

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF190052-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 lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

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 (ES180023)**

**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. \_\_\_\_\_ [Ort], für eine Pfandsumme von Fr. 58'894.86 (Kapitalforderung Fr. 57'458.40, Zinsforderung Fr. 1'436.46 = 2,5% auf Fr. 57'458.40)."

(abgeändert, act. 19:)

"Die Pfandsumme für die je im hälftigen Miteigentum der Gesuchsgegner stehenden Liegenschaften Kat. Nr. 1, Grundbuch Blatt 2, und Kat. Nr. 3, Grundbuch Blatt 4, E. \_\_\_\_\_-strasse ..., ... F. \_\_\_\_\_, sei auf CHF 62'370.14 (Kapitalforderung CHF 60'848.92 und Zins CHF 1'521.22) zu erhöhen. 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. 35 [= act. 32 = act. 37])

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. 58'894.86 (Kapitalforderung Fr. 57'458.40, Zinsforderung Fr. 1'436.46).
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. 36):

- " 1. Ziff. 1 des Entscheids vom 22. August 2019 sei dahingehend abzuändern, als die vorläufig eingetragene Pfandsumme auf CHF 28'311.84 zu reduzieren sei.
2. Das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ sei anzuweisen, die vorläufig eingetragene Pfandsumme auf dem Grundbuchblatt 2 (Kat.-Nr. 1) auf CHF 28'311.84 zu reduzieren.
3. Die Kosten des Verfahrens seien der Berufungsbeklagten aufzuerlegen und diese sei zu verpflichten, den Berufungsklägerin eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. MwSt.) zu bezahlen."

### **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. 5 im F.\_\_\_\_\_ Wohnquartier G.\_\_\_\_\_ parzelliert wurde. Im Ergebnis entstanden dort anstelle eines abgebrochenen Einfamilienhauses vier zusammengebaute Wohnhäuser. Zu zwei der vier Wohnliegenschaften (auch 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 H.\_\_\_\_\_ 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 (Haupt-)Grundstücks der Berufungskläger eine Pfandsumme von Fr. 58'894.86 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. 8). Am 27. September 2018 korrigierte die Berufungsbeklagte ihr Begehren insofern, als sie bei der Aufteilung der Pfandsumme alle sechs Grundstücke einbezog und die auf die beiden Grundstücke der Berufungskläger entfallende Pfandsumme entsprechend auf insgesamt Fr. 60'848.92 inkl. Zins erhöhte (act. 19). Nach weiteren Prozessschritten, insbesondere Stellungnahmen beider Parteien, bestätigte die Vorinstanz mit Urteil vom 22. August 2019 die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts für die dem ursprünglichen Begehren entsprechende Pfandsumme von Fr. 58'894.86 (Kapitalforderung Fr. 57'458.40, Zinsforderung Fr. 1'436.46; act. 385 [= act. 32 = act. 37]).

1.5. Am 16. September 2019 erhoben die Berufungskläger rechtzeitig Berufung gegen diesen Entscheid mit den vorstehenden Anträgen (act. 36; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 33/2).

1.6. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-33). Der mit Verfügung vom 1. Oktober 2019 verlangte Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– ging fristgerecht ein (act. 41-43). 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. 35 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 Bauschutt (vgl. act. 5). Gegenstand des Berufungsverfahrens ist einzig die Frage, ob die Berufungsbeklagte auch für den Teil ihrer Forderung, den sie für die Abfuhr bzw. Entsorgungsleistungen geltend macht, einen Pfandanspruch hat (vgl. act. 36 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. 35 E. 7, S. 9 f.).

2.4. Die Berufungskläger weisen darauf hin, die Berufungsbeklagte habe selbst keine Abbruch- und Aushubarbeiten ausgeführt. Anstatt folgerichtig die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zu verweigern, argumentiere die Vorinstanz, die Entsorgungsarbeiten seien eine zwingende Voraussetzung für die spätere Betonlieferung. Allein damit lasse sich jedoch die notwendige funktionale Einheit zwischen den Arbeiten nicht begründen. Der Abtransport des Bauschuttmaterials sei nämlich für jede spätere Bauarbeit eine zwingende Voraussetzung. Vorliegend hätten etliche Vorbereitungsarbeiten von Dritten erbracht werden müssen, bis der Bau soweit fortgeschritten gewesen sei, dass die erste Betonlieferung habe erfolgen können (act. 36 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 pfandberechtigten 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 – wie die Berufungskläger geltend machen (act. 36 S. 3 f.) – 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 Entsor-

gungsarbeiten 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 als 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 pfandberechtigte Leistungen eines Unternehmers ein zusammengehörendes Ganzes mit pfandberechtigten 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 Eintragsfrist 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 Abfahren (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 beruhten 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 müsse überspitzt betrachtet auch ein Unternehmen, das Abbruchmaterial entsorge und später am Bauwerk Malerarbeiten erbringe, vom Pfandschutz profitieren können (act. 36 S. 4). Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die von der Berufungsbeklagten ausgeführten Vorbereitungsarbeiten vorliegend einen deutlich engeren Zusammenhang als im genannten Beispiel aufweisen. Die Abfuhrleistungen erscheinen hinsichtlich Vergütung und Aufwand zudem nicht als überwiegende Hauptleistung, sondern bilden lediglich einen Teil der werkvertraglichen Gesamtverpflichtung der Berufungsbeklagten (vgl. E. 2.6.). Entgegen den Ausführungen der Berufungskläger (act. 36 S. 5) ist umstritten, ob Total- bzw. Generalunternehmer, welche neben nicht pfandberechtigten intellektuellen Leistungen auch Bauleistungen erbringen einen Pfandanspruch für den gesamten Werklohn haben (vgl. dazu BSK ZGB II-THURNHERR, Art. 839/840 N 4 m.w.H.). Ein umfassendes Pfandrecht für die gesamte Vergütung wird in Literatur und Rechtsprechung durchaus bejaht (siehe z.B. R. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N 336, 341, 483 sowie Ergänzungsband zur 3. Aufl. 2011, N 79; ZR 79/1980 S. 152 ff. E. 2d). 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. 29'837.10 (vgl. act. 41) ist die Entscheidunggebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.– 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 Entscheidunggebühr wird auf Fr. 1'000.– 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. 36), 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. 29'837.10.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Kröger

versandt am: