

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF230021-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

## Urteil vom 21. März 2023

in Sachen

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

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. HSG LL.M. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**Stadt Zürich,**

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Amt für Hochbauten der Stadt Zürich,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes  
Zürich vom 28. Februar 2023 (ES230009)**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

1. "1. Das Notariat, Grundbuch- und Konkursamt B. \_\_\_\_\_-Zürich sei gerichtlich anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin, GBBl. 1, EGRID 2, Kataster 3, Plan 4, 5, 6, C. \_\_\_\_\_, ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 174'741.05 nebst Zins zu 5% ab 25.10.2022 vorläufig als Vormerkung im Grundbuch einzutragen.
2. Die Anweisung sei superprovisorisch zu verfügen und dem Grundbuchamt unverzüglich zur vorläufigen Eintrag im Grundbuch mitzuteilen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

**Urteil des Bezirksgerichtes:**

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr von Fr. 1'500.– wird der Gesuchstellerin auferlegt.
3. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Parteientschädigung wird abgewiesen.
- 4./5. [Schriftliche Mitteilung/Rechtsmittelbelehrung: Berufung, 10 Tage, kein Fristenstillstand].

**Berufungsanträge:**

(act. 8 S. 2)

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 28. Februar 2023 (ES230009-L/U) sei aufzuheben.
2. Es sei das Notariat, Grundbuch- und Konkursamt B. \_\_\_\_\_-Zürich anzuweisen, zu Gunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin, GBBl. 1, EGRID 2, Kataster 3, Plan 4, 5, 6, C. \_\_\_\_\_, ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 174'741.05 nebst Zins zu 5% ab 25.10.2022 vorläufig als Vormerkung im Grundbuch einzutragen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

**Erwägungen:**

1.

1.1. Die Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegnerin) ist Eigentümerin eines im Grundbuch Zürich-B. \_\_\_\_\_ eingetragenen Grundstücks, GBBl. 1, EGRID 2, Kataster 3, Plan 4, 5, 6, C. \_\_\_\_\_ (act. 3/2). Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, welche die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen ... bezweckt (act. 3/4). Laut Gesuchstellerin habe sie Montage und Bauarbeiten auf dem Grundstück des (im Grundeigentum der Gesuchsgegnerin stehenden) Stadtsitals C. \_\_\_\_\_, an mehreren Gebäuden in Zürich, geleistet. Bis zum heutigen Zeitpunkt habe sie für ihre geleistete Arbeit am Grundstück des Stadtsitals C. \_\_\_\_\_ keine Leistung erhalten (act. 1 S. 2 f.).

1.2. Mit Eingabe vom 24. Februar 2023 (Datum Poststempel; Datum Eingang: 28. Februar 2023; act. 1) samt Beilagen (act. 3/2-7) gelangte die Gesuchstellerin an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich, Audienz (fortan Vorinstanz), und beantragte die (superprovisorische) vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem genannten Grundstück der Gesuchsgegnerin gemäss eingangs wiedergegebenem Rechtsbegehren (act. 1 S. 2). Mit Urteil vom 28. Februar 2023 wies die Vorinstanz das Gesuch der Gesuchstellerin sogleich ab (act. 4 = act. 7 S. 3).

2.

2.1. Mit Eingabe vom 16. März 2023 (Datum Poststempel) erhob die Gesuchstellerin fristgerecht (vgl. act. 5a) Berufung gegen den Entscheid der Vorinstanz mit den vorstehend aufgeführten Anträgen (act. 8 S. 2).

2.2. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-5). Eine Berufungsantwort ist nicht einzuholen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist spruchreif.

3.

Das angefochtene Urteil stellt einen erstinstanzlichen Entscheid über vorsorgliche

Massnahmen (vgl. BGE 137 III 563, E. 3.3 f.) in einer vermögensrechtlichen Streitigkeit dar. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Dies ist vorliegend der Fall (Pfandsumme von Fr. 174'741.05, act. 1 S. 2). Im Berufungsverfahren kommen die Art. 308 ff. ZPO zur Anwendung.

4.

4.1. Gestützt auf Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 839 ZGB in Verbindung mit Art. 961 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* im Grundbuch hat innerhalb einer Frist von *vier Monaten* nach Vollendung der Arbeit zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB), wobei die Frist eingehalten ist, wenn die Anmeldung vor Ablauf der Frist im Tagebuch eingeschrieben ist. Die Eintragung muss tatsächlich erfolgt sein; es genügt nicht, sie innert Frist zu verlangen. Nach unbenutztem Ablauf der Frist ist der Anspruch auf das Bauhandwerkerpfandrecht verwirkt (BGE 126 III 462 E. 2c/aa).

4.2. Die Vorinstanz erwog, nach den Vorbringen der Gesuchstellerin habe sie am 25. Oktober 2022 als Bauleistung Korrosionsschutzbemalung an Rohren vollbracht. Nach Art. 7 ZGB i.V.m. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR ende die Frist zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts mit Ablauf desjenigen Tages, der durch die Zahl dem Tage des Arbeitsschlusses entspreche. Die Frist nach Art. 839 Abs. 2 ZGB sei demnach am 25. Februar 2023 abgelaufen, womit der Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts verwirkt sei (act. 7 S. 2).

4.3. Die Gesuchstellerin gibt an, nach nochmaligem Studium des Aktendossiers sei aufgefallen, dass Wochenrapporte von unwissenden Hilfsassistenten übersehen worden seien. Aus dem nachgereichten Wochenrapport der Kalenderwoche 48 ergebe sich, dass zu späterem Zeitpunkt an dem Grundstück der Gesuchsgegnerin noch Bauarbeiten vollzogen worden seien (act. 8 S. 5).

Die Gesuchstellerin zitiert Art. 317 Abs. 1 ZPO und merkt an, dass von neuen Tatsachen neue rechtliche Begründungen zu unterscheiden seien. Letztere würden von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfasst und könnten noch im Berufungsverfahren sowie im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht im Sinne der Rechtsanwendung von Amtes wegen vorgebracht werden. Ob es sich bei der Nachreichung des Wochenrapportes um neue Tatsachen oder neue rechtliche Begründungen handle, könne nach der Gesuchstellerin dahingestellt bleiben, wenn die Schranken von Art. 317 Abs. 1 ZPO eingehalten seien (act. 8 S. 3 f.). Die Gesuchstellerin führt aus, das Vorbringen von unerwartet Massgeblichem könne grundsätzlich nach Art. 317 ZPO zulässig sein. Noven seien ohne Verzug vorzubringen und gleichzeitig sei substantiiert zu behaupten, weshalb die Noveneingabe zulässig sei. Nach der Lehre sei nicht nur die tatsächliche Kenntnisnahme des Novums, sondern auch die mögliche Kenntnis bei sorgfältigem Vorgehen massgebend. Zur Wendung "ohne Verzug" würden in der Lehre verschiedene Auffassungen vertreten, der Gesetzgeber habe keine Frist vorgesehen und die Rechtsprechung sollte keine fixe Zeitspanne definieren. Als grobe Richtschnur dürfte die Beibringung von Noven innert einer Frist von zehn Tagen noch als unverzüglich angesehen werden. Entdecke eine Partei Noven während ihr eine Frist (z.B. für die Berufung, Berufungsantwort, Anschlussberufung bzw. Anschlussberufungsantwort und allfällige weitere Eingaben) laufe, genüge es nach einem Teil der Lehre, wenn die Noven mit der entsprechenden Rechtsschrift geltend gemacht würden (act. 8 S. 4 f.). Da der Wochenrapport der Kalenderwoche 48 dem Gericht in der Berufungsfrist zugestellt worden sei, seien die Schranken von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO eingehalten. Das Vorbringen von unerwartet Massgeblichem, d.h. die Nennung von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln, die Aspekte des Falles betreffen, sei zulässig (act. 8 S. 3 und 5). Überdies sei das Gesuch um provisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts eine vorsorgliche Massnahme und werde im summarischen Verfahren behandelt. Es sei kein Vollbeweis verlangt, Glaubhaftmachung des Anspruches genüge.

4.4.1. Gemäss der vorliegend anwendbaren Bestimmung von Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und

trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Art. 317 Abs. 1 ZPO regelt die Voraussetzungen, unter denen Noven ausnahmsweise vorgebracht werden können, abschliessend. Das Berufungsverfahren dient nicht dazu, das erstinstanzliche Verfahren zu vervollständigen, sondern den erstinstanzlichen Entscheid aufgrund von konkret erhobenen Rügen zu überprüfen und zu korrigieren (BGE 142 III 413 E. 2.2.2).

4.4.2. Vorab ist festzuhalten, dass nicht erkennbar ist, was die Gesuchstellerin mit der von ihr vorgenommenen Unterscheidung von neuen Tatsachen und neuen rechtlichen Begründungen darlegen möchte. Sie leitet daraus nichts für ihren Standpunkt ab. Das nachträgliche Vorbringen, der Wochenrapport der Kalenderwoche 48 ergebe, dass zu späterem Zeitpunkt an dem Grundstück der Gesuchsgegnerin noch Bauarbeiten vollzogen worden seien, stellt sodann auch keine (neue) rechtliche, sondern eine tatsächliche Begründung dar. Im Weiteren kann in Bezug auf den neu und erstmals im Berufungsverfahren vorgelegten Wochenrapport nicht von etwas unerwartet Massgeblichem gesprochen werden. Aus dem Gesetz geht klar hervor, dass die Eintragung bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen hat (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Es liegt an der Gesuchstellerin, sämtliche Voraussetzungen für die (vorläufige) Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts, darunter auch die Einhaltung der viermonatigen Verwirkungsfrist, glaubhaft zu machen (vgl. ausführlich zum Verhandlungsgrundsatz, der Behauptungs-/Substantiierungslast und Glaubhaftmachung: LF210007 vom 18. März 2021 E. 3.3.2.-3.3.3.). Dies hätte insbesondere der anwaltlich vertretenen Gesuchstellerin klar sein müssen. Die Gesuchstellerin argumentiert mit der Voraussetzung nach Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO, nämlich dass Noven ohne Verzug vorgebracht werden müssen. Um noch Berücksichtigung finden zu können, muss es sich aber als kumulative Voraussetzung bei den Tatsachen und Beweismitteln auch um solche handeln, welche trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Es ist dabei ein objektiver Sorgfaltsmassstab anzulegen, auf subjektive Umstände kommt es nicht an (ZK ZPO-Reetz/Hilber, 3. Aufl. 2016, Art. 317 N 42 und 62; Steininger, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 317 N 7). Die Gesuchstellerin spricht davon, dass der Wochenrapport der Kalenderwoche 48 von ihr resp. ei-

nem Hilfsassistenten "übersehen" worden sei. Bereits diese Zugabe impliziert, dass der Wochenrapport bereits bei Einreichung des Gesuchs an die Vorinstanz vorlag, es sich folglich um ein unechtes Novum handelt. Gerade in solchen Fällen kommt lit. b von Art. 317 Abs. 1 ZPO massgebliche Bedeutung zu (vgl. ZK ZPO-Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 58 ff.). Das Übersehen eines wesentlichen Beweismittels durch eine Hilfsperson ist ein der Gesuchstellerin zurechenbares Versäumnis. Es ist vorliegend davon auszugehen, dass bei gebotener, sorgfältiger Aktendurchsicht und sorgfältigem Redigieren der Gesuchsbegründung die Behauptung, es seien zu späterem Zeitpunkt (als dem 25. Oktober 2022) am Grundstück der Gesuchsgegnerin noch Bauarbeiten vollzogen worden, bereits vor Vorinstanz hätte aufgestellt und der Wochenrapport der Kalenderwoche hätte eingereicht werden können. Das genannte Versäumnis resp. "Übersehen" eines Beweismittels stellt einen subjektiven, der Gesuchstellerin zurechenbaren Umstand bzw. Fehler dar. Die Voraussetzung gemäss lit. b von Art. 317 Abs. 1 ZPO ist damit nicht erfüllt, womit die im Berufungsverfahren neu aufgestellten Behauptungen samt Belegen als unzulässige Noven zu werten sind.

An dieser Sach- und Rechtslage ändert auch nichts, dass es sich bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts um ein summarisches Verfahren handelt, entbindet dies die Gesuchstellerin doch nicht von der aufgezeigten Glaubhaftmachungslast, welche sich unter anderem auch auf die Voraussetzung der Einhaltung der gesetzlichen Verwirkungsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB bezieht. Glaubhaftmachung erfordert mehr als blosses Behaupten, wobei anzufügen ist, dass die Gesuchstellerin vor Vorinstanz in Bezug auf die Fristeinhaltung nicht einmal genügende Behauptungen aufgestellt hat. Im Gegenteil liessen ihre Darlegungen in der Eingabe vom 24. Februar 2023 und die dazu eingereichten Beweismittel gerade nur den durch die Vorinstanz gezogenen Schluss zu, dass die Frist von vier Monaten am Tag des Eingangs des Gesuchs bereits abgelaufen war (vgl. act. 1 S. 3 f. Rz. 5, Behauptung letzter Arbeitshandlung am Grundstück der Gesuchsgegnerin am 25. Oktober 2022 und als "BO 07": Wochenrapport KW 42 & KW 43). Auch ändert die Art des Verfahrens und das Beweismass nichts an der Novenregelung im Rechtsmittelverfahren, nach welcher es sich – wie dargelegt – bei der neuen Behauptung, dass zu späterem Zeitpunkt am Grundstück der

Gesuchsgegnerin noch Bauarbeiten vollzogen worden seien, sowie dem neu vorgelegten Wochenrapport der Kalenderwoche 48, um unzulässige und daher im Berufungsverfahren nicht zu berücksichtigende Noven handelt.

4.5. Zusammengefasst führen die obigen Ausführungen zum Schluss, dass die Berufung abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen ist.

5.

5.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Gesuchstellerin für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mit Blick auf das streitwerte Interesse vor Rechtsmittelinstanz von Fr. 174'741.05 sowie in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 1'000.00 festzusetzen.

5.2. Parteientschädigungen für das Rechtsmittelverfahren sind keine zuzusprechen. Der Gesuchstellerin nicht, da sie unterliegt, der Gesuchsgegnerin nicht, da ihr im Rechtsmittelverfahren keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen sind.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich, Audienz, vom 28. Februar 2023 (ES230009-L/U) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.00 festgesetzt und der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte unter Beilage von act. 8, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein.
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. 174'741.05.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: