



Geschäfts-Nr. HG070307/U/dz

Mitwirkend: Der Obergerichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vizepräsident, und die Ersatzoberrichterin Flurina Schorta, die Handelsrichter Franz Ramser, Jakob Frei und Felix B. Haessig sowie der Gerichtsschreiber Zeno Schönmann

Beschluss und Urteil vom 18. Dezember 2012

in Sachen

A. _____ AG,
Klägerin

vertreten durch Fürsprecherin X. _____

gegen

1. **B. _____ Anlagestiftung,**
2. **C. _____ AG,**
3. **D. _____ AG,**
4. **B. _____ Funds AG,**
5. **E. _____ AG,**

Beklagte

1, 2, 3, 4, 5 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren (act. 1 S. 2 f.):

1. *Es sei die Forderung der Klägerin im Betrag von Fr. 795'470.30, nebst 5% Zins seit 20.4.2007 auf Fr. 505'573.25 sowie 5% Zins ab 23.7.2007 auf Fr. 289'897.05, aus Werkvertrag mit der F._____ AG, als im Grundbuch zu ihren Gunsten einzutragende Pfandsumme richterlich festzustellen;*

2. *Das Grundbuchamt G._____ sei richterlich anzuweisen, auf dem im Miteigentum der Beklagten stehenden Grundstück Gbbl. Nr. 1, Katasternummer WD ..., Liegenschaft H._____ -Strasse 1, G._____, ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von Fr. 795'470.30, nebst 5% Zins seit 20.4.2007 auf Fr. 505'573.25 sowie 5% Zins auf Fr. 289'897.05 ab 23.7.2007, zugunsten der Klägerin definitiv einzutragen, aufgeteilt zwischen den einzelnen Miteigentümern wie folgt:*
 - 2.1. **Gbbl. Nr. 2 zu 165/1000:** *Fr. 131'252.60 (165/1000 v. Fr. 795'470.30), nebst 5% Zins seit 20.4.2007 auf Fr. 83'419.60 sowie 5% Zins seit 23.7.2007 auf Fr. 47'833.--.*

B._____ Anlagestiftung, H._____ -Strasse 2, I._____

 - 2.2. **Gbbl. Nr. 3 zu 116/1000:** *Fr. 92'274.55 (116/1000 v. Fr. 795'470.30), nebst 5% Zins seit 20.4.2007 auf Fr. 58'646.50 sowie 5% Zins seit 23.7.2007 auf Fr. 33'628.05.*

C._____ AG, c/o B._____, J._____ -Strasse ..., K._____

 - 2.3. **Gbbl. Nr. 4 zu 129/1000:** *Fr. 102'615.65 (129/1000 v. Fr. 795'470.30), nebst 5% Zins seit 20.4.2007 auf Fr. 65'218.95 sowie 5% Zins seit 23.7.2007 auf Fr. 37'396.70.*

D._____ AG, clo B._____, J._____ -Strasse ..., K._____

 - 2.4. **Gbbl. Nr. 5 zu 250/1000:** *Fr. 198'867.55 (250/1000 v. Fr. 795'470.30), nebst 5% Zins seit 20.4.2007 auf Fr. 126'393.25 sowie 5% Zins seit 23.7.2007 auf Fr. 72'474.30.*

B. _____ Asset Management Funds, H. _____ -Strasse 2, I. _____

- 2.5. **GbbI. Nr. 6 zu 98/1000:** Fr. 77'956.10 (98/1000 v. Fr. 795'470.30), nebst 5% Zins seit 20.4.2007 auf 49'546.20 sowie 5% Zins seit 23.7.2007 auf Fr. 28'409.90.

B. _____ Asset Management Funds, H. _____ -Strasse 2, I. _____

- 2.6. **GbbI. Nr. 7 zu 242/1000:** Fr. 192'503.80 (242/1000 v. Fr. 795'470.30), nebst 5% Zins seit 24.4.2007 auf Fr. 122'348.75 sowie 5 % Zins seit 23.7.2007 auf Fr. 70'155.10.

E. _____ AG, L. _____ -Strasse ..., M. _____

3. Die Beklagten seien unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, der Klägerin die Gerichtskosten des Bezirksgerichts Zürich im Verfahren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Geschäfts Nr. ES070168/U) gemäss Verfügung vom 27.9.2007 im Betrag von Fr. 7'161.-- sowie die Parteikosten im Betrag von Fr. 9'684.-- zu ersetzen;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

Das Gericht zieht in Erwägung:

I. Einleitung und Sachverhalt

Die Klägerin ist in den Bereichen Haustechnik und Metallverarbeitung tätig (act. 3/4). Die Beklagten sind Miteigentümerinnen der Liegenschaft H. _____ - Strasse 1 in G. _____ (N. _____). Die O. _____ AG (nachfolgend O' _____ genannt) mietete in der Liegenschaft N. _____ der Beklagten Räumlichkeiten für den Betrieb eines Kinos im Grundausbau, welche durch die Mieterin auszubauen waren. Diesbezüglich beauftragte die O' _____ die Generalunternehmerin F. _____ AG (nachfolgend F. _____ genannt). Die Klägerin schloss am 10. Februar 2006 mit der Generalunternehmerin F. _____ einen Werkliefervertrag und verpflichtete sich, zu einem festen Preis einen Teil der Haustechnik (Heizungs-, Klima-, Lüftungs-, Kälte- sowie Sanitäranlagen) der Kinolandschaft N. _____ zu erstellen. In der Folge kam es noch zu einigen Änderungsbestellungen und Vertragsergänzungen. Die Klägerin erstellte die Haustechnik und beendete ihre Arbeiten im ersten Halbjahr 2007. Da sie von der F. _____ nicht vollständig bezahlt wurde, liess sie auf der Liegenschaft der Beklagten ein provisorisches Bauhandwerkerpfandrecht eintragen. Die Beklagten bestreiten im Wesentlichen das Einhalten der Dreimonatsfrist durch die Klägerin sowie einen objektiven Mehrwert der Liegenschaft aufgrund der Arbeiten der Klägerin, welcher über den bereits bezahlten Anteil der Werklohnforderung hinausginge.

II. Prozessuales

1. Prozessverlauf

Mit Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 24. Juli 2007 wurde das Grundbuchamt G. _____ einstweilen angewiesen, ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Klägerin und zulasten der Grundstücke der Beklagten vorläufig im Grundbuch einzutragen. Nachdem die Beklagten dagegen vorerst Einsprache er-

hoben hatten, anerkannten sie an der Verhandlung vom 27. September 2007 vor dem Bezirksgericht Zürich das Begehren um vorläufige Eintragung. In der Folge bestätigte das Bezirksgericht Zürich mit Verfügung vom 27. September 2007 die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt G._____ als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB und setzte der Klägerin eine Frist von 28 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft der Verfügung vom 27. September 2007 an, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf Feststellung der Forderung als Pfandsumme und definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Beklagten anzuheben (act. 3/1).

Am 27. November 2007 reichte die Klägerin hierorts die Klageschrift ein (act. 1). Nach Eingang der Klageantwortschrift vom 25. März 2008 (act. 8) fand am 13. Juni 2008 eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, welche zu keiner Einigung führte (Prot. S. 4). Das Verfahren wurde schriftlich fortgesetzt mit Replik vom 31. Oktober 2008 (act. 12), Duplik vom 16. Februar 2009 (act. 17) und klägerischer Stellungnahme zur Duplik vom 3. April 2009 (act. 22). Am 16. November 2009 erging der Beweisauflegebeschluss (act. 25). Mit Eingaben vom 25. Januar 2010 (Beklagte, act. 29) und 28. Januar 2010 (Klägerin, act. 31) nannten die Parteien ihre Beweismittel. Mit Eingabe vom 17. März 2010 stellte die Beklagte ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen (act. 34), wozu die Klägerin mit Eingabe vom 1. April 2010 Stellung nahm (act. 37 bzw. 41). Mit Beschluss vom 26. April 2010 wurde das Gesuch abgewiesen (act. 43). Am 4. September 2010 erging der Beweisabnahmebeschluss (act. 45). Am 2., 4. und 9. Mai 2011 fanden Beweisverhandlungen statt, an welchen Zeugen einvernommen wurden (Prot. S. 45 ff.). Am 9. Mai 2010 fand zudem ein Augenschein in der O'._____ N._____ statt (Prot. S. 325). Die Zeugen Q._____, R._____ und S._____ wurden rechtshilfweise einvernommen (act. 76, 77 und 78). Mit Eingaben vom je 23. März 2012 nahmen die Parteien zum Beweisergebnis Stellung (act. 87 und 88). Mit Eingabe vom 11. April 2012 nahm die Klägerin zur Stellungnahme der Beklagten zum Beweisergebnis Stellung (act. 92). Diese Stellungnahme wurde den Beklagten am 13. April 2012 zugestellt (Prot. S. 330).

2. Firmenänderungen und Parteiwechsel

Vorzumerken ist, dass die Beklagte 4 ihre Firma am 27. August 2008 von B._____ Asset Management Funds zu B._____ ASSET MANAGEMENT FUNDS AG geändert und am 23. August 2011 eine weitere Firmenänderung zu B._____ Funds AG vorgenommen hat (act. 94). Das Rubrum wurde mit Verfügung vom 12. Dezember 2011 (Prot. S. 327) angepasst. Die Aktiven und Passiven der ursprünglichen Beklagten 5 gingen am 4. Mai 2011 infolge Fusion auf die T._____ über, welche indessen gleichzeitig eine Firmenänderung vornahm und seither die Firma der ursprünglichen Beklagten 5 führt. Die ursprüngliche Beklagte 5 wurde im Handelsregister gelöscht (act. 95; act. 96). Von diesem Parteiwechsel ist ebenfalls Vormerk zu nehmen.

3. Anwendbares Prozessrecht

Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem neuen Recht, wobei eine bestehende Zuständigkeit nach dem alten Recht erhalten bleibt (Art. 404 Abs. 2 ZPO). Für das vorliegende Verfahren ist demnach das frühere kantonale Prozessrecht (ZPO/ZH und GVG) massgebend. Das Rechtsmittel richtet sich hingegen nach dem Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist, mithin nach dem neuen Prozessrecht (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

4. Zuständigkeit

Sämtliche Parteien sind im Handelsregister eingetragen, der Streit betrifft beschränkte dingliche Rechte an einem Grundstück im Kanton Zürich im Zusammenhang mit den von den Parteien betriebenen Gewerben und der Streitwert beträgt mehr als CHF 30'000.—. Das Handelsgericht Zürich ist damit gestützt auf Art. 19 Abs. 1 lit. c GestG örtlich und gestützt auf § 62 Abs. 1 GVG sachlich zuständig.

III. Materielles

1. Einleitung

Mit dem Bundesgesetz über die Änderung des ZGB (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 11. Dezember 2009 wurde auch das Bauhandwerkerpfandrecht einer Revision unterzogen, welche am 1. Januar 2012 in Kraft getreten ist. Auf den vorliegenden Sachverhalt, der sich vollumfänglich vor diesem Zeitpunkt abgespielt hat, bleiben indessen nach der allgemeinen Regel der Nichtrückwirkung (Art. 1 SchlT ZGB) die Bestimmungen des bisherigen Rechts anwendbar (vgl. BSK ZGB II-Hofstetter/Thurnherr, N 6a zu Art. 839/840 ZGB).

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 aZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts für Forderungen von Handwerkern und Unternehmern, die zu Bauten oder anderen Werken auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks, auch wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind (Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., 2008, N 852 ff.). Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens drei Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu geschehen (Art. 839 Abs. 2 aZGB). All diese Voraussetzungen sind auch im Prozess betreffend die definitive Bestellung der Sicherheit nachzuweisen. Behauptungs- und beweispflichtig für das Vorliegen der genannten Voraussetzungen ist der Handwerker (Schumacher, a.a.O., N 1308).

2. Fristbeginn

2.1. Einleitung

Vollendet ist die Arbeit gemäss BGE 125 III 113 E. 2b dann, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen dabei geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen wie der Ersatz gelieferter, aber fehlerhafter Teile oder die Behebung anderer Mängel (...). Geringfügige Arbeiten gelten

aber dann als Vollendungsarbeiten, wenn sie unerlässlich sind; insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt (vgl. auch Hofstetter/Thurnherr, a.a.O., N 29 zu Art. 839/840 ZGB mit div. Hinweisen).

Rainer Schumacher kritisiert in der dritten Auflage seines Kommentars zum Bauhandwerkerpfandrecht die uneinheitliche Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den fristauslösenden Arbeiten und propagiert folgende praktikable Auslegung der Arbeitsvollendung nach Art. 839 Abs. 2 aZGB: Die Dreimonatsfrist beginne nach der letzten objektspezifischen Bauarbeit zu laufen, unabhängig davon, ob diese letzte Arbeit funktionell unerlässlich gewesen sei oder nicht. Weitere Leistungen des Unternehmers, insbesondere weitere nicht objektspezifische, physische Arbeiten auf der Baustelle und erst recht solche ausserhalb des Bauplatzes, seien jedoch nicht als Vollendungsarbeiten zu qualifizieren und vermöchten den Fristbeginn nicht hinauszuschieben (Schumacher, a.a.O., N 1107). Dieser gesetzeskonformen, einfachen und praktikablen Auslegung ist zu folgen.

2.2. Die fristauslösenden Arbeiten

2.2.1. Einleitung

Die Klägerin macht geltend, die Dreimonatsfrist von Art. 839 Abs. 2 aZGB habe mit Vollendung der Arbeiten am 26. April 2007 begonnen und sei durch die provisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts am 24. Juli 2007 gewahrt worden. Am 26. April 2007 hätten die Monteure der Klägerin, Chefmonteur U._____ und B-Monteur V._____, die nachfolgend beschriebenen Arbeiten ausgeführt. Zudem sei auch der klägerische Projektleiter W._____ vor Ort gewesen. U._____ und V._____ hätten am 26. April 2007 gut zehn Stunden im N._____ gearbeitet, W._____ siebeneinhalb Stunden (act. 1 S. 22 ff., act. 12 S. 3 ff., act. 22 S. 3 ff.).

Die Beklagten bestreiten dies.

2.2.2. Anschliessen der Projektoren an die Lüftung im Projektionsraum der Kinosäle 1+2

2.2.2.1. Klägerische Darstellung

Die Klägerin behauptet, U._____ und V._____ hätten am Morgen des 26. Aprils 2007 die Projektoren im Projektionsraum der Kinosäle 1+2 an die Lüftung angeschlossen und seien bis 11:00 Uhr damit fertig geworden, was W._____ von der Klägerin kontrolliert habe. Die Lüftungsrohre, welche in den Projektionsraum der Kinosäle 1+2 geragt hätten, seien verlängert und über die Projektoren geführt, die Abluftstutzen montiert und die Projektoren mit Zugunterbrecher an die Lüftung angeschlossen worden. Das entsprechende Material sei mitgebracht und vor Ort verarbeitet worden. Dabei habe es sich um eine Fertigstellungsarbeit gehandelt (act. 12 S. 7 f., act. 22 S. 13 f.).

2.2.2.2. Beklagtische Darstellung

Die Beklagten machen geltend, dass die Dreimonats-Frist von Art. 839 Abs. 2 aZGB durch die Klägerin nicht eingehalten worden sei. Es könne zwar sein, dass Monteur U._____ am 26. April 2007 irgendwelche Korrekturarbeiten, Justierungen oder Mängelbehebungen vorgenommen habe. Blosser Mängelbehebung, Gewährleistungsarbeiten und dergleichen würden die Frist zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts jedoch nicht verlängern. Es sei absolut ausgeschlossen, dass sich Monteur U._____ am 26. April 2007 mit Montagearbeiten 10 Stunden in der O'._____ AA._____ beschäftigt haben könne. Insbesondere habe Monteur U._____ nicht die Projektoren an die Lüftung angeschlossen und auch keine Arbeiten an Klappen oder Monoblock verrichtet. Es seien keine Fertigstellungsarbeiten des Gesamtwerks vorgenommen worden (act. 8 S. 53 ff.). Das Werk „Lüftung“ sei abgeschlossen gewesen und im Wesentlichen am 22. bzw. 29. März 2007 in vollem Betrieb gewesen. Schon von der Logik her hätten daher am 26. April 2007 keine notwendigen Vollendungsarbeiten gemacht worden sein (act. 17 S. 3 ff.). Auch nach dem 26. April 2007 seien die Projektoren immer noch nicht an die Lüftung angeschlossen gewesen. Die Lüftungsrohre hätten schon nach dem 29. März 2007 nicht irgendwo im Projektionsraum geendet, sondern seien bis

über die Projektoren geführt gewesen. Sie hätten jedoch wegen mangelnder Lüftungsleistung nicht angeschlossen werden können. Dass wegen „Planungsdiskussionen“ die Lüftungsrohre nicht bis über die Projektoren hätten gezogen werden können, sei objektiv unrichtig. Es habe nie einen „Baustopp“ für die Lüftungsrohre gegeben. O'._____ habe – mit einer völlig neuen Lösung – die Projektoren erst im Laufe des Jahres 2008 an die Lüftung angeschlossen. Die von der Klägerin eingebrachten Lüftungsrohre hätten demontiert werden müssen. Das Lüftungssystem der Klägerin sei für diese Projektionsräume absolut untauglich gewesen. Unabhängig davon, ob Monteur U._____ am 26. April 2007 überhaupt etwas montiert habe, müsse verneint werden, dass es sich dabei um eine notwendige Vollendungsarbeit gehandelt habe. Ob die Abluftleitung 15 cm über dem Projektor ende oder allenfalls ein paar Meter davor, wäre nicht von Belang, so oder so seien die Rohre nicht an die Projektoren angeschlossen gewesen (act. 17 S. 3 ff.).

2.2.2.3. Würdigung

Der Anschluss der Projektoren an die Lüftung im Projektionsraum der Kinosäle 1+2 wäre eine objektspezifische Arbeit der Klägerin, welcher gemäss Werkvertrag die Erstellung der Lüftung oblag. Ob es sich dabei um notwendige Vollendungsarbeiten handelte, spielt gemäss der von Schumacher überzeugend propagierten Auslegung keine Rolle. Da diese Arbeit von den Beklagten bestritten wird, wurde der Klägerin der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass die klägerischen Monteure U._____ und V._____ am Morgen des 26. April 2007 vor 11.00 Uhr die Projektoren im Projektionsraum der Kinosäle 1+2 der O'._____ AA._____ an die Lüftung anschlossen (act. 25 S. 2).

2.2.3. Entfernung der Blende in der Popcornküche

2.2.3.1. Klägerische Darstellung

Nach dem Anschliessen der Projektoren an die Lüftung habe am 26. April 2007 in der Kinolandschaft N._____ eine Besprechung betreffend den Brandmelder in der Popcornküche stattgefunden. Auf Seiten der Klägerin hätten der Projektleiter

W._____ sowie U._____, für die Beklagten AB._____ von AC._____ sowie für die F._____ AD._____ teilgenommen. Resultat der Besprechung sei gewesen, dass der Elektriker den Brandmelder versetzt habe und der Chefmonteur der Klägerin, U._____, habe eine bauseitig eingebaute Blende, deretwegen die Lüftungs-Strömung nicht mehr optimal funktioniert habe, in Kulanz entfernt, sodass die Lüftung optimal habe funktionieren können (act. 12 S. 9 f.).

2.2.3.2. Beklagliche Darstellung

Die Beklagten bestreiten, dass Monteur U._____ am 26. April 2007 in Kulanz eine Blende in der Popcorn-Küche entfernt habe. Zudem machen die Beklagten geltend, dass es sich auch nach der eigenen Schilderung der Klägerin nicht um eine Vollendungsarbeit gemäss Werkvertrag gehandelt habe (act. 17 S. 10 f.). Die Beklagten bestreiten auch die „Dokumenten- und Zeitechtheit“ von act. 13/89 und machen geltend, dass dieses Dokument rein zu Prozesszwecken erstellt worden sei (act. 17 S. 9).

2.2.3.3. Würdigung

Das Entfernen einer bauseitig eingebauten Blende aus Kulanz gehörte nicht zu den gemäss Werkvertrag durch die Klägerin zu erbringenden Leistungen und stellte damit keine objektspezifische Bauarbeit durch die Klägerin dar. Selbst wenn diese Tätigkeit von der Klägerin bewiesen werden könnte, wäre sie für die Fristberechnung nicht von Relevanz. Es handelt sich auch nicht um ein Indiz für die anderen Arbeiten der klägerischen Monteure an jenem Tag.

2.2.4. Montage Lüftungsgitter AE._____

2.2.4.1. Klägerische Darstellung

Chefmonteur U._____ habe zudem am 26. April 2007 auch noch gemäss Werkvertrag im Bereich der von O'._____ erst später dazu gemieteten Fläche des AE._____-Shops die Lüftungsgitter in der Decke montiert, was eine weitere Fertigstellungsarbeit der Lüftung gemäss Werkvertrag gewesen sei (act. 12 S. 10).

2.2.4.2. Beklagtische Darstellung

Die Beklagten bestreiten, dass Monteur U. _____ am 26. April 2007 „die Lüftungsgitter“ in der Decke bei AE. _____ montiert habe. Am Tag der Kinoeröffnung, dem 22. März 2007, sei der AE. _____ Shop in Betrieb genommen worden. Das einzige (kleine) Lüftungsgitter, das es in diesem Bereich gebe, sei vor Eröffnung des Shops montiert worden. Der Shop sei nicht mit einem Loch in der Decke eröffnet worden. Zudem machen die Beklagten auch hierzu geltend, dass diese Arbeit, selbst wenn sie erfolgt sein sollte, keine notwendige Vollendungsarbeit darstellen könne (act. 17 S. 11).

2.2.4.3. Würdigung

Die Montage der Lüftungsgitter im AE. _____-Shop wäre eine objektspezifische Arbeit der Klägerin, welcher gemäss Werkvertrag die Erstellung der Lüftung oblag. Ob es sich dabei um notwendige Vollendungsarbeiten handelte, spielt gemäss der von Schumacher überzeugend propagierten Auslegung keine Rolle. Der Klägerin wurde daher der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass der klägerische Monteur U. _____ am 26. April 2007 im AE. _____-Shop in der O'. _____ AA. _____ Lüftungsgitter in der Decke montierte (act. 25 S. 2).

2.2.5. Verbesserung Lüftungsanschluss digitaler Filmprojektor 3. OG

2.2.5.1. Klägerische Darstellung

Im 3. OG sei von der O'. _____ ein digitaler Filmprojektor bestellt und installiert worden. Dieser digitale Filmprojektor sei nicht durch die Klägerin, sondern bauseitig an die Lüftung angeschlossen worden. Während der vorerwähnten Besprechung vom 26. April 2007 zwischen den Herren W. _____, AB. _____, AD. _____ und U. _____ sei festgestellt worden, dass dieser bauseitig montierte Lüftungsanschluss des digitalen Projektors schlecht gewesen sei. Chefmonteur U. _____ sei seitens der Bauherrschaft (O'. _____ und Beklagte) gebeten worden, diesen nicht korrekten Lüftungsanschluss zu verbessern. U. _____ sei dieser Bitte noch am gleichen Tag nachgekommen (act. 12 S. 10).

2.2.5.2. Beklagtische Darstellung

Die Beklagten bestreiten, dass Monteur U. _____ auf Wunsch von O'. _____ einen von dieser nicht korrekt angebrachten Lüftungsanschluss zu einem digitalen Filmprojektor verbessert habe. Auch eine solche Arbeit wäre aber nach Ansicht der Beklagten nicht geeignet, eine objektbezogene notwendige Vollendungsarbeit am bisherigen Werk darzustellen, sofern sie denn erfolgt wäre (act. 17 S. 10 f.).

2.2.5.3. Würdigung

Die Klägerin machte nicht geltend, dass der Anschluss des digitalen Filmprojektors im 3. OG zu ihrem Pflichtenheft gehörte. Selbst wenn die klägerischen Monteure diesen Anschluss am 26. April 2007 verbessert haben sollten, handelte es sich dabei nicht um eine objektspezifische Bauarbeit. Ein Beweisverfahren zu dieser Frage konnte deshalb unterbleiben.

2.3. Vorgeschichte als Indizien für Datum der letzten Arbeiten

Die Klägerin behauptete zudem die folgenden allenfalls beweisrelevanten Indizien aus der Vorgeschichte vor den behaupteten Arbeiten vom 26. April 2007:

2.3.1. Provisorischer Betrieb der Kinosäle 1+2 ab tt. März 2007; Baustopp

2.3.1.1. Klägerische Darstellung

Mit grösstem Einsatz und letzter Not habe im Multiplexkino N. _____ per 22. März 2007 der Projektionsraum der Kinosäle 3–9 fertig gestellt werden können. Die Arbeiten verschiedener Arbeitsgattungen im Projektionsraum der Kinosäle 1+2, auch diejenigen der Klägerin, hätten dafür zurückgestellt werden müssen. Es habe dort einen Baustopp gegeben zu Gunsten der anderen Projektionsräume. Am tt. März 2007 habe die Eröffnung des Multiplexkinos stattgefunden, jedoch ohne dass die beiden Kinosäle 1+2 und deren Projektionsraum betriebsbereit gewesen seien. Am tt. März 2007 sei der Projektionsraum der Kinosäle 1+2 soweit fortgeschritten gewesen, dass dort wenigstens ein provisorischer Betrieb habe aufgenommen werden können. Die Lüftungsrohre hätten damals noch irgendwo in diesem Projektionsraum geendet. Die Lüftung habe schon funktioniert, sei aber noch

nicht fertig gestellt und die Projektoren noch nicht angeschlossen gewesen (act. 12 S. 4 f.). Auch nach dem tt. März 2007 habe die definitive Fertigstellung des Projektionsraums der Kinosäle 1+2 gestoppt bleiben müssen. Durch den Vollbetrieb der Kinos 3–9 habe die Bauherrschaft festgestellt gehabt, dass die Raumtemperatur mangels Umluftkühlung, wie dies von der Klägerin prognostiziert und mehrfach sowohl gegenüber den Beklagten und der O'._____ abgemahnt worden sei, zu warm geworden sei. Seitens der Bauherrschaft sei deshalb der Ausbaustandard des Projektionsraums der Kinos 1+2 nach dem tt. März 2007 nochmals diskutiert worden. Es habe sich dabei um die erneute Diskussion gehandelt, ob nicht doch der von der Klägerin mehrfach und dringend empfohlene Umluftkühler im Projektionsraum der Kinos 1+2 eingebaut werden solle. Zudem habe die Bauherrschaft diskutiert, ob im Projektionsraum der Kinosäle 1+2 zusätzlich eine abgehängte Decke mit Akustikfunktion analog dem Ausbaustandard des Projektionsraums der Kinosäle 3–9 hätte montiert werden sollen. Die Klägerin habe ausdrücklich Weisung bekommen, die provisorisch bestehende Lüftung im Projektionsraum der Säle 1+2 so zu belassen und erst nach dem Entscheid der Bauherrschaft über die wieder neu aufgenommene Planungsdiskussion fertig zu stellen und die Projektoren definitiv anzuschliessen. Die Fertigstellungsarbeiten der Klägerin seien ohne Verschulden der Klägerin während längerer Zeit von der Bauherrschaft blockiert worden (act. 12 S. 5 f.).

2.3.1.2. Beklagliche Darstellung

Die Beklagten bestreiten, dass es wegen Planungsdiskussionen einen Baustopp gegeben habe. Die Lüftungsrohre hätten schon bei Aufnahme des Kinobetriebs am tt. März 2007 – bei welchem es sich nicht bloss um einen provisorischen gehandelt habe – nicht irgendwo im Projektionsraum geendet, sondern seien bis über die Projektoren geführt worden, hätten aber wegen mangelnder Lüftungsleistung nicht angeschlossen werden können. Auch nach dem 26. April 2007 seien die Projektoren nicht an die Lüftung angeschlossen gewesen. Diskussionen habe es gegeben, aber lediglich darüber, wie zusätzlich gekühlt werden könnte. Das habe nichts mit der Installation der Lüftungsrohre zu tun gehabt (act. 17 S. 8).

2.3.1.3. Würdigung

Falls der Klägerin der direkte Beweis für ihre Arbeiten am 26. April 2007 nicht gelingen sollte, sind der behauptete Baustopp sowie der Zustand des Lüftungsanschlusses Ende März 2007 Indizien für allfällige spätere Arbeiten der Klägerin, weshalb der Klägerin der Hauptbeweis dafür auferlegt wurde, dass Ende März 2007 betreffend den Anschluss der Projektoren an die Lüftung im Projektionsraum der Kinosäle 1+2 von der Bauherrschaft ein Baustopp angeordnet wurde; sowie dass am tt. März 2007 die Lüftungsrohre im Projektionsraum der Kinosäle 1+2 nicht angeschlossen waren, sondern noch irgendwo in diesem Projektionsraum endeten (act. 25 S. 2). Den Beklagten wurde der Gegenbeweis dafür offen gestellt, dass die Lüftungsrohre im Projektionsraum der Kinosäle 1+2 am tt. März 2007 nicht irgendwo im Projektionsraum endeten, sondern bis über die Projektoren geführt worden waren, aber wegen mangelnder Lüftungsleistung nicht angeschlossen werden konnten (act. 25 S. 3).

2.3.2. Aufforderung zur Fertigstellung durch F. _____ am 24. April 2007

2.3.2.1. Klägerische Darstellung

Der Klägerin sei am 24. April 2007 mitgeteilt worden, dass die Bauherrschaft nunmehr über die Ausführung entschieden habe. Die Umluftkühlung sei abgelehnt worden. Die F. _____ habe sie deshalb aufgefordert, die Lüftungsarbeiten gemäss Werkvertrag raschmöglichst abzuschliessen und die Lüftung definitiv an die Projektoren der Kinosäle 1+2 anzuschliessen. Noch am selben Tag habe die Klägerin ihren Chefmonteur U. _____ kurzfristig für die Fertigstellungsarbeiten an der Lüftung im Projektionsraum auf Donnerstag, 26. April 2007, eingeteilt (act. 12 S. 7).

2.3.2.2. Beklagliche Darstellung

Die Beklagten bestreiten die klägerische Darstellung (act. 17 S. 6).

2.3.2.3. Würdigung

Sollte der Klägerin der direkte Beweis für die von ihr behaupteten Arbeiten nicht gelingen, so wären die Ereignisse vom 24. April 2007 ebenfalls ein Indiz für die

klägerischen Arbeiten, weshalb der Klägerin der Hauptbeweis dafür auferlegt wurde, dass die Klägerin am 24. April 2007 von der F. _____ aufgefordert wurde, die Lüftungsarbeiten gemäss Werkvertrag raschmöglichst abzuschliessen und die Lüftung definitiv an die Projektoren der Kinosäle 1+2 anzuschliessen; sowie dass die Klägerin am 24. April 2007 ihren Chefmonteur U. _____ kurzfristig für die Fertigstellungsarbeiten an der Lüftung im Projektionsraum der Kinosäle 1+2 auf Donnerstag, 26. April 2007, einteilte (act. 25 S. 2 f.).

2.3.3. Materialbestellung per Fax am 24. April 2007

2.3.3.1. Klägerische Darstellung

Mit Fax vom 24. April 2007 habe der Projektleiter der Klägerin, W. _____, im Lager die Bereitstellung des Materials, welches für die ausstehenden Fertigungsarbeiten, nämlich den Anschluss der Lüftung an die Projektoren im Projektionsraum der Kinos 1+2, gebraucht worden sei, bestellt. Diese Materialbestellung sei von Projektleiter W. _____ mit dem Hinweis versehen worden: „U. _____ soll alles am Do-Morgen mitnehmen“ (act. 12 S. 7). Um nach dem mehrwöchigen Baustopp zu verhindern, dass die Monteure infolge falschem oder zu wenig Material ihre Arbeiten nicht an einem Tag vollständig hätten erledigen können, zumal die Distanz AF. _____ – I. _____ erheblich sei und die Bauherrschaft am 24. April 2007 auf sofortige Fertigstellung gedrängt habe, habe W. _____ für den Kinoausbau genügend Material in verschiedenen Dimensionen bestellt, damit die Monteure ausgerüstet gewesen seien. Es sei dann nicht alles den Monteuren am 26. April 2007 mitgegebene Material verbraucht worden (act. 22 S. 16).

2.3.3.2. Beklagtische Darstellung

Die Beklagten bestreiten die „Dokumenten- und Zeitechtheit“ der von der Klägerin ins Recht gelegten Fax-Mitteilung (act. 13/85) von W. _____ ans Lager der Klägerin, mit welcher das Material zur Montage bei der O'. _____ für den 26. April 2007 bestellt worden sei. Bezeichnenderweise liege weder ein Faxbeleg noch ein Auslieferungsschein vor. Es sei völlig ausgeschlossen, dass der Monteur U. _____ dieses Material am 26. April 2007 eingebaut habe (act. 17 S. 7).

2.3.3.3. Würdigung

Auch dabei handelt es sich um ein Indiz für die von der Klägerin behaupteten Arbeiten, weshalb der Klägerin der Hauptbeweis dafür auferlegt wurde, dass der Projektleiter der Klägerin, W._____, mit Fax vom 24. April 2007 im Lager der Klägerin die Bereitstellung des Materials, welches für den Anschluss der Lüftung an die Projektoren im Projektionsraum der Kinos 1+2, gebraucht worden sei, bestellte (act. 25 S. 3).

2.3.4. Materialabholung am 25. April 2007

2.3.4.1. Klägerische Darstellung

Das am 24. April 2007 bestellte Material sei von Monteur U._____ am Abend des 25. April 2007 im Lager der Klägerin in AF._____ abgeholt worden. Dieser habe somit am Morgen des 26. April 2007 direkt losfahren können (act. 22 S. 17).

2.3.4.2. Beklagliche Darstellung

Die Beklagten bestreiten dies (act. 17 S. 12).

2.3.4.3. Würdigung

Auch dies ist ein Indiz für die von der Klägerin behaupteten Arbeiten und der Klägerin wurde daher der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass Monteur U._____ am Abend des 25. April 2007 im Lager der Klägerin in AF._____ das am 24. April 2007 bestellte Material abholte (act. 25 S. 3).

2.3.5. Zugang der Monteure zum Projektionsraum am 26. April 2007

2.3.5.1. Klägerische Darstellung

Da die Kinolandschaft erst rund zwei bis drei Monate nach der feierlichen Eröffnung am tt. März 2007 einigermaßen fertig gestellt worden sei, hätten die Räumlichkeiten während der Fertigstellungsarbeiten ausserhalb der Kinozeiten für die Unternehmer selbstverständlich zugänglich sein müssen. Chefmonteur U._____

und B-Monteur V. _____ hätten am Morgen des 26. Aprils 2007 das Foyer der Kinolandschaft geöffnet vorgefunden. Der Elektriker sei an jenem Morgen ebenfalls dort am Arbeiten gewesen. Der Schlüssel des Projektionsraums sei ihnen rasch beigebracht worden. Als die Monteure das Material abgeladen hätten, hätten sie mehr oder weniger sofort mit den Fertigstellungsarbeiten im Projektionsraum beginnen können. Gegen ca. 11 Uhr seien die Projektoren an die Lüftung im Projektionsraum der Kinosäle 1+2 angeschlossen gewesen, da die Klägerin und die weiteren Unternehmer die strikte Weisung gehabt hätten, den Kinobetrieb in keiner Art und Weise durch ihre Arbeiten zu stören. Deshalb seien die Monteure der Klägerin bis um ca. 11 Uhr mit den Arbeiten fertig gewesen und hätten alle Spuren ihrer Arbeit sauber weggeräumt gehabt, was W. _____ der Klägerin kontrolliert habe (act. 22 S. 13 f.).

2.3.5.2. Beklagtische Darstellung

Die Beklagten machen geltend, dass das Kino am 26. April 2007 vor 8.00 Uhr für niemanden zugänglich gewesen sei, und dass ab 11.00 Uhr verschiedene Personen den Projektionsraum der Kinosäle 1+2 betreten hätten, welche keine Personen der Klägerin angetroffen und keine Spuren der behaupteten Montage wahrgenommen hätten. In dieser kurzen Zeit hätten die behaupteten Montagen nicht ausgeführt werden können (act. 17 S. 7).

2.3.5.3. Würdigung

Die Beklagten bestreiten nicht, dass die Monteure der Klägerin zumindest zwischen 8.00 und 11.00 Uhr am Morgen des 26. April 2009 Zugang zum Projektionsraum der Kinosäle 1+2 gehabt hätten, sie bestreiten jedoch, dass die behaupteten Arbeiten in lediglich drei Stunden zwischen 8.00 Uhr und 11.00 Uhr ausgeführt werden konnten. Den Beklagten wurde daher der Gegenbeweis dafür offen gestellt, dass die klägerischen Monteure am Morgen des 26. April 2007 in lediglich drei Stunden die Projektoren im Projektionsraum der Kinosäle 1+2 nicht an die Lüftung anschliessen konnten (act. 25 S. 2).

2.4. Beweiswürdigung

2.4.1. Hauptbeweis der Klägerin zu Beweissatz 1

Mit Beweissatz 1 wurde der Klägerin der direkte Hauptbeweis dafür auferlegt, dass die klägerischen Monteure U._____ und V._____ am Morgen des 26. April 2007 vor 11.00 Uhr die Projektoren im Projektionsraum der Kinosäle 1+2 der O'._____ AA._____ an die Lüftung anschlossen (act. 25 S. 2).

2.4.1.1. Zeitnahe und aussagekräftige Urkunden der Klägerin zu Beweissatz 1

Zu ihrem Hauptbeweis zu Beweissatz 1 nannte die Klägerin unter anderem die folgenden zeitnahen und aussagekräftigen Dokumente:

- act. 3/78: Mit handschriftlichem Schreiben, datiert mit 20. Juli 2007, bestätigte U._____, dass er am 26. April 2007 im Projektionsraum der Kinosäle 1+2 die Projektoren an die Lüftung angeschlossen habe.

- act. 3/79: Auf dem vorgedruckten Stundenrapport von U._____ für die Kalenderwoche 17, vom 23. bis 26. April 2007, welcher das Logo der Klägerin trägt, findet sich unter dem Donnerstag, 26. April, ein handschriftlicher Eintrag für das Objekt N._____, ausgeführte Arbeiten "Montage", mit insgesamt zehn Stunden sowie CHF 18.– Spesen. Für die vorangehenden Wochentage finden sich handschriftliche Einträge zum Objekt "... " für Montage, mit je neun Stunden sowie je CHF 18.– Spesen. Auf dem Rapport wurde gestempelt "GEBUCHT 01. Mai 2007". Auch wurde ein Total von 37 Stunden und CHF 72.– aufgeschrieben.

- act. 3/82: Mit Schreiben vom 6. September 2007 bestätigte AG._____ auf dem Briefpapier der F._____ AG gegenüber der Klägerin auf deren telefonische Anfrage hin im letzten Absatz: "Nachdem diverse Entscheidungen getroffen worden waren, konnten die Anschlüsse der Projektoren gemäss Werkvertrag am 24. April 2007 freigegeben werden. Die Montage erfolgte gemäss Absprache 2 Tage später, im Beisein von unserem Herrn AD._____, am Donnerstag den 26. April 2007."

- act. 3/83: Mit Schreiben vom 12. September 2007 auf dem Briefpapier der F._____ AG nahm AG._____ Bezug auf sein Schreiben vom 6. September 2007 (act. 3/32), schilderte nochmals genauer den Hergang und bestätigte im letzten Absatz: "Der Entscheid wurde der Firma A._____ am 24. April 2007 telefonisch mitgeteilt, mit der Bitte, die Lüftungsarbeiten gemäss Werkvertrag raschmöglichst fertigzustellen. Die Montage erfolgte dann am Donnerstag den 26. April 2007."

- act. 9/21: Bei diesem Aktorum handelt es sich um eine Sammelbeilage, bestehend aus den Arbeitsrapporten der Kalenderwochen 08 bis 18 des Jahres 2007 des klägerischen Monteurs U._____. Darunter befindet sich auch derjenige der Kalenderwoche 17, welcher bereits oben erwähnt wurde (act. 3/79). Aus der Sammelbeilage ist ersichtlich, dass die Stundenrapporte alle im gleichen Stil verfasst sind und am Eintrag betreffend N._____ vom 26. April 2007 nichts Aussergewöhnliches auffällt im Vergleich zu den anderen Einträgen.

- act. 13/85: Dabei handelt sich um eine Fax-Mitteilung von W._____ auf dem Briefpapier der Klägerin betreffend die Bestellung von Material mit dem Hinweis, dass U._____ dieses am Donnerstag Morgen mitnehmen solle. Die Fax-Mitteilung datiert vom 24. April 2007, ist handschriftlich ausgefüllt, nicht jedoch handschriftlich unterzeichnet, richtet sich an AH._____ und führt als Objekt den O'._____ Filmpalast N._____ I._____ auf.

- act. 13/86, 13/87, 13/88 und 13/89: Act. 13/86 enthält den Emailverkehr zwischen W._____ der Klägerin, AD._____ und AB._____. Die drei Herren verabreden sich zu einer Besprechung betreffend Popcornküche am 26. April 2007 im N._____. Act. 13/87 enthält den Kalendereintrag betreffend N._____ Popcorn am 26. April 2007. Act. 13/88 ist der Wochenrapport von W._____ der Klägerin für die Kalenderwoche 17 des Jahres 2007 und führt am 26. April 2007 7,25 Arbeitsstunden im N._____ auf.

- act. 13/87: Dabei handelt sich um ein handschriftliches Kurzprotokoll auf dem Briefpapier der Klägerin vom 26. April 2007 betreffend N._____ I._____ Popcorn. Als Teilnehmer aufgeführt sind AB._____, U._____, W._____ und AD._____.

- act. 23/90: Dabei handelt es sich um eine Fax-Sendebestätigung betreffend die oben erwähnte Faxmitteilung vom 24. April 2007 (act. 13/85).

- act. 23/91: Dabei handelt es sich um den Stundenrapport von V._____ für die Kalenderwoche 17 im Jahr 2007. Für den Donnerstag, 26. April 2007 sind zehneinviertel Stunden Montage im N._____ eingetragen.

- act. 32/95: Dabei handelt es sich um einen Materialauszug auf dem Papier der Klägerin mit deren Logo, datierend vom 24. April 2007, visiert mit "AH._____" für das Objekt N._____ I._____, worin handschriftlich die oben erwähnten bestellten Materialien (vgl. act. 13/85) aufgeführt sind sowie der Hinweis " * LT = 26.04.07 *" angebracht ist. Zudem ist W._____ als Sachbearbeiter aufgeführt.

Die weiteren von der Klägerin zum Beweissatz 1 offerierten Dokumente sind entweder nicht zeitnah oder unterstützen den Hauptbeweis nicht wesentlich. Es befinden sich darunter jedoch keine Dokumente, welche im Widerspruch zu Beweissatz 1 stehen würden.

2.4.1.2. Aussagen der direkt involvierten Zeugen

2.4.1.2.1. Zeuge U._____

U._____, Monteur der Klägerin, bestätigte, dass es sich bei act. 3/79, Arbeitsrapport der Kalenderwoche 17 im Jahr 2007 (s. oben) um eine Kopie des Originals handle (Prot. S. 47). Den Block mit den Originalrapporten reichte er anlässlich der Zeugeneinvernahme als act. 70 ins Recht. Er erklärte, dass er noch ganz genau wisse, dass er damals am 26. April 2007 die Projektoren in den Kinos 1 und 2 angeschlossen habe (Prot. S. 48). Zudem habe er noch irgendwo ein Gitter eingesetzt, vielleicht sei das im Kiosk gewesen (Prot. S. 49). Die Arbeiten habe er mit V._____ ausgeführt, den Auftrag habe er von W._____ erhalten. Für den Anschluss der Projektoren hätten sie schätzungsweise einen halben Tag benötigt. V._____ und er hätten früh begonnen, um 9.00 Uhr oder schon um 8.00 Uhr. W._____ sei auch noch dort gewesen (Prot. S. 49 f.). U._____ konnte sich nicht mehr erinnern, ob die Arbeiten wegen des Kinobetriebs um 11.00 Uhr beendet sein mussten. Es sei schon möglich, dass so etwas gesagt worden sei. Er glaube,

sie seien sowieso am Vormittag fertig gewesen, da sie extra früh gefahren seien (Prot. S. 50). U._____ wusste nicht mehr, wann der Auftrag, die Lüftungsarbeiten abzuschliessen, gekommen sei, es sei sicher ein paar Tage früher gewesen, da sie noch das Werkzeug von der anderen Baustelle hätten zusammenpacken müssen. Sie seien sicher ein oder zwei Tage vorher aufgeboden worden. W._____ habe bestimmt, welches und wie viel Material habe mitgenommen werden müssen. Der Zeuge U._____ konnte sich nicht mehr erinnern, ob die Rohre noch im N._____ waren, oder ob W._____ das habe anliefern lassen. Möglicherweise hätten V._____ und er das Material auch in AF._____ abholen müssen (Prot. S. 54 f.). V._____ habe er vom Betrieb aus mitgenommen, sie seien mit dem Betriebsauto gefahren (Prot. S. 61). Das Material hätten sie entweder am Morgen oder am Abend davor geladen (Prot. S. 62 f.).

2.4.1.2.2. Zeuge V._____

V._____, Monteur der Klägerin, konnte sich spontan nicht mehr daran erinnern, was seine letzte Arbeit im N._____ war. Er bestätigte jedoch, dass wenn in seinem Stundenrapport (act. 23/91) am 26. April 10,25 Stunden für N._____ stunden, das auch so gewesen sei, und er bestätigte auf Vorhalt, dass er das so eingetragen habe. Er sagte, er sei mit U._____ nach I._____ gefahren, meinte aber, er sei am Morgen des 26. in Al._____ gewesen und habe dann sofort nach I._____ fahren müssen, auch U._____ sei am Morgen in Al._____ gewesen (Prot. S. 69 f.). Zur Frage nach der konkreten Arbeit im N._____ meinte der Zeuge V._____, U._____ und er hätten irgendwie einen Projektor an die Lüftung anschliessen müssen, und zwar nur in einem Vorführraum, nicht in mehreren (Prot. S. 71). Er bestätigte, kurzfristig für diese Arbeit eingeteilt worden zu sein, meinte aber, dies erst am 26. April erfahren zu haben, als sie bereits in Al._____ gewesen seien (Prot. S. 73). An diverse weitere Details, zu denen er befragt wurde, konnte er sich nicht mehr erinnern.

Der Zeuge U._____ wurde daraufhin nochmals zur neuen Version, dass sie zuerst in Al._____ gewesen seien, befragt. Er meinte, V._____ habe etwas verwechselt, sie seien direkt nach I._____ gefahren und extra früher weggefahren (Prot. S. 76 f.).

2.4.1.2.3. Zeuge W.

W._____, Filialleiter der Klägerin, hatte sich auf seine Zeugeneinvernahme vorbereitet, indem er die schriftlichen Akten nochmals durchgesehen habe, um sich die Ereignisse nochmals in Erinnerung zu rufen, da schon vier Jahre vergangen gewesen seien (Prot. S. 78). Er bestätigte, dass Monteur U.____ und sein Helfer am 26. April 2007 die Projektoren der Kinos 1+2 an die Lüftung angeschlossen hätten. Wer dieser Helfer war, wusste er nicht mehr. Er habe den Einsatz vom 26. April organisiert gehabt. Die F.____ habe die Anweisung erteilt, die beiden Anschlüsse für die Projektoren in den Kinos 1+2 sofort analog dem Projektionsraum, welcher schon in Betrieb gewesen sei, fertig zu machen. Entweder Herr AG.____ oder Herr AD.____ von der F.____ hätten diesen Auftrag telefonisch gegeben. Die Lüftungsrohre seien so weit installiert worden, dass man die Anschlüsse habe fertig stellen können, wenn die Projektoren auch definitiv ausgerichtet seien. Die Rohre seien in die Nähe geführt worden und hätten irgendwo im Projektionsraum geendet, seien aber nicht fertig, das heiße bei den Projektoren, gewesen. Die Kinos 1+2 seien am 26. April bereits in Betrieb gewesen, allerdings erst ab 11.00 Uhr. Es sei ihnen ganz klar gesagt worden, dass sie morgens beginnen sollten und bis um 11.00 Uhr fertig sein müssten. Der Anschluss habe 2,5 bis 3 Stunden gedauert. Er müsse davon ausgehen, dass die Monteure um ca. 8.00 Uhr dort gewesen seien, er wisse es aber nicht, da er, was er anhand seines Parktickets ersehe, erst etwa um 9.15 Uhr im Parkhaus eingetroffen sei und spätestens um ca. 9.30 Uhr am Platz gewesen sei. Den Gehilfen habe er nicht gesehen. Er habe Monteur U.____ gesehen. Er wisse aber, dass der Gehilfe von Monteur U.____ auch da gewesen sei, da sie eine Besprechung gehabt hätten. Da habe er Monteur U.____ teilweise wieder aus der Montage herausnehmen müssen, sein Helfer habe aber natürlich weiter arbeiten können. Am selben Tag hätten sie noch ein Gitter im AE.____ im ersten Obergeschoss montieren müssen und noch kleine unwesentliche Mängel fertig gestellt. Auch hätten sie in den WC Anlagen noch ein einzelnes Ventil angepasst und wahrscheinlich seien sie noch in der Technikzentrale des Grundausbaus gewesen. Vor Ort hätten sie auch noch eine Besprechung mit Herrn AB.____ und Herrn AD.____ betreffend Pop-

corn-Küche gehabt, da dort die Lüftung nicht richtig funktioniert habe. Monteur U._____ habe auch teilweise an dieser Besprechung teilgenommen.

Weiter sagte der Zeuge W._____ aus, es habe Ende März 2007 betreffend Lüftung einen Baustopp gegeben. Die Kinos 1+2 hätten aus baulichen Gegebenheiten nicht in Betrieb gehen können. Wenn die Kinos nicht bereit seien, könnten die Projektoren nicht ausgerichtet werden. Wenn die Projektoren nicht ausgerichtet werden könnten, könne die Lüftung nicht fertig angeschlossen werden. Darum seien sie von F._____ aufgefordert worden, zu warten, weil man im Moment nichts habe machen können. Sie würden Bescheid erhalten, wenn sie die Lüftung anhängen könnten. Zwischenzeitlich sei dann auch noch der Projektionsraum für die restlichen Kinos, der darüber liege, welcher viel zu warm gewesen sei, zur Diskussion gestanden. Es sei verschiedentlich diskutiert worden, was oben im kleinen Projektionsraum zu tun sei. Ihm sei dann telefonisch von F._____ mitgeteilt worden, dass es zu warm sei und dass sie die Rohre fertig anschliessen müssten. Der Anruf sei unerwartet und überraschend gekommen. Sie hätten sich nicht mehr genau vorbereiten können. Wenn er die Materialbestellung anschauete, seien einfach unterschiedliche Durchmesser enthalten und x Bögen, weil er nicht mehr gewusst habe, wie weit die Rohre geführt gewesen seien und was sie brauchen würden. Trotzdem hätten sie schnell reagieren müssen. Sie hätten das Material einfach in genügender Menge auf den Bau geliefert, damit es der Monteur zwei Tage später wirklich habe fertig machen können. Das Material sei im Hauptgeschäft bereit gestellt und von den Monteuren mitgenommen worden. Herr U._____ sei dann von AF._____ direkt nach I._____ gefahren. Auch W._____ meinte, dass der Zeuge V._____ allenfalls etwas verwechselt habe in Bezug auf seine Aussage, dass sie zuerst nach AI._____ gefahren seien. Er könne sich nur vorstellen, dass sie in AI._____ gearbeitet hätten und dann Herr AH._____ sie angerufen und angewiesen habe, dass sie am besagten 26. April ins N._____ gehen müssten. Das Material sei am 26. April direkt in AF._____ abgeholt und direkt nach I._____ gefahren worden. Dort sei sofort mit der Arbeit begonnen worden. Das Material habe er per Fax bei AH._____ bestellt gehabt, als am 24. April telefonisch die Aufhebung des Baustopps mitgeteilt worden sei. Er habe nicht

mehr gewusst, welche Durchmesser nötig gewesen seien. Zwei seien möglich gewesen, deshalb habe er beide mitgegeben (Prot. S. 78 ff.).

2.4.1.2.4. Zeuge AD.

AD._____, damals Projektleiter der F._____, bestätigte, dass in den Sälen 1+2 nach der offiziellen Eröffnung noch gearbeitet worden sei. Diese Arbeiten seien in Absprache mit der Bauherrschaft auf später verschoben worden. AD._____ schaute anlässlich der Zeugeneinvernahme in seine private Agenda. Am 26. April 2007 gebe es eine Notiz von ihm "...", das sei A._____, "Projektionsraum 1 und 2 teilweise Inbetriebnahme" und "Besprechung Entrauchung", das heisse, die Klägerin sei dann noch am Arbeiten gewesen (Prot. S. 100). Eine Kopie dieser Seite der Agenda wurde im Anschluss als act. 71 zu den Akten genommen, worauf sich der entsprechende Eintrag befindet. Zudem bestätigte AD._____, dass er am 26. April um 10.00 Uhr einen Termin mit Herrn W._____ gehabt habe betreffend Belüftung in den Logen der Kinos 4, 5, 7 und 8. Ob die Besprechung betreffend Popcornküche am gleichen Tag war, konnte er nicht mehr sagen (Prot. S. 101). Auf Ergänzungsfragen von RA Y._____ hin, bestätigte AD._____ nochmals, dass aufgrund seines Agendaeintrages sicher sei, dass die Klägerin am 26. April am Arbeiten war und die Lüftung in Betrieb genommen worden sei. Das Kino sei zuvor teilweise ohne Lüftung gelaufen. Auch bestätigte er, dass Monteur U._____ an der Besprechung betreffend Popcorn-Küche teilgenommen habe (Prot. S. 108).

2.4.1.2.5. Zeuge AG.

AG._____, Geschäftsführer und Verwaltungsratspräsident der F._____, bestätigte, dass die Projektoren im Laufe des Aprils angeschlossen wurden. Wenn er in seiner Bestätigung vom 6. September 2007 (act. 3/83) geschrieben habe, dass es am 26. April 2007 gewesen sei, dann sei das so gewesen. Seine Aussagen im Schreiben hätten ganz sicher auf seinen eigenen Wahrnehmungen beruht. Er könne sich daran erinnern, dass er selbst gesehen habe, wie die Monteure am Arbeiten gewesen seien (Prot. S. 112). In der weiteren Befragung konnte Zeuge AG._____ dann nicht mehr aus eigener Erinnerung sagen, ob der Anschluss der

Projektoren am 26. April gemacht wurde, er war aber sicher, dass am 26. April Monteure gearbeitet hatten (Prot. S. 113). Auf Vorhalt seines Schreibens vom 12. September 2007 (act. 3/83) bestätigte Zeuge AG._____ jedoch wiederum, dass er am 24. April grünes Licht für den definitiven Anschluss gegeben habe, dass er Ende April Herrn W._____ angerufen gehabt habe, damit etwas unternommen werde (Prot. S. 117 f.). Auch bestätigte AG._____, dass man davon ausgehen muss, dass die Projektoren im Kino 1+2 erst am 30. März fertig ausgerichtet waren (Prot. S. 123).

2.4.1.2.6. Zeuge AH._____

AH._____ bestätigte auf Vorhalt des entsprechenden Dokuments, dass der Materialauszug (act. 32/95) von ihm stamme. Das Kürzel "... " sei er. Es habe eine Faxbestellung von Herrn W._____ gegeben, welche er auf ihre Blätter umgeschrieben habe. AH._____ sagte, er wisse nur, dass das Material fürs Kino, für Anschlüsse war, mehr wisse er nicht. Das Material sei am 24. bestellt und am 26. geliefert worden, das sei übers Magazin gelaufen. Anhand der Mengen und Rohrlängen wisse er, dass das mit dem Monteur auf dem "Büssli" nach I._____ gekommen sei. Es seien 3 Meter Rohre gewesen, nicht 6 Meter wie üblich. Das mache man, damit man es mit dem "Büssli" mitnehmen könne (Prot. S. 170 f.). AH._____ bestätigte, dass er den Einsatzplan (act. 32/93) erstellt hatte, damals habe er das monatlich gemacht, heute wöchentlich. Er meinte, er hätte sicher erfahren, falls die Monteure U._____ und V._____ nicht wie geplant am 26. April 2007 ins N._____ gefahren wären. Auch wäre ihm nicht verborgen geblieben, wenn das Material nicht abgeholt worden wäre. Die Sternlein auf act. 32/95 seien nur zur Hervorhebung da, bedeuteten ansonsten nichts. LT = 26.4.07 bedeute Liefertermin am 26. April 2007, dass das Material dann habe bereit sein müssen (Prot. S. 172 ff.).

2.4.1.2.7. Zeuge AK._____

Der Zeuge AK._____, Inhaber der Einzelfirma AL._____, welcher Unterakkordant der Firma F._____ beim Bau der O'._____ war, bestätigte, dass er am 26. April 2007 12 Stunden Arbeit aufgeschrieben habe für die Inbetriebnahme. Er bestätig-

te, dass er die Fotos act. 30/1+2 sowie 3/84 am 26. April gemacht hatte. Der Projektor sei absichtlich nicht direkt ans Lüftungsrohr angeschlossen worden. Am 26. April, als er die Fotos gemacht habe, habe er keine Monteure der Klägerin gesehen. Er sei aber an verschiedenen Orten im N._____ gewesen, die Monteure der Klägerin könnten daher schon dort gewesen sein. Bei Inbetriebnahme der Kinno 1+2 am tt. März 2007 seien die Projektoren noch nicht definitiv montiert gewesen. Die Lüftungsrohre hätten demnach damals noch nicht heruntergezogen gewesen sein können. Das sei erst möglich, wenn die Projektoren definitiv stehen würden. Definitiv platziert worden seien die Projektoren von der ... Firma, welche die Projektoren geliefert habe. Man könne aber auch schon projizieren, wenn die Lüftung noch nicht über dem Lampenhaus sei, dann blase es einfach in die Kabine hinaus. AK._____ bestätigte, dass er den Arbeitsrapport von R._____ der ... Firma vom 30. März 2007 betreffend Arbeiten vom 28., 29. und 30. März 2007 unterzeichnete und dass der Arbeitsrapport stimme. Aufgrund der Arbeiten von R._____ an diesen Tagen ging Zeuge AK._____ davon aus, dass die Lüftungsrohre erst nach dem 30. März 2007, also erst im April angeschlossen bzw. heruntergeführt werden konnten (Prot. S. 186 ff.).

2.4.1.2.8. Zeuge R._____

R._____, Mitarbeiter der Firma AN._____ GmbH, sagte anlässlich seiner Befragung vor dem Amtsgericht München aus, dass es nach seinen Aufzeichnungen naheliegend sei, dass der Lüftungsbauer erst nach seinen Arbeiten am 30. März 2007 gekommen sei, um das Lüftungsrohr auf den Abluftstützen des Projektors herunterzuziehen (act. 77/4 S. 3).

2.4.1.3. Fazit

Die schriftlichen Stundenrapporte der Monteure U._____ (act. 3/79) und V._____ (act. 23/91) betreffend Arbeiten im N._____ am 26. April 2007, die Fax-Materialbestellung (13/85) mit Sendebestätigung (act. 23/90) vom 24. April 2007 sowie der Materialsauszug vom 24. April 2007 (act. 32/95) belegen die klägerischen Behauptungen, wonach die Monteure U._____ und V._____ am 26. April 2007 im N._____ arbeiteten. Aufgrund der bestellten Materialien ist auch davon

auszugehen, dass sie dabei die erst im Raum endenden Lüftungsrohre im Projektionsraum der Kinos 1+2 auf die Projektoren heruntergezogen hatten. Es liegen keinerlei Hinweise dafür vor, dass diese schriftlichen Beweismittel verfälscht oder erst nachträglich erstellt worden wären.

Die beiden Monteure der Klägerin, U._____ und V._____, bestätigten als Zeugen glaubhaft, dass sie am 26. April 2007 in einem Projektionsraum im N._____ die Projektoren an die Lüftung anschlossen. Alleine der Umstand, dass V._____, welcher sich ohnehin nicht an alle Details genau erinnern konnte, aussagte, sie seien am 26. April 2007 zuerst nach Al._____ gefahren und hätten erst dort erfahren, dass sie sofort ins N._____ müssten, ändert nichts an der Glaubhaftigkeit der Aussagen in Bezug auf die Arbeiten am 26. April 2007 im N._____, geht doch auch aus den Stundenrapporten der beiden Monteure hervor, dass sie in jener Woche von Montag bis Mittwoch auf einer Baustelle in Al._____ tätig waren. Auch W._____ von der Klägerin bestätigte als Zeuge, dass er am 26. April 2007 im N._____ zu einer Besprechung war, wobei auch Monteur U._____ kurz dazugestossen sei und seine Montage unterbrochen habe. W._____ bestätigte auch, dass er am 24. April 2007 aufgefordert worden sei, die Projektoren an die Lüftung anzuschliessen, woraufhin er gleichentags das Material bestellt und die Monteure U._____ und V._____ für den 26. April 2007 ins N._____ umteilen lassen habe. AH._____ der Klägerin bestätigte, die Fax-Materialbestellung von W._____ vom 24. April 2007 erhalten und auf seine Blätter umgeschrieben zu haben. AD._____ bestätigte als Zeuge, dass er am 26. April 2007 eine Besprechung mit W._____ gehabt habe und dass aufgrund seines Agendaeintrages sicher sei, dass die Klägerin am 26. April am Arbeiten gewesen sei und die Lüftung in Betrieb genommen worden sei. AG._____ bestätigte als Zeuge, dass die Aussagen in seinen Bestätigungsschreiben an die Klägerin vom 6. und 12. September zutreffen würden, dass er also am 24. April 2007 grünes Licht gegeben habe für den definitiven Anschluss und die Monteure der Klägerin diese Arbeit am 26. April 2007 ausgeführt hätten. R._____ sagte als Zeuge aus, dass es nach seinen Aufzeichnungen naheliegend sei, dass der Lüftungsbauer erst nach seinen Arbeiten vom 30. März 2007 gekommen sei, um die Lüftungsrohre hinunterzuführen. Auch AK._____ bestätigte als Zeuge, dass er den Arbeitsrapport von R._____ vom 28.,

29. und 30. März 2007 unterzeichnet hatte und dass dieser der Wahrheit entspreche. Aufgrund dieser Arbeiten von R. _____ ging Zeuge AK. _____ davon aus, dass die Lüftungsrohre erst im April 2007 heruntergezogen werden konnten.

Diese von der Klägerin angerufenen Zeugen untermauern die klägerischen Behauptungen gemäss Beweissatz 1. In den Aussagen der vorliegend nicht aufgeführten klägerischen Zeugen bzw. weiteren Aussagen der aufgeführten Zeugen finden sich keine Hinweise, welche die Behauptungen gemäss Beweissatz 1 in Frage stellen würden. Aufgrund der klägerischen Hauptbeweismittel ist damit zweifelsfrei erstellt, dass die klägerischen Monteure U. _____ und V. _____ am 26. April 2007 die Projektoren im Projektionsraum der Kinosäle 1+2 der O'. _____ AA. _____ an die Lüftung anschlossen. Der Hauptbeweis zu Beweissatz 1 ist damit erbracht. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Beklagten diesen Hauptbeweis mit ihren Gegenbeweismitteln zu erschüttern vermögen.

2.4.2. Gegenbeweis der Beklagten zu Beweissatz 1

2.4.2.1. Urkunden

- act. 3/21 und act. 13/85: Bei act. 3/21 handelt es sich um den Endplan Erdgeschoss (Revisionsplan) der Klägerin vom 19. November 2007. Die Beklagten führten dazu in ihrer Beweisantragungsschrift aus, im Abgleich zu act. 13/85 (Fax-Materialbestellung der Klägerin vom 24. April 2007) habe die Klägerin am 26. April 2007 nur je zwei Bögen angebracht, gemäss act. 13/85 indessen je sechs Bögen und noch je sechs Meter Lüftungsrohre. Zudem würden bei act. 13/85 keine Klappen figurieren (act. 29 S. 2). Dass mehr Material mitgenommen wurde als schliesslich gebraucht wurde, entspricht gesundem Menschenverstand. Auch wurde überzeugend vom Zeugen W. _____ ausgeführt, dass er lieber zu viel als zu wenig Material bestellte, damit die Monteure die Arbeit in einem Tag abschliessen konnten.

- act. 3/84, act. 30/1 und act. 30/2: Dabei handelt es sich um die Fotoaufnahmen des Projektionsraums der Kinos 1+2, aufgenommen von AK. _____ am 26. April 2007. Die Beklagten machen in ihrer Beweisantragungsschrift dazu geltend, dass

die Abluftrohre seit Eröffnung der Säle 1+2 bestanden hätten (act. 29 S. 2). Es ist unstreitig zwischen den Parteien, dass die Situation auf der Fotoaufnahme spätestens dem Zustand nach der Montage am Morgen des 26. April 2007 entsprach. Die Fotoaufnahmen vom 26. April 2007 können jedoch keinerlei Hinweise dafür liefern, dass die Situation schon vor dem 26. April 2007 so aussah.

- act. 9/10: Dabei handelt es sich um eine Liste betreffend Mängel und Pendenzen vom 12. April 2007 von AD._____. Die Beklagten weisen in ihrer Beweisantwortungsschrift darauf hin, dass von fehlenden Lüftungsrohren im Projektionsraum der Kinosäle 1+2 sowie von einem fehlenden Lüftungsgitter im AE._____ Shop nicht die Rede sei, obschon die Mängel und Pendenzen, welche die Klägerin betroffen hätten, auch hinsichtlich Lüftung in dieser Liste aufgeführt seien (act. 29 S. 1 f.). Es stellt sich die Frage, weshalb das Anschliessen der Projektoren an die Lüftung nicht auf dieser Pendenzenliste erscheint, sofern diese Arbeit tatsächlich noch ausstehend war. Wären sie zurückgestellt worden, um weitere Optionen für die Kühlung zu prüfen, so wäre aber verständlich, dass diese Arbeiten nicht auf der Pendenzen-/Mängelliste aufgeführt wurden, da noch gar nicht darüber entschieden worden war, was nun konkret gemacht werden sollte. In diesem Sinne vermag dieses Dokument die klägerischen Behauptungen nicht in Frage zu stellen.

- act. 9/15 S. 6: Dabei handelt es sich um das Gesuch der Klägerin um superprovisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts vom 24. Juli 2007. Die Beklagten verweisen in ihrer Beweisantwortungsschrift auf Seite 6 dieser Urkunde, wo die Klägerin geltend gemacht habe, Monteur U._____ habe am 26. April 2007 während 10 Stunden die Projektoren an die Lüftung angeschlossen, dass also nur Monteur U._____ erwähnt sei und während angeblich 10 Stunden sowie dass vom Lüftungsgitter keine Rede sei (act. 29 S. 2). Es trifft zu, dass diese Ausführungen im Gesuch um superprovisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht zu 100% mit der späteren Schilderung übereinstimmen. Es handelt sich aber nicht um Schilderungen, welche im Widerspruch zueinander stehen würden, sondern die Aussagen im superprovisorischen Gesuch sind lediglich allgemeiner gehalten als die späteren Ausführungen und schlossen nicht aus, dass

auch noch ein zusätzlicher Monteur dabei gewesen sein könnte oder auch noch eine zusätzliche Arbeit erledigt worden wäre. Einzig in Bezug auf die Dauer der Lüftungsmontage wurde zuerst die Gesamtzeit gemäss Stundenrapport von Monteur U._____ behauptet, später jedoch eine Korrektur im Sinne einer detaillierteren Schilderung vorgenommen.

- act. 9/16: Dabei handelt es sich um ein Schreiben von AK._____ an AO._____ vom 31. Juli 2007, worin bestätigt wurde, dass die Projektoren pünktlich zur Eröffnung der Kinos 3-9 am 22. März und die der Kinos 1+2 am 29. März fertig installiert und betriebsbereit gewesen seien. Auf Arbeiten betreffend Lüftung wird darin nicht Bezug genommen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern damit die klägerischen Behauptungen entkräftet werden sollen.

- act. 9/22: Mit dieser Fotoaufnahme weisen die Beklagten darauf hin, wie es aussehen solle, wenn ein Projektor an die Lüftung angeschlossen sei. Es ist unbestritten zwischen den Parteien, dass die Projektoren durch die Klägerin nie auf die auf dieser Fotoaufnahme gezeigte Art an die Lüftung angeschlossen wurden.

- act. 30/3: Dabei handelt es sich um eine Ausgabeliste für Schlüssel in Bezug auf AP._____. Die Beklagten machten in ihrer Beweisantragungsschrift geltend, dass diese belege, dass der Elektriker im fraglichen Zeitraum nur über einen Schlüssel zum Haupteingang verfügt habe, nicht aber zum Projektionsraum (act. 29 S. 2). Zwar wurde durch die diversen Zeugeneinvernahmen nicht restlos geklärt, ob der Projektionsraum der Kinosäle 1+2 im April grundsätzlich jeweils abgeschlossen wurde und falls ja, über wen die klägerischen Monteure am 26. April 2007 Zugang zum Projektionsraum erhielten, doch bestätigte Elektriker AP._____ als Zeuge, dass sie ein Kabellager im Projektionsraum der Kinosäle 1+2 gehabt hätten und dass sie in der Zeit um den 26. April 2007 nie Probleme gehabt hätten, zu diesem Material zu kommen (Prot. S. 281 f.). Auch verfügte AK._____, welcher am 26. April 2007 den ganzen Tag in der N._____ und insbesondere im Vorführraum 1+2 war, über einen Schlüssel (Zeugin AQ._____, Prot. S. 259).

Die von den Beklagten zum Gegenbeweis zu Beweissatz 1 angerufenen Urkunden liefern weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit wesentliche Anhaltspunkte, welche gegen die Behauptung der Klägerin sprechen würden.

2.4.2.2. Zeugen

2.4.2.2.1. Zeuge AD. _____

Wie bereits in Bezug auf die klägerischen Zeugen erwähnt, bestätigte AD. _____, dass in den Sälen 1+2 nach der offiziellen Eröffnung noch gearbeitet worden sei. Diese Arbeiten seien in Absprache mit der Bauherrschaft auf später verschoben worden. Aufgrund seines privaten Agendaeintrages am 26. April 2007 "... Projektionsraum 1 und 2 teilweise Inbetriebnahme" sei sicher, dass die Klägerin am 26. April am Arbeiten gewesen sei und die Lüftung in Betrieb genommen worden sei. Das Kino sei zuvor teilweise ohne Lüftung gelaufen. Auch bestätigte er, dass Monteur U. _____ an der Besprechung betreffend Popcorn-Küche teilgenommen habe (Prot. S. 108). Diese Zeugenaussagen sprechen für die klägerischen Behauptungen.

2.4.2.2.2. Zeuge AR. _____

Zeuge AR. _____ war Chefopérateur in der O'. _____. Er sagte aus, er meine, die Projektoren der Kinosäle 1+2 seien, als sie am tt. März in Betrieb genommen worden seien, angeschlossen gewesen (Prot. S. 127). Auf Vorhalt der Fotoaufnahmen von AK. _____ vom 26. April 2007 (act. 3/84, 30/1 und 30/2) sagte er, das sei der Ursprungszustand gewesen, so wie er sich erinnere. Es sei von Anfang an so gewesen, sicher seit dem tt. März. Auf die Frage, ob es so gewesen sei, dass die Röhren noch frei in den Raum geragt hätten und noch nicht runtergeführt worden seien, meinte er, es sei schwierig zu sagen, wie es effektiv gewesen sei. Er wisse noch, dass noch irgendwelche Rohre hätten gedreht werden müssen. Später habe es nochmals eine Installationsänderung gegeben, welche der Haustechniker gemacht habe. Er könne nicht mehr konkret sagen, wie es konkret ausgesehen habe. Er habe gemeint, dass die Installation ziemlich von Anfang an wie auf den Fotoaufnahmen ausgesehen habe. Er habe das so im Kopf, würde das

aber nicht beschwören. Er habe es so im Kopf gehabt, dass es eigentlich von Anfang an, also von Ende März weg, so ausgesehen habe. Er sei sich nicht mehr 100%ig sicher. Er sagte weiter aus, es wäre ihm aufgefallen, wenn die Rohre erst nach vier Wochen nach unten gezogen worden wären, man sei ja täglich mehrmals um diese Maschinen herum gewesen. Wenn man eine solche Installation hätte machen wollen und Staub produziert worden wäre, so hätte man Schutzmassnahmen für das Rack und den Projektor machen müssen. Er wisse, dass es solche Abdeckungsmassnahmen gegeben habe, er wisse aber nicht mehr, wann es gewesen sei. Eine Zeit lang hätten sie das machen müssen, als sie über Nacht die Teller hätten abdecken müssen. Er wisse nicht mehr, ob es gerade nach der Eröffnung oder ob es einige Monate später gewesen sei. Am 26. April habe er Einsatz gehabt, Dienstbeginn sei um 11.30 Uhr gewesen. Er habe einen Schlüssel für den Vorführraum gehabt. Er sei ca. 5 Minuten nach Dienstbeginn im Vorführraum gewesen. Er glaube nicht, dass jemand dort gewesen sei. Auf die Frage, ob er aufschliessen musste, antwortete der Zeuge AR._____, ja, das habe er ganz am Anfang immer machen müssen. Wenn nicht abgeschlossen gewesen wäre, wäre ihm das aufgefallen. Am Schluss seiner Einvernahme sagte der Zeuge AR._____, Herr AS._____ habe einen Schlüssel und damit überall Zugang gehabt. Er sei meistens ab 7 Uhr vor Ort gewesen (Prot. S. 125 ff.).

2.4.2.2.3. Zeuge AO._____

AO._____, Geschäftsleiter der O'._____, sagte als Zeuge aus, die Lüftung sei am tt. März 2007 im Vorführraum der Kinos 1+2 fertig gewesen, sonst hätten sie nicht spielen können. Auf Vorhalt der Fotoaufnahmen von AK._____ vom 26. April 2007, act. 3/84, 30/1 und 2, sagte er, so habe er es am tt. März gesehen. Ohne die Lüftung hätten sie nicht eröffnen können. Am 26. April 2007 habe er keine Mitarbeiter der Klägerin gesehen, er sei aber selbst auch nicht dort gewesen. Die Lüftung habe nach dem Projektor installiert werden müssen, weil sonst die Platzierung falsch gewesen wäre. Aber sie hätten ab dem tt. März gespielt, das könnten sie mit dem Kinoprogramm beweisen. Die Projektoren seien installiert worden und die Lüftung auch. Es sei komplett gewesen, das Rohr sei in der Wand und über dem Projektor gewesen (Prot. S. 135 ff.).

2.4.2.2.4. Zeuge AT.

AT._____, Mitaktionär und Verwaltungsrat der O'._____, sagte als Zeuge aus, er habe eine Kopie der Rechtsschriften und der Beweiseingabe von RA Y._____ erhalten. Auf Vorhalt der Fotoaufnahmen vom 26. April 2007 (act. 3/84, 30/1 und 2) meinte er, es habe wahrscheinlich schon am tt. März so ausgesehen, er sei sich aber nicht sicher, ob das schon etwas weiter oben aufgehört habe. Er denke, die Rohre hätten weiter oben aufgehört. Er habe andere Fotos gehabt. Er wisse es nicht 100%ig. Auf die Frage, wann die Lüftungsrohre runtergezogen worden seien und was die Klägerin gemacht habe, sagte er, er denke, dass sie ab dem tt. März gespielt hätten, aber eben ohne Kühlung, sprich Lüftung. Aber diese sei absolut notwendig gewesen. Sie hätten es erst später bemerkt, weil es im März noch kühl gewesen sei. Erst im April hätten sie den unhaltbaren Zustand bemerkt, dass das Personal bei 28 Grad habe arbeiten müssen. Man habe probiert, was die optimale Lösung sei, um es nachzulüften. Man habe aber A1._____ nicht mehr getraut, ob er dies machen könne. Es sei so offeriert gewesen, dass die Anlage hätte funktionsfähig sein sollen. Man habe dann in jenem Zeitpunkt keine zusätzliche Lüftung/Kühlung gemacht. Auf wiederholtes Nachfragen antwortete der Zeuge AT._____, dass er nicht wisse, wann die Rohre runtergezogen worden seien. Er denke, es sei früher gewesen, es könne aber auch am 26. April gewesen sein (Prot. S. 147 ff.).

2.4.2.2.5. Zeuge AU.

AU._____, in der fraglichen Zeit Delegierter des Verwaltungsrates der O._____ AG und massgeblich an dieser Aktiengesellschaft beteiligt, konnte aus eigener Wahrnehmung keine Angaben dazu machen, wann die Rohre im Vorführraum 1+2 wo geendet hatten bzw. wann sie heruntergezogen worden seien (Prot. S. 57 ff.).

2.4.2.2.6. Zeuge AV.

AV._____, Operateur in der O'._____ N._____ seit 1. April 2007, sagte auf Vorhalt der Fotoaufnahme vom 26. April 2007 (act. 3/84), er kenne es so und es sei

nach zwei bis drei Wochen später wieder demontiert worden. Da hätten sie dann gar keinen Anschluss gehabt und dann hätten sie irgendwann das Problem mit der Überhitzung gehabt. Er denke, der Vorführraum habe bei seinem Arbeitsantritt wie auf der Fotoaufnahme ausgesehen. Nachdem die Rohre demontiert worden seien, hätten die Rohre gerade beim Stutz geendet. Das sei erst nachher gefixt worden, als man diese Lösung gebraucht habe mit den Abzugshauben. Diese Lösung sei gekommen, als sie die ersten hohen Temperaturen gehabt hätten, das müsste im Sommer gewesen sein. Kurz nachdem er zu arbeiten begonnen habe, sei das demontiert worden. Er wisse nicht, wer das gemacht habe. Am 26. April 2007 habe er von 11.15 bis 16.30 Uhr gearbeitet und sei etwa schon eine Viertelstunde früher dort gewesen, er sei dann auf jeden Fall auch im Vorführraum 1+2 gewesen. Als Vorbereitung habe er alles aufgeschlossen. Er habe zu jenem Zeitpunkt jeden Abend und jeden Morgen ab- und aufgeschlossen. Am 25. und 26. April 2007 habe er keine Abdeckungsmassnahmen der Projektoren gesehen. Er wisse es nicht mehr, meine aber, am 26. April 2007 bei Arbeitsantritt keine Monteure arbeiten oder gerade den Vorführraum verlassen sehen (Prot. S. 243 ff.).

2.4.2.2.7. Zeugin AQ.

AQ._____, Assistentin der O._____, seit 1. März 2007, sagte als Zeugin aus, sie wisse nichts darüber, wann die Firma A._____, die letzten Arbeiten für die O._____, geleistet habe. Sie könne nichts dazu sagen, ob die Projektoren im Vorführraum 1+2 am 26. April 2007 angeschlossen worden seien. Sie sagte aus, ab dem 1. März seien die Türen immer geschlossen gewesen. Elektriker AP._____, habe einen Schlüssel für den Haupteingang erhalten, nicht aber für die Vorführräume. Die Projektionsräume seien ab Beginn des Kinobetriebes immer geschlossen gewesen. Herr AS._____, habe am 26. April 2007 noch keinen Schlüssel gehabt. Die Zeugin AQ._____, sagte aus, zu jenem Zeitpunkt, hätten unter anderem sie selbst, Herr AR._____, Herr AV._____, und Herr AK._____, einen Schlüssel gehabt (Prot. S. 252 ff.).

2.4.2.2.8. Zeuge AS.

AS._____, während der Bauphase Angestellter der AW._____, ab Sommer 07 Angestellter der O'._____, konnte keine Angaben dazu machen, wann die Projektoren an die Lüftung angeschlossen wurden. Er könne sich an eine Situation erinnern, als nur die horizontalen Leitungen dort gewesen seien. Irgendwann seien sie dann oben beim Lüftungsstutzen des Projektors gewesen, aber immer noch offen. Später sei es dann so gewesen, wie es jetzt sei. Der Zustand gemäss act. 3/85 habe etwa ein halbes Jahr gedauert. Wann die Rohre runtergezogen worden seien, könne er nicht sagen. AS._____ meinte, er habe im April 2007 einen Schlüssel gehabt, mit welchem er auch in die Projektionsräume gekommen sei. Er wisse nicht mehr, ob diese jeden Tag geschlossen gewesen seien. Auf Vorhalt der Schlüsselliste bestätigte der Zeuge AS._____, dass er erst am 4. Mai den Schlüssel von Herrn AAA._____ übernommen habe (Prot. S. 260 ff.).

2.4.2.3. Fazit

Der Zeuge AD._____ unterstützte - wie erwähnt - die Behauptungen der Klägerin. AT._____ und AU._____ konnten keine Angaben dazu machen, wann die Rohre heruntergezogen wurden. AT._____ dachte zwar, es sei vor dem 26. April 2007 gewesen, wusste es aber nicht mehr. Ebenfalls keine Angaben zum Zeitpunkt des Anschlusses der Projektoren an die Lüftung konnten die Zeugen AQ._____ und AS._____ machen. Sie konnten lediglich Aussagen dazu machen, wer wann einen Schlüssel hatte. Wie bereits oben erwähnt, bestätigten jedoch die Elektriker, dass sie jeweils zu ihrem Kabellager im Projektionsraum 1+2 kamen, und verfügte auch AK._____ über einen Schlüssel und war am 26. April 2007 im N._____ und im Vorführraum 1+2. Die offen gebliebene Frage der Zugangsmöglichkeit vermag daher den erbrachten Hauptbeweis der Klägerin nicht zu erschüttern.

Hingegen widersprachen die Zeugen AR._____, AO._____ und AV._____ den Behauptungen der Klägerin und meinten, die Projektoren seien schon mindestens ab dem tt. März 2007 an die Lüftung angeschlossen gewesen. AR._____ war sich jedoch nicht mehr 100%ig sicher. Er konnte sich auch erinnern, dass sie irgendwann Schutzmassnahmen jeweils über Nacht machen mussten, wusste aber

nicht mehr wann. Sowohl AR._____ als auch AV._____ hatten am 26. April 2007 Dienst und zwischen 11.00 und 11.30 Uhr mit ihrer Arbeit begonnen. Beide sagten aus, bei Arbeitsantritt jeweils und auch am 26. April 2007 den Vorführraum 1+2 aufgeschlossen zu haben. Sie hatten dabei keine Monteure der Klägerin gesehen. AO._____ sagte wiederholt aus, ab dem 29. März 2007 hätten sie in den Kinos 1+2 gespielt, das bedeute, dass es fertig gewesen sei und auch die Lüftung angeschlossen gewesen sei. Er habe am 29. März 2007 gesehen, dass die Lüftung angeschlossen gewesen sei.

Die Zeugen AR._____, AO._____ und AV._____ waren zwar regelmässig im Vorführraum und hatten mit den Projektoren zu tun. Einzig AO._____ war sich jedoch sicher, dass die Projektoren vor dem 26. April 2007 angeschlossen worden waren, ohne aber dazu weiter konkrete bzw. detaillierte Angaben machen zu können. Die Aussagen dieser drei Zeugen vermögen den Hauptbeweis der Klägerin, welcher auf aussagekräftigen Urkunden und präzisen Schilderungen von Zeugen beruht, nicht in Frage zu stellen.

2.4.3. Beweissatz 3

2.4.3.1. Urkunden

- act. 13/85: Der Fax-Materialbestellung der Klägerin vom 24. April 2007 (vgl. oben Ziff. 2.4.1.1) ist nicht zu entnehmen, wie viel Zeit die Anschlussarbeiten in Anspruch genommen haben könnten; wie dargelegt, kann im Übrigen aus der Menge mitgenommenen Materials nichts abgeleitet werden.

2.4.3.2. Zeugen

Die von der Beklagten zum Beweis angerufenen Zeugen AD._____, AK._____, AR._____, AO._____, AQ._____ und AS._____ vermochten zur Frage, ob es den klägerischen Monteuren in lediglich drei Stunden möglich gewesen wäre, die Projektoren im Projektionsraum der Kinosäle 1+2 an die Lüftung anzuschliessen, nichts beizutragen (vgl. Prot. S. 99 ff.; 186 ff.; 125 ff.; 135 ff.; 252 ff.; 260 ff.).

2.4.3.3. Gutachten

Beide Parteien offerierten als Beweis zu Beweissatz 3 ein Gutachten; die Abnahme dieses Beweismittels war mit Beschluss vom 4. September 2010 vorbehalten worden (act. 45 S. 23). Angesichts des übrigen Beweisergebnisses kann dessen Einholung allerdings unterbleiben. Verschiedene von der Klägerin zum Gegen-Gegenbeweis angerufene Zeugen bestätigten, dass der Anschluss der beiden Projektoren an die Lüftung zu zweit in rund drei Stunden bewältigt werden konnte. Dies erklärten nicht nur die mit der Klägerin direkt verbundenen Zeugen W._____, U._____ und A1._____ (Prot. S. 80; 49 f.; 318) sowie AAB._____ (Prot. S. 274), sondern auch die Zeugen R._____ (Bild- und Tontechniker, act. 77/4 S. 3), AAC._____ (Architekt und Projektleiter, Prot. S. 296), AAD._____ (Architekt und Planungsleiter, Prot. S. 289) und AP._____ (Elektriker, Prot. S. 281), die unabhängig von der Klägerin ebenfalls im Kinoausbau N._____ tätig gewesen waren. Selbst der am Prozessausgang (auf Seiten der Beklagten) interessierte Zeuge AU._____ sagte aus, Erkundigungen bei Fachleuten hätten ergeben, dass die Anschlüsse einen Zeitaufwand von glaublich etwa 7,5 Stunden, allerdings für eine Person allein, erfordert hätten (vgl. Prot. S. 158, 166). Unter diesen Umständen ist nicht ernsthaft damit zu rechnen, dass ein gerichtliches Gutachten zu einer wesentlich anderen Einschätzung des erforderlichen Zeitaufwandes führen würde. Festzuhalten ist vielmehr, dass der Beklagten der Gegenbeweis gemäss Beweissatz 3 nicht gelungen ist.

2.4.4. Ergebnis

Der Klägerin ist der Hauptbeweis dafür gelungen, dass die Monteure U._____ und V._____ am 26. April 2007 die Projektoren im Vorführraum der Kinos 1+2 an die Lüftung anschlossen. Dieser Hauptbeweis konnte durch die offerierten Gegenbeweismittel der Beklagten nicht umgestossen werden. Unter diesen Umständen erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit dem Ergebnis der Beweissätze 2 und 4 bis 10. Es ist davon auszugehen, dass die Dreimonatsfrist durch die Klägerin gewahrt wurde.

3. Höhe der Pfandsumme

3.1. Mieterbau

3.1.1. Einleitung

Vorliegend handelt es sich um einen Mieterbau. Es stellt sich daher die Rechtsfrage, ob der Handwerker des Mieters für seine Forderungen beim Vermieter / Grundeigentümer ein Pfandrecht eintragen kann und falls ja, in welcher Höhe.

Im Gegensatz zur seit 1. Januar 2012 geltenden Regelung (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) war nach dem alleinigen Wortlaut von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 aZGB der Unternehmer, der aufgrund eines Vertrags mit dem Mieter baut, nicht pfandberechtigt, weil er weder den Grundeigentümer noch einen Unternehmer zum Schuldner hat (Schuhmacher, a.a.O., N 906).

Das Bundesgericht legte jedoch im Grundsatzentscheid BGE 116 II 677 vom 20. Dezember 1990 fest, dass auch im Mieterbau grundsätzlich ein Anspruch auf ein Baupfand besteht, jedoch – im Unterschied zum normalen Bauhandwerkerpfandrecht – nur unter gewissen Voraussetzungen. So muss der Grundeigentümer den vom Mieter bestellten Bauarbeiten zugestimmt haben, und diese müssen infolge Akzession zu einer dauernden Vermehrung des Grundstückswertes geführt haben. Diese Wertvermehrung sei nach einem objektiven Massstab zu beurteilen, also danach, ob die in Frage stehenden Arbeiten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet seien, den Wert der betreffenden Liegenschaft zu erhöhen (BGE 116 II 677 ff.; Schumacher, a.a.O., N 907).

Am 23. November 2000 bestätigte das Bundesgericht in BGE 126 III 507 dieses Urteil. Das Bundesgericht verneinte aber ein Koordinationsbedürfnis mit dem Mietrecht. Während dieses in Art. 260a Abs. 3 OR einen erheblichen Mehrwert für einen Entschädigungsanspruch des Mieters voraussetzt, besteht der Baupfandanspruch unabhängig davon, ob der Mehrwert, den die ausgeführten Arbeiten geschaffen haben, erheblich sei oder nicht (Schumacher, a.a.O., N 908).

Es besteht demnach heute in Lehre und Rechtsprechung Einigkeit darüber, dass auch bei einem klassischen Mieterbau der Handwerker ein Recht auf Eintragung

eines Bauhandwerkerpfandrechts hat. Nachfolgend sind die einzelnen Voraussetzungen genauer zu prüfen.

3.1.2. Zustimmung der Grundeigentümer / Vermieter

Vorliegend ist unbestritten, dass der Mieterbau mit Zustimmung der Beklagten als Eigentümerinnen / Vermieterinnen erfolgte.

3.1.3. Mehrwert

3.1.3.1. Klägerischer Standpunkt

Die Klägerin macht geltend, sie habe einen grösseren Mehrwert geschaffen, als sie in Rechnung gestellt habe (act. 12 S. 26). Die Beklagten hätten in der Klageantwort anerkannt, dass die Klägerin im Rahmen des am 13. Februar 2007 vereinbarten Kostendachs von CHF 1'672'000.– zuzüglich Mehrwertsteuer einen Mehrwert geschaffen habe (act. 12 S. 15 f.). Bezüglich von den Beklagten geltend gemachter Mängel weist die Klägerin darauf hin, dass keinerlei Mängelrügen erhoben und solche von den Beklagten auch nicht behauptet worden seien (act. 12 S. 30). Gemäss klarem Recht müssten die Bauarbeiten, um bauhandwerkerpfandberechtigt zu sein, bloss geeignet sein, dem Baugrundstück einen Mehrwert zu verschaffen. Ein individueller oder objektiver Wertzuwachs sei keine Voraussetzung. Gemäss Art. 837 aZGB werde die Pfandsumme durch die vertragsgemässe Vergütungsforderung des Unternehmers bestimmt. Dieser Grundsatz habe auch bei Mieterausbauten Gültigkeit, in BGE 126 III 505 habe das Bundesgericht entschieden, dass auch bei Mieterausbauten die gesetzesmässige Festsetzung der Pfandsumme aufgrund der unbezahlt gebliebenen Vergütungsforderung des Unternehmers zu erfolgen habe (act. 22 S. 25).

3.1.3.2. Beklagtischer Standpunkt

Die Beklagten gehen in der Klageantwort davon aus, dass jedenfalls kein Mehrwert auf dem Grundstück geschaffen worden sei, der die pauschalen CHF 9.8 Mio. gemäss Vertrag vom 13. Februar 2007 übersteige, zu welchem das Gesamtwerk hätte abgeliefert werden müssen (act. 8 S. 13 und 15). An anderer Stelle in

der Klageantwort behaupten sie, dass aufgrund diverser Mängel, nicht mehrwertbildender Mehrwertsteuer und Margen der von der Klägerin geschaffene Mehrwert viel tiefer als von der Klägerin behauptet liege. Ein Mehrwert dürfe nicht einmal bei der Hälfte des gesamten Rechnungsbetrages der Klägerin anzusiedeln sein und sei durch die Teilzahlungen von CHF 877'032.75 vollständig abgegolten (act. 8 S. 61 ff.). Die Beklagten machen geltend, dass beim Mieterbau ein Bauhandwerkerpfandrecht lediglich im Umfang des vom Handwerker zu Gunsten des Grundeigentümers geschaffenen objektiven Mehrwerts im Sinne von Art. 672 ZGB eingetragen werden könne (act. 8 S. 16 ff.; act. 17 S. 15), und dass bezahlte Teilbeträge immer vom objektiv geschaffenen Mehrwert abgezogen werden müssten (act. 8 S. 29 ff.).

In der Duplik bestreiten die Beklagten, dass sie in der Klageantwort anerkannt hätten, dass die Klägerin einen Mehrwert in Rahmen ihres Anteils am Gesamtkostendach von CHF 9.8 Mio. geschaffen habe. Die beklagtischen Ausführungen seien dahingehend zu verstehen gewesen, dass möglicherweise als oberste Grenze ein solcher Gesamtmehrwert geschaffen worden sei, sicher sei dies jedoch nicht (act. 17 S. 17 f.). Auch in der Duplik machen die Beklagten verschiedenste Mängel geltend und behaupten, dass der objektiv geschaffene Mehrwert bei erheblichen Mängeln massiv unter der denkbaren Werklohnforderung liege (act. 17 S. 26 ff.). Zur Frage der Ausübung von Mängelrechten führen sie in der Duplik aus (act. 17 S. 28): „Da es um den objektiv geschaffenen Mehrwert geht, der durch bestehende Mängel tiefer anzusetzen ist, spielt die Frage von ausgeübten Mängelrechten an sich keine Rolle. Zudem ist ohnehin die SIA-Norm 118 anwendbar, was hinsichtlich Abnahme (Inbetriebnahme) und Mängelrügen erhebliche Erleichterungen bringt.“

3.1.3.3. Würdigung

Schumacher legt in der neuesten (3.) Auflage seines Kommentars zum Bauhandwerkerpfandrecht überzeugend dar, dass die Bauarbeiten beim Mieterbau bloss geeignet sein müssten, dem Baugrundstück einen Mehrwert zu verschaffen, um pfandberechtigt zu sein. Ein (individueller oder objektiver) Wertzuwachs sei keine Voraussetzung. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 aZGB werde die Pfand-

summe durch die vertragsgemässe Vergütungsforderung des Unternehmers bestimmt. Soweit das Bundesgericht den Pfandanspruch im Mieterbau von einer effektiven Wertvermehrung abhängig mache, stehe dies nicht im Einklang mit dem Gesetz. Das Bundesgericht habe jedoch bereits im Grundsatzurteil vom 20. Dezember 1990 eingeschränkt, die Wertvermehrung sei nach einem objektiven Massstab zu beurteilen, d.h. danach, ob die Bauarbeiten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet seien, den Wert der betreffenden Liegenschaft zu erhöhen. Von der blossen Eignung zur Wertvermehrung sei es nur noch ein kleiner Schritt bis zur Eignung der Wertvermehrung in Höhe der vertragsgemässen Vergütungsforderung. Im Urteil vom 23. November 2000 habe das Bundesgericht auch das Erfordernis der Eignung der konkreten Bauarbeiten zur Wertvermehrung bestätigt. Wörtlich habe es ausgeführt: „Das Obergericht hat den Mehrwert anhand der gesamten von der Klägerin ausgeführten Arbeiten als ihrer spezifischen Bauleistung bestimmt und die Pfandsumme in der Höhe des unbezahlt gebliebenen Forderungsbetrags festgesetzt. Gegen diese Vorgehensweise lässt sich nach dem soeben Gesagten nichts einwenden.“ Dies sei jedoch die gesetzesmässige Festsetzung der Pfandsumme aufgrund der unbezahlten Vergütungsforderung des Unternehmers. Somit könne er auch bezüglich dieser Anforderung die Übereinstimmung des Bundesgerichts mit dem Gesetz und mit seiner Ansicht erblicken (Schumacher, a.a.O., N 916). Auch im Mieterbau hänge der Pfandanspruch nur von den allgemeinen Voraussetzungen ab (Schumacher, a.a.O., N 913). Von diesem Verständnis der Rechtsprechung abzuweichen besteht heute umso weniger Anlass, als sie mit der Revision Aufnahme ins Gesetz gefunden hat (vgl. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB).

Dass die Arbeiten der Klägerin grundsätzlich geeignet waren, einen Mehrwert zu schaffen, wird von den Beklagten nicht bestritten. Da für die Höhe der Pfandsumme nicht ein konkreter Mehrwert, sondern die Höhe der unbezahlt gebliebenen Werklohnforderung massgebend ist, sind die von den Beklagten behaupteten Mängel nur insoweit relevant, als dass sie Auswirkungen auf die Werklohnforderung der Klägerin hätten. Ein verminderter Mehrwert aufgrund von Mängeln, welcher keine Auswirkungen auf die Werklohnforderung hat, vermag den Pfandanspruch der Klägerin hingegen nicht zu schmälern. Die Beklagten legten zum einen

nicht dar, dass und wann die einzelnen von ihnen geltend gemachten Mängel gerügt wurden. Zum anderen behaupteten sie nicht, dass bzw. wann der Klägerin Frist zur Verbesserung im Sinne von Art. 169 Abs. 1 SIA-118 angesetzt wurde und inwiefern die Klägerin diesen Aufforderungen nicht nachgekommen wäre. Sie führten denn in der Duplik auch aus, dass ihrer Ansicht nach die Ausübung von Mängelrechten vorliegend an sich keine Rolle spiele, da es um den objektiv geschaffenen Mehrwert gehe, welcher durch bestehende Mängel tiefer anzusetzen sei (act. 17 S. 28). Die Voraussetzungen einer Minderung im Sinne von Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2 SIA-118 (die Klägerin bestreitet die Vereinbarung der SIA-Norm 118 nicht, s. act. 22) wurden von den Beklagten damit nicht ansatzweise behauptet. Die offene Werklohnforderung der Klägerin wurde von den Beklagten nicht bestritten. Als Pfandsumme ist deshalb der unbezahlte Teil der behaupteten Werklohnforderung einzutragen, und es sind keine Abzüge aufgrund der von den Beklagten behaupteten Mängel zu berücksichtigen.

3.1.4. Verzugszinsen

Da es beim Mieterbau entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 8 S. 37 ff. und act. 17 S. 37) nicht nur um den objektiv geschaffenen Mehrwert geht, sondern bei grundsätzlicher Geeignetheit zur Wertvermehrung der Bauarbeiten die Werklohnforderung als Pfandsumme einzutragen ist, sind auch Verzugszinse dem Bauhandwerkerpfandrecht beim Mieterbau zugänglich und entsprechend einzutragen.

3.2. Beklagte als Quasi-Vertragsparteien

Die Behauptung der Klägerin, dass die Beklagten als Quasi-Vertragsparteien zu betrachten seien (act. 12 S. 18 ff.), kann vorliegend offen gelassen werden, da die Voraussetzungen des Bauhandwerkerpfandrechts im Mieterbau erfüllt sind und zur Eintragung der ganzen noch offenen Werklohnforderung samt Zinsen berechtigen.

4. Fazit

Die Klage ist demnach gutzuheissen, mit der Bemerkung, dass es einer separaten Feststellung der Pfandsumme entsprechend Rechtsbegehren Ziff. 1 nicht bedarf.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Beklagten unterliegen. Sie werden damit kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Der Streitwert beträgt CHF 795'470.30.

Das Bezirksgericht Zürich hatte im Verfahren um provisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts mit Verfügung vom 27. September 2007 die Kosten von CHF 9'548.– zu einem Viertel definitiv der Klägerin auferlegt. Die restlichen drei Viertel der Kosten wurden einstweilen ebenfalls der Klägerin auferlegt. Der endgültige Entscheid wurde jedoch dem Richter im ordentlichen Verfahren vorbehalten. Ebenso wurde die Regelung der Entschädigungsfolgen dem Richter im ordentlichen Verfahren vorbehalten, wobei davon Vormerk genommen wurde, dass sich die Klägerin bereit erklärt hatte, im Falle ihres definitiven Obsiegens auf einen Viertel der Prozessentschädigung zu verzichten. Für den Fall, dass die Klägerin die Frist zur Anhängigmachung des Prozesses beim ordentlichen Richter verpasst hätte, setzte das Bezirksgericht Zürich die Entschädigung an die Beklagten auf CHF 12'000.– fest (act. 3/1 S. 4 f.).

Ausgangsgemäss haben die Beklagten der Klägerin drei Viertel der Gerichtskosten des Verfahrens um provisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zu ersetzen, mithin CHF 7'161.–. Zudem sind sie zu verpflichten, der Klägerin für jenes Verfahren eine um einen Viertel gekürzte Prozessentschädigung zu bezahlen, wobei von der Prozessentschädigung von CHF 12'000.– auszugehen ist, welche das Bezirksgericht Zürich vorgesehen hatte, falls die Klägerin nicht prosequiert hätte, mithin CHF 9'000.–.

Demgemäss beschliesst das Gericht:

1. Von der Firmenänderung der Beklagten 4 wird Vormerk genommen; das Rubrum wurde entsprechend angepasst.
2. Vom Eintritt der E._____ AG (ehemals T._____) mit der Firmennummer ... als Beklagte 5 in den vorliegenden Prozess anstelle der E._____ AG mit der Firmennummer ... wird ebenfalls Vormerk genommen.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkennt sodann:

1. Das Grundbuchamt G._____ wird angewiesen, auf den nachfolgenden Miteigentumsanteilen des gemeinsamen Grundstücks Kat. Nr. WD..., GBBI. 1, H._____-Strasse 1, G._____, mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, Audienzrichteramt, vom 24. Juli 2007 für die Pfandsumme von insgesamt CHF 795'470.30 nebst 5% Zins seit 20.4.2007 auf CHF 505'573.25 sowie 5% Zins auf CHF 289'897.05 ab 23.7.2007 ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Klägerin wie folgt definitiv einzutragen:

- auf GbbI. Nr. 2 (165/1000), Alleineigentum der Beklagten 1, für die Pfandsumme von CHF 131'252.60 nebst 5% Zins seit 20.4.2007 auf CHF 83'419.60 sowie 5% Zins seit 23.7.2007 auf CHF 47'833.--;

- auf GbbI. Nr. 3 (116/1000), Alleineigentum der Beklagten 2, für die Pfandsumme von CHF 92'274.55 nebst 5% Zins seit 20.4.2007 auf CHF 58'646.50 sowie 5% Zins seit 23.7.2007 auf CHF 33'628.05;

- auf GbbI. Nr. 4 (129/1000), Alleineigentum der Beklagten 3, für die Pfandsumme von CHF 102'615.65 nebst 5% Zins seit 20.4.2007 auf CHF 65'218.95 sowie 5% Zins seit 23.7.2007 auf CHF 37'396.70;

- auf **GbbI. Nr. 5 (250/1000)**, **Alleineigentum der Beklagten 4**, für die Pfandsumme von CHF 198'867.55 nebst 5% Zins seit 20.4.2007 auf CHF 126'393.25 sowie 5% Zins seit 23.7.2007 auf CHF 72'474.30;

- auf **GbbI. Nr. 6 (98/1000)**, **Alleineigentum der Beklagten 4**, für die Pfandsumme von CHF 77'956.10 nebst 5% Zins seit 20.4.2007 auf CHF 49'546.20 sowie 5% Zins seit 23.7.2007 auf CHF 28'409.90;

- **GbbI. Nr. 7 (242/1000)**, **Alleineigentum der Beklagten 5**, für die Pfandsumme von CHF 192'503.80 nebst 5% Zins seit 24.4.2007 auf CHF 122'348.75 sowie 5 % Zins seit 23.7.2007 auf CHF 70'155.10.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 50'000.–.
3. Die Kosten werden den Beklagten unter solidarischer Haftung auferlegt.
4. Die Beklagten werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von CHF 55'000.– zu bezahlen.
5. Die Beklagten werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Klägerin drei Viertel der Kosten des Verfahrens betreffend vorläufige Eintragung (Geschäft Nr. ES070168, Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, Audienzrichteramt, vom 27. September 2007, Dispositivziffer 3) im Betrag von CHF 7'161.– zu bezahlen.
6. Die Beklagten werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Klägerin für das Verfahren betreffend vorläufige Eintragung (Geschäft Nr. ES070168, Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, Audienzrichteramt, vom 27. September 2007) eine Prozessentschädigung von CHF 9'000.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie nach Eintritt der Rechtskraft an das Grundbuchamt G._____.
8. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Be-

schwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden. Der Streitwert beträgt CHF 795'470.30.

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller

lic. iur. Zeno Schönmann