

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF140061-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Maurer.

Urteil vom 30. Januar 2015

in Sachen

A._____ GmbH,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

gegen

1. **B._____,**

2. **C._____,**

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Berufung gegen einen Entscheid des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. Dezember 2014 (ES140115)

Rechtsbegehren (sinngemäss):

Das Grundbuchamt D._____ sei im Sinne von Art. 961 ZGB, sofort und ohne Anhörung der Gesuchsgegner, einstweilen anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegner ein Pfandrecht *vorläufig* im Grundbuch einzutragen, auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBl. ..., E._____-Strasse ..., F._____, für eine Pfandsumme von Fr. 17'209.75. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegner. (act. 5/1 S. 2, act. 6 S. 1)

Entscheid des Einzelgerichts im summarischen Verfahren (Audienz) des Bezirksgerichts Zürich vom 3. Dezember 2014

- "1. Das Grundbuchamt D._____ wird im Sinne von Art. 961 ZGB einstweilen angewiesen, zugunsten der Gesuchstellerin ein Pfandrecht *vorläufig* im Grundbuch einzutragen auf Liegenschaft Kat.Nr. ..., GBBl. ..., E._____-Strasse ..., F._____, für eine Pfandsumme von Fr. 13'400.--.
2. Im Mehrumfang wird das Gesuch abgewiesen." (act. 6)

Rechtsmittelantrag (act. 2):

Es sei "eine Pfandsumme von Fr. 14'388.10 vorläufig im Grundbuchamt auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBl. ..., E._____-Strasse ..., F._____, einzutragen."

Erwägungen:

1. a) Die Gesuchstellerin ersuchte am 2. Dezember 2014 bei der Vorinstanz sinn- gemäss um Erlass einer sofortigen Anweisung im Sinne von Art. 961 ZGB an das Grundbuch D._____, es sei zu ihren Gunsten und zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegner vorläufig für eine Pfandsumme von Fr. 17'209.75 ein Pfandrecht auf der Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBl. ..., E._____-Strasse ..., F._____ einzutra- gen (act. 5/1, 5/2). Die Vorinstanz wies am 3. Dezember 2014 das Grundbuchamt einstweilen an, für eine Pfandsumme von Fr. 13'400.-- ein Pfandrecht vorläufig

einzutragen (act. 6 S. 4 Dispositivziffer 1). Im Mehrumfang wies sie das Gesuch ab (act. 6 Dispositivziffer 2).

Dagegen richtet sich die rechtzeitige (act. 2 i.V. mit act. 5/6c; Art. 321 Abs. 2 ZPO) Beschwerde der Gesuchstellerin mit dem Antrag, Fr. 14'388.10 als Pfandsumme einzutragen (act. 2). Die Gesuchstellerin gab an, sie reduziere ihre Forderung auf Fr. 14'388.10 (act. 2).

b) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1-10). Eine Antwort wurde nicht eingeholt (Art. 322 Abs. 1, Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. Entscheide des Einzelgerichts im summarischen Verfahren sind mit Berufung oder, wenn der Streitwert der vorinstanzlich zuletzt aufrechterhaltenen Begehren weniger als Fr. 10'000.-- beträgt, mit Beschwerde anfechtbar (Art. 308 Abs. 2 und Art. 319 lit. a ZPO; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 308 N 40). Massgeblich für die Berufungsfähigkeit sind die bis zur Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheides vorgebrachten Erklärungen der Parteien und nicht der erstinstanzliche Entscheid selbst (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 308 N 40; Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 308 N 24, FN 41). Die Vorinstanz erliess einen abweisenden Teilentscheid im Betrag von Fr. 3'809.75 (act. 6 S. 4 E. 2.5 und Dispositivziffer 2: Differenz der verlangten Pfandsumme von Fr. 17'209.75 und der gewährten Pfandsumme von Fr. 13'400.--) und gab als Rechtsmittel gegen diesen Teilentscheid die Beschwerde an (act. 6 S. 5 Dispositivziffer 6). Bei der Frage der Berufungsfähigkeit eines Teilentscheides bestimmt sich der Streitwert jedoch nach den gesamten Rechtsbegehren, die vor der Instanz, welche den Teilentscheid getroffen hat, streitig waren (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 308 N 41, mit Verweis auf Art. 51 Abs. 1 lit. b BGG analog). Das vorinstanzlich zuletzt aufrechterhaltene Rechtsbegehren der Gesuchstellerin betrug Fr. 17'209.75, d.h. mehr als Fr. 10'000.--. Das Rechtsmittel der Gesuchstellerin ist daher als Berufung entgegen zu nehmen und entsprechend zu behandeln. Der Gesuchstellerin entsteht durch die Konversion ihrer Beschwerde in die richtigerweise zu erhebende Berufung kein Nachteil, da die beiden Rechtsmittel in der gleichen Frist zu erheben und sogleich mit Begründung einzureichen sind (Art. 314 Abs. 1 i.V. mit Art. 321 Abs. 2 ZPO). Zudem ist die Kognition des Obergerichts hinsichtlich der Rechtsanwendung faktisch dieselbe.

Allenfalls ergeben sich Fragen im Zusammenhang mit der aufschiebenden Wirkung.

3. a) Die Vorinstanz erwog, die Gesuchstellerin habe ihre Forderung lediglich im Umfang von Fr. 13'400.-- glaubhaft zu machen vermocht. Sie habe die den vereinbarten Pauschalbetrag von Fr. 17'500.-- (abzüglich geleistete Akontozahlung von Fr. 4'100.--, d.h. Fr. 13'400.--) übersteigende Forderung nicht glaubhaft gemacht (act. 6 S. 3). So habe sie nicht ausreichend begründet, weshalb sie in der eingereichten Schlussrechnung (act. 5/4/21) von total Fr. 25'518.15 ausgehe und unter Berücksichtigung der Anzahlung von Fr. 4'100.-- sowie verschiedener Rabatte noch einen Betrag von Fr. 16'706.55 fordere (act. 6 S. 3). Für die geltend gemachten Betreibungs- und Gerichtskosten von Fr. 503.20 bestehe ohnehin kein Anspruch auf Eintragung eines Pfandrechts (act. 6 S. 3 f.).

b) Die Gesuchstellerin bringt zweitinstanzlich vor, sie reduziere ihre Forderung auf die vereinbarten Beträge und verlange demnach die Pauschale von Fr. 17'500.-- zuzüglich Fr. 988.10 für die Liftreparatur vom 21. August 2014 (act. 2 S. 1). In der am 11. August 2014 von der Firma G. _____ AG bestätigten Pauschalvereinbarung seien die Pauschale von Fr. 17'500.-- plus die durch einen Schaden verursachte Liftreparatur vereinbart worden. Die Liftreparatur sei in der Gesamtrechnung integriert gewesen, werde nun aber einzeln ausgewiesen mit den gleichen zugestandenen Konditionen (act. 2 S. 1 f.).

4. a) Mit der Berufung sind konkrete Rechtsmittelanträge zu stellen, aus welchen hervorgeht, in welchem Umfang der vorinstanzliche Entscheid angefochten wird, welche Dispositivziffern des angefochtenen Entscheids in welchem Sinne abzuändern sind und ob ein neuer Entscheid in der Sache oder eine Rückweisung an die Vorinstanz verlangt wird (vgl. ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 34 ff.). Sodann hat sich die Berufung führende Partei mit der Begründung des vorinstanzlichen Entscheids einlässlich auseinander zu setzen und hat anzugeben, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid nach ihrer Ansicht leidet (ZK ZPO-Reetz/ Theiler, Art. 311 N 36). Allerdings wird bei Laien zur Erfüllung des Erfordernisses, einen Antrag zu stellen und zu begründen, sehr wenig verlangt. Als An-

trag genügt eine Formulierung, aus der sich mit gutem Willen herauslesen lässt, wie das Obergericht entscheiden soll.

Dem zweitinstanzlich gestellten Begehren der Gesuchstellerin lässt sich sinngemäss der Antrag auf Aufhebung von Dispositivziffer 2 des angefochtenen Entscheids sowie auf superprovisorische Eintragung einer zusätzlichen Pfandsumme von Fr. 988.10 (statt der vorinstanzlich abgewiesenen Fr. 3'809.75) entnehmen.

b) Als Berufungsgründe können unrichtige Rechtsanwendung sowie unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und neue Beweismittel können zweitinstanzlich nur berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht wurden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

Die Gesuchstellerin wurde von der Vorinstanz darauf hingewiesen, dass es ihr obliege, die Tatsachen zu behaupten, auf welche sie ihre Forderung abstütze und dass es nicht die Aufgabe des Gerichts sei, in ihren Gesuchsbeilagen die massgeblichen Tatsachen zusammenzusuchen (act. 6 S. 2).

Das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts muss ungeachtet des anwendbaren summarischen Verfahrens begründet werden (Art. 219 i.V. mit Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO). Dem Bauunternehmer obliegt es nicht nur, Bestand und Höhe der von ihm geltend gemachten Forderung glaubhaft zu machen, er hat auch sämtliche übrigen in Art. 837 ZGB genannten Voraussetzungen darzutun. Generell gelten durch den Verweis auf die eingereichten Akten Sachverhaltselemente nur dann als behauptet, wenn der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennt und aus dem Verweis in der Rechtsschrift selbst klar wird, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptungen gelten sollen (BK ZPO-Hurni, Art. 55 N 21). Das Vorbringen der Gesuchstellerin, sie habe mit den Auftraggebern vereinbart, dass diese zusätzlich zur Pauschale von Fr. 17'500.-- die Liftreparatur im Betrag von Fr. 988.10 vergüten würden, ist zweitinstanzlich neu (act. 2 S. 1 f. i.V. mit act. 5/4/2 und 5/4/16-18). Vor Vorinstanz behauptete die Gesuchstellerin, die Liftreparatur sei ursprünglich

in der Gesamtrechnung integriert gewesen, und sie berief sich auf die Schlussrechnung vom 21. August 2014 (act. 5/2 i.V.m. 5/4/21). Sie erwähnte auch die Pauschalabrede, ohne aber darauf hinzuweisen, dass die Liftreparaturkosten nicht darunter fallen. Letzteres wird so und unter Hinweis auf eine separate Rechnung (act. 4/3) erstmals im Berufungsverfahren geltend gemacht. Da nicht dargetan wurde, es sei ohne Verzug vorgebracht worden und habe trotz zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz nicht vorgebracht werden können, ist das nicht zu berücksichtigen (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

c) Im Übrigen bringt die Gesuchstellerin nichts vor, das zum Schluss führen müsste, die Vorinstanz habe das Recht unrichtig angewandt oder den Sachverhalt unrichtig festgestellt habe (Art. 310 ZPO). Ihre Berufung ist unbegründet und daher abzuweisen.

d) Unabhängig von der vorstehenden Begründung ist zu berücksichtigen, dass am 15. Dezember 2014, dem Datum des Eingangs der Berufungsschrift der Gesuchstellerin beim Obergericht (act. 2), das Recht auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts infolge Ablaufs der viermonatigen Frist verwirkt war (Art. 839 Abs. 2 ZGB; BSK ZGB-Hofstetter/Thurnherr, Art. 839/840 N 29), da die letzte Arbeit gemäss Regierapport am 13. August 2014 ausgeführt worden war, d.h. mehr als vier Monate vor dem Eingang der Berufungsschrift. Die beantragte Eintragung eines Pfandrechts für weitere Fr. 899.10 war daher auch aus diesem Grund von vornherein ausgeschlossen.

5. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die zweitinstanzlichen Gerichtskosten der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mangels erheblicher Umtriebe ist den Gesuchsgegnern für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Bei der Festsetzung der zweitinstanzlichen Entscheidgebühr ist zu berücksichtigen, dass vor Obergericht nur noch Fr. 988.10 streitig waren.

Es wird erkannt:

1. Das Rechtsmittel der Gesuchstellerin wird als Berufung entgegen genommen und abgewiesen. Der Entscheid des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 3. Dezember 2014 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 200.-- festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

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. 988.10.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Maurer

versandt am: