

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP120019-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

## Beschluss und Urteil vom 6. November 2012

in Sachen

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

Klägerin und Berufungsklägerin

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

gegen

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

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren  
des Bezirksgerichtes Meilen vom 30. August 2012; Proz. FV120008**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1)

"Es sei zu Gunsten der Klägerin und zu Lasten der im Eigentum des Beklagten stehenden Parzelle Grundregister C.\_\_\_\_\_, GB ..., Liegenschaft ...strasse ..., ... C.\_\_\_\_\_, Kat.-Nr. ..., ein Bauhandwerkerpfandrecht definitiv im Grundbuch einzutragen mit einer Pfandsumme von Fr. 28'928.80, nebst Zins zu 5 % seit 7. Januar 2011, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten."

**Anträge:**

(act. 1 und 32, sinngemäss)

1. Es sei vom Urteil des Obergerichts vom 18. Mai 2012 (Geschäfts-Nr. PF120011) Vormerk zu nehmen.
2. Es sei festzustellen und davon Vormerk zu nehmen, dass der Beklagte die definitive Eintragung des angebehrten Bauhandwerkerpfandrechts bereits veranlasst hat. Eventualiter seien die Parteien zur Hauptverhandlung vorzuladen.
3. Es seien die Gerichtskosten und die Entschädigungsfolgen gemäss Dispositiv Ziff. 4 und 5 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen vom 24. November 2011 (Geschäfts-Nr. ES110062) festzusetzen und das Verfahren als erledigt abzuschreiben.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

**Verfügung und Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 30. August 2012:**

(act. 39 S. 11 ff.)

1. Das Verfahren wird wieder aufgenommen.
2. Auf das klägerische Rechtsbegehren auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts wird nicht eingetreten.
3. Auf die klägerischen Anträge auf Vormerknahme vom Urteil des Obergerichts Zürich vom 18. Mai 2012 (Geschäfts-Nr. PF120011) und auf Feststellung der definitiven Eintragung des mit Urteil vom 24. November 2011 des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirks Meilen (Geschäfts-Nr. ES110062) als vorläufige Eintragung bestätigten Bauhandwerkerpfandrechts wird nicht eingetreten.
4. Es wird davon Vormerk genommen, dass die definitive Eintragung des mit Urteil vom 24. November 2011 des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirks Meilen (Geschäfts-Nr. ES110062) als vorläufige Eintragung bestätigten Bauhandwerkerpfandrechts für eine Forderung von

- CHF 28'928.80 nebst Zins zu 5 % seit 7. Januar 2011 auf der Liegenschaft des Gesuchsgegners, Kat. Nr. ..., Grundbuchblatt ..., ...strasse ..., ... C.\_\_\_\_\_, bereits veranlasst worden ist.
5. Die Gerichtskosten des summarischen Verfahrens betreffend vorläufiger Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts werden in Abweichung von Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils vom 24. November 2011 des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirks Meilen (Geschäfts-Nr. ES110062) dem Beklagten (bzw. damaligen Gesuchsgegner) auferlegt. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Betrag von CHF 2'900.– zu bezahlen.
  6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Verfahren betreffend vorläufiger Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (Geschäfts-Nr. ES110062) eine Parteientschädigung von CHF 2'500.– zu bezahlen.
  7. Die Entscheidgebühr des vorliegenden vereinfachten Verfahrens wird festgesetzt auf CHF 2'000.–.
  8. Die Gerichtskosten des vorliegenden vereinfachten Verfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
  9. Die Gerichtskosten des vorliegenden vereinfachten Verfahrens werden mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 4'000.– verrechnet, sind dieser aber vom Beklagten im Betrag von CHF 1'000.– zu ersetzen.
  10. Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.
  - 11./12. Mitteilung/Rechtsmittelbelehrung

### **Berufungsanträge:**

#### Der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 36 S. 2):

- "1. Es seien in Abänderung von Dispositiv Ziff. 8 und 10 des angefochtenen Entscheides die Gerichtskosten gemäss Dispositiv Ziff. 7 vollumfänglich dem Beklagten aufzuerlegen und es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'500.-- (§ 2 und 4 AnwGebV) zu bezahlen.
2. Eventualiter sei das Rechtsbegehren betreffend Feststellung, dass die Beklagte die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bereits veranlasst hat, gutzuheissen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten.
4. Eventualiter sei alles auf die Staatskasse zu nehmen.

#### Des Beklagten und Berufungsbeklagten:

--

### Erwägungen:

#### 1. Sachverhalt und Verfahren

1.1. Auf Antrag der Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) wurde das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ mit Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 10. Oktober 2011 vorsorglich angewiesen, auf dem Grundstück des Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagter) an der ...str. ..., ... C.\_\_\_\_\_, Kataster Nummer ..., Grundbuchblatt ..., ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsomme von Fr. 28'928.80 nebst Zins zu 5 % seit 7. Januar 2011 einzutragen (act. 4/4). Mit Urteil vom 24. November 2011 bestätigte das Einzelgericht die vorsorgliche Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts und setzte der Klägerin eine (Prosequierungs-)Frist von 30 Tagen an, um beim zuständigen Gericht die Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen den Beklagten anzuheben (act. 4/14 Dispositiv-Ziffern 1 und 2). Das Einzelgericht erkannte hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolge das nachstehende (Dispositiv-Ziffern 3, 4 und 5):

- "3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 2'900.–.
4. Die Gerichtskosten, einschliesslich der Kosten des Grundbuchamtes C.\_\_\_\_\_, werden der Gesuchstellerin auferlegt und soweit ausreichend mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 2'900.– verrechnet. Der spätere abweichende Entscheid im Verfahren betreffend definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bleibt vorbehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositivziffer 2 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Gerichtskosten definitiv auferlegt.
5. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im Verfahren betreffend definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts vorbehalten. Sofern die Gesuchstellerin die ihr in Dispositiv-Ziffer 2 hiervoor angesetzte Frist versäumt, wird davon Vormerken genommen, dass der Gesuchsgegner keine Parteientschädigung verlangt hat."

1.2. Mit Schreiben vom 6. Februar 2012 stellte die Klägerin beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen folgende Anträge (act. 4/21):

- "1. Es seien Dispositiv Ziff. 4 und Ziff. 5 der Verfügung vom 24. November 2011 abzuändern und die Kosten- und Entschädigungsfolge des Verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen definitiv festzusetzen, die Gerichtskosten dem Gesuchsgegner aufzuerlegen und der Gesuchstellerin eine angemessene Prozessentschädigung zuzusprechen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Sie begründete ihre Anträge im Wesentlichen damit, dass der Beklagte den Anspruch auf definitive Eintragung anerkannt habe und die definitive Eintragung erfolgt sei. Die Prosequierungsklage sei innert erstreckter Frist beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Meilen (Geschäfts-Nr. FB120008-G [richtigerweise: FV120008-G]) angehoben worden, um zu vermeiden, dass die Prozesskosten androhungsgemäss der Beschwerdeführerin auferlegt würden und die Entschädigungsfolgen ungeregelt blieben (act. 4/21 S. 2). Mit Urteil vom 22. Februar 2012 wies das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen das Rechtsbegehren der Klägerin um Änderung der Kosten- und Entschädigungsfolge ab, auferlegte ihr Gerichtskosten von Fr. 300.– und verpflichtete sie zur Bezahlung einer Parteientschädigung von Fr. 400.– an den Beklagten (act. 4/26 Dispositiv-Ziffern 1 bis 4).

1.3. Mit Eingabe vom 9. März 2012 erhob die Klägerin rechtzeitig Beschwerde gegen das Urteil vom 22. Februar 2012 und beantragte, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventualiter sei durch die Rechtsmittelinstanz neu zu entscheiden (act. 30 S. 2). Das Obergericht des Kantons Zürich wies die Beschwerde mit Urteil vom 18. Mai 2012 ab (act. 30). Es machte in seinen Erwägungen folgende Hinweise (act. 30 S. 8): " Wie die Beschwerdeführerin zutreffend ausführt, wurde die Kosten- und Entschädigungsfolge für die im vorliegenden Fall gegebene Konstellation, in welcher der Grundeigentümer während der Prosequierungsfrist von sich aus die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch veranlasst, von der Vorinstanz nicht ausdrücklich geregelt. Es erscheint von der Sache her mindestens vertretbar, wenn nicht sogar nötig, einer Gesuchstellerin auch in einer solchen Konstellation die Möglichkeit zu geben, dass über die Kosten- und Ent-

schädigungsfolge auf dem Weg über den ordentlichen Richter (bzw. den Richter im vereinfachten Verfahren) entschieden wird."

1.4. Bereits am 30. Januar 2012 hatte die Klägerin – wie schon erwähnt – innert erstreckter Frist (act. 4/14 und 4/19) die Prosequierungsklage betreffend die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts beim Einzelgericht im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen anhängig gemacht (act. 1, 2 und 3/2-6; vgl. das eingangs genannte Rechtsbegehren). Nachdem Anträge auf Sistierung des Verfahrens und Fristabnahme zur Leistung des einverlangten Kostenvorschusses als durch Rückzug erledigt abgeschrieben bzw. abgelehnt worden waren (act. 10 bzw. 18), reichte der Beklagte seine vom 25. April 2012 datierende Klageantwort (act. 25) ein. Nach Beizug der Verfahrensakten durch das Obergericht des Kantons Zürich zwecks Beurteilung der Beschwerde gegen das Urteil des Einzelgerichts vom 22. Februar 2012 im Verfahren Nr. ES110062 betreffend Bauhandwerkerpfandrecht (act. 4/26) wurde das Verfahren mit Verfügung vom 2. Mai 2012 (act. 28) bis zur rechtskräftigen Erledigung des Beschwerdeverfahrens vor Obergericht sistiert, welches Urteil am 18. Mai 2012 erging (act. 30). Mit Eingabe vom 28. Juni 2012 (act. 32) stellte die Klägerin in der Folge diverse "ergänzende Anträge" (vgl. die eingangs zitierten Anträge). Mit Verfügung und Urteil vom 30. August 2012 hat die Vorinstanz das Verfahren wieder aufgenommen (act. 39 S. 11 f.) und trat auf das klägerische Rechtsbegehren auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts und auf die klägerischen Anträge auf Vormerknahme vom Urteil des Obergerichts Zürich vom 18. Mai 2012 (Geschäfts-Nr. PF120011) und auf Feststellung der definitiven Eintragung des mit Urteil vom 24. November 2011 des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen (Geschäfts-Nr. ES110062) als vorläufige Eintragung bestätigten Bauhandwerkerpfandrechts nicht ein. Ferner wurde davon Vormerk genommen, dass die definitive Eintragung des mit Urteil vom 24. November 2011 des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen (Geschäfts-Nr. ES110062) als vorläufige Eintragung bestätigten Bauhandwerkerpfandrechts für eine Forderung von CHF 28'928.80 nebst Zins zu 5 % seit 7. Januar 2011 auf der Liegenschaft des Gesuchsgegners, Kat. Nr. ..., Grundbuchblatt ..., ...strasse ..., ... C.\_\_\_\_\_, bereits veranlasst worden ist. Die Gerichtskosten des

summarischen Verfahrens betreffend vorläufiger Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts wurden in Abweichung von Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils vom 24. November 2011 des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen (Geschäfts-Nr. ES110062) dem Beklagten (bzw. damaligen Gesuchsgegner) auferlegt, und dieser wurde verpflichtet, der Klägerin den Betrag von CHF 2'900.-- zu bezahlen. Ferner wurde er verpflichtet, der Klägerin für das Verfahren betreffend vorläufiger Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (Geschäfts-Nr. ES110062) eine Parteientschädigung von CHF 2'500.-- zu bezahlen. Die Entscheidegebühr für das vorinstanzliche Verfahren wurde auf Fr. 2'000.-- festgesetzt, den Parteien je zur Hälfte auferlegt, mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.-- verrechnet und der Beklagte verpflichtet, der Klägerin den Betrag von Fr. 1'000.-- zu ersetzen. Die Parteienentschädigungen für das vorinstanzliche Verfahren wurden wettgeschlagen. Das Urteil wurde der Klägerin am 7. September zugestellt (act. 34/1).

1.5. Gegen dieses Urteil vom 30. August 2012 erhob die Klägerin mit Eingabe vom 5. Oktober 2012 (Poststempel: 8. Oktober 2012) rechtzeitig Berufung mit den eingangs genannten Begehren (act. 36). Die Akten wurden formlos beigezogen (act. 1-34). Den mit Verfügung vom 16. Oktober 2012 einverlangten Kostenvorschuss leistete die Klägerin auf erstes Verlangen (act. 40-42). Von der Einholung einer Berufungsantwort wurde abgesehen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Prozessuales

2.1. Das Hauptbegehren der Klägerin lautet auf Abänderung der Kosten- und Entschädigungsfolge gemäss Dispositiv Ziff. 8 und 10 des angefochtenen Entscheids. Eventualiter verlangt sie, es sei ihr Feststellungsbegehren gutzuheissen.

2.2. Grundsätzlich ist der Kostenentscheid zusammen mit der Hauptsache anfechtbar. Ist die Streitigkeit berufungsfähig, so kann demnach mit dem Sachentscheid auch die Kostenregelung im Rahmen der Berufung überprüft werden. Will eine Partei hingegen (selbständig) nur die Höhe der Kosten oder deren Verteilung anfechten, so steht nur die Beschwerde (sog. Kostenbeschwerde) zur Verfügung

(Art. 110 ZPO; Adrian Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 110 N 1 f.; KUKO ZPO-Schmid, Art. 110 N 2-4).

2.3. Wird im Hauptstandpunkt eine Kostenbeschwerde erhoben und nur im Eventualstandpunkt das Urteil in der Sache angefochten, stellt sich die Frage, ob das Verfahren als Beschwerde- oder Berufungsverfahren zu führen ist. Der Kläger selber erhebt ausdrücklich Berufung, obwohl er in seinen formellen Erwägungen auf Art. 319 Abs. 1 lit. a ZPO (und damit die Beschwerde) verweist (act. 36 S. 2). Da die Erhebung einer eventuellen (bedingten) Berufung nicht möglich ist, rechtfertigt es sich, das Rechtsmittelverfahren bei der genannten Konstellation als Berufungsverfahren zu führen.

2.4. Jene Teile des angefochtenen Entscheids, die mit der Berufung nicht angefochten worden sind, sind in Rechtskraft erwachsen (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Berufung der Klägerin richtet sich gegen die Dispositiv-Ziff. 8 und 10 des angefochtenen Entscheides, mithin die hälftige Auferlegung der Gerichtskosten und das Wettschlagen der Prozessentschädigung. Sinngemäss wird damit auch Dispositiv-Ziff. 9 mitangefochten, wonach die Gerichtskosten mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet werden und dieser vom Beklagten zur Hälfte zu ersetzen ist. Die eventualiter beantragte Guttheissung des Feststellungsbegehrens beschlägt einen Teil von Dispositiv-Ziff. 3 des angefochtenen Entscheids. Nach den Ausführungen der Klägerin in der Berufungsbegründung (act. 36 S. 4) bezieht sie das Eventualbegehren jedoch auch auf Dispositiv-Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids. Es ist dementsprechend davon Vormerk zu nehmen, dass der angefochtene Entscheid in den Dispositiv-Ziff. 1 und 4-7 in Rechtskraft erwachsen ist.

### 3. Materielles

3.1. Die Vorinstanz hat erwogen, gemäss dem Grundsatz von Art. 106 Abs. 1 ZPO würden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt, wobei bei Klageanerkennung die beklagte bzw. gesuchsgegnerische Partei als unterliegend gelte. Abweichend von diesem Verteilungsgrundsatz könnten laut Art. 107 Abs. 1 ZPO die Prozesskosten nach Ermessen verteilt werden, wenn besondere Um-

stände (Art. 107 Abs. 1 lit. a-f ZPO) bestünden, welche eine Verteilung nach dem Verfahrensausgang als unbillig erscheinen liessen. Die Klägerin unterliege in casu mit ihrem Antrag auf Vormerknahme vom Urteil des Obergerichts Zürich (Geschäfts-Nr. PG120011 [richtigerweise: PF120011]) vom 18. Mai 2012 (Rechtsbegehren Ziff. 1). Sodann unterliege sie insofern, als dass auf ihre Anträge auf definitive Eintragung bzw. auf Feststellung der bereits erfolgten definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht eingetreten und lediglich der Antrag auf entsprechende Vormerknahme gutgeheissen werde. Hingegen obsiege sie mit ihrer Klage auf Festsetzung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des summarischen Verfahrens um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts. Bei dieser Ausgangslage rechtfertige es sich, die Kosten des Verfahrens den Parteien je hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen (act. 39 S. 10 f.)

3.2. Die Klägerin beanstandet die unterlassene bzw. falsche Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. b und f ZPO, wonach das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen gemäss Art. 106 ZPO abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen kann, wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war (lit. b) bzw. wenn andere besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (lit. f).

Zur Begründung trägt sie vor, gemäss Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 24. November 2011 (act. 4/14) sei die Auferlegung der Gerichtskosten unter Vorbehalt des späteren abweichenden Entscheides im Verfahren betreffend definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts erfolgt. Nach Rechtskraft dieses Entscheides habe der Beklagte den Anspruch der Klägerin auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anerkannt und habe dieses aussergerichtlich von sich aus eintragen lassen. Damit sei das Rechtsschutzinteresse für ein Verfahren betreffend definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zwar dahingefallen, doch sei die Kosten- und Entschädigungsfolge des summarischen Verfahrens ungelöst geblieben. Da das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 24. November 2011 zwingend die Einleitung eines Verfahrens betreffend de-

finitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts verlangt habe, um die definitive Festlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu ermöglichen, und überdies aus irgendwelchen Gründen der Beklagte auch hätte bestreiten können, dass die definitive Eintragung rechtsgültig erfolgt sei, hätten auch alle damit zusammenhängenden entsprechenden Rechtsbegehren und Anträge (wie sie eingangszitiert werden) gestellt werden müssen, namentlich das Rechtsbegehren auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts, das Feststellungsbegehren (das richtigerweise als Eventualbegehren hätte gestellt werden müssen) im Hinblick auf die Vormerknahme der in Anerkennung des Klagebegehrens bereits erfolgten definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts, und der Antrag, die Kosten- und Entschädigungsfolge des summarischen Verfahrens ausgangsgemäss zu regeln. Dass das Feststellungsbegehren nur als Eventualbegehren habe verstanden werden können, gehe daraus hervor, dass dieses nachträglich gestellt und nur bei Abweisung des Leistungsbegehrens (oder Nichteintreten) zum Zuge kommen könne, weil sich diese Begehren gegenseitig ausschliessen. Andernfalls sei die richterliche Fragepflicht verletzt worden (Art. 56 ZPO).

Die materielle Entscheidung der Vorinstanz sei aus Sicht des Berufungsklägers (richtigerweise der Berufungsklägerin) hauptsächlich formell und bezüglich der Kostenfolge relevant, da der materielle Anspruch auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts vom Beklagten auch im vorinstanzlichen Verfahren nicht bestritten worden sei. Deshalb werde die Aufhebung von Dispositiv Ziff. 2 und 3 als Eventualantrag gestellt für den Fall, dass die Rechtsmittelinstanz dem eine andere Bedeutung beimessen sollte. Die Vorinstanz hätte entweder das Rechtsbegehren betreffend definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts oder das Feststellungsbegehren gutheissen müssen, um anschliessend Vormerk von der definitiven Eintragung nehmen zu können. Dispositiv Ziff. 2 oder 3 des angefochtenen Urteils müssten daher entsprechend abgeändert werden. Im angefochtenen Urteil werde denn auch von der definitiven Eintragung Vormerk genommen (Dispositiv Ziff. 4) und die Gerichtskosten des summarischen Verfahrens ausgangsgemäss neu geregelt, wofür es eine materiellrechtliche Grundlage, zumindest eine Berücksichtigung der Klageanerkennung im vorinstanzlichen Verfahren bedürfe (Dispositiv Ziff. 5).

Inwiefern der Nichteintretensentscheid bezüglich des Antrages auf Vormerknahme des Urteils des Obergerichts Zürich vom 18. Mai 2012 (Dispositiv Ziff. 3 des angefochtenen Urteils) zur hälftigen Teilung der Gerichtskosten und Wettschlagung der Parteikosten führen sollte, sei gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. b und f ebenfalls nicht ersichtlich.

Der Kläger (recte: die Klägerin) habe somit gezwungenermassen die Prosequierungsklage betreffend definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts erheben und entsprechende Anträge stellen müssen, um zu erreichen, dass die definitive Eintragung gerichtlich festgestellt oder angeordnet werde und die Kosten- und Entschädigungsfolgen im summarischen Verfahren betreffend Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ausgangsgemäss festgesetzt werden. In materieller Hinsicht sei der Anspruch vom Beklagten nie bestritten worden. Das ganze Prosequierungsverfahren habe nur deshalb geführt werden müssen, damit die Gerichtskosten des summarischen Verfahrens ausgangsgemäss dem Beklagten auferlegt würden und der Kläger (recte: die Klägerin) eine angemessene Parteientschädigung erhalte. Dies sei der eigentliche Streitgegenstand gewesen. Insofern sei die Klage vollumfänglich gutgeheissen worden (Dispositiv Ziff. 4 und 5). Unter diesen Umständen sei aber nicht nachvollziehbar, weshalb die Gerichtskosten im angefochtenen Urteil zur Hälfte dem Kläger (recte: Klägerin) auferlegt und ihm (ihr) keine Parteientschädigung zugesprochen worden sei. Der Kläger (recte: die Klägerin) sei in guten Treuen zum Prosequierungsverfahren veranlasst worden im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO und es lägen besondere Umstände vor im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO.

### 3.3. Zum Hauptantrag

3.3.1. Wenn sich die Klägerin bezüglich des von ihr selber bezeichneten eigentlichen Streitgegenstandes, nämlich der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen für das summarische Verfahren betreffend provisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts an den ordentlichen Richter bzw. den Richter im vereinfachten Verfahren wandte, tat sie das ohne Zweifel in guten Treuen. Das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen wählte in seinem Urteil vom 24. November 2011 für die Gerichtskosten die Form einer be-

dingt definitiven Regelung. Sie auferlegte die Gerichtskosten, einschliesslich der Kosten des Grundbuchamtes C.\_\_\_\_\_, der Klägerin und behielt einen späteren abweichenden Entscheid im Verfahren betreffend definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts vor. Für den Fall, dass innert Frist keine Klage um definitive Eintragung anhängig gemacht werde, werde die Kostenaufgabe definitiv (vgl. Ziff. 1.1. vorstehend). Die Regelung der Entschädigungsfolgen behielt die Vorinstanz dem Gericht im Verfahren betreffend definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts vor (vgl. Ziff. 1.1. vorstehend). Für die vorliegend gegebene Konstellation, in welcher der Grundeigentümer während der Prosequierungsfrist von sich aus die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch veranlasst (und damit den Anspruch anerkennt), wurde die Kosten- und Entschädigungsfolge nicht ausdrücklich geregelt, weshalb die Klägerin die Möglichkeit haben musste, an den ordentlichen Richter zu gelangen (wie das Obergericht schon in seinem Urteil vom 18. Mai 2012 festgehalten hat; vgl. act. 30 S. 8). Dass die Klägerin den Prozess in diesem Sinne in guten Treuen einleitete, vermag aber allein nicht zu genügen, um von den Verteilungsgrundsätzen von Art. 106 ZPO abzuweichen.

3.3.2. Die Vorinstanz hat die Kosten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt. Bezüglich dreier Begehren (Antrag auf Vormerknahme vom Urteil des Obergerichts Zürich vom 18. Mai 2012, Antrag auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts und Antrag auf Feststellung der bereits erfolgten Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts) unterliege die Klägerin (Nichteintreten), bezüglich zweier Begehren (Antrag auf Vormerknahme der definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sowie Antrag auf Festsetzung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des summarischen Verfahrens um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts) obsiege sie. Dies rechtfertige, die Kosten hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen. Dass die Nichteintretensentscheide zu Unrecht ergangen wären, macht die Klägerin mit ihrem Hauptstandpunkt nicht geltend. Dass diese Begehren hätten gestellt werden müssen, um die definitive Festlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorangehenden summarischen Verfahrens zu ermöglichen, trifft nicht zu. Nachdem bereits am 19. Dezember 2011 vom Beklagten die definitive Eintragung im Grund-

buch veranlasst worden war, war absehbar, dass auf die Anträge auf definitive Eintragung bzw. auf Feststellung der bereits erfolgten Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts mangels eines Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten war. Welches Interesse die Klägerin an der Vormerknahme vom Urteil des Obergerichts Zürich vom 18. Mai 2012 habe, war sodann nicht dargetan worden. Im Hinblick auf die Festlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorangehenden summarischen Verfahrens waren die Begehren nicht erforderlich; die Vormerknahme der bereits veranlassten definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts erfolgte zur Klarstellung (act. 39 S. 7). Dass der Antrag auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts auch deshalb zwingend notwendig gewesen sei, weil der Beklagte aus irgendwelchen Gründen auch hätte bestreiten können, dass die definitive Eintragung rechtsgültig erfolgt sei, ist ein im Berufungsverfahren nachgeschobenes Argument und unbehelflich, nachdem die Klägerin selber eine Bestätigung des Grundbuchamtes C. \_\_\_\_\_ vom 20. Dezember 2011 eingereicht hatte, wonach das fragliche Bauhandwerkerpfandrecht auf Eingabe des Beklagten hin zur Eintragung in das Grundbuch angemeldet worden sei (act. 4/3/6). Zudem handelt es sich dabei um eine neue Behauptung, deren Zulässigkeit im Berufungsverfahren nicht dargetan wird (Art. 317 Abs. 1 ZPO) und daher unbeachtlich ist.

3.3.3. Was die Klägerin aus ihrer Behauptung ableiten will, das Feststellungsbegehren habe nur als Eventualbegehren verstanden werden können, ist nicht ersichtlich. Auch das Nichteintreten auf ein Eventualbegehren hätte im Rahmen des Obsiegens und Unterliegens entsprechend berücksichtigt werden können und müssen. Die Behauptung trifft überdies auch nicht zu. Aus dem Umstand, dass das Feststellungsbegehren erst nachträglich gestellt wurde (vgl. act. 32), kann solches jedenfalls nicht abgeleitet werden, wie ebenso wenig aus der Tatsache, dass das Feststellungsbegehren "nur bei Abweisung des Leistungsbegehrens (oder Nichteintreten) zum Zuge kommen könne". Gegebenenfalls hätte die anwaltlich vertretene Klägerin ihr Begehren entsprechend formulieren können. Dass die richterliche Fragepflicht verletzt worden sein soll, ist nicht ersichtlich.

3.3.4. Insgesamt ist der Klägerin beizupflichten, dass das "Prosequierungsverfahren" nur deshalb geführt werden musste, um die Verfahrenskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigung) des summarischen Verfahrens entsprechend der Anerkennung und definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts durch den Beklagten zu regeln. Die mehreren Begehren, auf welche die Vorinstanz mangels Rechtsschutzinteresse nicht eingetreten ist, waren dazu aber nicht erforderlich. Das Unterliegen in diesen Punkten durfte die Vorinstanz daher bei der Kosten- und Entschädigungsregelung ihres Verfahrens berücksichtigen. Besondere Umstände, dies nicht zu tun, lagen nicht vor. Allein der Umstand, dass allenfalls nicht von vornherein klar erschien, wie in einer Konstellation wie der vorliegenden vorzugehen sei, vermag für eine vom Grundsatz abweichende Kosten- und Entschädigungsregelung nicht zu genügen. Die Gewichtung von Obsiegen und Unterliegen durch die Vorinstanz wurde nicht beanstandet und erscheint angemessen. Entsprechend ist die Berufung gemäss dem Hauptantrag der Klägerin abzuweisen.

#### 3.4. Zum Eventualantrag

3.4.1. Für den Fall der Abweisung ihres Hauptantrages beantragt die Klägerin eventualiter, es sei das Rechtsbegehren betreffend Feststellung, dass die Beklagte (recte: der Beklagte) die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bereits veranlasst habe, gutzuheissen.

3.4.2. Festzuhalten ist vorab, dass mit diesem Begehren nicht übereinstimmt, wenn die Klägerin in der Begründung ausführt, damit werde die Aufhebung von Dispositiv Ziff. 2 und 3 des angefochtenen Entscheids beantragt (act. 36 S. 4). Der Nichteintretensentscheid betreffend das Feststellungsbegehren ist in Dispositiv-Ziff. 3 enthalten. Dispositiv-Ziff. 2 beschlägt das Nichteintreten auf das klägerische Rechtsbegehren auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (act. 39 S. 11).

3.4.3. Festzuhalten ist ferner noch einmal, dass es im Hinblick auf die Kostenfolge des vorinstanzlichen Verfahrens irrelevant war, ob das Feststellungsbegehren als Haupt- oder – wie die Klägerin geltend macht (act. 36 S. 4) – als Eventualbe-

gehen zu behandeln war. Auch das Nichteintreten auf ein Eventualbegehren ist gleich wie das Nichteintreten auf ein Hauptbegehren bei der Kosten- und Entschädigungsfolge zu berücksichtigen.

3.4.4. Zutreffend hat die Vorinstanz sodann erwogen, dass es sowohl dem klägerischen Begehren nach definitiver Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts in das Grundbuch, als auch dem Feststellungsbegehren, dass der Beklagte die definitive Eintragung des angebehrten Bauhandwerkerpfandrechts bereits veranlasst hat, an einem Rechtsschutzinteresse mangelt (act. 39 S. 6 f.). Darauf kann verwiesen werden. Angesichts der erfolgten definitiven Grundbucheintragung und der diesbezüglichen Einigkeit der Parteien sowie der Publizitätswirkung des Grundbuches ist ein schutzwürdiges Interesse weder für eine entsprechende Leistungsklage noch für eine Feststellungsklage auszumachen. Soweit die Klägerin dafür hält, dass eine entsprechende materielle Entscheidung der Vorinstanz formell und bezüglich der Kostenfolge (gemeint wohl des summarischen Verfahrens um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts) relevant sei, kann ihr nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, dass der Klägerin bei der vorliegenden Konstellation die Klagemöglichkeit im ordentlichen Zivilprozess (bzw. vereinfachten Verfahren) zuzugestehen ist, selbst wenn es dabei lediglich noch um die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen geht (act. 39 S. 9). Entsprechend hat die Vorinstanz auch über die Festsetzung und Verteilung der Prozesskosten des summarischen Verfahrens um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts entschieden und hat die Kosten dem Beklagten auferlegt und ihn verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung zu bezahlen (act. 39 S. 9 f.). Mit dieser Argumentation setzt sich die Klägerin nicht auseinander. Nicht gefolgt werden kann daher der Behauptung der Klägerin, dass die Vorinstanz entweder das Rechtsbegehren betreffend definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts oder das Feststellungsbegehren hätte gutheissen müssen, um anschliessend Vormerk von der definitiven Eintragung nehmen zu können. Abgesehen davon, dass nur davon Vormerk genommen worden ist, dass die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bereits veranlasst worden ist (act. 39 Dispositiv-Ziff. 4), war dafür keine Gutheissung des Klage- oder Feststellungsbegehrens notwendig. Die Klägerin hat - wie bereits ausgeführt - vor

Vorinstanz selber eine entsprechende Bestätigung des Grundbuchamts C. \_\_\_\_\_ vom 20. Dezember 2011 eingereicht (act. 4/3/6). Dies war als Grundlage für die genannte Vormerknahme (welche die Klageanerkennung durch den Beklagten beinhaltet) ausreichend.

3.4.5. Da die Klägerin mit ihrer Argumentation nicht durchzudringen vermag, ist die Berufung der Klägerin auch im Eventualantrag abzuweisen.

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolge

Bei diesem Verfahrensausgang hat die Klägerin die Prozesskosten des Berufungsverfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO, Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidunggebühr ist beim gegebenen Streitwert von Fr. 3'500.-- in Anwendung der §§ 4 Abs. 1 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 750.-- festzusetzen. Mangels Umtrieben ist dem Beklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass Verfügung und Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 30. August 2012 in den Dispositiv-Ziff. 1 und 4-7 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

#### **und erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und Verfügung und Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 30. August 2012 werden auch im Übrigen bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Klägerin und Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
3. Dem Beklagten und Berufungsbeklagten wird für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten und Berufungsbeklagten unter Beilage des Doppels von act. 36, sowie an das Einzelgericht im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen und an die Obergerichtskasse, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 3'500.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. D. Tolic

versandt am: