

# ZH\_OBERGERICHT LF180102 vom 5. Februar 2019

ZH Obergericht, 2019-02-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LF180102](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LF180102)

FR: ZH\_OBERGERICHT LF180102 du 5 février 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT LF180102 del 5 febbraio 2019

## Erwägungen

### E. 2

Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

#### E. 2.1

Gestützt auf Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 839 ZGB können Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder zu anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, ein Pfandrecht auf diesem Grundstück eintragen lassen, wobei der Eintrag bis spätestens vier Monate nach Vollendung der Arbeiten zu erfolgen hat (sog. Bauhandwerkerpfandrecht). Die Arbeit gilt als vollendet, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrags bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen dabei geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen wie die Behebung von Mängeln, es sei denn, sie sind unerlässlich und damit funktionell notwendig (BGer 5A\_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4 m.w.H.).

#### E. 2.2

Dass diese Voraussetzungen im konkreten Fall erfüllt sind, hat die gesuchstellende Partei im summarischen Verfahren, wo nur über die provisorische Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten im Sinne von Art. 961 ZGB zu entscheiden ist (Art. 249 lit. d. Ziff. 5 ZPO), nicht strikte nachzuweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen (Art. 961 Abs. 3 ZGB). Es genügt daher, wenn für das Vorhandensein der behaupteten Tatsachen gewisse Elemente sprechen, selbst wenn aus Sicht des Gerichts noch die Möglichkeit der Nichtverwirklichung der Tatsachen besteht (BGE 130 III 321, E. 3.3.; ferner, statt vieler: ZK ZPO-HUBER,

#### E. 2.3

Wie bereits die Vorinstanz zutreffend festhielt (vgl. act. 16 E. 3.1.) und auch hier nochmals zu betonen ist, ändert das tiefe Beweismass der Glaubhaftmachung nichts an der Behauptungs- und Substantiierungslast der gesuchstellenden Partei. So tragen im hier vom Verhandlungsgrundsatz beherrschten Verfahren die Parteien die Verantwortung für die Beschaffung des Tatsachenstoffes und haben dem Gericht alle Tatsachen, auf die sie ihre Behauptungen stützen, darzulegen und Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Zu beachten ist insbesondere Art. 8 ZGB, wonach jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, die aus ihr Rechte ableitet. Bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts trifft folglich die gesuchstellende Partei die Beweislast für das Vorliegen sämtlicher Eintragungsvoraussetzungen. Sie hat die zu beweisen.

senden Tatsachen zu behaupten, weshalb mit der Beweislast die Behauptungs- last einhergeht. Der Behauptungs- last ist Genüge getan, wenn die Partei in ihrem Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise schlüssig sämtliche Tatsachen benennt, welche unter die ihre Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind. Bestrei- tet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelas- teten Partei, greift eine über die Behauptungs- last hinausgehende Substantii-

- 9 - rungs- last. Die Vorbringen sind dann nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzel- tatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder der Gegenbeweis angetreten werden kann. Insbesondere ge- nügt ein globaler Verweis auf eingereichte Unterlagen den Anforderungen an die Behauptungs- und Substantiierungs- last nicht (BGer 4A\_646/2016 vom 8. März 2017 E. 3.4 m.H.a. BGE 127 III 365 E. 2b und BGer 4A\_1/2016 vom 25. April 2016 E. 2.1.). Unterbleibt eine hinreichende Substantiierung, so ist die Klage ohne weiteres abzuweisen (GLASL, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 55 N 28 m.w.H.).

### **E. 3**

Die zweitinstanzliche Entscheidgebür wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt, der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr geleis- teten Kostenvorschuss verrechnet. Allfällige weitere Kosten (insbesondere eine Rechnung des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.

#### **E. 3.1**

Nach dem Gesagten trifft die Gesuchstellerin die Behauptungs- und Beweis- last bezüglich sämtlicher Voraussetzungen, welchen es für die vorläufige Eintra- gung eines Bauhandwerkerpfandrechts bedarf (vgl. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und 839 ZGB). Die Vorinstanz sah aufgrund des von der Gesuchstellerin Vorgebrachten die Voraussetzungen wie gezeigt nicht als glaubhaft gemacht an und wies das Gesuch in der Folge ab. Die Ausführungen der Vorinstanz zeigen, dass sie nicht nur das Beweismass als nicht erreicht, sondern primär die zum Sachverhalt er- folgten Behauptungen der Gesuchstellerin grundsätzlich als ungenügend bzw. unsubstantiiert erachtete (vgl. act. 16 E. 3.2.).

#### **E. 3.2**

Das vor Vorinstanz eingereichte Gesuch ist im Hinblick auf die tatsächlichen Vorbringen insgesamt sehr knapp gehalten. Nachdem bereits unter dem Titel "Formelles", neben überwiegend theoretischen Ausführungen zu den Vorausset- zungen nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, zum Tatsächlichen nur darauf hingewie- sen wird, der Gesuchsgegner sei in Bezug auf die "genannte Liegenschaft" als Alleineigentümer eingetragen (act. 2 S. 2 f. mit Verweis auf act. 4/3), bleiben die Ausführungen zum Sachverhalt auch unter dem Titel "Materielles" sehr dürftig. So tut die Gesuchstellerin unter dem Titel "Material und Arbeit" lediglich dar, mit der – am vorliegenden Verfahren nicht beteiligten – E. \_\_\_\_\_ AG einen Werkvertrag ab- geschlossen zu haben, welcher diverse Baumeisterarbeiten umfasse (act. 2 S. 3). Es erfolgt ein Verweis auf eine "Auftragsbestätigung" (act. 4/1), eine "Mail vom 30.11/01.12.2017" (act. 4/5) sowie auf den Handelsregisterauszug der E. \_\_\_\_\_

- 10 - AG (act. 4/6). Zu den Fragen, was unter den Begriff der "Baumeisterarbeiten" zu subsumieren ist und auf was für einer Liegenschaft und wann diese Arbeiten zu vollbringen sind resp. vollbracht wurden – insbesondere, dass dies die Liegen- schaft des Gesuchsgegners gewesen wäre –, wird unter diesem Titel nichts be- hauptet. Lediglich in

einem Nachsatz zu den Ausführungen unter dem Titel "Be- weismass des Glaubhaftmachens" (act. 2 S. 5) erfolgt schliesslich der Hinweis im Sinne eines Fazits, es seien "die diversen Arbeiten und Materiallieferungen für die Baute auf der Kataster Nr. 2" nachgewiesen. Die im Gesuch enthaltenen Behauptungen sind damit bezüglich der Sachverhaltselemente, welchen es zu einer Beurteilung der Voraussetzungen von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB bedarf, sehr dürftig. Aufgrund der gesamten Ausführungen lässt sich lediglich unter Beiziehung des Rechtsbegehrens kombinieren (wie dies die Vorinstanz letztlich auch tat, vgl. act. 16 E. 3.2.), dass "Baumeister- arbeiten" auf dem Grundstück des Gesuchsgegners durch die Gesuchstellerin ge- leistet wurden und deshalb die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ver- langt wird. Da der Gesuchsgegner den Umstand, die Gesuchstellerin habe Arbei- ten auf seinem Grundstück erbracht, indes nicht bestreitet, scheinen die Vorbrin- gen gerade noch genügend (vgl. act. 8). 3.3.1 Die weitere Voraussetzung, ob die viermonatige Frist zur Eintragung des Pfandrechts im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB eingehalten wurde, erachtete die Vorinstanz aufgrund der Ausführungen der Gesuchstellerin als nicht gegeben. In Bezug auf diese Voraussetzung findet sich im Gesuch lediglich die Be- hauptung, dass dem so sei, da die letzten Arbeiten gemäss Stundenrapporten am 31. Mai bzw. 6. Juni 2018 erfolgt seien (act. 2 S. 3). Zum Beleg des Behaupteten werden die dem Gesuch beigelegten "Stundenrapporte Mai/Juni 2018" (act. 4/7) offeriert. Behauptungen zum konkreten Grundstück, auf dem diese Arbeiten aus- geführt worden wären, und was genau für Arbeiten dies gewesen seien, finden sich aber auch hier nicht. Aus den genannten Stundenrapporten ergibt sich zwar, dass am 29. Mai 2018, am 30. Mai 2018, am 31. Mai 2018 und am 6. Juni 2018 Arbeiten in

- 11 - C.\_\_\_\_\_ erbracht worden waren (vgl. act. 4/7). Angaben zum konkreten Objekt – namentlich, ob es sich um das Grundstück des Gesuchsgegners an der D.\_\_\_\_\_ - Strasse ... handelte – oder zur dort konkret ausgeführten Arbeitstätigkeit, finden sich auch in der Beilage nicht, wie dies bereits die Vorinstanz bemerkte (vgl. act. 16 E. 3.2.). Selbst wenn sich im Stundenrapport aber Angaben zum Objekt finden würden, fehlte es bereits an der entsprechenden Behauptung im Ersuchen, was für Arbeiten geleistet wurden und dass diese an den fraglichen Daten auf dem Grundstück des Gesuchsgegners und in Erfüllung des Auftrags der E.\_\_\_\_\_ AG erfolgt sind. Sachverhaltselemente gelten durch Verweis auf die eingereichten Akten nur dann als behauptet, wenn der entsprechende Verweis in der Rechts- schrift spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennt und aus dem Verweis in der Rechtsschrift selbst klar wird, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen (vgl. auch BK ZPO-HURNI, Art. 55 N 21). 3.3.2 Der (anwaltlich nicht vertretene) Gesuchsgegner entgegnete zur Frage der Einhaltung der Frist in seiner Stellungnahme, diese sei seiner Ansicht nach ver- passt. Eine amtliche Rohbauabnahme habe am 24. April 2018 stattgefunden. Aus seinen Ausführungen ergibt sich, dass er offenbar der Ansicht ist, ab diesem Zeit- punkt habe die Frist für die Eintragung zu laufen begonnen. Die eingereichten Stundenrapporte (act. 4/7) würden "abgelehnt", da diesen kein Glaube geschenkt werden könne. Sollte der Gesuchstellerin der Beweis aber doch gelingen, dass sie nach der Rohbauabnahme noch Arbeiten auf der Baustelle verrichtet habe, so würden diese nur noch Mängelarbeiten betreffen (act. 8 S. 2 u. 4). Der Gesuchsgegner bestreitet somit, dass nach dem 24. April 2018 noch Arbeiten ausgeführt wurden und falls doch, macht er geltend, dass es sich dabei lediglich um Mängelarbeiten gehandelt habe – gemeint dürften damit für die Frist- berechnung nicht relevante, reine Mängelbehebungsarbeiten sein. Zum Beleg seines Standpunkts, es habe eine Rohbauabnahme in Anwesenheit der Gesuch- stellerin stattgefunden, verweist der Gesuchsgegner auf eine Kopie "Verfügung amtliche

Rohbauabnahme vom 24.04.2018" (vgl. act. 9/1). Der Gesuchsgegner bestreitet damit substantiiert die Behauptung der Gesuchstellerin, es hätten am 31. Mai resp. 6. Juni 2018 fristrelevante Arbeiten stattgefunden.

- 12 - Diese Stellungnahme wurde der Gesuchstellerin zugestellt. Sie liess sich in der Folge nicht mehr vernehmen. Sie bestritt folglich weder, dass die Rohbauabnahme das Ende der regulären Arbeiten dargestellt habe, noch behauptete resp. substantiierte sie, dass es sich bei den von ihr geltend gemachten, fristauslösenden Arbeiten nicht um blosser Mängelbehebungsarbeiten gehandelt habe. Durch ihre fehlenden Angaben zum Gegenstand der geltend gemachten Arbeiten vom 31. Mai resp. 6. Juni 2018 bleibt denn auch offen und ist nicht überprüfbar, ob es sich dabei überhaupt um unter den Auftrag mit der E.\_\_\_\_\_ AG fallende Arbeiten handelte und ob diese über die als von der Gegenseite behaupteten blossen, nicht fristrelevanten Mängelbehebungsarbeiten hinausgingen. Es kann der Vorinstanz unter diesen Umständen nicht vorgeworfen werden, sie sei blindlings den Behauptungen des Gesuchsgegners gefolgt (so die Gesuchstellerin in act. 17 S. 7 unten). Vielmehr blieben die (substantiierten) Bestreitungen resp. Behauptungen des Gesuchgegners unbestritten, resp. unterliess die Gesuchstellerin es, ihre aufgestellten Behauptungen auf die Bestreitung hin hinreichend zu substantiiieren. Die Behauptung des Tatsächlichen zur Einhaltung der viermonatigen Frist erscheint damit bereits zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs ungenügend. Erst recht ist dem aber so, nachdem der Gesuchsgegner das Behauptete substantiiert bestritt, worauf seitens der Gesuchstellerin keine Reaktion mehr erfolgte (wobei hier auf die Frage, inwieweit im Rahmen einer Stellungnahme durch die Gesuchstellerin Vorgebrachtes überhaupt noch zu beachten gewesen wäre [vgl. Art. 229 i.V.m. Art. 219 ZPO ], offenbleiben kann). Die Abweisung des Gesuchs durch die Vorinstanz ist damit zu Recht erfolgt, da die Gesuchstellerin die Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ungenügend behauptete.

3.3.3 Die nun im Rahmen der Berufung erfolgten Bestreitungen des gegnerischen Standpunktes durch die Gesuchstellerin und die in diesem Rahmen aufgestellten Behauptungen (beispielsweise, dass sie keine weiteren Baustellen in C.\_\_\_\_\_ habe, weshalb es sich bei den Arbeiten im Stundenrapport [vgl. act. 4/7] um Arbeiten am Grundstück des Gesuchgegners gehandelt haben müsse, [vgl. act. 17 S. 3], und dass die Rohbauabnahme nicht die letzte Arbeit dargestellt habe und

- 13 - diese entgegen dem Gesuchsgegner denn auch ohne die Gesuchstellerin stattgefunden habe, [act. 17 S. 5]) erfolgen verspätet. Die (pauschale) Bestreitung, die Arbeiten vom 29. bis 31. Mai 2018 und 6. Juni 2018 hätten keine Mängelbehebungsarbeiten dargestellt (act. 17 S. 6 Ziff. 8), ist überdies gänzlich unsubstantiiert. Die Gesuchstellerin unterlässt es auch heute noch, hinreichend zu behaupten, um was für Arbeiten es sich gehandelt habe, wobei entsprechende Vorbringen heute ohnehin verspätet und nicht mehr zu beachten wären (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO).

#### **E. 3.4**

Entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin war die Vorinstanz nicht gehalten, von sich aus und ohne entsprechende Behauptung durch die Gesuchstellerin in den Akten nach Hinweisen zu suchen, aus welchen sich das Vorliegen der Voraussetzungen nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 resp. Art. 839 Abs. 2 ZGB ergibt. Wie gezeigt, hat die ersuchende Partei Behauptungen aufzustellen und die geeigneten Beweise zu bezeichnen. Das Gericht darf sein Urteil nur auf die behaupteten Tatsachen abstützen und den Sachverhalt nicht von sich aus ergänzen oder berichten (GLASL, DIKE-Komm-ZPO, a.a.O., Art. 55 N 7; BK

ZPO-HURNI, Art. 55 N 9). Fehlt es an einer entsprechenden Tatsachenbehauptung, ist es nicht Aufgabe des Gerichts, dieses Versäumnis unter Durchsichtung der Akten zu korrigieren. Damit ist der Vorinstanz – entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin (act. 17 S. 3 ff., ins- bes. S. 6 Mitte) – nicht vorzuwerfen, dass sie im Zusammenhang mit der Beurteilung der Einhaltung der Frist nicht die "Auflistung Materialien etc." (act. 4/12) und die "Stundenauflistung" (act. 4/13) von sich aus heranzog, um unklare oder ungenügend behauptete Sachverhaltelemente nach Möglichkeiten abzuklären oder zu ergänzen. Wie bereits gezeigt, müssen im Gesuch die Beilagen bezeichnet werden, welche die jeweilige Behauptung stützen. Es muss dabei klar sein, welche Behauptung durch welche Beilage bewiesen werden soll. Hier mangelt es bereits an der hinreichenden Behauptung. Die nun durch die Gesuchstellerin im Rechtsmittelverfahren angerufenen Aktoren (act. 4/10, act. 4/12, 4/13, vgl. act. 17 S. 6 f. Ziff. 10) wurden vor Vorinstanz nicht im Zusammenhang mit der Fristwahrung als Beweise bezeichnet, sondern lediglich an anderer Stelle zur Begründung der Höhe der Forderung (vgl. act. 2 S. 4 unten). Die Vorinstanz hat die genannten

- 14 - Beilagen im Kontext der Beurteilung der Fristwahrung zu Recht ausser Acht gelassen.

### **E. 3.5**

Ergänzend ist sodann festzuhalten, dass die von der Gesuchstellerin aufgeführten diversen Stellen im Schrifttum, welche sich mit dem Beweismass des Glaubhaftmachens im Rahmen der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auseinandersetzen (vgl. act. 17 S. 9 ff.), hier nicht von Relevanz sind. Die Gesuchstellerin vermischt die Frage der Behauptungs- und Substantiierungslast mit der Frage des erforderlichen Beweismasses. Diese Fragen sind gedanklich zu trennen. Erst wenn eine genügende Behauptung bzw. Substantiierung erfolgt ist, ist in einem nachfolgenden Schritt – bei Würdigung der behaupteten Tatsachen durch das Gericht – die Position der Gesuchstellerin durch das herabgesetzte Beweismass erleichtert. Das herabgesetzte Beweismass entbindet die Gesuchstellerin daher nicht von ihrer Behauptungslast hinsichtlich der Eintragungsvoraussetzungen (vgl. z.B. OGer ZH LF170072 vom 6. März 2018 E. 2.2.). Vorliegend mangelt es bereits an einer genügend erfolgten Behauptung resp. Substantiierung – in einem solchen Fall kann sich die Frage, ob die (nicht vorhandenen) Behauptungen glaubhaft sind, gar nicht stellen.

### **E. 3.6**

Auf Bestand und Höhe der Forderung braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden, da die Berufung bereits aus den genannten Gründen abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid, das vorläufig eingetragene Pfandrecht im Grundbuch C.\_\_\_\_\_ zu löschen, zu bestätigen ist. Die Löschung des Pfandrechts im Grundbuch ist erst anzuordnen, wenn vierzig Tage nach Versand keine anderslautende Anordnung des Bundesgerichtes bei der Kammer eingegangen ist. IV. Kosten 1. Die Prozesskosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens sind dem Ausgang entsprechend zu verlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Bemessung der Entscheidgebühr sowie der Parteientschädigung im angefochtenen Entscheid

- 15 - wurde nicht beanstandet, weshalb es bei dieser bleibt. Das führt zur gesamthaften Bestätigung des angefochtenen Urteils. 2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 5'000.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 u. 2 GebV OG). Sie sind der Gesuchstellerin aufzuerlegen und mit dem geleisteten Vorschuss der

Gesuchstellerin zu verrechnen.

**E. 4**

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

- 16 -

**E. 5**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 17, und an das Bezirksgericht Bülach, ferner nach Ablauf von vierzig Tagen nach Versand, und sofern das Bundesgericht bis dann keine anders lautende Anordnung getroffen hat, an das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

**E. 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 sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 275'895.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: MLaw M. Schnarwiler versandt am:

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