

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF200008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Pfeiffer

## Beschluss und Urteil vom 17. April 2020

in Sachen

1. **A.** \_\_\_\_\_,

2. **B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegner und Berufungskläger,

beide vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**C.** \_\_\_\_\_ **AG Bauunternehmung,**

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. et dipl. Ing. ETH Y1. \_\_\_\_\_ und / oder

Rechtsanwältin MLaw, LL.M. Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht (vorläufige Eintragung)**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom  
8. Januar 2020 (ES190085)

**Rechtsbegehren:**

(act. 20 S. 2)

1. Es sei das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ zunächst superprovisorisch und hernach provisorisch anzuweisen, sofort im Grundbuch folgendes Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des folgenden Grundstücks der Gesuchsgegner einzutragen:
  - des Grundstücks in der Stadt E.\_\_\_\_\_, Grundbuchblatt 1, Katasternummer 2, EGRID 3, Grundbuch D.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_-strasse ..., ... G.\_\_\_\_\_, für die Pfandsumme von CHF 231'242.35 nebst Zins zu 5% Zins seit 26. September 2019,
2. [Kosten- und Entschädigungsfolgen]

**Urteil Vorinstanz:**

(act. 20 S. 6 f.)

1. Das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ wird im Sinne von Art. 961 ZGB angewiesen, zugunsten der Gesuchstellerin umgehend und vorläufig ein Pfandrecht zulasten der Liegenschaft der Gesuchsgegner (Grundbuchblatt 1, Katasternummer 2, EGRID 3, Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_-strasse ..., ... G.\_\_\_\_\_) für eine Pfandsumme von Fr. 61'024.– nebst Zins zu 5% ab 26. September 2019 im Grundbuch einzutragen.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist von 30 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils angesetzt, um direkt beim zuständigen Gericht eine Klage auf Feststellung der Forderung als Pfandsumme und definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegner anzuheben. Bei Säumnis können die Gesuchsgegner beim Einzelgericht den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 1) löschen lassen.

3.–5. [Kosten- und Entschädigungsfolgen]

6./7. [Mitteilung, Rechtsmittelbelehrung]

### **Berufungsanträge:**

(act. 21 S. 2)

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 8. Januar 2020 (Geschäfts-Nr. ES190085) sei aufzuheben und das Gesuch der Berufungsbeklagten auf vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts abzuweisen.
2. Eventualiter sei Dispositiv-Ziffer 5 Satz 2 des Urteiles des Bezirksgerichtes Bülach vom 8. Januar 2020 aufzuheben und die Berufungsbeklagte zu verpflichten, für den Fall, dass sie die ordentliche Klage nicht anhängig macht, den Berufungsklägern für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von CHF 8'500 zuzügl. MWSt zu bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzügl. MWSt. zu Lasten der Berufungsbeklagten für beide Instanzen.

### **Erwägungen:**

#### 1. Übersicht und Prozessgeschichte

1.1. Der Streit dreht sich um die Frage, ob das Bezirksgericht Bülach, Einzelgericht, mit Urteil vom 8. Januar 2020 zu Recht die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu Gunsten der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (nachfolgend Pfandgläubigerin) und zu Lasten der Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend Pfandschuldner) auf einer Liegenschaft, die den Pfandschuldnern gemeinsam gehört (F. \_\_\_\_\_-strasse ..., G. \_\_\_\_\_; vgl. act. 1 S. 4 Rz. 6), eintragen liess. Namentlich stellt sich die Frage, ob das Gesuch vom 11. Oktober 2019 (act. 1) und die vorläufige Eintragung, die mit Verfügung vom 11. Oktober 2019 (act. 7) superprovisorisch angeordnet wurde (und entsprechend erfolgte, vgl. act. 8/1, 11), innert der Frist des Art. 839 Abs. 2 ZGB erfolgten.

1.2. Grundlage des geltend gemachten Anspruchs auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sind ein Werkvertrag (vgl. act. 4/2), den gemäss Darstellung der Pfandgläubigerin (act. 1 S. 3 Rz. 2) diese im Januar 2018 mit der H.\_\_\_\_\_ AG und dem Gesuchsgegner 1 und Berufungskläger 1 abgeschlossen hatte, und Arbeiten, die auf der streitbetroffenen Liegenschaft ausgeführt wurden. Soweit ist der Sachverhalt grundsätzlich unbestritten (vgl. act. 13 S. 3 Rz. 3).

1.3. Weiter habe die Pfandgläubigerin – gemäss ihrer eigenen Darstellung (act. 1 S. 3 f. Rz. 3) – ihre Arbeiten am 22. Februar 2018 in Angriff genommen, letzte Instandsetzungsmassnahmen hätten am 17. Juli 2019 stattgefunden. An diesem 17. Juli 2019 sei aber nur noch eine Arbeitsstunde geleistet worden, weshalb für die Viermonatsfrist (Art. 839 Abs. 2 ZGB) "sicherheitshalber" auf den 11. Juni 2019, an dem noch 12 Stunden Arbeit geleistet worden seien, abzustellen sei. Abgenommen worden sei das Werk am 27. Juli 2019.

1.4. Die Pfandgläubigerin ersuchte das Einzelgericht aufgrund der von ihr geleisteten Arbeiten, ein Pfandrecht für eine Pfandsumme von Fr. 231'242.35 (nebst Zins) zu Lasten der Pfandschuldner auf deren Grundstück eintragen zu lassen (act. 1 S. 2 Antrag 1). Das Einzelgericht liess ein Pfandrecht superprovisorisch und vorläufig lediglich für eine Pfandsumme von Fr. 61'024.– (nebst Zins) eintragen, wies das Gesuch aber im Mehrbetrag ab (Verfügung vom 11. Oktober 2019 [act. 7] S. 7 Dispositiv-Ziffern 1 f.).

1.5. Mit der Verfügung vom 11. Oktober 2019 wurde den Pfandschuldnern Frist angesetzt, zum Gesuch Stellung zu nehmen (act. 7 S. 7 Dispositiv-Ziffer 3), was diese mit Eingabe vom 2. Dezember 2019 (act. 13) taten. Daraufhin bestätigte das Einzelgericht seine Anordnung, das Pfandrecht für eine Pfandsumme von Fr. 61'024.– (nebst Zins) eintragen zu lassen (Urteil vom 8. Januar 2020 [act. 14 = 20] S. 6 Dispositiv-Ziffer 1). Gegen dieses Urteil führen die Pfandschuldner fristgerecht (vgl. act. 15; Art. 314 Abs. 1 ZPO) Berufung, während die Abweisung des Gesuchs im Mehrumfang unangefochten blieb (vgl. act. 21 S. 5 Rz. 8).

1.6. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (vgl. act. 1–18), Weiterungen (Art. 312 Abs. 1 ZPO) sind keine erforderlich. Das Verfahren ist spruchreif.

1.7. Mit Eingabe vom 15. April 2020 (act. 27) liess die Berufungsbeklagte der Kammer ein von beiden Parteien unterzeichnetes Sistierungsgesuch vom 9. April 2020 (act. 28) zukommen, mit dem beantragt wird, das Verfahren einstweilen bis 30. September 2020 zu sistieren.

## 2. Zum Sistierungsgesuch

2.1. Das Gericht kann das Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt (Art. 126 ZPO). Das bedeutet im Umkehrschluss, dass eine Sistierung nicht zur Disposition der Parteien steht.

Wie ausgeführt ist das Verfahren spruchreif. Mit einer Sistierung werden also keiner Partei Aufwendungen erspart. Sodann ist die Berufung abzuweisen. Damit wird der vom Bezirksgericht bereits angeordnete Zustand (einstweilen, das heisst bis zu einem Vergleich oder einer Entscheidung in der Hauptsache) aufrecht erhalten. Es lässt sich daher ein Zuwarten mit dem Entscheid nicht rechtfertigen. Es erwächst keiner Partei ein Nachteil, wenn das Verfahren nicht sistiert wird, sondern über die Berufung entschieden wird. Auch auf die Entscheidgebühr (§ 10 Abs. 1 GebV OG) hat eine Sistierung im heutigen Zeitpunkt keinen Einfluss, weil die Aufwendungen seitens des Gerichts bereits weitestgehend angefallen sind.

2.2. Das Sistierungsgesuch ist deshalb abzuweisen.

## 3. Beanstandungen der Pfandschuldner in der Sache

### 3.1. Vorbemerkung

Wie bereits erwähnt geht es um die Frage, ob die Frist zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (erst) am 11. Juni 2019 zu laufen begann (und deshalb die Eintragung am 11. Oktober 2019 noch rechtzeitig erfolgte). Das ist grundsätzlich dann der Fall, wenn am 11. Juni 2019 Arbeiten erbracht wurden, die zusammen mit den Arbeiten, für die die Pfandgläubigerin einen Werklohnanspruch von Fr. 61'024.– zu haben behauptet, eine "einheitliche Arbeit" bilden, denn (nur) dann läuft für alle diese Arbeiten eine einheitliche Frist (Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. A. 2008, Rz. 1146). Das wiederum setzt voraus, dass zwi-

schen den Arbeiten vom 11. Juni 2019 und den übrigen Arbeiten ein rechtlicher oder funktionaler Zusammenhang besteht (Schumacher, a.a.O., Rz. 1159). In diesem Sinne ist im Folgenden von "fristrelevanten Arbeiten" am 11. Juni 2019 die Rede.

### 3.2. Ungenügende Substantiierung fristrelevanter Arbeiten

3.2.1. Die Pfandgläubigerin führte in ihrem Gesuch vom 11. Oktober 2019 aus, es sei "sicherheitshalber auf den 11. Juni 2019 abzustellen, wo noch 12 Stunden Arbeit (z.B. Kernbohrungen, Versetzen Schlüsselzylinder mit Mörtel) geleistet wurden" (act. 1 S. 3 f. Rz. 3), und weiter, es sei "[s]icherheitshalber ... davon auszugehen, dass die [Pfandgläubigerin] ihre letzten Arbeiten auf der Baustelle am 11. Juni 2019 ausgeführt hat" (act. 1 S. 7 Rz. 18).

3.2.2. Die Pfandschuldner beanstanden, die Pfandgläubigerin habe damit ihre Behauptung, am 11. Juni 2019 seien fristrelevante Arbeiten ausgeführt worden, ungenügend substantiiert (act. 21 S. 5 f. Rz. 9 ff., S. 7 Rz. 17 f., S. 8 Rz. 22 ff., S. 9 Rz. 30). Im Einzelnen beanstanden die Pfandschuldner, es fehlten "[w]eitere Behauptungen tatsächlicher Art zu den vorgenommenen Arbeiten [dazu nachfolgend Erw. 3.2.4 Bst. a], zum Zusammenhang zwischen dem Werkvertrag und den angeblichen Zusatz-/Regiearbeiten [Bst. b], zur Abgrenzung Regiearbeiten/Mängelbehebung [Bst. c] und zur Vollendung der Arbeiten [Bst. d]" (act. 21 S. 6 Rz. 12).

3.2.3. Es muss hier nicht vollständig geprüft werden, ob die Pfandgläubigerin ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast nachgekommen ist. Es genügt, die einzelnen Beanstandungen der Pfandschuldner zu prüfen (sog. "Beanstandungslast", vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO ["begründet"]). Grundlage dieser Prüfung ist, dass nur *rechtserhebliche* Tatsachen behauptet und substantiiert werden müssen (Art. 221 Abs. 1 lit. d i.V.m. 150 ZPO). Soweit die Pfandschuldner für weitere Details auf ihre Ausführungen in ihrer vorinstanzlichen Eingabe oder gar in ihrer Schutzschrift (act. 6/1) verweisen (z.B. act. 21 S. 6 Rz. 13), sind sie nicht zu hören, da die Beanstandungen in der Rechtsmittelschrift erfolgen müssen.

### 3.2.4. Zu den Beanstandungen im Einzelnen

#### a) Zu den "vorgenommenen Arbeiten"

Welche Arbeiten vorgenommen wurden, ergibt sich mit ausreichender Klarheit aus den Ausführungen im Gesuch und aus dem als Beweis offerierten Tagesrapport (act. 4/5), nämlich dass (zumindest eine) Kernbohrung vorgenommen wurde und ein Schlüsselzylinder ein- oder versetzt wurde. Die Pfandschuldner beanstanden in diesem Zusammenhang weiter, es hätte ausgeführt werden müssen: "Was sind das für Bohrungen, wo musste gebohrt werden, welche Zylinder mussten versetzt werden und warum war die Versetzung notwendig etc." (act. 21 S. 8 Rz. 25). *Was für Bohrungen es waren*, führte die Pfandgläubigerin aus (Kernbohrungen zur Ein- oder Versetzung eines Schlüsselzylinders). Es ist nicht ersichtlich, warum es rechtserheblich sein sollte (und deshalb hätte behauptet werden müssen), *wo genau gebohrt werden musste und welche Zylinder versetzt wurden*. Auch nicht rechtserheblich ist, *warum die Versetzung notwendig war* (dazu nachfolgend Bst. c).

#### b) Zum "Zusammenhang zwischen dem Werkvertrag und den angeblichen Zusatz-/Regiearbeiten"

Dieser Zusammenhang ist offensichtlich, weshalb weitere Ausführungen durch die Pfandgläubigerin nicht nötig waren: Die Arbeiten wurden von dem gleichen Unternehmer ausgeführt, mit dem der Werkvertrag geschlossen worden war. Der Werkvertrag lautete umfassend auf "Baumeisterarbeiten" (act. 1 S. 3 Rz. 2, act. 4/2 S. 1 Ziff. 1) und auf einen "Büro-Anbau" (act. 1 S. 3 Rz. 3) oder "Erweiterungsbau an das bestehende Gebäude" (act. 4/2 S. 8 Ziff. 2.1). Der Einbau oder eine allenfalls notwendige Versetzung (zum Problem der Mängelbehebung nachfolgend c) von Schlüsselzylindern ist Teil solcher Arbeiten. Denn zu einem Gebäude gehören notwendigerweise die Vorkehrungen, die für seine Verschliessbarkeit nötig sind, also der Einbau (und eben auch eine allfällig nötige Versetzung) eines Schlüsselzylinders.

#### c) Zur "Abgrenzung Regiearbeiten/Mängelbehebung"

aa) (Weitere) Ausführungen der Pfandgläubigerin zur Frage, ob es sich bei den Arbeiten vom 11. Juni 2019 um Regiearbeiten (oder, gemäss act. 21 S. 8 Rz. 22: "Zusatzarbeiten"), um Mängelbehebungsarbeiten oder um aufgrund des ursprünglichen Werkvertrags vereinbarte Arbeiten handelte, waren nicht nötig.

bb) Mängelbehebungen erfolgen zwar – anders als Regiearbeiten – grundsätzlich kostenlos und sind deshalb nicht pfandberechtigt (weil ihnen keine Forderung gegenübersteht, die durch ein Pfandrecht gesichert werden könnte) und sind damit auch nicht fristrelevant (Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 455; ders., Das Bauhandwerkerpfandrecht. Ergänzungsband zur 3. Auflage, 2011, Rz. 243, 248). Es ist deshalb *grundsätzlich* rechtserheblich, ob eine Arbeit der Mängelbehebung diene. Die Arbeiten vom 11. Juni 2019 waren aber jedenfalls keine Mängelbehebungsarbeiten. Denn Mängelrechte können erst nach Abnahme des Werkes entstehen (vgl. Gauch, Der Werkvertrag, 5. A. 2011, Rz. 1447), weshalb davor geleistete Arbeiten nicht Mängelbehebungs-, sondern einfach Werkerstellungs- und Vollendungsarbeiten sind. Die Abnahme des Werkes erfolgte gemäss Ausführungen der Pfandgläubigerin am 27. Juli 2019 (act. 1 S. 4 Rz. 3 am Ende), was unbestritten blieb (vgl. act. 13 S. 3 Rz. 4; vgl. auch act. 4/6), also erst nach den Arbeiten vom 11. Juni 2019.

cc) Ob die Arbeiten vom 11. Juni 2019 Regie- oder Zusatzarbeiten waren, spielt hier keine Rolle. Denn auch Regiearbeiten oder sonstige Arbeiten, die aufgrund einseitig angeordneter oder gemeinsam vereinbarter Vertragsänderungen erfolgten, sind – entgegen der Ansicht der Pfandschuldner (act. 21 S. 6 Rz. 13, S. 8 Rz. 22) – Teil einer einheitlichen Arbeit, für die die Eintragsfrist einheitlich beginnt (vgl. Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1175 ff.). Behauptungen zur Frage, was die genaue Rechtsgrundlage der Arbeiten vom 11. Juni 2019 war, waren also – mangels Rechtserheblichkeit – nicht nötig.

d) Zur "Vollendung der Arbeiten"

Diese Beanstandung ist so allgemein, dass eine Auseinandersetzung damit kaum möglich ist. Es ist denn auch nicht ersichtlich, was die Pfandgläubigerin (sonst noch) zur Vollendung der Arbeiten hätte ausführen können oder sollen.

### 3.2.5. Ergebnis

Die Pfandgläubigerin hat damit ausreichend behauptet und substantiiert, dass am 11. Juni 2019 fristrelevante Arbeiten erbracht wurden. Der Beanstandung der Pfandschuldner, das Einzelgericht habe das Recht diesbezüglich unrichtig angewendet (act. 21 S. 9 Rz. 29 ff.), ist damit die Grundlage entzogen.

### 3.3. Umfang der Arbeiten

Die Pfandschuldner weisen darauf hin, dass am 11. Juni 2019 lediglich 2.5 Stunden pfandrechtsberechtigte und (deshalb) fristrelevante Arbeiten geleistet worden seien (act. 21 S. 8 Rz. 26 f.). Es kommt allerdings nicht auf eine rein quantitative, sondern auf eine qualitative oder funktionale Betrachtung an (Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1113, und die Hinweise auf die Rechtsprechung bei Rz. 1103 Fn. 1097). Arbeiten, die der Verschlussbarkeit eines Gebäudes dienen, sind grundlegend (vgl. bereits vorn Erw. 3.2.4 Bst. b) und stehen damit auch in einem funktionalen Zusammenhang zu den übrigen "Baumeisterarbeiten" und erst recht zu einem "Erweiterungsbau an das bestehende Gebäude", waren also Teil der einheitlichen Arbeit aufgrund des Werkvertrags und damit fristrelevant.

### 3.4. Widersprüchliche Erwägungen des Einzelgerichts?

3.4.1. Die Pfandschuldner beanstanden, das Einzelgericht habe widersprüchlich entschieden: So habe das Einzelgericht zwar die Anordnung der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für Nachtrags- und Regiearbeiten für eine Pfandsumme von Fr. 148'048.60 (nebst Zins) abgewiesen mit der Begründung, dazu fehlten ausreichend substantiierte Behauptungen und taugliche Beweismittel (act. 21 S. 7 Rz. 17 f.; act. 7 S. 5 f. Erw. 4.1 ff.; zum entsprechenden Gesuch act. 1 S. 5 f. Rz. 12). "Konsequenterweise" (act. 21 S. 7 Rz. 18) hätte es auch mit Blick auf die Frage, ob am 11. Juni 2019 fristrelevante Arbeiten erfolgten, zum Schluss kommen müssen, die Behauptungen der Pfandgläubigerin seien unsubstantiiert (vgl. auch act. 21 S. 6 Rz. 15 und S. 8 Rz. 22 ff.).

3.4.2. Mit der Verfügung vom 11. Oktober 2019 wies das Einzelgericht das Gesuch der Pfandgläubigerin, die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für

eine Pfandsumme von Fr. 158'048.60 aufgrund von Regie- und Nachtragsarbeiten anzuordnen, ab (act. 7 S. 5 Erw. 4.1, S. 6 Erw. 4.3 Abs. 3, S. 7 Dispositiv-Ziffer 2). Es erwog dazu zwar zunächst, die Pfandgläubigerin habe die von ihr geltend gemachten Zusatzleistungen nicht näher ausgeführt, sah also in allgemeiner Weise eine mangelnde Substantiierung (act. 7 S. 5 Erw. 4.3 am Anfang). Gerade danach erwog das Einzelgericht aber, die Pfandgläubigerin habe "keine Ausführungen darüber [gemacht], wie sich dieser Betrag zusammensetzt", und dass es "nicht am Gericht sein [kann], aus einer Beige von Belegen die fraglichen Rechnungen herauszufiltern" (alles ebd.). Und es erwog weiter, es sei "kaum möglich, auch nur eine summarische Prüfung der geltend gemachten Forderungen ... vorzunehmen" (act. 7 S. 6 Erw. 4.3 Abs. 3). Entscheidend war für das Einzelgericht also, dass die Pfandgläubigerin keine substantiierten Behauptungen zur Frage machte, wie die geleisteten Arbeiten den vorgelegten Rechnungen zuzuordnen sind und wie sich (daraus) ein bestimmter Werklohnanspruch und damit die geltend gemachte Pfandsumme ergeben soll.

3.4.3. Nichts anderes ergibt sich aus den Erwägungen des Einzelgerichts, wonach es den Pfandschuldnern "nur sehr erschwert möglich [sei], zu den geltend gemachten Zusatzleistungen fundiert Stellung zu nehmen" (act. 7 S. 6 Erw. 4.3 Abs. 3). Hier geht es darum, dass die Pfandgläubigerin eine Vielzahl von Arbeiten – entsprechend einem Werklohnanspruch von rund Fr. 160'000.– – geltend machte, ohne diese in einzelne Behauptungen aufzuteilen. Die Arbeiten vom 11. Juni 2019, auf die es im Zusammenhang mit der Fristwahrung allein ankommt, waren aber gerade als Einzeltatsache behauptet.

3.4.4. Zu diesen Erwägungen des Einzelgerichts zur mangelhaften Substantiierung des geltend gemachten "Regie-Werklohns" (und des entsprechenden Pfandanspruchs) steht nicht im Widerspruch, wenn das Einzelgericht gleichzeitig erwog, die Tatsache, dass am 11. Juni 2019 Arbeiten geleistet wurden, sei ausreichend substantiiert, und weiter erwog, diese Arbeiten seien fristrelevant. Denn für die Frage, ob am 11. Juni 2019 fristrelevante Arbeiten erfolgten, sind Behauptungen zur Frage, was sonst noch alles gemacht worden sei und welche Kosten

die Arbeiten vom 11. Juni 2019 und allfällige andere Arbeiten verursacht haben, nicht nötig.

### 3.5. Mahnung der Pfandgläubigerin

Die Pfandschuldner verweisen auf eine Mahnung der Pfandgläubigerin an die H.\_\_\_\_\_ AG vom 5. September 2019 (act. 21 S. 8 Rz. 23; act. 6/3/6). In dieser seien honorarberechtigte Leistungen vom 11. Juni 2019 nicht enthalten, was ein Indiz dafür sei, dass solche nicht erbracht worden seien. Dass in dieser Mahnung Leistungen vom 11. Juni 2019 nicht aufgeführt sind, ist ohne Bedeutung. Es wurde (mit dem Tagesrapport [act. 4/5]) glaubhaft gemacht, dass am 11. Juni 2019 Arbeiten ausgeführt wurden. Dass diese nicht in der Mahnung aufgeführt sind, kann ganz verschiedene Gründe haben (allenfalls waren die Leistungen bereits bezahlt, oder sie wurden nicht separat verrechnet, da sie Teil der Leistungen des ursprünglichen Werkvertrags waren, etc.). Zudem handelt es sich gemäss Darstellung der Pfandschuldner selbst bei der Forderung von Fr. 61'024.– um einen Garantierückbehalt (act. 21 S. 5 Rz. 8), der definitionsgemäss gar noch nicht fällig war, weshalb er auch nicht auf einer Mahnung erscheinen konnte.

Ein solches Indiz, über dessen Einzelheiten nur spekuliert werden kann, genügt jedenfalls nicht, um das grundsätzlich glaubhaft Gemachte – dass am 11. Juni 2019 fristrelevante Arbeiten erbracht wurden – (im Sinne eines "Gegenbeweises") als nicht mehr glaubhaft erscheinen zu lassen.

### 3.6. Wahrung der Frist

Dass, wenn die letzten fristrelevanten Arbeiten am 11. Juni 2019 geleistet wurden, die Eintragungsfrist mit dem Gesuch vom 11. Oktober 2019, der Verfügung und der daraufhin erfolgten vorläufigen Eintragung vom gleichen Tag gewahrt ist, wird (zu Recht) nicht beanstandet.

## 4. Anfechtung der erstinstanzlichen Parteientschädigung

4.1. Die Pfandschuldner fechten die Regelung der Entschädigungsfolgen durch das Einzelgericht an (act. 21 S. 2 Berufungsantrag 2, S. 9 Rz. 33 ff.). Dieses ordnete Folgendes an (act. 20 S. 7 Dispositiv-Ziffer 5 Satz 2):

" Für den Fall, dass die [Pfandgläubigerin] innert Frist ... die Klage [auf Feststellung der Forderung als Pfandsumme und definitive Eintragung des Pfandrechts, act. 20 S. 6 Dispositiv-Ziffer 2] nicht anhängig macht, entfällt eine Parteientschädigung."

4.2. Die Pfandschuldner beantragen, die Pfandgläubigerin sei für den Fall, dass sie die ordentliche Klage nicht anhängig macht, zu verpflichten, den Pfandschuldnern für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 8'500.– (zzgl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen (act. 21 S. 10 Rz. 37).

4.3. Wie die Pfandschuldner selbst vorbringen (act. 21 S. 9 Rz. 35), wollte das Einzelgericht für den Fall, dass die vorläufige Eintragung nicht prosequiert würde, die Kosten- und Entschädigungsfolgen definitiv regeln. Genau das hat es mit seiner Anordnung getan: Für den Fall, dass die Massnahme nicht prosequiert würde, also kein weiteres Verfahren stattfindet, in dem über eine abweichende Entschädigungsfolge entschieden werden könnte, sprach es den Pfandschuldnern keine Parteientschädigung zu.

4.4. Das ist nicht zu beanstanden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung war es unter Geltung der kantonalen Prozessrechte zulässig, die Kosten- und Entschädigungsfolgen eines Massnahmenverfahrens in diesem abschliessend zu beurteilen, ohne für den Fall, dass eine Prosequierung nicht stattfindet,

eine abweichende Regelung vorzubehalten; und es war ebenso zulässig, die Kosten und Entschädigung allein gemäss dem Obsiegen und Unterliegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) *im Massnahmenverfahren* zu verlegen (BGer 5A\_702/2008 Erw. 3.4, vgl. auch BGer 5P.496/2006). Die "Kann-Bestimmung" der nunmehr vereinheitlichten schweizerischen Zivilprozessordnung (Art. 104 Abs. 3 ZPO) erlaubt der zuständigen Instanz, die Kosten eines Massnahmenverfahrens abschliessend und nach Obsiegen und Unterliegen im Massnahmenverfahren zu regeln (Urwylter/Grütter, Dike-Kommentar ZPO, Art. 104 N 4). Dabei kommt es für das Obsiegen und Unterliegen nur auf den Betrag von Fr. 61'024.– an, da im Zusammenhang mit der restlichen Pfandsumme den Pfandschuldern keine zu entschädigenden Umtriebe entstanden, da bereits das Gesuch um superprovisorische Eintragung abgewiesen wurde (vgl. § 11 Abs. 1 AnwGebV). Betreffend die Pfandsumme von Fr. 61'024.– unterlagen die Pfandschuldner vollständig, weshalb das Einzelgericht ihnen zu Recht keine Parteientschädigung zusprach.

## 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Aufgrund des Streitwerts von Fr. 61'024.– beträgt die ordentliche Entscheidgebühre Fr. 6'400.– (§ 12 Abs. 1 f., § 4 Abs. 1 GebV OG). Sie ist in Anwendung von § 8 Abs. 1 GebV OG auf die Hälfte herabzusetzen, also auf Fr. 3'200.–. Sie ist ausgangsgemäss den Pfandschuldern aufzuerlegen, unabhängig vom weiteren Gang des Verfahrens, aufgrund der dargelegten Verteilungsgrundsätze (vorn Erw. 4.4 f.).

5.2. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen; den Pfandschuldern nicht, weil sie unterliegen, der Pfandgläubigerin nicht, weil ihr im Berufungsverfahren keine zu entschädigenden Umtriebe entstanden sind.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Sistierungsgesuch vom 9. April 2020 wird abgewiesen.
2. Mitteilung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 8. Januar 2020 bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'200.– festgesetzt und den Berufungsklägern (unter solidarischer Haftung) auferlegt.
3. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden mit dem von den Berufungsklägern geleisteten Vorschuss von Fr. 3'200.– verrechnet.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 21) sowie an das Bezirksgericht Bülach (ES190085), je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 61'024.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Pfeiffer

versandt am: