

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF160014-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber MLaw P. Klaus.

Urteil vom 30. März 2016

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger,

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter,

betreffend
vorsorgliche Massnahme

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 12. Januar 2016 (ET160001)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 1 f.)

[A]

Es sei – sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei – vorzumerken ein Erwerbs-/Kaufrecht zum Preis von SFr. 255'000 zugunsten von **C.**_____, geb. tt.08.1987, von ... BE,

ledig

wohnhaft ... [Adresse]

bezüglich der beiden Liegenschaften im Grundbuchkreis/Stadtquartier D._____:

Grundbuch Blatt ...

Stockwerkeigentum

23/1000 Miteigentum an der Liegenschaft Blatt ...

mit **Sonderrecht an Loft Nr. ...** im Erdgeschoss, mit **Keller Nr. ...** im Untergeschoss laut Begründungserklärung mit Aufteilungsplänen, Beleg 1997 Nr. ..., in den Aufteilungsplänen Belege Nrn. ..., ..., ... und rot bemalt.

und

Grundbuch Blatt ...

1/17 Miteigentum an Grundstückblatt ...

Anmerkung: Dem Käufer steht das Benutzungsreglement gemäss angemerakter Nutzungs- und Verwaltungsordnung am **Autoabstellplatz Nr. ...** zu.

[B]

Das Notariat, Grundbuch- und Konkursamt D._____ sei mit der sofortigen Eintragung zu beauftragen.

[C]

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchgegners.

Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon:

(act. 2 = act. 5 = act. 8)

1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'500.–.
3. Die Kosten werden dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Dem Gesuchsgegner wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

[5./6. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung.]

Berufungsanträge des Berufungsklägers:

(act. 6 S. 1)

1. Das Urteil der Vorinstanz sei infolge unheilbarer rechtsstaatlicher Mängel zu kassieren ("annulieren"). Die Sache ist daher zur vollständigen Neubearbeitung durch ein personell anderes "Richterduo" (Richter und Gerichtsschreiber) an das nämliche zurück oder besser an ein anderes Bezirksgericht zu verweisen.

Eventualiter:

Das Urteil sei aufzuheben. Es sei als kriminelle Schmähchrift aus der Gerichtsakte zu entfernen. Die Kostenentscheidung sei auf Kosten der Staatskasse zu annullieren. (Sie ist auch nicht von der ggfs. unterlegenen Gegenpartei zu tragen.)

2. Meinen Anträgen [A] und [B] aus 1. Instanz sei vollumfänglich stattzugeben. Die Kosten und Entschädigungen der Berufung seien dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen. Dieser wird im folgenden Text vereinfacht "Beklagter" genannt.

Weiterhin wird die Anordnung (super)vorsorglicher Massnahmen gemäss Artt. 261, 265 ZPO begehrt. [...]

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 8. Januar 2016 stellte der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Berufungskläger) beim Bezirksgericht Dietikon (fortan Vorinstanz) ein Gesuch um "Anordnung (super)vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 261, 265 ZPO" mit dem eingangs genannten Rechtsbegehren (act. 1 S. 1 f.). Zur Begründung führte er im Kern an, dass der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan Berufungsbeklagter) im Jahre 1997 aufgrund eines mündlich abgeschlossenen Treuhandvertrags die im Rechtsbegehren bezeichnete Liegenschaften treuhänderisch für den Berufungskläger erworben habe, um diesem im Anschluss daran die alleinige Wohnnutzung zu ermöglichen. Finanziert worden sei der Kauf mit Fr. 70'000.– (Geld vom Vater des Berufungsklägers) sowie mit zwei Schuldbriefen. Alle Unkosten samt Schuldzinsen seien stets vom Berufungskläger getra-

gen worden. Daraus leitet der Berufungskläger nun ab, nach Kündigung des behaupteten Treuhandverhältnisses das Recht zu haben, die Übertragung der Grundstücke auf eine Person seiner Wahl zu verlangen (act. 1 S. 2 ff.; act. 5 S. 5 f.).

2. Mit Urteil vom 12. Januar 2016 wies die Vorinstanz das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab (act. 2 = act. 5 = act. 8). Dagegen erhob der Berufungskläger am 25. Januar 2016 (bei der Kammer eingegangen am 9. Februar 2016) Berufung (act. 6).

