

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP190009-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Kriech und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

## Urteil vom 20. September 2019

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ GmbH,**

Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Fürsprecherin X. \_\_\_\_\_

gegen

1. **B. \_\_\_\_\_,**

2. **C. \_\_\_\_\_,**

Beklagte, Widerkläger und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung und Bauhandwerkerpfandrecht**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 29. Juni 2018 (FV170030-I)**

**Rechtsbegehren der Klägerin, Widerbeklagten und Berufungsklägerin:**  
(Urk. 1 S. 2)

- "1. Der Beklagte 1 und/oder die Beklagte 2 seien zu verurteilen, der Klägerin, unter solidarischer Haftung, den Betrag von CHF 9'069.80 nebst Zins zu 5 % seit 03.11.2016 zu bezahlen,
2. es sei festzustellen, dass der Beklagte 1 und/oder die Beklagte 2 der Klägerin, unter solidarischer Haftung, den Betrag von CHF 9'069.80 nebst Zins zu 5 % schulde,
3. das mit superprovisorischer Anweisung vom 4. Januar 2017 erwirkte und mit Urteil vom 28. März 2017 bestätigte vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Klägerin und zulasten des im Miteigentum der Beklagten 1 und 2 stehenden Grundstücks D. \_\_\_\_\_-Rain ... in E. \_\_\_\_\_, GBBI 1, Kat.-Nr. 2, E. \_\_\_\_\_ sei für eine Forderung von CHF 9'069.80 nebst Zins zu 5 % seit 03.11.2016 definitiv einzutragen,

- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen -"

**Rechtsbegehren der Beklagten, Widerkläger und Berufungsbeklagten:**  
(Urk. 15 S. 2)

- "1. Die Klage vom 17. August 2017 sei abzuweisen.
2. Das Grundbuchamt F. \_\_\_\_\_ sei anzuweisen, das mit superprovisorischer Anweisung vom 4. Januar 2017 erwirkte und mit Urteil vom 28. März 2017 bestätigte vorläufige Bauhandwerkerpfandrecht zulasten des im Miteigentums der Beklagten und Widerkläger stehende Grundstück D. \_\_\_\_\_-Rain ..., E. \_\_\_\_\_, GBBI 1, Kat.-Nr. 2, E. \_\_\_\_\_ zu löschen.
3. Die Widerbeklagte sei zu verurteilen den Widerklägern 1 und 2 den Betrag von Fr. 4'479.00 zuzüglich Zins zu 5% ab 1. Dezember 2017 zu bezahlen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin."

**Urteil des Einzelgerichts Uster vom 29. Juni 2018:**

(Urk. 52 S. 44 f.)

1. Das Begehren um definitive Eintragung des mit superprovisorischer Anweisung vom 4. Januar 2017 erwirkten und mit Urteil vom 28. März 2017 bestätigten vorläufigen Bauhandwerkerpfandrechts zulasten des im Miteigentum der Beklagten 1 und 2 und Widerkläger 1 und 2 stehenden Grundstücks D.\_\_\_\_-Rain ..., E.\_\_\_\_, GBBI 1, Kat.-Nr. 2, E.\_\_\_\_, wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt F.\_\_\_\_ wird angewiesen, das vorläufige Bauhandwerkerpfandrecht zulasten des im Miteigentum der Beklagten 1 und 2 und Widerkläger 1 und 2 stehende Grundstück D.\_\_\_\_-Rain ..., E.\_\_\_\_, GBBI 1, Kat.-Nr. 2, E.\_\_\_\_, zu löschen.
3. Auf das Feststellungsbegehren, dass der Beklagte 1 und/oder die Beklagte 2 der Klägerin, unter solidarischer Haftung, den Betrag von Fr. 9'069.80 nebst Zins zu 5% schulde, wird nicht eingetreten.
4. Die Beklagten 1 und 2 werden verpflichtet, der Klägerin, unter solidarischer Haftung, den Betrag von Fr. 3'885.85 nebst Zins zu 5% seit 3. November 2016 zu bezahlen.  
  
Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
5. Die Widerklage der Widerkläger 1 und 2 wird vollumfänglich abgewiesen.
6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 6'127.50 ; die Barauslagen betragen:  
Fr. 47.60 Zeugenentschädigung.
7. Die Entscheidgebühr wird der Klägerin zu 70% und den Beklagten 1 und 2 unter solidarischer Haftung zu 30% auferlegt und mit den von den Parteien geleisteten Vorschüssen verrechnet. Ein allfälliger Fehlbetrag wird nachgefordert.

8. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten 1 und 2 eine reduzierte Partei-entschädigung von Fr. 3'111.60 zu bezahlen.
9. [Schriftliche Mitteilung]
10. [Rechtsmittel]

**Berufungsanträge der Klägerin, Widerbeklagten und Berufungsklägerin:**  
(Urk. 51 S. 2)

- "1. Das Urteil vom 29. Juni 2018 des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Uster, Geschäftsnummer FV170030-I/SC/U02/fd sei, ausgenommen Ziff. 5 des Urteils, aufzuheben,
2. der Beklagte 1 und/oder die Beklagte 2 seien zu verurteilen, der Klägerin unter solidarischer Haftung den Betrag von CHF 9'069.80 nebst Zins zu 5 % seit 03.11.2016 zu bezahlen,
3. das mit superprovisorischer Anweisung vom 4. Januar 2017 erwirkte und mit Urteil vom 28. März 2017 bestätigte vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Klägerin und zulasten des im Miteigentum der Beklagten 1 und 2 stehenden Grundstücks D. \_\_\_\_\_-Rain ... in E. \_\_\_\_\_, GBB1 1, Kat.-Nr. 2, E. \_\_\_\_\_ sei für eine Forderung von CHF 9'069.80 nebst Zins zu 5 % seit 3.11.2016 definitiv einzutragen,

eventuell:

- Beweisanträge
4. die als act. 41/1 im Recht liegenden Wochenpläne seien als volles Beweismittel für die von zwei Mann erbrachten Arbeitsstunden zuzulassen,
5. es sei beim VSSH, Vereinigung Schweizerischer Sanitär- und Heizungsfachleute bzw. suissetec, Schweizerisch-Liechtensteinischer Gebäudetechnikverband eine Expertenauskunft über den mutmasslichen zeitlichen Aufwand für das gemäss Werkvertrag zu demontierende und zu installierende Material einzuholen,
- prozessuales
6. die Sache sei zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen,

- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen -"

## **Erwägungen:**

### 1. Streitgegenstand

Die A.\_\_\_\_\_ GmbH (fortan Klägerin) bezweckt im Wesentlichen die Planung und Erstellung von technischen Installationen und damit in Zusammenhang stehenden Dienstleistungen im Heizungs- und Sanitärbereich. Im Mai 2016 offerierte die Klägerin B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ (fortan Beklagte) Sanitärinstallationsarbeiten für die Renovation zweier Badezimmer sowie der Küche in der Liegenschaft der Beklagten. Nach dem Akzept wurde die Klägerin tätig und stellte im September 2016 ihre Schlussrechnung. Darob entspann sich eine Auseinandersetzung der Parteien, wobei die Klägerin vorsorglich ein Bauhandwerkerpfandrecht zulasten der Liegenschaft der Beklagten eintragen liess. Die Klägerin hält im nachfolgenden ordentlichen Prozess dafür – soweit im Berufungsverfahren noch wesentlich –, ihr stehe sowohl ein Feststellungs- als auch ein Leistungsanspruch auf Werklohn zu sowie ein entsprechender Anspruch auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts. Die Beklagten hielten vor Vorinstanz dagegen, es fehle am Rechtsschutzinteresse für das Feststellungsbegehren; sie bestritten ferner den Anspruch auf einen Werklohn, erachteten die Frist zur Eintragung des Pfandrechts als versäumt und erhoben eine Widerklage. Die Vorinstanz hat die Klage auf Leistung des Werklohns teilweise gutgeheissen, die Begehren im Übrigen abgewiesen, soweit sie überhaupt darauf eingetreten ist.

### 2. Prozessgeschichte

2.1. Mit Klage vom 17. August 2017 machte die Klägerin das Verfahren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1). Die Vorinstanz ordnete einen Schriftenwechsel zur Klage und zur später erhobenen Widerklage an, führte in der Folge eine Instrukti- ons- sowie die Hauptverhandlung mit einem Beweisverfahren durch. Zur Vermeidung von Wiederholungen sei auf die vorinstanzliche Darstellung des Prozessver- laufs in deren Urteil verwiesen (vgl. Urk. 52 S. 3 ff.). Am 29. Juni 2018 erliess die Vorinstanz ihr zunächst unbegründetes Urteil (Urk. 43), welches sie auf Antrag der Klägerin (Urk. 45) schriftlich begründete und am 19. März 2019 den Parteien zugehen liess (Urk. 47 = Urk. 52).

2.2. Mit Schreiben vom 6. Mai 2019 erhob die Klägerin Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil mit den eingangs angeführten Berufungsanträgen (Urk. 51 S. 2). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-50). Mit Präsidialverfügung vom 14. Mai 2019 wurde die Klägerin aufgefordert, einen Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'700.– zu leisten und eine Originalvollmacht für die Rechtsvertretung einzureichen (Urk. 53). Vollmacht und Vorschuss sind fristgerecht eingegangen (Urk. 55 f.).

2.3. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Von der Einholung einer Berufungswort ist abzusehen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Den Beklagten ist mit dem vorliegenden Urteil das Doppel der Berufungsschrift zuzustellen (Urk. 51).

### 3. Berufungsvoraussetzungen

3.1. Nach Eingang der Berufung prüft die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen. Diese sind vorliegend grundsätzlich gegeben (vgl. aber E. 7.4). Die Berufung ging rechtzeitig, schriftlich begründet und mit konkreten Anträgen versehen bei der Rechtsmittelinstanz ein (Urk. 48 und 51). Die Klägerin ist durch das vorinstanzliche Urteil beschwert und zur Rechtsmittelerhebung legitimiert; für das Rechtsmittel gegen den vorinstanzlichen Entscheid ist das angerufene Obergericht zuständig.

Ob sich aus dem Zusammenspiel von Rechtsbegehren und Begründung hinsichtlich des Feststellungsbegehrens ein zureichender Antrag ergibt (Urk. 51 S. 2 und 8), kann offen bleiben, da es – wie sogleich zu zeigen ist (E. 4) – materiell ohnehin beim angefochtenen Entscheid bleibt. Insoweit sich die Klägerin sodann gegen Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Urteils wendet (Urk. 51 S. 2), ist sinngemäss davon auszugehen, dass sich ihre Berufung nur gegen die teilweise Abweisung der Klage richtet. Darüber hinaus ist sie ohnehin nicht beschwert. Auf die Berufung ist einzutreten.

3.2. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.w.Hinw. auf die Botschaft zur

Schweizerischen ZPO, BBI 2006, S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.; BGer 5A\_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A\_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22).

3.3. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel – resp. über den insoweit zu engen Wortlaut hinaus neue Tatsachenbehauptungen, neue Bestreitungen von Tatsachenbehauptungen, neue Einreden (rechtlicher Art) und neue Beweismittel (ZK ZPO-REETZ/HILBER, Art. 317 N 31) – nach Art. 317 Abs. 1

ZPO nur noch zulässig resp. zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber für das Berufungsverfahren ein Novenrecht statuiert, das nur unter restriktiven Voraussetzungen ausnahmsweise Noven zulässt. Der ZPO liegt die Idee zugrunde, dass alle Tatsachen und Beweismittel in erster Instanz vorzubringen sind und der Prozess vor der erstinstanzlichen RichterIn grundsätzlich abschliessend zu führen ist. Jede Partei, welche neue Tatsachen geltend macht oder neue Beweismittel benennt, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für die Zulässigkeit der Noven. Sie muss zusätzlich Behauptungen aufstellen und Beweise benennen, aus denen sich ergibt, dass sie umsichtig und sorgfältig gehandelt hat, aber dennoch keine frühere Kenntnis von den neu vorgebrachten Tatsachen und Behauptungen oder Beweismitteln hatte. Der anderen Partei steht der Gegenbeweis offen (vgl. zum Ganzen BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1 m.w.H.).

#### 4. Feststellungsbegehren

4.1. Mit der Feststellungsklage verlangt die klagende Partei die gerichtliche Feststellung, dass ein Recht oder Rechtsverhältnis besteht oder nicht besteht (Art. 88 ZPO). Ein Rechtsschutzinteresse an der Feststellungsklage besteht unter weiteren Voraussetzungen dann, wenn eine bestehende Rechtsungewissheit nicht durch eine Leistungsklage behoben werden kann oder wenn trotz Möglichkeit einer Leistungsklage eine selbständige Bedeutung des Feststellungsbegehrens verbleibt (BGE 135 III 378 E. 2.2). Mit Ausnahme der Zuständigkeit müssen Prozessvoraussetzungen im Zeitpunkt der Fällung des Sachurteils gegeben sein (vgl. dazu BGE 127 III 41 E. 4c, BGE 133 III 539 E. 4.3).

4.2. Die Vorinstanz erwog, dass die Klägerin auch eine Leistungsklage erhoben habe, die der Feststellungsklage grundsätzlich vorgehe. Eine selbständige Bedeutung der Feststellungsklage sei sodann weder dargetan noch ersichtlich; auf letzteres Begehren sei daher nicht einzutreten (Urk. 52 S. 15 ff.).

4.3. Die Klägerin stellt sich mit der Berufung auf den Standpunkt, dass das Feststellungsbegehren erst habe hinfällig werden können, nachdem die Passivlegitimation der Beklagten 2 für die Leistungsklage unbestritten geblieben sei. Im Zeitpunkt der Klageeinleitung habe ein selbständiges Feststellungsinteresse bestanden, weshalb auf das Feststellungsbegehren einzutreten sei (Urk. 51 S. 8).

4.4. Wie in Erwägung 4.1 gezeigt, liegt die Klägerin falsch, wenn sie sinngemäss eine unrichtige Rechtsanwendung hinsichtlich des Bestehens der Prozessvoraussetzungen rügt. Selbst nach dem eigenen Dafürhalten war das Feststellungsbegehren zum Zeitpunkt der Fällung des Urteils "hinfällig" (Urk. 51 S. 8). Der vorinstanzliche Nichteintretensentscheid ist demzufolge nicht zu beanstanden und die Berufung in diesem Punkt abzuweisen.

## 5. Fristwahrung betr. Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts

5.1. Die Eintragung des Pfandrechts der Handwerker und Unternehmer kann ab dem Zeitpunkt, da sie sich zur Arbeitsleistung verpflichtet haben, bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit ins Grundbuch eingetragen werden (Art. 839 Abs. 1 und 2 ZGB).

5.2. Die Vorinstanz prüfte in einem ersten Schritt, wann die Klägerin in der Liegenschaft der Beklagten die Vollendungsarbeiten vorgenommen hatte, und in einem zweiten Schritt, ob damit die gesetzliche Frist eingehalten wurde. Die Klägerin habe behauptet, am 9. September 2016 sei die Endmontage erfolgt; Kleinigkeiten wie die Montage von WC-Halterungen, Seifenhalterungen und Glashalterungen seien noch ausgeführt worden. Schliesslich habe sie sich auch mit dem tropfenden WC befasst. Danach habe sie die Werkzeuge und Hilfsmittel zusammengeräumt und die Baustelle verlassen. Die Beklagten hätten entgegnet, dass die letzten Arbeiten bereits am 29. August 2016 erfolgt seien. Im Übrigen seien die behaupteten Arbeiten geringfügig und auch eine Mängelbehebung sei keine wesentliche Arbeit mehr. Die Vorinstanz hielt fest, dass die Klägerin den Hauptbeweis dafür zu erbringen habe, dass die letzten Arbeiten am 9. September 2016 stattgefunden hätten. Die Vorinstanz würdigte in der Folge zwei Zeugenaussagen, die Parteibefragung des Geschäftsführers der Klägerin und Wochenpläne zu den

Arbeitsleistungen im Frühherbst 2016: Aus der Parteibefragung gehe hervor, dass am 9. September 2016 bloss geringfügige Arbeiten erbracht worden seien. Die Aussagen der Zeugen würden den Standpunkt der Klägerin nicht mit der nötigen Sicherheit beweisen; der einen Aussage komme lediglich verminderte Beweiskraft zu, die andere bleibe zu vage. Den eingereichten Wochenplänen sei sowohl für den 9. September als auch für den 30. August 2016 das Stichwort "Endmontage" zu entnehmen. Beim ersten Datum sei "Endmontage Bad EG" vermerkt, beim späteren bloss "Endmontage". Damit stimmten die Wochenpläne aber mit der Aussage der Klägerin überein, wonach am 9. September 2016 bereits alles funktionsfähig gewesen sei und nur noch geringfügige Arbeiten hätten vorgenommen werden müssen. Mangels gegenteiliger Beweismittel sei davon auszugehen, dass das Werk der Klägerin am 30. August 2016 vollendet worden sei. Bei der Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts am 6. Januar 2017 sei damit die Frist zur Begründung des Pfandrechts bereits verwirkt gewesen. Das Grundbuchamt sei anzuweisen, das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen (Urk. 52 S. 7-15).

5.3. Die Klägerin stellt sich mit ihrer Berufung auf den Standpunkt, die Vorinstanz sei unter Missachtung der Akten, entgegen den Behauptungen beider Parteien und entgegen einer Zeugenaussage zu ihrem Ergebnis gelangt. Die im Beweisverfahren als geringfügig bezeichneten Arbeiten seien nur im Vergleich zum Setzen einer Badewanne "gering". Diese aus Sicht der Handwerker geringfügigen Arbeiten gehörten aber gleichermassen zum werkseitig bestellten Material und seien Gegenstand des ganzen Werkvertrags zur Erneuerung von Küche und Badezimmern im Haus der Beklagten. Rechtlich gesehen handle es sich damit um Hauptleistungen. Der 9. September 2016 sei folglich als Arbeitstag zu bezeichnen und die gesetzliche Frist zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sei gewahrt. Die Beklagten hätten zudem wiederholt behauptet, dass das Werk nach Vertrag noch nicht fertig und es nie zu einer Werkabnahme gekommen sei. Damit sei die Frist ohnehin gewahrt (Urk. 51 S. 7 f.).

5.4. Der Zeuge G.\_\_\_\_\_ benannte für den 9. September 2016 einzig eine versuchte Mängelbehebungsarbeit am tropfenden WC der Beklagten (Urk. 42A

S. 10 f). Die Vorinstanz erwog verschiedene Umstände, weshalb seiner Aussage eine nur verminderte Beweiskraft zukomme und warum sie nicht geeignet erscheine, den Standpunkt der Klägerin zu beweisen (Sohn des Geschäftsführers, Ablesen ab einer Aufzeichnung und vorgängige Besprechung mit dem Vater; Urk. 52 S. 10 und 13). Die Klägerin setzt sich nicht ansatzweise mit der vorinstanzlichen Begründung auseinander, weshalb im Sinne von Erwägung 3.2. keine weitere Prüfung zu erfolgen hat.

5.5. Dem massgeblichen Wochenplan sind für das fragliche Datum keine konkreten Arbeiten zu entnehmen, einzig das Stichwort "Endmontage" (Urk. 41/1). Der Zeuge H.\_\_\_\_\_ konnte sich an die fraglichen Arbeiten nicht erinnern (Urk. 42B S. 4). Geschäftsführer A.\_\_\_\_\_ äusserte sich anlässlich der Parteibefragung weitgehender und führte aus, es seien die letzten Halterungen montiert und sonstige Kleinigkeiten vorgenommen worden; alles sei bereits funktionstüchtig gewesen, es habe sich nicht mehr um wesentliche Arbeiten gehandelt (Prot. I S. 12).

5.6. Dass die Vorinstanz bei dieser Ausgangslage zum Schluss gelangte, der Beweis der Erbringung wesentlicher Arbeiten am 9. September 2016 sei nicht mit der nötigen Gewissheit erbracht, ist nicht zu beanstanden. Die Klägerin tut in der Berufung nicht dar, inwiefern der Nachweis für Hauptleistungen erbracht worden wäre. Sie hält lediglich pauschal fest, es seien nicht nur geringfügige Leistungen erbracht worden, ohne diese näher zu umschreiben.

5.7. Die Klägerin behauptet schliesslich nicht, die Darstellung der Beklagten, das Werk sei nicht vollendet worden, hätte auf sie selber eine Auswirkung gezeitigt. Sie selber ging und geht von einer Vollendung aus und stellte entsprechend auch die Schlussrechnung aus (vgl. Urk. 52 S. 5). Die Vorinstanz schützte die klägerische Forderung auf Zahlung des Werklohns teilweise (Urk. 52 S. 20, 27); mit der vorliegenden Berufung trägt die Klägerin diesbezüglich auf eine umfassende Gutheissung des behaupteten Anspruchs an (vgl. E. 6.). Die Vergütung des Unternehmers wird aber erst mit der Ablieferung des Werks fällig (Art. 372 Abs. 1 OR), weshalb auch die Vorinstanz von einer Vollendung ausging. Die Klä-

gerin kann sich nicht mit Blick auf die Fristwahrung auf die Bestreitung der Beklagten stützen und im Übrigen von einer Vollendung ausgehen.

5.8. Auch in diesem Punkt ist der vorinstanzliche Entscheid daher zu bestätigen. Das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht ist zu löschen. Dispositiv Ziffer 2 des angefochtenen Entscheids ist allerdings zu Handen des Grundbuchamts präziser neu zu fassen.

## 6. Werklohnforderung

6.1. Wurde die Vergütung zum voraus genau bestimmt, so ist der Unternehmer verpflichtet, das Werk um diese Summe festzustellen, und darf keine Erhöhung fordern, selbst wenn er mehr Arbeit oder grössere Auslagen gehabt hat, als vorgesehen war (Art. 373 Abs. 1 OR). Ist der Preis zum voraus entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt worden, so wird er nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt (Art. 374 OR).

6.2. Die Vorinstanz erwog, die klägerische Darstellung eines pauschal festgesetzten Circa-Preises lasse sich nicht nachweisen, und ging davon aus, dass der Preis des Werkes nach der gesetzlichen Vermutung von Art. 374 OR zu bestimmen sei. Aus den abgenommenen Beweisen folgerte sie, dass die Klägerin 43 Stunden zu einem vereinbarten Stundenansatz von Fr. 96.– erbracht habe, und veranschlagte des Weiteren eine Grundtaxe, Materialkosten sowie Zusatzmaterialkosten, die unbestritten geblieben seien (Urk. 52 S. 20-26).

6.3. Die Klägerin stellt sich in der Berufung auf den Standpunkt, der Wortlaut der getroffenen Vereinbarung beinhalte einen klaren Festpreis in Höhe von Fr. 12'182.40. Sie selber sei aber von einem Circa-Preis ausgegangen, die Beklagten davon, dass weder ein fester noch ein Circa-Preis vereinbart worden sei. Insbesondere mangels einer Bauleitung sei aber zu schliessen, dass die Beklagten den vereinbarten Preis als Circa-Preis und nicht als Festpreis hätten verstehen dürfen und müssen. Es liege somit ein tatsächlicher Konsens der Parteien über die Preisabrede vor. Im Eventualfall sei von einem rechtlichen Konsens als Festpreis im Sinne des Wortlauts des Vertrags auszugehen. Subeventualiter stel-

le sie Beweisanträge hinsichtlich der Wochenpläne und eines zu erstattenden Gutachtens ("Expertenauskunft") zum mutmasslichen Zeitaufwand der erbrachten Arbeit (Urk. 51 S. 8-12).

6.4. Im schweizerischen Vertragsrecht gilt bei Fragen des Konsenses oder der Auslegung der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Im Konsens- wie im Auslegungstreit hat das Sachgericht daher vorab zu prüfen, ob sich die Parteien tatsächlich übereinstimmend geäussert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben. Ist dies für den Vertragsschluss als solchen zu bejahen, liegt ein tatsächlicher Konsens vor. Haben sich die Parteien in den Vertragsverhandlungen zwar übereinstimmend verstanden, aber nicht geeinigt, besteht ein offener Dissens und damit kein Vertragsschluss. Haben sie sich übereinstimmend geäussert, aber abweichend verstanden, liegt ein versteckter Dissens vor, der zum Vertragsschluss führt, wenn eine der Parteien nach dem Vertrauensgrundsatz in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäusserung zu schützen und damit die andere auf ihrer Äusserung in deren objektivem Sinn zu behaften ist. Diesfalls liegt ein normativer Konsens vor (BGE 135 III 410 E. 3.2). Nach dem Vertrauensprinzip sind Willenserklärungen so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durften und mussten (BGE 143 III 157 E. 1.2.2, mit Hinweisen). Dabei ist der Wortlaut nicht allein ausschlaggebend. Zu berücksichtigen sind im Weiteren etwa die Umstände, unter denen die Erklärungen abgegeben wurden, und insbesondere der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 138 III 659 E. 4.2.1).

6.4.1. Die Klägerin scheint mit ihrer Berufung die Begriffe des tatsächlichen und normativen Konsenses zu vermischen. Einerseits behauptet sie im Ergebnis einen tatsächlichen Konsens, ihre zugrunde liegenden Behauptungen zielen andererseits auf das Vorliegen eines normativen Konsenses. Anhaltspunkte für das Vorliegen einer tatsächlichen Einigung ergeben sich aber weder aus der Darstel-

lung der Klägerin noch anderweitig aus dem bisherigen Verfahren. Darauf ist nicht einzugehen.

6.4.2. Die Klägerin zieht zur Preisbestimmung im Werkvertrag den Umstand hinzu, dass eine eigentliche Bauleitung gefehlt habe und die Beklagten insbesondere deshalb nicht erwartet hätten, dass die Handwerker hätten Regierapporte führen müssen. Gleich verhalte es sich mit dem zusätzlich in Rechnung gestellten und nicht bestrittenen Material (Urk. 51 S. 11). Die Behauptung, die Beklagten hätten nicht erwartet, dass Handwerker Regierapporte führen würden, ist neu; es wird nämlich nicht behauptet, sie sei im vorinstanzlichen Verfahren aufgestellt worden und die Vorinstanz habe sie zu Unrecht nicht berücksichtigt (vgl. auch Urk. 40 S. 2 und Prot. I S. 38 und 42). Die Klägerin äussert sich nicht zur Zulässigkeit dieser neuen Behauptung im Berufungsverfahren. Unter Hinweis auf Erwägung 3.3 erscheint die Behauptung daher als nicht zulässig. Gleiches gilt für die Behauptung zum zusätzlichen Material. Weitere Umstände zur Auslegung der von den Beklagten akzeptierten Offerte vom 17. Mai 2016 treten also nicht hinzu.

6.4.3. Die von der Vorinstanz geprüfte Offerte hält mehrfach fest, dass der Arbeitsaufwand der Klägerin von ca. 100 Stunden eine *Annahme* sei; gestützt auf diese Annahme und den Stundenansatz von Fr. 96.–, Materialaufwand, Taxen und Mehrwertsteuer ergibt sich der in der Offerte genannte Preis des Werkes, wiederum mit der Bemerkung "*Arbeitsaufwand in Annahme*". Die Vorinstanz erwog, dass die Klägerin die Verbindlichkeit dieser Annahme nicht habe nachweisen können (Urk. 52 S. 22), was zur Vermutung führe, der Preis sei nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festzusetzen. Weder eine Bandbreite für den Werkpreis noch eine Ober- bzw. Untergrenze noch Begriffe wie Pauschale oder Festpreis werden behauptet oder in der Offerte genannt. Es wird auch nicht definiert, was gelten soll, wenn sich die Annahme des Arbeitsaufwandes nicht bewahrheitet. Zureichende Anhaltspunkte für die Vereinbarung eines Circa-Preises oder eventualiter eines Pauschalansatzes sind angesichts der gesetzlichen Vermutung einhergehend mit den vorinstanzlichen Erwägungen nicht erbracht. Damit hat die Vorinstanz zu Recht erkannt, dass sich vor-

liegend die Vergütung nach Aufwand berechnet bei einem festgelegten Stundenansatz von Fr. 96.–.

6.4.4. Die Klägerin beantragt, es seien die im Recht liegenden Wochenpläne als volles Beweismittel für die von zwei Mann erbrachten Arbeitsstunden zuzulassen (Urk. 51 S. 2). Die Vorinstanz hat die Wochenpläne von G.\_\_\_\_\_ als Beweismittel berücksichtigt und im Zusammenspiel mit den übrigen Beweisen gewürdigt und gewichtet (Zusammenspiel Wochenpläne - "Suddelblatt", kein Hinweis auf die Begleitung durch einen weiteren Mitarbeiter der Klägerin; Urk. 52 S. 25 f.). Insofern die Klägerin eine fehlende Zulassung des Beweismittels rügt, geht ihr Einwand also fehl. Wenn die Klägerin sinngemäss weiter beanstandet, mit den Wochenplänen sei der ihr obliegende Beweis als erbracht zu erachten (Zulassung als *volles* Beweismittel), so setzt sie sich nicht mit den vorinstanzlichen Erwägungen in diesem Zusammenhang auseinander; zufolge unzureichender Beanstandung hat keine Überprüfung zu erfolgen (vgl. E. 3.2). Gleiches gilt für das von der Klägerin erneut beantragte Gutachten. Sie setzt sich nicht mit der vorinstanzlichen Erwägung auseinander, dass von einer Expertenauskunft abgesehen werde, weil diese keine Auskunft über die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden geben könne (Urk. 52 S. 22).

6.5. Auch hinsichtlich der Werklohnforderung ist damit die Berufung abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

## 7. Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolge

7.1. Der Streitwert wird gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO durch das Rechtsbegehren bestimmt. Dabei ist der Streitwert der in objektiver Klagenhäufung geltend gemachten Ansprüche grundsätzlich zusammenzurechnen, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Das Begehren auf Bezahlung der Vergütung sowie jenes auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sind zwei verschiedene Begehren, die separat erhoben und unterschiedlich beurteilt werden können. Demzufolge sind die Streitwerte der geltend gemachten Ansprüche zusammenzurechnen (vgl. Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 93 N 1; OGer ZH RB130014, 4. Juni 2013, E. 2.4). Die gleiche Auffassung vertritt (inzwi-

schen) auch SCHUMACHER (vgl. SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband, a.a.O., Rz. 726). In einer Urteilsanmerkung aus dem Jahr 2014 hat er von der in seiner Monographie vertretenen Auffassung, wonach keine Zusammenrechnung erfolgen dürfe, Abstand genommen und hält nun dafür, dass bei Verbindung einer Klage auf Anordnung der definitiven Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts mit einer Klage auf Bezahlung des Werklohns eine Zusammenrechnung der Streitwerte zu erfolgen habe (SCHUMACHER, in: BR 2014, 160 ff., 163).

7.2. Mit Verfügung vom 29. August 2017 erwog die Vorinstanz, dass sich die Frage stelle, inwieweit ein Rechtsschutzinteresse am Feststellungsbegehren bestehe, wenn gleichzeitig auf Bezahlung der Forderung geklagt werde. Sie hielt fest, dass für die Berechnung des Vorschusses einstweilen bloss die Streitwerte für die Leistungsklage und die definitive Eintragung des Pfandrechts zusammenzurechnen seien (Fr. 18'139.60; Urk. 6 S. 2 f.). Mit dem angefochtenen Urteil hielt die Vorinstanz fest, der Streitwert der Klage betrage Fr. 27'209.40, derjenige der Widerklage Fr. 4'479.—. Davon ausgehend sei die Grundgebühr auf Fr. 4'085.— festzusetzen und angesichts der mehrteiligen Hauptverhandlung auf Fr. 6'127.50 zu erhöhen. Die Klägerin habe zu 30 % obsiegt; entsprechend seien die Prozesskosten zu verteilen (Urk. 52 S. 42 f.).

7.3. Mit ihrer Berufung erklärt die Klägerin, der Streitwert der Klage sei ohne Ankündigung mit Fr. 27'209.40 angenommen worden, wohl wegen des umstrittenen Rechtsschutzinteresses an Feststellungs- und Leistungsklage. Für den Fall, dass das angefochtene Urteil geschützt werde, sei nicht nachvollziehbar, weshalb ihr 70 % der Gerichtskosten auferlegt worden seien und sie verpflichtet worden sei, einen Parteikostenersatz an die Beklagten von 60 % der Grundgebühr zu bezahlen (Urk. 51 S. 12 f.).

7.4. Einen bezifferten Antrag stellt die Klägerin nicht. Auch aus ihrer Begründung wird nicht klar, wie die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu regeln sind; sie beantragt einzig eine Überprüfung (Urk. 51 S. 13). Aus ihren Anträgen müsste aber eindeutig hervorgehen, in welchem Umfang der vorinstanzliche Kostenentscheid angefochten wird und wie der Entscheid stattdessen zu lauten hätte. Auf

Geldzahlungen gerichtete Anträge müssen beziffert sein (vgl. BGE 137 III 617 E. 4.-6.). Zwar kann hinsichtlich Parteientschädigungen für ein laufendes Verfahren auf eine Bezifferung verzichtet werden, weil diese nach Tarifen zugesprochen werden; wenn jedoch eine Entschädigung oder die Gerichtskosten für ein abgeschlossenes Verfahren als ungenügend angefochten werden, muss aus den Anträgen ziffernmässig bestimmt hervorgehen, was beantragt wird. Ergeben sich auch unter Einbezug der Begründung keine genügenden Anträge, ist auf das Rechtsmittel nicht einzutreten, ohne dass eine Nachfrist anzusetzen wäre (FREIBURGHaus/AFHELDt, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 321 N 14 i.V.m. Art. 311 N 34 f.). Es ist mithin nicht ausreichend, die Ansetzung einer "angemessenen" Gerichtsgebühr zu beantragen oder wie vorliegend eine Überprüfung zu verlangen (*OGer ZH PF110013 vom 21. Juni 2011 E. 2 betr. Kostenbeschwerde*). Auf die Berufung der Klägerin ist damit insoweit nicht einzutreten.

7.5. Selbst wenn insoweit auf das Rechtsmittel eingetreten würde, wäre es aus folgenden Überlegungen abzuweisen. Zwar ist die Begründung der Vorinstanz zu der Kosten- und Entschädigungsfolge äusserst knapp gehalten, gleichwohl ergibt sich aus dem Prozessverlauf ohne weiteres, dass die Vorinstanz für jede der drei Ziffern des klägerischen Rechtsbegehrens von einem Streitwert von rund Fr. 9'000.– ausging. Aus der Berufungsschrift erhellt, dass auch die Klägerin diese Überlegung erkannte. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs wird in diesem Zusammenhang nicht behauptet und die Zusammenrechnung der drei Streitwerte im Sinne einer objektiven Klagehäufung ist im Übrigen nicht konkret beanstandet. Dabei hat es sein Bewenden. Unterliegt die Klägerin aber mit dem Feststellungsbegehren, dem Eintragungsbegehren (je rund Fr. 9'000.– Streitwert) sowie im Umfang von rund Fr. 5'000.– mit dem Leistungsbegehren und obsiegt im Gegenzug im Umfang von rund 4'000.– im Leistungsbegehren sowie rund Fr. 4'500.– bei der Widerklage, so unterliegt sie absolut gesehen im Verhältnis von rund Fr. 23'000.– zu Fr. 8'500.–, sprich 73 % zu 27 %. Gewichtet man die Gerichtskosten beim Streitwert des Nichteintretens aufgrund der prozessualen Erledigung bescheidener als die übrigen Aspekte (§ 10 Abs. 1 GebV OG), so gelangt man zur angemessenen Verteilung der Vorinstanz. Schliesslich ist die Klägerin darauf hin-

zuweisen, dass die Vorinstanz erwog, mit der Parteientschädigung gleich wie mit den Gerichtskosten zu verfahren (Urk. 52 S. 43). Wird aber zur Grundgebühr der Parteientschädigung von Fr. 5'186.– ein Zuschlag von 50 % im Sinne von § 11 AnwGebV addiert, so entspricht die den Beklagten zugesprochene, reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'111.60 nicht 60 %, sondern 40 % einer vollen Entschädigung. Das ist angemessen und entgegen der Auffassung der Klägerin noch nachvollziehbar.

## 8. Kosten- und Entschädigungsfolge

8.1. Die Prozesskosten werden den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens und Obsiegens auferlegt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Aufgrund des Ausgangs des Berufungsverfahrens ist die Klägerin vor Berufungsinstanz als unterliegende Partei zu erachten und dementsprechend kostenpflichtig.

8.2. Die Entscheidgebühr richtet sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichtes vom 8. November 2010 (GebV OG). Sie bemisst sich nach dem Streitwert, der Schwierigkeit des Falles sowie des notwendigen Zeitaufwandes (§ 4 Abs. 1 und 2 GebV OG; Streitwert Fr. 23'323.55). Im Berufungsverfahren wird die Gebühr grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Bestimmungen bemessen (§ 12 Abs. 1 GebV OG). Vorliegend erscheint eine Entscheidgebühr von Fr. 3'400.– als angemessen. Sie ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Im Mehrbetrag wird der Vorschuss der Klägerin zurückzuerstatten sein. Vorbehalten bleibt das Verrechnungsrecht des Staats.

8.3. Die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Beklagten für das Berufungsverfahren entfällt, da sie keine Berufungsantwort einzureichen hatten und ihnen keine wesentlichen Umtriebe erwachsen.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und das Urteil des Bezirksgerichts Uster, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, vom

29. Juni 2018 wird mit Ausnahme der neu zu fassenden Anweisung an das Grundbuchamt F. \_\_\_\_\_ (angefochtene Dispositiv-Ziffer 2) bestätigt.
2. Das Grundbuchamt F. \_\_\_\_\_ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Bezirksgerichts Uster vom 4. Januar 2017 und dessen Urteil vom 28. März 2017 zu Gunsten der Klägerin und zu Lasten der Beklagten vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht auf der im Miteigentum stehenden Liegenschaft in der Gemeinde E. \_\_\_\_\_ mit Kat. Nr. 2, GBBI 1, D. \_\_\_\_\_-Rain ..., E. \_\_\_\_\_, für eine Pfandsomme von Fr. 9'069.80 nebst Zins zu 5 % seit 3. November 2016 zu löschen.
  3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'400.– festgesetzt.
  4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
  5. Den Beklagten wird für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
  6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagten unter Beilage des Doppels von Urk. 51, an das Grundbuchamt F. \_\_\_\_\_ im Dispositivauszug (Ziffer 2 und 6) sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
- Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
7. 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. 23'323.55.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.  
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 20. September 2019

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. E. Iseli

versandt am:  
am