

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF170074-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Beschluss und Urteil vom 21. März 2018

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

sowie

1. **B._____ AG in Liquidation,**

2. **C._____**,

3. **D._____ GmbH,**

Streitberufene,

Nr. 3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z._____,

gegen

E._____ GmbH,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des
Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 13. November 2017 (ES160033)

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- "1. Es sei das Grundbuchamt F._____ anzuweisen, auf dem Grundstück des Gesuchsgegners, ... [Adresse] (Grundbuchamt F._____, Kat. Nr. ..., Grundbuchblatt ...) zugunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht im Sinne von Art. 837 Ziff. 3 ZGB mit einer Pfandsumme zugunsten der Gesuchstellerin im Betrag von CHF 39'020.25 zuzüglich 5 % Zins auf den Betrag von CHF 15'000.00 seit 25. Juni 2016 sowie 5 % Zins auf den Betrag von CHF 15'000.00 seit 3. Juli 2016 vorläufig einzutragen bzw. vorzumerken.
2. Es sei die Anordnung gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 ohne Anhörung des Gesuchsgegners als superprovisorische Verfügung zu erlassen.
3. Es sei der Gesuchstellerin Frist anzusetzen zur Erhebung der Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten des Gesuchsgegners."

Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 13. November 2017:

(act. 18 = act. 21 [Aktenexemplar] = act. 23)

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt F._____ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 28. Oktober 2016 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Grundbuch Blatt ..., Liegenschaft, Kataster Nr. ..., ... [Adresse], für eine Pfandsumme von CHF 33'570.20 zuzüglich 5 % Zins auf CHF 15'000.00 seit 25. Juni 2016 sowie 5 % Zins auf CHF 15'000.00 seit 3. Juli 2016.
2. Das Grundbuchamt F._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung vom 28. Oktober 2016 zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des Grundstücks des Gesuchsgegners Grundbuch Blatt ..., Liegenschaft, Kataster Nr. ..., ... [Adresse],

vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht in einem Umfang von CHF 5'450.05 zu löschen nach ungenutzt abgelaufener Rechtsmittelfrist oder nach Abschluss des obergerichtlichen Verfahrens, falls das Obergericht nichts anderes anordnet.

3. Der Gesuchstellerin wird eine Frist von 60 Tagen ab Zustellung dieses Urteils angesetzt, um direkt beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen den Gesuchsgegner anzuheben. Bei Säumnis kann der Gesuchsgegner beim Einzelgericht den vorläufigen Eintrag (Dispositivziffer 1) löschen lassen.
- 4.-9. (Kosten- und Entschädigungsfolgen / Mitteilung / Rechtsmittel / Fristenlauf)

Berufungsanträge:

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (act. 22):

- "1. Es sei das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf, Einzelgericht, vom 13. November 2017 (Geschäfts-Nr. ES160033) vollständig aufzuheben.
2. Es sei das Gesuch der Berufungsbeklagten/Gesuchstellerin für eine Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts vollumfänglich abzuweisen.
3. Es sei das Grundbuchamt F. _____ anzuweisen, das zugunsten der Berufungsbeklagten/Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch eingetragene Pfandrecht auf der Liegenschaft GB-Nr. ..., Kat.-Nr. ..., ... [Adresse], eingetragene Pfandrecht für eine Pfandsomme von CHF 33'570.20 zuzüglich 5 % Zins auf CHF 15'000.00 seit 25. Juni 2016 sowie 5 % Zins auf CHF 15'000.00 seit 03. Juli 2016 zu löschen.
4. Es seien die Gerichtskosten des Verfahrens vor dem Bezirksgericht Dielsdorf, Einzelgericht (Geschäfts-Nr. ES160033) vollumfänglich der Berufungsbeklagten/Gesuchstellerin aufzuerlegen.
5. Es sei dem Berufungskläger/Gesuchsteller im Verfahren vor dem Bezirksgericht Dielsdorf, Einzelgericht (Geschäfts-Nr. ES160033) eine angemessene Prozessentschädigung (zuzüglich MWST) zuzusprechen.
6. Eventualiter, es sei das Verfahren zur weiteren Behandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Berufungsbeklagten/Gesuchstellerin."

Prozessualer Antrag:

"Es seien von der Vorinstanz die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens beizuziehen."

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (act. 30):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners/Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

(Sachverhalt und Prozessgeschichte)

1. Der Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend: Gesuchsgegner) ist Eigentümer der Liegenschaft Grundbuch Blatt ..., Kat.-Nr. ..., ... [Adresse] in der Gemeinde G._____ (act. 3). Die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Gesuchstellerin) ist eine GmbH, welche insbesondere Fassadenbau zum Zweck hat (act. 5/3). Sie soll bezüglich des Umbaus des Einfamilienhauses des Gesuchsgegners von der B._____ AG als Subunternehmerin für die Fassadenarbeiten beigezogen worden sein, wobei ihre beiden Akontorechnungen (Rechnung Nr. 1 vom 25. Mai 2016 [act. 5/4]; Rechnung Nr. 2 vom 3. Juni 2016 [act. 5/5]) trotz Zahlungserinnerung vom 26. Juli 2016 (act. 5/6) von der B._____ AG nicht bezahlt worden seien (act. 1 S. 4 Rz. 5).

2. Mit Eingabe vom 28. Oktober 2016 stellte die Gesuchstellerin das eingangs erwähnte Rechtsbegehren (act. 1). Mit Verfügung desselben Tages wies das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf (nachfolgend: Vorinstanz) das Grundbuchamt F._____ superprovisorisch an, das beantragte Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 6).

Gleichzeitig verlangte die Vorinstanz von der Gesuchstellerin einen Kostenvorschuss, den diese fristgerecht leistete (vgl. act. 6 i.V.m. act. 7). Sodann setzte die Vorinstanz dem Gesuchsgegner Frist an, um gegen die provisorische Eintragung des Pfandrechts schriftlich Einwendungen zu erheben (act. 8). Innert erstreckter (vgl. act. 9) Frist reichte der Gesuchsgegner am 8. Dezember 2016 eine Stellungnahme ein (act. 11). Im Rahmen des ihr zustehenden sog. allgemeinen Replikrechts reichte die Gesuchstellerin am 20. Januar 2017 (vorab per Fax) eine freiwillige Stellungnahme ein (act. 14 i.V.m. act. 15), zu welcher der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 1. April 2017 ebenfalls freiwillig Stellung nahm (act. 16). Mit Urteil vom 13. November 2017 (act. 19 = act. 21 [Aktenexemplar] = act. 23) entschied die Vorinstanz im eingangs wiedergegebenen Sinne.

3. Mit Eingabe vom 18. Dezember 2017 erhob der Gesuchsgegner fristgerecht (vgl. act. 18 i.V.m. act. 19/2) Berufung gegen den Entscheid der Vorinstanz und stellte dabei die eingangs erwähnten Anträge (act. 22 S. 2). Nach Eingang des vom Gesuchsgegner einverlangten Kostenvorschusses (act. 25-27) wurde der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 30. Januar 2018 (act. 28) Frist zur schriftlichen Berufungsantwort angesetzt, welche fristgerecht (act. 29 i.V.m. act. 30) einging. Mit Eingabe vom 22. Februar 2018 reichte der Gesuchsgegner im Rahmen des ihm zustehenden sog. allgemeinen Replikrechts eine freiwillige Stellungnahme ein (act. 32) und verkündete der B. _____ AG in Liquidation, C. _____ und der D. _____ GmbH für den Fall seines Unterliegens den Streit (act. 33 und 34/1-5). Davon ist Vormerk zu nehmen. Diese freiwillige Stellungnahme wurde der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. act. 35); sie liess sich dazu bis dato nicht mehr vernehmen. Aus der Tatsache, dass den Streitberufenen die Streitverkündung erst im Urteil angezeigt wird, erwächst ihnen kein Nachteil, da der Schriftenwechsel mit der Berufungsantwort bereits abgeschlossen wurde. Somit hätten die Streitberufenen ohnehin nicht mehr Stellung nehmen können; der Prozessbeitritt könnte daher lediglich im Hinblick auf ein allfälliges Rechtsmittelverfahren allenfalls von Bedeutung sein.

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-19). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

Prozessuales

1. Mit der Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung oder unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO), d.h. die Berufung führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid ihrer Meinung nach falsch ist und deshalb abgeändert werden muss (Begründungslast, vgl., statt vieler, etwa: ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 36).
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).
3. Die Berufungsinstanz ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Im Entscheid über die Berufung ist auf die erhobenen Einwände einzugehen. Die Begründungslast (Art. 53 ZPO) verpflichtet das Gericht indes nicht dazu, sich mit jedem einzelnen Einwand der Parteien eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seines Entscheids auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (vgl., statt vieler: BK ZPO-HURNI, Bern 2012, Art. 53 N 60 f.).

III.

Zur Berufung im Einzelnen

- 1.1 Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, die Gesuchstellerin habe ihren Anspruch bezüglich der Pfandsumme glaubhaft gemacht, mit Ausnahme eines Teils (Fr. 5'450.05) des behaupteten Personalaufwandes (Fr. 7'248.80). Daher sei einstweilig ein Bauhandwerkerpfandrecht im Umfang von Fr. 33'570.20 zuzüglich 5 % Zins auf Fr. 15'000.– seit 25. Juni 2016 sowie 5 % Zins auf Fr. 15'000.– seit 3. Juli 2016 zu bestätigen (= Fr. 39'020.25 abzüglich Fr. 5'450.05, vgl. act. 21

S. 34 f.). Zur Begründung führte die Vorinstanz zunächst von der Gesuchstellerin eingereichte und als "aktenkundig" erachtete Beilagen an (vgl. act. 21 S. 14 ff. E. 6). In der Folge ging sie auf die "Einwendungen" des Gesuchsgegners ein und verwarf diese (vgl. act. 21 S. 17 ff. E. 7). Zur Wahrung der Frist erwog sie gestützt auf die Ausführungen der Parteien, es stehe Behauptung gegen Behauptung. Sie gewichtete alsdann die eingereichten Unterlagen und kam zum Schluss, vor der Tatsache, dass die Rechnung der H. _____ GmbH (act. 5/10) als Zeitraum der erbrachten Leistungen den Monat Juli 2016 angebe und jedenfalls lange Zeit vor der Erwägung eines Bauhandwerkerpfandrechtverfahrens durch die Gesuchstellerin und einem fristbedingten Handlungszwang entstanden sei, komme ihr ein höherer Beweiswert zu als der Bestätigung der I. _____ ag vom 28. November 2016 (act. 13/5/1), welche der Gesuchsgegner nur und gerade für das vorliegende Verfahren eingeholt habe. Unter diesen Umständen habe die Gesuchstellerin die Fristwahrung glaubhaft gemacht (vgl. act. 21 S. 28 f. E. 7 f.).

1.2 Der Gesuchsgegner bringt dagegen in erster Linie vor, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unzutreffend festgestellt und insbesondere Art. 8 ZGB verletzt. Die Vorinstanz habe Annahmen getroffen sowie dem angefochtenen Urteil Behauptungen der Gesuchstellerin zugrunde gelegt, die substantiiert bestritten worden seien, und für welche die Gesuchstellerin keine tauglichen Beweisanträge gestellt habe (vgl. act. 22 S. 6 ff. Rz. 10 ff., insb. Rz. 12 und 14 f.).

Die Gesuchstellerin habe insbesondere nicht glaubhaft gemacht, die Frist von vier Monaten eingehalten zu haben. Die angeblichen Arbeitsleistungen der H. _____ GmbH, einer angeblichen Hilfsperson der Gesuchstellerin, im Zeitraum vom 1. bis 4. Juli 2016, seien in keiner Weise substantiiert worden (vgl. act. 22 S. 4 Rz. 7). Er habe bereits vor Vorinstanz substantiiert bestritten, dass es bei dieser Rechnung um Leistungen im genannten Zeitraum gegangen sei, und darauf hingewiesen, dass die Rechnung nicht substantiiert angebe, welche Arbeiten im genannten Zeitraum ausgeführt worden sein sollen und wann. Es finde sich auf der Rechnung nur der allgemeine Hinweis, dass es sich um eine "Abschlussrechnung" handle, die angeblich für "Isolation" und "Gewebe Einbetten" gestellt worden sei (vgl. act. 22 S. 29 f. Rz. 48 und S. 33 Rz. 50). Die Gesuchstellerin habe

behauptet, die letzten ausgeführten Arbeiten durch die H._____ GmbH seien das Anbringen der Isolation und das Einbetten des Gewebes gewesen (vgl. act. 22 S. 37 Rz. 58). Wie er bereits vor Vorinstanz ausgeführt habe, hätten diese Arbeiten bis spätestens 23. Juni 2016 ausgeführt worden sein müssen. Denn die I._____ ag habe den Deckputz am 28./29. Juni 2016 angebracht sowie auch das Gerüst an seiner Liegenschaft entfernt (vgl. act. 22 S. 31 Rz. 48). Das Anbringen der Isolation und das Einbetten des Gewebes müsse aber gerichtsnotorisch vor dem Anbringen des Deckputzes stattfinden und dies sei auch nicht mehr möglich, wenn das Fassadengerüst bereits abgebaut sei. Zudem könne der Deckputz erst nach einer Trocknungsphase von in der Regel 5 - 10 Tagen angebracht werden; daher seien diese von der Gesuchstellerin behaupteten Arbeitsleistungen an der Hausfassade vom 1. bis 4. Juli 2016 gar nicht mehr möglich gewesen (vgl. act. 22 S. 29 Rz. 45).

Obwohl er in seiner Stellungnahme substantiierte Bestreitungen angebracht habe, habe die Gesuchstellerin in ihrer Replik keine tauglichen Beweismittel genannt, insbesondere auch keine Zeugen und keine Tagesrapporte für den Zeitraum vom 28. Juni bis 4. Juli 2016, und auch nicht sonstwie substantiiert, welche Personen an welchem Tag welche Arbeiten an der Liegenschaft erbracht haben sollen, insbesondere auch nicht Arbeiten ab dem 23. Juni 2016 (vgl. act. 22 S. 32 Rz. 49 f. und S. 33 f. Rz. 51).

Die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass beide Parteien übereinstimmend davon ausgegangen seien, dass nicht die H._____ GmbH den Deckputz an der Fassade angebracht habe, sondern die I._____ ag. Auch sei nicht substantiiert bestritten worden, dass die I._____ ag am 28./29. Juni 2016 das Gerüst abgebaut habe; eine unsubstantiierte "vorsorgliche" Bestreitung der Gesuchstellerin sei in Anbetracht seiner substantiierten Ausführungen ungenügend. Damit sei die Dispositionsmaxime verletzt worden (vgl. act. 22 S. 37 ff. Rz. 58 ff.).

1.3 Diesen Ausführungen hält die Gesuchstellerin in der Sache nichts Wesentliches entgegen und beantragt die Abweisung der Berufung (vgl. act. 30).

2.1 In Verfahren, die wie hier vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht sind, tragen die Parteien die Verantwortung für die Beschaffung des Tatsachenstoffes. Sie haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Das Gericht darf sein Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen abstützen und den Sachverhalt nicht von sich aus ergänzen oder berichtigen. Übereinstimmende Tatsachenbehauptungen (inkl. Zugeständnisse) hat das Gericht als wahr zu betrachten und dem Urteil zu Grunde zu legen (vgl. GLASL, DIKE-Komm-ZPO, Art. 55 N 7; BK ZPO-HURNI, Art. 55 N 10).

2.2 Wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, hat jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts trifft folglich den Gesuchsteller die Beweislast für das Vorliegen sämtlicher Eintragungsvoraussetzungen. Die beweisbelastete Partei hat die zu beweisenden Tatsachen zu behaupten, weshalb mit der Beweislast die Behauptungslast einhergeht. Der Behauptungslast ist Genüge getan, wenn die Partei in ihrem Tatsachenvortrag wenigstens in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennt, welche unter die ihr Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind. Ein solchermaßen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann. Unterbleibt eine genügende Substantiierung, ist die Klage ohne weiteres abzuweisen (vgl. GLASL, DIKE-Komm-ZPO, Art. 55 N 28). Daran vermag das im (summarischen) Verfahren der provisorischen Eintragung zur Anwendung gelangende (herabgesetzte) Beweismass der Glaubhaftmachung nichts zu ändern, da dieses erst in einem nachfolgenden Schritt – bei der Würdigung der *behaupteten* Tatsachen durch das Gericht – die Position des Gesuchstellers erleichtert.

Das herabgesetzte Beweismass entbindet den Gesuchsteller nicht von seiner Behauptungslast hinsichtlich der Eintragungsvoraussetzungen.

2.3 Nach dem Gesagten obliegt es der Gesuchstellerin sämtliche Voraussetzungen von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB glaubhaft zu machen. Folglich hat die Gesuchstellerin nicht nur Bestand und Höhe der von ihr geltend gemachten und zu sichernden Vergütungsforderung darzulegen, sondern namentlich auch die Einhaltung der Frist.

2.4.1 Zur Fristwahrung hatte die Gesuchstellerin in ihrem Gesuch lediglich behauptet, sie habe die Fassadenarbeiten gemäss Werkvertrag vertragsgemäss ausgeführt (vgl. act. 1 S. 4 Ziff. 5). Aus den Rechnungen der H._____ GmbH, welche als Hilfsperson zusammen mit Mitarbeitern der E._____ GmbH die Fassadenarbeiten ausgeführt habe, gehe hervor, dass die letzten Arbeitsschritte in den Tagen vom 1./2./3. und 4. Juli 2016 ausgeführt worden seien. Die H._____ GmbH habe gleich am Tag ihrer letzten Arbeiten, welche die Isolationsarbeiten und das Einbetten von Gewebe betroffen hätten, Rechnung an die E._____ GmbH gestellt (vgl. act. 1 S. 3 Ziff. 3 und S. 5 f. Rz. 9 i.V.m. act. 5/10).

2.4.2 Diese Ausführungen wurden vom Gesuchsgegner in dessen Stellungnahme substantiiert bestritten (act. 11 S. 20 ff. Rz. 35 ff. und 89 f.). So machte er vorinstanzlich geltend, es sei in der erwähnten Rechnung nicht substantiiert angegeben worden, welche Arbeiten ausgeführt worden sein sollen. Die Gesuchstellerin sei aber darauf zu behaften, dass die letzten ausgeführten Arbeiten das Anbringen der Isolation und das Einbetten des Gewebes betroffen haben sollen (vgl. act. 11 S. 21 Rz. 37). Es sei geradezu gerichtsnotorisch, dass die letzte Arbeit bei einer verputzten Aussenwärmedämmung das Anbringen des Deckputzes sei und nicht die von der Gesuchstellerin als letzte Arbeiten genannten. Die Isolation müsse mit einem solchen Deckputz geschützt werden und dies sei erst nach einer Trocknungsphase von mindestens einigen Tagen, in der Regel 5 - 10 Tage, nach Anbringung der Einbettung möglich (vgl. act. 11 S. 21 Rz. 38). Das Anbringen des Deckputzes und die anschliessende Entfernung des Gerüsts mit Auffüllung der Löcher in der Fassade seien die letzten Arbeiten an der Aussenwärmedämmung. Dies habe die I._____ ag gemacht. Am 28. und 29. Juni 2016 habe diese Firma

den Deckputz an seiner Liegenschaft angebracht, – was auch aus der betreffenden Rechnung sowie der Bestätigung dieser Firma sowie der Bauleitung J. _____ AG hervorgehe –, und am 30. Juni 2016 auch bereits das Gerüst vollständig entfernt. Daher habe weder die Gesuchstellerin noch die H. _____ GmbH vom 1. – 4. Juli 2016 irgendwelche Arbeiten an der Fassade ausführen können, zumal diese bereits fertiggestellt und eine Anbringung von Isolation und/oder eine Einbettung des Gewebes nicht mehr möglich gewesen sei. Angesichts der für die Trocknung der Einbettung erforderlichen Zeit von 5 - 10 Tagen müssten deshalb die Einbettungsarbeiten spätestens am 23. Juni 2016 abgeschlossen gewesen sein (vgl. act. 11 S. 22 f. Rz. 40). Die Gesuchstellerin habe auch nicht glaubhaft gemacht, dass sie oder irgendein Subunternehmer, insbesondere die H. _____ GmbH, Deckputzarbeiten an der Fassade vorgenommen hätten, obwohl sie in ihrem Gesuch behauptete, sämtliche Fassadenarbeiten gemäss Werkvertrag (act. 5/3) ausgeführt zu haben (vgl. act. 11 S. 44 f. Rz. 89 f.).

2.4.3 Trotz dieser ausführlichen Bestreitung und den Hinweisen auf fehlende bzw. mangelhafte Substantiierung beschränkte sich die Gesuchstellerin in ihrer freiwilligen Stellungnahme (act. 15) darauf zu bestreiten, dass die von der H. _____ GmbH geltend gemachten letzten Arbeiten nicht mehr hätten ausgeführt werden können, weil das Gerüst bereits Ende Juni 2016 abgebaut worden sei, und dass der *Gerüstrückbau* per 28./29. Juni 2016 erfolgt sei. Anstatt zu substantiieren, welche konkreten Arbeiten sie bzw. die H. _____ GmbH wann genau ausgeführt haben, und warum davon auszugehen sei, dass diese trotz behaupteter Anbringung des Deckputzes am 28. und 29. Juni 2016 durch die I. _____ ag in den Tagen vom 1. – 4. Juli 2016 ausgeführt worden sein sollen, erklärte sie einzig, es werde sich im ordentlichen Verfahren noch herausstellen, wer wann welche Arbeiten ausgeführt habe (vgl. act. 15 S. 3 Rz. 5). Die Gesuchstellerin behauptete namentlich auch nicht, dass sie selber oder die H. _____ AG Deckputzarbeiten bzw. die Verputzarbeit der Aussenwärmedämmung an der Fassade ausgeführt hätten. Dies, obwohl sie im Gesuch noch behauptet hatte, die Fassadenarbeiten gemäss Werkvertrag vertragsgemäss ausgeführt zu haben und dieser "BKP verputzte Aussenwärmedämmung" vorsieht (vgl. act. 5/3).

2.5.1 Im Ergebnis behauptete die Gesuchstellerin unter Verweis auf act. 5/10 einzig, die H. _____ GmbH, welche als Hilfsperson zusammen mit Mitarbeitern der E. _____ GmbH die Fassadenarbeiten ausgeführt habe, habe am 1. – 4. Juli 2016 die letzten Arbeiten, Isolationsarbeiten und das Einbetten von Gewebe, verrichtet. Damit kam sie ihrer Substantiierungspflicht nicht nach.

Der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden, wenn sie zum Schluss kommt, es stehe "Behauptung gegen Behauptung". Die Vorinstanz übersah, dass die Gesuchstellerin eine über die allgemeine Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast traf, weil der Gesuchsgegner die Behauptungen bestritten hatte. Es hätte der Gesuchstellerin obliegen, ihre Tatsachenbehauptungen in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber hätte Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden können. Darauf zu verweisen, es werde sich im ordentlichen Verfahren im Beweisverfahren herausstellen, wer wann welche Arbeiten ausgeführt habe, reicht hierfür nicht aus.

2.5.2 Zudem darf das Gericht, wie bereits dargelegt, sein Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen abstützen (vgl. oben E. 2.1). 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. Beispielsweise wurde von keiner Partei behauptet, dass die Rechnung vom 4. Juli 2016 lange Zeit vor der Erwägung eines Bauhandwerkerpfandrechtsverfahrens durch die Gesuchstellerin entstanden sei. Der vorinstanzlichen Würdigung, es komme der Rechnung ein höherer Beweiswert zu als der Bestätigung der I. _____ ag, ist damit die Grundlage entzogen.

Sodann hat die Vorinstanz rechtserhebliche, unbestrittene Tatsachenbehauptungen nicht berücksichtigt: Die Behauptungen des Gesuchsgegners, wonach es nicht möglich sei, dass im Juli 2016 noch Arbeiten an der Aussenwärmedämmung erfolgt seien, weil diese zeitlich vor den Deckputz- bzw. Verputzarbeiten vorgenommen werden müssten bzw. die Anbringung des Deckputzes erst nach einer Trocknungsphase von in der Regel 5 - 10 Tage nach Anbringung der Einbettung möglich sei und die Deckputzarbeiten *bereits am 28./29. Juni 2016*

von der I. _____ ag vorgenommen worden seien (vgl. act. 11 S. 21 Rz. 38 und S. 44 Rz. 89 i.V.m. S. 24 Rz. 40), wurden von der Gesuchstellerin nicht bestritten (vgl. act. 15). Bei Zugrundlegung dieser unbestrittenen Tatsachen und in Erwägung der von der Gesuchstellerin behaupteten Tatsachen (die letzten Arbeiten waren Isolationsarbeiten und das Einbetten von Gewebe), erscheint die Einhaltung der Viermonatsfrist zumindest unglaublich; dies auch deshalb, weil die den massgebenden Tagebucheintrag erst veranlassende superprovisorische Verfügung bereits vom 28. Oktober 2016 datiert (act. 6).

Indem die Vorinstanz trotz ungenügender Substantiierung seitens der Gesuchstellerin und ohne Berücksichtigung der erwähnten unbestrittenen Tatsachenbehauptungen davon ausging, die Viermonatsfrist sei eingehalten, hat sie namentlich Art. 55 Abs. 1 ZPO verletzt.

2.6 Nach dem Gesagten ist die Berufung gutzuheissen und der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben.

IV.

Löschung

1. Im Sinne der obenstehenden Erwägungen ist das Grundbuchamt F. _____ anzuweisen, das aufgrund des Urteils des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 13. November 2017 (Geschäfts-Nr. ES160033-D) zugunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten des Grundstücks des Gesuchsgegners vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen, und zwar nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Bundesgericht oder nach Abschluss des bundesgerichtlichen Verfahrens, falls das Bundesgericht nicht anderes anordnet.

2. Die Vorinstanz setzte der Gesuchstellerin im angefochtenen Entscheid eine Frist von 60 Tagen ab Zustellung des Urteils, um die vorläufige Eintragung mittels Klage auf definitive Eintragung zu prosequieren, wobei der Gesuchsgegner bei Säumnis den vorläufigen Eintrag löschen lassen könne (vgl. act. 21 S. 35 Dispositivziffer 3).

Die Akten lassen offen, ob die Gesuchstellerin das Verfahren für die definitive Eintragung des Pfandrechts anhängig gemacht hat (vgl. act. 22 und act. 30). Da der Berufung gegen einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen keine aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO) – und eine solche vorliegend auch nicht beantragt wurde –, stünde es dem Gesuchsgegner im Falle der Säumnis wohl offen, die Löschung auch gestützt auf das vorinstanzliche Urteil beim Bezirksgericht Dielsdorf zu beantragen.

IV.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Bei diesem Verfahrensausgang wird die Gesuchstellerin für die Verfahren vor beiden Instanzen kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 und Art. 318 Abs. 3 ZPO).

Die von der Vorinstanz für ihr Verfahren festgesetzte Entscheidgebühr von Fr. 4'500.– und auch die übrigen Kosten wurden nicht beanstandet, weshalb es dabei bleibt. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'700.– festzusetzen (§§ 2 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG) und aus dem vom Gesuchsgegner geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'700.– zu beziehen. Die Gesuchstellerin hat ihm diesen zu ersetzen (vgl. Art. 111 ZPO).

2. Die Höhe der von der Vorinstanz festgesetzten Parteientschädigung (Fr. 3'000.– zzgl. 8 % MWST) ist ebenfalls nicht beanstandet worden und dem Gesuchsgegner somit in dieser Höhe zuzusprechen.

Dem Gesuchsgegner ist für das Berufungsverfahren sodann in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 9 und § 13 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV eine Parteientschädigung von Fr. 2'600.– (inkl. MWST von 8 % bzw. 7.7 %) zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Die Streitverkündung des Gesuchsgegners und Berufungsklägers an

- a) die B._____ AG in Liquidation, ohne Sitz, letztes Domizil ... [Adresse];
- b) C._____, Mitglied des Verwaltungsrates und Liquidator der B._____ AG in Liquidation, wohnhaft an der ... [Adresse];
- c) die D._____ GmbH, ... [Adresse], vertreten durch RA lic. iur. Z._____, ... [Adresse]

wird vorgemerkt.

- 2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

- 1. Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Einzelgerichtes am Bezirksgericht Dielsdorf vom 13. November 2017 wird aufgehoben, und das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes wird abgewiesen.
- 2. Das Grundbuchamt F._____ wird angewiesen, das folgende aufgrund des Urteils des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 13. November 2017 zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des Grundstücks des Gesuchsgegners vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht vollumfänglich zu löschen, dies nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist oder nach Abschluss des bundesgerichtlichen Verfahrens, falls das Bundesgericht nicht anderes anordnet:

Pfandrecht auf Liegenschaft Kat. Nr. ...,
auf Grundbuch Blatt ..., Liegenschaft,
... [Adresse],
für eine Pfandsumme von CHF 39'020.25 zuzüglich 5 % Zins auf CHF 15'000.00 seit 25. Juni 2016 sowie 5 % Zins auf CHF 15'000.00 seit 3. Juli 2016.
- 3. Die von der Vorinstanz erhobenen Gerichtskosten werden bestätigt.

4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'700.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt, und soweit ausreichend, aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen bezogen. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner Fr. 2'700.– zu ersetzen. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.
6. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– zzgl. 8 % MWST und für das zweitinstanzliche Verfahren Fr. 2'600.– inkl. MWST zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Streitberufenen je unter Beilage eines Doppels von act. 33 inkl. Beilagenverzeichnis, nach Ablauf der Frist(en) gemäss Ziff. 2 hiervor an das Grundbuchamt F._____, sowie an das Bezirksgericht Dielsdorf und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

8. 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. 33'570.20.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am:
22. März 2018