3. Mit Verfügung vom 11. Februar 2016 wurde dem Berufungskläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 3'500.– angesetzt (act. 11). Der Vorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 12 sowie act. 14). Der Berufungskläger reichte sodann am 22. Februar 2016 unaufgefordert eine 16-seitige Eingabe ein. Die Akten der Vorinstanz sind beigezogen. Von der Einholung einer Vernehmlassung und von einer Berufungsantwort ist abzusehen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif. Dem Berufungsbeklagten sind indes noch Doppel von act. 6 und act. 13 zuzustellen.

II.

1. Vorab ist in formeller Hinsicht festzuhalten, dass gegen superprovisorische Entscheide – auch gegen die Ablehnung einer Massnahme – nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich kein Rechtsmittel offensteht (BGE 137 III 417, E. 1.2 ff.). Die Vorinstanz wies jedoch mit dem Urteil vom 12. Januar 2016 das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen an sich ab und begnügte sich nicht damit, lediglich den superprovisorischen Erlass der Massnahmen zu verweigern (act. 5 S. 8). Dies ergibt sich aus dem Urteilsdispositiv, dessen Begründung (vgl. insbes. act. 5 S. 5 ff.) und dem Umstand, dass die Vorinstanz zur nachträglichen Gewährung des rechtlichen Gehörs der Gegenpartei die Eingabe des Berufungsklägers zustellte (act. 5 S. 8 Dispositivziffer 5). Die angeführte bundesgerichtliche Rechtsprechung ist hier nicht einschlägig; gegen das Urteil der Vorinstanz steht ein Rechtsmittel offen.

2. Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO), sofern der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Berufungskläger ersucht im Kern um die Vormerkung eines uneigentlichen Erwerbs-/Kaufrechts im Grundbuch zu einem Preis von Fr. 255'000.–. Mit der Vorinstanz (act. 5 S. 8) ist der Streitwert auch für das Berufungsverfahren in dieser Höhe festzusetzen.

3. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung schriftlich und begründet einzureichen. Gegen einen – wie vorliegend (Art. 248 lit. d ZPO) – im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid beträgt die Rechtsmittelfrist 10 Tage (Art. 314 Abs. 1 ZPO). Bis zum Ablauf dieser gesetzlichen Frist ist das zu ergreifende Rechtsmittel einzureichen und abschliessend zu begründen. Eine Fristerstreckung ist nach Art. 144 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen (ZR 110/2011 Nr. 5 S. 8). Entsprechend sind nach Ablauf der Rechtsmittelfrist unaufgefordert eingegangene Eingaben – auch wenn nur zur Berichtigung oder Ergänzung der Ersteingabe (Barbara Merz, DIKE-Komm ZPO, Art. 144 N 3) – unter Vorbehalt zulässiger Noven und neuer Beweismittel nach Art. 317 ZPO grundsätzlich unbeachtlich (BK ZPO-Benn, Art. 144 N 3; vgl. auch BGE 131 II 449, E. 1.3 m.w.H.; 138 III 625, E. 2.2).

4. Die Berufungsschrift vom 25. Januar 2016 wurde rechtzeitig eingereicht (Art. 314 Abs. 1 ZPO; act. 3/1 i.V.m. act. 6). Sie ist mit Anträgen versehen und schriftlich begründet (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist (act. 3/1) reichte der Berufungskläger dem Gericht am 22. Februar 2016 unaufgefordert eine weitere Eingabe ein (act. 13). Soweit sie Noven enthält, sind sie unbeachtlich, da der Berufungskläger mit keinem Wort darlegt, inwiefern die Verspätung im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO entschuldbar wäre. Soweit die rechtlichen Ausführungen des Berufungsklägers Themenkreise betreffen, welche dieser nicht bereits mit der Berufungsschrift vom 25. Januar 2016 rügte, sind sie infolge Verspätung unbeachtlich. Die übrigen rechtlichen Ausführungen in der Eingabe vom 22. Februar 2016 sind unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs insofern zu berücksichtigen, als dass das Gericht sie zur Kenntnis zu nehmen hat,

wobei das Recht ohnehin von Amtes wegen anzuwenden ist. Im Übrigen steht dem Eintreten auf die Berufung nichts entgegen.

III.

1.

1.1. Die Vorinstanz begründete ihren abweisenden Entscheid mit der Unbegründetheit des Gesuchs des Berufungsklägers (act. 5 S. 2). Die Anordnung superprovisorischer Massnahmen sei mangels rechtsgenügender Glaubhaftmachung, die Anordnung der provisorischen Massnahmen (i) mangels Zulässigkeit der beantragten Massnahme, (ii) mangels eines Hauptanspruchs sowie (iii) mangels Dringlichkeit abzuweisen (act. 5 S. 2 ff.).

1.2. Der Berufungskläger habe im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 ZPO um die Vormerkung eines "Erwerbs-/Kaufrechts" im Grundbuch ersucht. Als Hauptanspruch mache er sinngemäss ein Recht auf Übertragung von Grundeigentum geltend. Der Berufungskläger habe sich mit der Einreichung seines Gesuches damit begnügt, über knapp zwölf Seiten diverse Behauptungen aufzustellen, ohne diese jedoch mit irgendwelchen Mitteln (z.B. Urkunden) zu belegen. Damit genüge er den Ansprüchen an die Glaubhaftmachung nicht.

Entgegen der Ansicht des Berufungsklägers qualifizierte die Vorinstanz den angeführten Vertrag als zweckgebundenes Darlehen, welches diesem bei Kündigung einen Anspruch auf Rückzahlung von Fr. 70'000.-, nicht jedoch auf Eigentumsübertragung gebe. Aber selbst wenn wie behauptet von einem Treuhandvertrag ausgegangen würde, fehlte es bei einem solchen auf Übertragung von Eigentum abzielenden Vertrag am Erfordernis der öffentlichen Beurkundung. Weiter sei die beantragte Sicherung eines – wenn überhaupt, dann nur – obligatorischen Anspruchs auf Übertragung des Grundeigentums nicht möglich bzw. unzulässig. Selbst wenn jedoch sämtlichen Ausführungen des Berufungsklägers gefolgt würde, wäre keine Dringlichkeit ersichtlich, die den Erlass einer vorsorglichen Massnahme rechtfertigen würde (act. 5 S. 3 ff.).

2. Der Berufungskläger bringt dagegen im Wesentlichen vor, dass der angefochtene Entscheid am schwersten formellen Mangel – der Rechtsbeugung – leide. Es bestehe nur eine Pflicht, mit der Klage Beweismittel anzugeben, nicht jedoch diese bereits mitzugeben. Die Vorinstanz hätte dem Berufungsbeklagten das Gesuch zur Stellungnahme zustellen müssen, da ein Rechtsstreit auch auf unstreitiger Tatsachenbasis beruhen könne. Stattdessen habe "die von Bössartigkeit triefende Richterschaft" einseitig die Sache des Berufungsbeklagten als dessen Sprachrohr geführt, obwohl sie als neutrale Betrachterin zu fungieren habe.

Wie nicht anders zu erwarten sei, habe er nur Tatsachen in den Prozess eingeführt, die auf das geltend gemachte Vorliegen eines Treuhandverhältnisses schliessen liessen. Es sei weiter bisher gar nicht strittig disputiert, dass ihm an den Liegenschaften – wie behauptet – ein Übertragungsrecht zustehe. Dieses sei wohl nicht explizit, jedoch konkludent vereinbart worden. Es treffe ausserdem nicht zu, dass derartige Treuhandverhältnisse der öffentlichen Beurkundung bedürften. Auch seien obligatorische Kaufrechte entgegen der Vorinstanz vormerkungsfähig. Es gehe weiter auch nicht an, noch vor jeder Äusserung der Gegenseite und ohne jede Beweisaufnahme, auf das Vorliegen eines Darlehensvertrags zu schliessen und damit das Prozessergebnis vorweg zu nehmen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei die Anordnung der Massnahme dringlich. Dies ergebe sich aus dem Vermögensverfall des Berufungsbeklagten gepaart mit dessen, in E-Mails von Ende Dezember 2015 bzw. Anfang Januar 2016 erstmals gezeigter Feindseligkeit, ihm – dem Berufungsbeklagten – unverzüglich einen hohen Anteil an einem latenten Wertzuwachs in cash abzuliefern (act. 6 S. 2 ff.; act. 13 S. 1 ff.).

IV.

1. Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung (Art. 310 lit. a ZPO) sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 310 lit. b ZPO) geltend gemacht werden. Es obliegt dem Berufungskläger, konkrete Rügen anzubringen. Soweit eine genügende Rüge vorgebracht wurde, wendet die Berufungs-

instanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (OGer ZH, RT120121 vom 21. August 2012, E. 3a; ZK ZPO-Reetz/Theiler, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 36 mit zahlreichen Hinweisen; vgl. auch BGE 138 III 374, E. 4.3.1; 133 II 249, E. 1.4.1; 130 III 136, E. 14 sowie ZR 110/2011 Nr. 80 S. 246). Es ist im Rahmen der gestellten Berufungsanträge möglich, dass die Berufungsinstanz den angefochtenen Entscheid mit einer rechtlichen Begründung bestätigt, welche von derjenigen der Vorinstanz abweicht (ZPO-Rechtsmittel-Kunz, Art. 311 N 94; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, Rz. 435).

2. Indem der Berufungskläger beanstandet, dass sein Gesuch vor Erlass des Entscheides dem Berufungsbeklagten nicht zur Stellungnahme zugestellt wurde (vgl. Ziff. III./2), macht er sinngemäss eine Verletzung von Art. 253 ZPO geltend. Danach hat das Gericht der Gegenpartei Gelegenheit zu geben, zum Gesuch schriftlich oder mündlich Stellung zu nehmen, sofern dieses nicht offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet erscheint (Art. 253 ZPO).

3.1. Es entspricht dem Wesen des Summariums, dass auf Unnötiges verzichtet wird (BK ZPO-Güngerich, Art. 253 N 1). Erweist sich ein Massnahmebegehren als offensichtlich unbegründet im Sinne von Art. 253 ZPO, so kann es daher ohne Anhörung der Gegenpartei abgewiesen werden (ZR 113/2014 Nr. 24 S. 73 ff.; ZR 111/2012, Nr. 23 S. 57; vgl. im Einzelnen BSK ZPO-Mazan, 2. Aufl. 2013, Art. 253 N 12 m.w.H bzw. Martin Kaufmann, DIKE-Komm ZPO, Art. 253 N 3 ff.). Ein Gesuchsteller hat demnach keinen absoluten Anspruch auf Durchführung des Verfahrens (KuKo ZPO-Jent-Sørensen, 2. Aufl. 2014, Art. 253 N 1 m.w.H.). Indem die Eingabe des Gesuchstellers der Gegenpartei, wie vorliegend, mit dem Abweisungsentscheid zur Kenntnisnahme zugestellt wird, wird deren Anspruch auf rechtliches Gehör genüge getan (BGE 132 I 42, E. 3.3.2; 138 I 484, E. 2 m.w.H.; 139 I 189, E. 3.2 m.w.H.).

3.2. Von offensichtlicher Unbegründetheit ist insbesondere dann auszugehen, wenn ein Tatsachenvortrag von vornherein nicht schlüssig ist (ZR 113/2014, Nr. 24 S. 81 f.; Martin Kaufmann, DIKE-Komm ZPO, Art. 253 N 8). Fehlende

Schlüssigkeit liegt vor, wenn die von der gesuchstellenden Partei aufgestellten Behauptungen den Schutz des Gesuchs nicht rechtfertigen, selbst wenn alle Behauptungen unbestritten bzw. unwidersprochen geblieben wären (Berti, Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, 2011, Rz. 218; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 196; Martin Kaufmann, DIKE-Komm. ZPO, Art. 253 Fn 4). Im vorliegenden Fall erweist sich der Tatsachenvortrag des Berufungsklägers vor der Vorinstanz (act. 1 S. 1 ff.) aus mindestens zwei Gründen als nicht schlüssig:

4.1. Wie die Vorinstanz bereits zutreffend ausführte (act. 5 S. 3), dürfen vorsorgliche Massnahmen nur bei Dringlichkeit angeordnet werden (vgl. statt vieler: Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 22 Rz. 11 m.w.H.). Die Dringlichkeit ist dabei nach herrschender Lehre als Teilgehalt des drohenden nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils gemäss Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO zu verstehen (Botschaft ZPO 7221 ff., S. 7354). Ob die Anordnung einer Massnahme dringlich ist bzw. ob ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, hängt nicht von den subjektiven Vorstellungen der gesuchstellenden Partei, sondern von objektiven Massstäben ab (BK ZPO-Güngerich, Art. 261 N 28; Berti, Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, in: ZSR NF 116 (1997), S. 197 m.w.H.). Allgemein ist die Dringlichkeit dann nicht gegeben, wenn eine akute Gefährdungslage fehlt (ZK ZPO-Huber, 3. Aufl. 2016, Art. 261 N 22 m.w.H.).

Die Anordnung der begehrten Massnahme ist vorliegend nicht dringlich, selbst wenn von den Tatsachen ausgegangen würde, die der Berufungskläger vor der Vorinstanz anführte (act. 1 S. 1 ff.). Nach dessen Darstellung habe sich der Berufungsbeklagte, welcher die Grundstücke für den Berufungskläger treuhänderisch halte, spätestens seit Anfang Februar 2013 in finanziellen Schwierigkeiten befunden. Ein gemeinsamer Versuch im Jahre 2013, die besagten Grundstücke in das Eigentum von C._____, Sohn des Berufungsklägers, zu überführen, sei versandet. Schon in einem E-Mail vom 9. Mai 2013 habe er – der Berufungskläger – den Berufungsbeklagten darauf hingewiesen, dass er das Treugut nicht im eigenen Interesse verwenden dürfe. Darauf habe er erneut im November 2015 und in

einer E-Mail vom 6. Januar 2016 hingewiesen. In einem E-Mail vom 3. Dezember 2015 – so die Darstellung des Berufungsklägers – habe der Berufungsbeklagte erneut seine finanziell schwierige Situation kundgetan und ihn ersucht, Möglichkeiten für "eine Finanzierung in der Höhe zwischen 50 kCHF - 75 kCHF zu bewerkstelligen" (act. 1 S. 6). Am 19. Dezember 2015 und am 5. Januar 2016 habe ihn der Berufungsbeklagte abermals per E-Mail um Hilfe in finanziellen Angelegenheiten gebeten (act. 1 S. 6).

"Aus dem Vermögensverfall [des Berufungsbeklagten] gepaart mit der neuerlich erstmals gezeigten Feindseligkeit, ihm [dem Berufungskläger] unverzüglich einen hohen Anteil an einem latenten Wertzuwachs in cash abzuliefern" (act. 6 S. 11), leitet der Berufungskläger nun den drohenden Verlust des Treuguts und infolge immanenter Erklärung der Zahlungsunfähigkeit nach Art. 191 SchKG die Dringlichkeit des Eingriffs ab (vgl. act. 1 S. 9 ff.). Ein solcher geht aber objektiv aus den vorgebrachten Tatsachen – selbst wenn sie unbestritten blieben bzw. anerkannt würden – nicht hervor. Objektiv ergibt sich aus den angeführten E-Mails des Berufungsbeklagten (act. 1 S. 5 f.) einzig, dass sich dieser in einer finanziell schwierigen Situation zu befinden scheint und den Berufungskläger ersucht, ihm Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen, was dieser jedoch im E-Mail vom 6. Januar 2016 ablehnt (act. 1 S. 6 f.). Daraus abzuleiten, dass "er etwas im Schilde" (act. 1 S. 9) führe, geht nicht an. Weder stellt der Berufungsbeklagte in den angeführten E-Mails ausdrückliche Forderungen an den Berufungskläger, wie es dieser glauben zu machen sucht, noch droht er, das Treugut an einen Dritten zu verkaufen oder Privatinsolvenz anzumelden. Letzteres weist er – sogar nach eigener Darstellung des Berufungsklägers gemäss E-Mailzitat ("Ich habe mal Kontakt mit Schuldenberatungen nochmals aufgenommen, da bekomme ich nur Ratschlag "Privatkonkurs". Das ist ja nicht wirklich hilfreich.", act. 1 S. 6) – von sich, was auch die Vorinstanz bereits zutreffend erkannte (act. 5 S. 7). Daran vermögen die Ausführungen des Berufungsklägers (act. 6 S. 2 ff.) nichts zu ändern.

Mit der Vorinstanz ist deshalb davon auszugehen, dass es vorliegend an einer akuten Gefährdungslage und damit an der Dringlichkeit einer Massnahme

mangelt, selbst wenn man die vorgebrachten Tatsachen als erwiesen erachtete. Der Vortrag des Berufungsklägers erweist sich damit als nicht schlüssig. Die Abweisung des Gesuchs ohne vorgängige Stellungnahme der Gegenpartei war zutreffend, weshalb das Urteil der Vorinstanz zu bestätigen ist.

4.2. Das Gesuch erweist sich auch aus folgendem Grund nicht als schlüssig: Der Berufungskläger leitet aus der behaupteten "sanften" (act. 1 S. 8) Kündigung des behaupteten Treuhandvertrags im Jahre 2013 einen – wohl nicht ausdrücklich jedoch konkludent vereinbarten – obligatorischen Übereignungsanspruch an den bezeichneten Grundstücken gegen Entgelt ab, welchen er mit einer Vormerkung nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB realobligatorisch zu sichern versucht (act. 1 S. 1 ff.; act. 6 S. 8; act. 13 S. 2 ff.).

Es trifft zu, dass obligatorische Ansprüche auf Übertragung von Grundeigentum über die Vormerkung i.S.v. Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB als Verfügungsbeschränkung gesichert werden können (BGE 104 II 170, E. 5 S. 176; 120 Ia 240, E. 3b; BGer, 5P.195/2004 vom 23. August 2004, E. 2.1; BSK ZGB II-Schmid, 5. Aufl. 2015, Art. 960 N 3 f.; vgl. auch Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 4. Aufl. 2012, Rz. 481 sowie 489). Nichts anderes sagt HONSELL im vom Berufungskläger angeführten (act. 13 S. 3) Aufsatz (Honsell, Die Vormerkung des obligatorischen Übereignungsanspruchs aus dem Grundstückkaufvertrag im Grundbuch, in: FS Rey, Zürich 2003, S. 50). Diese Sicherungsmöglichkeit bedingt allerdings die formgültige Vereinbarung des obligatorischen Übertragungsanspruchs (Honsell, a.a.O., S. 50; BGE 86 II 33, S. 40 a.E.).

Verträge bzw. Abreden auf Eigentumsübertragung von Grundstücken bedürfen nach der klaren gesetzlichen Regelung in Art. 657 Abs. 1 ZGB generell der öffentlichen Beurkundung. In BGE 81 II 227 erkannte das Bundesgericht gestützt auf BGE 65 II 161 auf eine Ausnahme von der Formbedürftigkeit: Ein Auftrag, durch den sich der Beauftragte gegenüber dem Auftraggeber zum Kauf eines Grundstücks von einem Dritten verpflichtet, sei nicht formbedürftig. Daran ändere auch eine in diesem Auftrag vorgesehene Pflicht zur Übertragung des vom Dritten erworbenen Grundstücks an den Auftraggeber nichts. Darin sei kein gesondertes Verkaufsversprechen zu sehen, sondern eine aus dem Auftragsrecht fliessende,

obligatorische Verpflichtung nach Art. 400 OR (BGE 81 II 227, E. 3). Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung seither nicht mehr bestätigt. Die Kammer ist der diesbezüglichen Kritik in der Lehre (vgl. insbes. Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Bern 2010, § 23 S. 316 mit zahlreichen Hinweisen; BK-Giger, Der Grundstückkauf, Art. 216-221 OR, Art. 216 N 186 ff. oder BSK OR I-Weber, 6. Aufl. 2015, Art. 395 N 10) in einem jüngeren Entscheid gefolgt (OGer ZH, LB040102 vom 10. März 2006, E. 10.6), und das Bundesgericht liess im entsprechenden Rechtsmittelverfahren offen, ob die erwähnte Rechtsprechung noch aufrecht zu erhalten sei (BGer, 4C_173/2006 vom 9. Juli 2007, E. 4.2). Bereits in BGE 86 II 33 stellte das Bundesgericht in einem dem vorliegenden und BGE 81 II 227 praktisch identisch gelagerten Fall fest, dass wohl der Auftrag zum Kauf einer Liegenschaft formlos gültig sei, jedoch die intern vereinbarte Pflicht des Auftragnehmers zur entgeltlichen Übertragung der erworbenen Liegenschaft an den Auftraggeber öffentlich zu beurkunden sei (BGE 88 II 33, S. 40 a.E.; vgl. auch BGer, 4C.109/2006 vom 30. Juni 2006, E. 2.1.2 sowie E. 2.2.2. und 4C_173/2006 vom 9. Juli 2007, 4.2, vgl. auch BK-Giger, N 202 zu Art. 216 OR).

Dem ist auch vorliegend zu folgen. Die vom Berufungskläger behauptete Abrede zur entgeltlichen Übereignung der Grundstücke im Falle der Kündigung des Treuhandverhältnisses ist ein "Vertrag auf Eigentumsübertragung" i.S.v. Art. 657 Abs. 1 ZGB. Zumindest dieser Teil des behaupteten Vertrags wäre zu seiner Verbindlichkeit öffentlich zu beurkunden gewesen. Ein Übersteuern bzw. Umgehen dieser Formvorschrift über einen formlos geschlossenen Auftrag zum Kauf einer Liegenschaft mit Übertragungsabrede an den Auftraggeber ist in Anbetracht der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, der Schutzfunktion der Formvorschrift und deren Zweck zur Herstellung einer sicheren Grundlage für die Grundbucheintragung und Schaffung von Rechtssicherheit (vgl. statt vieler: BSK ZGB II-Strebel/Laim, 5. Aufl. 2015, Art. 657 N 1 m.w.H.) sowie der Vorbeugung von Rechtsmissbrauch nicht zuzulassen. Daran vermögen die rechtlichen Argumente des Berufungsklägers (act. 13 S. 4 ff.) nichts zu ändern. Insbesondere kann nicht relevant sein, ob das fragliche Grundstück dem Auftragnehmer im Zeitpunkt des

Vertragsabschlusses bereits gehört oder nicht (BK-Meier-Hayoz, N 12 zu Art. 657 ZGB).

Mit der Vorinstanz (act. 5 S. 6) ist deshalb von einem Formmangel auszugehen. Selbst wenn also die vom Berufungskläger bloss behaupteten Tatsachen als gegeben erachtet würden, wäre die Anordnung der begehrten vorsorglichen Massnahmen aufgrund fehlender materieller Anspruchsgrundlage nicht möglich. Der Parteivortrag ist damit nicht schlüssig im oben beschriebenen Sinne, weshalb die Vorinstanz zutreffend von der Einholung einer Stellungnahme der Gegenpartei absah und das Gesuch abwies.

5. Das Urteil der Vorinstanz erweist sich als zutreffend. Entsprechend ist die Berufung abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen. Das Gesuch um selbständigen Erlass von vorsorglichen Massnahmen vor der Rechtsmittelinstanz wird – soweit der Berufungskläger in seiner Eingabe darum ersuchte (act. 6 S. 1) – mit Ausfällung des heutigen Urteils gegenstandslos.

V.

1. Ausgangsgemäss wird der Berufungskläger kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Entsprechend ist auch der vorinstanzliche Kostenentscheid zu bestätigen. Mangels Aufwendungen im zweitinstanzlichen Verfahren ist der Gegenseite keine Parteientschädigung zuzusprechen.

2. Grundlage der Gebührenfestsetzung bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Dem tragen die streitwertabhängigen Tarife gemäss §§ 4 ff. GebV OG Rechnung. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung der §§ 4 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf der Basis des eingangs erwähnten Streitwerts von Fr. 255'000.– (vgl. Ziff. II./2.) zu berechnen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Dietikon vom 12. Januar 2016 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Berufungskläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 6 sowie act. 13, an das Bezirksgerichts Dietikon, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 255'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw P. Klaus

versandt am: