

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF160079-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Ersatzrichter
lic. iur. H. Meister und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Urteil vom 13. Februar 2017

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X1.____ und Rechtsanwalt M.A. HSG in Law
and Economics X2.____,

gegen

1. **B.**_____,

2. **C.**_____,

3. **D.**_____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte,

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Y.____,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zü-
rich vom 16. November 2016 (ES160050)

Rechtsbegehren (act. 1 S. 2 sinngemäss):

1. Das Grundbuchamt D. _____ sei im Sinne von Art. 961 ZGB vorläufig anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegner ein Pfandrecht mit einer Pfandsomme von Fr. 1'091'321.– nebst Verzugszins zu 5% seit 20. August 2016 auf der Liegenschaft Kat.-Nr. 1, Grundbuch Blatt 1, ...strasse ..., im Grundbuch D. _____ einzutragen.
3. Es sei der Gesuchstellerin eine Frist von 60 Tagen, gerechnet ab Rechtskraft des Befehlsentscheides betreffend die vorläufige Vormerkung, anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Ziff. 1 hiavor zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegner einzureichen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegner.

**Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 16. November 2016 (act. 24 S. 6 f.):**

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt D. _____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung vom 23. August 2016 zugunsten der gesuchstellenden Partei und zulasten des Grundstücks der gesuchsgegnerischen Parteien vorläufig eingetragene *Bauhandwerkerpfandrecht* vollumfänglich zu *löschen* nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist oder nach Abschluss des obergerichtlichen Verfahrens, falls das Obergericht nichts anderes anordnet, auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBI. 1, ...strasse ..., D. _____, für eine Pfandsomme von Fr. 1'091'321.– nebst Zins zu 5 % seit 20. August 2016.
3. Die Entscheidgebühr von Fr. 8'000.– wird dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, den Gesuchsgegnern 1-3 eine Parteientschädigung von je Fr. Fr. 2'700.– zu bezahlen, total Fr. 8'100.–.

5./6. Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (act. 25 S. 2 f.):

- "1. Das vorinstanzliche Urteil vom 16. November 2016 sei aufzuheben. Das Grundbuchamt D._____ sei anzuweisen, das aufgrund der Verfügung vom 23. August 2016 zugunsten der Berufungsklägerin und zulasten des Grundstücks der Berufungsbeklagten vorläufig im Grundbuch D._____ eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht mit einer Pfandsumme von CHF 1'091'321 nebst Verzugszins zu 5% seit 20. August 2016 auf der Liegenschaft Kat.-Nr. 1, Grundbuch Blatt 1, ...strasse ... vollumfänglich aufrecht zu erhalten.
2. Es sei der Berufungsklägerin eine Frist von 90 Tagen, gerechnet ab Rechtskraft des Befehlsentscheides betreffend die vorläufige Vormerkung, anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Ziff. 1 hiavor zulasten des Grundstücks der Berufungsbeklagten einzureichen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I.

1. Der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) nahm nach eigenen Angaben auf dem Grundstück der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsgegner) an der ...strasse ... in D._____ im Rahmen einer umfassenden Sanierung eines Mehrfamilienhauses Abbrucharbeiten und danach Baumeister-, Gipser-, und Plattenarbeiten vor. Hierfür macht er eine Werklohnforderung von Fr. 1'091'321.– nebst Zins zu 5 % seit 20. August 2016 gegen die Gesuchsgegner geltend, wofür er ein Pfandrecht zulasten des Grundstücks der letzteren beansprucht (act. 1 S. 3 ff., act. 14 S. 2 ff.). Auf entsprechenden An-

trag wies das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich das Grundbuchamt D._____ mit Verfügung vom 23. August 2016 superprovisorisch an, zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegner, Liegenschaft Kat.-Nr. 1, Grundbuch Blatt 1, ...strasse ..., D._____ vorläufig ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsumme von Fr. 1'091'321.– nebst Zins zu 5 % seit 20. August 2016 einzutragen. Nach Eingang der Stellungnahme der Gesuchsgegner und weiterer Eingaben der Parteien wies die Vorinstanz mit Urteil vom 16. November 2016 das Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes schliesslich ab und wies das Grundbuchamt an, das eingetragene Pfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist oder Abschluss des obergerichtlichen Verfahrens, falls das Obergericht nichts anderes anordnet, zu löschen (act. 20 = act. 24).

2. Hiergegeben erhob der Gesuchsteller rechtzeitig Berufung. Er beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Bestätigung der vorläufigen Eintragung des Pfandrechtes. Zu dessen Prosequierung sei ihm weiter eine Frist von 90 Tagen anzusetzen (act. 25). Der ihm mit Verfügung vom 9. Dezember 2016 auferlegte Kostenvorschuss von Fr. 10'600.– leistete der Gesuchsteller fristgerecht (act. 28 und 32). Die Gesuchsgegner reichten ferner die angeforderten Vollmachten für das vorliegende Verfahren nach (act. 28, act. 30 und 31/1-2).

II.

1. Die Parteien sind sich insoweit einig, als von ihnen keine Werkverträge unterzeichnet wurden. Dass, wie vom Gesuchsteller behauptet, Vorschläge für Werkverträge erstellt worden seien, wird von den Gesuchsgegnern bestritten. Vielmehr seien auf ihr Verlangen im Nachhinein Verträge verfasst worden, die ihnen aber nie zur Unterschrift zugestellt worden seien. Der Gesuchsteller stützt seine Werklohnforderung auf ein zwischen den Parteien vereinbartes Kostenschätzungs- bzw. Kostenkontrollverfahren. Im Sinne einer rollenden Planung seien die Werkpreise laufend angepasst und an regelmässigen Sitzungen ("jour-fix") festgehalten und abgenommen worden. Demgegenüber erklären die Gesuchs-

gegner, der Festlegung des Werkpreises in einem solchen Kostenkontrollverfahren nie zugestimmt zu haben. Dass die behaupteten Leistungen, sofern sie denn überhaupt pfandberechtigt seien, durch den Gesuchsteller erbracht worden seien, sei weder bewiesen noch glaubhaft gemacht. Entsprechend bestreiten die Gesuchsgegner den Pfandanspruch. Sie stellen sowohl die Arbeitsvollendung am 25. April 2016 und damit die Einhaltung der Viermonatsfrist als auch die Werklohnforderung in Frage und behalten sich ihrerseits die Geltendmachung von Schadenersatz u.a. wegen massiver Kostenüberschreitung vor (act. 1 S. 4 ff., act. 8 S. 3 ff.; act. 14 S. 2 ff., act. 17 S. 2 ff.).

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die viermonatige Frist zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes mit dem am 23. August 2016 erfolgten Eintrag nicht eingehalten worden sei. Der Gesuchsteller habe nicht hinreichend dargelegt, dass er noch am 25. April 2016 Arbeiten ausgeführt hatte, die die Vier-monatsfrist auszulösen vermochten. Seine Präzisierungen und nachgereichten Beilagen als Reaktion auf die Stellungnahme der Gesuchsgegner seien sodann verspätet, könne doch das "ewige Replikrecht" nicht dazu dienen, ein mangelhaftes Gesuch zu verbessern. Aber selbst wenn diese Vorbringen zu berücksichtigen wären, wäre der Eintrag des Pfandrechtes zu spät erfolgt (act. 24 S. 3 ff.).

2. Dem hält der Gesuchsteller in seiner Berufungsschrift entgegen, er sei in seinem Gesuch der Behauptungs- und Substantiierungslast hinreichend nachgekommen. So habe er mit seinen Ausführungen unter den Randziffern 7 und 15 des Gesuchs und mit dem Arbeitsrapport vom 25. April 2016 den für die Einhaltung der Eintragsfrist relevanten Inhalt und Charakter der in Frage stehenden Arbeiten genügend vorgetragen und auch glaubhaft gemacht. Sodann habe die Vorinstanz zu Unrecht moniert, die Vorbringen in seiner Eingabe vom 1. November 2016 seien verspätet und nicht mehr zu berücksichtigen. Wenn in einem erstinstanzlichen summarischen Verfahren zur Gehörswahrung das Recht zur Stellungnahme gewährt werde, könnten die Parteien ihr Äusserungsrecht nutzen und ihre Sachdarstellung ergänzen. Der Gesuchsteller verweist auf einen Entscheid des Obergerichtes des Kantons Bern, wonach in einem Rechtsöffnungsverfahren die Novenschranke grundsätzlich nach den ersten Vorträgen der Parteien greife,

da der Summarentscheid in der Regel nicht in materielle Rechtskraft erwachse. Folgerichtig nehme das Gericht an, dass dann, wenn einem Summarentscheid materielle Rechtskraft zukomme, es sich rechtfertige, Art. 229 Abs. 2 ZPO im Sinne einer Ausnahme anzuwenden und Noven auch nach den ersten Stellungnahmen unbeschränkt zuzulassen. Zwar entfalte der Entscheid über die (super-)provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes keine materielle Rechtskraft. Ist aber die Viermonatsfrist nach Art. 839 Abs. 2 ZGB zum Zeitpunkt des Urteils abgelaufen und wurde das vorläufig eingetragene Pfandrecht im Grundbuch gelöscht, sei der Anspruch verwirkt. Die Verwirkung komme faktisch einem materiell rechtskräftigen Entscheid gleich. Das Gesuch um Aufrechterhaltung eines vorläufig eingetragenen Pfandrechtes stelle somit eine Ausnahme zum Entscheid des Berner Obergerichtes dar, weshalb in einem solchen Verfahren die Novenschranke nicht bereits nach den ersten Stellungnahmen einsetze. Schliesslich widerspricht der Gesuchsteller der Vorinstanz insofern, als mit seinem zweiten Vortrag vom 1. November 2016, würde er berücksichtigt, der 25. April 2016 als genauer Zeitpunkt für den Abschluss der substantiellen Platten- und Gipserarbeiten dargetan sei. Indem die Vorinstanz die Vollendung der Arbeiten am 25. April 2016 ausblende und die Ergänzung vom 1. November 2016 nicht zulasse, liege eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes und eine unrichtige Rechtsanwendung im Sinne von Art. 310 lit. a und b ZPO vor (act. 25 S. 4 ff.).

3. Hinsichtlich der allgemeinen Ausführungen zum Bauhandwerkerpfandrecht im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 839 Abs. 2 ZGB und konkret zum Begriff der Vollendungsarbeiten sowie zum Mass der Glaubhaftmachung des Pfandanspruches kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Ergänzend sei festgehalten, dass das Beweismass der Glaubhaftmachung mit Blick auf den vorläufigen Grundbucheintrag im Gegensatz zu einer früheren superprovisorischen Anordnung angehoben 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 Einwen-

dungen der Grundeigentümer zu würdigen hat (act. 24 S. 3 f.; Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. A., N 609 ff.).

Das herabgesetzte Beweismass der Glaubhaftmachung ändert aber nichts an der Behauptungs- und Substantiierungslast des Gesuchstellers. Dieser muss in seinem Gesuch mit substantiierten Behauptungen seinen Anspruch auf ein Pfandrecht und dessen Dringlichkeit begründen. Die aus Sicht der betreffenden Partei rechtserheblichen Tatsachen sind in einer schlüssigen, ausreichend detaillierten Art und Weise zu schildern, sodass sie vom Gericht nachvollzogen und von der Gegenpartei bestritten werden können (Schumacher, Ergänzungsband, N 597; ZK ZPO-Sutter-Somm/Schrank, 2. A., Art. 55 N 11, N 20 ff.).

4.a) In seinem Gesuch an die Vorinstanz beschränkte sich der Gesuchsteller unter Hinweis auf einen Arbeitsrapport seines Gipsers vom 25. April 2016 auf die Aussage, er habe die Arbeiten, gemeint "Baumeister-, Gips- und Plattenarbeiten", auf der Baustelle ...strasse ... an diesem Datum abgeschlossen. Mit der Eintragung des Pfandrechts am 24. August 2016 sei die Viermonatsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB somit gewahrt (act. 1 Rz. 7 und 15, act. 4/13). Der Vorinstanz und den Gesuchsgegnern ist darin zuzustimmen, dass diese allgemeine Darstellung keinen Schluss auf Art und Umfang der konkret getätigten Arbeiten und damit auf deren Relevanz für die Eintragsfrist zulässt (act. 8 S. 6 f., act. 24 S. 3 f.). So geht daraus nicht hervor, welche Bauleistungen er am 25. April 2016 im betroffenen Mehrfamilienhaus effektiv erbrachte. Eine Beurteilung, ob es sich dabei um Vollendungsarbeiten im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB oder um andere, nicht fristauslösende Verrichtungen handelte, ist mithin nicht möglich.

b) Der hierzu eingereichte Arbeitsrapport ist weitgehend unverständlich: Immerhin ergibt sich daraus, dass der Gesuchsteller am 25. April 2016 an der ...strasse ... im Keller mit Weissputz zu tun hatte und Aufräumarbeiten vornahm (act. 4/13). Das Bundesgericht legt den Begriff der Vollendungsarbeiten restriktiv aus. Bauarbeiten gelten grundsätzlich dann als vollendet, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen dabei geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen wie die Behebung von Mängeln, es sei

denn, sie sind unerlässlich und damit funktionell notwendig (BGer 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4. m.w.H.; CHK-Schumacher, ZGB 839 N 4 ff.; Schumacher, Ergänzungsband, N 235 ff.). Abgesehen davon, dass vorliegend die geschuldeten Leistungen nicht in einem Werkvertrag umschrieben sind, weshalb einer substantiierten Darlegung durch den Gesuchsteller umso mehr Gewicht zukommt, sind reine Aufräumarbeiten und der Abtransport des Materials im Sinne dieser restriktiven Interpretation nicht als Vollendungsarbeiten zu qualifizieren und deshalb ohne Bedeutung für den Fristenlauf. Näheres zu den Gipserarbeiten lässt sich weder dem Begehren noch dem Arbeitsrapport entnehmen. So bleibt gänzlich offen, ob es sich dabei um substantielle Handlungen oder um unerhebliche bzw. blosser Nachbesserungsarbeiten handelte. Für letzteres spricht, dass gemäss dem "jour-fix"-Protokoll vom 11. Februar 2016 der Maler am 15. Februar 2016 mit den Feinarbeiten in den Wohnungen und dem Streichen des Treppenhauses begann (act. 10/9). Dies deutet, wie die Gesuchsgegner zu Recht einwendeten, darauf hin, dass die Gipserarbeiten – ungeachtet, ob mehrheitlich vom Gesuchsteller selbst oder von der Firma E._____ als Unterakkordantin ausgeführt – in diesem Zeitpunkt bereits vollendet waren (act. 8 S. 3 und 6, act. 10/2, act. 14 S. 3). Mit den Gesuchsgegnern ist ferner auf das Protokoll vom 26. Februar 2016 zu verweisen, wonach vom 29. Februar bis 2. März 2016 das Treppenhaus und die Wohnungen gereinigt wurden und diese danach den Interessenten zur Besichtigung offen standen (act. 8 S. 6, act. 10/10). Dass fast zwei Monate später am 25. April 2016 noch unerlässliche Gipserarbeiten erbracht wurden, erscheint unter diesen Umständen nicht glaubhaft. Dafür fehlen sowohl im Gesuch als auch in den Akten hinreichende Anhaltspunkte. Mit der blossen Nennung des angeblichen Abschlussdatums (25. April 2016) und der Behauptung, bei den an diesem Tag erbrachten Arbeiten handle es sich um Vollendungsarbeiten im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB, vermochte der Gesuchsteller seinen Pfandanspruch sowie die Einhaltung der Eintragsfrist nicht glaubhaft darzulegen.

5.a) 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 Ein-

zelfall geeignet ist, den richterlichen Entscheid zu beeinflussen. Am 1. November 2016 nahm der Gesuchsteller dieses Recht wahr und reagierte auf die detaillierten Einwendungen der Gesuchsgegner (act. 14). Er erklärte, noch im März und April 2014 (gemeint wohl 2016) Gipser- und Plattenarbeiten an der ...strasse ... ausgeführt zu haben. So werde im "jour fix"-Protokoll vom 26. Februar 2016 festgehalten, dass der Gipser und der Maler noch Ausbesserungsarbeiten vornehmen müssten (act. 10/10). Dass er auch im April 2016 im Kellergeschoss und im Ladenlokal substantielle Platten- und Gipserarbeiten geleistet habe, würden die beigelegten Arbeitsrapporte und Fotos belegen (act. 16/6-11). Die Arbeiten seien dann am 25. April 2016 von seinem Mitarbeiter F._____ weitergeführt worden. Der entsprechende Rapport laute in korrektem Deutsch: *"Keller bei Lift und Treppe in Decken Weissputz aufziehen. Plus in Keller Deckenträger Verkleidung und Weissputz aufziehen. Plus diverse Löcher zumachen plus Material aufräumen, aufladen und in Magazin abladen."* Damit sei die Vollendung der Arbeit frühestens am 25. April 2016 erfolgt und die Einhaltung der Eintragsfrist bewiesen (act. 4/13, act. 14 S. 5 f.). Die Vorinstanz wies diese Ausführungen des Gesuchstellers infolge Verspätung zurück. Eine Stellungnahme im Rahmen des "ewigen Replikrechts" könne nicht dazu genutzt werden, ein mangelhaftes Gesuch nachzubessern (act. 24 S. 5).

In seiner Berufungsschrift stützt sich der Gesuchsteller auf einen Entscheid des Berner Obergerichtes und begründet die Zulässigkeit der Noven mit der Verwirkung des Anspruchs auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nach Ablauf der viermonatigen Frist. Dies komme faktisch einem materiell rechtskräftigen (in der Sache abweisenden) Entscheid gleich, weshalb die Novenschranke im erstinstanzlichen Verfahren betreffend Aufrechterhaltung eines vorläufigen Eintrages eines Bauhandwerkerpfandrechts im Sinne einer Ausnahme nicht bereits nach den ersten beiden Vorträgen falle (act. 25 S. 6 f.).

b) Vorab ist Folgendes festzuhalten: Die Voraussetzungen für die Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts – Abschluss eines Werkvertrages, Lieferung von Material und/oder Arbeit, Bestehen einer Werklohnforderung und Einhaltung der Eintragsfrist – mussten dem Gesuchsteller ungeachtet der Stellung-

nahme der Gesuchsgegner bereits im Zeitpunkt seines Gesuchs an die Vorinstanz bekannt gewesen sein. Es ist auch bei tiefen Anforderungen an die Glaubhaftmachung nicht einzusehen und wurde vom Gesuchsteller in der Berufungsschrift auch nicht substantiiert, weshalb er die elementaren Grundlagen des Pfandrechtes, namentlich welche konkreten Arbeiten er am 25. April 2016 erbracht hatte, nicht bereits in seinem Begehren darlegte und vorhandene Belege dazu einreichte bzw. diese für das Gericht hinreichend erläuterte. Unterliess er dies, weil er die Rechtserheblichkeit der entsprechenden Tatsachen unrichtig beurteilte, so ist ihm dies anzulasten und sind die Noven bereits aus diesem Grund nicht zu berücksichtigen. Denn mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass das Recht zur Stellungnahme nicht zur nachträglichen Ergänzung oder Verbesserung des Gesuchs genutzt werden darf (act. 24 S. 5). Der zitierte Entscheid, BGer 4A_487/2014 vom 28. Oktober 2014 E. 1.2.4. (act. 25 S. 7), betrifft zwar das Rechtsmittelverfahren, ist aber durchaus auf das erstinstanzliche Verfahren übertragbar. Die Gewährung des sog. allgemeinen Replikrechts dient einzig der Wahrung des rechtlichen Gehörs und zieht keinen zweiten Vortrag mit freiem Novenrecht nach sich (nebst vielen BGE 138 I 484; ZK ZPO-Klingler, 3. A., Art. 252 ZPO N 6 und Art. 253 ZPO N 9 ff.; ZK ZPO-Sutter-Somm/Lötscher, 3. A., Art. 257 N 20; vgl. auch den vom Gesuchsteller zitierten Entscheid des Berner Obergerichtes OGer Bern ZK 12/2017 vom 21. September 2012).

c) In der ZPO fehlt eine Bestimmung zum Aktenschluss im summarischen Verfahren. Es stellt sich deshalb die Frage, inwieweit gestützt auf Art. 219 ZPO die Regelung von Art. 229 ZPO Anwendung findet. Nach Art. 229 Abs. 2 ZPO haben die Parteien im ordentlichen Verfahren das Recht, zweimal unbeschränkt Tatsachen und Beweise einzubringen. Danach gilt für die Zulässigkeit von Noven ein strenger Massstab. Entsprechend werden nach Abs. 1 der nämlichen Bestimmung in der Hauptverhandlung neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten. Die Bestimmung erfasst unechte Noven. Echte Noven sind grundsätzlich ohne Beschränkung zulässig, wenn sie unverzüglich nach ihrer Entdeckung eingebracht werden (ZK ZPO-Leuenberger, 3. A., Art. 229 N 4 ff.). Art. 229 ZPO kann nicht unbesehen auf das

summarische Verfahren übertragen werden, wo in der Regel nur ein einfacher Schriftenwechsel stattfindet und der Entscheid über die Durchführung einer Hauptverhandlung im Ermessen des Gerichtes liegt (Art. 253 und 256 ZPO). Daraus folgt, dass in gewissen Verfahren Angriffs- und Verteidigungsmittel nur im Gesuch bzw. der Stellungnahme dazu und in anderen Verfahren auch noch in der Hauptverhandlung vorgebracht werden könnten. Da die Parteien nicht im Voraus wissen, ob in ihrem Verfahren eine Verhandlung stattfindet oder nicht, wären sie bei einer analogen Anwendung von Art. 229 ZPO im Ungewissen darüber, bis wann sie Noven vorbringen können. Weiter kommt im summarischen Verfahren der raschen Verfahrenserledigung ein besonderes Gewicht zu. Aus diesen Gründen wäre eine unbeschränkte Ergänzung der Vorbringen bis zur Entscheidungsfällung mit dem Summarverfahren unvereinbar. Vielmehr fällt die Novenschranke bereits nach den ersten Vorträgen, es sei denn, die neuen Vorbringen erfüllen die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO (zum Ganzen ZK ZPO-Leuenberger, Art. 229 N 17; ZK ZPO-Klingler, Art. 252 N 33; ZK ZPO-Sutter-Somm/Lötscher, Art. 257 N 18 ff.; Pahud, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 229 N 27; Moret, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2014, S. 125 ff.).

Die am 1. November 2016 vorgebrachten Ergänzungen mit den entsprechenden Belegen waren dem Gesuchsteller bereits im Zeitpunkt seines Gesuchs vom 19. August 2016 an die Vorinstanz bekannt bzw. zugänglich, datieren doch die Unterlagen allesamt vom Februar und April 2016 (act. 14 S. 5 f., act. 10/10, act. 16/6-11). Es sind mithin unechte Noven, die nur unter den restriktiven Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO zulässig sind. Der Gesuchsteller legt in seiner Berufungsschrift mit keinem Wort dar, weshalb er die neuen Vorbringen samt Beilagen nicht bereits in seinem Gesuch vom August 2016 einbrachte bzw. weshalb ihm eine rechtzeitige Präzisierung seines Begehrens verunmöglicht war. Ebenso wenig ist ersichtlich, warum er den Inhalt des Arbeitsrapportes vom 25. April 2016 mit den behaupteten Vollendungsarbeiten nicht schon in seiner ersten Eingabe durch nähere Umschreibung und Wiedergabe in korrektem Deutsch für das Gericht nachvollziehbar machte. Den Anforderungen von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO ist damit nicht Genüge getan.

d) Aus dem Entscheid des Obergerichtes des Kantons Bern kann der Gesuchsteller schliesslich nichts zu seinen Gunsten ableiten. Das Gericht bemerkt in einem obiter dictum, dass beim Rechtsschutz in klaren Fällen im Sinne einer Ausnahme allenfalls ein (unbeschränktes) zweimaliges Äusserungsrecht gelte, weil solche Entscheide in materielle Rechtskraft erwachsen (*"Eine Ausnahme mag dort gerechtfertigt sein, wo wie beim Rechtsschutz in klaren Fällen ein Entscheid mit materieller Rechtskraft ergeht"*, OGer Bern ZK 12/2017 vom 21. September 2012 E. 25. m.H.). Diese Auffassung ist abzulehnen (so auch Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 229 N 27). Im Lichte der obigen Erwägungen findet eine solche Ausnahme im Gesetz keine Stütze, namentlich gibt es keinen Hinweis, dass je nach Art des Anspruches andere Regeln gelten sollten, wie etwa in Art. 254 ZPO, wo das Gesetz eine ausdrückliche Differenzierung für die zulässigen Beweismittel trifft. Zwar handelt es sich bei der viermonatigen Eintragsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB um eine Verwirkungsfrist (Schumacher, Ergänzungsband, N 234). Ist die Frist verstrichen und wird das vorläufig eingetragene Pfandrecht gelöscht, bedeutet dies für die betroffene Partei einen definitiven Rechtsverlust in dem Sinne, dass der Anspruch auf das Pfandrecht untergeht. Die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist indes eine vorsorgliche Massnahme, welche als Sicherungsmassnahme keine tatsächlichen Auswirkungen auf Zivilansprüche hat (BGE 137 III 563; Schumacher, Ergänzungsband, N 540 ff.; Kaufmann, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 256 N 6 ff.; ZK ZPO-Klingler, Art. 256 N 1 ff.). Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung des Beschleunigungsgebotes im summarischen Verfahren rechtfertigt sich die Zulassung von je zwei Vorträgen mit unbeschränktem Novenrecht nicht. Der Auffassung des Gesuchstellers, Noven seien auch nach den ersten Vorträgen unbeschränkt zulässig, ist demnach nicht zu folgen.

e) Somit handelt es sich bei den in seiner Stellungnahme vom 1. November 2016 vorgebrachten Tatsachen samt Belegen unter dem Gesichtspunkt von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO um unzulässige Noven, welche unbeachtet bleiben müssen. Bei sorgfältiger Prozessführung hätte der Gesuchsteller ohne Mühe bereits in seinem Gesuch vom 19. August 2016 konkret darlegen können und müssen, was die am 25. April 2016 in der fraglichen Liegenschaft vorge-

nommenen Arbeiten genau umfassten bzw. weshalb es sich dabei um Vollendungsarbeiten handelte.

6. Aber selbst wenn die neuen Tatsachen und Unterlagen zuzulassen wären, ergibt sich daraus nichts zugunsten des Gesuchstellers. Sein Hinweis auf das "jour fix"-Protokoll vom 26. Februar 2016, wonach der Gipser und der Maler noch Ausbesserungsarbeiten vornehmen müssen, verfängt nicht (act. 14 S. 5 f., act. 10/10). Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass solche Arbeiten wie erwogen gerade keine Vollendungsarbeiten im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB und daher nicht geeignet sind, die viermonatige Eintragsfrist auszulösen bzw. hinauszuschieben (vgl. oben E. 5.b). Der pauschale Hinweis auf "substantielle Platten- und Gipserarbeiten" im April 2016 im Kellergeschoss und im Ladenlokal ist ferner unbehelflich. Er gibt keinerlei Aufschluss darüber, wann die Leistungen erbracht wurden und worin diese bestanden. Allein durch deren Charakterisierung als "substantiell" ist nicht glaubhaft gemacht, dass es sich um fristauslösende Arbeiten im Sinne des Gesetzes handelte und diese nach dem 23. April 2016 bzw., wie vom Gesuchsteller behauptet, erst am 25. April 2016 erfolgten. Die dazu eingereichten Arbeitsrapporte mit Datum vom 18. bis 22. April 2016 lassen im Gegenteil darauf schliessen, dass die letzten dieser (neu) geltend gemachten Arbeiten schon am 22. April 2016 ausgeführt wurden (act. 14 S. 5 f., act. 16/6-11). Im Übrigen wäre es wiederum Sache des Gesuchstellers gewesen, die in gebrochenem Deutsch verfassten Rapporte für das Gericht plausibel zu machen, will er daraus etwas für sich ableiten. Im Zeitpunkt der superprovisorischen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes am 23. August 2016 war die viermonatige Frist demnach bereits verstrichen.

7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Gesuchsteller mit seinen Ausführungen im Gesuch vom 19. August 2016 die Voraussetzungen für seinen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes nicht glaubhaft gemacht hat. Die von ihm erstmals in seiner Stellungnahme zur Eingabe der Gesuchsgegner erfolgten näheren Umschreibungen seiner Leistungen sind verspätet und daher nicht zuzulassen. Im Übrigen vermögen auch die neuen Vorbringen seinen Anspruch auf ein Pfandrecht, namentlich die Einhaltung der Viermonats-

frist nicht schlüssig darzutun. Der Vorinstanz ist demnach weder eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes noch eine unrichtige Rechtsanwendung gemäss Art. 310 ZPO vorzuwerfen.

Damit erweist sich die Berufung als unbegründet und ist abzuweisen.

8. Zufolge Abweisung der Berufung wird das mit Verfügung der Vorinstanz vom 23. August 2016 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen sein (act. 5). Die Vorinstanz setzte als Zeitpunkt der Löschung durch das Grundbuchamt den unbenutzten Ablauf der Rechtsmittelfrist oder den Abschluss des obergerichtlichen Verfahrens, falls das Obergericht nichts anderes anordnet, fest (act. 24 S. 6 f.). 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 der Gesuchsteller für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Den Gesuchsgegnern ist mangels Umtrieben keine Entschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. November 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 23. August 2016 zugunsten des Gesuchstellers und zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegner für eine Pfandsumme von Fr. 1'091'321.– nebst Verzugszins zu 5% seit 20. August 2016 auf der Liegenschaft Kat.-Nr. 1, Grundbuch Blatt 1, ...strasse ..., D._____, vorläufig eingetragene Pfandrecht nach Ablauf von vierzig Tagen ab Zustellung dieses Entscheides an den Gesuchsteller zu löschen, *unter dem Vorbehalt* eines anders lautenden Entscheides des Bundesgerichtes.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 10'600.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegner unter Beilage des Doppels von act. 25, an das Bezirksgericht Zürich sowie nachfolgend an das Grundbuchamt D._____ (unter Beilage des Nachweises der Zustellung an den Gesuchsteller), 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. 1'091'321.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

S. Bohli Roth

versandt am: