

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB200037-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiber MLaw H. Schinz

Beschluss vom 8. November 2021

in Sachen

A. _____ AG,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Verwaltungsratspräsident Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

1. ...

2. **B. _____,**

3. **C. _____,**

4. **D. _____,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

3, 4 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil im ordentlichen
Verfahren vom 16. Juni 2020 (CG190004-E)**

Erwägungen:

I.

1. Die E.____ AG (ehemalige Beklagte 1; Urk. 4/20) erstellte an der F.____-strasse in ... G.____ [Ortschaft] mehrere Einfamilienhäuser. Der Beklagte 2 erwarb das Grundstück mit dem Haus A und die Beklagten 3 und 4 das Grundstück mit dem Haus B. Die H.____ GmbH nahm den Aushub vor und verrichtete Erschliessungsarbeiten (Urk. 4/2-6; Urk. 1 S. 6 f., Urk. 28 Rz 4 ff., Urk. 59 Rz 30, Prot. I S. 20). Am 30. November 2018 stellte die H.____ GmbH der E.____ AG für die Erschliessungsarbeiten (und für Arbeiten an zwei weiteren Häusern C und D) Rechnung über Fr. 72'538.10 (Urk. 4/9).

2. Mit Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 21. Mai 2019 wurden zugunsten der H.____ GmbH auf dem Grundstück des Beklagten 2 (Grundregister I.____, Blatt 1, Kataster Nr. 2, Plan 3, F.____-strasse ..., ... G.____; Urk. 4/2) und auf dem Grundstück der Beklagten 3 und 4 (Grundregister I.____, Blatt 4, Kataster Nr. 5, Plan 3, F.____-strasse ..., ... G.____; Urk. 4/3) vorläufige Bauhandwerkerpfandrechte für Fr. 26'679.15 zuzüglich Zins zu 5% seit 11. Dezember 2018 (Beklagter 2) bzw. Fr. 37'837.95 zuzüglich Zins zu 5% seit 11. Dezember 2018 (Beklagte 3 und 4) vorläufig eingetragen (Urk. 4/23; Urk. 6/1-15).

3. Mit Eingabe vom 2. Juli 2019 klagte die H.____ GmbH gegen die E.____ AG auf Bezahlung von Fr. 101'695.60 zuzüglich 5% Zins seit 11. Dezember 2018 und gegen die Beklagten 2 bis 4 auf definitive Eintragung der vorläufig eingetragenen Pfandrechte (Urk. 1). Mit Schreiben vom 9. Oktober 2019 teilte die H.____ GmbH mit, sie habe ihre Rechtsansprüche aus dem vorliegenden Prozess am 2. Oktober 2019 an die A.____ AG abgetreten (Urk. 16); am 21. Oktober 2019 wurde die H.____ GmbH durch Konkurs aufgelöst und ihre Firma in H.____ GmbH in Liquidation (fortan weiterhin: H.____ GmbH) mutiert (Urk. 27/2). Am 13. Dezember 2019 wurde auch über die E.____ AG der Konkurs eröffnet und die Firma in E.____ AG in Liquidation (fortan weiterhin: E.____ AG) geändert (Urk. 43). Mit Beschluss vom 28. Januar 2020 wurde der Parteiwechsel auf Klägerseite vorgemerkt, die A.____ AG als Klägerin ins

Rubrum aufgenommen und das Verfahren gegen die konkursite E._____ AG abgetrennt (Urk. 49). Für den Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens kann im Übrigen auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 71 S. 2 f.). Mit (zunächst unbegründetem und auf Begehren der Klägerin begründetem) Urteil vom 16. Juni 2020 wies die Vorinstanz die Klage ab und verfügte die Löschung der vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte (Urk. 64, Urk. 66, Urk. 68 = Urk. 71).

4. Gegen das ihr am 12. August 2020 zugestellte begründete Urteil (Urk. 69) erhob die Klägerin mit Eingabe vom 14. September 2020, gleichentags zur Post gegeben, Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 70):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil, Geschäfts-Nr. CG190004-E / U01 vom 16. Juni 2020 sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Das aufgrund der Verfügung vom 5. März 2019 zugunsten der Klägerin auf dem Grundstück des Beklagten 2 in der Gemeinde I._____, Grundregister Blatt 1, Kat.-Nr. 2, Plan 3, J._____, vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsumme von Fr. 26'679.15 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 11. Dezember 2018 sei definitiv einzutragen.
3. Das aufgrund der Verfügung vom 5. März 2019 zugunsten der Klägerin auf dem Grundstück der Beklagten 3 in der Gemeinde I._____, Grundregister Blatt 4, Kat.-Nr. 5, Plan 3, J._____, vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsumme von Fr. 37'837.95 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 11. Dezember 2018 sei definitiv einzutragen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Der Kostenvorschuss von Fr. 6'700.– wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 75, Urk. 76). Die Beklagten beantragten in ihren Berufungsantworten vom 4. Dezember 2020 im Wesentlichen die Abweisung der Berufung (Urk. 80, Urk. 84). Die Klägerin und der Beklagte 2 reichten am 15. Januar 2021 bzw. 29. Januar 2021 je eine weitere Stellungnahme ein (Urk. 89 bis Urk. 92).

II.

1. Die Klägerin begründete die Klage damit, dass Erschliessungsarbeiten für die Häuser A und B, welche der örtliche Bauführer der E._____ AG mündlich bei

der H._____ GmbH in Auftrag gegeben habe und für welche am 30. November 2018 Rechnung gestellt worden sei, unbezahlt geblieben seien. Mit den Erschliessungsarbeiten (Erstellung der Kontrollschächte, Sammelschächte und Schlamm sammelschächte, separate Leitungen für Meteorwasser, für Schmutzwasser, Elektroanschluss Swisscom, Swisscom-Zuleitung und Cablecom-Leitungen) für das Haus A sei am 29. September 2018 und für das Haus B am 24. September 2018 begonnen worden. Beim Haus A hätten die Arbeiten bis am 8. November 2018 und beim Haus B bis am 6. November 2018 gedauert, weshalb der am 5. März 2019 vorgenommene Eintrag der Pfandrechte innerhalb der Viermonatsfrist (Art. 839 Abs. 2 ZGB) erfolgt sei. Für das Haus A seien Werksarbeiten von total Fr. 26'679.15 und für das Haus B Werksarbeiten von total Fr. 37'837.95 angefallen. Der Werkpreis richte sich nach Art. 374 OR bzw. nach Massgabe des Wertes der Arbeiten und der Aufwendungen der Unternehmer (Urk. 1).

2. Der Beklagte 2 führte aus, ihm seien die Abmachungen zwischen der H._____ GmbH und der E._____ AG nicht bekannt. Er wandte ein, die Viermonatsfrist sei verpasst worden, weil die H._____ GmbH im provisorischen Eintragsverfahren davon ausgegangen sei, die Viermonatsfrist sei am 1. März 2019 abgelaufen und nach dem 1. November 2018 seien keine Vollendungsarbeiten mehr erbracht worden. Weiter stellte er die in der Rechnung vom 30. November 2018 zwischen dem 6. und 8. November 2018 vermerkten Arbeiten in Abrede und machte geltend, diese seien in der Klage nicht weiter substantiiert worden. Die nicht unterzeichneten Regierapporte seien – so der Beklagte 2 weiter – nicht stimmig und könnten nicht belegen, dass am 5. November 2018 und später auf seinem Grundstück Arbeiten ausgeführt worden seien. Wäre die Eintragung rechtzeitig erfolgt, müsste die Pfandsumme reduziert werden. Bestritten werde, dass die Erschliessungsarbeiten im Umfang von Fr. 20'547.– und Fr. 4'224.75 (Anteil Anschluss an Hauptleitung) ausgeführt worden seien, der Preis angemessen sei und Mengen- und Zeitangaben auf der Rechnung sowie den Regierapporten stimmten. Auch sei eine Akontozahlung von Fr. 10'000.– unberücksichtigt geblieben bzw. zu Unrecht an den Aushub angerechnet worden. Für die Verlegung der Swisscom-Rohre habe jedenfalls ein separater Werkvertrag bestanden. Da diese Arbeiten unabhängig von den restlichen Erschliessungsarbeiten und nach-

gelagert erbracht worden seien, wäre die Pfandsumme auf die Werklohnforderung zu reduzieren, die auf die Verlegung der Rohre auf dem Grundstück des Beklagten 2 entfalle (Urk. 28, Urk. 59).

3. Die Beklagten 3 und 4 vermissten "Bestätigungen oder Zusammenfassungen über das, was vereinbart wurde". Sie machten ebenfalls geltend, dass die Viermonatsfrist nicht eingehalten worden sei. Die Regierapporte seien nicht unterzeichnet, nicht korrekt und nicht nachvollziehbar. Es könne nicht überprüft werden, ob die behaupteten bzw. verrechneten Arbeiten ausgeführt worden seien. Teilweise lägen Garantearbeiten vor. Im Übrigen schlossen sie sich den Ausführungen des Beklagten 2 an (Urk. 52, Prot. I S. 16 ff.).

4. Die Vorinstanz erwog, für den Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechtes müsse die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt sein. Diese werde bestimmt durch die vertragsgemässe Vergütungsforderung des Unternehmers. Die Klägerin trage die Beweislast für die Eintragungsvoraussetzungen und habe eine offene Werklohnforderung darzutun (Urk. 71 S. 6). Die Beklagten würden nicht ausdrücklich bestreiten, dass die E._____ AG der H._____ GmbH den Auftrag erteilt habe, die von der Klägerin behaupteten Erschliessungsarbeiten auszuführen. Sie hielten aber dafür, es seien für die Schmutz- und Meteorleitungen einerseits und die Swisscom-Leitungen andererseits verschiedene Verträge abgeschlossen worden, wobei die Arbeiten betreffend Swisscom-Leitungen zeitlich nachgelagert erbracht worden seien. Die Klägerin mache keine substantiierten Ausführungen dazu, wie und wann welche mündlichen Aufträge durch K._____ erteilt worden seien bzw. worin die mündliche Vereinbarung (insb. Arbeitsleistung und Vergütung) bezüglich der Erschliessungsleistungen bestanden habe. Dass gemäss Ausführungen der Klägerin jedoch wöchentlich Aufträge erteilt worden seien, stütze die Behauptung der Beklagten, dass es sich nicht um eine einmalige Auftragserteilung gehandelt habe. Entsprechend sei nicht auszuschliessen, dass es vorliegend um die Beurteilung mehrerer, voneinander unabhängiger Werkverträge gehe. Ohne deren genauen Inhalt zu kennen, erweise es sich als schwierig bzw. unmöglich zu prüfen, ob ein einheitlicher oder ein getrennter Fristenlauf bestehe. Aus den Ausführungen beider Parteien könne zwar ge-

schlossen werden, dass der Vertreter der E._____ AG, K._____, der H._____ GmbH wohl verschiedene mündliche Aufträge für Erschliessungsarbeiten erteilt habe, jedoch ergebe sich aus den Behauptungen der Klägerin weder deren Umfang noch der vertraglich vereinbarte Werklohn. Es obliege jedoch der Klägerin, dafür umfassende und klare Behauptungen aufzustellen, worauf die Klägerin in der Klageantwort des Beklagten 2 und durch die Vorsitzende anlässlich der Hauptverhandlung ausdrücklich hingewiesen worden sei. Dennoch habe die Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung auf eine weitere Substantiierung verzichtet. Ihre pauschalen Vorbringen zum Inhalt des behaupteten mündlichen Werkvertrages würden den Anforderungen an die Behauptungs- und Substantiierungspflicht nicht genügen, denn sie ermöglichten weder eine substantiierte Bestreitung durch die Beklagten noch eine Beweisabnahme durch das Gericht. Ausführliche und detaillierte Ausführungen mache die Klägerin lediglich dazu, welche Arbeiten durch die H._____ GmbH tatsächlich ausgeführt worden seien. Ein Bauhandwerkerpfandrecht bestehe jedoch nicht für den Wert der ausgeführten Arbeiten sondern für die gemäss Werkvertrag geschuldete Vergütung (sofern die vertraglich vereinbarten Arbeiten vollständig ausgeführt worden seien). Die Behauptung, eine Arbeit sei ausgeführt bzw. eine Leistung erbracht worden, beweise nicht, dass die entsprechende Leistung Inhalt des abgeschlossenen Werkvertrages gewesen sei. Auch die Höhe der Pfandsomme bestimme sich nicht nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers, sondern entspreche grundsätzlich dem vertraglich vereinbarten Werklohn. Nur wenn der Werklohn zum Voraus entweder gar nicht oder nur ungenügend bestimmt sei, sei er gemäss Art. 374 OR nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen der Unternehmer festzusetzen. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung setze jedoch den Beweis voraus, dass zwischen den Parteien der Preis nicht oder nur ungefähr bestimmt worden sei. Das Fehlen eines schriftlichen Werkvertrags lasse nicht ohne weiteres darauf schliessen, dass keine Abrede über den Preis der Werksvertragsarbeiten erfolgt sei. Zu der vereinbarten Vergütung habe die Klägerin keine substantiierten Behauptungen aufgestellt. Sie mache lediglich geltend, da keine Offerten gestellt und nur mündliche Weisungen erteilt worden seien, sei von Werkverträgen im Sinne von Art. 374 OR auszugehen. Eine Beweisabnahme er-

übrige sich, weil die Klägerin keine substantiierten Behauptungen zum Vertragsinhalt mache und sie ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast "zu Bestand und Inhalt des Werkvertrages" nicht ausreichend nachgekommen sei (Urk. 71 S. 6 ff., S. 9).

Nach Auffassung der Vorinstanz wären die von der Klägerin offerierten Beweismittel im Übrigen nicht geeignet, den rechtsgenügenden Beweis für das Zustandekommen sowie den Inhalt des Werkvertrages bzw. der Werkverträge zu beweisen. Den Abschluss der Verträge wolle die Klägerin mit den Befragungen des Geschäftsführers und eines Angestellten der H._____ GmbH beweisen. Die Befragung des damaligen Verwaltungsrats der E._____ AG, der die Aufträge mündlich erteilt haben solle, biete die Klägerin hingegen nicht an. Aus der Befragung lediglich einer Vertragspartei könne jedoch der übereinstimmende gegenseitige Wille der Parteien nicht rechtsgenügend festgestellt werden. Bestand und Inhalt des Werkvertrages bildeten die Grundlage für den Anspruch auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts und für die Feststellung der Höhe der Pfandsumme. Mangels Beweises lasse sich weder der Inhalt des behaupteten Werkvertrages und damit die Höhe der Pfandsumme bestimmen noch die Erfüllung der Eintragungsvoraussetzungen überprüfen. Da die Klägerin bereits daran scheitere, Bestand und Inhalt des behaupteten mündlichen Werkvertrages rechtsgenügend zu beweisen, erübrige es sich, näher auf die weiteren Eintragungsvoraussetzungen einzugehen. Die Klage sei abzuweisen und die vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte seien vollumfänglich zu löschen (Urk. 71 S. 9 f.).

III.

1.1 Die Beklagten 3 und 4 stellen den Antrag, es sei auf die Berufung nicht einzutreten. Ein Aufhebungsantrag (Berufungsantrag Ziffer 1) genüge nicht. Der Berufungsantrag Ziffer 3 richte sich gegen "die Beklagte 3"; dieser Antrag könne nicht zum Urteil erhoben werden, weil die Liegenschaft im Grundregister I._____ (Blatt 4) unbestrittenermassen nicht der (nicht existierenden) Beklagten 3 gehöre, sondern im gemeinschaftlichen Eigentum (Miteigentum je zu Hälfte) des Beklag-

ten 3 und der Beklagten 4 stehe. Die Klägerin setze sich zudem mit dem vorinstanzlichen Urteil nicht oder nur oberflächlich auseinander (Urk. 84 Rz 6 ff.).

Die Klägerin stellt nebst ihrem Aufhebungsantrag reformatorische Berufungsanträge. Dies genügt. Der reformatorische Berufungsantrag Ziffer 3 ist entgegen der Darstellung der Beklagten 3 und 4 nicht nur gegen eine Person, nämlich "die Beklagte 3", gerichtet. Vielmehr beantragt die Klägerin die definitive Eintragung des Pfandrechts "auf dem Grundstück der Beklagten 3" (Urk. 70 S. 3). Wie sich aus der Berufungsschrift ergibt, sind mit "den Beklagten 3" die Miteigentümer von "Haus B, Kataster-Nr. 5" C._____ und D._____ gemeint (Urk. 70 S. 2, S. 4), die im Urteil der Vorinstanz als Beklagte 3 und 4 aufgeführt wurden. Diese Inkonsistenz vermag der Klägerin allerdings nicht zu schaden. Die Klägerin hat bereits in der Klage die Beklagten 3 und 4 als "Beklagte 3" bezeichnet (Urk. 1 S. 1). Damit wird hinreichend klar, dass sich die Berufung gegen die Beklagten 3 und 4 richtet und das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht definitiv auf dem Grundstück der Beklagten 3 und 4 eingetragen werden soll. Die Frage, ob ein gegen den Beklagten 3 gerichtetes Urteil nicht vollstreckbar wäre, stellt sich daher nicht. Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid. Da die Streitwertgrenze erreicht wird, ist auf die Berufung – unter dem Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten (Art. 308 und Art. 311 ZPO). Ob die Begründungsanforderungen erfüllt sind, ist im jeweiligen Zusammenhang zu beurteilen.

1.2 Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Der Berufungskläger hat hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist. Dieser Anforderung genügt der Berufungskläger nicht, wenn er lediglich auf die vor erster Instanz vorgebrachten Vorbringen verweist oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, um von der Berufungsinstanz mühelos verstanden werden zu können. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen

bezeichnet, die er anführt, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht (BGE 141 III 569 E. 2.3.3, 138 III 374 E. 4.3.1). Diese Begründungsanforderungen gelten sinngemäss auch für den Inhalt der Berufungsantwort (BGer 5A_660/2014 vom 17. Juni 2015, E. 4.2 m.w.Hinw.; 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2).

1.3 Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien in der Berufung bzw. Berufungsantwort vollständig vorzutragen; ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des Replikrechts dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 S. 417 mit weiteren Verweisen). Zulässig sind nur Vorbringen, zu denen erst die Ausführungen in der Berufungsantwort Anlass gaben oder die echte Noven darstellen. Die unaufgefordert eingereichte Replik der Klägerin (Urk. 89) und die darauf folgende Stellungnahme des Beklagten 2 (Urk. 92) sind unter diesem Blickwinkel zu betrachten. In der Berufungsantwort wollen die Beklagten 3 und 4 die Klägerin auf ihrer Aussage in der Berufungsschrift, dass "[f]ür die Erschliessung kein separater Werkvertrag abgeschlossen [wurde]" (Urk. 70 S. 11) behaften (Urk. 84 Rz 21: "Ohne Vertrag besteht offensichtlich kein Anspruch auf eine Vergütung."), worauf die Klägerin in ihrer Replik klarstellte, dass es sich dabei um ein Versehen gehandelt habe, die Meinung sei gewesen, dass kein separater schriftlicher Werkvertrag abgeschlossen worden sei (Urk. 89 S. 10). Darauf musste allerdings bereits aus ihrer gesamten erst- und zweitinstanzlichen Argumentation geschlossen werden (Urk. 1 S. 7, S. 16; Urk. 56 S. 12; Urk. 70 S. 10 f., S. 20). Im Übrigen kommt – wie zu zeigen sein wird – den beiden freiwilligen Stellungnahmen für den Ausgang des Berufungsverfahrens keine Bedeutung zu.

2.1 Die Klägerin macht zunächst geltend, gegen die Werklohnforderung der H._____ GmbH von Fr. 101'695.60 seien im Konkurs der E._____ AG innert gerichtlich angesetzter Frist keine Einwendungen erhoben worden. Damit sei die Forderung seitens der Generalunternehmerin bzw. der Konkursmasse unbestritten geblieben und "definitiv" bzw. "im Grundsatz" anerkannt worden. Entsprechend habe die Vorinstanz mit Beschluss vom 26. März 2020 die Abschreibung des (abgetrennten) Verfahrens betreffend die Forderung gegen die E._____ AG

verfügt. Es stelle sich somit im vorliegenden Verfahren lediglich noch die Frage, ob die anerkannte Werklohnforderung auch pfandberechtigt sei "und ob sie als Bauhandwerkerpfandrecht eingetragen werden" könne. Das Verschweigen dieser Anerkennung durch die Vorinstanz sei ein grober Fehler in der Sachverhaltsermittlung (Urk. 70 S. 6 ff.).

2.2 Mit Beschluss der Vorinstanz vom 28. Januar 2020 wurde das Konkursamt March um Mitteilung ersucht, ob die Konkursmasse der E. _____ AG oder einzelne Gläubiger den Prozess fortsetzen wollten, wobei Stillschweigen als Verzicht auf Fortführung des Prozesses und damit als Anerkennung der Klage durch die Konkursmasse gelte. Ebenso wurde das Konkursamt March um Bericht ersucht, falls der Konkurs mangels Aktiven eingestellt würde (Urk. 49). Mit Schreiben vom 13. März 2020 teilte das Konkursamt March mit, dass das Konkursverfahren mangels Aktiven wieder eingestellt worden sei und als rechtskräftig geschlossen gelte (Urk. 58/30). Mit Beschluss vom 26. März 2020 schrieb die Vorinstanz das Verfahren gegen die E. _____ AG als gegenstandslos ab (Urk. 58/32).

2.3 Streitige bzw. im Prozess liegende Forderungen gelten als anerkannt, wenn der Prozess weder von der Masse noch von einzelnen Gläubigern nach Art. 260 SchKG fortgeführt wird (Art. 63 Abs. 2 KOV). Wie die Beklagten zu Recht einwenden (Urk. 80 Rz 20, Urk. 84 Rz 15 f.), setzt Art. 63 Abs. 2 KOV voraus, dass ein Konkursverfahren durchgeführt wird. Mit Art. 63 regelt die KOV die Behandlung von im Prozess liegenden Forderungen im Rahmen des Kollokationsverfahrens (Milani/Wohlgemuth, in: Milani/Wohlgemuth [Hrsg.], Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter [KOV], Kommentar, 2016, Art. 63 N 1; vgl. auch den Titel vor Art. 55 ff. KOV). Dabei erfüllt die Fortsetzung des Prozesses durch einen Abtretungsgläubiger die Funktion eines Kollokationsprozesses (ZR 70 [1971] Nr. 110). Die Einstellung mangels Aktiven erfolgt vor der Aufstellung und Bereinigung des Kollokationsplanes (Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, Zürich 1993, § 45 Rz 4). Bei Einstellung des Konkurses mangels Aktiven können keine Rechtsansprüche nach Art. 260 SchKG abgetreten werden (KUKO SchKG-Schober, Art. 230 N 4)

und es werden keine Verlustscheine ausgestellt (Fritzsche/Walder, a.a.O.). Mit der rechtskräftigen Einstellung des Konkursverfahrens entfallen die Befugnisse der Konkursorgane und es besteht kein Massevermögen mehr (BSK SchKG II-Lustenberger, Art. 230 N 11; Milani/Schmid, in: Milani/Wohlgemuth [Hrsg.], a.a.O., Art. 39 N 22). Im Beschluss vom 28. Januar 2020 wurde die Rechtsfolge der Klageanerkennung denn auch ausdrücklich auf den Fall beschränkt, in dem ein Konkursverfahren (ordentlich oder summarisch) durchgeführt wird (Urk. 49 S. 6). Mangels Durchführung des Konkurses über die E._____ AG kommt Art. 63 Abs. 2 KOV nicht zur Anwendung. Die gegen die E._____ AG angestrebte Klage gilt daher nicht als anerkannt. Die Berufung ist insoweit unbegründet.

3.1 Die Klägerin beanstandet weiter, die Vorinstanz verletze Art. 150 ZPO und Art. 374 OR, indem sie von mangelhaften Behauptungen und ungenügender Substantiierung ausgehe (Urk. 70 S. 10 und S. 14). Die Klägerin habe in der Klageschrift ausdrücklich darauf hingewiesen, dass K._____ mündlich den Auftrag zur Ausführung der Erschliessungsarbeiten für die Häuser A und B erteilt habe (Urk. 70 S. 10). Und zwar seien die einzelnen auszuführenden Erschliessungsarbeiten der Unternehmung wöchentlich durch die Bauleitung der E._____ AG zugewiesen worden (Urk. 70 S. 20). Die Vorinstanz gebe selber zu, dass die Klägerin ausführliche und detaillierte Ausführungen darüber gemacht habe, welche Arbeiten die H._____ GmbH tatsächlich erbracht habe (Urk. 70 S. 14, S. 16). Der rechnerische Umfang der gesamten Arbeiten sei durch die Arbeitsrapporte für das Haus A (Urk. 58/27) und für das Haus B (Urk. 58/28), durch die gemeinsamen Regierapporte für beide Häuser (Urk. 58/29) und die detaillierte Rechnungsstellung (Urk. 4/9 = Urk. 58/9 und Urk. 4/17 = Urk. 58/17) ausgewiesen (Urk. 70 S. 20). Im vorliegenden Fall seien die Bauarbeiten durch die Arbeitsrapporte und die Rechnungsstellung detailliert auf die einzelnen Gebäude A bis D aufgeteilt worden (Urk. 70 S. 25). Aus den Ausführungen der Klägerin vor Vorinstanz gehe klar hervor, dass für die Erschliessungsarbeiten kein Preis vereinbart worden sei, weshalb sie sich auf Art. 374 OR berufen habe (Urk. 70 S. 14 ff.).

3.2 Die Parteien haben die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, zu behaupten und die Beweismittel zu bezeichnen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Nach gefes-

tigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Behauptungslast Genüge getan, wenn die Parteien in ihrem Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennen, welche unter die ihren Antrag stützenden Normen zu subsumieren sind. Eine Tatsachenbehauptung braucht nicht alle Einzelheiten zu enthalten; es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Grundzügen oder Umrissen behauptet werden. Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 365 E. 2b S. 368, 136 III 322 E. 3.4.2 S. 328, 144 III 519 E. 5.2.1.1 S. 523; BGer 4A_478/2019 vom 29. Januar 2020, E. 3.3.1; 4A_661/2017 vom 28. Mai 2018, E. 5.3; 4A_625/2015 vom 29. Juni 2016, E. 4.1).

3.3 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Behauptungs- und Substanziierungslast im Prinzip in den Rechtsschriften nachzukommen. Der blosse, pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht. Gericht und Gegenpartei sollen nicht aus den Beilagen die Sachdarstellung zusammensuchen müssen. Das bedeutet indes nicht, dass es nicht ausnahmsweise zulässig sein kann, seinen Substanziierungsobliegenheiten durch einen Verweis auf Beilagen nachzukommen. Werden Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen in einer Rechtsschrift behauptet und wird für Einzelheiten auf eine Beilage verwiesen, ist vielmehr zu prüfen, ob die Gegenpartei und das Gericht damit die notwendigen Informationen in einer Art erhalten, die eine Übernahme in die Rechtsschrift als blossen Leerlauf erscheinen lässt. Dies ist namentlich der Fall, wenn eine Beilage selbsterklärend ist oder in der Rechtsschrift derart konkretisiert und erläutert wird, dass die Informationen ohne weiteres zugänglich werden und nicht interpretiert und zusammengesucht werden müssen. Dabei ist stets vor Augen zu halten, dass eine sinnvolle Prozessführung möglich sein muss und das Zivilpro-

zessrecht bezweckt, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen. Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO soll sicherstellen, dass das Gericht und die Gegenpartei die Behauptungen nicht selbst aus Beilagen zusammensuchen müssen. Gerade wenn zur Substanziierung von in den wesentlichen Zügen oder Umrissen in einer Rechtsschrift behaupteten Tatsachen eine Vielzahl von Einzelinformationen nötig sind, stellt aber die Auslagerung der Informationen in eine Beilage unter Umständen keine Erschwerung dar, sondern kann sowohl die Lesbarkeit der Rechtsschrift als auch den Zugriff auf die entsprechenden Informationen erleichtern, so dass es überspitzt formalistisch wäre, eine Übernahme in die Rechtsschrift zu verlangen, da dies einen blossen Leerlauf darstellen würde (BGer 4A_360/2020 vom 2. November 2020, E. 4.2; 4A_496/2019 vom 1. Februar 2021, E. 4.3, je mit weiteren Hinweisen).

3.4 Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts hat spätestens vier Monate nach Vollendung der Arbeit zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Hat ein Unternehmer oder Handwerker aufgrund verschiedener Verträge Arbeitsleistungen erbracht, beginnt die Eintragsfrist grundsätzlich für jeden Vertrag gesondert zu laufen. Allerdings können Arbeitsvorgänge, die aufgrund von mehreren Werkverträgen geleistet worden sind, einem einheitlichen Fristbeginn unterliegen, sofern und soweit sie oder die Bauwerke eine funktionale Einheit bildeten. Von einer einzigen spezifischen Arbeit kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gesprochen werden, wenn die betreffenden Arbeiten ungeachtet ihrer rechtlichen Trennung in Leistungspflichten aus mehreren Werkverträgen eine technische und damit funktionale einheitliche Bauarbeit bilden (BGer 5A_282/2016 vom 17. Januar 2017, E. 7.1; BGE 106 II 123 E. 5b, 104 II 348 E. II.2; Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N 1172 ff., N 1186; BSK ZGB II-Thurnherr, Art. 839/840 N 30). Bauarbeiten auf mehreren Grundstücken unterliegen grundsätzlich separaten Fristenläufen. Auch davon gibt es Ausnahmen: Bilden die Bauwerke auf zwei oder mehreren Grundstücken eine funktionale Einheit und wurden die Bauarbeiten für die Bauwerke "in einem Zuge", d.h. entweder gleichzeitig (wechselseitig überlappend) oder unverzüglich nacheinander, ausgeführt, gilt ein einheitlicher Fristbeginn (Schumacher, a.a.O., N 1204, N 1207; CHK-Schumacher, ZGB 839 N 9b).

4.1 Die Klägerin brachte vor Vorinstanz vor, der damalige einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsrat und örtliche Bauführer der E. _____ AG, K. _____, habe der H. _____ GmbH mündlich nach dem Aushub der Häuser A und B den Auftrag erteilt, die Erschliessungsarbeiten für die Häuser A und B auszuführen (Urk. 1 S. 7 f.). Die einzelnen auszuführenden Erschliessungsarbeiten seien der H. _____ GmbH wöchentlich durch die Bauleitung der E. _____ AG zugewiesen worden (Urk. 56 S. 12). Als Erschliessungsarbeiten nannte sie (Urk. 1 S. 7):

- Erstellung der Kontrollschächte, Sammelschächte und Schlammsammlerschächte
- separate Leitungen für Meteorwasser und Schmutzwasser
- Elektroanschluss Swisscom und Swisscom-Zuleitung
- Cablecom-Leitungen

Des Weiteren führte sie aus, sie habe am 29. September 2018 mit der Erschliessung des Hauses A und am 24. September 2018 mit der Erschliessung des Hauses B begonnen und für die getätigten Erschliessungsarbeiten der Häuser A und B (sowie die Spezialaufträge für die Häuser C und D) am 30. November 2018 detailliert Rechnung für Fr. 67'351.50 (ohne MwSt.) bzw. Fr. 72'537.55 (inkl. MwSt.) gestellt (Urk. 1 S. 8 f., S. 11). Die Rechnung vom 30. November 2018 reichte sie als Beilage 9 (Urk. 4/9) zu den Akten. In der Folge präzisierte die Klägerin, dass sich der Aufwand für die Erschliessung des Hauses A auf Fr. 20'547.– (gemäss Urk. 4/9 S. 1 bis S. 4), für die Erschliessung des Hauses B auf Fr. 30'908.– (gemäss Urk. 4/9 S. 5 bis S. 7) und für gemeinsame (beide Häuser betreffende) Arbeiten auf Fr. 8'449.50 (Urk. 4/9 S. 7 bis S. 9) zuzüglich Mehrwertsteuer belaufe (Urk. 1 S. 11). Weiter nahm die Klägerin eine Aufteilung der Werksarbeiten auf die beiden Häuser A und B vor, indem sie dem Haus A die Erschliessungsarbeiten von Fr. 20'547.– und die Hälfte der gemeinsamen Arbeiten (Fr. 4'224.75) sowie dem Haus B die Erschliessungsarbeiten von Fr. 30'908.– und die Hälfte der gemeinsamen Arbeiten (Fr. 4'224.75), je zuzüglich Mehrwertsteuer, zuwies. Diesbezüglich verwies sie wiederum auf die Rechnung vom 30. November 2018 sowie – zusätzlich – auf eine separate Aufstellung (Urk. 4/17) aller unter dem jeweiligen Datum für "Haus A", "Haus B" und "Haus A + B" verrechneten Beträge (Urk. 1 S. 12 f.). In der Rechnung vom 30. November 2018 wurden (auf Sei-

ten 1 bis 9) alle vom 29. August 2018 bis 8. November 2011 an Haus A, vom 24. September 2018 bis 6. November 2018 an Haus B und vom 27. September 2018 bis 28. September 2018 an Haus A und B ausgeführten Arbeiten einzeln aufgeführt, und zwar in folgenden Spalten: Position, Beschreibung der Arbeit, Menge, ME [Mengeneinheit], Preis und Betrag (Urk. 4/9). Schliesslich äusserte sich die Klägerin zur Einhaltung der Viermonatsfrist und legte dar, welche Arbeiten sie vom 6. bis 8. November 2018 im Einzelnen verrichtete (Urk. 1 S. 14). An der Hauptverhandlung, an welcher die weiteren Parteivorträge erstattet wurden (Prot. I S. 12 ff.), reichte die Klägerin die Arbeits- bzw. Regierapporte für die Arbeiten an den Häusern A und B ein (Urk. 58/27-29), die ausnahmslos mit der eingereichten Rechnung vom 30. November 2018 (Urk. 4/9) und der Aufstellung und Aufwandszuweisung mitsamt Rechnungsdetails (Urk. 4/17) übereinstimmen würden (Urk. 56 S. 4 f.).

4.2 Aus der Behauptung, die Klägerin habe mit Rechnung vom 30. November 2018 "die Erschliessungsarbeiten" für die Häuser A und B abgerechnet (Urk. 1 S. 11), kann vor dem Hintergrund, dass die Klägerin vorbrachte, von der E._____ AG mit den Erschliessungsarbeiten für die Häuser A und B beauftragt worden zu sein (Urk. 1 S. 7), nur geschlossen werden, dass die Klägerin die verrechneten Erschliessungsarbeiten als mündlich vereinbarten Vertragsinhalt betrachtet. Damit behauptete die Klägerin aber zumindest sinngemäss, dass die verrechneten Arbeiten auch in Auftrag gegeben und geleistet worden seien. Anders können ihre Vorbringen nicht verstanden werden. Den Gegenstand der Erschliessung hat die Klägerin in der Klageschrift grob umrissen (Urk. 1 S. 7). Sie hat sich zudem auf die Rechnung vom 30. November 2018 (Urk. 4/9) berufen, worin die an den jeweiligen Daten ausgeführten Arbeiten und verwendeten Geräte/Materialien auf den angegebenen Seiten 1 bis 9 nach Art, Menge und Preis näher umschrieben werden. Der Verweis auf den Inhalt dieser Rechnung und der zusätzliche Verweis auf die gesonderte Aufstellung und Addition der Rechnungsbeträge (Urk. 4/17) führt nicht dazu, dass die Beklagten den Prozesssachverhalt aus verschiedenen Beilagen zusammensuchen und interpretieren müssten, weshalb die Verweise auf diese Beilagen als prozessual unbedenklich erscheinen. Die Beklagten waren denn auch in der Lage, zu den in der Rechnung vom 30.

November 2018 resp. zu den in Regierapporten aufgeführten Arbeiten Stellung zu nehmen (Urk. 28 S. 5, Urk. 59 S. 3 ff., Prot. I S. 15 f. [Beklagte 2]; Urk. 52, Prot. I S. 16 ff. [Beklagte 3 und 4]; vgl. auch Urk. 84 Rz 19 und Rz 40). Die Vorinstanz hielt im Übrigen dafür, mit dem Einwand der Beklagten, die Abmachungen zwischen der H._____ GmbH und der E._____ AG als Generalunternehmerin nicht zu kennen (Urk. 28 S. 3), werde nicht ausdrücklich bestritten, dass die E._____ AG der H._____ GmbH den Auftrag erteilte, die von der Klägerin behaupteten Erschliessungsarbeiten auszuführen (Urk. 71 S. 7). Dies wurde seitens der Beklagten im Berufungsverfahren nicht in Abrede gestellt.

4.3 Freilich geht aus der Rechnung vom 30. November 2018 hervor, dass die Arbeiten am Haus A am 29. August 2018 aufgenommen wurden (Urk. 4/9 S. 1). Demgegenüber sollen die Arbeiten gemäss Klageschrift am 29. September 2019 in Angriff genommen worden sein (Urk. 1 S. 8). Dabei dürfte es sich um einen blossen Verschrieb handeln. Hätte sich daraus für die Vorinstanz eine Unklarheit ergeben, hätte sie der Klägerin Gelegenheit zu Behebung des Mangels geben müssen (Art. 56 Abs. 1 ZPO). Ob die auf Seite 9 der Rechnung unter den Positionen 230 bis 256 für Haus B (10.10.2018 bis 12.10.2018) verrechneten Leistungen (Urk. 4/9 S. 9) bereits unter den Positionen 130 bis 156 unter denselben Daten in Rechnung gestellt wurden (Urk. 4/9 S. 5 f.), wie die Beklagten 3 und 4 vor Vorinstanz geltend machten (Prot. I S. 19), wird zu prüfen sein, stellt aber keinen Einwand dar, der die gesamte Klage als unschlüssig bzw. unsubstantiiert erscheinen liesse. Die Klage kann auch nicht daran scheitern, dass in der Klageschrift bei der Darstellung des Gesamtaufwands bei den gemeinsamen Arbeiten für Haus A und B unpräzis auf die Seiten 7 bis 9 statt auf die Seiten 7 und 8 von Urk. 4/9 verwiesen wurde (Urk. 1 S. 11).

4.4 Aufgrund des Sachvortrags der Klägerin kann nicht gesagt werden, die klägerischen Vorbringen zum Inhalt des behaupteten mündlichen Werkvertrags seien lediglich pauschal ausgefallen. Die Vorinstanz räumte denn auch ein, die Klägerin habe "ausführliche und detaillierte Ausführungen" dazu gemacht, welche Arbeiten durch die H._____ GmbH tatsächlich ausgeführt worden seien (Urk. 71 S. 8). Wie bereits ausgeführt, müssen die Vorbringen der Klägerin dahingehend

verstanden werden, die ausgeführten und verrechneten Arbeiten seien vorgängig auch so vereinbart worden. Wenn die Vorinstanz in diesem Zusammenhang weiter erwog, das Bauhandwerkerpfandrecht bestehe nicht für den Wert der ausgeführten Arbeiten sondern für die gemäss Werkvertrag geschuldete Vergütung, wobei die Klägerin zur vereinbarten Vergütung keine substantiierten Behauptungen aufgestellt habe (Urk. 71 S. 8), führt dies somit letztlich nicht weiter. Sodann beanstandet die Klägerin zu Recht, aus der Berufung auf Art. 374 OR und aus ihren Behauptungen, es fehlten schriftliche Werkverträge für die Erschliessungsarbeiten und es seien keine Offerten erstellt und lediglich mündliche Aufträge erteilt worden (Urk. 1 S. 16, Urk. 56 S. 12; vgl. auch Prot. I S. 14), müsse geschlossen werden, es sei keine Preisabsprache getroffen worden (Urk. 70 S. 15). Art. 374 OR regelt den Fall, in dem die Preisberechnung vertraglich nicht geregelt wurde. In diesem Fall kann der Klägerin aber nicht zum Vorwurf gemacht werden, sie habe sich nicht genügend zur vereinbarten Vergütung geäussert. Soweit die Vorinstanz zum Schluss kommt, die Klägerin habe den Umfang der Erschliessungsarbeiten bzw. den Inhalt des Werkvertrages und den vereinbarten Werklohn nicht rechtsgenügend behauptet, kann ihr nicht gefolgt werden.

4.5.1 Die Vorinstanz vermisste auch Angaben der Klägerin über das Wie und Wann der mündlich durch K._____ erteilten Aufträge. Die klägerische Darstellung, es seien wöchentlich Aufträge erteilt worden, stütze die Behauptung der Beklagten, dass es sich nicht um eine einmalige Auftragserteilung gehandelt habe, womit nicht ausgeschlossen werden könne, dass es vorliegend um die Beurteilung mehrerer, voneinander unabhängiger Werkverträge gehe. Ohne deren genauen Inhalt zu kennen, erweise es sich jedoch als schwierig bzw. unmöglich zu prüfen, ob ein einheitlicher oder ein getrennter Fristenlauf bestehe (Urk. 71 S. 7).

4.5.2 Die Beklagten haben aus der Darstellung der Klägerin über den Vertragsabschluss den Schluss gezogen, die Pfandsumme sei jedenfalls zu reduzieren. Sie hielten dafür, gemäss klägerischer Darstellung sei davon auszugehen, dass für die Erschliessungsarbeiten verschiedene Einzelverträge abgeschlossen worden seien; jedenfalls aber habe mit Bezug auf die Swisscom-Rohre ein separater Vertrag bestanden, weshalb die Pfandsumme auf den darauf entfallenden

Werklohn zu reduzieren wäre, soweit diese Arbeiten auf dem Grundstück der Beklagten erbracht worden seien (Urk. 28 S. 7, Urk. 59 S. 6 f., Prot. I S. 20).

4.5.3 Es ist einzuräumen, dass die Vorbringen der Klägerin zum Vertragsabschluss nicht präzise ausgefallen sind. So führte die Klägerin zunächst aus, K._____ habe nach dem Aushub den Auftrag zur Ausführung der Erschliessungsarbeiten gemäss dem Baueingabeplan Kanalisation (Urk. 4/18) erteilt (Urk. 1 S. 7). Andererseits sollen "mündliche Weisungen der Beklagten bzw. deren Vertreter vorhanden" sein (Urk. 1 S. 16), "Werkverträge" (Mehrzahl) im Sinne von Art. 374 OR abgeschlossen (Urk. 1 S. 16) und die einzelnen Erschliessungsarbeiten wöchentlich durch die Bauleitung der E._____ AG zugewiesen worden sein (Urk. 56 S. 12). Allerdings wurde – wie auch die Vorinstanz unbeanstandet festhielt (Urk. 71 S. 7) – seitens der Beklagten nicht ausdrücklich bestritten, dass die E._____ AG der H._____ GmbH den Auftrag erteilte, die von der Klägerin behaupteten Erschliessungsarbeiten auszuführen. Nach dem vorstehend Ausgeführten wurden der Vertragsinhalt bzw. der Umfang der Erschliessungsarbeiten genügend substantiiert. Ist der Vertragsinhalt aber bekannt, kann der Vorinstanz nicht gefolgt werden, wenn sie ausführt, mangels Kenntnis des genauen Vertragsinhaltes könne nicht geprüft werden, ob ein einheitlicher oder getrennter Fristenlauf bestehe (Urk. 71 S. 7). Wie bereits erwähnt, kommt es mit Rücksicht auf die Eintragsfrist bzw. die Vollendung der Arbeiten nicht so sehr darauf an, ob aufgrund eines einzigen oder aufgrund verschiedener Verträge gearbeitet wird, sondern ob die Arbeiten eine technische und damit funktionale Einheit bilden (vgl. E. III/3.4). Die eingangs festgestellten Unzulänglichkeiten im Sachvortrag der Klägerin fallen damit nicht derart ins Gewicht, dass eine Prüfung der Frage, ob die Eintragsfrist gewahrt wurde, gleichsam verunmöglicht wird.

4.5.4 In der Klageantwort hatte der Beklagte 2 das Fehlen substantiiertes Behauptungen zur Erbringung von (angeblichen) Arbeiten zwischen dem 6. und 8. November 2018 und damit zur Einhaltung der Eintragsfrist moniert (Urk. 28 Rz 14). In der Berufungsantwort bringt er nun vor, die Klägerin habe nicht ausgeführt, wann gegenüber welchem Vertreter der Klägerin welcher Auftrag mit welchem Inhalt erteilt worden sein soll (Urk. 80 Rz 23). Es trifft zu, dass die Klägerin

keine expliziten Angaben dazu machte, wem (natürliche Person) K._____, der örtliche Bauleiter der E.____ AG (Urk. 1 S. 7), den Auftrag erteilte resp. Arbeiten zuwies (Urk. 1 S. 7 "der Klägerin"; Urk. 56 S. 12: "der Unternehmung"), sondern sich darauf beschränkte, L.____ und M.____ als Beweismittel anzubieten (Urk. 1 S. 7, S. 9; Urk. 56 S. 9, S. 12). Insoweit hätte der klägerische Sachvortrag konkreter ausfallen können. Allerdings wies die Klägerin auch darauf hin, dass bei der Erschliessung der Häuser A und B seitens der Klägerin stets M.____ und teilweise ein weiterer Mitarbeiter oder L.____ auf der Baustelle anwesend gewesen seien (Urk. 1 S. 8) und die einzelnen auszuführenden Erschliessungsarbeiten wöchentlich durch die Bauleitung der E.____ AG zugewiesen worden seien (Urk. 56 S. 12). Die Beklagte 2 kam auf diesen Punkt erst im Berufungsverfahren zu sprechen. Im vorinstanzlichen Verfahren blieb die Auftragserteilung grundsätzlich unbestritten (Urk. 71 S. 7; dazu E. III/5.3.1), weshalb die Klägerin nicht davon ausgehen musste, ihre Vorbringen zur Vertragsentstehung seien unvollständig bzw. un schlüssig ausgefallen (vgl. zum Verhältnis von Behauptungs- und Substantiierungslast allgemein E. III/1.2). Der unspezifische Substantiierungshinweis der Vorinstanz nach Erstattung der Replik (Prot. I S. 14) vermag daran nichts zu ändern. Dass der genaue Zeitpunkt einer Auftragserteilung bzw. Anweisung (über die in der Rechnung und den Regierapporten enthaltenen Daten hinaus) von Relevanz wäre und den Beweisführungsanspruch tangiert, macht der Beklagte 2 in der Berufung nicht geltend.

4.6.1 Die Vorinstanz hat anhand der von der Klägerin in der Klageschrift grob und in der Rechnung detailliert aufgeführten Leistungen nicht geprüft, ob diese als einheitliche Arbeit zu qualifizieren sind. Die Beklagten gehen im Ergebnis (lediglich) davon aus, die Swisscom-Rohre und die restlichen Erschliessungsarbeiten müssten getrennt betrachtet werden (Urk. 28 S. 6, Urk. 59 S. 6, Prot. I S. 20). Das Kriterium der funktionalen Einheit ist z.B. erfüllt, wenn eine Bauunternehmung aufgrund verschiedener Werkverträge die gleichen oder gleichartige Bauarbeiten für ein bestimmtes Bauwerk zu erbringen hat (Schuhmacher, a.a.O., N 1187). In BGE 106 II 123 wurden die am gleichen Tag in drei separaten Verträgen vergebenen Untergrundarbeiten

- exécution des parois moulées (Ausführung der Schlitzwände)
- travaux de terrassement (Erdarbeiten)
- canalisations et drainages (Kanalisationen und Entwässerungen)

als funktionale Einheit betrachtet. Ebenso wurde in BGE 104 II 352 im Falle der Herstellung und wiederholten Lieferung von Frischbeton angenommen, die Frist beginne mit der letzten Lieferung zu laufen. Vorliegend wurden Erschliessungsarbeiten für zwei neu erstellte Einfamilienhäuser vereinbart, welche die Setzung von Schächten, die Verlegung von Leitungen für Meteor-, Schmutz- und Sickerwasser sowie den Anschluss ans Swisscom- und Cablecom-Netz beinhalten. Obwohl zwischen Wasseranschlüssen und Kabelnetzanschlüssen unterschieden werden kann, erscheinen sämtliche Werkleitungen im Gesamterschliessungsplan von neun Einfamilienhäusern für die Baueingabe der Teilphase Kanalisation (Urk. 4/18). Damit sind die zeitlich nur leicht auseinanderfallenden Arbeiten für die Erschliessung nicht als getrennte Leistungen, sondern als zusammengehörendes Ganzes zu betrachten, womit der Fristbeginn für alle Arbeiten ab deren Vollendung (jedoch für jedes Grundstück getrennt; vgl. E. III/4.6.2) beginnt. Die Arbeiten betreffend Swisscom-Rohre von den restlichen Erschliessungsarbeiten abzugrenzen, weil sie zeitlich nachgelagert bzw. am Schluss (zwischen dem 6. und 8. November 2018) und unter Involvierung der Swisscom erbracht wurden (so der Beklagte 2 in Urk. 28 Rz 17, Rz 25), rechtfertigt sich nicht, da dies an der funktionalen Einheit der Arbeiten, die dem Zweck dienen, die Häuser A und B zu erschliessen und ordnungsgemäss nutzen zu können, nichts zu ändern vermag.

4.6.2 Demgegenüber rechtfertigt es sich nicht, die Erschliessungsarbeiten für *beide Häuser*, die auf getrennten Grundstücken stehen, einem einheitlichen Fristenlauf zu unterwerfen. Zwar war bereits der Aushub für die Häuser A und B in einem einzigen Werkvertrag (allerdings basierend auf zwei Offerten) geregelt worden (Urk. 4/4 in Verbindung mit Urk. 4/5 und Urk. 4/6). Auch wurden die Erschliessungsarbeiten für beide Häuser zeitlich überlappend ausgeführt, nämlich ab 29. August 2018 für Haus A bzw. ab 24. September 2018 für Haus B. Schliesslich wurde ein Teil der Erschliessungsarbeiten für beide Häuser gemeinsam erbracht (Urk. 4/9 S. 7 f.). Die beiden Einfamilienhäuser bilden indes keine funktionale Einheit. Die Klägerin hat die Vollendung der Arbeiten für beide Häuser stets

gesondert dargestellt (Urk. 1 S. 14, Urk. 56 S. 14, Urk. 70 S. 26 bis S. 29) und überdies nicht behauptet, für beide Häuser bzw. für alle Beklagten bestehe ein einheitlicher Fristenlauf. Daher muss die Fristwahrung für das Haus A bzw. den Beklagten 2 einerseits und für das Haus B bzw. die Beklagten 3 und 4 andererseits gesondert geprüft werden.

5.1 Die Vorinstanz hat in einer Eventualbegründung die von der Klägerin angebotenen Beweismittel als untauglich erachtet, den Beweis für das Zustandekommen und den Inhalt des Werkvertrags bzw. der Werkverträge zu erbringen. Zum Vertragsabschluss habe sich die Klägerin lediglich auf den Geschäftsführer der H._____ GmbH, L._____, sowie einen Angestellten der gleichen Unternehmung, M._____, berufen. Demgegenüber habe sie die Befragung von K._____, der die Aufträge für die E._____ AG mündlich erteilt haben soll, nicht beantragt. Nach Auffassung der Vorinstanz lässt sich aus der Befragung lediglich einer Vertragspartei ein übereinstimmender gegenseitiger Wille nicht rechtsgenügend feststellen. Damit erübrigten sich für die Vorinstanz selbst bei einer ausreichenden Substantiierung Beweiserhebungen (Urk. 71 S. 9).

5.2 Die Klägerin macht in der Berufung geltend, die Erschliessungsarbeiten seien weder von der ehemaligen Beklagten 1 als eigentliche Vertragspartnerin noch von den Pfandberechtigten (gemeint: den Pfandeigentümern bzw. den Beklagten 2 bis 4; vgl. auch Urk. 84 S. 8 Rz 20) bestritten worden. Zudem habe sie sich vor Vorinstanz auf zahlreiche Beilagen (Urk. 4/7 und Urk. 4/8) berufen und die Befragung von M._____ und L._____ beantragt. Die Vorinstanz habe Art. 150 ZPO verletzt (Urk. 70 S. 10 f.).

5.3.1 Die klägerischen Einwände sind berechtigt. Die Vorinstanz ist zum Schluss gekommen, die Beauftragung der H._____ GmbH mit der Ausführung der Erschliessungsarbeiten sei von den Beklagten nicht ausdrücklich bestritten worden; diese hätten lediglich geltend gemacht, sie würden die Abmachungen zwischen der H._____ GmbH und der E._____ AG als Generalunternehmerin nicht kennen, und vorgebracht, es sei von zwei bzw. mehreren Einzelverträgen auszugehen (Urk. 71 S. 7 mit Verweis auf Urk. 28 S. 3, Urk. 28 Rz 24 f. und Urk. 59 S. 6). Weder stellen die Beklagten diese vorinstanzliche Feststellung in Abrede noch

zeigen sie auf, dass bzw. wo sie vor Vorinstanz bestritten haben, dass die H._____ GmbH mit der Ausführung der Erschliessungsarbeiten (Erstellung der Kontrollschächte, Sammelschächte und Schlammsammelschächte, separate Leitungen für Meteorwasser, für Schmutzwasser, Elektroanschluss Swisscom, Swisscom-Zuleitung, und Cablecom-Leitungen) betraut wurde (vgl. Urk. 80 Rz 24 ff., Urk. 84 Rz 19 ff.). Wenn die Beklagten die Ausführung der Arbeiten (Urk. 59 Rz 31) bzw. "die Höhe des geforderten Betrages" bestritten und einen "Nachweis für die durchgeführte Arbeit" vermissten (Urk. 52, Prot. I S. 17), erhoben sie Einwände, die nicht das Zustandekommen und den Inhalt des Werkvertrags an sich sondern die Erfüllung der vereinbarten Werkleistungen und den Bezug zu ihrem Grundstück beschlagen. Aus dem vorinstanzlichen Urteil wird nicht ersichtlich, welche streitigen Tatsachen im Zusammenhang mit der Vertragsentstehung und dem Vertragsinhalt des Beweises bedürfen (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Folglich vermag auch die vorinstanzliche Begründung, es fehle an einem rechtsgenügenden Beweis des Vertragsabschlusses und -inhaltes, nicht zu überzeugen.

5.3.2 im Übrigen verfällt die Vorinstanz in eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung, wenn sie festhält, mit den Repräsentanten der früheren Klägerin und Unternehmerin (H._____ GmbH) lasse sich ein übereinstimmender Parteiwille nicht rechtsgenügend erstellen. Dabei sagt die Vorinstanz nicht, L._____ und M._____ seien von vornherein nicht glaubwürdig. Vielmehr begründet die Vorinstanz ihren Standpunkt damit, die Klägerin habe die Befragung des damaligen Verwaltungsrats der E._____ AG, der die mündliche Aufträge erteilt haben solle, nicht anboten (Urk. 71 S. 9). Eine antizipierte Beweiswürdigung liegt nicht nur vor, wenn das Gericht zum Schluss kommt, ein an sich taugliches Beweismittel vermöge seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer strittigen Tatsache, die es insbesondere aufgrund der bereits abgenommenen Beweismittel gewonnen hat, nicht zu erschüttern. Von einer antizipierten Beweiswürdigung ist auch die Rede, wenn das Gericht – wie hier – losgelöst von seiner Überzeugung hinsichtlich der Verwirklichung einer Tatsache, also auch bei offenem Beweisergebnis, einem beantragten Beweismittel die Erheblichkeit oder Tauglichkeit abspricht, um die behauptete Tatsache zu erstellen, zu deren Beweis es angerufen wurde. Dabei ist der Gehörsanspruch dann als verletzt anzusehen, wenn einem

Beweismittel zum vornherein jede Erheblichkeit abgesprochen wird, ohne dass dafür sachliche Gründe angegeben werden können (BGer 4A_66/2018 vom 15. Mai 2019, E. 2.1, mit weiteren Verweisen). Da auch die Parteibefragung als vollwertiges Beweismittel ausgestaltet ist (Art. 168 Abs. 1 lit. f ZPO), kann ihr nicht vorweg unter Hinweis auf die Parteieigenschaft im Prozess jede Beweiskraft abgesprochen und mit dieser Begründung von einer Parteibefragung abgesehen werden (BGE 143 III 297 E. 9.3.2, S. 332 ff.; vgl. auch Müller, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 191 ZPO N 32 ff.).

Die Klägerin hat die Parteibefragung des Geschäftsführers der H._____ GmbH und die Zeugenbefragung eines Angestellten der H._____ GmbH, M._____, offeriert. Der Umstand, dass sie sich nicht zusätzlich auf K._____ als Beweismittel berief, stellt keinen sachlichen Grund dar, um von der Abnahme der beantragten Beweise abzusehen. Dass sich ein Vertragsverhältnis bzw. übereinstimmende gegenseitige Willensäusserungen zwischen der H._____ GmbH und der E._____ AG nur aufgrund von Aussagen des Unternehmers und des Bestellers erstellen liessen, kann nicht von vornherein gesagt werden, auch wenn im Rahmen der Beweiswürdigung die Nähe der befragten Person zu einer Partei und ihre Interessenlage zu berücksichtigen ist. Gegenteiliges wird von der Vorinstanz für den konkreten Fall auch nicht näher dargelegt. Im Übrigen schadet es der Klägerin nicht, dass sie in diesem Zusammenhang nicht explizit eine Verletzung des Rechts auf Beweis (Art. 152 ZPO) geltend macht. Die Rechtsanwendung erfolgt auch im Berufungsverfahren von Amtes wegen (Art. 57 ZPO).

6. Zusammenfassend ist die Vorinstanz zu Unrecht von einer ungenügenden Substantiierung und der Zulässigkeit einer antizipierten Beweiswürdigung ausgegangen. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache zur Prüfung der weiteren Eintragungsvoraussetzungen gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 839 ZGB (einschliesslich Fristwahrung) an die Vorinstanz zurückzuweisen.

IV.

Bei diesem Ausgang ist lediglich eine Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren festzusetzen. Die Verteilung und Liquidation der Prozesskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens ist dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Die Entscheidgebühr ist basierend auf einem Streitwert von Fr. 64'517.10 auf Fr. 4'500.– zu bemessen (§ 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG).

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 16. Juni 2020 wird aufgehoben und die Sache wird zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'500.– festgesetzt.
3. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
4. Es wird vorgemerkt, dass die Klägerin einen Kostenvorschuss von Fr. 6'700.– geleistet hat.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 64'517.10.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 8. November 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw H. Schinz

versandt am:
ip