

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF140029-O/ U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

Urteil vom 15. April 2014

in Sachen

A._____ GmbH,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

gegen

1. **B._____,**
2. **C._____,**
3. **D._____,**
4. **E._____,**
5. **F._____,**
6. **G._____,**
7. **H._____,**
8. **I._____,**
9. **J._____,**
10. **K._____,**
11. **L._____,**
12. **M._____ GmbH,**
13. **N._____,**
14. **O._____,**
15. **P._____,**
16. **Q._____,**
17. **R._____,**

18. **S.**_____,
19. **T.**_____,
20. **U.**_____,
21. **V.**_____,
22. **W.**_____,
23. **BA.**_____,
24. **BB.**_____,
25. **BC.**_____,
26. **BD.**_____ **AG,**
27. **BE.**_____,
28. **BF.**_____,
29. **BG.**_____,
30. **BH.**_____,
31. **BI.**_____,
32. **BJ.**_____,
33. **BK.**_____,
34. **BL.**_____,
35. **BM.**_____,
36. **BN.**_____,
37. **BO.**_____,
38. **BP.**_____,
39. **BQ.**_____,
40. **BR.**_____,
41. **BS.**_____,
42. **BT.**_____,
43. **BU.**_____,
44. **BV.**_____,
45. **BW.**_____,
46. **CA.**_____,
47. **CB.**_____,
48. **CC.**_____,
49. **CD.**_____,

- 50. **CE.**_____,
- 51. **CF.**_____,
- 52. **CG.**_____,
- 53. **CH.**_____,
- 54. **CI.**_____,
- 55. **CJ.**_____,
- 56. **CK.**_____,
- 57. **CL.**_____,
- 58. **CM.**_____,
- 59. **CN.**_____,
- 60. **CO.**_____,
- 61. **CP.**_____,
- 62. **CQ.**_____,
- 63. **CR.**_____,
- 64. **CS.**_____,
- 65. **CT.**_____,
- 66. **CU.**_____,
- 67. **CV.**_____,
- 68. **CW.**_____,
- 69. **DA.**_____,
- 70. **DB.**_____,
- 71. **DC.**_____,
- 72. **DD.**_____,
- 73. **DE.**_____,
- 74. **DF.**_____,
- 75. **DG.**_____,
- 76. **DH.**_____,
- 77. **DI.**_____,
- 78. **DJ.**_____,
- 79. **DK.**_____,
- 80. **DL.**_____,
- 81. **DM.**_____,

- 82. **DN.**_____,
- 83. **DO.**_____,
- 84. **DP.**_____,
- 85. **DQ.**_____,
- 86. **DR.**_____,
- 87. **DS.**_____,
- 88. **DT.**_____,
- 89. **DU.**_____,
- 90. **DV.**_____,
- 91. **DW.**_____,
- 92. **EA.**_____,
- 93. **EB.**_____,
- 94. **EC.**_____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte,

Nr. 1, 2 und 44 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 11. März 2014 (ES140006)

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 15. Januar 2014 beantragte die Gesuchstellerin beim Bezirksgericht Zürich, es sei das Grundbuchamt Aussersihl-Zürich einstweilen anzuweisen, vorläufige Pfandrechte zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegner im Grundbuch einzutragen (act. 1, 2 unter Hinweis auf act. 5/2 und 5/3/2). Mit Verfügung vom 16. Januar 2014 liess das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich die beantragten Bauhandwerkerpfandrechte vorläufig im Grundbuch eintragen (act. 8a). Mit Verfügung vom 21. Januar 2014 wurde der Gesuchstellerin eine 10-tägige Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 15a). Die als Gerichtsurkunde an die Gesuchstellerin versandte Verfügung wurde von der Post mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert (act. 33 und 34). Mit Verfügung vom 14. Februar 2014 wurde der Gesuchstellerin eine 5-tägige Nachfrist zur Leistung des Vorschusses angesetzt, mit der Androhung, dass bei Säumnis auf das Gesuch nicht eingetreten werde (act. 37a). Die Sendung kam mit dem Vermerk zurück, dass der Empfänger unter der angegebenen Adresse nicht habe ermittelt werden können (act. 38 und 39). Erfolgreich war ein zweiter Zustellversuch vom 25. Februar 2014, der dazu führte, dass die Verfügung die Gesuchstellerin am 27. Februar 2014 erreichte (act. 37b). Da der Kostenvorschuss nicht innert Frist geleistet wurde, trat das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich mit Verfügung vom 11. März 2014 auf das Gesuch der Gesuchstellerin nicht ein (act. 45 [= act. 65] Dispositivziffer 1 S. 23). Gleichzeitig wurde die Löschung der vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte angeordnet (act. 45 Dispositivziffer 2 S. 23 ff.).

2. Dagegen richtet sich die von der Gesuchstellerin mit Eingabe vom 25. März 2014 rechtzeitig (vgl. ES zu act. 45 S. 1) erhobene Berufung. Sie beantragt, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und es sei ihr eine neue Frist für die Bezahlung des Vorschusses einzuräumen, eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen. Sie begründet ihre Berufung damit, dass es bei der Zustellung der ersten Verfügung Probleme gegeben

habe. Die zweite Verfügung sei ihrem einzigem Organ nie zugestellt worden. Die entsprechenden Beweise würden noch nachgereicht (act. 66).

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-63). Stellungnahmen (Art. 312 ZPO) wurden nicht eingeholt, weil sich das Verfahren als spruchreif erweist.

II.

1. Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO) und tritt nur auf eine Klage oder auf ein Gesuch ein, sofern diese erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Sofern das Gericht – wie vorliegend geschehen – von der klagenden Partei einen Vorschuss in der Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangt, wird dessen Leistung zur Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO, Art. 98 ZPO, ZK ZPO-ZÜRCHER, Art. 59 N 50 ff.; BK ZPO-ZINGG, Art. 59 N 151 ff.). Wird der Vorschuss auch nicht innert der Nachfrist geleistet, so tritt das Gericht auf die Klage oder auf das Gesuch nicht ein (Art. 101 Abs. 3 ZPO).

2. Mit der Rechtshängigkeit eines Verfahrens entsteht ein Prozessrechtsverhältnis, welches die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Diese Pflicht gilt, weil während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss (vgl. auch Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Wird der Adressat anlässlich einer versuchten Zustellung nicht angetroffen und daher eine Abholeinladung in seinen Briefkasten oder sein Postfach gelegt, so gilt die Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie auf der Post abgeholt wird. Geschieht das nicht innert der Abholfrist, die sieben Tage beträgt, so gilt die Sendung als am letzten Tag dieser Frist zugestellt, sofern der Adressat mit der Zustellung hatte rechnen müssen (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO vgl. auch BGE 130 III 396 E. 1.2.3; BGE 127 I 31 E. 2a/aa; BGE 123 III 492 E. 1, je mit Hinweisen; zum Ganzen auch OGer ZH, LC130004 vom 9. April 2013

E. II/2.2; LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 138 N 50-60; ZK ZPO-STAEHELIN, 2. Aufl., Art. 138 N 8 f.).

Vorliegend hat die Gesuchstellerin mit dem Einreichen ihres Gesuchs um vorläufige Eintragung eines Pfandrechts im Grundbuch beim Bezirksgericht Zürich ein Prozessrechtsverhältnis begründet und daher mit der Zustellung von behördlichen Akten rechnen müssen. Die am 22. Januar 2014 als Gerichtsurkunde an die Gesuchstellerin (an die von ihr bezeichnete Adresse) versandte Verfügung vom 21. Januar 2014 wurde von der Post mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert (act. 15a, act. 33 und act. 34). Für die erfolglos zugestellten Sendungen hat die siebentägige Frist nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO zu gelten. Die fiktive Zustellung hat zur Folge, dass die Gesuchstellerin so behandelt wird, wie wenn sie die Verfügung vom 21. Januar 2014 tatsächlich erhalten hätte.

Die Gesuchstellerin macht in der Berufungsschrift geltend, die zweite Verfügung mit der Nachfristansetzung sei nicht richtig zugestellt worden (act. 66). Die Verfügung vom 14. Februar 2014 (act. 37a), mit welcher der Gesuchstellerin eine 5-tägige Nachfrist zur Leistung des Vorschusses angesetzt und auf die Säumnisfolgen der Nichtleistung hingewiesen wurde, konnte der Gesuchstellerin am 27. Februar 2014 zugestellt werden; entgegengenommen wurde sie von Frau ED._____ (vgl. act. 37b). Aus den Akten geht hervor, dass die Gesuchstellerin bei der Post einen Nachsendeauftrag hatte, zunächst an c/o EE._____, EF._____-Strasse ..., EG._____, dann an c/o Herr EH._____, EF._____-Strasse ..., EG._____ (act. 41). Auch die angefochtene Verfügung vom 11. März 2014 wurde von Frau ED._____ für die Gesuchstellerin – an der von ihr angegebenen Adresse bzw. dem Nachsendeauftrag entsprechend – entgegengenommen (vgl. ES zu act. 45 S. 1). Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin gilt eine Zustellung an eine juristische Person auch dann als richtig erfolgt, wenn sie von einer anderen Person als dem Geschäftsführer bzw. einer zeichnungsberechtigten Person entgegengenommen wird. Zustellungen an juristische Personen sind an ihrem Sitz oder an ihrer Geschäftsniederlassung vorzunehmen. Die Person, die bei der Ersatzzustellung die Sendung übernimmt, braucht zur Entgegennahme von Ge-

richtsurkunden weder ausdrücklich noch stillschweigend ermächtigt zu sein (ZK ZPO-STAEHELIN, Art. 138 N 5).

Die Verfügung vom 14. Februar 2014 (act. 37a) gilt damit als am 27. Februar 2014 rechtsgültig zugestellt; die für die Leistung des Vorschusses angesetzte Nachfrist von fünf Tagen lief folglich am 4. März 2014 ab. Der von der Gesuchstellerin verlangte Kostenvorschuss wurde nicht (innert Frist) geleistet, weshalb die Vorinstanz zu Recht auf das Gesuch der Gesuchstellerin nicht eingetreten ist (act. 65).

3. Dem Vorstehenden folgend erweist sich die Berufung der Gesuchstellerin gegen die angefochtene Verfügung vom 11. März 2014 als unbegründet und ist abzuweisen.

III.

Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Grundlage für die Festsetzung der Gerichtskosten bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Beim vorliegenden Streitwert von rund Fr. 190'000.– (vgl. act. 15a S. 7) und unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 8 Abs. 1 GebV OG und § 12 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Eine Parteientschädigung an die Gesuchsgegner ist mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und die Verfügung des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichts Zürich vom 11. März 2014 (ES140006) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt und der Gesuchstellerin auferlegt.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin gegen Empfangsschein, an die Gesuchsgegner unter Beilage einer Kopie von act. 66, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich.
5. 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 rund Fr. 190'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Graf

versandt am: