen sich nachstehende Erwägungen zu den diesbezüglichen Rügen des Klägers.

6. Bauhandwerkerpfandrecht: rechtzeitige Eintragung

6.1. Nach Art. 839 Abs. 2 ZGB gilt die Arbeit als vollendet, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen dabei geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen wie der Ersatz gelieferter, aber fehlerhafter Teile oder die Behebung anderer Mängel sowie absichtlich aufgeschobene Arbeiten. Geringfügige Arbeiten bzw. Arbeiten von untergeordneter Bedeutung gelten aber dann als Vollendungsarbeiten, wenn sie unerlässlich bzw. wesentlich sind; insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt (BGE 125 III 113, E. 2b; BGer 4A_144/2024 vom 22. Mai 2024, E. 4.1).

6.2. Die Unternehmerin, die einen Pfandanspruch behauptet, trägt für sämtliche Voraussetzungen die Behauptungs- und Beweislast (Art. 8 ZGB). Dies gilt auch für das Einhalten der viermonatigen Eintragsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB resp. für den Zeitpunkt der Vollendung der relevanten Arbeiten (OGer ZH, LF230029 vom 22. August 2023, E. 4.1 m.w.H.; HGer ZH, HG150108 vom 7. Dezember 2016, E. 4.3; ZR 109/2010 Nr. 66 vom 2. Juli 2010, E. III.B.a).

6.3. Die Vorinstanz erwog, die Vormerkung der vorläufigen Eintragung sei am 20. Mai 2021 erfolgt (act. 8/4/7). Zur Fristwahrung hätte der Kläger somit am oder nach dem 20. Januar 2021 noch Arbeiten ausführen müssen, die für die Vollen- dung massgeblich waren. Diesbezüglich sei der Kläger seiner Behauptungs- und Substantiierungslast nicht genügend nachgekommen. Der relevante Sachverhalt sei durch den Kläger nicht andeutungsweise behauptet worden. Bei der einzigen Arbeit des Klägers innert dieser Frist, welche konkret geltend gemacht worden sei, handle es sich um eine nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Tätigkeit. Eine relevante Vollendungsarbeit innert Frist sei nicht erstellt (act. 3 S. 24 ff.). Der Kläger habe an Arbeiten nach dem 20. Januar 2021 lediglich den Kauf einer Anlegeleiter durch ihn selber ausreichend behauptet. Eine Anlegeleiter sei keine fest eingebaute Installation. Der Kauf einer solchen Leiter stelle eine ger- ingfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Tätigkeit dar. Weiter mache der Kläger geltend, er hätte einen Haken zur Fixierung der Lei- ter angebracht. Auch diese Verrichtung sei eine rein nebensächliche, der Vervoll- kommung dienende Arbeit und keine Vollendungsarbeit im Sinne der bundesge- richtlichen Rechtsprechung. Die beiden Arbeiten seien auch nicht unerlässlich ge- wesen. Das Podest, welches mit der Leiter nun erreicht werde, hätte entspre- chend den Auflagen alternativ auch einfach geräumt werden können. Bezüglich der weiteren, am 25. und 26. Januar 2021 behaupteten Arbeiten sei unklar, wer was gearbeitet habe. Weitere konkrete Behauptungen zu Vollendungsarbeiten würden fehlen. Der Kläger könne nicht bloss mit Verweis auf behördliche Aufla- gen auf durch ihn ausgeführte Arbeiten schliessen. Die Auflagen würden Raum für Alternativen lassen, und die Beklagte habe gemäss den Ausführungen des Klägers ebenfalls an der Erfüllung der Auflagen gearbeitet. Ergänzend erwog die Vorinstanz (act. 3 S. 26 E. B.5.), dass die Ausführungen des Klägers zum Beendi- gungszeitpunkt der Arbeiten widersprüchlich seien. So erkläre er einerseits, nach Rechtskraft der Baubewilligung so rasch als möglich mit seinen Arbeiten begon- nen zu haben und damit spätestens im März 2020 fertig gewesen zu sein, wo- nach die Tanzschule auch benutzt worden sei (act. 8/46 S. 69). Andererseits erkläre er, dass er die letzten massgeblichen Arbeiten am 25./26. Januar 2021 ausgeführt habe und diese für den Bezug des Objekts unerlässlich gewesen seien (act. 8/46

S. 111). Diese widersprüchlichen Tatsachenbehauptungen könnten nicht als Beweisatz formuliert oder in eine Beweisverfügung aufgenommen werden. Das Begehren um definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes sei daher mangels ausreichender Substantiierung der rechtzeitigen Prosequierung ohne Beweisabnahme abzuweisen.

6.4. Der Kläger hält dem in seiner Berufung entgegen, als Beweis für die letzten Arbeiten am Objekt vom 25./26. Januar 2021 habe er die beiden Arbeitsrapporte der Angestellten M._____ und N._____, den Kassenzettel des O._____ [Baumarkt] sowie die beiden Angestellten als Zeugen angegeben (act. 2 S. 10). Die Anforderungen der Vorinstanz an die Behauptungs- und Substantiierungslast seien offensichtlich überzogen (act. 2 S. 21). In der Replik habe er eine Ergänzung des Sachverhaltes vorgenommen, welcher sich nicht nur auf die Projekt- und Bauleitung, sondern auf den ganzen Bauablauf bezogen habe. Der Kläger zitiert daher noch einmal die in der Replik vorgetragene Sachdarstellung. Er hebt hervor, dass er in der Replik ausgeführt habe, seine ursprünglichen Arbeiten seien spätestens im März 2020 fertig gewesen. Dann aber sei die von der Beklagten verlangte Projektergänzung gekommen. Neu und zusätzlich hätten die früheren Lagerräume Mitte 1 und Lager links im UG des G._____ [Lageranlage] ausgebaut und eine Brandschutztüre eingebaut werden sollen. Am 3. Juli 2020 sei die Projektergänzung vom Bauinspektor genehmigt worden. Erst jetzt sei klar gewesen, welche Arbeiten im UG genau ausgeführt werden sollten und mussten und habe der Kläger dementsprechend begonnen, die verschiedenen Offerten auszuarbeiten. Die Bau- und Abbrucharbeiten hätten im September begonnen (vgl. act. 2 S. 10 ff.). Am 10. November 2020 sei dann die Abnahme durch das Baupolizeiamt erfolgt und in der Bezugsbewilligung des Baupolizeiamtes/Bauinspektorats der Stadt E._____ vom 12. November 2020 seien für das Projekt Umnutzung im Untergeschoss von Lager zu Tanzschule verschiedene Auflagen gemacht worden. Der Kläger führt mit Verweis auf die Replik nochmals aus, welche Punkte noch zu beheben gewesen seien (die Hochplateau-Böden im Lager links, welche ohne Geländer und ohne Zugangstreppe ausgestattet gewesen seien; die Schwelle zum Raum (Tanzschule 2), welche zu hoch gewesen und angepasst werden müssen; die Trittstufe vom Lager/Mitte 1 zu UG-06/Vorraum, wel-

che habe ergänzt werden müssen; der Zugang zum Raum über den Toiletten der Tanzschule inkl. Abschluss/Geländer; der Zugang zu den Podesten im Lager links mit festverlegten Treppen und Geländern oder mittels Installation einer festen Leiter oder alternativ die Räumung der Podeste). Der Kläger ergänzt mit Verweis auf die Replik sodann, dass er die zuständigen Behörden mit E-Mails vom 26. November 2020 und 7. Dezember 2020 darüber informiert habe, dass die Arbeiten betreffend die Schwellen erledigt seien und die ausstehenden Arbeiten betreffend Absturzsicherung und die Aufräumarbeiten gleichentags erledigt würden (vgl. act. 2 S. 13). Der Kläger erachtet sodann die Würdigung der Vorinstanz, welche den Kauf einer Leiter als geringfügige, rein der Vervollkommnung dienende Verrichtung qualifizierte, als falsch: Die Vorinstanz habe übersehen, dass diese Leiter entsprechend den Auflagen des Baupolizeiamtes und insbesondere des AWA dauerhaft vor Ort und mit Haken habe befestigt werden müssen, um den gefahrlosen Aufstieg zu den Podesten zu ermöglichen. Ohne diese Leiter wäre die Baufreigabe nicht erteilt worden (act. 2 S. 18).

6.5. Der Kläger setzt sich mit der seitenweisen Wiederholung der Replik in seiner Berufungsschrift nicht mit der Begründung der Vorinstanz auseinander, wonach er nicht dargelegt habe, was seine Mitarbeiter M. _____ und N. _____ am 25./26. Januar 2021 gearbeitet hätten. Es geht aus seiner Berufungsbegründung nicht hervor, an welcher Stelle im vorinstanzlichen Verfahren er ausgeführt hätte, welche Arbeiten durch seine Mitarbeiter am 25. und 26. Januar 2021 erledigt wurden. Ohne eine substantiierte Behauptung zu den am 25. und 26. Januar 2021 ausgeführten Arbeiten kann nicht überprüft werden, inwiefern diese zum vereinbarten Leistungsumfang zwischen den Parteien gehörten und auf den Werkverträgen basierende Vollendungsarbeiten darstellen würden. Für die Frage des Fristbeginns ("Vollendung der Arbeit") sind grundsätzlich nur solche Arbeiten relevant, die im Rahmen des massgeblichen Werkvertrages zwischen dem Besteller und dem Unternehmer vereinbart wurden. Werden Arbeiten aufgrund mehrerer Rechtsgeschäfte ausgeführt – z.B. auf der Basis mehrerer Verträge oder im Rahmen von Bestellungsänderungen –, so unterliegen diese im Grundsatz einem separaten Fristenlauf, es sei denn, die Rechtsgeschäfte bilden eine rechtliche oder die zu verrichtenden Arbeiten wenigstens eine funktionale Einheit. Dasselbe gilt,

wenn mehrere (Bau-)Werke oder – im Rahmen desselben Bauvorhabens – mehrere in sich geschlossene Arbeitsgattungen vereinbart sind. Auch in einem solchen Fall unterliegen die jeweiligen Arbeiten nur dann einem einheitlichen Fristenlauf, wenn sie letztlich eine funktionale Einheit bilden (vgl. BGE 146 III 7 E. 2.2.1; BGE 125 III 113, E. 3b; BGE 111 II 343, E. 2; BGer 5A_630/2021 vom 26. November 2021, E. 3.3.2.4; OGer ZH LF170072 vom 6. März 2018, E. III.3.1; SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2022, N 1145 ff., 1152 ff., 1172 ff.; BSK ZGB II-THURNHERR, Art. 839/840 N 30). Der Kläger stützt seine Forderung im Wesentlichen auf im November 2019 abgeschlossene Werkverträge (vgl. vorne E. 3.4). Diese Werkverträge zu verschiedenen Arbeitsgattungen wurden vor der Projektänderung abgeschlossen und konnten diese damit sachlogisch nicht umfassen. Der Kläger bringt wiederholt vor, seine ursprünglichen Arbeiten seien im März 2020 abgeschlossen gewesen, und danach sei die Projektergänzung gekommen. Wie er für ein behauptetes offenes Entgelt aus Werkverträgen, welche im November 2019 geschlossen wurden, bei der Behauptung, die ursprünglichen Arbeiten seien im März 2020 abgeschlossen gewesen, eine Rechtzeitigkeit mit angeblich am 25. und 26. Januar 2021 ausgeführten Arbeiten herleiten will, erklärt er nicht. Im Gegenteil führt er zudem aus, dass die zuletzt erbrachten Arbeiten im Januar 2021 aufgrund der behördlichen Auflagen erforderlich wurden und die Beklagte zuerst selber (teilweise) versucht habe, die Mängel zu beheben resp. die Auflagen zu erfüllen. Erst im Januar 2021 habe sie dann den Kläger damit beauftragt. Ein Zusammenhang mit der gesamthaft geltend gemachten Vergütungsforderung ist damit erst recht nicht dargetan. Der Kläger hat mit seinen Ausführungen die Rechtzeitigkeit der Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ganz offensichtlich nicht nachvollziehbar und damit auch nicht substantiiert dargetan. Mangels hinreichend substantiierter Angaben zu den erbrachten Vollendungsarbeiten konnte eine Beweisabnahme unterbleiben (vgl. BGer 4A_252/22016 vom 17. Oktober 2016, E. 2.2 m.w.H.). Das Beweisverfahren dient nicht dazu, eine ungenügende Sachdarstellung zu vervollständigen oder fehlende Behauptungen zu ersetzen. Was frühere Arbeiten betrifft, erübrigen sich weitere Ausführungen, nachdem gestützt auf diese Arbeiten die Frist nicht gewahrt wäre. Im Übrigen verneinte die Vorinstanz die rechtzeitige Eintragung auch mit der Be-

gründung, dass die behaupteten Leistungen, soweit sie substantiiert wurden, nebensächlicher Natur wären. Ob eine Arbeit im Zusammenhang mit einer vereinbarten Werkleistung nebensächlich ist oder nicht, kann grundsätzlich nur beurteilt werden, wenn der zu Grunde liegende Leistungsumfang bekannt ist. Was die durch den Kläger spezifizierte Arbeit des Kaufs einer Anstalleiter betrifft, rügt der Kläger zwar die Qualifikation der Vorinstanz als unzutreffend. Er setzt sich dann aber nicht mit deren Begründung auseinander, wonach nur der Kauf und nicht einmal die Montage durch den Kläger behauptet worden sei. Ebenso wenig setzt er sich mit der Begründung der Vorinstanz auseinander, dass gemäss Vorgaben des AWA alternativ das Podest auch einfach hätte geräumt werden können, weshalb es sich umso mehr um eine nebensächliche und nicht notwendige Arbeit gehandelt haben müsse. Wenn der Kläger sodann in seiner Berufung wie bereits in der Replik einzig auf die insgesamt noch auszuführenden Arbeiten oder Auflagen hinweist, ist damit nichts dazu gesagt, wer diese Arbeiten wann zu erledigen hatte und tatsächlich erledigt hat. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass über solch unklare und unsubstantiierte Behauptungen keine Beweise abgenommen werden können. Die Vorinstanz hat entgegen der Rüge des Klägers die Anforderungen an die Behauptungs- und Substantiierungslast nicht überspannt. Die rechtzeitige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts konnte nicht dargetan werden.

7. Fazit

Sämtliche Rügen des Klägers sind unbegründet, weshalb die Berufung abzuweisen ist.

IV.Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Unentgeltliche Prozessführung

Der Kläger beantragt für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Prozessführung. Angesichts der vorstehenden Ausführungen muss die Berufung von Anfang an als aussichtslos erachtet werden. Das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung ist folglich abzuweisen.

2. Prozesskosten

2.1. Die Prozesskosten sind dem Ausgang des Berufungsverfahrens entsprechend zu verlegen. Der Kläger unterliegt mit der Berufung vollumfänglich, wie er schon im bezirksgerichtlichen Verfahren vollständig unterlag. Das führt zur entsprechenden Kostenaufgabe an ihn für beide Verfahren (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die bezirksgerichtliche Festsetzung von Gerichts- und Parteikosten im angefochtenen Urteil wurde im Berufungsverfahren nicht separat in Frage gestellt, weshalb es bei der vorinstanzlichen Kostenaufgabe bleibt.

2.2. Ausgehend vom Streitwert von Fr. 129'298.20 (vgl. dazu act. 3 S. 34 mit dem zutreffenden Verweis auf BGer 5A_86/2021 vom 2. November 2021) ist die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren gestützt auf § 12 Abs. 1-2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG festzusetzen, wonach eine Grundgebühr von Fr. 9'900.00 resultiert. Eine weitere Anpassung der Gebühr gestützt auf § 4 Abs. 2 GebV OG ist nicht angezeigt.

2.3. Parteientschädigungen sind für das Berufungsverfahren keine zuzusprechen: Dem Kläger nicht, weil er unterliegt, der Beklagten nicht, weil ihr im Rechtsmittelverfahren keine zu entschädigenden Aufwendungen entstanden sind.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag auf Zustellung des Protokolls der Hauptverhandlung vom 9. Juli 2024 vor dem Bezirksgericht Winterthur an den Kläger wird abgewiesen.
2. Auf den Antrag auf Zustellung des Protokolls der Hauptverhandlung vom 9. Juli 2024 vor dem Bezirksgericht Winterthur an die Beklagte wird nicht eingetreten.
3. Das Gesuch des Klägers um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung wird abgewiesen.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit dem nachfolgenden Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 20. Dezember 2024 wird vollumfänglich bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 9'900.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Doppel von act. 2, 4, 5, 6/1-8, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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 Beschwerde 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. 129'298.20.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw I. Bernheim

versandt am: