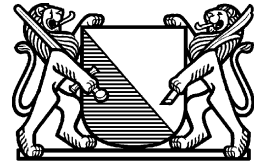


Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF190050-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

Urteil vom 19. Dezember 2019

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2._____,

gegen

C._____ **AG**,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes

Dielsdorf vom 22. August 2019 (ES180021)

Rechtsbegehren:

(act. 1, 2)

"Das Grundbuchamt D. _____ sei im Sinne von Art. 961 ZGB einstweilen anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegner ein Pfandrecht *vorläufig* im Grundbuch einzutragen auf Liegenschaft Kataster Nr. 1, Grundbuch Blatt 2, E. _____-strasse ..., ... F. _____, für eine Pfandsumme von Fr. 55'665.64 (Kapitalforderung Fr. 54'307.94, Zinsforderung Fr. 1'357.70 = 2,5% auf Fr. 54'307.94)."

(abgeändert, act. 24:)

"Die Pfandsumme für die je im hälftigen Miteigentum der Gesuchsgegner stehende Liegenschaft Kat. Nr. 1, Grundbuch Blatt 2, E. _____-strasse ..., ... F. _____ sei auf CHF 52'264.05 (Kapitalforderung CHF 50'989.30 und Zins 1'274.75) zu reduzieren. Im übrigen sei die Verfügung des angerufenen Gerichts vom 02. Juli 2018 zu bestätigen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST von 7.7% zu Lasten der Gesuchsgegner."

Urteil des Bezirksgerichtes:

(act. 38 [= act. 40 = act. 35])

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D. _____ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 2. Juli 2018 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Gemeinde F. _____ Grundbuch Blatt 2, Liegenschaft, Kataster Nr. 1, E. _____-strasse ..., für eine Pfandsumme von Fr. 52'264.05 (Kapitalforderung Fr. 50'989.30, Zinsforderung Fr. 1'274.75).
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist von *90 Tagen* ab Zustellung dieses Urteils angesetzt, um direkt beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegner anzuheben. Bei Säumnis können die Gesuchsgegner beim Einzelgericht den vorläufigen Eintrag (Dispositivziffer 1) löschen lassen.
- 3.-8. [Kosten- und Entschädigungsfolgen, Mitteilungen, Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

der Gesuchsgegner und Berufungskläger (act. 39):

- " 1. Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Entscheids des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 22. August 2019 sei dahingehend zu ändern, dass das Grundbuchamt D._____ angewiesen wird, die auf dem Grundstück Kataster Nr. 1, Gemeinde F._____, Grundbuch Blatt 2, E._____strasse ..., vorläufig eingetragene Pfandsumme im Betrag von Fr. 52'264.05 (Kapitalforderung Fr. 50'989.30, Zinsforderung Fr. 1'274.75) im Umfang von Fr. 27'680.38 (Kapitalforderung Fr. 27'005.20, Zinsforderung Fr. 675.18) umgehend zu löschen.
2. In prozessualer Hinsicht seien das vorliegende Verfahren mit den ebenfalls neu eingereichten Berufungsverfahren (i) IG._____ und H._____ (Gesuchsgegner/Berufungskläger) gegen C._____ AG (Gesuchstellerin/Berufungsbeklagte), Geschäfts-Nr. BG Dielsdorf: ES180022-D/U/B-9/wy, und (ii) I._____ und J._____ (Gesuchsgegner/Berufungskläger) gegen C._____ AG (Gesuchstellerin/ Berufungsbeklagte), Geschäfts-Nr. BG Dielsdorf: ES180024-D/U/B-9/wy, zu vereinen.
3. Ebenfalls in prozessualer Hinsicht seien die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens beizuziehen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen – zzgl. MWST auf der Parteientschädigung – zu Lasten der Gesuchstellerin/ Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1.

1.1. Die Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend Berufungskläger) sind Eigentümer eines von sechs Grundstücken, in die das bisherige Grundstück mit der Kataster Nr. 3 im F._____ -er Wohnquartier E._____ parzelliert wurde. Im Ergebnis entstanden dort anstelle eines abgebrochenen Einfamilienhauses vier zusammengebaute Wohnhäuser. Zu zwei der vier Wohnliegenschaften (nicht zu derjenigen der Berufungskläger) gehört je eine Garagenauffahrt als eigenes Grundstück, welches denselben Eigentümer wie das jeweilige Hauptgrundstück hat (act. 3; act. 4/1).

1.2. Die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Berufungsbeklagte) nahm im Auftrag der Baumeisterin K. _____ AG für die Überbauung Abfuhr- und Entsorgungsleistungen sowie Beton-, Kies- und Mörtellieferungen vor (vgl. act. 5). Hierfür macht sie eine Werklohnforderung von insgesamt Fr. 221'282.35 zuzüglich Zinsen von Fr. 5'532.06 geltend (act. 2).

1.3. Am 20. Juni 2018 beantragte die Berufungsbeklagte beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf (Vorinstanz) die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes. Sie teilte ihre Forderung dabei im Verhältnis derer Flächen auf die vier Hauptgrundstücke auf und machte zulasten des Grundstücks der Berufungskläger eine Pfandsumme von Fr. 55'665.64 inkl. Zins geltend (act. 1).

1.4. Mit superprovisorischer Verfügung vom 2. Juli 2018 wies die Vorinstanz das Grundbuchamt D. _____ an, das verlangte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 9). Am 27. September 2018 korrigierte die Berufungsbeklagte ihr Begehren insofern, als sie bei der Aufteilung der Pfandsumme alle sechs Grundstücke einbezog und die auf das Grundstück der Berufungskläger entfallende Pfandsumme entsprechend auf Fr. 52'264.05 inkl. Zins reduzierte (act. 24). Nach weiteren Prozessschritten, insbesondere Stellungnahmen beider Parteien, bestätigte die Vorinstanz mit Urteil vom 22. August 2019 die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes für die reduzierte Pfandsumme von Fr. 52'264.05 (Kapitalforderung Fr. 50'989.30, Zinsforderung Fr. 1'274.75; act. 38 [= act. 40 = act. 35]).

1.5. Am 16. September 2019 erhoben die Berufungskläger rechtzeitig Berufung gegen diesen Entscheid mit den vorstehenden Anträgen (act. 39; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 36/2).

1.6. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-36). Mit Verfügung vom 1. Oktober 2019 wurde der Antrag auf Vereinigung der Verfahren Nr. LF190050, LF190051 und LF190053 abgewiesen. Der gleichzeitig für das Berufungsverfahren verlangte Kostenvorschuss von Fr. 950.– ging fristgerecht ein (act. 42-44). Das Verfahren ist spruchreif, ohne dass es einer Berufungsantwort

bedarf. Der Berufungsbeklagten ist die Berufungsschrift mit dem vorliegenden Entscheid zur Kenntnisnahme zuzustellen (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2.

2.1. Hinsichtlich der allgemeinen Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 839 Abs. 2 ZGB und konkret zum Mass der Glaubhaftmachung des Pfandanspruches kann vorab auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 38 E. 2 und E. 4 f.). Mit der Berufung kann (a) die unrichtige Rechtsanwendung oder (b) die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

2.2. Unbestritten hat die Berufungsbeklagte für die Überbauung, zu der das Grundstück der Berufungskläger gehört, Frischbeton, Kies und Mörtel geliefert. Ausserdem besorgte sie den Abtransport von Aushub, Betonabbruch und Bau-schutt (vgl. act. 5). Gegenstand des Berufungsverfahrens ist einzig die Frage, ob die Berufungsbeklagte auch für den Teil ihrer Forderung, den sie für die Abfuhrleistungen geltend macht, einen Pfandanspruch hat (vgl. act. 39 S. 3 ff.).

2.3. Die Vorinstanz bejahte dies. Zur Begründung führte sie aus, ausschliessliche Entsorgungsarbeiten seien nicht baupfandberechtigt, ausser Abbruch und Entsorgung bildeten eine funktionale Einheit und beides werde vom gleichen Unternehmer ausgeführt. Die Berufungsbeklagte habe selber zwar keine Abbruch- oder Aushubarbeiten vorgenommen. Sie habe jedoch Transportbeton liefern müssen, dessen Verarbeitung im Neubau den Abbruch des Altbaus und die Entsorgung des Abbruch- und Aushubmaterials zwingend vorausgesetzt habe. Hierin sei eine funktionale Einheit gegeben, die zu einem Pfandanspruch für die gesamte Leistung der Berufungsbeklagten führe (act. 38 E. 7, S. 12).

2.4. Die Berufungskläger weisen darauf hin, die Berufungsbeklagte habe unbestrittenermassen keine Abbrucharbeiten vorgenommen. Die Vorinstanz führe zwar zutreffend aus, die Pfandberechtigung von Abfuhrleistungen setze voraus, dass derselbe Unternehmer Abbrucharbeiten geleistet habe. Nicht zu folgen sei der Vorinstanz aber, wenn sie in Widerspruch dazu darauf abstütze, dass die Verarbei-

tung des von der Berufungsbeklagten gelieferten Betons zwingend die Abfuhr und Entsorgung voraussetze. Damit führe die Vorinstanz ein konditionales Element ein, das mit dem vorausgesetzten funktionalen Zusammenhang nichts zu tun habe (act. 39 S. 4 ff.).

2.5. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes für Forderungen von Handwerkern und Unternehmern, die zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Wohl führt der seit 1. Januar 2012 geltende revidierte Gesetzestext eine nicht abschliessende Aufzählung von gewissen pfandgeschützten Bauleistungen auf ("zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen"). Der Rahmen der geschützten Leistungen wurde dadurch ausgeweitet (vgl. BSK ZGB II-THURNHERR, 6. Aufl. 2019, Art. 839/840 N 5a). Immer muss es sich aber um physische objektspezifische Bauarbeiten handeln. Gemäss Literatur und Rechtsprechung weiterhin nicht pfandberechtigt sind daher (u.a.) nicht objektspezifische Leistungen wie Transporte und Entsorgungen. Solche Leistungen sind aber mitpfandberechtigt, wenn sie zusammen (gemischt) mit pfandberechtigten Bauarbeiten von demselben Unternehmer erbracht werden und wenn sie entweder mit den pfandberechtigten Bauarbeiten eine funktionale Einheit bilden oder nebensächliche (Teil-)Leistungen darstellen (vgl. zum Ganzen BSK ZGB II-THURNHERR, 6. Aufl. 2019, Art. 839/840 N 6; CHK-SCHUMACHER, 3. Aufl. 2016, Art. 837 N 11; R. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N 327 ff.; jeweils m.w.H.).

2.6. Nebensächlich ist eine für sich allein nicht pfandberechtigende Sach- oder Arbeitsleistung, wenn sie im Verhältnis zur pfandberechtigenden Leistung quantitativ unbedeutend ist (R. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, N 333 f.). Die Berufungsbeklagte stellte am 31. Mai und 30. Juni 2017 sowie am 30. April 2018 Rechnungen für Abfahren im Gesamtbetrag von Fr. 117'207.05 (act. 7/1-2; act. 7/14). Diese machen somit etwas über die Hälfte der gesamten Forderung der Berufungsbeklagten von Fr. 221'282.35 (zzgl. Zins) aus, womit sie nicht mehr als nebensächliche Leistungen gelten können.

2.7. Es bleibt zu prüfen, ob eine funktionale Einheit vorliegt (vgl. E. 2.5.). Wie die Berufungskläger anführen, wird eine funktionale Einheit von Arbeiten unterschiedlicher Gattung in der Literatur namentlich dann bejaht, wenn Abfuhr- oder Entsorgungsarbeiten zusammen mit Abbrucharbeiten erbracht werden (vgl. z.B. R. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl. 2011, N 173). Dies bedeutet aber nicht, dass derartige Leistungen nicht auch zusammen mit anderen Arbeiten pfandberechtigt sein können. Massgebend ist nur, dass die Abfuhrleistungen eine funktionale Einheit mit Arbeiten zum Erstellen eines Bauwerks bilden (R. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N 402).

2.7.1. Das Kriterium der funktionalen Einheit ist erfüllt, wenn mehrere von demselben Unternehmer erbrachte Bauleistungen ein zusammengehörendes Ganzes bilden (BSK ZGB II-THURNHERR, 6. Aufl. 2019, Art. 839/840 N 30).

In BGE 136 III 6 führte das Bundesgericht aus, den sachenrechtlichen Bezug habe die Rechtsprechung insofern gelockert, als alle Leistungen und Lieferungen desselben Handwerkers in ihrer Gesamtheit zu würdigen seien. Seien sie als "un seul travail spécifique" zu betrachten, würden sie auch gesamthaft durch ein Baupfand geschützt. In diesem Sinn seien Leistungen und Lieferungen des gleichen Handwerkers oder Unternehmers, die teils pfandberechtigt, teils nicht pfandberechtigt sind, in ihrem ganzen Umfang pfandgeschützt, wenn nichts Abweichendes vereinbart worden oder die Ausscheidung unterblieben sei (BGE 136 III 6 E. 5.3. m.H.a. BGE 131 III 300 E. 3 und BGE 103 II 33 E. 4).

In BGE 125 III 113 hielt das Bundesgericht ferner fest, wenn für mehrere Gebäude auf einem einzigen Grundstück vom gleichen Unternehmer aufgrund eines einzigen Werkvertrages eine zusammengehörende Bauleistung sukzessive erbracht werde, liege eine einheitliche Leistung vor. Aufgrund dieser Kriterien weise die Klägerin (in jenem Fall) zu Recht darauf hin, dass ihre sukzessiven Betonlieferungen sowie die übrigen Bauleistungen – Lieferung von Sand, Sickergeröll und Abbruchgranulat sowie Abtransport des Bauschutts – als einheitliche Bauleistung zu qualifizieren seien (BGE 125 III 113 E. 3b).

Der Begriff der funktionalen Einheit meint eine spezifische Arbeit im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts, d.h. eine bestimmte Teilarbeit im gesamten Bauprozess (R. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N 1187).

2.7.2. Massgebend ist demnach im Wesentlichen, ob eine Leistung Teil einer spezifischen Gesamtleistung des Handwerkers oder Unternehmers für das gleiche Bauwerk ist. Bilden für sich allein nicht pfandberechtigende Leistungen eines Unternehmers ein zusammengehörendes Ganzes mit pfandberechtigenden Arbeiten, so besteht ein Pfandrecht für die gesamte Vergütungsforderung.

2.7.3. Wie die Vorinstanz zu Recht erwog, darf die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts überdies nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfall ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung dem definitiven Eintragungsverfahren zu überlassen. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage. Bei Abweisung des Gesuchs um vorläufige Eintragung drohte der gesuchstellenden Partei aufgrund der ablaufenden Eintragungsfrist ein definitiver Rechtsverlust, während bei einer Gutheissung im vorläufigen Eintragungsverfahren der Gegenpartei lediglich ein vorübergehender Nachteil droht, da die gesuchstellende Partei die Massnahme zu prosequieren haben wird (vgl. BGE 86 I 265 E. 3; BGE 137 III 563 E. 3.3; R. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N 1394 ff. bzw. Ergänzungsband zur 3. Aufl. 2011, N 609 ff.).

2.7.4. Mit Auftragsbestätigung vom 14. April 2017 bestätigte die Berufungsbeklagte den erteilten Auftrag für die Lieferung von Beton, Mörtel und Kies sowie die Abfuhr und Deponie bzw. Entsorgung von Aushub, Betonabbruch und Bauschutt (act. 5). In der Folge tätigte die Berufungsklägerin vom 5. Mai bis 30. Juni 2017 zunächst diverse Abfahrten (act. 7/1-2). Ab dem 17. Juli 2017 bis am 4. April 2018 lieferte sie sodann verschiedentlich Frischbeton, Kies und Mörtel (act. 7/3-13; act. 7/15). Für den Zeitraum 4. bis 11. April 2018 stellte sie schliesslich erneut Transportleistungen in Rechnung (act. 7/14).

Die in Frage stehenden Leistungen der Berufungsklägerin beruhen demnach auf einem einheitlichen Werkvertrag. Sie wurden zudem vom gleichen Unternehmer für dasselbe Bauprojekt erbracht und erfolgten auch zeitlich nahe aufeinander. Funktional handelt es sich bei den von der Berufungsbeklagten übernommenen Arbeiten insgesamt um vorbereitende bzw. unterstützende Leistungen für den eigentlichen Bauprozess. Die Berufungskläger machen geltend, bei dieser Betrachtungsweise würde jede noch so geringe pfandberechtigte Leistung bewirken, dass Abfuhrleistungen des gleichen Unternehmers mitpfandberechtigt wären (act. 39 S. 6). Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die Abfuhrleistungen vorliegend hinsichtlich Vergütung und Aufwand jedenfalls nicht als überwiegende Hauptleistung erscheinen, sondern lediglich einen Teil der werkvertraglichen Gesamtverpflichtung der Berufungsbeklagten bilden (vgl. E. 2.6.). Es ist unter diesen Umständen vertretbar, dass die Vorinstanz von einem zusammengehörenden Ganzen und somit einer einheitlichen Bauleistung ausgegangen ist. Das gilt insbesondere auch mit Blick auf die konstante Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach im Zweifelsfalle gerade bei unklarer oder unsicherer Rechtslage die Voraussetzungen zu bejahen sind (vgl. E. 2.7.3.). Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz das Begehren um vorläufige Eintragung guthiess. Die Rechtsfrage der Pfandberechtigung der Abfuhrleistungen wird im Einzelnen im Verfahren um definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zu klären sein. Dies führt zur Abweisung der Berufung.

3.

3.1. Ausgangsgemäss werden die Berufungskläger für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. Ausgehend vom Streitwert des Berufungsverfahrens von Fr. 27'005.20 (vgl. act. 42) ist die Entscheidgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 950.– festzusetzen. Die Kosten sind mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

3.2. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Den Berufungsklägern nicht, weil sie unterliegen und der Berufungsbeklagten nicht, weil ihr keine wesentlichen Aufwendungen entstanden, die zu entschädigen wären.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 22. August 2019 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 950.– festgesetzt und den Berufungsklägern auferlegt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden mit dem von den Berufungsklägern geleisteten Vorschuss verrechnet.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels der Berufungsschrift (act. 39), sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 27'005.20.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Kröger

versandt am: