

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF210034-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Beschluss und Urteil vom 21. Oktober 2021

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

gegen

B. _____,

Gesuchs- und Beschwerdegegner

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes
Zürich vom 9. August 2021 (ES210043)

Erwägungen:

I.

1.1 Der Gesuchs- und Beschwerdegegner (fortan Gesuchsgegner) ist Eigentümer der Liegenschaft Kataster 1, Grundbuch Blatt 2, EGRID CH3, an der C.____-strasse 4-6 in ... Zürich (vgl. act. 1 und act. 3/11). Der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsteller) ist Inhaber des Einzelunternehmens D.____ mit Sitz in E.____ (act. 4). Unbestritten ist, dass der Gesuchsteller auf vorerwähntem Grundstück Plattenarbeiten ausgeführt hat (act. 36 S. 4). Er stellt sich auf den Standpunkt, es bestehe eine offene Rechnung für erbrachte pfandberechtigte Arbeiten (act. 1).

1.2 Mit Eingabe vom 11. Mai 2021 stellte der Gesuchsteller beim Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich (fortan Vorinstanz) das Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zulasten des Grundstücks des Gesuchsgegners für eine Pfandsumme von Fr. 7'324.75 zzgl. 5% Zins seit 26. März 2021 und Kosten (act. 1 inkl. Beilagen act. 3/1-11). In der Folge wies die Vorinstanz das Grundbuchamt F.____ mit Verfügung vom 12. Mai 2021 ohne Anhörung der Gegenpartei bzw. superprovisorisch an, das beantragte Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 5; act. 9). In derselben Verfügung (act. 5) wurde dem Gesuchsgegner Frist zur schriftlichen Stellungnahme zum Gesuch angesetzt, welche er mit Eingabe vom 21. Mai 2021 einreichte (act. 14 inkl. Beilagen act. 15/1-5). Diese wurde dem Gesuchsteller zugestellt (act. 23 und act. 25), worauf er mit Schreiben vom 3. Juni 2021 Stellung nahm (act. 27 inkl. Beilagen act. 28/1-4). Mit Urteil vom 9. August 2021 wies die Vorinstanz das Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts schliesslich ab und wies das Grundbuchamt F.____ an, "das aufgrund der Verfügung vom 17. Mai 2021 zugunsten der gesuchstellenden Partei und zulasten des Grundstücks der gesuchsgegnerischen Partei vorläufig eingetragene *Bauhandwerkerpfandrecht* vollumfänglich zu *löschen* nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist oder nach Abschluss des obergerichtlichen Verfahrens, falls das

Obergericht nichts anderes anordnet, auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBI. 2, EGRID CH3, C. _____-strasse 4, 5 und 6, ... Zürich, für eine Pfandsumme von Fr. 7'324.75 nebst Zins zu 5 % seit 26. März 2021" (act. 30 = act. 36 S. 7).

2. Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsteller mit Eingabe vom 31. August 2021 innert Frist Beschwerde (act. 37; act. 34a). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort und eines Kostenvorschusses wurde abgesehen (Art. 322 Abs. 1 ZPO und Art. 98 ZPO).

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1 - 34). Die Sache erweist sich als spruchreif.

II.

1. Der Beschwerdeschrift des Gesuchstellers lässt sich entnehmen, dass die aufgrund der superprovisorischen Verfügung der Vorinstanz vom 12. Mai 2021 erfolgte vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts seiner Ansicht nach hätte bestätigt werden müssen (vgl. act. 37 S. 2 f.). In diesem Sinne verlangt er die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und sinngemäss die Gutheissung seines ursprünglichen Gesuchs um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (act. 1), was er (wohl) irrtümlich mit der definitiven Eintragung gleichsetzt (vgl. act. 37 S. 2).

2.1 Der Gesuchsteller zweifelt zunächst an der sachlichen Zuständigkeit der Vorinstanz, bei welcher er sein Gesuch (act. 1) eingereicht hatte, und macht in der Beschwerdeschrift geltend, beide Parteien seien im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen, weshalb die Sache in die Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich falle. Bis zur Klärung dieser Frage sei das Verfahren zu sistieren (act. 37 S. 1 f.).

2.2 Die sachliche Zuständigkeit ist eine Prozessvoraussetzung, welche das Gericht nach Eingang der Klage bzw. des Gesuchs von Amtes wegen prüft (Art. 59 Abs. 2 lit. b und Art. 60 ZPO). Die Vorinstanz hat die sachliche Zuständig-

keit implizit bejaht, andernfalls sie auf das Gesuch des Gesuchstellers nicht eingetreten wäre (act. 36).

Die Handelsgerichte sind zur Beurteilung der Gesuche um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zuständig (Art. 6 Abs. 5 ZPO), sofern die Hauptsache (definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts, die allenfalls mit einer Forderungsklage auf Zahlung der erbrachten Leistungen verbunden werden kann) eine handelsrechtliche Streitigkeit ist (vgl. Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO; BGE 137 III 563 E. 3.4). Eine Streitigkeit gilt als handelsrechtlich, wenn die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist, gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offensteht und die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind (Art. 6 Abs. 2 ZPO). Diesbezüglich ist dem Gesuchsteller Recht zu geben, dass zwar das Einzelunternehmen D._____, dessen Inhaber er ist, im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen ist und die Forderung seine geschäftliche Tätigkeit betrifft (vgl. act. 4). Er übersieht indes, dass der Gesuchsgegner und Eigentümer des zu belastenden Grundstücks nicht eingetragen ist, womit es auch an einer der Voraussetzungen für die Zuständigkeit des Handelsgerichts mangelt. Die Rüge der fehlenden sachlichen Zuständigkeit der Vorinstanz ist somit unbegründet und der in diesem Zusammenhang gestellte Antrag auf Sistierung des Beschwerdeverfahrens ist abzuweisen.

III.

1. Vor Vorinstanz war unbestritten, dass Grundlage für Plattenarbeiten des Gesuchstellers auf dem Grundstück der Gegenpartei die Offerte Nr. 120026 vom 27. Oktober 2020 mit einem Total von Fr. 22'710.50 war (act. 3/1). Der Gesuchsgegner machte geltend, die überteuerte Schlussrechnung Nr. 321005 in Höhe von Fr. 26'057.30 im Sinne eines Vergleichs fristgerecht am 29. März 2021 bezahlt zu haben, trotz Mängeln und der Überschreitung des offerierten Preises um Fr. 3'346.80 (act. 14). Streitgegenstand ist die Rechnung Nr. 321004 vom 27. Februar 2021, mit welcher der Gesuchsteller für zusätzliche Plattenarbeiten Fr. 7'269.75 verlangte (act. 3/6).

2. Die Vorinstanz kam zum Schluss, der Gesuchsteller habe in seinem Gesuch nicht dargelegt, weshalb ihm ausgehend von der ursprünglichen Offerte Nr. 120026 vom 27. Oktober 2020 mit einem Total von Fr. 22'710.50 und der gestellten Rechnung Nr. 321005 vom 27. Februar 2021 (Fr. 26'057.30 abzüglich Fr. 18'721.50 Akontozahlung) zusätzlich der in Rechnung Nr. 321004 vom 27. Februar 2021 gestellte Betrag in Höhe von Fr. 7'269.75 bzw. mit der zweiten Mahnung vom 13. April 2021 in der vorliegend geltend gemachten Höhe von Fr. 7'324.75 (Fr. 7'269.75 zzgl. Zinsen und Mahnspesen) zustehen soll. Zur Thematik der Differenz zwischen den offerierten und den in Rechnung gestellten Leistungen hätten sich Ausführungen aufgedrängt. Indem der Gesuchsteller in seinem Gesuch lediglich den Betrag genannt und angeführt habe, "als Beweis kommen diverse E-Mail (Auftragserteilung 28.10.2020)", ohne die Höhe der geltend gemachten Differenz zu begründen, sei er seiner Behauptungs- und Substantiierungslast nicht nachgekommen. Aus diesem Grund sei das Gesuch abzuweisen und das Grundbuchamt anzuweisen, den superprovisorisch erfolgten Eintrag zu löschen (act. 36 S. 4 f.).

3. Der Gesuchsteller hält dem in der Beschwerdeschrift entgegen, der Gesuchsgegner habe bis zum vorliegenden gerichtlichen Verfahren hinsichtlich der ausgeführten Arbeiten keine Mängelrügen und Fristen zu deren Behebung erhoben, weshalb davon ausgegangen werden müsse, dass die dem Begehren um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zugrundeliegende Forderung von Fr. 7'324.75 "rechtsverbindlich" sei und die "Schuld darüber Bestand" habe. Es sei im Verfahren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht möglich, über die Streitsache materiell zu bestimmen. Dies erfolge erst im Verfahren um definitive Eintragung (act. 37 S. 3).

4.1 Die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB; Art. 76 Abs. 3 GBV) untersteht dem summarischen Verfahren gemäss Art. 252 ff. ZPO (Art. 249 lit. d Ziff. 5 und Ziff. 11 ZPO), weshalb die Voraussetzungen des Anspruchs auf Eintragung nur (aber immerhin) glaubhaft zu machen sind (Art. 261 Abs. 1 ZPO, Art. 961 Abs. 3 ZGB). Den Unternehmer, der einen Pfandanspruch behauptet, trifft die Beweislast

(Art. 8 ZGB) für das Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, namentlich für das Verrichten pfandberechtigter Arbeiten an einem bestimmten Grundstück sowie für den *Bestand und die Höhe* einer entsprechenden Vergütungsforderung.

4.2 Wie bereits die Vorinstanz erwog, muss der Gesuchsteller in seinem Gesuch mit substantiierten Behauptungen seinen Anspruch auf ein Baupfandrecht begründen, weshalb mit der Beweislast die Behauptungs- und Substantiierungslast einhergeht (act. 36 S. 3). Dieser ist nur dann Genüge getan, wenn die gesuchstellende Partei in ihrem Tatsachenvortrag wenigstens in allgemeiner Weise sämtliche mit Bezug auf die Eintragungsvoraussetzungen relevanten Tatsachen nennt, für die sie die Beweislast trägt. Das Gericht darf sein Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen abstützen und den Sachverhalt nicht von sich aus ergänzen (vgl. Glasl, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 55 N 7; BK ZPO-Hurni, Art. 55 N 9). Nur und erst wenn eine genügende Behauptung bzw. Substantiierung erfolgt ist, ist in einem nachfolgenden Schritt – bei der gerichtlichen Würdigung der behaupteten Tatsachen und der dazu offerierten Beweismittel – die Position des Gesuchstellers durch das herabgesetzte Beweismass erleichtert.

4.3 Der Gesuchsteller trägt nach dem Gesagten die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast insbesondere dafür, dass er bestimmte pfandberechtigte Arbeiten verrichtet hat sowie für den Bestand und die Höhe einer entsprechenden Vergütungsforderung. Damit einher geht auch die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand und den Inhalt eines entsprechenden Werkvertrages – allenfalls mit gewissen nachträglich vereinbarten Änderungen –, mit dem die Herstellung eines bestimmten Werkes vereinbart wurde. Der Gesuchsteller hat demnach zu behaupten und zu belegen, welche von ihm konkret erbrachten zusätzlichen Plattenarbeiten die Parteien zu welchem Preis nachträglich vereinbart haben. Legt der Unternehmer nicht hinreichend konkret dar, was Inhalt des behauptetermassen vereinbarten Werkvertrages bzw. Gegenstand des herzustellenden Werkes sein soll, und welche Arbeiten entsprechend vertragsgemäss zu verrichten waren, kann der Bestand bzw. die Höhe einer entsprechenden Vergü-

tungsforderung von vornherein nicht beurteilt werden (vgl. OGerZH LF200067 vom 11. März 2021, E. 5.4).

5.1 Der Gesuchsteller beschränkte sich in seinem ursprünglichen Gesuch vor Vorinstanz auf das Ausfüllen des Formulars "Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts", welches u.a. die Parteien sowie Angaben zu Vertrag und Leistung nennt. Darin gab der Gesuchsteller das Vertragsdatum mit 28. Oktober 2020 an und bezifferte seine Forderung mit Fr. 7'324.75 zzgl. Zins und Kosten und fügte an, "Als Beweis kommen diverse E-Mail (Auftragserteilung 28.10.2020)" (vgl. act. 1 S. 2). Dem Formular legte er unkommentiert diverse Beilagen bei (act. 3/1-11), u.a. seine Offerte Nr. 120026 vom 27. Oktober 2020 für "Plattenbeläge Um- Neubau C. _____-str. 5-7 Zürich" zum Preis von total Fr. 22'710.50 (act. 3/1), die Rechnung 321005 vom 27. Februar 2021 für "Plattenbeläge Um- Neubau C. _____-str. 5-7 Zürich" im (Rest-)Umfang von Fr. 7'335.80 (act. 3/4), die Rechnung 321004 für "Zuschläge Arbeitsaufwand C. _____-str. 5-7 Zürich" in Höhe von Fr. 7'269.75 (act. 3/6) sowie die erste (act. 3/7) und zweite Mahnung zu Letzterer mit einem Total von Fr. 7'324.75 (Fr. 7'269.75 zzgl. Zins und Kosten, act. 3/8) wie auch zahlreiche E-mail-Korrespondenz zwischen den Parteien (act. 3/2-3 und 3/5).

5.2 Das Gericht darf, wie bereits dargelegt, sein Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen abstützen (vgl. oben E. 4). Es können Tatsacheninhalte aus eingereichten Unterlagen nicht als "aktenkundig" angesehen, dem Urteil zugrunde gelegt und zugunsten einer Partei gewürdigt werden, ohne dass diese (rechtsgenügend) behauptet wurden. Zwar ergibt sich aus den Gesuchsunterlagen, dass der im Gesuch (act. 1) geltend gemachten Pfandsumme von Fr. 7'324.75 die Rechnung Nr. 321004 bzw. die zweite Mahnung dazu (act. 3/6 und 3/8) zugrunde liegt, worin Zuschläge für die Verlegung von Plattenarbeiten auf bauseitigem Unterlagsboden verrechnet wurden (act. 3/6). Die geltend gemachten Zusatzarbeiten sind jedoch nicht aus der vom Gesuchsteller als Vertragsgrundlage aufgeführten Offerte vom 27. Oktober 2020 (act. 1 S. 1 und act. 3/1) ersichtlich, weshalb eine substantiierte Darlegung durch den Gesuchsteller zu den offenbar nachträglichen Arbeiten bzw. zum Bestand und Inhalt des

diesbezüglich Vereinbarten umso wichtiger gewesen wäre, insbesondere auch vor dem Hintergrund der mit der Rechnung Nr. 321004 zeitgleich ausgestellten Rechnung Nr. 321005. Das Zustandekommen der geltend gemachten offenen Werklohnforderung wurde im Gesuch jedoch nicht ansatzweise begründet. Der Gesuchsteller hat nicht dargelegt, welche Leistungen und welche Vergütung die Parteien zusätzlich zur Offerte vom 27. Oktober 2020 vereinbart haben. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, in den eingereichten Gesuchsbeilagen und zahlreicher e-mail Korrespondenz nach einer möglichen Begründung der behaupteten Pfandforderung zu suchen, wenn sich der massgebende Sachverhalt nicht aus dem Parteivorbringen oder – was vorliegend nicht der Fall ist – aus wenigen und übersichtlichen Beilagen unmittelbar und unmissverständlich ergibt (vgl. BGer 5D_95/2015 vom 22. September 2015, E. 3.2). Der Vorinstanz ist daher beizupflichten, dass der Gesuchsteller mit seinem Gesuch der Behauptungs- und Substantiierungsast nicht hinreichend nachgekommen ist.

5.3 Gegenteiliges behauptet selbst der Gesuchsteller in seiner Beschwerdeschrift nicht. Vielmehr stellt er sich auf den Standpunkt, der Gesuchsgegner habe die Pfandsumme anerkannt, weil er keine Mängelrügen und Fristen zu deren Behebung erhoben habe (act. 37 S. 3). Diese Argumentation stösst ins Leere, weil es zunächst dem Gesuchsteller obliegt, die Grundlagen seiner Forderung darzutun. Erst nachdem er den Inhalt des Werkvertrags behauptet und glaubhaft gemacht hat, stellt sich die Frage einer allfällig rechtzeitig erhobenen Mängelrüge durch den Gesuchsgegner. Dieser hat aber vor Vorinstanz bestritten, über einen Mehraufwand im geltend gemachten Umfang orientiert worden zu sein und der Ausführung der Zusatzarbeiten in diesem Umfang und Betrag zugestimmt zu haben (act. 14). Entsprechend hat er auch den Pfandanspruch bestritten.

5.4 Die Vorinstanz hat nach dem Gesagten das Gesuch des Gesuchstellers vom 11. Mai 2021 um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu Recht abgewiesen. Entsprechend ist auch die Beschwerde abzuweisen.

6.1 Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 EMRK folgt unter anderem das Recht, sich im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen zu äussern (vgl. ZK

ZPO-Klingler, 3. Aufl. 2016, Art. 252 N 6). Am 3. Juni 2021 nahm der Gesuchsteller dieses Recht wahr und reagierte auf die Einwendungen des Gesuchsgegners (vgl. Ziff. I.1.2). Er erklärte, es gehe nur um den Mehraufwand zufolge des von der Drittfirma G._____ verursachten Schadens. Er habe den massiven Mangel mehrfach dem Gesuchsgegner als Bauführer gemeldet, womit er seiner Pflicht nachgekommen sei. Der Gesuchsgegner habe ihm klar und unmissverständlich den Auftrag erteilt, das Bodenniveau auszugleichen, weshalb er auch den massiven Mehrkleber selbst gekauft und auf die Baustelle gebracht habe. Die eingereichten Bilder würden den massiven Höhenunterschied zur Wasserwaage zeigen, wie auch den massiven Auftrag von Kleber, der nötig gewesen sei, um den Mangel auszugleichen (act. 27 inkl. Beilagen act. 28/1-4).

6.2 Diese Ausführungen und nachgereichten Beilagen als Reaktion auf die Stellungnahme des Gesuchsgegners wies die Vorinstanz als verspätet zurück, mit der Begründung, eine Stellungnahme im Rahmen des "ewigen Replikrechts" könne nicht dazu genutzt werden, ein mangelhaftes Gesuch zu verbessern. Selbst wenn die unzulässigen neuen Vorbringen berücksichtigt werden würden, bliebe der Pfandanspruch auch vor dem Hintergrund der gesuchsgegnerischen Bestreitungen nicht hinreichend substantiiert behauptet (act. 36 S. 5 f.).

6.3 Der Gesuchsteller wirft der Vorinstanz Willkür vor. Diese habe ihm zwecks Wahrung des rechtlichen Gehörs eine Frist von zehn Tagen angesetzt, um sich zur Stellungnahme des Gesuchsgegners zu äussern, seine Vorbringen und Beilagen in der fristgerecht eingereichten Replik jedoch als verspätet taxiert und nicht berücksichtigt (act. 37 S. 3 f.).

6.4.1 Das summarische Verfahren wird durch ein Gesuch eingeleitet (Art. 252 ZPO) und es ist der Gegenpartei alsdann Gelegenheit zur schriftlichen oder – im Rahmen einer Hauptverhandlung – mündlichen Stellungnahme einzuräumen, sofern sich das Gesuch nicht als offensichtlich unbegründet oder unzulässig erweist (Art. 253 ZPO). In der Regel bleibt es – abgesehen vom auch hier geltenden unbedingten Replikrecht – bei diesem einen Vortrag beider Parteien. Danach ist das Vorbringen von neuen Tatsachen und Beweismitteln nur noch unter den engen Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO zulässig. Der Akten-

schluss tritt also im Grundsatz nach einmaliger Äusserung der Parteien ein. Es ist jedoch auch im Summarverfahren nicht ausgeschlossen, dass – mit der gebotenen Zurückhaltung – ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werden kann, wenn sich dies nach den Umständen als erforderlich erweist (vgl. BGE 146 III 237 E. 3.1).

6.4.2 Dem Gesuchsteller wurde mit Verfügung vom 31. Mai 2021 die Stellungnahme des Gesuchsgegners zur freigestellten Äusserung zugestellt, ohne dass formell ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wurde (vgl. act. 23). Dieses ihm gewährte sog. allgemeine Replikrecht diene einzig der Wahrung des rechtlichen Gehörs (s. vorstehend Ziff. III.6.1) und zog keinen zweiten (unbeschränkten) Schriftenwechsel mit freiem Novenrecht nach sich (vgl. BGE 146 III 237 E. 3.1; Klingler, a.a.O., Art. 252 N 6 f.). Bei den vom Gesuchsteller in seiner Stellungnahme vom 3. Juni 2021 (act. 27) erstmals vorgebrachten Tatsachen und eingereichten Bildern von der Baustelle (act. 27 und act. 28/1-4) handelt es sich ausnahmslos um unzulässige Noven; es ist nicht ersichtlich und wird vom Gesuchsteller auch nicht dargelegt, inwiefern er diese bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt nicht bereits mit dem Gesuch (act. 1) hätte vorbringen bzw. einreichen können (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Willkürüge des Gesuchstellers ist folglich unbegründet und die Beschwerde auch in diesem Punkt abzuweisen.

6.5 Selbst wenn die neuen Tatsachenbehauptungen und Unterlagen zuzulassen wären, ergäbe sich daraus nichts zugunsten des Gesuchstellers. Der Gesuchsgegner hat den Pfandanspruch bestritten. In seiner Stellungnahme erhob er den Einwand, die eine Woche vor Arbeitsvollendung gestellte Zusatzrechnung 321004 habe keine Grundlage. Auf Verlangen des Gesuchstellers habe der Chef der Unterlagsbodenfirma im Beisein der Parteien ein Zimmer mit dem Laser kontrolliert. Die Werte seien im Rahmen der Toleranz gewesen, was der Gesuchsteller vor Ort nicht abgestritten habe. Als dieser nicht habe weiter arbeiten wollen, habe er ihm auf Nachfrage den Mehraufwand mit Fr. 1'500.– beziffert, was er (der Gesuchsgegner) ihm zugestanden habe. Später habe sich der Gesuchsteller auf den Standpunkt gestellt, dies habe sich nur auf ein Zimmer bzw. 12m² bezogen. Über weitere Mehrkosten sei er nicht orientiert worden. Hätte es so starke Abwei-

chungen im Unterlagsboden gegeben wie behauptet, hätte der Mehraufwand gemäss Offerte vor Arbeitsbeginn besprochen und offeriert werden oder der Unterlagsbodenfirma ein Verbesserungsrecht eingeräumt werden müssen (act. 14).

Der Gesuchsteller hat mit seinen ergänzenden Ausführungen in der Stellungnahme vom 3. Juni 2021 und insbesondere der Behauptung, der Gesuchgegner habe ihm den Auftrag erteilt, das Bodenniveau auszugleichen (vgl. vorstehend Ziff. III.6.4), nicht einmal in den Grundzügen dargelegt, in welchem Umfang und zu welchen Konditionen die Arbeiten zur Ausbesserung des Unterlagsbodens vereinbart worden sein sollen. Damit bliebe es dabei, dass Bestand und Inhalt der angeblich nachträglich vereinbarten Ergänzungen des Werkvertrags im geltend gemachten Umfang unsubstantiiert sind und im Ergebnis der Pfandanspruch nicht glaubhaft dargetan ist. Die Beschwerde erweise sich somit selbst unter Berücksichtigung der unzulässigen Noven als unbegründet und wäre abzuweisen.

7. Die Ausführungen des Beschwerdeführers zu einem allfälligen Rechtsöffnungsverfahren sind nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

8.1 Im angefochtenen Urteil wies die Vorinstanz das Grundbuchamt F._____ an, das superprovisorisch eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist oder nach Abschluss des obergerichtlichen Verfahrens vollumfänglich zu löschen, falls das Obergericht nichts anderes anordnet (act. 36 Dispositiv-Ziff. 2; vgl. vorstehend Ziff. I.1.2). Der Entscheid wurde dem Grundbuchamt noch nicht mitgeteilt (vgl. act. 36 Dispositiv-Ziff. 4).

8.2 Da die Beschwerde abzuweisen ist, bleibt es im Ergebnis bei der angeordneten Löschung. Weil einer allfälligen Beschwerde an das Bundesgericht gegen den vorliegenden Entscheid keine aufschiebende Wirkung zukommt (vgl. Art. 103 Abs. 1 BGG) und die Löschung des vorläufig eingetragenen Pfandrechts im Grundbuch hinsichtlich der Eintragsfrist irreversible Folgen hätte, ist der vorliegende Entscheid dem Grundbuchamt erst mitzuteilen, wenn bei der Kammer innert 10 Tagen nach Ablauf der Beschwerdefrist an das Bundesgericht kein Entscheid des Bundesgerichts eingegangen ist, mit dem das Bundesgericht einer all-

fälligen Beschwerde gegen diesen Entscheid aufschiebende Wirkung erteilt. Das Grundbuchamt hat die Löschung erst aufgrund einer entsprechenden Mitteilung durch die Kammer vorzunehmen. Bis dahin bleibt die provisorisch vorgenommene vorläufige Eintragung aufrechterhalten.

IV.

Ausgehend vom Streitwert von Fr. 7'324.75 ist die Entscheidgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 460.– festzusetzen und ausgangsgemäss dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dem Gesuchsgegner ist mangels Umtrieben im vorliegenden Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag des Beschwerdeführers auf Sistierung des Verfahrens wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde des Beschwerdeführers wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 460.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung, je gegen Empfangsschein:
 - an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 37,
 - an die Vorinstanz,
 - sowie an das Grundbuchamt F._____, 10 Tage nach Ablauf der Beschwerdefrist nach Dispositiv-Ziffer 5, sofern bei der Kammer kein Entscheid des Bundesgerichts eingegangen ist, mit dem das Bundesge-

richt einer allfälligen Beschwerde gegen diesen Entscheid aufschiebende Wirkung erteilt.

Nach unbenütztem 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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 7'324.75.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am:
25. Oktober 2021