

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF220026-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur.
T. Engler sowie Gerichtsschreiber MLaw S. Widmer

Urteil vom 11. August 2022

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

gegen

Stockwerkeigentümergeinschaft B. _____-str.,

Gesuchs- und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

betreffend

gesetzliches Pfandrecht / Löschung

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksge-
richtes Zürich vom 3. Mai 2022 (ES210013)

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil vom 25. Februar 2020 (Geschäfts-Nr. ES190059) wies das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) das zuständige Grundbuchamt an, zu Lasten des Stockwerkeigentumsanteils von A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) ein gesetzliches Pfandrecht im Sinne von Art. 712i ZGB vorläufig einzutragen. Zudem setzte es der damaligen Gesuchstellerin und heutigen Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) Frist an, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts einzureichen, verbunden mit der Androhung, dass die Beschwerdeführerin den Eintrag bei Säumnis der Beschwerdegegnerin beim Gericht löschen lassen könne. Diese Frist wurde letztmals bis zum 30. September 2020 erstreckt (vgl. act. 10 E. 1.1 f.; act. 15 = act. 17 E. 1.1).

1.2. Mit Eingabe vom 1. Oktober 2020 gelangte die Beschwerdeführerin an die Vorinstanz und ersuchte sinngemäss um Löschung des vorläufig eingetragenen gesetzlichen Pfandrechts (act. 1). Die Vorinstanz erkundigte sich daraufhin beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich (10. Abteilung), ob die provisorische Eintragung des Pfandrechts prosequiert worden sei (act. 8). Mit Urteil vom 30. Oktober 2020 wies die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin ab. Sie begründete dies damit, dass auf der 10. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich eine Prosequierungsklage pendent sei, weshalb einstweilen von einer Prosequierung der vorläufigen Eintragung auszugehen sei (vgl. act. 10 E. 2.2).

1.3 Die dagegen von der Beschwerdeführerin erhobene Beschwerde hiess das Obergericht mit Urteil vom 10. Februar 2021 gut. Die II. Zivilkammer (nachfolgend: Kammer) wies die Sache zur Ergänzung des Verfahrens (Anhörung der Beschwerdegegnerin) und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen (Sistierung des Verfahrens bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Prosequierungsklage) an die Vorinstanz zurück (vgl. act. 15 = act. 17 insb. E. 3.3 f.).

1.4 Mit Verfügung vom 18. Februar 2021 setzte die Vorinstanz das Verfahren wieder ein (Geschäfts-Nr. ES210013) und sistierte dieses bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids über die Gültigkeit der Prosequierung bzw. Einhaltung

der Prosequierungsfrist (act. 18). Mit Eingabe vom 15. März 2022 informierte die Beschwerdeführerin die Vorinstanz darüber, dass das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich (10. Abteilung) mit Verfügung und Urteil vom 15. März 2022 die definitive Löschung der provisorischen Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch angeordnet habe (vgl. act. 27 und 30). Das vorliegende Verfahren sei deshalb als gegenstandslos abzuschreiben und die Gerichtskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (act. 26). Von der Vorinstanz aufgefordert zur Stellungnahme (act. 28a) beantragte die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 29. März 2022 die Auferlegung der Abschreibungskosten an die Beschwerdeführerin und die Zusprechung einer angemessenen Parteientschädigung (act. 29). Mit Verfügung vom 1. April 2022 stellte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Eingabe der Beschwerdegegnerin zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zu, mit dem Hinweis, dass eine allfällige schriftliche Äusserung unberücksichtigt bleibe, wenn sie nicht innert 10 Tagen ab Zustellung der Verfügung erfolge (act. 31).

Mit Verfügung vom 3. Mai 2022 schrieb die Vorinstanz das Geschäft als gegenstandslos ab, auferlegte die Entscheidgebühr von Fr. 500.– der Beschwerdeführerin und verpflichtete diese, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 600.– zu bezahlen (act. 33 = act. 37 [Aktenexemplar] = act. 39). Mit Eingabe vom 4. Mai 2022 ersuchte die Beschwerdeführerin die Vorinstanz um Er-streckung der Frist zur Stellungnahme zur Eingabe der Gegenpartei (act. 35).

1.5 Gegen die Verfügung vom 3. Mai 2022 erhob die Beschwerdeführerin am 23. Mai 2022 (Datum Poststempel) rechtzeitig (vgl. act. 34a) Beschwerde mit folgenden Anträgen (act. 38):

- " 1. Die Verfügung vom 3. Mai 2022 im Bezug auf ES210013 sei aufzuheben und die Vorinstanz zurückzuweisen und die Vorinstanz sei gerichtlich anzuweisen, mein Gesuch um Fristerstreckung vom 4. Mai 2022 gutzuheissen und einen neuen Urteil zu erfassen.
2. Alles unter Kosten zu Lasten der Gesuchsgegnerin.
Eventuell:
3. Dispositiv 2 der Verfügung vom 3. Mai 2022 sei aufzuhaben und die Entscheidgebühr sei der Gesuchsgegnerin aufzulegen.

4. Dispositiv 3 der Verfügung vom 3. Mai 2022 sei aufzuheben und der Antrag auf Parteientschädigung der Gesuchsgegnerin sei abzuweisen."

Die vorinstanzlichen Akten (act. 1-35) wurden beigezogen. Auf weitere prozessleitende Schritte, insbesondere die Einholung einer Beschwerdeantwort, wurde in Anwendung von Art. 322 Abs. 1 ZPO verzichtet. Der Beschwerdeführerin ist lediglich mit dem vorliegenden Entscheid eine Kopie der Beschwerdeschrift zuzustellen. Die Sache erweist sich als spruchreif.

2. Die Beschwerde richtet sich gegen eine Abschreibungsverfügung zufolge Gegenstandslosigkeit. Solche Endentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten sind mit Beschwerde anfechtbar, sofern der Streitwert wie hier unter Fr. 10'000.– liegt (Art. 308 Abs. 2 i.V.m. Art. 329 lit. a ZPO; vgl. BGer 4A_169/2021 vom 18. Januar 2022, E. 6.5, zur Publikation vorgesehen; zum Streitwert vgl. nachfolgend Ziff. 6.1). Die Beschwerde ist daher zulässig. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).

- 3.1 Die Beschwerdeführerin begründet ihre Hauptanträge (Ziff. 1 und 2) mit einer groben Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die Vorinstanz habe ihr Urteil bereits gefasst, bevor die Frist zur Stellungnahme zur Eingabe der Beschwerdegegnerin abgelaufen gewesen sei. Die betreffende Eingabe sei ihr mit Verfügung vom 1. April 2022 am 11. April 2022 zugestellt worden. Aufgrund der Gerichtsferien über Ostern habe die Frist zur Stellungnahme erst am 25. April 2022 zu laufen begonnen und sei am 4. Mai 2022 abgelaufen. Am 4. Mai 2022 habe sie die Vorinstanz somit fristgerecht um eine Fristerstreckung gebeten. Die angefochtene Verfügung vom 3. Mai 2022 sei deshalb aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, das Gesuch um Fristerstreckung gutzuheissen und ein neues Urteil zu fassen; unter Kostenfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin (act. 38 S. 1 ff.).

3.2 Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Aus dieser verfassungsmässigen Garantie folgt u.a. das Recht einer Partei, sich im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu den Stellungnahmen der Gegenpartei zu äussern (sog. Replikrecht; BGE 142 III 48 E. 4.1.1). Das Gericht muss einer Partei ausreichend Zeit lassen, damit diese ihr Replikrecht effektiv wahrnehmen kann. Es muss mit der Entscheidung so lange zuwarten, bis es annehmen darf, der Adressat habe auf eine weitere Eingabe verzichtet (BGer 5A_242/2020 vom 30. Juni 2020, E. 3.2.1; BGer 5D_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3.3). Welche Wartezeit ausreichend ist, hängt vom Einzelfall ab. Als Faustregel gilt, dass vor Ablauf von zehn Tagen nicht, hingegen nach zwanzig Tagen schon, von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgegangen werden darf (BGer 5D_117/2021 vom 27. Januar 2022, E. 2.1).

3.3 Die Frage, ob die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzte, indem sie am 3. Mai 2022 die angefochtene Verfügung erliess, kann offenbleiben (immerhin gilt in summarischen Verfahren wie dem vorliegenden der Fristenstillstand während der Gerichtsferien nicht [Art. 145 Abs. 2 ZPO] und muss eine Eingabe in Ausübung des Replikrechts dem Gericht innert der Wartefrist *zugehen* [vgl. BGer 5D_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.4.2]). Die Wahrung des rechtlichen Gehörs stellt keinen Selbstzweck dar. Wenn nicht ersichtlich ist, inwiefern die Verletzung des rechtlichen Gehörs einen Einfluss auf das Verfahren haben könnte, besteht kein Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 143 IV 380 E. 1.4.1). Es wird deshalb für eine erfolgreiche Rüge der Verweigerung des rechtlichen Gehörs vorausgesetzt, dass die beschwerdeführende Partei in der Begründung des Rechtsmittels angibt, welche Vorbringen sie bei Gewährung des rechtlichen Gehörs in das erstinstanzliche Verfahren eingeführt hätte und inwiefern diese hätten erheblich sein können (BGer 4D_31/2021 vom 22. Juni 2021, E. 2.1; BGer 4A_162/2021 vom 12. Mai 2021, E. 5.2; BGer 4A_428/2020 vom 1. April 2021, E. 3.6).

Zu diesen Punkten äussert sich die prozesserfahrene Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift nicht. Sie verweist bloss auf ihr Fristerstreckungsgesuch vom 4. Mai 2022. Im Übrigen hält sie selbst dafür, dass eine allfällige Verletzung des

rechtlichen Gehörs vom Obergericht geheilt werden könne (act. 38 S. 2). In der Tat beschränkt sich ihre inhaltliche Kritik an der angefochtenen Verfügung auf die Rechtsanwendung, hinsichtlich welcher auch die Beschwerdeinstanz über uneingeschränkte Kognition verfügt (vgl. Art. 320 ZPO). Damit besteht diesbezüglich kein Interesse an der Aufhebung der Verfügung vom 3. Mai 2022.

4.1 Eventualiter beantragt die Beschwerdeführerin, dass die Entscheidgebühr der angefochtenen Verfügung vom 3. Mai 2022 der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen sei. Dazu bringt sie zusammengefasst und soweit verständlich drei Argumente vor: Erstens sei ihr Gesuch betreffend Löschung der vorläufigen Eintragung des gesetzlichen Pfandrechts notwendig gewesen (auch für den Fall, dass die Prosequierungsklage abgewiesen werde). Zweitens habe sie und nicht die Beschwerdegegnerin der Vorinstanz mitgeteilt, dass ihr Gesuch betreffend Löschung gegenstandslos geworden sei. Drittens sei die Klage der Beschwerdegegnerin auf definitive Eintragung abgewiesen und die Eintragung daher unrechtmässig bzw. "rechtsmissbräuchlich" gewesen (act. 38 S. 2 f.).

4.2 Wird das Verfahren als gegenstandslos beschrieben und sieht das Gesetz wie hier nichts anderes vor, kann das Gericht gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (BGE 145 III 153 E. 3.3.2). Dabei ist etwa zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die dazu geführt haben, dass das Verfahren gegenstandslos wurde. Zwischen diesen Kriterien besteht keine Rangordnung. Sie müssen auch nicht stets kumulativ geprüft werden; vielmehr ist aufgrund des Einzelfalls zu entscheiden, welches Kriterium bzw. welche Kriterien der Sachlage am ehesten gerecht wird bzw. werden (BGE 142 V 551 E. 8.2; BGer 5A_717/2020 vom 2. Juni 2021, E. 4.2.1.1; BGer 5A_1047/2019 vom 3. März 2020, E. 3.1.1).

4.3 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin wäre ein Gesuch betreffend Löschung der vorläufigen Eintragung des Pfandrechts höchstens dann erforderlich gewesen, wenn die Beschwerdegegnerin keine (rechtzeitige) Klage auf definitive Eintragung erhoben hätte. Denn im Verfahren betreffend definitive Eintragung wird stets endgültig darüber entschieden, ob eine definitive Eintragung

vorgenommen oder die vorläufige Eintragung gelöscht wird (etwa weil die Klage zu spät erhoben wurde oder materiell unbegründet ist). Vorliegend war es deshalb die Beschwerdeführerin, welche die Gegenstandslosigkeit verursachte bzw. zumindest in Kauf nahm. Sie reichte das Gesuch um Löschung am 1. Oktober 2020 und damit bereits einen Tag nach Ablauf der Prosequierungsfrist (30. September 2020) ein (vgl. act. 1). Wie die Vorinstanz zutreffend erwog (act. 33 = act. 37 [Aktenexemplar] = act. 39 E. 4), wäre die Beschwerdeführerin gehalten gewesen, mit ihrem Gesuch eine angemessene Zeitspanne nach Ablauf der Prosequierungsfrist zuzuwarten, insbesondere weil für die Fristwahrung nicht das Eingangsdatum, sondern jeweils der Poststempel massgebend ist (vgl. Art. 143 Abs. 1 ZPO). Dass das Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich (10. Abteilung) die (rechtzeitige) Prosequierungsklage der Beschwerdegegnerin letztlich vollumfänglich abwies, führte zudem bereits dazu, dass der Beschwerdegegnerin die Prozesskosten der Verfahren betreffend vorläufige und definitive Eintragung eines Pfandrechts auferlegt wurden (vgl. act. 30 E. II.3 S. 10 ff. und E. IV.1.1 f.). Eine erneute Berücksichtigung dieses Ausgangs bei der Kostenverteilung des vorliegenden, von der Beschwerdeführerin verfrüht eingeleiteten und im Endeffekt überflüssigen Verfahrens erscheint nicht sachgerecht. Welche Partei dem Gericht von der Gegenstandslosigkeit Mitteilung machte, ist schliesslich kein relevantes Kriterium für die Verteilung der Prozesskosten (vgl. E. 4.2 hiavor). Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO), der Beschwerdeführerin auferlegte.

5.1 Die Beschwerdeführerin erachtet es ferner als unnötig, dass die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin Gelegenheit bot, sich zum Antrag auf Abschreibung des Verfahrens zufolge Gegenstandslosigkeit zu äussern und zu den Kostenfolgen Anträge zu stellen. Aus diesem Grund schulde sie der Beschwerdegegnerin keine Parteientschädigung (act. 38 S. 3).

5.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, der Botschaft des Bundesrates vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (BBl 2006 7221 ff., S. 7297, Ziff. 5.8.2) sowie der Lehre sind die Parteien anzuhören, bevor

sich das Gericht über die Kosten eines gegenstandslos gewordenen Verfahrens ausspricht (vgl. BGE 142 III 284 E. 4.2 sowie die dortigen Hinweise auf die Literatur). Die Beschwerdeführerin nennt keine Gründe dafür, weshalb die Vorinstanz hier ausnahmsweise hätte darauf verzichten dürfen, geschweige denn müssen. Indem die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin antragsgemäss eine Parteientschädigung zusprach, verletzte sie folglich ebenfalls kein Recht. Die Berufung ist auch diesbezüglich abzuweisen.

6.1 Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von einem Streitwert von rund Fr. 7'000.– (vgl. bereits act. 15 = act. 17, E. 2.1) ist die Entscheidunggebühr für das Beschwerdeverfahren in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 400.– festzusetzen.

6.2 Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: der Beschwerdeführerin nicht, weil sie mit ihrer Beschwerde unterliegt, der Beschwerdegegnerin nicht, weil ihr keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 400.– festgesetzt und der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 38, sowie an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich, je gegen Empfangsschein.

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.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 7'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw S. Widmer

versandt am:
12. August 2022