

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PF110049-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Oehninger.

## Urteil vom 9. Januar 2012

in Sachen

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

Beklagte und Beschwerdeführerin,

vertreten durch X. \_\_\_\_\_ GmbH

gegen

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

Klägerin und Beschwerdegegnerin,

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

betreffend

### **Bauhandwerkerpfandrecht (vorläufige Eintragung) / Kostenfolge**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirkes Bülach vom 18. August 2011 (ES110052)

## **Erwägungen:**

### **I.**

Mit Eingabe vom 14. Juli 2011 machte die Klägerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beschwerdegegnerin) beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirkes Bülach ein Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zulasten zweier Grundstücke der Beklagten und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) in der Überbauung C.\_\_\_\_strasse .../D.\_\_\_\_strasse ... in E.\_\_\_\_-F.\_\_\_\_ anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 15. Juli 2011 wies die Vorinstanz das Grundbuchamt F.\_\_\_\_ – einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei – an, die verlangten Pfandrechte im Sinne von Art. 961 ZGB vorläufig im Grundbuch einzutragen. Zugleich wurde der Beschwerdeführerin Frist zur Stellungnahme angesetzt (Art. 265 Abs. 2 ZPO, act. 4). Am 27. Juli 2011 – also noch während laufender Frist zur Stellungnahme (vgl. act. 4 und 5) – ging bei der Vorinstanz ein Schreiben der Beschwerdegegnerin an das Grundbuchamt F.\_\_\_\_ vom 26. Juli 2011 ein, mit welchem jene bei diesem die Löschung sämtlicher zuvor superprovisorisch eingetragenen Pfandrechte beantragte (act. 10). Das Grundbuchamt F.\_\_\_\_ nahm in der Folge besagte Löschungen vor und setzte die Vorinstanz davon in Kenntnis (act. 7 und 8). Weitere Äusserungen der Parteien zur Sache – insbesondere eine Stellungnahme der Beschwerdeführerin – sind nicht aktenkundig. Mit Verfügung vom 18. August 2011 schrieb die Vorinstanz das Verfahren als gegenstandslos geworden ab. In Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO wurden die in Höhe von Fr. 500.– festgelegten Gerichtskosten der Beschwerdeführerin auferlegt und diese wurde verpflichtet, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 400.– zu bezahlen (act. 12 = act. 15). Hiergegen setzte sich die Beschwerdeführerin mit Eingabe an die Kammer vom 13. September 2011 (gleichentags zur Post gegeben) rechtzeitig zur Wehr (vgl. act. 13 bzw. 16). In der Folge leistete die Beschwerdeführerin den ihr auferlegten Kostenvorschuss und genehmigte die

bisherigen Prozessschritte ihrer Vertreterin, der X.\_\_\_\_\_ GmbH (act. 18 und 20-22). Die Beschwerdegegnerin erstattete innert Frist Beschwerdeantwort mit dem Antrag, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen (act. 24, 25 und 27). Die Sache ist spruchreif.

## II.

1. Die Beschwerdeführerin hat das von ihr erhobene Rechtsmittel nicht näher bezeichnet, verwendet jedoch mehrmals, so auch im Schlusssatz, das Wort "Einsprache" (act. 16 S. 2 f.). Die Vorinstanz gab als Rechtsmittel an sich zutreffend die Berufung an, da sich der Streitwert entsprechend der diesem Verfahren zugrundeliegenden Forderung auf Fr. 12'919.55 beläuft und damit die für die Zulässigkeit der Berufung erforderliche Streitwertgrenze von Fr. 10'000.– erreicht wäre (Art. 308 Abs. 2 ZPO, vgl. act. 1 S. 3). Für die Anfechtung einzig der Prozesskostenregelung sieht das Gesetz jedoch ausschliesslich die Beschwerde vor und zwar unabhängig von der Höhe der beanstandeten Kosten (Art. 110 ZPO).

2. Die Beschwerdeführerin beantragt im Rechtsmittelverfahren im Wortlaut folgendes (act. 16 S. 2 f.):

### " **Rechtsbegehren**

**Betreffend Verfügung vom 18. August 2011/ Geschäftsnummer ES 110051, 110052, 110053, 110054, 110055, 110056, 110057, 110058 und weitere Verfügungen zum Geschäft ES 110051-C/Z1 im Zusammenhang mit dem abgewiesenen Bauhandwerkerpfandrecht durch das Bezirksgericht Bülach, erhebt die X.\_\_\_\_\_ GmbH, als Vertreter der beklagten Parteien, entsprechend bevollmächtigt von allen Grundeigentümern Einspruch gegen den Entscheid in den Nachfolgenden Punkten;**

Bevollmächtigt von allen Grundeigentümer erheben wir Einsprache innert Frist, in nachgeführten Punkten gegen die Verfügung vom 18. August 2011.

Einsprache gegen folgende Punkte

- **Rechtsbegehren Punkt 2**
- **Erwägung 3**
- **Verfügung Punkt 2, 3 und 4**

**In Sachen; Bauhandwerkerpfandrecht**  
Geschäftsnummer ES 11 00 51-C,

Grundbuch Blatt ..., Liegenschaft, Kataster Nr. ..., F.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_strasse"

sowie

" Rechtsbegehren;

- 1) Die Verfügungen vom 18. August 2011 zur Geschäftsnummer ES110051 bis und mit ES110058 sei anzupassen. Die Erwägungen zu Punkt 3 ist neu zu formulieren und die Verantwortlichkeit der Klägerin aufzuerlegen. Die Prozesskosten sind von der Klägerin einzufordern.
- 2) Die Verfügung zu den Punkten 2, 3 und 4 sind anzupassen. Die Kosten sind der Klägerin aufzuerlegen."

3. Da die Vorinstanz nicht in der Sache entschieden hat und die superprovisorisch eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte wieder gelöscht worden sind, ist die Beschwerdeführerin de facto lediglich noch durch die Prozesskostenaufgabe beschwert. Auch wenn die Beschwerdeführerin "Einsprache erhebt", geht aus ihrer Eingabe hervor, dass sie die ihr von der Vorinstanz auferlegten Gerichtskosten und die zu entrichtende Parteientschädigung nicht zu zahlen wünscht und deshalb die Kammer um Abänderung der vorinstanzlichen Abschreibungsverfügung ersucht ("Die Prozesskosten sind von der Klägerin einzufordern. [...] Die Verfügung zu den Punkten 2, 3, und 4 sind anzupassen. Die Kosten sind der Klägerin aufzuerlegen."; act. 16 S. 3). Folglich kann ihr Rechtsmittel vernünftigerweise nur als Kostenbeschwerde gegen Dispositivziffern 2-4 der angefochtenen Verfügung verstanden werden. Das als Einsprache eingereichte Rechtsmittel ist daher als Beschwerde zu behandeln.

4. Gemäss Art. 321 Abs. 1 ZPO ist die Beschwerde bei der Rechtsmittelinstanz (fristgemäss) schriftlich und begründet einzureichen. Dass die Beschwerde Anträge enthalten muss, geht aus dem Wortlaut von Art. 321 ZPO nicht ausdrücklich hervor, ergibt sich aber von selbst aus der Pflicht zur Begründung, welche entsprechende (zu begründende) Anträge implizit voraussetzt (ZK ZPO-Freiburgerhaus/Afheldt, Zürich 2010, N 13 ff. zu Art. 321 ZPO; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Zürich 2010, N 34 zu Art. 311 ZPO). Die Beschwerdeschrift genügt diesen Anforderungen insgesamt.

### III.

1. Für die vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolge gilt: Die Prozesskosten werden grundsätzlich nach dem Verfahrensausgang verteilt (Art. 106 ZPO). Die Vorinstanz hat das Verfahren als gegenstandslos geworden abgeschrieben, was nicht gerügt wird. Dies ermöglicht – wie vorliegend geschehen – eine alternative Kostenregelung nach Ermessen gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO. Die Vorinstanz auferlegte die Prozesskosten der Beschwerdeführerin, da das erstinstanzliche Verfahren durch das "Nichtbezahlen von Rechnungen eingeleitet wurde und dieses Versäumnis dem Verantwortungsbereich der [Beschwerdeführerin] zuzurechnen ist" (act. 12 = act. 15 jeweils S. 3). Des Weiteren wurde die Beschwerdeführerin – ohne weitere Begründung – zur Zahlung einer Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin verpflichtet (Dispositivziffer 4).

2. Die Beschwerdeführerin wendet gegen die Höhe und Verteilung der Prozesskosten zusammenfassend ein, das superprovisorische Massnahmebegehren der Beschwerdegegnerin sei fälschlicherweise erfolgt, denn sie, die Beschwerdeführerin, könne nachweisen, dass alle Zahlungen rechtzeitig, gemäss den vertraglich vereinbarten Konditionen, erfolgt seien, was auch aus dem Bestätigungsschreiben der Beschwerdegegnerin (act. 19/1 im Prozess PF110048) hervorgehe und der Grund sei, dass letztere ihr Begehren mittels Löschungsbewilligung zurückgezogen habe. Somit sei die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 18. August 2011 fälschlicherweise davon ausgegangen, die Beschwerdeführerin sei fehlbar gewesen, womit sich auch die Annahme der Vorinstanz, dass die Beschwerdeführerin Rechnungen nicht oder zu spät bezahlt habe, als unzutreffend erweise. Folglich sei sie, die Beschwerdeführerin, von den erstinstanzlichen Prozesskosten zu befreien, und diese seien der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (act. 16 S. 2 f.).

3. Der Vorinstanz war der heutige Standpunkt der Beschwerdeführerin allerdings nicht bekannt und sie entschied aufgrund der Akten, da es die Beschwerdeführerin trotz Fristansetzung zur Stellungnahme (act. 4 und 5) versäumt hatte, sich zur Streitsache oder wenigstens zur von der Beschwerdegegnerin beantragten Prozesskostenverteilung zu äussern. Die Beschwerdeführerin liess sich im

vorinstanzlichen Verfahren überhaupt nicht vernehmen. Aus Art. 147 Abs. 2 ZPO ergibt sich, dass bei Säumnis das Verfahren – gesetzliche Ausnahmen vorbehalten – ohne die versäumte Handlung weitergeführt wird, wenn die Säumnisfolgen angedroht waren (Art. 147 Abs. 3 ZPO, betreffend Verzicht auf eine generelle Nachfrist aus Art. 253 i.V.m. Art. 219 i.V.m. Art. 223 Abs. 1 ZPO vgl. Martin Kaufmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 253 N 19 f.; Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 253 N 14; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 252 N 6).

4. Das Beschwerdeverfahren dient grundsätzlich der Rechtskontrolle und hat nicht den Zweck, das erstinstanzliche Verfahren fortzusetzen. Im Beschwerdeverfahren sind deshalb neue Tatsachenbehauptungen der Beschwerdeführerin zu den Vorgängen, welche zum vorinstanzlichen Verfahren geführt haben sollen, gemäss Art. 326 ZPO nicht zu hören; neue rechtliche Erwägungen hingegen sind zulässig (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 326 N 3). Dies, damit die Beschwerdeführerin die Möglichkeit hat, sich gegen eine falsche Rechtsanwendung z.B. betreffend die Kostenaufgabe, welche sich erst aus dem Endentscheid der Vorinstanz ergibt, zur Wehr zu setzen. Entscheidend ist jedoch mit Blick auf das Novenverbot im Beschwerdeverfahren (Art. 326 ZPO), dass sich der Beschwerdegrund aus dem vorinstanzlichen Entscheid bzw. den vorinstanzlichen Akten ergeben muss. Insofern sind alle im Beschwerdeverfahren aufgestellten Behauptungen der Beschwerdeführerin zum von der Vorinstanz abbeschriebenen Sachverhalt neu und hätten von jener vor dieser geltend gemacht werden müssen. Dennoch ist im Folgenden (im Rahmen der Prüfung der einzelnen Beschwerdeanträge) auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin – soweit entscheidrelevant – einzugehen.

5. Bei Eingaben von Laien genügt eine Formulierung, aus der sich mit gutem Willen herauslesen lässt, wie die Kammer entscheiden soll. Aber es muss wenigstens rudimentär dargelegt werden, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid nach Auffassung der Partei leidet (vgl. auch OGerZH NQ110031 vom 9. August 2011, OGerZH PF110034 vom 22. August 2011). Ein in Geld ausdrückbarer Antrag muss hingegen beziffert werden. Zumindest muss sich der nach Auf-

fassung der Beschwerdeführerin angemessene Betrag aus der Beschwerdebe-  
gründung ergeben (OGerZH PF110013 vom 21. Juni 2011). Die von der Be-  
schwerdeführerin verlangte "Anpassung" von Dispositivziffer 2 des vorinstanzli-  
chen Entscheids (Höhe der Gerichtskosten) erweist sich aufgrund des Inhalts der  
Beschwerdeschrift als nicht begründet, zumal ein bezifferter Antrag für die als an-  
gemessen erachtete Gerichtskostenhöhe fehlt und auch aus der Begründung  
nicht herleiten lässt (vgl. OGerZH PF110013 vom 21. Juni 2011). Demgemäss ist  
die Beschwerde gegen Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung abzuwei-  
sen.

6. Aus den vorinstanzlichen Akten ergeben sich keine Anhaltspunkte, die auf  
eine unrichtige Anwendung des Rechts oder die offensichtlich unrichtige Feststel-  
lung des Sachverhalts durch die Vorinstanz schliessen liessen. Vielmehr geht aus  
den erstinstanzlich unbestrittenen act. 3/9-16 hervor, dass der Bauherrin der  
Überbauung C.\_\_\_\_\_strasse .../D.\_\_\_\_\_strasse ... in E.\_\_\_\_\_ -F.\_\_\_\_\_ und heu-  
tigen Vertreterin der Beschwerdeführerin, der X.\_\_\_\_\_ GmbH, von der Beschwer-  
degegnerin von Anfangs Februar bis Mitte April 2011 nicht weniger als sieben  
Rechnungen über insgesamt Fr. 136'282.25 gestellt und von ersterer bis zur An-  
hebung des vorinstanzlichen Verfahrens Mitte Juli 2011 nicht bezahlt worden war.  
Demnach und vor allem auch wegen der nach Art. 839 Abs. 1 ZGB drängenden  
3-Monats-Frist, welche nach unbestrittener Angabe der Beschwerdegegnerin am  
12. Mai 2011 zu laufen begonnen hat (act. 1 S. 8), sah sich diese zum Ergreifen  
der (inzwischen gelöschten) Sicherungsmassnahme veranlasst. Die Einreichung  
eines Gesuchs auf superprovisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfand-  
rechts steht der Beschwerdegegnerin als Bauhandwerkerin grundsätzlich aus  
Forderungen gegen den Grundeigentümer oder einen Unternehmer offen (Art.  
837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB), auch wenn die tatsächliche Berechtigung zur Errichtung  
eines Pfandrechts noch durch den inzwischen erledigten Prozess zu klären ge-  
wesen wäre. Aus den Akten geht, abgesehen von den unbelegten Behauptungen  
der Beschwerdeführerin, nichts hervor, was bezüglich der von der Beschwer-  
degegnerin eingereichten Belege für das schleppende Zahlungsverhalten der  
X.\_\_\_\_\_ GmbH als Bauherrin einen anderen Schluss zu liesse, als dass letztere  
mit ihrem Verhalten durchaus Anlass für das gerichtliche Vorgehen der Be-

schwerdegegnerin gegeben hat. Dass deshalb die Stockwerkeigentumseinheit der Beschwerdeführerin in den Fokus von Sicherungsmassnahmen geriet, entspricht dem Wesen und der praktischen Ausgestaltung des Bauhandwerkerpfandrechts, ist vom Gesetzgeber so gewollt und fällt daher in die Risikosphäre der Beschwerdeführerin. Aus der Beschwerdeantwort ergibt sich zudem, dass die X.\_\_\_\_\_ GmbH, nachdem die vorläufige Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte am 18. Juli 2011 rückwirkend auf den 15. Juli 2011 erfolgt war, am 12. August 2011 rund 90 % der Forderungen bezahlt hat (act. 7, 25 S. 3 und 27/2). Eine falsche Anwendung der gesetzlichen Regelung über die Kostenverteilung durch die Vorinstanz ist daher ebenso wenig zu erkennen wie eine offensichtlich falsche Feststellung des Sachverhalts. Nach dem Gesagten erweist sich auch die Beschwerde gegen Dispositivziffer 3 des vorinstanzlichen Entscheids als unbegründet, weshalb sie in diesem Punkt ebenfalls abzuweisen ist.

7. Betreffend die von der Beschwerdeführerin verlangte "Anpassung" von Dispositivziffer 4 der angefochtenen Verfügung (Parteientschädigung) kann act. 19/1 (im Verfahren PF110048) – als Novum und weil gemäss Betreff nur für das Verfahren ES110051-C geltend – nicht als Beleg für das Vorliegen eines Beschwerdegrounds herangezogen werden, da es lediglich einen nachträglichen Parteientschädigungsverzicht im erstinstanzlich Parallelverfahren ES110051-C ausweist und keinen Mangel der vorinstanzlichen Entscheidungsfindung aufzeigt, den es zu korrigieren gälte. Die Beschwerde wäre daher auch bezüglich Dispositivziffer 4 des vorinstanzlichen Entscheids abzuweisen. Da die Parteien allerdings für das erstinstanzliche Verfahren gegenseitig auf Parteientschädigung verzichtet haben (act. 25 Rz. 12), ist dies vorzumerken.

#### IV.

1. Zur Prozesskostenfolgen des Beschwerdeverfahrens äussert sich die Beschwerdeführerin nicht, was wegen Art. 105 Abs. 1 ZPO nicht weiter erheblich ist. Die Beschwerdegegnerin verlangt Kostenaufgabe an die Beschwerdeführerin (act. 25 S. 2).

2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind nach obgenanntem Verfahrensausgang zu verteilen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Grundlage für die Festsetzung der Gebühren bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse sowie der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 GebV OG). Im Rechtsmittelverfahren bestimmt sich der Streitwert nach den Anträgen im Rechtsmittelverfahren (§ 12 Abs. 2 GebV OG).

3. Die Beschwerdeführerin unterliegt, weshalb sie für das Beschwerdeverfahren nach Art. 106 Abs. 1 ZPO die Gerichtskosten zu tragen und der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung zu entrichten hat. Bei einem Streitwert von Fr. 900.– (§ 12 Abs. 2 GebV OG; vgl. act. 16) erweist sich gestützt auf § 12 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG eine Gerichtsgebühr von Fr. 160.– und gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV eine Parteientschädigung von Fr. 100.– den Gegebenheiten und dem Aufwand des Beschwerdeverfahrens als angemessen. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss (act. 21) ist zur Kostentilgung heranzuziehen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Regelung der Kostenfolge (Dispositivziffern 2 und 3) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 160.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 100.– zu bezahlen.
6. Vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren wird Vormerk genommen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage eines Doppels von act. 25, sowie an das Bezirksgericht Bülach und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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. 900.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Oehninger

versandt am: