

ZH_GERICHTE LF160042 vom 11. Mai 2016

Zh Gerichte, 2016-05-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_gerichte_LF160042

FR: ZH_GERICHTE LF160042 du 11 mai 2016

IT: ZH_GERICHTE LF160042 del 11 maggio 2016

Regeste

Bauhandwerkerpfandrecht Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 11. Mai 2016 (ES160005)

Erwägungen

E. 1

Die Vorinstanz erwog im Urteil vom 11. Mai 2016 im Wesentlichen, dass die viermonatige Eintragsfrist nach Art. 839 Abs. 2 ZGB am 24. Juli 2015 zu laufen begonnen und am 23. November 2015 geendet habe. Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts am 18. Februar 2016 sei daher verspätet erfolgt. Die Gesuchstellerin habe zwar geltend gemacht, dass sie erst am 20. Oktober 2015 die Abschlussarbeiten am Grundstück (Einstampfen und Verdichten des Bodens mittels Vibrationsmaschine bis zur Hauswand, die Grobplanierung des Grundstücks, Deinstallationsarbeiten sowie Abtransport von Baumaschinen und Arbeitsmaterial) vorgenommen gehabt habe. Indes würden reine Aufräumarbeiten (Deinstallationen, Abtransport von Materialien) für sich alleine keine Arbeitsvollendung im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB darstellen, sodass nur die geltend gemachte Bodenverdichtung bis zur Hauswand sowie die Grobplanierung des Grundstückes am 20. Oktober 2015 fristauslösende Abschlussarbeiten darstellen könnten. Die Gesuchstellerin habe jedoch deren Ausführung am 20. Oktober 2015 nicht glaubhaft darzulegen vermocht. Im Gegenteil würden einige gewichtige objektive Anhaltspunkte gegen die Ausführung sprechen, weshalb das Gesuch um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts abzuweisen sei (act. 24 S. 5 ff.).

E. 2

Mit dem Rechtsmittel der Berufung können eine unrichtige Rechtsanwendung und/oder eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Gesuchstellerin rügt im Wesentlichen, dass die Vorinstanz (i) das rechtliche Gehör der Gesuchstellerin mehrfach verletzt und (ii) den Sachverhalt in mehrfacher Hinsicht unrichtig festgestellt habe (act. 25 S. 24):

E. 3.1

Zum Vorwurf der Gehörsverletzung führt die Gesuchstellerin zunächst an, dass ihr die Vorinstanz keine Gelegenheit gegeben habe, anlässlich der Hauptverhandlung vom 11. Mai 2016 zu den Vorbringen des Vertreters der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsgegner) Stellung zu nehmen. Deren Behauptungen hätten relativ einfach durch fachliche Ausführungen zu zeitlichen Abläufen auf einer Baustelle sowie fachlich richtiger Beendigung der eigenen Arbeiten widerlegt werden können. Ebenso sei keine Parteibefragung des an der Verhandlung anwesenden Geschäftsführers der Gesuchstellerin

durchgeführt worden, obwohl diese gehörig offeriert worden sei (act. 25 S. 4-7).

E. 3.2

Die Gesuchstellerin rügt insbesondere, dass es die Vorinstanz nicht für nötig befunden habe, bei ihr eine mündliche Replik zu den Vorbringen einzuholen, dass (i) die geltend gemachten Arbeiten nicht durch unterzeichnete Rapporte belegt seien, dass (ii) die geltend gemachten Arbeiten – insbesondere die Boden-

- 6 - planierarbeiten – nicht am 20. Oktober 2015 ausgeführt worden seien, weil dies unsinnig gewesen wäre, da die Firma "E._____" ab diesem Tag mit der Abtragung der Erde zwecks Koffierung des Gartens begonnen habe und dass (iii) die Gesuchstellerin bis auf nebensächliche oder unbestellte Dienstleistungen ihre Arbeit am 23. Juli 2015 abgeschlossen gehabt habe und die Eintragsfrist des Bauhandwerkerpfandrechts am 23. November 2015 abgelaufen sei (act. 25 S. 4 f.). Alle diese Tatsachenbehauptungen haben die Gesuchsgegner in der Gesuchsantwort anlässlich der Verhandlung vom 11. Mai 2016 vorgebracht (Prot. Vi S. 5 f. i.V.m. act. 19 S. 2 ff.). Aus dem Protokoll der Vorinstanz ist ersichtlich, dass die Verhandlung nach Erstattung der Gesuchsantwort unterbrochen wurde und die Gesuchstellerin im Anschluss zu den Noven Stellung nehmen konnte (Prot. Vi S. 6 ff.). Das Vorgehen der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden. Das summarische Verfahren um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO) gewährt keinen Anspruch auf zwei Parteivorträge (Art. 253 ZPO; BGE 138 III 252, E. 2.1 bzw. Botschaft ZPO, BBl 2006 7221 ff., S. 7350). Gleichwohl ist es Aufgabe des Gerichts, den Parteien in jedem Einzelfall und ausserhalb der ordentlichen Parteivorträge ein effektives Replikrecht zu allen Vorbringen der Gegenpartei zu ermöglichen (vgl. dazu insbesondere die Leitentscheide BGE 138 I 484 sowie 133 I 98). Darauf weist auch der Vertreter der Gesuchstellerin in der Berufungsschrift hin (act. 25 S. 5). Indem die Vorinstanz der Gesuchstellerin nach Erstattung der Gesuchsantwort das Wort zur Stellungnahme erteilte (Prot. Vi S. 6 ff.) gewährte sie ihr dieses effektive Replikrecht. Die Behauptung, dass ihr das verweigert worden sein soll, ist nicht richtig. Der Vorinstanz kann keine Gehörverletzung vorgeworfen werden.

E. 3.3

Zutreffend sah die Vorinstanz auch davon ab, den an der Verhandlung vom 11. Mai 2016 anwesenden Mitarbeiter/Geschäftsführer der Gesuchstellerin, D._____, im Rahmen einer formellen Parteibefragung einzuvernehmen (Prot. Vi S. 8 f.). Soweit die Erforderlichkeit der Einvernahme von der Gesuchstellerin ex post damit begründet wird, dass D._____ durch fachliche Ausführungen zu zeitlichen Abläufen auf einer Baustelle sowie zu fachlich richtiger Beendigung der Arbeiten die Vorbringen der Gesuchsgegner hätte widerlegen können (act. 25 S. 4 f.), wird sie darauf hingewiesen, dass die Parteibefragung nicht der Erstattung ei-

- 7 - nes sachverständigen Gutachtens nach Art. 183 ff. ZPO, sondern der Erhebung von Beweisen zur Erstellung des vorgebrachten Sachverhalts in tatsächlicher Hinsicht dient. Es ist denn auch nicht einzusehen, weshalb die Gesuchstellerin die entsprechenden Ausführungen zum Sachverhalt, insbesondere zum Arbeitsablauf, im Rahmen ihrer Vorträge nicht selbst eingebracht hatte, was ihr – angesichts ihrer Ausführungen in der Berufungsschrift (act. 25 S. 9 ff.) – mit Sicherheit möglich gewesen wäre.

Die Gesuchstellerin macht sodann geltend, dass ihr rechtliches Gehör verletzt worden sei, weil D._____ nicht befragt worden sei, obwohl sie dies gehörig beantragt habe und er am

20. Oktober 2015 bei den fraglichen Arbeiten zugegen gewesen sei (act. 25 S. 5). Es gilt dabei zu beachten, dass das vorliegend anwendbare summarische Verfahren vom Grundsatz des Urkundenbeweises beherrscht ist und andere Beweismittel wie förmliche Einvernahmen nur ausnahmsweise zuzulassen sind (Art. 254 ZPO). Dass D. _____ bei den behaupteten Arbeiten zugegen gewesen sei, ist im Übrigen eine neue Tatsachenbehauptung, die die Gesuchstellerin erst im Rechtsmittelverfahren vorbrachte (vgl. act. 1 S. 1 ff. sowie Prot. VI S. 7). Sie ist gemäss Art. 317 ZPO unbeachtlich. Behauptet war vor der Vorinstanz lediglich, dass D. _____ und der Gesuchsgegner 1 am 20. Oktober 2015 telefonischen Kontakt über die letzten Arbeiten gehabt hätten (Prot. VI S. 7). In antizipierter Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) sah die Vorinstanz von einer Einvernahme ab, da D. _____ anlässlich der ganzen Verhandlung anwesend war und der Beweiswert seiner Aussage aufgrund seines prozessualen Vorwissens damit fraglich erscheine (Prot. VI S. 8 f.). Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden. Eine antizipierte Beweiswürdigung – wie die Gesuchstellerin sinngemäss rügt (act. 25 S. 5) – ist insbesondere dann unzulässig, wenn sie nicht nachvollziehbar und offensichtlich unhaltbar ist (statt vieler: BGer, 4A_431/2011 vom 6. Februar 2012, E. 2.1 m.w.H.). Weder das eine noch das andere trifft vorliegend zu. Tatsächlich erscheint der Mehrwert einer Aussage von einer der Gesuchstellerin sehr nahe stehenden Person, die überdies den ganzen Verlauf der Verhandlung mitbekommen hat, zu einer Behauptung (Telefonat am 20. Oktober 2015), die letztlich nicht entscheidend ist (vgl. Ziff. II./4), nicht gegeben.

- 8 -

E. 3.4

Die Gesuchstellerin macht weiter geltend, dass ihr rechtliches Gehör verletzt worden sein soll, weil sie nicht zu dem von ihr selbst eingereichten Arbeitsrapport über mutmassliche Arbeiten am 20. Oktober 2015 (act. 3/115) bzw. zu den diesbezüglichen Ausführungen im angefochtenen Entscheid (act. 24 S. 7) habe Stellung nehmen können (act. 25 S. 6 f.). Eine Gehörsverletzung ist daraus indes nicht ersichtlich. Zum einen liegt es in der Natur der Sache, dass zu Urteilerwägungen des begründeten Entscheids im Voraus nicht Stellung genommen werden kann. Zum anderen muss sich die Gesuchstellerin die zur Begründung ihres eigenen Standpunkts eingebrachten Belege entgegenhalten lassen. Dies gilt auch dann, wenn sich die Gesuchstellerin zu Beginn des Verfahrens wie vorliegend noch von einem anderen Rechtsanwalt vertreten liess (act. 2 sowie act. 16-17). Es ist weiter unerheblich, ob nur ein oder zwei Kundenmaurer am besagten Tag auf der Baustelle tätig gewesen sein sollen, wie die Gesuchstellerin rügt (act. 24 S. 7 i.V.m. act. 25 S. 7). Daraus kann sie nichts zu ihren Gunsten ableiten.

E. 3.5

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Vorinstanz keine Gehörsverletzung vorgeworfen werden kann. Die Gesuchstellerin hatte insbesondere ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Vorbringen der Gesuchsgegner. Darüber hinaus erweist sich der Verzicht auf die Einvernahme von D. _____ unter dem Gesichtspunkt der antizipierten Beweiswürdigung und dem Umstand, dass Zeugen- bzw. Parteiaussagen im vorliegend anwendbaren summarischen Verfahren nur ausnahmsweise zuzulassen sind, als zulässig.

E. 4.1

Zum Vorwurf der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung (Art. 310 lit. b ZPO) macht die Gesuchstellerin im Wesentlichen die folgenden Ausführungen (act. 25 S. 8 ff.): Die Vorinstanz habe in ihren Erwägungen eine Vielzahl von Vermutungen angestellt, welche das gänzliche Fehlen von grundlegendem Wissen über Ablauf und Zusammenspiel der einzelnen auf einer Baustelle auszuführenden Arbeiten offenbart habe. So sei es entgegen der Annahme der Vorinstanz (act. 24 S. 8 f.) falsch, dass das Grundstück am 20. Oktober 2015 bereits grobplaniert gewesen

- 9 - sei und die offerierte Bodenverdichtung schon zu einem früheren Zeitpunkt stattgefunden habe. Auf den bereits vor der Vorinstanz eingereichten Fotografien, welche unbestritten vom 12. Oktober 2015 datieren würden, bzw. aus dem Niveau der Gerüstschrauben (act. 3/116) sei ersichtlich, dass das Terrain gegen die Hausfassade abschüssig gewesen sei. Dies zeige, dass die Gesuchstellerin den Graben aufgrund des Gerüsts bis zu dessen Beseitigung nicht habe auffüllen können und der Boden deshalb nicht so verdichtet bzw. grobplaniert war, dass der Gartenbauer danach seine Arbeit habe erledigen können. Die Vollendung ihrer Arbeit nach Art. 839 Abs. 2 ZGB – so die Gesuchstellerin sinngemäss – kann somit nur nach dem 12. Oktober 2015 stattgefunden haben. Zur Stützung ihres Standpunkts legt die Gesuchstellerin in einem eigentlichen Tatsachenvortrag dar, wie sich die Arbeitsvorgänge und schrittweisen Abläufe bei einer Hausrenovation, insbesondere entlang der Fassade, abspielen (act. 25 S. 9-24). Es handelt sich dabei zur Gänze um neue Tatsachenbehauptungen, welche der Vorinstanz nicht zugänglich waren. Die Gesuchstellerin verweist auch, abgesehen von den bereits vorhandenen Fotobelegen in schwarz/weiss (act. 3/116), auf neue Schemata (act. 25 S. 12) und Fotografien (act. 25 S. 14-16 sowie S. 20-22), welche der Vorinstanz nicht vorlagen. Es ist nachfolgend zu prüfen, ob diese im Berufungsverfahren neu vorgebrachten Tatsachen noch berücksichtigt werden können:

E. 4.2

Das Novenrecht ist im Berufungsverfahren streng geregelt. Nach Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel von der Rechtsmittelinstanz nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Die Bestimmung erfasst unechte Noven (ZK ZPO-Reetz/Hilber, 3. Aufl. 2016, Art. 317 N 56 f.). Echte Noven sind im Berufungsverfahren grundsätzlich immer zulässig. Die Gesuchstellerin macht mit ihren Ausführungen zu den Arbeitsabläufen und den neu eingebrachten Fotografien – mit Ausnahme der Fotos auf Seite 21 und 22 der Berufungsschrift (act. 25) – ausschliesslich unechte Noven geltend, da die behaupteten Tatsachen, bereits bei Ende der Hauptverhandlung des vorinstanzlichen Verfahrens vorhanden waren (vgl. zum Ganzen statt vieler: BGer, 4A_643/2011 vom 24. Februar 2012, E. 3.2.2).

- 10 -

E. 4.3

Die novenwillige Partei muss substantiieren und beweisen, dass ihr das Vorbringen unechter Noven trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz möglich war (OGer ZH, LY140008 vom 14. Juli 2014, E. III./1.2; OGer ZH, LA130021 vom 11. Oktober 2013, E. II./2b). Die Gesuchstellerin sucht die Zulässigkeit ihrer neuen Vorbringen damit zu rechtfertigen, indem sie der Vorinstanz schuldhaftes Unwissenheit im Ablauf von Bauarbeiten unterstellt, was der Klärung bedürfe (vgl. insbes. act. 25 S. 9). Der

Gesuchstellerin ist darin Recht zu geben, dass es Fälle geben kann, in denen erst der Entscheid der ersten Instanz Anlass zum Vorbringen von neuen Tatsachen gibt, welche zuzulassen sind (OGer ZH, LB110011 vom 8. November 2011, E. III./1.2.1; ZK ZPO-Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 30). Dies setzt jedoch voraus, dass die Partei vor erster Instanz sorgfältig prozessiert hat (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Das ist dann nicht der Fall, wenn die entsprechenden Tatsachen bereits vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können bzw. bereits dazumal bekannt waren, indes nur deshalb nicht vorgebracht wurden, weil deren Rechtserheblichkeit unrichtig beurteilt wurde (OGer ZH, LB120077 vom 14. Dezember 2012, E. 2.2 a.E.; vgl. auch BGer, 4A_432/2013 vom 14. Januar 2014, E. 2.3). Die Berufungsinstanz soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Das Berufungsverfahren ruht gewissermassen auf den Schultern des erstinstanzlichen Entscheides und dient nicht dazu, dass die Parteien Versäumtes nachbessern können. Ist die Säumnis schuldhaft erfolgt, so hat es die vor der Berufungsinstanz novenwillige Partei somit an der zumutbaren Sorgfalt vor erster Instanz fehlen lassen, weshalb sie vom zweitinstanzlichen Novenrecht ausgeschlossen ist (ZK ZPO-Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 55, N 61 sowie N 65; vgl. auch Thomas Alexander Steininger, DIKE-Komm., 2. Aufl. 2016, Art. 317 N 7 m.w.H.).

E. 4.4

Der Zeitpunkt der Arbeitsvollendung ("der letzte Hammerschlag") bzw. die Eintragung des Pfandrechts innert der gesetzlichen Verwirkungsfrist von vier Monaten (Art. 839 Abs. 2 ZGB) ist eine elementare Anspruchsvoraussetzung des Bauhandwerkerpfandrechts nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB (Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 4. Aufl. 2012, Rz. 1752 ff.; Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, Rz. 1068 ff.), was auch die Gesuchstellerin in ihrer

- 11 - Beschwerdeschrift hervorhebt (act. 25 S. 6). Vor der Vorinstanz führte die Gesuchstellerin dazu unter Verweis auf den Arbeitsrapport vom 20. Oktober 2015 (act. 3/115) auf einer Viertelseite aus, dass sie ihre bauhandwerklichen Arbeiten an diesem Tag beendet habe (act. 1 S. 31). Die Gesuchsgegner bestritten diese Darstellung in der Gesuchsantwort und stellten sich unter Verweis auf die durch die Gesuchstellerin eingereichten Fotografien (act. 3/116) im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass die Auffüllarbeiten des Baugrabens entlang der Hausfassade und damit die Bodenverdichtung bereits schon mehrere Wochen früher vorgenommen worden sein müssen (act. 19 S. 3-5). In ihrer Stellungnahme zu den gesuchsgegnerischen Noven entgegnete die Gesuchstellerin dazu wiederum, dass es nach Entfernung des Gerüsts noch nötig gewesen sei, den Boden bis zur Hauswand bündig einzustampfen und zu verdichten. Dies geschehe jeweils mittels Vibrationsmaschinen (Prot. Vi S. 6 f.). Im Urteil vom 11. Mai 2016 erklärte die Vorinstanz darauf im Wesentlichen, dass aus den Fotos (act. 3/116) hervorgehe, dass der Boden rund um das Haus offenbar bereits genügend verdichtet gewesen sei, um ein Gerüst darauf errichten zu können. Daraus seien weiter auch keine auffallenden Unebenheiten ersichtlich, welche eine Grobplanierung nötig gemacht hätten. Deshalb und aus weiteren Gründen (vgl. dazu Ziff. II./4.6 f.) sei demnach nicht glaubhaft, dass die Gesuchstellerin den Boden am 20. Oktober 2015 eingestampft und verdichtet sowie die Grobplanierung des Grundstücks vorgenommen habe (act. 24 S. 8 f.).

E. 4.5

Der Zeitpunkt der Arbeitsvollendung war bereits vor der Vorinstanz zentraler Streitgegenstand, mit dem der Antrag der Gesuchstellerin steht oder fällt. Es ist angesichts der Wichtigkeit dieser Anspruchsvoraussetzung nicht einzusehen, weshalb die Gesuchstellerin ihre vor der Rechtsmittelinstanz neu eingebrachten und durchaus aufschlussreichen Tatsachenbehauptungen zum Bauablauf nicht bereits schon vor der Vorinstanz geltend machte, gerade weil die Arbeitsausführung am 20. Oktober 2015 durch die Gesuchsgegner bestritten wurde (vgl. Ziff. II./4.4).

Die Gesuchstellerin trägt das Risiko verspäteter Parteivorbringen. Die im Berufungsverfahren neu vorgebrachten Tatsachen bestanden bereits damals und hätten ohne Mühe vorgebracht werden können – und vorgebracht werden sollen,

- 12 - wenn die Gesuchstellerin glaubte, sie seien für ihre Sachdarstellung nützlich. Jedenfalls ist es nicht so, dass sie die neuen Ausführungen und Foto-Belege "trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorbringen konnte" (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Gesuchstellerin legt in der Berufungsschrift denn auch nicht dar, inwiefern es ihr nicht zumutbar war, die Noven bereits im Rahmen ihrer erstinstanzlichen Parteivorträge einzubringen. Insbesondere durfte sie nicht davon ausgehen, dass die Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht Kenntnis über die spezifischen Bauabläufe hat. Die behauptete mangelnde Baufachkenntnis ist der Vorinstanz – so sie bestünde – nicht vorzuwerfen: Das Gericht hat das Recht zu kennen und richtig anzuwenden (Art. 57 ZPO). Die Verantwortung für den zu beurteilenden Sachverhalt liegt indes bei den Parteien: Nach der im summarischen Verfahren geltenden Verhandlungsmaxime (Art. 55 i.V.m. Art. 252 ff. ZPO) ist das Gericht an die Tatsachen gebunden, welche die Parteien vorbringen. Was nicht bzw. zu spät behauptet wird, ist für das Gericht nach dem Massstab der relativen Wahrheit nicht existent. Versäumt eine Partei eine (rechtzeitige) Tatsachenbehauptung, so bleibt sie im Prozess unberücksichtigt (statt vieler: Staehelin/Staehlin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 10 Rz. 16). Insbesondere und entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin hat das Gericht Tatsachen zu konkreten Bauabläufen nicht von sich aus zu kennen. Es handelt sich dabei nicht um anwendbares Recht oder gerichtsnotorische Tatsachen. Auch der Vertreter der Gesuchstellerin räumt ein, dass er sich von einem Baufachmann die Aspekte des Bauablaufs zunächst erläutern lassen müssen (act. 25 S. 9).

Im Sinne dieser Ausführungen ist es der Gesuchstellerin anzulasten, dass sie die erst im Berufungsverfahren neu vorgebrachten Tatsachen zum baulichen Ablauf einer Hausfassadensanierung nicht bereits schon in den erstinstanzlichen Prozess einbrachte. Entsprechend den oben genannten Grundsätzen (vgl. Ziff. III./4.3) dürfen sie im Berufungsverfahren infolge Verspätung nicht berücksichtigt werden und sind ausser Acht zu lassen.

Zum an sich ebenfalls unbeachtlichen Novum (OGer ZH, LB110046 vom 8. September 2014, E. 3.3.3.4e/bb S. 184 f.; vgl. auch ZK ZPO-Reetz/Hilber, 3. Aufl. 2016, Art. 317 N 31), wonach aus der bereits vor der Vorinstanz eingebrachten Fotografie (act. 3/116 S. 2) das unterschiedliche Niveau der Gerüst-

- 13 - schrauben hervorgehe, was die Abschüssigkeit des Terrains gegen die Hausfassade und damit die Notwendigkeit einer Bodenverdichtung klar belegen soll (act. 25 S. 17), wird auf die Ausführungen in Ziffer II./4.9 verwiesen.

E. 4.6

Es bleibt mithin zu beurteilen, ob die Vorinstanz gestützt auf die ihr zur Verfügung stehenden Behauptungen und Akten (insbes. act. 3/116) zutreffend zur Schlussfolgerung gelangte, dass die behaupteten Arbeiten vom 20. Oktober 2015 durch die Gesuchstellerin nicht glaubhaft gemacht werden konnten.

Nach der Lehre und Rechtsprechung, die die Vorinstanz richtig wiedergab (act. 24 S. 5 m.w.H.), sind die Anspruchsvoraussetzungen von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB glaubhaft zu machen (Art. 961 Abs. 3 ZGB). Daran sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechtes ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfalle ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung dem ordentlichen Richter zu überlassen (BGE 86 I 265, E. 3; 102 Ia 81, E. 2b/bb; BGer, 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016, E. 4 m.w.H.; Schmid/Hürlimann-Kaup, a.a.O., Rz. 1773). Zutreffend erkannte die Vorinstanz (act. 24 S. 5 f.), dass die Glaubhaftmachung nach Art. 961 Abs. 3 ZGB indes nicht in einer mehr oder minder glaubwürdigen Behauptung erfüllt werden kann, sondern darüber hinaus objektive Anhaltspunkte erfordert, ohne indessen einen stringenten Beweis zu verlangen (BGE 120 II 393, E. 4c; BGer, 4P.64/2003 vom

E. 4.7

Zur Frage der behaupteten Arbeitsvollendung am 20. Oktober 2016 führte die Vorinstanz – wie bereits erwähnt – aus, dass sich die hinreichende Verdichtung des Bodens bereits aus dem Umstand ergebe, dass auf dem Gelände ein Gerüst stehe. Der in den Akten liegende Arbeitsrapport für den 20. Oktober 2015 (act. 3/115) sei nicht unterzeichnet und führe im Übrigen keine zur Bodenverdichtung notwendige Vibrationsmaschine auf, wie sie die Gesuchstellerin für notwen-

- 14 - dig erachte (Prot. Vi S. 6). Es handle sich weiter um einen Regierapport. Die Bodenverdichtung sei gestützt auf die Offerte vom 4. Februar 2015 jedoch Gegenstand des Pauschalauftrags gewesen (act. 3/9 S. 7). Ein Regierapport sei dafür jedoch unnötig; es sei denn, die Gesuchstellerin wäre mit einer zweiten Verdichtung des Bodens in Regie beauftragt worden. Die Firma "E.____", welche aufgrund der Fotografie vom 12. Oktober 2015 bereits an diesem Tag nachweislich auf der Baustelle tätig gewesen sei (act. 3/116 S. 4), sei unbestritten u.a. mit dem Aushub und der Planierung der Hart- und Grünflächen beauftragt gewesen. Es erscheine unwahrscheinlich, dass die Gesuchstellerin mit einer erneuten Bodenverdichtung beauftragt worden sei, wenn sich "E.____" bereits am 12. Oktober 2015 auf Platz befunden haben und dieselben Arbeiten zu einem späteren Zeitpunkt ebenfalls hätten vornehmen sollen. Insgesamt würden damit einige gewichtige objektive Anhaltspunkte gegen die Ausführung der geltend gemachten Arbeiten durch die Gesuchstellerin am 20. Oktober 2015 sprechen. Die Arbeitsvollendung an diesem Tag sei mithin nicht glaubhaft (act. 24 S. 8 f.).

E. 4.8

Die Schlussfolgerungen der Vorinstanz sind nachvollziehbar und einleuchtend. Tatsächlich ist es – gestützt auf den zu beurteilenden Behauptungs- und Aktenstand der Vorinstanz – nicht einsichtig, dass die Gesuchstellerin (i) entlang der Hausfassade eine Grube zur Kelleraussenwandsanierung aushebt, die vereinbarten Arbeiten daran ausführt und den Boden danach wieder eindeckt sowie verdichtet (act. 3/9 S. 7), dass (ii) anschliessend auf ebendiesem Boden ein Gerüst aufgebaut wird und (iii) die Gesuchstellerin nach der Gerüstdemontage den Boden erneut verdichtet. Zu Recht machte

die Vorinstanz der Umstand stutzig, dass die Gesuchstellerin den Boden ohne Not in zwei unterschiedlichen Arbeitsschritten verdichtet haben will. Die weiteren von der Vorinstanz angeführten Argumente, dass ein nachweislich bereits am 12. Oktober 2015 auf der Liegenschaft tätiges Gartenbauunternehmen mit gleichgelagerten Arbeiten, nämlich dem Aushub und der Planierung der Hart- und Grünflächen der Liegenschaft, beauftragt war und die Gesuchstellerin die behauptete Verdichtung und Planierung des Bodens auf einem nicht unterzeichneten Regierapport festhielt, obwohl die Arbeit Bestandteil des Pauschalvertrags bildete, verstärken diesen Eindruck nur noch (vgl. auch BGer, 5P.291/2002 vom 4. November 2002, E. 3). Mit der Vorinstanz ist

- 15 - damit im Ergebnis festzuhalten, dass die Gesuchstellerin die Ausführung der fraglichen Arbeiten am 20. Oktober 2015 nicht glaubhaft machen können. Das Vollendungsdatum der letzten unbestrittenen Arbeiten war am 23. Juli 2015 (act. 24 S. 9). Die viermonatige Eintragsfrist begann damit am darauffolgenden Tag zu laufen und endete am 23. November 2015 (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Die Gesuchstellerin hat die Frist zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ungenutzt verstreichen lassen; der Antrag bzw. die vorläufige Eintragung vom 18. Februar 2016 (act. 1; act. 4) erfolgte zu spät. Der abweisende Entscheid der Vorinstanz erweist sich damit als zutreffend, weshalb die Berufung abzuweisen ist.

E. 4.9

An der Abweisung der Berufung vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Vorinstanz die Abschüssigkeit des Geländes gegen die Hauswand nach Darstellung der Gesuchstellerin verkannt habe (act. 25 S. 17). Dies ergebe sich klar aus dem unterschiedlichen Niveau der Gerüstschauben, wie aus der Fotografie der Baustelle (act. 3/116 S. 2; in der Berufungsschrift in Farbe neu erreicht [act. 25 S. 17 a.E.]) ersichtlich sei. Ob das Niveau der Gerüstschauben tatsächlich unterschiedlich ist, lässt sich gestützt auf die fragliche Abbildung jedoch nicht sagen. Just vor einer der Gerüststangen liegt nämlich ein Holzbalken, der es verunmöglicht, die Tiefe des Gerüsts zu bestimmen. Eine unrichtige Beweiswürdigung ist der Vorinstanz demnach nicht vorzuwerfen, wenn sie gestützt auf die ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen einen genügend verdichteten bzw. planierten Boden annahm. Selbst wenn von einem unterschiedlichen Niveau der Schrauben ausgegangen würde, so ergäbe sich für den unvoreingenommenen Betrachter bestenfalls eine minimale Abschüssigkeit des Geländes gegen die Hauswand zu. Diese erscheint angesichts des Umstands, dass bereits eine andere Gartenbaufirma mit der Planierung der Hart- und Grünflächen beauftragt war, indes vernachlässigbar und vermag am Ergebnis der Vorinstanz nichts zu ändern. 5. Infolge Abweisung der Berufung wird das mit Verfügung der Vorinstanz vom 18. Februar 2016 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht (act. 4) zu löschen sein. Die Vorinstanz setzte den Zeitpunkt der Anweisung an das Grundbuchamt alternativ (i) auf den unbenutzten Ablauf der Berufungsfrist oder (ii) den

- 16 - Abschluss des obergerichtlichen Verfahrens fest (act. 26 S. 10, Dispositivziffer 2). Das ist insofern nicht mehr zweckmässig, als dass während laufender Rechtsmittelfrist gegen den vorliegenden Entscheid eine Rechtsschutzlücke besteht. Die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 Abs. 1 BGG). Es wäre möglich, dass das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht im Falle der Erhebung des Rechtsmittels an das Bundesgericht gelöscht wird, bevor dieses rechtskräftig über die Streitsache entschieden hat bzw. bevor der Beschwerde in

Zivilsachen die aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde. Um einen wirksamen Rechtsschutz sicherzustellen, ist das Grundbuchamt Dietikon deshalb mit diesem Entscheid anzuweisen, das zulasten des Grundstücks des Gesuchsgegner vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht erst nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist ans Bundesgericht, oder nach 40 Tagen ab Zustellung dieses Entscheides, sofern das Bundesgericht bis dahin einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung erteilt hat, oder nach Abschluss des bundesgerichtlichen Verfahrens, falls das Bundesgericht nichts anderes anordnet, zu löschen. III. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die erstinstanzliche Festsetzung der Gerichtskosten und der Parteientschädigung blieben unbeanstandet und sind daher ebenfalls zu bestätigen.

Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 99'608.45 (act. 30 S. 2) ist die Entscheidegebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 4'500.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Der Gesuchstellerin nicht, weil sie unterliegt und den Gesuchsgegnern nicht, da ihnen im Berufungsverfahren keine relevanten Umtriebe entstanden sind (Art. 106 Abs. 1 sowie Art. 95 Abs. 3 ZPO).

- 17 - Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom

E. 6

Juni 2003, E. 3.1. m.w.H.; ZR 111/2012 Nr. 113, E. 4b S. 300; vgl. auch Johann Zürcher, DIKE-Komm ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 261 N 6 a.E.). Zur Glaubhaftmachung eines Sachverhalts bedarf es daher über das bloss Behaupten hinaus einer gewissen Materialisierung, wie es SPRECHER zutreffend ausdrückt (BSK ZPO-Sprecher, 2. Aufl. 2013, Art. 261 N 60 m.w.H.).

E. 11

Mai 2016 (Geschäfts-Nr. ES160005-M) wird bestätigt. Davon ausgenommen ist der Zeitpunkt der Löschung des Pfandrechts im Grundbuch, der gemäss nachfolgender Ziffer neu festgesetzt wird. 2. Das Grundbuchamt Dietikon wird angewiesen, das folgende aufgrund der Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 18. Februar 2016 zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegner vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist, oder nach 40 Tagen ab Zustellung dieses Entscheides, sofern das Bundesgericht bis dahin einer Beschwerde keine aufschiebende Wirkung erteilt hat, oder nach Abschluss des bundesgerichtlichen Verfahrens, falls das Bundesgericht nichts anderes anordnet, zu löschen, auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ..., ..., Plan Nr. ..., ...strasse ..., 8953 Dietikon, für eine Pfandsumme von Fr. 99'608.45 nebst Zins zu 5 % seit 22. Dezember 2015. 3. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 4'500.– festgesetzt. 4. Die Kosten für das Berufungsverfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet. 5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegner unter Beilage des Doppels von act. 25, an das Bezirksgericht Dietikon und an die Obergerichtskasse sowie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist, oder nach 40 Tagen ab Zustellung dieses Entscheides, sofern das Bundesgericht bis dahin einer Beschwerde keine aufschiebende Wirkung erteilt hat, oder nach Abschluss des bundesgerichtlichen Verfahrens, falls das

Bundes-

- 18 - gericht nichts anderes anordnet, an das Grundbuchamt Dietikon, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 7. 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 99'608.45. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Der Gerichtsschreiber:

MLaw P. Klaus versandt am:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.