

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF160049-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 15. Dezember 2016

in Sachen

A._____ ag ... [Ortschaft],

Klägerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

1. **B._____,**

2. **C._____,**

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend

Bauhandwerkerpfandrecht (vorläufige Eintragung)

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 20. Juli 2016 (ES160030)

Rechtsbegehren (act. 1 S. 2 sinngemäss):

1. Das Grundbuchamt D._____ sei vorläufig anzuweisen, zugunsten der Klägerin und zulasten des Stockwerkeigentums der Beklagten am E._____ -Weg ..., D._____, Grundbuchblatt 1, 58/1000 Miteigentum an GBB1 2, Kat. Nr. ... mit Sonderrecht an der 4 ½ Zimmerwohnung Nr. D3 auf Ebene 5 und am Keller mit Waschturm Nr. D3 auf Ebene 2, ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsumme von Fr. 31'721.85 nebst 5% Zins seit 23. Mai 2016 einzutragen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Beklagten.

Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 20. Juli 2016 (act. 23 S. 6 f.):

1. Das Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt D._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung vom 24. Mai 2016 zugunsten der Klägerin und zulasten des Stockwerkeigentumsanteils GBB1 1, E._____ -Weg ..., D._____ (58/1000 Miteigentum an GBB1 2, Kat. Nr. ... mit Sonderrecht an der 4 ½ - Zimmerwohnung Nr. D3 auf Ebene 5 und am Keller mit Waschturm Nr. D3 auf Ebene 2) vorläufig für eine Pfandsumme von Fr. 31'721.85 nebst Zins zu 5% seit 23. Mai 2016 eingetragene Pfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 2'800.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.
- 6./7. Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin (act. 24 S. 2):

- "1. Das Urteil des Einzelgerichtes Bülach vom 20. Juli 2016 sei aufzuheben, und es sei die gemäss Verfügung vom 24. Mai 2016 an das Grundbuchamt D._____ vorgemerkte vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes für eine Pfandsumme von CHF 31'721.85 nebst Zins zu 5% seit 23. Mai 2016 zugunsten der Klägerin und Berufungsklägerin und zu Lasten des Stockwerkeigentumsanteils GBBI 1, E._____-Weg ..., D._____ (58/1000 Miteigentum an GBBI 2, Kat. Nr. ... mit Sonderrecht an der 4 ½ Zimmerwohnung Nr. D3 auf Ebene 5 und am Keller mit Waschturm Nr. D3 auf Ebene 2) zu bestätigen.
2. Der Klägerin und Berufungsklägerin sei eine Frist von 3 Monaten anzusetzen, um direkt beim zuständigen Gericht eine Klage auf Feststellung der Forderung als Pfandsumme und definitive Eintragung des Pfandrechtes gegen die Beklagten und Berufungsbeklagten einzureichen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8% MWSt zu Lasten der Beklagten und Berufungsbeklagten für beide Instanzen."

Erwägungen:

!

1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) führte in der Stockwerkeinheit D3 der Beklagten und Berufungsgeklagten (fortan Beklagte) am E._____-Weg ... in D._____ Elektroinstallationen aus. Hierfür macht sie eine Werklohnforderung von Fr. 31'721.85 nebst Zins zu 5% seit 23. Mai 2016 gegen die Generalunternehmerin F._____ GmbH geltend, wofür sie ein Pfandrecht zu lasten der Wohnung der Beklagten beansprucht (act. 1 S. 2 ff., act. 15 S. 3 ff., act. 24 S. 3 ff.). Auf entsprechenden Antrag wies das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach das Grundbuchamt D._____ mit Verfügung vom 24. Mai 2016 superprovisorisch an, zu lasten der Beklagten auf deren Stockwerkeigentumsanteil GBBI 1, E._____-Weg ..., D._____ (58/1000 Miteigentum an GBBI 2, Kat. Nr. ... mit Sonderrecht an der 4 ½-Zimmerwohnung Nr. D3 auf Ebene 5 und am Keller

mit Waschturm Nr. D3 auf Ebene 2) vorläufig ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsumme von Fr. 31'721.85 nebst 5% Zins seit 23. Mai 2016 einzutragen. Weiter wurde den Beklagten Frist angesetzt, um zum klägerischen Begehren Stellung zu nehmen (act. 4). Mit Urteil vom 20. Juli 2016 wies die Vorinstanz das Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes schliesslich ab und wies das Grundbuchamt an, das eingetragene Pfandrecht nach unbeutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist zu löschen (act. 20 = act. 23).

2. Hiergegen erhob die Klägerin rechtzeitig Berufung. Sie beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Bestätigung der vorläufigen Eintragung des Pfandrechtes. Weiter sei ihr zu dessen Prosequierung eine Frist von drei Monaten anzusetzen (act. 24). Der ihr mit Verfügung vom 6. August 2016 auferlegte Kostenvorschuss von Fr. 2'200.– leistete die Klägerin fristgerecht (act. 28-32).

II.

1. Die Klägerin stützt ihre Forderung auf einen mündlichen, einheitlichen Werkvertrag für sämtliche Stockwerkeigentumseinheiten. Von den Beklagten wird bestritten, dass für Installationsarbeiten in ihrer Wohnung noch eine offene Forderung der F. _____ GmbH und somit ein Pfandanspruch der Klägerin besteht.

Die Vorinstanz erachtete die Ausführungen der Klägerin über weite Teile als pauschal, unsubstantiiert und unbelegt. So fehlten Angaben zum Inhalt des mündlichen Werkvertrages, aber auch zu Art, Umfang und Zeitpunkt der von ihr erbrachten Leistungen gänzlich. Soweit die Klägerin Belege eingereicht habe, würden diese die Sachdarstellung der Beklagten unterstützen, wonach der Grundausbau abgeschlossen und bezahlt sei und die Klägerin nie mit dem Käuferausbau ihrer Wohnung beauftragt worden sei. Demnach seien die Voraussetzungen für die Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechtes nicht glaubhaft gemacht worden (act. 23 S. 5 f.).

2. Dem hält die Klägerin in ihrer Berufungsschrift entgegen, gestützt auf ein von ihr am 12. November 2013 unterzeichnetes Vergabeprotokoll und auf Anweisung der F._____ GmbH habe sie mit ihren Arbeiten in der Überbauung "G._____" in D._____ bereits im Dezember 2013 begonnen. Man habe sich mündlich auf eine Werkvertragssumme von pauschal Fr. 206'982.95 geeinigt. Am 17. April 2014 habe ihr die F._____ GmbH den Werkvertrag und am 23. April 2014 eine abgeänderte Version zugestellt. Da diese nicht vollumfänglich dem Vergabeprotokoll und den Abmachungen entsprochen habe, habe sie den Vertrag, ohne ihn zu unterzeichnen, an die F._____ GmbH retourniert. Die fragliche Stockwerkeinheit D3 sei zunächst von H._____, Verwaltungsrat bei der F._____ GmbH, und seiner Ehefrau gekauft worden. Diese hätten aber einen Weiterverkauf der Wohnung beabsichtigt, weshalb der zum Grundausbau gehörende Innenausbau auf Weisung der F._____ GmbH zurückgestellt worden sei.

In der Folge führt die Klägerin diverse Arbeiten auf, die sie in der Wohnung D3 und in den gemeinschaftlichen Anlagen (mit Verteilung der Kosten auf die einzelnen Wohnungen entsprechend den Wertquoten) vorgenommen habe und untermauert dies mit verschiedenen Unterlagen wie Offerten, Rechnungen und Regierapporten. Sodann sei sie im Laufe der Bauarbeiten von der F._____ GmbH mit zahlreichen zusätzlichen Aufträgen betraut worden. H._____ habe ihr anlässlich einer Besprechung am 16. Juni 2015 und hernach mit E-Mail vom 18. Juni 2015 die Bezahlung der Elektroinstallationen inkl. Nachträgen und Regiearbeiten gemäss Werkvertrag zugesichert. Da die Wohnungen innert Kürze bezogen werden sollten, habe sie gestützt auf diese Zusicherung die noch ausstehenden Arbeiten sofort vorgenommen. Für die Wohnung D3 der Beklagten sei ein Betrag von Fr. 31'721.85 offen, womit die Pfandsumme glaubhaft gemacht sei. Da sie in der besagten Wohnung weder den Grundausbau noch den Sicherheitsnachweis für die Elektroinstallationen habe beenden bzw. erbringen können, handle es sich beim Schreiben der F._____ GmbH vom 14. Januar 2016 nicht etwa um die Nichtvergabe eines separaten Auftrages, sondern klarerweise um eine vorzeitige Auflösung des Werkvertrages. Die Viermonatsfrist zur Eintragung des Pfandrechts habe ab dem Eingang des Auftragsentzuges zu laufen begonnen und sei somit entgegen der Ansicht der Vorinstanz gewahrt.

Die Klägerin hält schliesslich fest, dass sie in der Berufungsschrift die in der Wohnung D3 vorgenommenen Arbeiten aufgrund der Einwendungen der Beklagten vor Vorinstanz und den erstinstanzlichen Erwägungen spezifiziere. Sie habe zu den Vorbringen der Beklagten keine Stellung nehmen können, weshalb sie zur Geltendmachung der Noven berechtigt sei (act. 24, act. 26/2-21).

3. Hinsichtlich der allgemeinen Ausführungen zum Bauhandwerkerpfandrecht im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 839 Abs. 2 ZGB sowie zum Mass der Glaubhaftmachung des Pfandanspruches kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. An dieser Stelle sei nochmals hervorgehoben, dass das Beweismass der Glaubhaftmachung mit Blick auf den vorläufigen Grundbucheintrag im Gegensatz zu einer früheren superprovisorischen Anordnung heraufgesetzt ist. So ist im Rahmen der vorläufigen Eintragung eine vertiefte, wenn auch immer noch summarische Überprüfung der Glaubhaftmachung des Pfandanspruches vorzunehmen. Einerseits steht dem Gericht mehr Zeit für den Entscheid zur Verfügung, andererseits kann es sich in der Regel auf einen erweiterten Prozessstoff abstützen, da es auch allfällige Einwendungen der Grundeigentümer zu würdigen hat (act. 23 S. 3 f.; Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. A., N 609 ff.).

4. Die Parteien sind sich insoweit einig, als zwischen der Klägerin und der F._____ GmbH mangels Konsens kein schriftlicher Werkvertrag zustande gekommen ist (act. 1 S. 2 f., act. 3/2-4, act. 15 S. 3, act. 24 S. 3 ff.). Die Beklagten bestreiten indes nicht, dass die Klägerin für die gemeinschaftlichen Bauteile sowie konkret in ihrer Wohnung Elektroinstallationen vorgenommen und dafür von der F._____ GmbH Zahlungen in der Höhe von Fr. 15'262.99 erhalten hat (act. 1 S. 3, act. 15 S. 3 f.). Strittig ist, ob es sich bei diesen Zahlungen, wie die Klägerin behauptet, um Akontozahlungen für den Grundausbau inkl. Regie- und Nachtragsarbeiten handelt und entsprechend noch eine offene Werklohnforderung von Fr. 31'721.85 nebst Zins besteht oder ob die Klägerin damit für den Grundausbau bereits vollständig entschädigt ist und die F._____ GmbH ihr keine weiteren Leistungen zu vergüten hat (act. 15 S. 3 f.).

5.a) Der Vorinstanz und den Beklagten ist darin zuzustimmen, dass sich die Vorbringen der Klägerin in ihrem vorinstanzlichen Begehren über weite Strecken als pauschal und unbelegt erweisen. So berief sie sich zwar auf einen mündlichen Werkvertrag betreffend Elektroinstallationen, ohne sich jedoch näher zu dessen Inhalt zu äussern. Ebenso fehlten Angaben zu Art, Umfang und Zeitpunkt der erbrachten Leistungen. Vielmehr begnügte sich die Klägerin mit dem Hinweis, sie habe im April 2014 mit den Arbeiten begonnen und diese bis auf zwei Wohnungen grundsätzlich auch zu Ende geführt. Dabei unterliess sie es, zweckdienliche Unterlagen wie Arbeitsrapporte oder Rechnungen vorzulegen (act. 1 S. 3 f.).

b) Soweit die Klägerin vor Vorinstanz Belege einreichte, ist dem Schluss der Vorinstanz, dass diese Unterlagen den Pfandanspruch nicht zu stützen vermögen, sondern die Darstellung der Beklagten untermauern, beizupflichten (act. 23 S. 5). Die Klägerin verwies betreffend ihre Werklohnforderung auf eine tabellarische Übersicht (act. 1 S. 3, act. 3/7). Gemäss dieser Tabelle setzt sich der auf die Wohnung D3 der Beklagten entfallende Anteil aus der auf alle Stockwerkeinheiten aufgeteilten Position "Vertrag" und einem "Nachtrag", der nur die Wohnung D3 betrifft, sowie diversen Kleinstposten zusammen. Vorweg ist mit der Vorinstanz und den Beklagten anzumerken, dass es sich dabei um eine reine Parteibehauptung handelt. Die Zusammenstellung spricht sodann dafür, dass der Vertrag – ein schriftlicher Werkvertrag kam wie erwähnt nicht zustande – den Grundausbau betraf und danach für jede Wohnung gesondert ein "Nachtrag" für den Käuferausbau abgeschlossen wurde. Was vom Grundausbau umfasst wird und welche Leistungen unter den Käuferausbau fallen, geht aber weder aus dem klägerischen Begehren noch aus den Unterlagen hervor. Ebenso fehlen wiederum nähere Angaben zum Abschluss und Inhalt des Nachtrages betreffend die Wohnung D3. Demnach bleibt auch offen, wie sich der – die anderen Nachträge deutlich übersteigende – Betrag von immerhin Fr. 23'500.– zusammensetzt. Am 14. Januar 2016 setzte die F._____ GmbH die Klägerin darüber in Kenntnis, dass diese den Käuferausbau in der Wohnung D3 nicht ausführen werde, da die offerierten Nachtragspreise über einem akzeptablen Mass liegen würden (act. 3/5). Dieses Schreiben legt nahe, dass die Klägerin wegen zu hoher Preise gar nie mit dem Käuferausbau der Wohnung D3 beauftragt und entsprechend gerade kein

solcher Nachtrag abgeschlossen wurde. Mit anderen Worten lässt das Schreiben entgegen der Ansicht der Klägerin nicht auf einen Widerruf des bestehenden (mündlichen) Vertrages, sondern in Übereinstimmung mit den Beklagten vielmehr auf die Nichtvergabe eines separaten Werkvertrages für den Käuferausbau schliessen (act. 1 S. 3 f., act. 15 S. 3 ff.).

c) Die Klägerin ist demnach nur, aber immerhin für ihre im Rahmen des Grundausbau erbrachten Leistungen inkl. *damit zusammenhängende* Zusatzarbeiten und Nachträge zu entschädigen. Dies bedeutet, dass die viermonatige Eintragungsfrist des Pfandrechtes nach Art. 839 Abs. 2 ZGB mit der Arbeitsvollendung und nicht, wie von der Klägerin geltend gemacht, mit dem angeblichen Auftragsentzug im Schreiben vom 14. Januar 2016 beginnt. In ihrem Begehren hat sie aber, wie erwogen, weder den Vertragsinhalt noch Art und vor allem Zeitpunkt ihrer Arbeiten auf irgendeine Weise substantiiert. Demnach bleibt gänzlich unklar, ob die Viermonatsfrist eingehalten wurde und ob ihr weiter für den Grundausbau über die bereits erhaltene Zahlung von Fr. 15'262.99 hinaus noch ein Werklohn von Fr. 31'721.85 nebst Zins zusteht. Daran änderte nichts, wenn mit der Klägerin von einer einseitigen Vertragsauflösung ausgegangen würde. Mit den Beklagten ist festzuhalten, dass die F. _____ GmbH als Bestellerin nach Art. 377 OR jederzeit vom Vertrag zurücktreten kann. An die Stelle des Vergütungsanspruches tritt ein Anspruch auf Schadenersatz, welcher allerdings nicht pfandgesichert ist (Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. A., N 444, 446, 584; act. 15 S. 5). Wie gesehen fehlen hinreichende Anhaltspunkte für eine (zusätzliche) pfandgesicherte Forderung der Klägerin in Höhe von Fr. 31'721.85. Damit hat sie den Anforderungen an die Glaubhaftmachung nicht Genüge getan. Mit ihren blossen Behauptungen, namentlich der Vorlage der erwähnten Tabelle betreffend die Kostenaufteilung, vermochte sie ihren Pfandanspruch sowie die Einhaltung der Eintragungsfrist nicht schlüssig darzulegen.

6.a) In ihrer Berufungsschrift spezifiziert die Klägerin ihr Begehren, indem sie zahlreiche Arbeiten nennt, die sie an den gemeinschaftlichen Anteilen und in der Wohnung der Beklagten vorgenommen habe, und diverse Offerten, Regierapporte und Rechnungen einreicht. Des Weiteren erklärt sie, sie habe in der

Wohnung der Beklagten auf Weisung der F._____ GmbH nicht einmal den Grundausbau fertigstellen können, weshalb es sich beim Schreiben vom 14. Januar 2016 klarerweise um einen Auftragsentzug handle, der die Viermonatsfrist auslöse (act. 24 S. 3 ff., act. 26/2-21). Die Einwendungen der Beklagten vor Vorinstanz sowie deren Erwägungen hätten sie zu dieser Konkretisierung veranlasst. Die Noven seien zuzulassen, da sie sich zu den Vorbringen der Beklagten nicht habe äussern können. So sei ihr weder Frist zur Stellungnahme angesetzt noch zu einer mündlichen Verhandlung vorgeladen worden (act. 24 S. 3 und 13).

b) Noven sind im Berufungsverfahren lediglich unter restriktiven Voraussetzungen zulässig. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Die Bestimmung erfasst unechte Noven. Echte Noven sind grundsätzlich immer zulässig, wenn sie unverzüglich nach ihrer Entdeckung eingebracht werden (ZK ZPO-Reetz/Hilber, 3. A., Art. 317 N 56 f.).

Die neuen Tatsachen mit den entsprechenden Belegen waren der Klägerin bereits vor Ende des erstinstanzlichen Verfahrens zugänglich, datieren doch die Unterlagen laut ihrer eigenen Darstellung mit einer Ausnahme aus den Jahren 2013 bis 2015 (vgl. act. 24 S. 14). Unklarheiten bestehen hinsichtlich der beiden Regierberichte, wonach die Installation einer Signalleuchte in der Tiefgarage und einer Zeiterfassung in der Wellnessanlage am Mittwoch und Donnerstag, 18. und 26. Mai 2015 erledigt wurden (act. 26/8-9). Im Jahr 2015 fielen der 18. und 26. Mai jedoch auf einen Montag bzw. Dienstag, 2016 hingegen waren es ein Mittwoch und Donnerstag. Aber auch wenn diese – im Übrigen die gemeinschaftlichen Anlagen betreffenden – Leistungen tatsächlich erst im Mai 2016 erbracht worden wären, wären sie immer noch vor Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens angefallen. Des Weiteren musste sich die Klägerin bereits damals bewusst gewesen sein, was der Grundausbau genau erfasst bzw. ob sie diesen in der Wohnung der Beklagten fertiggestellt hatte oder nicht. Bei ihren neuen Tatsachenbehauptungen handelt es sich mithin um unechte Noven, die im Berufungs-

verfahren nur unter den genannten Einschränkungen eingebracht werden können. Die Klägerin begründet die Zulässigkeit der Noven in erster Linie mit der Gehörsverletzung durch die Vorinstanz. Dadurch sei ihr eine rechtzeitige Präzisierung ihres Begehrens verunmöglicht worden.

c) Vorab ist Folgendes festzuhalten: Die Voraussetzungen für die Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechtes – Abschluss eines Werkvertrages, Lieferung von Material und/oder Arbeit, Bestehen einer Werklohnforderung und Einhaltung der Eintragungsfrist – mussten der Klägerin ungeachtet der Stellungnahme der Beklagten bereits im Zeitpunkt ihrer Eingabe an die Vorinstanz bekannt gewesen sein. Es ist auch bei tiefen Anforderungen an die Glaubhaftmachung nicht einzusehen und wurde von der Klägerin in der Berufungsschrift auch nicht substantiiert, weshalb sie die elementaren Grundlagen des Pfandrechtes, vorliegend namentlich wann sie konkret welche Arbeiten im Rahmen des Grund- und/oder Innenausbaus in der Wohnung der Beklagten verrichtet bzw. vollendet hatte, nicht bereits in ihrem Begehren darlegte und vorhandene Belege einreichte. Unterliess sie dies, weil sie die Rechtserheblichkeit der entsprechenden Tatsachen unrichtig beurteilte, so ist ihr dies anzulasten und sind die Noven bereits aus diesem Grund nicht zu berücksichtigen.

Die Rüge der Gehörsverletzung ist sodann unbegründet. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV folgt unter anderem das Recht, sich im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen zu äussern und zwar unabhängig davon, ob die Eingabe neue und/oder wesentliche Vorbringen enthält und ob sie im Einzelfall geeignet ist, den richterlichen Entscheid zu beeinflussen. Es ist Sache der Parteien und nicht des Gerichts zu beurteilen, ob eine neue Eingabe oder ein neues Beweismittel Bemerkungen erfordert. Damit eine Partei ihr Replikrecht auch tatsächlich wahrnehmen kann, muss ihr die fragliche Eingabe vor Erlass des Urteils zugestellt werden, wobei eine Zustellung zur Information ohne Fristansetzung zur Stellungnahme grundsätzlich ausreicht. Dementsprechend wird erwartet, dass eine Partei, die sich äussern will, dies umgehend tut oder wenigstens um Ansetzung einer Frist nachsucht; andernfalls wird angenommen, sie habe auf eine weitere Eingabe verzichtet. Dies

gilt umso mehr für den Rechtsanwalt. Sieht sich dieser ausserstande, unverzüglich eine ausformulierte Eingabe auszuarbeiten, so hat er die beabsichtigte Stellungnahme dem Gericht anzukündigen oder eine Fristansetzung zu beantragen. Für eine effektive Wahrnehmung des Replikrechts muss das Gericht der Partei ausreichend Zeit für eine Stellungnahme lassen. Vor Ablauf von zehn Tagen darf es im Allgemeinen nicht von einem Verzicht auf eine Replik ausgehen. Diese Wartefrist schliesst die Zeit, welche die Partei zur Übermittlung ihrer Eingabe benötigt, bereits ein (BGE 138 I 484, BGE 133 I 98 sowie 139 I 189 E. 3.2 je mit zahlreichen Hinweisen, nebst vielen BGer 5D_81/2015 vom 4. April 2016, BGer 5A_174/2016 vom 26. Mai 2016). Gemäss den Akten erfolgte die Weiterleitung der Eingabe der Beklagten vom 17. Juni 2016 zur Kenntnisnahme an die Klägerin am 24. Juni 2016 (act. 18, act. 23 S. 2). Diese bestreitet den Erhalt der Sendung nicht. Nach dem Gesagten war die Vorinstanz nicht gehalten, der Klägerin formell Frist zur Stellungnahme anzusetzen; dies umso weniger, als die Klägerin anwaltlich vertreten ist. Der Entscheid erging fast vier Wochen später am 20. Juli 2016. Somit verblieb der Klägerin, selbst wenn das Zustellungsdatum der Dokumente nicht aktenkundig ist, genügend Zeit für eine Stellungnahme, zumal sie nicht bemängelt, die Vorinstanz habe ihr Replikrecht mit einem verfrühten Entscheid verletzt.

Weiter ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von einer mündlichen Verhandlung absah. Der Entscheid, ob ein Summarverfahren schriftlich oder mündlich durchgeführt wird, liegt im freien Ermessen des Gerichtes. Namentlich für die vorläufige Eintragung gesetzlicher Grundpfandrechte sieht das Gesetz keine mündliche Verhandlung vor (Art. 256 ZPO). Das Gericht stellt das Gesuch der Gegenpartei zu und setzt entweder Frist zur schriftlichen Stellungnahme an oder lädt zu einer Verhandlung vor (Art. 253 ZPO). Mit der superprovisorischen Eintragung des Pfandrechts am 24. Mai 2016 setzte die Vorinstanz den Beklagten Frist an, um sich schriftlich zum klägerischen Begehren zu äussern (act. 7 und 15). Nach Eingang der schriftlichen Stellungnahme bzw. deren Zustellung an die Klägerin und Abwarten einer angemessenen Zeitspanne durfte die Vorinstanz demnach einen Entscheid fällen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus Art. 6 EMRK, der den Parteien für Streitigkeiten über ihre zivilrechtlichen Ansprüche das

Recht auf eine Verhandlung einräumt: Die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes ist eine vorsorgliche Massnahme, welche als Sicherungsmassnahme keine tatsächlichen Auswirkungen auf Zivilansprüche hat und somit nicht von Art. 6 EMRK umfasst wird (BGE 137 III 563; Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. A., N 540 ff.; Kaufmann, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 256 N 6 ff.; ZK ZPO-Klingler, 3. A., Art. 256 N 1 ff.).

Schliesslich überzeugt auch der Einwand der Klägerin nicht, sie sei durch die erstinstanzlichen Erwägungen zu den Noven veranlasst worden. Der angefochtene Entscheid kann namentlich dann Anlass zum Vorbringen (unechter) Noven geben, wenn er oder das Verfahren einen formellen Mangel aufweisen oder wenn die erste Instanz ihrem Entscheid eine Rechtsauffassung zugrunde gelegt hat, mit der der Berufungskläger nicht rechnen müssen (BK ZPO-Sterchi, Art. 317 N 10). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Nur weil die Vorinstanz die Vorbringen der Klägerin als ungenügend erachtete und daher ihren Standpunkt nicht teilte, ist eine Ergänzung des Begehrens im Berufungsverfahren nicht zulässig.

d) Demzufolge handelt es sich bei den erstmals im Berufungsverfahren vorgebrachten Tatsachen samt Belegen unter dem Gesichtspunkt von Art. 317 Abs. 1 ZPO um unzulässige Noven, welche unbeachtet bleiben müssen. Bei sorgfältiger Prozessführung hätte die Klägerin ohne Mühe bereits vor erster Instanz konkret darlegen können und müssen, was genau vom Grundausbau erfasst wird und wann sie welche (zum Grundausbau gehörenden) Arbeiten in der Wohnung D3 ausführte. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs kann der Vorinstanz ferner nicht vorgeworfen werden.

7.a) Aber selbst wenn die neuen Tatsachen und Unterlagen zuzulassen wären, ergibt sich daraus nichts zugunsten der Klägerin. Da wie erwogen das Schreiben vom 14. Januar 2016 nicht als Auflösung des (mündlichen) Werkvertrages und somit als fristauslösend für die Eintragung des Pfandrechtes betrachtet werden kann, ist für die Beurteilung des Anspruches der Klägerin der Zeitpunkt der Vollendung ihrer Arbeiten in der Wohnung D3 massgeblich. Dieser Zeitpunkt geht aber aus der Berufungsschrift nicht hervor. Vielmehr sprechen auch die neu eingereichten Dokumente für den Standpunkt der Beklagten, wonach die Klägerin

spätestens seit August 2015, sicher aber ab 2016 in deren Wohnung keine Elektroinstallationen mehr ausgeführt hat (act. 15 S. 7). Wie gesehen stammen die neu eingereichten Regierapporte und Rechnungen im Wesentlichen aus den Jahren 2013 bis November 2015 und betreffen, sofern die erfolgten Tätigkeiten überhaupt ersichtlich sind, die Gesamtanlage mit teilweiser anteilmässiger Aufteilung auf alle Wohnungen. Darüber, ob es sich dabei tatsächlich um fristauslösende Abschlussarbeiten in der Wohnung der Beklagten handelt, geben die Belege keinerlei Aufschluss. Dies gilt namentlich auch für die beiden betreffend das Datum unklaren Regierapporte für Arbeiten in der Tiefgarage und der Wellnessanlage (vgl. oben E. 6.b). Die Klägerin leitet mit Bezug auf die Fristwahrung aus diesen Belegen nichts ab und widerspricht der Darstellung der Beklagten nicht explizit. Sie behauptet einzig, der Grundausbau in der fraglichen Stockwerkeinheit sei bei Erhalt des Schreibens vom 14. Januar 2016 nicht fertig gewesen (act. 24 S. 5 und 11 ff.). Was aber zum Grundausbau zählt und wann sie tatsächlich zuletzt welche Arbeiten bei den Beklagten ausführte, lässt sie abermals offen.

b) Ebenso wenig verfängt der Hinweis der Klägerin auf eine Besprechung zwischen ihr und der F._____ GmbH am 16. Juni und die E-Mail vom 18. Juni 2015 (act. 24 S. 11, act. 26/21). Letztere hält fest, dass die Elektroinstallationsarbeiten inkl. der Nachträge und Regie durch die Klägerin gemäss Werkvertrag fertiggestellt werden. Die Akontozahlungen und die Schlussabrechnung würden gemäss Vertragsgrundlage erfolgen und Zusatzarbeiten gemäss Werkvertrag abgerechnet. Weder präzisiert die Klägerin, welche "noch nicht ausgeführten Arbeiten" sie "sofort vorgenommen" habe, noch lässt die allgemeine Formulierung der E-Mail Rückschlüsse auf die konkret erfolgten oder anstehenden Arbeiten in der Wohnung D3, der Zeitpunkt der Ausführung und die allenfalls noch offene Entschädigung zu. Ob mit dem Grundausbau zusammenhängende Nachtragsarbeiten oder Nachträge für den Käuferausbau angesprochen werden, bleibt unklar. Sollte die Klägerin daraus ableiten, dennoch für den Käuferausbau beauftragt worden zu sein, so stünde dies im Widerspruch zu ihrer Gesuchsbegründung, wonach ihr der Käuferausbau entzogen wurde. Im Berufungsverfahren erklärt sie schliesslich erstmals und damit verspätet, der Innenausbau sei Teil des Grund-

ausbaus, welchen sie nicht habe fertigstellen können (act. 1 S. 3 f., act. 24 S. 5 und 12).

8. Schliesslich weist die Klägerin in ihrer Berufungsschrift wie bereits vor Vorinstanz auf den noch ausstehenden Sicherheitsnachweis für die Elektroinstallationen hin, welchen sie wegen bauseitiger Versäumnisse weder für die Wohnung D3 noch die gemeinschaftlichen Anlagen habe vornehmen können. Es handle sich dabei um eine wesentliche Vollendungsarbeit, weshalb auch aus diesem Grund die Viermonatsfrist erst mit dem Widerruf des Vertrages im Schreiben vom 14. Januar 2016 zu laufen begonnen habe (act. 1 S. 3 f., act. 24 S. 12). Die Vorinstanz hat sich dazu nicht geäussert. Vorab ist unter Verweis auf obige Erwägung 5.b) anzumerken, dass es sich bei besagtem Schreiben eben nicht um eine einseitige Auflösung eines bestehenden, sondern um die Nichtvergabe eines weiteren Werkvertrages handelt. Für den Sicherheitsnachweis in der Wohnung der Beklagten ist die Klägerin demnach nicht zuständig. Sodann ist der Klägerin entgegenzuhalten, dass der Sicherheitsnachweis vor der Übergabe der elektrischen Installationen im Rahmen einer betriebsinternen Schlusskontrolle zu erbringen ist. Damit ist er zwar zur Vollendung des Werks nach Art. 363 OR geschuldet. Er ist aber – selbst wenn in Art. 23 der Niederspannungs-Installationsverordnung (NIV) vorgeschrieben und daher unerlässlich – keine objektsspezifische Bauleistung und damit keine Vollendungsarbeit im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB, welche die Eintragungsfrist hinauszuschieben vermöchte (zum Ganzen Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3.A., N 1100 ff., N 1114; Schumacher, Ergänzungsband zur 3.A., N 235 ff., N 246 ff.). Damit ist auch der Hinweis der Klägerin auf den ausstehenden Sicherheitsnachweis unbehelflich.

9. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin mit ihren Ausführungen die Voraussetzungen für ihren Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes nicht glaubhaft gemacht hat. Die von ihr erstmals im Berufungsverfahren erfolgten näheren Umschreibungen ihrer erbrachten Leistungen sind verspätet und daher nicht zuzulassen. Im Übrigen vermögen auch die neuen Vorbringen ihren Anspruch auf ein Pfandrecht, namentlich eine über die bereits

erhaltene Zahlung hinausgehende Werklohnforderung und die Einhaltung der Viermonatsfrist nicht plausibel darzutun.

Damit erweist sich die Berufung als unbegründet und ist abzuweisen.

10. Zuzufolge Abweisung der Berufung wird das mit Verfügung der Vorinstanz vom 24. Mai 2016 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen sein (act. 4). Die Vorinstanz setzte als Zeitpunkt der Löschung durch das Grundbuchamt den unbenutzten Ablauf der Rechtsmittelfrist fest (act. 23 S. 6 f.). Damit dürfte die 10-tägige Berufungsfrist an das Obergericht gemeint sein. Dies ist insofern nicht mehr zweckmässig, als dass während nunmehr laufender Rechtsmittelfrist gegen den vorliegenden Entscheid eine Rechtsschutzlücke besteht. Die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 Abs. 1 BGG). Es wäre denkbar, dass das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht bei Erhebung des Rechtsmittels an das Bundesgericht gelöscht wird, bevor rechtskräftig über die Streitsache entschieden bzw. der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist. Das ist mit einer geeigneten Anordnung zur Löschung zu verhindern.

III.

Ausgangsgemäss wird die Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Den Beklagten ist mangels Umtrieben keine Entschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 20. Juli 2016 wird bestätigt. Davon ausgenommen ist der Zeitpunkt der Löschung des Pfandrechtes im Grundbuch, der gemäss nachfolgender Ziffer neu festgesetzt wird.

2. Das Grundbuchamt D._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung vom 24. Mai 2016 zugunsten der Klägerin und zulasten des Stockwerkeigentumsanteils GBBI 1, E._____-Weg ..., D._____ (58/1000 Miteigentum an GBBI 2, Kat. Nr. ... mit Sonderrecht an der 4 ½ - Zimmerwohnung Nr. D3 auf Ebene 5 und am Keller mit Waschturm Nr. D3 auf Ebene 2) vorläufig für eine Pfandsumme von Fr. 31'721.85 nebst Zins zu 5% seit 23. Mai 2016 eingetragene Pfandrecht nach Ablauf von vierzig Tagen ab Zustellung dieses Entscheides an die Klägerin zu löschen, *unter dem Vorbehalt* eines anders lautenden Entscheides des Bundesgerichts.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'200.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagten unter Beilage des Doppels von act. 24, an das Bezirksgericht Bülach sowie nachfolgend an das Grundbuchamt (unter Beilage des Nachweises der Zustellung an die Klägerin), je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 31'721.85.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: