

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF140031-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie
Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

Urteil vom 20. Juni 2014

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ GmbH,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes
Zürich vom 3. März 2014 (ES140012)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1.1. Es sei auf der Liegenschaft Kat.-Nr. ..., Grundbuchblatt ..., C.____-Strasse ..., ... Zürich-Oerlikon, Grundbuchamt der Stadt Zürich, Grundbuchkreis Oerlikon, welche sich im Eigentum von A.____ befindet, ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin im Betrage von CHF 109'436.– zuzüglich Zins zu 12% auf CHF 101'012.– seit dem 1. März 2013 und Zins zu 10% auf CHF 8'424.– seit dem 15. November 2013 provisorisch einzutragen.
- 1.2. Die Anordnung der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts habe gestützt auf Art. 262 lit. c ZPO durch richterliche Anweisung an das Grundbuchamt Zürich, Grundbuchkreis Oerlikon und infolge besonderer Dringlichkeit gestützt auf Art. 265 Abs. 1 ZPO ohne vorherige Anhörung der Gesuchsgegnerin, d.h. superprovisorisch zu erfolgen.
- 1.3. Von der Durchführung einer Verhandlung sei abzusehen und der Gegenpartei stattdessen in Anwendung von Art. 265 Abs. 2 ZPO Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu geben.
- 1.4. Der Gesuchstellerin sei in Anwendung von Art. 263 ZPO eine Frist von vier Monaten anzusetzen, innert welcher sie auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts und Anerkennung und/oder Feststellung der Forderung zu klagen habe.
- 1.5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht Audienz,

vom 3. März 2014:

(act. 14 = act. 19 = act. 21 S. 8 f.)

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt Oerlikon-Zürich wird bestätigt
als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB
mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 6. Februar 2014 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses
auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBl. ...,
C.____-Strasse ..., ... Zürich,
für eine Pfandsumme von Fr. 101'012.– nebst Zins zu 12 % seit 4. September 2013 (mittlerer Verfall) und Fr. 8'424.– nebst Zins zu 10 % seit 15. November 2013.

2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist von *60 Tagen* ab Zustellung dieses Urteils angesetzt, um direkt beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen den Gesuchsgegner anzuheben. Bei Säumnis kann der Gesuchsgegner beim Einzelgericht den vorläufigen Eintrag (Dispositivziffer 1) löschen lassen.
3. Die Entscheidgebühr von Fr. 4'750.– wird von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im Verfahren um definitive Eintragung des Pfandrechts. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositivziffer 2 die Klage nicht anhängig macht, wird ihr die Entscheidgebühr definitiv auferlegt.
4. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im Verfahren um definitive Eintragung des Pfandrechts vorbehalten.
5. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositivziffer 2 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung von Fr. 5'400.– zu bezahlen.
- 6.-8. Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge des Berufungsklägers:

(act. 20 S. 2)

- "1. Es sei das Urteil vom 3. März 2014 des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz (Geschäfts-Nr. ES 140012-L) vollumfänglich aufzuheben;
 2. Es sei das Grundbuchamt Oerlikon-Zürich anzuweisen, das zugunsten der Berufungsbeklagten/Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch eingetragene Pfandrecht auf der Liegenschaft Kat.-Nr. ..., GBBl. ..., C. _____-Strasse ..., ... Zürich, für eine Pfandsumme von CHF 101'012.00 nebst Zins zu 12% seit 4. September 2013 (mittlerer Verfall) und CHF 8'424.00 nebst Zins zu 10% seit 15. November 2013 zu löschen;
 3. Es seien die Gerichtskosten des Verfahrens vor dem Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz (Geschäfts-Nr.: ES 140012-L), vollumfänglich der Berufungsbeklagten/Gesuchstellerin aufzuerlegen;
 4. Es sei dem Berufungskläger/Gesuchsgegner im Verfahren vor dem Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz (Geschäfts-Nr.: ES 140012-L) eine angemessene Prozessentschädigung (zuzüglich 8% MwSt) zuzusprechen;
- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MwSt) zu Lasten der Berufungsbeklagten/Gesuchstellerin."

Berufungsanträge der Berufungsbeklagten:

(act. 29 S. 2)

- "1.1. Die Berufung sei abzuweisen.
- 1.2. Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht Audienz vom 3. März 2014 (Geschäfts-Nr. ES140012-L) sei zu bestätigen.
- 1.3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsklägers/Gesuchsgegners."

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 5. Februar 2014 machte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Berufungsbeklagte) beim Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, ein Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zulasten eines im Eigentum des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (nachfolgend Berufungskläger) stehenden Grundstücks an der C.____-Strasse ... in ... Zürich (Kataster-Nummer ..., Grundbuchblatt ...) für eine geltend gemachte Forderung von Fr. 109'436.– zuzüglich Zins zu 12% auf CHF 101'012.– seit dem 1. März 2013 und Zins zu 10% auf CHF 8'424.– seit dem 15. November 2013 anhängig (act. 1). Die Vorinstanz wies das Grundbuchamt Oerlikon-Zürich mit Verfügung vom 6. Februar 2014 einstweilen an, das Pfandrecht für eine Pfandsumme von Fr. 101'012.– nebst Zins zu 12% seit 4. September 2013 (mittlerer Verfall) und Fr. 8'424.– nebst Zins zu 10% seit 15. November 2013 im Sinne von Art. 961 ZGB vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig setzte sie dem Berufungskläger Frist zur schriftlichen Stellungnahme (act. 7a). Nach deren Eingang (act. 12) bestätigte die Vorinstanz mit Urteil vom 3. März 2014 die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt als vorläufige Eintragung (act. 14 = act. 19 = act. 21).

2. Gegen dieses Urteil richtet sich die hierorts rechtzeitig anhängig gemachte Berufung (act. 20, act. 17). Die Kammer auferlegte dem Berufungskläger mit Verfügung vom 8. April 2014 (act. 24) einen Kostenvorschuss, der innert Frist

geleistet wurde (act. 25, act. 26). Mit Verfügung vom 6. Mai 2014 (act. 27) wurde der Berufungsbeklagten Frist zur Berufungsantwort angesetzt, die rechtzeitig einging (act. 28, act. 29). Die Berufungsantwort wurde dem Berufungskläger zugestellt (act. 31), weshalb sich die Sache nunmehr als spruchreif erweist.

II.

1.1 Die Vorinstanz erwog, dass es nicht ausgeschlossen werden könne und auch nicht höchst unwahrscheinlich scheine, dass das Pfandrecht der Berufungsbeklagten bestehe und bestätigte die einstweilige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes (act. 19 S. 7).

1.2 Der Berufungskläger bringt dagegen in erster Line vor, dass die Vorinstanz Art. 55 Abs. 1 ZPO verletzt habe, indem sie sich in ihrem Entscheid auf Tatsachen gestützt habe, die von der Berufungsbeklagten nicht behauptet worden seien. In Wiederholung seiner vorinstanzlichen Stellungnahme wendet er ein, dass die Berufungsbeklagte verpflichtet gewesen wäre, die in Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 ZGB aufgestellten Bedingungen für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes zu behaupten und glaubhaft zu machen. Dies habe sie aber nicht einmal ansatzweise getan. Sie habe in ihrem Gesuch mit keinem einzigen Wort erwähnt, ob die vorliegend als Besteller handelnden Personen (D.____, E.____ und die F.____ GmbH) in der Eigenschaft als Handwerker oder Unternehmer, Mieter, Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person oder als deren (direkte oder indirekte) Stellvertreter aufgetreten seien. Ungeachtet dessen habe die Vorinstanz erwogen, dass sie die Bestellungen im Auftrag des Mieters der betroffenen Liegenschaft, G.____, aufgegeben hätten und als indirekte Stellvertreter zu qualifizieren seien (act. 20 S. 5 f. und S. 7 ff., vgl. act. 12 S. 5).

Im Übrigen habe sich die Vorinstanz ausschliesslich auf von der Berufungsbeklagten eingereichte Gesuchsbeilagen gestützt. Ein Richter dürfe sich jedoch nicht auf Tatsachen abstützen, welche sich bloss aus eingereichten Beilagen ergeben, auf die in der Rechtsschrift nicht klar verwiesen worden sei.

Dies verletze ebenfalls die Verhandlungsmaxime nach Art. 55 Abs. 1 ZPO (act. 20 S. 9).

1.3 Die Berufungsbeklagte macht geltend, dass bei der Vormerkung vorläufiger Eintragungen von Bauhandwerkerpfandrechten aufgrund der hohen zeitlichen Dringlichkeit an die Glaubhaftmachung sowie an die Behauptungs- und Substantiierungslast nur sehr geringe Anforderungen zu stellen seien (act. 29 S. 3, 6, 11). Vor diesem Hintergrund hätten die Behauptungen im Gesuch bezüglich der Vertragsabschlüsse durch D._____, E._____ und die F._____ GmbH durchaus genügt. Erst im folgenden Hauptverfahren um die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts werde es an ihr sein, detailliert darzulegen und zu beweisen, dass sämtliche Voraussetzungen für die definitive Eintragung gegeben seien (act. 29 S. 5).

Vom Berufungskläger werde zugestanden, dass D._____, E._____ und die F._____ GmbH mit zwei Werkverträgen den Einbau einer ...küche und diverse weitere Küchenmöbel bei ihr bestellt hätten. Ohne entsprechende Berechtigung hätten diese Personen dies mit Sicherheit nicht getan (act. 29 S. 7). Indem der Berufungskläger gegen die Arbeits- und Materiallieferungen der Berufungsbeklagten nie protestiert habe, sei die geschilderte Berechtigung der beiden Herren und der F._____ GmbH ausgewiesen (act. 29 S. 8). Abgesehen davon sei vorliegend einzig und allein das Einverständnis des Berufungsklägers zu den von ihr zu erbringenden Bauarbeiten auf der fraglichen Parzelle glaubhaft zu machen gewesen. Dies sei vorliegend geschehen. Ob die Behauptung, D._____, E._____ und die F._____ GmbH hätten im Auftrag des Mieters G._____ die Werkverträge geschlossen, aufgestellt worden sei oder nicht, sei völlig irrelevant (act. 29 S. 11).

Ausreichend sei sodann, wenn dem Gericht unter Verweis auf die Akten die schlüssige Behauptung unterbreitet worden sei, dass die Berufungsbeklagte auf Veranlassung von an der Liegenschaft berechtigten Personen gehandelt habe. Der Verweis auf ein Aktenstück genüge, sofern in der Rechtsschrift auf eine darin enthaltene Aussage Bezug genommen werde (act. 29 S. 6 f.).

2. Das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts muss ungeachtet des zugrundeliegenden Summarverfahrens begründet werden (Art. 219 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO). Dem Bauunternehmer obliegt es nicht nur, Bestand und Höhe der von ihm geltend gemachten und zu sichernden Vergütungsforderung glaubhaft zu machen; er hat auch sämtliche übrigen in Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB genannten Voraussetzungen kurz darzulegen. Darunter fällt der Besteller der baupfandberechtigten Leistung bzw. der Pfandschuldner (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich u.a. 2008, N 1387 sowie DERSELBE, Ergänzungsband zur 3. Auflage, Zürich u.a. 2011, N 182; BSK ZGB II-HOFSTETTER/THURNHERR, Art. 839/849 N 9). Insofern stösst die Argumentation der Berufungsbeklagten, dieser Behauptung komme neben der glaubhaft zu machenden Zustimmung des Grundeigentümers keine eigenständige Bedeutung zu, von vornherein ins Leere.

3.1 Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass es sich bei den drei vorliegend als Besteller auftretenden Personen (D._____, E._____ und der F._____ GmbH) zwar nicht um in Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB genannte Personen handle, dass aber in deren Auftrag tätigen direkten oder indirekten Stellvertretern ebenfalls die Bestellereigenschaft im Sinne der genannten Bestimmung zukomme (act. 19 S. 3). Vorliegend erscheine es – obwohl von der Berufungsbeklagten nicht explizit behauptet – aufgrund der Beilagen und der gesamten Umstände als glaubhaft, dass die erwähnten Besteller nicht unabhängig vom Mieter der betroffenen Liegenschaft (G._____), sondern vielmehr in dessen Auftrag als indirekte Stellvertreter gehandelt hätten (act. 19 S. 4 f.). In dieser Schlussfolgerung der Vorinstanz sieht der Berufungskläger eine Verletzung der Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO).

3.2 Aus dem Verhandlungsgrundsatz gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO folgt die Behauptungs- und Substantiierungslast der Parteien. Die Parteien haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen. Tatsachenbehauptungen bestehen darin, dass Sachverhalte beschrieben werden, die aus der Sicht der betreffenden Partei rechtserheblich sind. Die Tatsachen sind überdies in einer ausreichend detaillierten Art und Weise zu schildern bzw. zu

behaupten, sodass sie vom Gericht nachvollzogen und von der Gegenpartei bestritten werden können. Der Verhandlungsgrundsatz betrifft somit die Frage, wer in einem Prozess die tatsächlichen Urteilsgrundlagen beschaffen soll (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/VON ARX, Art. 55 N 7, 11, 20 ff.).

Davon abzugrenzen ist die Frage nach dem Beweismass. Dieses legt fest, mit welchem Grad an Sicherheit und Intensität das Gericht vom Vorhandensein einer *behaupteten* Tatsache überzeugt sein muss. Dabei sind unterschiedliche Intensitäten möglich, welche vom blossen Glaubhaftmachen bis zur absoluten Sicherheit reichen können (SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich u.a. 2012, N 897).

3.3 Über das Gesuch um provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts wird wie erwähnt im summarischen Verfahren entschieden (Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO), weshalb die Voraussetzungen des Anspruchs auf Eintragung nur (aber immerhin) glaubhaft zu machen sind (Art. 261 Abs. 1 ZPO, Art. 961 Abs. 3 ZGB). Wie die Vorinstanz zu Recht erwog, darf im Verfahren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angesichts der besonderen Interessenlage des Unternehmers die Eintragung nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfalle ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über Bestand um Umfang des Pfandrechts dem ordentlichen Richter zu überlassen. Insofern gilt ein geringeres Beweismass (act. 19 S. 3; SCHUMACHER, Ergänzungsband, N 609).

Das herabgesetzte Beweismass der Glaubhaftmachung ändert jedoch nichts an der Behauptungs- und Substantiierungslast des Gesuchstellers. Dieser muss in seinem Gesuch mit substantiierten Behauptungen seinen Anspruch auf ein Baupfandrecht und dessen Dringlichkeit begründen. Lediglich in besonders einfachen Fällen ist es zulässig, dass ein schriftlich eingereichtes Gesuch allein das Rechtsbegehren und die erforderlichen Beweismittel enthält, ohne die Sachverhaltsdarstellungen im Gesuch aufzuführen (SCHUMACHER, Ergänzungsband, N 597).

3.4 Das Gesuch der Berufungsbeklagten um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts beschränkte sich auf die Darstellung, dass G. _____ im Jahr 2012 mit der H. _____ AG einen Mietvertrag über eine Grundfläche von 80m² in der vom Pfandrecht betroffenen Liegenschaft geschlossen habe. Sodann seien im April und September 2013 von D. _____, E. _____ und der F. _____ GmbH Werkverträge mit der Berufungsbeklagten abgeschlossen worden (act. 1 S. 3). In welcher Funktion die genannten Personen auftraten und in welcher Beziehung sie zum Mieter G. _____ standen, wurde mit keinem Wort dargetan.

3.5 Die Vorinstanz schloss insbesondere aus dem eingereichten Handelsregisterauszug der F. _____ GmbH, der G. _____ und E. _____ als ehemalige Gesellschafter und Geschäftsführer dieser Unternehmung ausweist (act. 4/7), auf das indirekte Stellvertretungsverhältnis zum Mieter G. _____. Auch die Überschrift der beiden Werkverträge liefere ein Indiz, dass offenbar die F. _____ GmbH nach Beendigung der Bauarbeiten in den von G. _____ gemieteten Räumlichkeiten einen Gastrobetrieb zu führen beabsichtigte. Eine Verbindung zwischen den drei Personen sei aus den Beilagen ersichtlich und damit die Bestellereigenschaft glaubhaft gemacht (act. 19 S. 4).

3.6 Korrekt ist, dass es sich bei rechtskonform publizierten Handelsregistereinträgen prozessual um offenkundige bzw. notorische Tatsachen im Sinne von Art. 151 ZPO handelt. Als solche müssen sie im kantonalen Verfahren weder behauptet noch bewiesen werden (BGer 4A_412/2011 vom 4. Mai 2012 E. 2.2). Aus dem Handelsregisterauszug der F. _____ GmbH ergibt sich tatsächlich eine "Verbindung" zwischen dieser, G. _____ sowie E. _____, und zwar insofern als die beiden Letztgenannten ehemalige Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH sind. Welche Bedeutung dieser Verbindung im Hinblick auf das Mietverhältnis zwischen G. _____ und der H. _____ AG zukommt, bleibt jedoch im Unklaren. Namentlich wurde G. _____ als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift per 25. Februar 2013, also noch vor Abschluss des Werkvertrages vom 20./25. September 2013 (act. 4/6), gelöscht. In welcher Funktion sodann D. _____ die Bestellungen aufgegeben hat, ist

überhaupt nicht ersichtlich; er ist nicht als zeichnungsberechtigtes Organ der GmbH im Handelsregister eingetragen.

Der Handelsregisterauszug zeigt allein das gesellschaftsrechtliche Verhältnis der Personen zueinander auf. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der im Handelsregister aufgeführte Zweck der GmbH in der Erbringung von Dienstleistungen im Bereich Gastronomie (insbesondere im Betrieb von Café Bars und Restaurants) liegt (vgl. act. 4/7). Es wäre der Berufungsbeklagten obliegen, die Verbindung der betroffenen Personen zueinander und insbesondere deren Bestellereigenschaft bzw. ein Stellvertretungsverhältnis zu einer in Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB genannten Bestellerkategorie zu behaupten. Eine Subsumption aus dem Handelsregistereintrag kann vorliegend eine saubere Behauptung nicht ersetzen.

Daran vermag das im (summarischen) Verfahren der provisorischen Eintragung zur Anwendung gelangende (herabgesetzte) Beweismass der Glaubhaftmachung nichts zu ändern, da dieses erst in einem nachfolgenden Schritt – bei der Würdigung der *behaupteten* Tatsachen durch das Gericht – die Position des Gesuchstellers erleichtert. Ebenso wenig hilft der Berufungsbeklagten die durchaus korrekte Feststellung der Vorinstanz, dass auch direkten oder indirekten Stellvertretern von in Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB genannten Personen die Bestellereigenschaft zukomme (act. 19 S. 3). Es ist richtig, dass man mit der Revision der gesetzlichen Regelung des Bauhandwerkerpfandrechts den Kreis der Besteller baupfandberechtigter Leistungen bewusst weit fassen wollte, was aufgrund der gleichzeitigen Einführung eines Zustimmungserfordernisses durch den Grundeigentümer als unbedenklich erschien (vgl. SCHUMACHER, Ergänzungsband, N 188 ff.). Dennoch entbindet diese Öffnung den Gesuchsteller nicht von seiner Behauptungslast hinsichtlich der Eintragungsvoraussetzungen.

Indem die Vorinstanz ihre eigenen aus dem Handelsregistereintrag und weiteren Beilagen gezogene Schlussfolgerung an die Stelle der Tatsachenbehauptungen der Berufungsbeklagten gestellt hat, hat sie Art. 55 Abs. 1 ZPO verletzt. Die Berufung ist damit gutzuheissen.

3.7 Da sich aus den Beilagen ebenfalls keine schlüssigen Hinweise auf die Verbindung der als Besteller auftretenden Personen zum Mieter G. _____ ergeben, kann letztlich offen bleiben, ob die Berufungsbeklagte unter der Geltung der Verhandlungsmaxime in genügender Weise auf die eingereichten Beilagen verwiesen hat. Generell gelten durch Verweis auf eingereichte Akten Sachverhaltselemente nur dann als behauptet, wenn der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennt und aus dem Verweis in der Rechtsschrift selbst klar wird, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptungen gelten sollen (BK ZPO I-HURNI, Art. 55 N 21). Ob dies vorliegend der Fall ist, erscheint fraglich.

4. Nicht geklärt werden müssen somit auch die umstrittenen Fragen, wer effektiv Mieter der vom Pfandrecht betroffenen Liegenschaft war bzw. ist und ob der Berufungskläger seine Zustimmung zu den Umbauarbeiten erteilt hatte.

III.

1. Im Sinne der obenstehenden Erwägungen ist das Grundbuchamt Zürich-Oerlikon anzuweisen, das aufgrund des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 3. März 2014 zugunsten der Berufungsbeklagten und zulasten des Grundstücks des Berufungsklägers vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen, und zwar nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist ans Bundesgericht oder nach Abschluss des bundesgerichtlichen Verfahrens, falls das Bundesgericht nichts anderes anordnet.

2.1 Die Vorinstanz setzte der Berufungsbeklagten im angefochtenen Entscheid eine Frist von 60 Tagen ab Zustellung des Urteils, um die vorläufige Eintragung mittels Klage auf definitive Eintragung zu prosequieren, wobei der Berufungskläger bei Säumnis den vorläufigen Eintrag löschen lassen könne (act. 19, Dispositivziffer 2).

2.2 Die Akten lassen vorliegend offen, ob die Berufungsbeklagte das Verfahren betreffend die definitive Eintragung des Pfandrechts anhängig gemacht hat (vgl. act. 29 S. 15). Da der Berufung gegen ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen keine aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO) – und eine solche vorliegend auch nicht beantragt wurde –, stünde es dem Berufungskläger im Falle der Säumnis offen, die Löschung auch gestützt auf das vorinstanzliche Urteil beim Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, zu beantragen.

IV.

1. Bei diesem Verfahrensausgang wird die Berufungsbeklagte für die Verfahren vor beiden Instanzen kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 und Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die von der Vorinstanz für ihr Verfahren festgesetzte Entscheidgebühr von Fr. 4'750.– wurde nicht beanstandet und ist zu bestätigen. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist ebenfalls auf Fr. 4'750.– festzusetzen (§§ 2 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss des Berufungsklägers zu verrechnen. Die Berufungsbeklagte hat ihm diesen zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

2. Dem Berufungskläger ist für das Berufungsverfahren sodann in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 9 und § 13 Abs. 1 AnwGebV eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– zuzügl. 8% MwSt. zuzusprechen. Die Höhe der von der Vorinstanz festgesetzten Prozessentschädigung (Fr. 5'400.–) ist ebenfalls nicht beanstandet worden und ergänzt um die Mehrwertsteuer von 8% dem Berufungskläger zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen.
2. Das Grundbuchamt Zürich-Oerlikon wird angewiesen, das folgende aufgrund des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 3. März 2014 zugunsten der Berufungsbeklagten und zulasten des Grundstücks des Berufungsklägers vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist oder nach Abschluss des bundesgerichtlichen Verfahrens, falls das Bundesgericht nichts anderes anordnet:

Pfandrecht auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ...,

C. _____-Strasse ..., ... Zürich,

für eine Pfandschuld von Fr. 101'012.– nebst Zins zu 12% seit 4.

September 2013 (mittlerer Verfall) und Fr. 8'424.– nebst Zins zu 10% seit 15. November 2013.

3. Die von der Vorinstanz festgesetzte Entscheidgebühr von Fr. 4'750.– wird bestätigt. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'750.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsbeklagten auferlegt, jedoch, soweit ausreichend, mit dem vom Berufungskläger geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'750.– verrechnet. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Berufungskläger diesen Betrag zu ersetzen.
5. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Berufungskläger für beide Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 8'400.– zuzügl. 8% MwSt. zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Grundbuchamt Zürich-Oerlikon sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 109'436.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Isler

versandt am: