

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PF120011-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

## Urteil vom 18. Mai 2012

in Sachen

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

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

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

gegen

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

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner,

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

betreffend

### **Bauhandwerkerpfandrecht (Nachtrag)**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 22. Februar 2012 (ES110062)

### Erwägungen:

#### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Auf Antrag der Beschwerdeführerin wurde das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ mit Urteil vom 10. Oktober 2011 von der Vorinstanz vorsorglich angewiesen, auf dem Grundstück des Beschwerdegegners (... [Strasse], C.\_\_\_\_\_, Kataster Nummer ..., Grundbuchblatt ...) ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsumme von Fr. 28'928.80 nebst Zins zu 5 % seit 7. Januar 2011 einzutragen. Der Beschwerdeführerin wurde ausserdem mit Verfügung vom 10. Oktober 2011 von der Vorinstanz eine Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss von Fr. 2'900.– zu leisten, ansonsten auf das Gesuch nicht eingetreten werde und das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ angewiesen werde, das vorläufig eingetragene Pfandrecht zu löschen (act. 4).

1.2. Mit Urteil vom 24. November 2011 bestätigte die Vorinstanz die vorsorgliche Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts und setzte der Beschwerdeführerin eine (Prosequierungs-)Frist von 30 Tagen an, um beim zuständigen Gericht die Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen den Gesuchsgegner anzuhängen (act. 14 Dispositiv-Ziffern 1 und 2). Die Vorinstanz 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."

1.3. Mit Schreiben vom 6. Februar 2012 (Poststempel) stellte die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz folgende Anträge (act. 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."

Die Beschwerdeführerin begründete ihre Anträge im Wesentlichen damit, dass der Beschwerdegegner 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 ungerregelt blieben (act. 21 S. 2).

1.4. Mit Urteil vom 22. Februar 2012 wies die Vorinstanz das Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin um Änderung der Kosten- und Entschädigungsfolge ab, auferlegte der Beschwerdeführerin Gerichtskosten von Fr. 300.– und verpflichtete sie zur Bezahlung einer Parteientschädigung von Fr. 400.– an den Beschwerdegegner (act. 26 = act. 29 Dispositiv-Ziffern 1 bis 4). Die Beschwerdeführerin nahm dieses Urteil am 28. Februar 2012 entgegen (act. 27/1).

1.5. Mit Beschwerde vom 9. März 2012 (Poststempel) erhob die Beschwerdeführerin rechtzeitig Beschwerde gegen das vorinstanzliche Urteil vom 22. Februar 2012 und stellte die folgenden Anträge (act. 30 S. 2):

- "1. Der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventualiter sei durch die Rechtsmittelinstanz neu zu entscheiden.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners."

1.6. Mit Verfügung vom 16. März 2012 setzte die Kammer der Beschwerdeführerin Frist an, um einen Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren zu bezahlen. Ausserdem setzte sie dem Beschwerdegegner Frist an, um dem Gericht eine Originalvollmacht an Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_ einzureichen. Ferner wurde die Prozessleitung an Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle delegiert (act. 35). Innert Frist reichte der Beschwerdegegner die Vollmacht ein (act. 38), und die Beschwerdeführerin leistete den Kostenvorschuss (act. 39).

1.7. Mit Verfügung vom 12. April 2012 (act. 40) wurde dem Beschwerdegegner Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten. Ausserdem wurden die Akten des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichts Meilen mit der Geschäftsnummer FV120008 beigezogen (act. 42).

1.8. Der Beschwerdegegner erstattete die Beschwerdeantwort fristgerecht und beantragte Folgendes (act. 43):

- "1. Es sei die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten des Beschwerdeführers."

1.9. Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin am 7. Mai 2012 (act. 46) zugestellt. Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Rechtliches

2.1. Die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist eine vorsorgliche Massnahme und erfolgt im summarischen Verfahren (vgl. BGE 137 III 563, 565 ff.). Die Regelung der Prozesskosten kann vorläufig oder bedingt definitiv erfolgen. Bei der vorläufigen Prozesskostenregelung trifft die Gerichtsbehörde eine vorläufige Kostenregelung und behält die definitive Kostenregelung im Verfahren betreffend definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts vor. Dies setzt voraus, dass ein Verfahren betreffend definitive Eintragung eingeleitet wird. Für den Fall, dass der Gesuchsteller innerhalb der gerichtlich angesetzten Klagefrist keine Klage auf definitive Eintragung einreicht, stehen der Gerichtsbehörde grundsätzlich zwei Varianten offen: Entweder wird für diesen Fall ein zusätzliches

summarisches Verfahren betreffend die Kostenregelung vorbehalten. Oder es werden unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Unternehmer innerhalb der angesetzten Klagefrist keine Klage betreffend definitive Eintragung einreichen sollte, die Kosten definitiv geregelt, was verfahrensökonomisch ist, da damit ein weiteres Verfahren bzw. die Fortsetzung des summarischen Verfahrens vermieden wird. Für diesen Fall auferlegt die Gerichtsbehörde dem Gesuchsteller die festgesetzten Gerichtskosten und verpflichtet ihn, dem Grundeigentümer eine im Quantitativ festgesetzte Parteikostenentschädigung zu bezahlen (vgl. Rainer Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1407 ff.).

2.2. Die Vorinstanz wählte in ihrem Urteil vom 24. November 2011 für die Gerichtskosten die Form einer bedingt definitiven Regelung. Sie auferlegte die Gerichtskosten, einschliesslich der Kosten des Grundbuchamtes C.\_\_\_\_\_, der Gesuchstellerin 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. 1.2. vorstehend). Die Regelung der Entschädigungsfolgen behielt die Vorinstanz dem Gericht im Verfahren betreffend definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts vor (vgl. Ziff. 1.2. vorstehend).

Das Begehren der Beschwerdeführerin auf Abänderung der Kosten- und Entschädigungsfolge wies die Vorinstanz im Entscheid vom 22. Februar 2012 deshalb ab, weil am Dispositiv des formell rechtskräftig gewordenen Entscheides vom 24. November 2011 auf diesem Weg, das heisst ohne die Einleitung eines eigenständigen neuen Verfahrens, nichts mehr geändert werden könne (act. 29 S. 3).

2.3. Die Beschwerdeführerin bringt vor, der Hinweis der Vorinstanz auf die formelle Rechtskraft im Sinne von Art. 256 ZPO bezüglich des Urteils vom 24. November 2011 sei unzutreffend. Die Vorinstanz habe zwar einen Entscheid über die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen getroffen, dieser sei aber unvollständig gewesen. Im Urteil vom 24. November 2011 habe ein Vorbehalt gefehlt für den Fall, dass weder die Frist für den ordentlichen Prozess ver-

säumt noch der ordentliche Prozess über die Hauptsache durchgeführt werde. Nur auf diese Weise habe einer Erledigung ohne Anspruchsprüfung Rechnung getragen werden können. Eine Regelung, welche von der zuständigen Instanz habe getroffen werden müssen, jedoch nicht getroffen worden sei, werde von der formellen Rechtskraft des Entscheides nicht berührt. Vielmehr sei das Urteil mit der Regelung, die nicht getroffen worden sei, zu ergänzen und mit neuer Rechtsmittelbelehrung den Parteien zu eröffnen. Die Vorinstanz sei nun dafür zuständig, den Entscheid zu vervollständigen. Es bestehe der gesetzliche Anspruch der Beschwerdeführerin, dass die Prozesskosten im vorsorglichen Massnahmeverfahren ausgangsgemäss dem Beschwerdegegner auferlegt würden (act. 30 S. 4).

2.4. Selbst wenn das Urteil vom 24. November 2011 unvollständig wäre, hätte dies nicht per se zur Folge, dass es nicht in formelle Rechtskraft erwachsen könnte. Unvollständigkeit kann und muss wie Unrichtigkeit auf dem Rechtsmittelweg korrigiert werden. Formelle Rechtskraft bedeutet, dass der Entscheid unabänderlich ist, weil gegen ihn ein ordentliches Rechtsmittel nicht oder nicht mehr zur Verfügung steht (vgl. ZK ZPO-Kriech, Art. 236 N. 21). Dies gilt grundsätzlich auch bei Summarentscheiden (vgl. ZK ZPO-Chevalier, Art. 256 N. 5). Die ordentliche Rechtsmittelfrist gegen das Urteil vom 24. November 2011 verstrich ungenutzt. Damit erwuchs das Urteil in formelle Rechtskraft und konnte nicht mehr im gleichen Verfahren abgeändert werden, wie dies die Vorinstanz zutreffend festhielt. Die Wiedererwägung eines formell rechtskräftigen Entscheides ist nicht möglich. Ob eine Wiedererwägung unter der neuen ZPO *überhaupt* möglich ist, ist hier nicht zu beantworten.

2.5. Es fragt sich aber, ob die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz überhaupt ein Wiedererwägungsgesuch gestellt hatte und nicht viel eher ein Abänderungsbegehren. Der Antrag der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz lautete auf Abänderung der Dispositiv-Ziffern 4 und 5 des Urteils vom 24. November 2011 und auf Festsetzung der definitiven Kosten- und Entschädigungsfolge (act. 21 S. 2). Die Beschwerdeführerin brachte in ihrer Begründung ausserdem vor, ein Summarentscheid über vorsorgliche Massnahmen werde nicht rechtskräftig und könne bei veränderten Umständen abgeändert werden. Die Beschwerdeführerin wies

auf Art. 256 ZPO hin (act. 21 S. 3). Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf Art. 256 Abs. 2 ZPO (vgl. act. 21 S. 3 und act. 30 S. 3) erweist sich zwar als unzutreffend. Bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts handelt es sich nicht um einen Anwendungsfall der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Hinsichtlich der Abänderung käme aber Art. 268 Abs. 1 ZPO zur Anwendung.

Gemäss Art. 268 Abs. 1 ZPO können vorsorgliche Massnahmen geändert oder aufgehoben werden, wenn sich die Umstände geändert haben oder sich die vorsorglichen Massnahmen nachträglich als ungerechtfertigt erweisen.

Wie sich aus den beigezogenen Akten des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichts Meilen mit der Geschäftsnummer FV120008 ergibt, beantragte die Beschwerdeführerin innert der erstreckten Prosequierungsfrist (vgl. act. 19) die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts. Die Beschwerdeführerin stellte den Antrag auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (in Kenntnis der bereits erfolgten Eintragung), um nicht irgendwelcher Rechte hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsregelung verlustig zu gehen. Deshalb stellte sie den zusätzlichen Antrag, es "sei gemäss Dispositiv Ziff. 3 - 5 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen vom 24. November 2011 die Kosten- und Entschädigungsfolge festzusetzen" (act. 42/1 S. 2). Es ist hier anzumerken, dass der entsprechende Entscheid des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren noch aussteht (vgl. act. 42). Mit der Anhängigmachung der Klage auf definitive Eintragung wurde für die definitive Kosten- und Entschädigungsfolge die Zuständigkeit des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren begründet.

Da die Beschwerdeführerin zuerst, nämlich am 30. Januar 2012, den Antrag auf definitive Kosten- und Entschädigungsregelung beim Einzelgericht im vereinfachten Verfahren stellte (act. 42/1), stand dem später, nämlich am 6. Februar 2012, gestellten, identischen Antrag im summarischen Verfahren (act. 21) die Rechtshängigkeit des ersten entgegen (Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO). Der Vorinstanz war die Möglichkeit der Beurteilung des vorliegenden Rechtsbegehrens entzogen, und der Vorwurf der Rechtsverweigerung (vgl. act. 30 S. 5) ist nicht begründet.

2.6. Das Begehren der Beschwerdeführerin durfte gar nicht gutgeheissen werden. Die Beschwerde ist somit im Ergebnis unbegründet und abzuweisen.

2.7. Es mögen sich aber folgende Hinweise rechtfertigen. 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 Entschädigungsfolge auf dem Weg über den ordentlichen Richter (bzw. den Richter im vereinfachten Verfahren) entschieden wird.

### 3. Kosten- und Entschädigungsfolge

3.1. Grundlage für die Festsetzung der Gerichtsgebühr im Zivilprozess bildet grundsätzlich der Streitwert. Dieser beträgt im vorliegenden Verfahren Fr. 4'100.– (vgl. act. 35).

3.2. Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren sind in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 lit. a, § 4 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 650.– festzusetzen und ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

3.3. Ausgangsgemäss ist die Beschwerdeführerin zu verpflichten, dem Beschwerdegegner für das Beschwerdeverfahren eine Prozessentschädigung zu bezahlen. Diese ist in Anwendung der §§ 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und § 9 AnwGebV auf Fr. 340.– zuzüglich 8% MWST (vgl. Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2006) festzusetzen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 650.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beschwerdeführerin auferlegt und von dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 340.– zuzüglich 8% MWST zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten sowie der beigezogenen Akten des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichts Meilen (Geschäfts-Nr. FV120008) an das Bezirksgericht Meilen –, je gegen Empfangsschein.
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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 4'100.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Muraro-Sigalas

versandt am: