

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF210012-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

## **Beschluss vom 10. Februar 2021**

in Sachen

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

Gesuchsteller und Berufungskläger,

gegen

**B. \_\_\_\_\_ [Personalsorge],**

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichts Zürich vom 13. Januar 2021 (ES210002)

**Erwägungen:**

1.

1.1. Die B.\_\_\_\_\_ (Gesuchsgegnerin) ist Eigentümerin der Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. Nr. 2, C.\_\_\_\_\_ -strasse ... in ... Zürich (act. 3/42). Die D.\_\_\_\_\_ GmbH ist Mieterin von Räumlichkeiten an dieser Adresse (vgl. act. 14/45). A.\_\_\_\_\_ (Gesuchsteller) ist Inhaber des Einzelunternehmens E.\_\_\_\_\_ und nahm im Auftrag der Mieterin Innenausbau-Arbeiten vor (namentlich Arbeiten an Küche, Sanitär- und Elektroanlagen, Verlegung von Vinylböden, Erstellung von Trennwänden, Schreiner-, Gipser- und Malerarbeiten; vgl. act. 14/1-4). Am 24. März und 7. Juli 2020 leistete die D.\_\_\_\_\_ GmbH je eine Akontozahlung von Fr. 30'000.- (act. 14/38-39). Am 16. November 2020 erhob der Gesuchsteller unter Hinweis auf die Schlussabrechnung vom 9. September 2020 Betreuung für eine Restforderung von Fr. 36'277.90 nebst Zins (act. 14 A). Am 19. November 2020 leistete die D.\_\_\_\_\_ GmbH eine Restzahlung von Fr. 18'000.- (act. 14/40).

1.2. Am 11. Januar 2021 stellte der Gesuchsteller beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich (Vorinstanz) ein Gesuch um (superprovisorische) Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin für eine Forderung von Fr. 18'277.90 nebst Zins (act. 9/1-2). Mit Urteil vom 13. Januar 2021 wies die Vorinstanz das Gesuch ab (act. 11 [= act. 13 = act. 4]).

1.3. Dagegen erhob der Gesuchsteller am 3. Februar 2021 Berufung beim Obergericht. Er beantragt, sein Gesuch um (superprovisorische) Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sei gutzuheissen; der Rechtsvorschlag sei zu beseitigen und Rechtsöffnung zu erteilen (act. 12).

1.4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-9). Das Verfahren ist spruchreif. Soweit der Gesuchsteller eine superprovisorische Eintragung im Berufungsverfahren beantragt, wird das Gesuch mit dem heute auszufällenden Endentscheid gegenstandslos.

2.

2.1. Mit der Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) werden im Berufungsverfahren nur berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Wird wie hier ein im summarischen Verfahren ergangener Entscheid angefochten, ist die Berufung innert zehn Tagen seit Zustellung des angefochtenen Entscheids einzureichen (Art. 321 Abs. 2 ZPO).

2.2. Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt wurde, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste (sog. Zustellfiktion). Letzteres ist der Fall beim Gesuchsteller, der das Verfahren einleitete. Der Gesuchsteller hatte in seinem Gesuch zwei Adressen der E. \_\_\_\_\_ angegeben; im beigelegten Formular wurde nur noch die Adresse an der F. \_\_\_\_\_-gasse ... in G. \_\_\_\_\_ genannt (act. 1-2). Die Vorinstanz sandte den angefochtenen Entscheid an die im Handelsregister eingetragene Domiziladresse des Einzelunternehmens am H. \_\_\_\_\_-weg ... in I. \_\_\_\_\_. Die Sendung wurde dem Gesuchsteller am 16. Januar 2021 an dieser Adresse zur Abholung gemeldet und nach der am 23. Januar 2021 abgelaufenen Abholfrist an die Vorinstanz retourniert (act. 6). Am 28. Januar 2021 erkundigte sich der Gesuchsteller bei der Vorinstanz nach dem Stand des Verfahrens und erklärte, an der im Handelsregister eingetragenen Adresse halte sich niemand auf, weshalb im Gesuch die Adresse F. \_\_\_\_\_-gasse ... in G. \_\_\_\_\_ angegeben worden sei (act. 7). Am 29. Januar 2021 stellte die Vorinstanz den Entscheid dem Gesuchsteller nochmals an der angegebenen Adresse zu mit dem Hinweis auf die Zustellfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO. Würde auf die erste Zustellung abgestellt, wäre die Berufungsfrist am 2. Februar 2021 abgelaufen und die am 3. Februar 2021 bei der Post aufgebene Berufung verspätet. Welche Zustellung hier massgebend ist, kann aber letztlich offen bleiben, da auch dann nicht auf die Berufung eingetreten werden kann, wenn diese rechtzeitig war.

2.3. Gestützt auf Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 839 ZGB können Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder zu anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, ein Pfandrecht auf diesem Grundstück eintragen lassen (sog. Bauhandwerkerpfandrecht). Die Eintragung hat bis spätestens vier Monate nach Vollendung der Arbeiten zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Belastet wird das Grundstück, auf dem die Bauarbeiten erfolgten. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich deshalb gegen den Eigentümer des Grundstücks, auch wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind. Voraussetzung ist aber, dass der Grundeigentümer seine Zustimmung zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat (Art. 837 Abs. 2 ZGB).

2.4. Die Vorinstanz wies das Gesuch um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ab, da der Gesuchsteller weder ausgeführt noch belegt hatte, dass die Gesuchsgegnerin als Grundeigentümerin ihre Zustimmung zu den Arbeiten erteilt hatte (act. 12). Der Gesuchsteller reicht mit seiner Berufung eine E-Mail der Gesuchsgegnerin nach, gemäss welcher die Mieterin zum Innenausbau berechtigt gewesen sei (act. 14/45). Er ersucht unter Hinweis darauf um Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (act. 12).

2.5. Es ist nicht ersichtlich, dass es dem Gesuchsteller nicht möglich gewesen wäre, dies bereits mit seinem Gesuch vor Vorinstanz vorzubringen. Die neue Beilage kann daher im Berufungsverfahren nicht mehr berücksichtigt werden (act. 317 Abs. 1 ZPO, E. 2.1.). Im Übrigen äussert sich der Gesuchsteller nicht zu den Ausführungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid. Auf die Berufung ist daher nicht einzutreten.

Im Rahmen der vorläufigen Eintragung des Pfandrechts wird weiter noch nicht über den Bestand der Forderung gegenüber der D.\_\_\_\_\_ GmbH entschieden, sondern es muss als Voraussetzung für die Eintragung des Pfandrechts nur glaubhaft gemacht werden, dass eine Forderung besteht. Auf die Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlags bzw. Rechtsöffnung kann daher in diesem Verfahren ebenfalls nicht eingetreten werden.

2.6. Der Gesuchsteller ist darauf hinzuweisen, dass er sein Gesuch um Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts mit einer ergänzten Begründung und weiteren Beilagen bei der Vorinstanz erneut einreichen kann. Wie die Vorinstanz bereits ausgeführt hat, sind die Voraussetzungen des Anspruchs auf Eintragung glaubhaft zu machen, wobei keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden (Art. 261 Abs. 1 ZPO; Art. 961 Abs. 3 ZGB; act. 11 E. 2.2.). Der Gesuchsteller muss sein Gesuch aber begründen und soweit möglich mit Unterlagen dokumentieren. Dertun muss er (neben der bereits erwähnten Zustimmung des Grundeigentümers) insbesondere die von ihm geltend gemachte Forderung, welche (letzten) Arbeiten er ausgeführt hat, und dass seit Vollendung der Arbeiten noch keine vier Monate verstrichen sind. Die Ausführungen sind (soweit möglich) mit den massgeblichen Grundbuchauszügen, Werkverträgen, schriftlichen Aufträgen, Arbeitsrapporten, Rechnungen sowie allenfalls E-Mails und Briefen zu belegen. Zu beachten ist ausserdem, dass die viermonatige Frist für die Eintragung nicht mit der Stellung des Gesuchs, sondern nur mit dem effektiven Eintrag im Grundbuch gewahrt ist. Es empfiehlt sich deshalb, das Gesuch einige Tage vor Ablauf der Frist zu stellen, damit das Gericht Zeit zur Bearbeitung hat. Daran ändert eine Abwesenheit nichts, wie sie der Gesuchsteller mit der Berufung für die zweite Hälfte des laufenden Kalendermonats ankündigt (act. 14 S.4). Wie bereits die Vorinstanz festhielt sind die Unterlagen überdies leserlich und vollständig einzureichen (act. 11 E. 3.).

3.

Ausgangsgemäss sind die Kosten dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Gegenpartei ist mangels Umtrieben im vorliegenden Verfahren keine Parteienschädigung zuzusprechen.

**Es wird beschlossen:**

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch um superprovisorische Eintragung wird abgeschrieben.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt und dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage von act. 12, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein und an die Obergerichtskasse
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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 18'277.90.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Kröger

versandt am: