

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF230067-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. E. Pahud  
sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

## Beschluss vom 16. Februar 2024

in Sachen

1. **A.**\_\_\_\_\_,
2. **B.**\_\_\_\_\_, Dr. iur.,
3. **C.**\_\_\_\_\_,
4. **D.**\_\_\_\_\_,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

alle vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**E.**\_\_\_\_\_ **AG**,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht / vorläufige Eintragung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach  
vom 25. August 2023 (ES220003)**

**Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:**

(act. 1)

- " 1. Das Notariat, Grundbuchamt und Konkursamt F. \_\_\_\_\_ sei gerichtlich anzuweisen, zu Lasten des Grundstücks Nr. 1, G. \_\_\_\_\_ -weg 1, F. \_\_\_\_\_, und zu Gunsten der gesuchstellenden Partei ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 111'312.95 nebst Zins zu 5% seit 22.12.2021 gerechnet nur auf den Betrag von CHF 105'871.60 vorläufig als Vormerkung im Grundbuch einzutragen.
2. [...]
3. [...]
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Gesuchsgegner.
5. Es sollen die Akten vom laufenden Prozess in Bülach von Geschäfts-Nr. ES210021-C/Z3 beigezogen werden."

**Urteil des Einzelgerichtes:**

1. Das gemäss Verfügung vom 1. Februar 2022 vorläufig eingetragene Pfandrecht zulasten des Grundstücks am G. \_\_\_\_\_ -weg 1, F. \_\_\_\_\_, Kataster Nr. 1, Blatt 2, wird für eine reduzierte Pfandsumme von Fr. 108'201.15 zzgl. Zins zu 5 % auf den Betrag von Fr. 105'871.60 seit 24. Dezember 2021 bestätigt.
2. Im Mehrumfang wird das Begehren abgewiesen.

Das Grundbuchamt F. \_\_\_\_\_ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung vom 1. Februar 2022 vorläufig eingetragene Pfandrecht im Mehrumfang nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist zu löschen.

Die Löschung darf erst aufgrund einer entsprechenden Mitteilung des Bezirksgerichts Bülach an das Grundbuchamt vorgenommen werden.

3. Der Gesuchstellerin wird eine Frist von 60 Tagen ab Zustellung dieses Urteils an die Gesuchstellerin angesetzt, um direkt beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gemäss Dispositiv-Zif-

fer 1 gegen die Gesuchsgegner anzuheben. Bei Säumnis können die Gesuchsgegner den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 1) löschen lassen.

4. [Gerichtskosten]
5. [Auferlegung Gerichtskosten]
6. [Entschädigungsfolgen]
7. [Mitteilungssatz]
8. [Rechtsmittel]
9. [Fristenstillstand]

### **Berufungsanträge:**

der Gesuchsgegner (act. 81):

- " 1. Es sei das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht summarisches Verfahren, vom 25. August 2023 (Geschäfts-Nr. ES220003) bezüglich Dispositiv-Ziffer 1 aufzuheben.
2. Soweit Ziffer 1 der vorstehenden Rechtsbegehrens aufgehoben wird, sei Ziffer 2 des Dispositivs des angefochtenen Urteils des Bezirksgerichts Bülach vom 25. August 2023 (Geschäfts-Nr. ES220003) aufzuheben.
3. Es sei das Gesuch der Berufungsbeklagten/Gesuchstellerin für eine Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vollumfänglich abzuweisen.
4. Es sei das Grundbuchamt F.\_\_\_\_\_ anzuweisen, das zugunsten der Berufungsbeklagten/Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch eingetragene Pfandrecht zulasten des Grundstücks am G.\_\_\_\_\_weg 1, F.\_\_\_\_\_, Kataster-Nr. 1, Blatt 2, für die Pfandsumme im reduzierten Umfang von CHF 108'201.15 zuzüglich Zins zu 5 % auf dem Betrag von CHF 105'871.60 seit 24. Dezember 2021 gemäss angefochtenem Urteil vom 25. August 2021 vollumfänglich zu löschen.
5. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 5 des angefochtenen Urteils seien die Prozesskosten des vorinstanzlichen Verfahrens vor dem Bezirksgericht Bülach, Einzelgericht summarisches Verfahren (Geschäfts-Nr. ES220003) vollumfänglich und definitiv der Berufungsbeklagten/Gesuchstellerin aufzuerlegen.

6. Eventualiter, es sei das Verfahren zur weiteren Behandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer bezüglich Berufungskläger 2) zu Lasten der Berufungsbeklagten/Gesuchstellerin."

### **Erwägungen:**

#### **I.**

1.1. Mit Eingabe vom 1. Februar 2022 ersuchte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz um (super-)provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegner (act. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 1. Februar 2022 wies die Vorinstanz das Grundbuchamt F. \_\_\_\_\_ superprovisorisch an, vorläufig ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsumme von CHF 111'312.95 (zzgl. Zins zu 5 % auf den Betrag von CHF 105'871.60 seit 22. Dezember 2021) zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegner im Grundbuch einzutragen (act. 4). Nach Eingang des Kostenvorschusses für das vorinstanzliche Verfahren wurde den Gesuchsgegnern mit Verfügung vom 14. März 2022 Frist angesetzt, um zum Begehren der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen (act. 13 f.). Mit Eingabe vom 25. April 2022 nahmen die Gesuchsgegner innert erstreckter Frist Stellung zum Gesuch der Gesuchstellerin (act. 18 und 20).

1.2. Mit Eingabe vom 7. Juli 2022 nahm die Gesuchstellerin ihr Replikrecht wahr und äusserte sich zur Stellungnahme der Gesuchsgegner vom 25. April 2022; sie stellte zudem diverse prozessuale Anträge (act. 31). Nachdem die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 11. Oktober 2022 über die prozessualen Anträge entschieden hatte, setzte sie den Gesuchsgegnern Frist an, um sich zur Eingabe der Gesuchstellerin vom 7. Juli 2022 in der Sache zu äussern (act. 46 und 48). Die Stellungnahme der Gesuchsgegner zur Sache datiert vom 28. November 2022 (act. 52). Sie wurde der Gesuchstellerin – unter Ansetzung einer Frist – zur Wahrung des Replikrechts mit Verfügung vom 29. November 2022 zugestellt (act. 54). In der Folge reichten sowohl die Gesuchstellerin als auch die Gesuchs-

gegner Noveneingaben ein, die der Gegenseite je zugestellt wurden (act. 59 – 72).

1.3. Mit Urteil vom 25. August 2023 bestätigte die Vorinstanz das gemäss Verfügung vom 1. Februar 2022 vorläufig eingetragene Pfandrecht für eine reduzierte Pfandsumme von CHF 108'201.15 (zzgl. Zins zu 5 % auf den Betrag von Fr. 105'871.60 seit 24. Dezember 2021; act. 76 = act. 80 = act. 82 Dispositiv-Ziffer 1; fortan act. 80). Ferner setzte sie der Gesuchstellerin für die Anhebung der Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts eine Frist von 60 Tagen ab Zustellung des Urteils an (act. 80 Dispositiv-Ziffer 3).

2.1. Gegen die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts erhoben die Gesuchsgegner mit Eingabe vom 18. September 2023 (Datum Poststempel) fristgerecht Berufung (act. 81; zur Rechtzeitigkeit s. act. 77). Mit Verfügung vom 20. Oktober 2023 wurde den Gesuchsgegnern Frist angesetzt, um für die Kosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss zu leisten (act. 85). Dieser wurde rechtzeitig geleistet (act. 86 f.).

2.2. Mit Eingabe vom 21. Dezember 2023 gelangten die Gesuchsgegner an die Kammer und beantragten, das Berufungsverfahren als gegenstandslos geworden erledigt abzuschreiben (act. 88). Sie begründeten ihren Antrag zusammengefasst damit, dass die Gesuchstellerin innert der 60-tägigen Frist keine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts angehoben habe, weshalb sie – die Gesuchsgegner – einen Anspruch auf Löschung des vorläufig eingetragenen Pfandrechts hätten. Sie hätten mit Eingabe vom 21. Dezember 2023 bei der Vorinstanz um Löschung des Pfandrechts ersucht (act. 88 S. 2). Mit Eingabe vom 4. Januar 2024 reichten die Gesuchsgegner eine Bestätigung der Vorinstanz vom 21. Dezember 2023 ein, in der bescheinigt wird, dass die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz keine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts eingereicht und keine Erstreckung der 60-tägigen Frist beantragt habe (act. 90 f.).

2.3. Die Kammer setzte der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 8. Januar 2024 Frist an, um zu den Eingaben der Gesuchsgegner Stellung zu nehmen (act. 92). Die Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin nahm die Verfügung am

10. Januar 2024 entgegen (act. 93). Mit Schreiben vom gleichen Tag teilte sie der Kammer mit, die Gesuchstellerin nicht (mehr) zu vertreten (act. 94). Das Schreiben sandte sie (unter Beilage der Verfügung vom 8. Januar 2024) zur Kenntnisnahme auch an ihre bisherige Klientin (act. 94 unten). Eine Stellungnahme zu den Eingaben der Gesuchsgegner ging bis heute nicht ein.

3.1. Damit auf ein Rechtsmittel eingetreten werden kann, müssen die Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 ZPO erfüllt sein. Insbesondere muss ein schutzwürdiges Interesse vorliegen (Art. 60 ZPO i.V.m. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Bei Rechtsmitteln hat derjenige ein Rechtsschutzinteresse, der durch den angefochtenen Entscheid beschwert, d.h. benachteiligt, ist (MÜLLER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 59 N 57). Fehlt das Rechtsschutzinteresse bereits bei Eintritt der Rechtshängigkeit, so ist ein Nichteintretensentscheid zu fällen. Bei Wegfall nach Eintritt der Rechtshängigkeit ist das Verfahren stattdessen gemäss Art. 242 ZPO infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben (GSCHWEND/STECK in: BSK ZPO, 3. Auflage 2017, Art. 242 N 5 f.).

3.2.1. Die Behauptung der Gesuchsgegner, wonach die Gesuchstellerin innert der 60-tägigen Frist keine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts angehoben hat, blieb unbestritten. Sie wurde zudem durch eine eingereichte Bestätigung der Vorinstanz belegt. Folglich ist diese Tatsachenbehauptung dem vorliegenden Entscheid zugrunde zu legen.

3.2.2. Art. 263 ZPO hält fest, dass vorsorgliche Massnahmen bei ungenutztem Ablauf der Prosequierungsfrist ohne Weiteres dahinfallen. Die Vorinstanz hat die Gesuchstellerin in ihrem Urteil vom 25. August 2023 denn auch darauf hingewiesen, dass die Gesuchsgegner im Säumnisfall einen Löschananspruch haben (act. 80 Dispositiv-Ziffer 3). Indem die Gesuchstellerin die Prosequierungsfrist ungenutzt verstreichen liess, fällt das vorsorglich eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht gemäss dem vorinstanzlichen Urteil vom 25. August 2023 dahin. Die Gesuchsgegner haben damit kein Rechtsschutzinteresse (mehr) am vorliegenden Berufungsverfahren. Da das Dahinfallen der vorsorglichen Massnahme nach Erhebung der Berufung erfolgte, ist das Berufungsverfahren im Sinne von Art. 242 ZPO als gegenstandslos abzuschreiben.

4.1. Der Streitwert der Berufung beträgt CHF 108'201.15. Gemäss § 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 sowie § 10 Abs. 1 ist die Entscheidungsgebühr für das Berufungsverfahren auf CHF 800.– festzusetzen.

4.3.1. Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen in Art. 106 ZPO abweichen, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird und das Gesetz nichts anderes vorsieht. Dabei ist für die Kostenverlegung je nach Lage des Einzelfalls zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zum Verfahren gegeben hat, bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses geführt haben, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre und welche Partei unnötigerweise Kosten verursacht hat. Das Gericht darf sich nach der Rechtsprechung grundsätzlich zwar nicht auf ein einzelnes dieser Kriterien versteifen. Vielmehr hat es im Rahmen seines Ermessensentscheids sämtliche Kriterien zu berücksichtigen. Je nach Sachlage ist allerdings anerkannt, dass vorab auf einzelne Kriterien abzustellen ist (BGE 142 V 551 E. 8.2; BGer 5A\_78/2018 vom 14. Mai 2018 E. 2.3.1, je m.w.H.). Ist der Grund für die Gegenstandslosigkeit des Prozesses dem Verhalten einer Partei zuzuschreiben, sind die Kosten in der Regel dieser Partei aufzuerlegen.

4.3.2. Die Gesuchstellerin hat die Prosequierungsfrist ohne jegliche Begründung ungenutzt verstreichen lassen und durch diese Säumnis die Gegenstandslosigkeit des Berufungsverfahrens verursacht. Entsprechend sind die Prozesskosten ihr aufzuerlegen.

4.4. Die Parteientschädigung der Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1, § 8, § 9 sowie § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf CHF 3'200.– festzusetzen und ihnen einzeln zu je gleichen Teilen à CHF 800.– (exkl. MwSt.) zuzusprechen. Da lediglich der Gesuchsgegner 2 Wohnsitz in der Schweiz hat, ist einzig ihm ein Mehrwertsteuersatz von 7.7 % zu gewähren.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Berufungsverfahren wird als gegenstandslos beschrieben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 800.– festgesetzt und der Gesuchstellerin auferlegt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden aus dem von den Gesuchsgegnern geleisteten Vorschuss von CHF 6'000.– bezogen. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, den Gesuchsgegnern CHF 800.– zu ersetzen. Der Überschuss des geleisteten Kostenvorschusses wird den Gesuchsgegnern zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.

3. Die Gesuchstellerin wird zur Leistung folgender Parteientschädigung für das Berufungsverfahren verpflichtet:
  1. an den Gesuchsgegner 2:  
CHF 861.60 (inkl. Mehrwertsteuer)
  2. an die Gesuchsgegner 1, 3 und 4:  
je CHF 800.–
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels der Berufungsschrift (act. 80), sowie an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 108'201.15.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lacic

versandt am: