

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF180018-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw J. Nagel

Urteil vom 4. Juni 2018

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt und Notar lic.iur. und lic.rer.pol. X._____,

gegen

B._____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht / vorläufige Eintragung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 13. Februar 2018 (ES170032)

Rechtsbegehren:
(act. 1 sinngemäss)

Es sei auf dem Grundstück des Gesuchsgegners, Kataster-Nr. ..., ... [Adresse], ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsumme von CHF 33'470.60 nebst Zins zu 5 % seit 6. Juni 2017 einzutragen.

Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 13. Februar 2018:
(act. 26 = act. 29 = act. 31)

1. Das Begehren um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts wird abgewiesen. Demzufolge wird das Grundbuchamt C. _____ angewiesen, das mit Verfügung vom 7. September 2017 vorsorglich vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der gesuchstellenden Partei, Kataster-Nr. ..., ... [Adresse], vollumfänglich zu löschen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 2000.–.
- 3.-6. [Kostenaufgabe / Parteientschädigung / Mitteilung / Rechtsmittel / Fristenlauf]

Berufungsanträge:
(act. 30 S. 2)

- " 1. Das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 13. Februar 2018 sei vollumfänglich aufzuheben und es sei das Gesuch um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Art. 839 ZGB als Vormerkung einer vorläufigen Eintragung im Sinne von Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB auf dem Grundstück des Berufungsbeklagten Kataster-Nr. ..., ... [Adresse], für eine Pfandsumme von Fr. 33'470.60 nebst Zinsen von 5% seit dem 6. Juni 2017 zu bewilligen.
Eventualtief sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 13. Februar 2018 vollumfänglich aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Berufungsbeklagten (inkl. Kosten und Entschädigungen des Vorverfahrens). Es wird darum ersucht, die Kostennote nachreichen zu dürfen."

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (nachfolgend Gesuchsgegner) ist Eigentümer der Liegenschaft an der ... [Adresse], Kataster-Nr. ... (act. 2/3). Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Gesuchstellerin) ist eine Aktiengesellschaft, welche sanitäre Installationen, Heizungs-, Lüftungs-, Schwimmbad- und ähnliche Anlagen projektiert, erstellt und unterhält (act. 34). Als solche soll sie Arbeiten an der Liegenschaft des Gesuchsgegners geleistet haben, wobei ihre Rechnung Nr. ... vom 6. Juni 2017 in der Höhe von Fr. 33'470.60 nicht bezahlt worden sei (act. 2/1; act. 14/1-4).
2. Mit Eingabe vom 6. September 2017 stellte die Gesuchstellerin das eingangs erwähnte Rechtsbegehren (act. 1; act. 1A). Mit Verfügung vom 7. September 2017 wies das Bezirksgericht Meilen (fortan Vorinstanz) das Grundbuchamt C._____ superprovisorisch an, das beantragte Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 3). Gleichzeitig verlangte die Vorinstanz von der Gesuchstellerin einen Kostenvorschuss, den diese fristgerecht leistete (vgl. act. 3 i.V.m. act. 6). Sodann setzte die Vorinstanz dem Gesuchsgegner Frist an, um gegen die provisorische Eintragung des Pfandrechts schriftlich Einwendungen zu erheben (act. 11). Innert Frist reichte der Gesuchsgegner eine Stellungnahme ein (act. 13), welche wiederum der Gesuchstellerin zur Stellungnahme zugestellt wurde (act. 15). Mit Schreiben vom 4. Dezember 2017 zeigte Rechtsanwalt lic. iur. et. lic. rer. pol. X._____ an, die Gesuchstellerin habe ihn mit der Wahrung ihrer Interessen beauftragt (act. 17). Innert erstreckter Frist reichte die – nun anwaltlich vertretene – Gesuchstellerin am 22. Januar 2018 eine Stellungnahme ein (act. 22). Die Eingabe wurde dem Gesuchsgegner mit Kurzbrief zur Kenntnis gebracht (act. 24), ohne dass er sich dazu vernehmen liess. Mit Urteil vom 13. Februar 2018 (act. 26 = act. 29 = act. 31, nachfolgend zitiert als

act. 29) entschied die Vorinstanz im eingangs wiedergegebenen Sinn und wies das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ab.

3. Mit Eingabe vom 5. März 2018 erhob die Gesuchstellerin fristgerecht (vgl. act. 27/2) Berufung gegen den Entscheid der Vorinstanz und stellte dabei die vorgenannten Anträge (act. 30 S. 2). Mit Verfügung vom 12. März 2018 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt, der Berufung superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt und dem Gesuchsgegner Frist angesetzt, zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen (act. 35). Nach Eingang der Stellungnahme des Gesuchsgegners vom 20. März 2018 wurde die aufschiebende Wirkung mit Verfügung vom 27. März 2018 bestätigt (act. 42). Innert erstreckter Frist leistete die Gesuchstellerin den Kostenvorschuss (vgl. act. 37; act. 38; act. 44). In der Folge wurde dem Gesuchsgegner Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (act. 45). Dieser äusserte sich jedoch nicht.

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-27). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

Rechtliche Vorbemerkungen

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).

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. Im Entscheid über die Berufung ist auf die erhobenen Rügen einzugehen. Die Begründungspflicht (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. Dem ist im Folgenden nachzuleben.

III.

Zur Berufung im Einzelnen

1.1. Die Vorinstanz erwog, die Gesuchstellerin habe in ihrem Begehren um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts die Voraussetzungen für dessen Errichtung darzutun. Einerseits habe die Gesuchstellerin darzulegen, auf einem Grundstück der gesuchsgegnerischen Partei Arbeit geleistet und Material geliefert zu haben. Andererseits habe sie die Wahrung der Eintragsfrist glaubhaft zu machen. Was Letzteres betreffe, habe sie konkret darzutun, welche Arbeiten sie ausgeführt habe bzw. weshalb ihres Erachtens das Werk noch nicht vollendet sei. Zur Vollendung der Arbeit führe die Gesuchstellerin aber einzig aus: "noch nicht vollendet; jedoch letzter Arbeitstag 10.05.2017". Auch ein Blick in die Beilagen, insbesondere in den entsprechenden Tagesrapport bzw. die E-Mail-Korrespondenz, bringe keine Klarheit. Offenbar sei an diesem Tag an der Heizung gearbeitet worden. Ob dies aber Vollendungsarbeiten gewesen seien oder nicht firstauslösende Nachbesserungsarbeiten oder etwas Drittes – laut dem Gesuchsgegner sei die Anlage bereits im Jahr 2015 abgenommen worden – bleibe unbekannt. Aufgrund der Novenschanke seien die Ausführungen der Gesuchstellerin in der Eingabe vom 27. Dezember 2017 zur Wahrung der Frist nicht mehr zu hören. Auch wenn die Anforderungen an die Glaubhaftmachung tief seien, genügen die Vorbringen der Gesuchstellerin zur Einhaltung der Frist vorliegend nicht, was zur Abweisung des Begehrens um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts führe (act. 29 S. 4 f. E. IV).

1.2. Dagegen wendet die Gesuchstellerin zusammengefasst ein, die Vorinstanz habe den Sachverhalt in mehrfacher Hinsicht falsch festgestellt und sei dabei in Willkür verfallen. So habe die Vorinstanz die Beilagen zu Unrecht nicht berücksichtigt und insbesondere den Tagesrapport vom 10. Mai 2017 ignoriert. Aufgrund des Tagesrapports sei erstellt, dass die letzten Arbeiten, wie im Gesuch dargelegt, am 10. Mai 2017 erbracht worden seien. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb nach Auffassung der Vorinstanz nicht klar sei, ob das Montieren der definitiven Thermometer und Manometer sowie das Entleeren des Boilers und das Füllen mit entmineralisiertem Wasser eine Vollendungs- oder Nachbesserungsarbeit sei, umso mehr als der Gesuchsgegner keinerlei Nachbesserungsarbeiten geltend gemacht habe. Den eingereichten E-Mails sei sodann zu entnehmen, dass die Arbeiten noch nicht beendet gewesen seien. Die Übergabe sei denn auch erst am 22. Januar 2018 erfolgt. Aus der Rechnung des von ihr beauftragten Isoleurs vom 12. Mai 2017 ergebe sich, dass er am 10. Mai 2017 die Isolation der Leitungen der Heizung vorgenommen habe. Die Fertigstellung der Isolation sei einerseits offeriert und vertraglich vereinbart. Andererseits handle es sich bei der Isolation der Heizungsleitung nicht um eine untergeordnete, nebensächliche oder geringfügige Arbeit, sondern um eine unerlässliche und damit funktionelle sowie notwendige Arbeit. Es sei gerichtsnotorisch, dass es sich bei den erwähnten Arbeiten um Vollendungsarbeiten einer Heizungsanlage und nicht um Nachbesserungsarbeiten handle. Alleine aus den von der Berufungsklägerin eingereichten Unterlagen ergebe sich klar, welche Arbeiten erbracht worden seien und dass diese Abreiten Vertragsbestandteil bildeten. Die eingereichten Unterlagen seien weder kompliziert noch umfangreich, weshalb die Vorinstanz auch nicht auf Expertenwissen oder die Eingabe vom 27. Dezember 2017 angewiesen gewesen sei, um die Beweismittel zu würdigen und die richtigen Schlüsse zu ziehen (act. 30 S. 3 ff.).

2. Die Vorinstanz legte in ihrem Entscheid die Voraussetzungen zur Geltendmachung eines Bauhandwerkerpfandrechts sowie die prozessualen Anforderungen an ein solches Gesuch korrekt dar (vgl. act. 29 S. 3 f. E. III.). Um Wiederholungen zu vermeiden, kann darauf verwiesen werden. Es sei jedoch nochmals betont, dass der Gesuchsteller seinen Anspruch bei der vorläufigen Eintragung nur

glaubhaft zu machen braucht. 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, 3. Aufl. 2016, Art. 261 N 25 ZPO). Die besondere Interessenlage bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gebietet es, an die Glaubhaftmachung keine strengen Anforderungen zu stellen. Die Bewilligung des Gesuchs hat für den Grundeigentümer nur eine vorübergehende Belastung seiner Liegenschaft zur Folge, die er zudem durch Leistung einer hinreichenden Sicherheit vermeiden kann (Art. 839 Abs. 3 ZGB). Demgegenüber kann ein fälschlicherweise verweigerter Eintrag in der Regel nicht mehr nachgeholt werden, weil der Gesuchsteller das Pfandrecht wegen der kurzen Verwirkungsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB im Falle der Verweigerung der vorläufigen Eintragung endgültig verliert, da die Frist in der Zwischenzeit meist abgelaufen sein wird. Die vorläufige Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts darf daher nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfalle ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechtes dem Gericht im Verfahren um definitive Eintragung vorzubehalten (BGE 102 Ia 81 E. 2.b.bb; BGE 112 Ib 482 E. 3.b; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, N 1394 f.).

Weiter ist anzufügen, dass das Beweismass der Glaubhaftmachung nichts an der Behauptungs- und Substanziierungslast der gesuchstellenden Partei ändert. Diese muss in ihrem Gesuch mit substantiierten Behauptungen ihren Anspruch auf ein Bauhandwerkerpfandrecht begründen (OGer ZH, Urteil vom 20. Juni 2014, LF140031, E. II.3.3.). Die Begründung muss auf die Beilagen Bezug nehmen. Dabei gelten Sachverhaltselemente durch den Verweis auf die eingereichten Akten grundsätzlich nur dann als behauptet, wenn der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennt und aus dem Verweis in der Rechtsschrift selbst klar wird, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptungen gelten sollen (BK ZPO-HURNI, a.a.O., Art. 55 N 21). Sind das Gesuch und die eingereichten Unterlagen aber überschaubar, so wäre es überspitzt formalistisch, das Gesuch eines Laien mit der Begründung abzuweisen,

er habe nicht hinsichtlich jeder Tatsachenbehauptung präzise auf eine Klagebeilage verwiesen (OGer ZH, Urteil vom 1. April 2015, LF150007, E. 4).

3.1. Die Gesuchstellerin macht im Wesentlichen geltend, ihr Gesuch hinreichend begründet und sämtliche Eintragungsvoraussetzungen glaubhaft gemacht zu haben (act. 30 S. 6 E. 7). Dies wurde von der Vorinstanz verneint (act. 29 S. 5 E. IV.). Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob die Vorinstanz aufgrund der von der Gesuchstellerin behaupteten Tatsachen zu Recht zum Schluss gelangte, ein Pfandanspruch sei nicht glaubhaft gemacht.

3.2. Die Gesuchstellerin reichte ihr Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ohne anwaltliche Vertretung auf einem formularähnlichen Papier ein, welches nur die nötigsten Angaben enthielt (act. 1). Das Gesuch ist daher vom Umfang her äusserst bescheiden und einfach zu überblicken. Aus dem Gesuch ergibt sich, dass die Gesuchstellerin behauptet, eine Forderung gegen den Gesuchsgegner in der Höhe von Fr. 33'470.60 zuzüglich 5% Zins ab 6. Juni 2017 zu haben. Sodann wurde das Pfandobjekt – ein Grundstück in C._____ – bezeichnet und der Gesuchsgegner als Pfandeigentümer angegeben. Ausserdem erfolgte der Hinweis, die Arbeiten seien noch nicht vollendet, der letzte Arbeitstag sei jedoch am 10. Mai 2017 gewesen (act. 1). Als Beweismittel verwies die Gesuchstellerin auf die eingereichte Rechnung vom 6. Juni 2017. Darin listet die Gesuchstellerin auf, was sie geliefert und welche Arbeiten sie ausgeführt habe. Zudem ergibt sich daraus, wie sich der Betrag von Fr. 33'470.60 unter Berücksichtigung von Rabatt, Skonto und Teilzahlung zusammensetzt (act. 2/1). Auf die weiteren Beilagen verwies die Gesuchstellerin nicht. Da es sich aber um das Gesuch einer Laiin handelt und die Beilagen überschaubar sind, sind sie auch ohne entsprechenden Verweis zu berücksichtigen. Dies tat die Vorinstanz denn auch, zumal sie sowohl auf den Rapport als auch die E-Mail-Korrespondenz Bezug nahm (act. 29 S. 5 E. IV.). Aus dem eingereichten Wochenrapport ergibt sich, dass am 10. Mai 2017 am Arbeitsplatz "C._____ - B._____" der Boiler entleert, die Dichtung eingesetzt, die komplette Heizung gespült, der definitive Thermometer und Manometer eingesetzt und der Isoleur instruiert wurde (act. 2/2). Weiter liegt eine E-Mail Korrespondenz bei, in welcher die Isolation der Heizungsanlage angekün-

digst sowie die Beendigung der Arbeiten an der Heizungsanlage per 10. Mai 2017 in Aussicht gestellt wurde (act. 2/4). Schliesslich reichte die Gesuchstellerin eine Rechnung der D._____ GmbH ein, welche Arbeiten vom 10. Mai 2017 an der Liegenschaft in C._____ betrifft (act. 2/5). Dem Gesuch samt Beilagen lässt sich somit entnehmen, dass die Gesuchstellerin auf dem Grundstück des Gesuchsgegners Arbeiten ausgeführt hat bzw. ausführen liess, welche am 10. Mai 2017 beendet wurden, wofür ihr eine Forderung von Fr. 33'470.60 samt Zins zusteht. Es liegt ein schlüssiger Tatsachenvortrag vor. Die Gesuchstellerin als Laiin ist somit ihrer Behauptungslast hinreichend nachgekommen.

3.3. Dem hielt der Gesuchsgegner entgegen, die Fertigstellung, Inbetriebnahme und Abnahme der Heizung sei im Jahr 2015 erfolgt. Die Frist zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts habe mit der Inbetriebnahme der Heizung zu laufen begonnen, weshalb die Frist zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung bereits abgelaufen sei. Zudem bestehe keine Forderung, da bereits verrechnet worden sei (act. 13). Der Gesuchsgegner bestreitet somit den Bestand der Forderung sowie die Einhaltung der viermonatigen Eintragsfrist.

3.4.1. Hinsichtlich der Einhaltung der Frist macht der Gesuchsgegner geltend, das Werk sei bereits im Jahr 2015 vollendet worden. Dazu verweist er auf ein Schreiben der E._____ GmbH an die Gesuchstellerin vom 26. November 2015, welchem sich entnehmen lässt, für das Bauvorhaben seien noch Restleistungen bzw. Mängel an der Heizungsanlage zu erledigen. Es sei der undichte Warmwasserboiler auszutauschen und die Heizung in Betrieb zu nehmen (act. 14/2). Weiter verweist der Gesuchsgegner auf eine E-Mail der Gesuchstellerin vom 11. Dezember 2015 mit dem Betreff "C._____ - gestrige IBN". Das E-Mail scheint zwei Protokolle zu den Handtuchheizkörpern ("HTHK abgeg. 10.11.15.pdf, HTHK-Reg. Elektr. abgeg. 10.11.15.pdf"), ein Abnahmeprotokoll ("Abn. pro. 10.11.14 bt.pdf") sowie zwei Fotos als Anlagen enthalten zu haben, welche jedoch nicht eingereicht wurden. Der E-Mail lässt sich weiter entnehmen, dass die Heizung 24 Stunden reduziert, also auf Nachtabenkung, laufe und täglich kontrolliert werden müsse. Weiter heisst es in der E-Mail: "wir haben übergeben" (act. 14/3).

3.4.2. Die Frist zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts beginnt mit der Vollendung der Arbeit zu laufen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Das Bundesgericht legt den Begriff der Vollendungsarbeiten restriktiv aus. Bauarbeiten gelten grundsätzlich dann als vollendet, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages 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.). So sind reine Aufräumarbeiten oder der Abtransport von Material nicht als Vollendungsarbeiten zu qualifizieren und deshalb ohne Bedeutung für den Fristenlauf. Hingegen gelten vertragliche Leistungen, wenn sie für den bestimmungsgemässen Gebrauch und die Funktionstüchtigkeit notwendig sind (wie die Fertigstellung eines Kanalisationsanschlusses und die Auffüllung des Kanalisationsgrabens) oder wenn sie aus Sicherheitsgründen zu erbringen sind, als Vollendungsarbeiten, mögen sie auch noch so geringfügig sein (BSK ZGB II-THURNHERR, 5. Aufl. 2015, Art. 839/840 N 29). Die Abnahme des Werks durch den Bauherrn entspricht daher nicht dem Begriff der Arbeitsvollendung (BGer 5A_208/2010 vom 17. Juni 2010 E 5).

3.4.3. Die vom Gesuchsgegner eingereichten Unterlagen stützen seine Behauptung, wonach bereits im Jahr 2015 die Inbetriebnahme der Heizung erfolgt sei. Zudem scheint gemäss E-Mail vom 11. Dezember 2015 auch bereits im Dezember 2015 eine Abnahmen bzw. Übergabe stattgefunden zu haben (act. 14/3). Ob sich die E-Mail jedoch einzig auf die Handtuchheizkörper oder die ganze Heizungsanlage bezieht, lässt sich nicht nachvollziehen, zumal auch in der von der Gesuchstellerin eingereichten Mail-Korrespondenz vom 3. Mai 2017 von einer noch bevorstehenden Übergabe die Rede ist. Der Gesuchsgegner bestritt zudem nicht, dass am 10. Mai 2017 Arbeiten an der Heizung ausgeführt wurden. Insbesondere blieb unbestritten, dass die Isolation der Heizung an diesem Termin erfolgte. Die Isolationsarbeiten bildeten gemäss Offerte Bestandteil des Werkvertrags (vgl. act. 14/1; act. 2/5). Die Arbeiten können sodann nicht als offensichtlich geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten, wie Aufräumarbeiten oder der Abtransport von Material bezeichnet werden. Es

erscheint deshalb weder ausgeschlossen noch höchst unwahrscheinlich, dass es sich dabei – trotz einer allfälligen früheren Inbetriebnahme der Heizung – um frist- auslösende Vollendungsarbeiten handelt. Daher ist im Rahmen der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts davon auszugehen, die Eintrags- frist sei gewahrt, auch wenn unklar ist, weshalb rund eineinhalb Jahre zwischen der – allfälligen – Inbetriebnahme und den geltend gemachten Arbeiten verstri- chen sind. Die Klärung dieser Frage sowie der Entscheid über Bestand und Um- fang des Pfandrechts bleibt jedoch dem Gericht im Verfahren um definitive Ein- tragung des Pfandrechts vorbehalten.

3.5. Der Gesuchsgegner wendete weiter ein, es bestehe zufolge Verrechnung keine Forderung mehr. Er machte geltend, im Jahr 2015 für Herrn X. _____ Plat- tenarbeiten an Objekten in G. _____ ausgeführt zu haben. Diese Arbeiten seien am 23. März 2016 abgerechnet worden. Die Höhe der Kosten belaufe sich auf Fr. 32'387.41. Es sei am 26. Mai 2017 eine Zahlung in der Höhe von Fr. 12'000.– erfolgt. Zwischen Herrn F. _____ und Herrn X. _____ sei vereinbart worden, die Plattenarbeiten mit der offenen Zahlung in C. _____ zu verrechnen, weshalb keine Forderung von Herrn X. _____ gegen die E. _____ GmbH bestehe (act. 13). Als Beweismittel reichte der Gesuchsgegner eine Zusammenstellung offener Beträge für die Baustelle G. _____ per 23. März 2016 ein (act. 14/4 Blatt 2). Weiter liegt ein Schreiben der E. _____ GmbH vom 23. März 2016 bei den Akten, mit welchem diese der Gesuchstellerin anzeigte, eine offene Forderung aus einer Baustelle in G. _____ in der Höhe von Fr. 32'387.41 mit der Teilrechnung . zu verrechnen (act. 14/4 Blatt 1). Die – ebenfalls beigelegte – Teilrechnung ... der Gesuchstelle- rin datiert vom 3. März 2015, betrifft die Liegenschaft des Gesuchsgegners in C. _____ und ist an die H. _____ ... [Ort] adressiert (act. 14/4 Blatt 3). Wie die ver- schiedenen Firmen und genannten Personen zueinander stehen, wurde vom Ge- suchsgegner nicht dargelegt.

Die geltend gemachte Forderung für Arbeiten in G. _____ wurde von der Ge- suchstellerin nicht anerkannt und es ist zum jetzigen Zeitpunkt nicht erwiesen, dass sie tatsächlich im behaupteten Umfang besteht. Der Gesuchsgegner reichte einzig eine tabellarische Zusammenstellung angeblicher Rechnungen ein

(act. 14/2 Blatt 2). Zudem ist unklar, in welchem Umfang verrechnet worden sein soll, zumal gemäss Ausführungen des Gesuchsgegners am 26. Mai 2017 trotz angeblicher Verrechnung eine Zahlung in der Höhe von Fr. 12'000.– erfolgt sei (act. 13). Daher vermag der Einwand des Gesuchsgegners – unabhängig von der Frage, wem die Werklohnforderung gegenüber wem zustünde und wer gegenüber wem zur Verrechnung legitimiert wäre – den Bestand der von der Gesuchstellerin glaubhaft gemachten Werklohnforderung und ihr daraus resultierendes Pfandrecht nicht *mit Sicherheit* auszuschliessen. Im Verfahren der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ist deshalb vom Bestand der Forderung der Gesuchstellerin in der Höhe von Fr. 33'470.60 auszugehen.

4. Da sämtliche Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts von der Gesuchstellerin glaubhaft gemacht wurden, wäre das Gesuch gutzuheissen gewesen. Der angefochtene Entscheid ist somit aufzuheben und die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt C. _____ ist als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB zu bestätigen.

5. Der Gesuchstellerin ist sodann Frist anzusetzen, um direkt beim zuständigen Gericht Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen den Gesuchsgegner anzuheben.

IV.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1.1. Die von der Vorinstanz für ihr Verfahren festgesetzte Entscheidgebühr von Fr. 2'000.– wurde nicht beanstandet, weshalb es dabei bleibt.

1.2. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens sind gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen.

2. Über den Pfandanspruch der Gesuchstellerin ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob die Gesuchstellerin endgültig obsiegt. Daher rechtfertigt es sich, hier gestützt auf Art. 104 Abs. 3 ZPO lediglich eine einstweilige Kostenregelung zu treffen. Praxisgemäss sind die Kosten daher einstweilen von der Gesuchstellerin zu beziehen und mit

den von ihr geleisteten Kostenvorschüssen zu verrechnen. Vorbehalten bleibt die endgültige Festsetzung und Verteilung der Prozesskosten durch das ordentliche Gericht. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin die ordentliche Klage nicht fristgerecht anhängig macht, sind ihr die Kosten endgültig aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3. Auch der Entscheid über die Parteientschädigung ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch jedoch nicht prosequieren sollte, ist dem Gesuchsgegner keine Parteientschädigung zuzusprechen, da er keine verlangt (act. 13; act. 40).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen. Das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 13. Februar 2018 wird aufgehoben.
2. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt C._____ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügungen vom 7. September 2017 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 3 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., ... [Adresse], für eine Pfandsumme von Fr. 33'470.60 nebst Zins zu 5% seit 6. Juni 2017.
3. Der Gesuchstellerin wird eine Frist von 60 Tagen ab Zustellung dieses Urteils angesetzt, um direkt beim zuständigen Gericht eine Klage auf Feststellung der Forderung als Pfandsumme und definitive Eintragung des Pfandrechts gegen den Gesuchsgegner anzuheben. Bei Säumnis kann der Gesuchsgegner die Löschung des vorläufigen Eintrags (Dispositiv Ziffer 2) beantragen.
4. Die von der Vorinstanz erhobenen Gerichtskosten werden bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.

6. Die Kosten des erst- und zweitinstanzliche Verfahrens werden von der Gesuchstellerin bezogen, unter Verrechnung der geleisteten Kostenvorschüsse. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 2 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.
7. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 2 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Grundbuchamt C._____, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
9. 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. 33'470.60.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw J. Nagel

versandt am: