

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF180007-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stamm-
bach sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Urteil vom 6. April 2018

in Sachen

A._____ GmbH,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. X._____,

gegen

1. **B._____**,

2. **C._____**,

Gesuchs- und Beschwerdegegner,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfah-
ren des Bezirksgerichtes Horgen vom 25. Januar 2018 (ES170019)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Mit Eingabe vom 5. September 2017 stellte die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen (nachfolgend: Vorinstanz) ein Gesuch um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf einem Grundstück der Gesuchs- und Beschwerdegegner (nachfolgend: Beschwerdegegner) (act. 1). Die Vorinstanz wies daraufhin das Grundbuchamt D._____ mit Verfügung vom 26. September 2017 einstweilen an, zugunsten der Beschwerdeführerin und zu lasten des Grundstückes der Beschwerdegegner, GBBL. 1, Liegenschaft Kat. Nr. 2, ... [Adresse], ein Pfandrecht für eine Pfandsumme von Fr. 128'353.13 nebst Zins zu 5 % seit 5. September 2017 vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 16). Mit Urteil vom 30. November 2017 bestätigte die Vorinstanz die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D._____ als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB und setzte der Beschwerdeführerin eine Frist von 30 Tagen ab Zustellung des Entscheides an, um direkt beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Beschwerdegegner anzuheben, wobei im Säumnisfall die Beschwerdegegner beim Einzelgericht die vorläufige Eintragung löschen lassen könnten (act. 38 = act. 54/2). Dieser Entscheid ging der Beschwerdeführerin am 5. Dezember 2017 zu (act. 39).

1.2. Mit Eingabe vom 22. Januar 2018 (Datum Poststempel) ersuchte die Beschwerdeführerin die Vorinstanz, ihr die Frist zur Einreichung der Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts um drei Wochen zu erstrecken (act. 46). Die Vorinstanz trat auf das Fristerstreckungsgesuch mit Verfügung vom 25. Januar 2018 nicht ein (act. 48 = act. 51 = act. 53; nachfolgend zitiert als act. 51).

1.3. Gegen diesen Entscheid gelangte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 8. Februar 2018 an die Kammer, wobei sie folgende Anträge stellte (act. 52):

- "1. Die Verfügung sei aufzuheben.
2. Das Verfahren sei als gegenstandslos abzuschreiben.

Eventuell:

3. Es sei festzustellen, dass die Frist zur Einreichung der Klage auf Eintragung eines definitiven Bauhandwerkerpfandrechts gewahrt ist.

Subeventuell:

4. Es sei der Berufungsklägerin Frist anzusetzen, zur Einreichung einer fristgerechten Klage auf Erteilung des definitiven Bauhandwerkerpfandrechts.

- unter Kosten-und Entschädigungsfolgen -"

1.4. Mit Verfügung vom 15. Februar 2018 wurde der Beschwerdeführerin eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt und die Prozessleitung delegiert (act. 56). Der Kostenvorschuss ging innert erstreckter Frist (vgl. act. 58 und act. 60) ein (act. 62).

1.5. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-49/3). Das Einholen einer Stellungnahme der Beschwerdegegner ist nicht erforderlich (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO); das Verfahren erweist sich als spruchreif. Den Beschwerdegegnern ist mit dem vorliegenden Entscheid lediglich ein Doppel der Beschwerde zuzustellen.

2. Prozessuale Vorbemerkungen

2.1. Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine prozessleitende Verfügung. Solche Entscheide sind nicht berufungsfähig (vgl. Art. 308 Abs. 1 ZPO), in den Fällen von Art. 319 lit. b ZPO kann jedoch Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeführerin bezeichnet ihre Eingabe vom 8. Februar 2018 als "Berufung" (vgl. act. 52). Dies schadet ihr nicht, entspricht es doch der konstanten Praxis der Kammer, unrichtig bezeichnete Rechtsmittel ohne Weiteres mit dem richtigen Namen zu bezeichnen und nach den richtigen Regeln zu behandeln. Das vorliegende Rechtsmittel ist entsprechend als Beschwerde entgegen zu nehmen.

2.2. Gemäss Art. 319 lit. b ZPO sind prozessleitende Verfügungen mit Beschwerde anfechtbar, wenn dies entweder im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist – was hinsichtlich Entscheiden wie der vorliegend angefochtenen Verfügung nicht

der Fall ist – oder aber wenn durch die Verfügung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Dieser Nachteil kann tatsächlicher oder rechtlicher Natur sein. Letzteres ist der Fall, wenn sich der Nachteil auch mit einem späteren günstigen Endentscheid nicht oder nicht gänzlich beseitigen lässt. Als Zulässigkeitsvoraussetzung des Rechtsmittels ist das Vorliegen des drohenden Nachteils zwar grundsätzlich von Amtes wegen zu prüfen; allerdings, wie allgemein bei der Prüfung von Prozessvoraussetzungen, nur auf Basis des dem Gericht vorgelegten Tatsachenmaterials. Die Beweislast für das Bestehen der Gefahr eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils trägt die Beschwerde führende Partei, falls die Gefahr nicht von vornherein offenkundig ist. Fehlt die Rechtsmittelvoraussetzung des drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils, so ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (vgl. zum Ganzen OGer ZH RB170027 vom 7. August 2017 E. 2.5 m.w.H.).

Die Beschwerdeführerin äussert sich nicht explizit dazu, ob ihr ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (vgl. act. 52). Allerdings ist offenkundig, dass die Gefahr eines Nachteils rechtlicher Natur besteht: Die Beschwerdeführerin stellte ihr Gesuch um Erstreckung der Frist zur Anhebung einer Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts selbst bei der von ihr angewandten und für sie günstigsten Berechnungsweise des Fristenlaufs (unter Einbezug der Gerichtsferien; vgl. act. 52 S. 4) am letzten Tag der von der Vorinstanz angesetzten Frist. Bliebe es beim vorinstanzlichen Entscheid und würde die Frist folglich nicht wie beantragt erstreckt, könnte die Beschwerdeführerin die Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts nicht mehr rechtzeitig erheben, was dazu führen würde, dass die Gegenseite das vorläufig eingetragene Pfandrecht löschen lassen könnte. Da Bauhandwerkerpfandrechte innert einer viermonatigen Verwirkungsfrist im Grundbuch eingetragen werden müssen (vgl. Art. 839 Abs. 2 ZGB), wird eine erneute Eintragung des vorliegend umstrittenen Pfandrechts nicht mehr möglich sein, zumal die Beschwerdeführerin selbst vor Vorinstanz geltend gemacht hatte, sie habe auf dem fraglichen Grundstück zuletzt im Mai 2017 Arbeiten ausgeführt (vgl. act. 16). Entsprechend droht offensichtlich ein später nicht mehr rückgängig machbarer Nachteil.

2.3. Im Übrigen wurde die Beschwerde innerhalb von zehn Tagen ab Zustellung des angefochtenen Entscheides und damit rechtzeitig (vgl. Art. 321 Abs. 1 i.V.m. 2 ZPO sowie act. 49/3), schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet im Sinne von Art. 321 Abs. 1 ZPO bei der Kammer als zuständiger Beschwerdeinstanz eingereicht. Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und somit zur Beschwerde legitimiert. Insofern sind die Eintretensvoraussetzungen erfüllt.

2.4. Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach Art. 319 ff. ZPO. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

Vor Vorinstanz ersuchte die Beschwerdeführerin um Erstreckung der Frist zur Erhebung der Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts (vgl. act. 46). Wenn sie nun in der Beschwerde verlangt, das Verfahren sei als gegenstandslos abzuschreiben und es sei festzustellen, dass die Frist zur Einreichung der Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gewahrt sei (Anträge Ziffern 2 und 3), so handelt es sich dabei um neue und damit unzulässige Anträge im Sinne von Art. 326 Abs. 1 ZPO, auf welche folglich nicht einzutreten ist. Hinsichtlich ihres Antrages Ziffer 4, wonach ihr Frist zur Einreichung einer fristgerechten Klage auf Erteilung des definitiven Bauhandwerkerpfandrechts anzusetzen sei, ist angesichts der Begründung der Beschwerdeführerin (vgl. dazu E. 3.2) davon auszugehen, dass sie damit darum ersucht, die im erstinstanzlichen Verfahren beantragte Fristerstreckung sei zu gewähren. Dies stellt – zusammen mit Antrag Ziffer 1, wonach der angefochtene Entscheid aufzuheben sei – ein zulässiges Begehren dar, auf welches folglich einzutreten ist.

2.5. Anzufügen bleibt schliesslich Folgendes: Die Beschwerdeführerin behält in ihrer Beschwerdeschrift weitere Ausführungen vor (act. 52 S. 5.). Es ist ihr jedoch keine Gelegenheit zu erneuten Äusserungen zu geben, da Rechtsmittel innert der – als gesetzliche Frist nicht erstreckbaren (vgl. Art. 144 Abs. 1 ZPO) – Rechtsmittelfrist abschliessend zu begründen sind.

3. Zur Beschwerde im Einzelnen

3.1. Die Vorinstanz erwog, die Frist zur Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts sei eine in Anwendung von Art. 263 ZPO angesetzte, gerichtliche Frist, die nach Art. 144 ZPO vom Gericht, welches sie angesetzt habe, erstreckt werden könne. Eine Erstreckung sei jedoch nur möglich, wenn vor Fristablauf darum ersucht werde. Art. 145 Abs. 2 ZPO, wonach die Fristenstillstände gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO für das summarische Verfahren nicht gelten würden, komme bei allen Fristen zur Anwendung, die im summarischen Verfahren angesetzt würden, was namentlich auch die Klagefristansetzung nach Art. 263 ZPO erfasse. Entsprechend gelte der Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO für die mit im summarischen Verfahren ergangenen Urteil vom 30. November 2017 angesetzte Frist zur Einreichung der Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts nicht, selbst wenn diese Klage im ordentlichen bzw. vereinfachten Verfahren zu behandeln wäre. Da die Parteien im fraglichen Entscheid zudem darauf hingewiesen worden seien, dass die Fristenstillstände nicht zur Anwendung gelangen würden, könne sich die Beschwerdeführerin auch nicht auf die ausnahmsweise Geltung der Gerichtsferien mangels Hinweis auf Art. 145 Abs. 2 ZPO berufen. Der Entscheid vom 30. November 2017 sei der Beschwerdeführerin am 5. Dezember 2017 zugestellt worden, die dreissigtägige Frist zur Einreichung der Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts sei folglich am 4. Januar 2018 abgelaufen. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Fristerstreckung vom 22. Januar 2018 sei entsprechend erst nach Fristablauf und damit verspätet gestellt worden, weshalb darauf nicht eingetreten werden könne (act. 51).

3.2. Die Beschwerdeführerin rügt diesen Entscheid in verschiedener Hinsicht. So macht sie zunächst geltend, ihr früherer Vertreter sei nicht legitimiert gewesen, für sie zu handeln, sodass es an einer Prozessvoraussetzung fehle, was zur "Nichtigkeit" des Verfahrens führe. Dieses sei aufzuheben und könne mit Wirkung ex tunc neu begonnen werden. Weiter seien die Gerichtsferien in die Fristenberechnung miteinzubeziehen. Im Urteil vom 30. November 2017 werde lediglich in Dispositiv-Ziffer 6 bei der Rechtsmittelbelehrung darauf hingewiesen, dass der Fristenstillstand nicht gelte. Dies lasse den unbefangenen Leser ohne weiteres darauf

schliessen, dass diese Regelung nur für die Beschwerdefrist, nicht hingegen für die in Dispositiv-Ziffer 2 angesetzte Frist zur Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gelte. Das sei umso mehr der Fall, als dass eine solche Klage im ordentlichen Verfahren behandelt würde. Es handle sich um eine für den unbefangenen Rechtsuchenden nicht erkennbare Spezialregelung. Die Ausgestaltung des Bauhandwerkerpfandrechts sei vom Gesetzgeber "kundenfreundlich" erfolgt, um den Handwerkern zu ermöglichen, zu ihrem Recht zu kommen. Daher müsse die Auslegung des in Frage stehenden Urteilsdispositivs im Sinne der Unklarheiten- und Ungewöhnlichkeitsregel zu Gunsten der wirtschaftlich schwächeren Partei, der Beschwerdeführerin erfolgen (act. 52).

3.3. Was den ersten Einwand der Beschwerdeführerin betrifft (fehlende Bevollmächtigung), so erweisen sich die Ausführungen als unzutreffend. Selbst wenn nämlich der Vertreter der Beschwerdeführerin nicht korrekt bevollmächtigt gewesen sein sollte (vgl. jedoch die bei den Akten liegende Vollmacht, act. 7), hätte dies nicht zur "Nichtigkeit" des Verfahrens geführt. Vielmehr hätte ein solcher Mangel mit einem Rechtsmittel gegen das Urteil vom 30. November 2017 betreffend vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (act. 38 = act. 54/2) geltend gemacht werden müssen. Ein solches wurde allerdings nicht erhoben – seitens der Beschwerdeführerin durchaus verständlicherweise, lautete der erwähnte Entscheid doch zu ihren Gunsten. Dass die Beschwerdeführerin das fragliche Urteil nicht anfocht, ist sodann als Genehmigung des Vorgehens ihres Vertreters zu qualifizieren. Im Übrigen ist insbesondere angesichts der materiellrechtlichen Verwirkungsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB nicht ersichtlich, mit welchem Erfolg im Falle einer Aufhebung des Entscheides betreffend vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ein Verfahren "mit Wirkung ex tunc" neu hätte eingeleitet werden können.

3.4. Weist ein Gericht ein Grundbuchamt im Sinne einer vorsorglichen Massnahme an, ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig im Grundbuchamt einzutragen, so setzt es der gesuchstellenden Partei gleichzeitig eine Frist an, um eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts zu erheben. Anders als dies die Vorinstanz erwog, erfolgt diese Fristansetzung aber nach Auffassung des Bun-

desgerichtes nicht in Anwendung von Art. 263 ZPO, sondern im Sinne von Art. 961 Abs. 3 ZGB. Es handelt sich damit um eine materiell-rechtliche Frist, welche sich auch nach den Grundsätzen des materiellen Rechts berechnet. Die prozessrechtlichen Vorschriften betreffend den Fristenlauf sind daher nicht anwendbar, und es kommt auch Art. 145 Abs. 1 ZPO, der für bestimmte Zeiten einen Fristenstillstand vorsieht, nicht zur Anwendung (zum Ganzen BGE 143 III 554 E. 2.5 m.w.H.). Entgegen der Beschwerdeführerin sind die Gerichtsferien folglich zur Berechnung der ihr im Urteil vom 30. November 2017 angesetzten Frist von 30 Tagen nicht miteinzubeziehen. Ob bzw. an welcher Stelle die Vorinstanz in diesem Entscheid darauf hinwies, dass die Gerichtsferien nicht gelten würden, ist nicht relevant, gelangt die Regel gemäss Art. 145 Abs. 3 ZPO, wonach die Parteien darauf hinzuweisen sind, wenn die Gerichtsferien nicht gelten, als prozessrechtliche Vorschrift doch ebenfalls nicht zur Anwendung. Die fragliche Frist lief damit – wie die Vorinstanz korrekt berechnete – am 4. Januar 2018 ab.

Gemäss dem Bundesgericht sind auch die in Anwendung von Art. 961 Abs. 3 ZGB angesetzten, materiell-rechtlichen Fristen erstreckbar, wobei in Präzisierung des zitierten Entscheides anzunehmen ist, dass dies – da die prozessrechtlichen Bestimmungen zum Fristenlauf ja gerade keine (direkte) Anwendung finden – nach den allgemeinen Regeln und Art. 144 Abs. 2 ZPO *analog* zu erfolgen hat (vgl. BGE 143 III 554 E. 2.5.2). Entsprechend ist ein Fristerstreckungsgesuch vor Fristablauf zu stellen. Das deutlich nach Fristablauf gestellte Fristerstreckungsgesuch der Beschwerdeführerin vom 22. Januar 2018 erfolgte somit – auch diesbezüglich ist der Vorinstanz zuzustimmen – zu spät.

3.5. Nach dem Gesagten trat die Vorinstanz auf das Fristerstreckungsgesuch zu Recht nicht ein. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist somit abzuweisen, soweit darauf überhaupt einzutreten ist.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Bei dieser Ausgangslage sind die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Unter Berücksichtigung des Streitwertes von Fr. 128'353.13 (vgl. act. 56) und in

Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr auf Fr. 1'200.– festzusetzen.

4.2. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen; der Beschwerdeführerin nicht zufolge ihres Unterliegens und den Beschwerdegegnern nicht, weil ihnen im vorliegenden Verfahren keine Aufwände entstanden, die zu entschädigen wären.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegner je unter Beilage eines Doppels bzw. einer Kopie von act. 52, sowie an das Bezirksgericht Horgen 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 128'353.13.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw C. Funck

versandt am:
9. April 2018