

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF140001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 30. Januar 2014

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

1. **B._____,**

2. **C._____,**

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte,

betreffend

Bauhandwerkerpfandrecht / vorläufige Eintragung

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 18. Dezember 2013 (ES130067)

Erwägungen:

I.

1. Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Gesuchstellerin) ersuchte mit Eingabe vom 2. Oktober 2013 an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts an einem Grundstück in der Gemeinde D._____ (Kataster-Nummer 1..., Grundbuch/Grundregisterblatt 2.../3...), für eine Forderung von Fr. 37'771.45 zuzüglich 5% Zins seit 5. Januar 2013. Eigentümer des fraglichen Grundstücks sind die Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (nachfolgend Gesuchsgegner; vgl. act. 6/1-2).

Mit Verfügung vom 16. Oktober 2013 (Geschäfts-Nr. ES130054) erwog das Einzelgericht, aus dem Begehren der Gesuchstellerin gehe nicht klar hervor, welche Liegenschaft bzw. welcher Miteigentumsanteil mit welcher Pfandsumme belastet werden soll. Aus diesem Grund forderte das Einzelgericht die Gesuchstellerin auf, ihr Begehren zu präzisieren (act. 6/8). Daraufhin, mit Eingabe vom 22. Oktober 2013, zog die Gesuchstellerin ihr Begehren zurück (act. 6/10). Gestützt darauf schrieb das Einzelgericht das Verfahren Nr. ES130054 mit Verfügung vom 23. Oktober 2013 ab (act. 6/13).

2. Mit Eingabe vom 11. Dezember 2013 stellte die Gesuchstellerin vor dem Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen (Vorinstanz) erneut ein Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts, erneut an einem Grundstück in der Gemeinde D._____ (Kataster-Nummer 1..., Grundbuch/Grundregisterblatt 2.../3...) und für eine Forderung von Fr. 37'771.45 zuzüglich 5% Zins seit 5. Januar 2013 (act. 1, 2).

3. Mit Verfügung vom 18. Dezember 2013 entschied die Vorinstanz was folgt (act. 4 = act. 8 = act. 10):

- "1. Die Akten des Verfahrens Nr. ES130054 werden beigezogen.
2. Auf das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts wird nicht eingetreten.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 1'715.00.
4. Die Gerichtskosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
5. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Gesuchsgegner keine Parteientschädigungen verlangt haben.

[6.-7. Mitteilung, Rechtsmittel]"

Die Verfügung vom 18. Dezember 2013 wurde der Gesuchstellerin am 20. Dezember 2013 zugestellt (act. 5/2).

4. Mit Eingabe vom 30. Dezember 2013 erhob die Gesuchstellerin rechtzeitig Berufung gegen die Verfügung vom 18. Dezember 2013 und stellte die folgenden Anträge (act. 9 S. 2):

- "1. Es seien die Disp.-Ziff. 2 und 4 der Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 18. Dezember 2013 aufzuheben und es sei die Sache zu deren materiellen Beurteilung einschliesslich der Kostenfolge an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. MWSt.-Zuschlag von 8 %) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

5. Mit Verfügung vom 7. Januar 2014 wurde den Gesuchsgegnern Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (act. 12). Die Verfügung konnte den Gesuchsgegnern nicht zugestellt werden. Die Postsendung wurde nach dem Ablauf der 7tägigen Abholfrist mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert (act. 13/1-2).

6. Von der Einholung eines Kostenvorschusses für das Berufungsverfahren wurde abgesehen. Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens (inkl. Beizugsakten ES130054) wurden beigezogen (act. 1-6). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Gegen Erledigungsentscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung nach Art. 308 ff. ZPO zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. a i.v.M. Art. 314 ZPO). Der in vermögensrechtlichen Angelegenheiten vorausgesetzte Streitwert von Fr. 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist angesichts des Betrags der geltend gemachten Forderung von Fr. 37'771.45 gegeben.

2. Die Verfügung betreffend Ansetzung der Berufungsantwortfrist konnte den Gesuchsgegnern – wie eingangs aufgezeigt – nicht zugestellt werden. Die Gesuchsgegner mussten unmittelbar nach dem Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens indes mit gerichtlichen Zustellungen rechnen (vgl. ZK ZPO-Reetz/Theiler, 2. Auflage, N 25 zu Art. 312 ZPO). Daher galt die Verfügung vom 7. Januar 2014 am 16. Januar 2014 als zugestellt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Mithin lief die Frist zur Erstattung der Berufungsantwort am Montag, 27. Januar 2014, ab.

Eine Berufungsantwort wurde bis heute nicht eingereicht. Die Gesuchsgegner sind durch den Ausgang des vorliegenden Berufungsverfahrens indes ohnehin nicht beschwert.

3. Die Vorinstanz erwog, die Gesuchstellerin habe ihr identisches Rechtsbegehren gegen die gleichen Gesuchsgegner bereits im Verfahren ES130054 anhängig gemacht und daraufhin zurückgezogen. Dieser Rückzug sei nach der Zustellung des Gesuches an die Gegenpartei erfolgt, und eine Zustimmung der Gegenpartei zu einem Rückzug ohne Rechtsverlust liege nicht vor. Daher komme dem betreffenden Rückzug gemäss Art. 65 ZPO die Wirkung einer Klageabweisung zu. Einem neuen Gesuch gegen die gleiche Partei über den gleichen Streitgegenstand stehe somit das Prozesshindernis der *res iudicata* nach Art. 59 Abs. 1 lit. e ZPO entgegen (act. 8 S. 2 f.).

4. Die Gesuchstellerin lässt berufsungsweise geltend machen, die Vorinstanz habe im Erstverfahren darauf hingewiesen, dass das Begehren nicht hinreichend bestimmt sei. Danach habe sie, die Berufungsklägerin, das Begehren

indes nicht präzisiert, sondern zurückgezogen. Nun sei die Vorinstanz der Ansicht, die beiden Begehren seien identisch. Die Identität zweier Klagen könne indessen nicht festgestellt werden, wenn die erste Klage nicht hinreichend bestimmt gewesen sei (act. 9 S. 4).

5. Die Gesuchstellerin gab sowohl in ihrem Gesuch vom 2. Oktober 2013 um vorsorgliche Eintragung eines Grundpfandrechts als auch im Gesuch vom 11. Dezember 2013 zwei Grundbuchblätter an und bejahte die Frage nach Baurechten oder Miteigentumsanteilen (Stockwerkeigentum). Weiter erklärte die Gesuchstellerin, es sei nicht die Gesamtliegenschaft mit dem Pfandrecht zu belasten, sondern die Anteile (act. 2, 6/2). In ihrem Gesuch vom 2. Oktober 2013 gab die Gesuchstellerin zusätzlich an, zu belasten seien "Grundbuchblätter Grundbuch Wertquoten-Anteile B._____/C.____ und allgemein" (act. 6/2 S. 2).

Die Vorinstanz hat im Verfahren ES130054 betreffend das erstgenannte Gesuch, in der Verfügung vom 16. Oktober 2013 betreffend Aufforderung zur Verbesserung des Gesuchs, richtig festgehalten, dass aus dem Begehren nicht klar hervorgehe, welche Liegenschaft bzw. welcher Miteigentumsanteil mit welcher Pfandsumme belastet werden soll (act. 6/8). Mit dem Gesuch vom 11. Dezember 2013 verhält es sich gleich, da die Gesuchstellerin bei diesem Anlass kein präzisiertes Gesuch einreichte, sondern bis auf den soeben aufgezeigten Unterschied und eine geringfügig abweichende Umschreibung der letzten Arbeiten das identische, nicht präzisierte Gesuch (act. 2).

6. Die Anforderungen an die Klageeinreichung nach Art. 221 ZPO gelten auch für das Gesuch summarischen Verfahren nach Art. 252 ZPO (Art. 219 ZPO; vgl. BSK ZPO-Mazan, 2. Auflage 2013, Art. 252 N 9). Danach hat das Gesuch ein Rechtsbegehren zu enthalten. Dieses muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung des Begehrens unverändert zum Urteil erhoben werden kann (BSK ZPO-Willisegger, 2. Auflage 2013, Art. 221 N 18). Dieser Anforderung genügten sowohl das erste als auch das zweite Begehren der Gesuchstellerin (vom 2. Oktober bzw. 11. Dezember 2013) nicht.

7. Eine abgeurteilte Sache (res iudicata) liegt vor, wenn der strittige Anspruch mit einem schon rechtskräftig beurteilten identisch ist. Dies trifft zu, wenn der Anspruch dem Gericht aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf den gleichen Sachverhalt erneut zur Beurteilung unterbreitet wird (ZK ZPO-Zürcher, 2. Auflage 2013, Art. 59 N 36). "Bereits rechtskräftig beurteilt" in diesem Sinne kann nach Massgabe der Bestimmung von Art. 65 ZPO auch ein vor dem materiellen Entscheid zurückgezogenes Begehren sein, wenn der Rückzug erfolgte, nachdem das Begehren der Gegenpartei zugestellt wurde, und ohne dass diese dem Rückzug zugestimmt hätte.

7.1 Ein Begehren, auf das wegen fehlender Bestimmtheit nicht eingetreten werden kann, ist nach dem vorstehend Gesagten (vorne II./6) ungeeignet, einen materiellen Entscheid über einen bestimmten Anspruch herbeizuführen. Einem solchen Begehren kann konsequenterweise auch keine Ausschlusswirkung im Sinne der res iudicata gegenüber einem bestimmten Anspruch zukommen – welchem bestimmten Anspruch gegenüber dies so sein sollte, wäre nicht feststellbar.

7.2 Abzulehnen ist auch eine Ausschlusswirkung des ersten, zurückgezogenen Begehrens gegenüber einem weiteren, ebenfalls unbestimmten Begehren. Um die Identität zweier Ansprüche beurteilen zu können, ist es unverzichtbar, dass diese Ansprüche als solche genau identifiziert werden können. Die Ausschlusswirkung der res iudicata kann sich daher nur auf einen konkret bestimmten Streitgegenstand beziehen.

Fehlt es bereits an einem bestimmten Streitgegenstand, so ist das Begehren ohnehin ungeeignet, einen materiellen Entscheid herbeizuführen. Das der Ausschlusswirkung zugrunde liegende Interesse an der Vermeidung widersprüchlicher Urteile und der Sicherstellung des Rechtsfriedens durch ein bindendes Urteil (BSK ZPO-Gehri, 2. Auflage 2013, Art. 59 N 18) ist in dieser Konstellation somit in keinem Fall gefährdet. Ein materieller Entscheid könnte erst nach einer Verbesserung des Rechtsbegehrens ergehen. Dann wäre eine Ausschlusswirkung eines früheren Begehrens denkbar, wenn das durch die Verbesserung genügend bestimmte Begehren identisch mit einem bereits

beurteilten (ebenfalls bestimmten) Begehren wäre. Vorausgesetzt wäre dann aber, dass in einem früheren Verfahren ein solches, genügend bestimmtes Begehren gestellt wurde. Nur ein solches könnte mit dem neuen, verbesserten und entsprechend bestimmten Begehren identisch sein. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

7.3 Das Gesagte zeigt, dass der vorliegende Fall nicht mit demjenigen zu vergleichen ist, den das Bundesgericht in BGE 115 II 187 beurteilte. Danach wird die Abweisung einer Klage aufgrund *fehlender Substantiierung* materiell rechtskräftig. Nach Art. 65 ZPO muss für einen Rückzug bei gegebenen Voraussetzungen dasselbe gelten. In jenem Fall fehlte es indes nur an der Substantiierung der dem Anspruch zugrundeliegenden Tatsachenbehauptungen, während der Anspruch als solcher ausreichend individualisiert war (BGE 115 II 187 E. 3c S. 192). Ein genügend bestimmtes Rechtsbegehren lag damit vor. Dessen Beurteilung auch im Sinne der Verneinung der hinreichenden Substantiierung (mit der Folge der Klageabweisung) hat Ausschlusswirkung gegenüber einem späteren identischen Begehren. Einem *unbestimmten Begehren* kann dagegen nach dem Gesagten keine Ausschlusswirkung zukommen.

Anders als im vom Bundesgericht beurteilten Fall des bestimmten Begehrens mit ungenügend substantiierter Begründung wäre ein unbestimmtes Begehren aus den nachfolgend aufgezeigten Gründen denn auch nicht etwa wegen fehlender Substantiierung abzuweisen:

Die Anforderungen an die Klage bzw. das Gesuch nach Art. 221 ZPO gelten – unter Vorbehalt der Mängel nach Art. 132 ZPO – als Prozessvoraussetzungen (Müller, DIKE-Komm-ZPO, online-Version, Stand 20. Oktober 2013, Art. 59 N 81). Bei den von Art. 132 ZPO erfassten Mängeln handelt es sich indes um formelle Mängel in dem Sinne, dass etwas leicht Erkennbares fehlt, d.h. Dinge, deren Fehlen ohne besonderen Aufwand sofort erkennbar ist, wie die Unterschrift oder die Vollmacht. Ist dagegen etwas vorhanden, aber mangelhaft, so fällt dies unter die Prüfung der Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 ZPO (Müller, DIKE-Komm-ZPO, online-Version, Stand 20. Oktober 2013, Art. 59 N 94 f.). Genügt ein

Rechtsbegehren den Anforderungen hinsichtlich der Bestimmtheit nicht, so ist dieser Mangel somit unter Art. 59 ZPO zu subsumieren und ist auf die Klage bzw. das Gesuch nicht einzutreten. Einem solchen Entscheid könnte nach allgemeiner Regel keine Ausschlusswirkung zukommen (Müller, DIKE-Komm-ZPO, online-Version, Stand 20. Oktober 2013, Art. 59 N 71). Das gleiche muss für den Rückzug eines Begehrens gelten, das ungeeignet war, einen bestimmten Sachentscheid herbeizuführen.

Zusammenfassend hat die Vorinstanz das Prozesshindernis einer *res iudicata* zu Unrecht bejaht.

8. Indessen ist die Vorinstanz aus einem anderen Grund zu Recht auf das Begehren nicht eingetreten. Vorstehend wurde dargelegt, dass das Rechtsbegehren, welches die Gesuchstellerin am 11. Dezember 2013 stellte (act. 2), den Anforderungen hinsichtlich der Bestimmtheit nicht genügte (vorne II./6.). Ebenso wurde aufgezeigt, dass auf ein solches Begehren nicht einzutreten ist (vorne II./7.3). Der vorinstanzliche Nichteintretensentscheid ist daher im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Fragen könnte sich einzig, ob die Vorinstanz nach Treu und Glauben sowie in Anwendung der Fragepflicht nach Art. 56 ZPO gehalten gewesen wäre, die Gesuchstellerin erneut auf den Mangel der ungenügenden Bestimmtheit ihres Begehrens hinzuweisen. Eine solche Pflicht der Vorinstanz ist indes unter den vorliegenden Umständen zu verneinen. Nachdem die Gesuchstellerin im ersten Verfahren ES130054 auf die Anforderungen an die Bestimmtheit des Begehrens hingewiesen worden war (act. 6/8), war es nach Treu und Glauben an der Gesuchstellerin, das zurückgezogene Begehren bei einer erneuten Einreichung in bestimmter Form zu stellen. Die Vorinstanz hat daher zu Recht davon abgesehen, ein weiteres Mal auf den Mangel hinzuweisen.

9. Zusammenfassend ist die Vorinstanz zu Recht auf das Begehren der Gesuchstellerin nicht eingetreten. Dies führt zur Abweisung der Berufung und zur Bestätigung des angefochtenen Entscheids.

III.

1. Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Entsprechend ist auch der vorinstanzliche Kostenentscheid zu bestätigen.

Den Gesuchsgegnern ist mangels Aufwendungen im zweitinstanzlichen Verfahren für dieses keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr richtet sich nach dem eingangs aufgezeigten Streitwert von Fr. 37'771.45 und ist in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG festzusetzen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass lediglich die Eintretensfrage zu überprüfen war.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und die Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 18. Dezember 2013 (ES130067) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.00 festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 37'771.45.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: