

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF140087-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 16. Dezember 2014

in Sachen

A._____ **AG**,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

1. **B.**_____,

2. **C.**_____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 17. Oktober 2014 (ES140028)

Rechtsbegehren (act. 1 S. 3-4):

- " 1. Es sei für **Handwerkerforderungen** der Gesuchstellerin A. _____ **AG** mit Sitz in ... gegenüber D. _____ **AG**, mit Sitz in ... von Fr. 119'063.45 zuzüglich 5 % Zins seit dem 12. Juni 2014 zu Lasten folgender Liegenschaften als Pfandsumme ein Bauhandwerkerpfandrecht im Sinne von Art. 839 ff ZGB zunächst superprovisorisch vorläufig, hernach vorläufig im Sinne von Art. 961 schliesslich definitiv im Grundbuch E'. _____ einzutragen wie folgt:

GBBl.	Miteigentums- quote (recte: Kat.-Nr.)	Eigentümer	Forderung	5 % Zins seit
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
...	...	B'. _____ C. _____ je ME ½	18'919.25	12.2014 (recte: 12.6.2014)

2. Es sei zufolge zeitlicher Dringlichkeit ohne Anhörung der Gesuchsgegner in einer **superprovisorischen Verfügung** das Grundbuchamt E'. _____ [recte: E. _____] anzuweisen, die gemäss Ziff. 1 hiervor beantragten Bauhandwerkerpfandrechte sofort vorläufig im Grundbuch einzutragen.
3. Der Gesuchstellerin sei nach Bestätigung der vorläufigen Eintragung Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes gemäss Ziff. 1 hievor einzureichen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inklusive MwSt. zu Lasten der Gesuchsgegner."

Urteil des Bezirksgerichtes (act. 20 S. 11-12):

1. Das Begehren wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt E. _____ wird angewiesen, die gemäss vorsorglicher Anweisung an das Grundbuchamt vom 10. Juni 2014 zugunsten der Gesuchstellerin auf der Liegenschaft der Gesuchsgegner, Gbbl. ..., Kat.-Nr. ..., ...strasse, Grundbuchamt E. _____, für eine Forderung von Fr. 18'919.25 nebst Zins zu 5 % seit 12. Juni 2014 erfolgte Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechtes zu löschen.

3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'330.-; hinzu kommen als Barauslagen die Kosten des Grundbuchamtes von Fr. 56.- (weitere ausstehende Kosten des Grundbuchamtes bleiben vorbehalten).
 4. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
 5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, den Gesuchsgegnerin (recte: Gesuchsgegnern) eine Parteientschädigung von Fr. 1'620.- auszurichten.
- 6./7. Schriftliche Mitteilung/Rechtsmittelbelehrung."

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin (act. 21 S. 2-3):

- "1. Das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben und die vorsorgliche Anweisung an das Grundbuchamt E. _____ vom 10. Juni 2014 zu Gunsten der Berufungsklägerin auf der Liegenschaft der Berufungsbeklagten GBB1 ..., Kat.-Nr. ..., ...strasse, Grundbuchamt E. _____ für eine Forderung von Fr. 18'919.25 nebst Zins zu 5% ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig vorzumerken, sei zu bestätigen;
2. Eventuell sei das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels zurück zu weisen;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) für beide Instanzen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1. Die Firma A._____ AG (Gesuchstellerin und Berufungsklägerin) hat gestützt auf den mit D._____ AG (Generalunternehmerin) am 21./24. Mai 2013 abgeschlossenen Werkvertrag betreffend Bauobjekt Überbauung '...strasse' ... (...) Neubau 1 DEFH + 6 EFH u.a. im Haus von B'._____ (nunmehr: B._____) und C._____ (Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte) Sanitärarbeiten ausgeführt (act. 3/6 S. 1). Entsprechend dem am 10. Juni 2014 beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur eingegangenen Gesuch der Firma A._____ AG auf superprovisorische (und anschliessend vorläufige) Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes zu Lasten der Grundeigentümer B'._____ und C._____ wies das Einzelgericht im summarischen Verfahren das Grundbuchamt E._____ mit Verfügung vom 10. Juni 2014 an, das verlangte Pfandrecht im Sinne von Art. 961 ZGB vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Nach schriftlicher Anhörung der Parteien (act. 10 und act. 15) wies die Vorinstanz mit Urteil vom 17. Oktober 2014 das Begehren (um vorläufige Eintragung) ab. Ferner wies sie das Grundbuchamt E._____ an, die gemäss vorsorglicher Anweisung an das Grundbuchamt vom 10. Juni 2014 zugunsten der Gesuchstellerin auf der Liegenschaft der Gesuchsgegner, Gbbl. ..., Kat.-Nr. ..., ...strasse, Grundbuchamt E._____, für eine Forderung von Fr. 18'919.25 nebst Zins zu 5% seit 12. Juni 2014 erfolgte Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu löschen (act. 20 S. 11 Dispositiv Ziffern 1-2).
2. Gegen diesen Entscheid erhob A._____ AG mit obenerwähntem Rechtsbegehren Berufung (act. 21). Mit Verfügung vom 7. November 2014 wurde der Berufungsklägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 25), welcher innert Frist bezahlt wurde (act. 27 i.V.m. act. 25 und act. 26). Da sich die Berufung, was sich aus nachfolgenden Erwägungen ergibt, als offensichtlich unbegründet erweist, ist keine Berufungsantwort einzuholen (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

3. Die Berufung hat grundsätzlich aufschiebende Wirkung (act. 315 Abs. 1 ZPO). Eine Ausnahme gilt für die Berufung gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO). Die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im summarischen Verfahren stellt eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 261 ff. ZPO und Art. 6 Abs. 5 ZPO dar (BGE 137 III 563 Erw. 3.3-4). Die Vollstreckung vorsorglicher Massnahmen kann ausnahmsweise aufgeschoben werden, wenn der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 315 Abs. 5 ZPO). Hierzu braucht es allerdings einen entsprechenden Parteiantrag (ZK ZPO-Reetz/Hilber, 2. Auflage, Art. 215 N 61 und N 66). Die anwaltlich vertretene Berufungsklägerin hat vorliegend kein explizites Gesuch um aufschiebende Wirkung gestellt, weshalb der vorinstanzliche Entscheid vollstreckbar ist.

4. a) Die Berufungsklägerin begründete ihre Berechtigung für den Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechts in ihrem Gesuch vom 10. Juni 2014 unter Hinweis auf den Wochenrapport "Montage Sanitär" der Woche 24. bis 28. Februar 2014 und den Tagesrapport Nr. 10695 vom 23. Februar 2014 (Einbau eines Abzweigers für die Enthärtungsanlage in der Waschküche beim Ablauf der Tropfrinne) mit den letzten werkvertraglichen Arbeiten – Fertigmontage der Apparate – vom 24. Februar 2014 in der Liegenschaft der Gesuchsgegner (vgl. act. 20 Erw. 2.1 S. 4, act. 1 S. 10, act. 3/18b, act. 3/18a). In ihrer Stellungnahme stellten sich die Grundeigentümer auf den Standpunkt, die in ihrem Haus installierten sanitären Anlagen seien allesamt schon Ende November 2013 eingebaut worden. Der Kauf und die Montage einer Entkalkungsanlage seien zudem gar nicht Bestandteil des Werkvertrages mit der konkursiten Generalunternehmerin gewesen. Die Entkalkungsanlage hätten sie direkt bei F._____ bestellt und separat vergütet (act. 10 S. 3-4). Der Einbau der Abzweigung sei auf Veranlassung des Gesuchsgegners 2 von der Gesuchstellerin – also aufgrund eines direkten Auftrages des Gesuchsgegners 2 an die Gesuchstellerin – vorgenommen worden (act. 10 S. 4). Am 24. Februar 2014 seien Apparate im Bad entfernt und wieder montiert worden. Diese Arbeiten seien aufgrund von Garantiarbeiten des Plattenlegers erforderlich geworden, weshalb sie nicht Bestandteil des ursprünglichen Werk-

vertrags und damit nicht fristauslösend gewesen seien (act. 10 S. 6). In ihrer Stellungnahme zu diesen Ausführungen der Berufungsbeklagten anerkannte die Berufungsklägerin diese Sachverhaltsdarstellungen und stützte ihr Eintragungsbegehren neu auf die noch ausstehende Arbeitsleistung bezüglich der Beschriftung der Wasserleitungen. Dies gehöre zu ihrer werkvertraglichen Verpflichtung mit dem Inhalt: "Alle Stränge sind separat abstell- und entleerbar, sowie mit einem Bezeichnungsschild versehen". Die Gesuchsgegner hätten am 15. März 2014 u.a. reklamiert, die Leitungen seien noch nicht beschriftet. Gestützt darauf habe die Bauleitung der Generalunternehmerin die Gesuchstellerin angewiesen, die Leitungen zu beschriften. Am 8. Mai 2014 habe sie, handelnd durch G._____, die Leitungen beschriften wollen, doch seien die Gesuchsgegner abwesend gewesen. Die Bauleitung habe die Gesuchstellerin davon in Kenntnis gesetzt und gemahnt, die Beschriftung der Wasserleitungen trotz fehlgeschlagenem Versuch nicht zu vergessen (act. 15 S. 3-4). Die vertraglich vorgeschriebene Leitungsbeschriftung sei nicht nur sinnvoll, sondern zwecks Schadenvermeidung/Minimierung im Notfall unumgänglich. Aktenkundigerweise sei die Beschriftung weder am 15. März, noch am 8. Mai angebracht worden, somit sei Fristbeginn frühestens der 8. Mai 2014 bzw. die Endmontage (act. 15 S. 5).

b) Die Vorinstanz erwog u.a, die Parteien hätten im Summarverfahren dem Gericht den Sachverhalt (mit zugehörigen Beweismitteln) bereits im Gesuch bzw. in der Stellungnahme zum Gesuch beizubringen. Der Zeitpunkt, bis zu welchem die Parteien ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel unbeschränkt vorbringen könnten, könne nicht von der Zufälligkeit des jeweiligen Falles abhängen, d.h. von der Zufälligkeit, ob das Gericht eine Hauptverhandlung anordne oder nicht (Art. 256 Abs. 2 ZPO). Um das rechtliche Gehör der Parteien zu gewährleisten, müssten jedoch echte und (entschuldbar nicht früher vorgebrachte) unechte Noven (im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. a und b ZPO) berücksichtigt werden, sofern sie vorgebracht werden (act. 20 Erw. 2.4.1a). Der Gesuchstellerin sei in Anwendung von Art. 53 ZPO zur Gewährung ihres rechtlichen Gehörs Frist zur Vernehmlassung zur Stellungnahme der Gesuchsgegner angesetzt worden. Der von der Gesuchstellerin in dieser Stel-

lungnahme neu vorgebrachte Sachverhalt stelle ein unechtes Novum dar, da die neu vorgebrachten Tatsachen auf bereits mit dem ursprünglichen Gesuch eingereichten Beweismitteln (act. 3/12c und act. 3/12d, recte: e) beruhen. Da von der Gesuchstellerin weder dargelegt wurde, noch sich aus den Akten ergebe, weshalb diese Tatsachenbehauptungen trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits im ursprünglichen Gesuch vorgebracht werden konnten, könne der von der Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme zur Stellungnahme der Gesuchsgegner neu vorgebrachte Sachverhalt im vorliegenden Summarverfahren nicht mehr berücksichtigt werden (act. 20 Erw. 2.4.1.b S. 9). Selbst wenn der neu vorgebrachte Sachverhalt zu berücksichtigen wäre, würde dies im Ergebnis nichts ändern, da der Unternehmer dabei zu behaftet sei, wenn er durch sein eigenes Verhalten den (unzutreffenden) Anschein der Arbeitsvollendung erweckt habe. Die Gesuchstellerin habe es unterlassen zu behaupten, wann sie vor den bereits als nicht fristauslösend abgehandelten weiteren Arbeiten vom Februar 2014 letztmals auf der Liegenschaft der Gesuchsgegner Arbeiten verrichtet und wann sie die übrigen sanitären Anlagen dort eingebaut habe; es sei damit gestützt auf die Darstellung der Gesuchsgegner davon auszugehen, dass dies nicht nach November 2013 gewesen sei. Weshalb die Gesuchsgegner davon hätten ausgehen müssen, dass die Arbeiten dann noch nicht eingestellt worden seien, sei ebenfalls nicht behauptet worden. Entsprechend sei davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin den Anschein erweckte, ihre Arbeit eingestellt zu haben. Die Gesuchstellerin habe es ebenfalls unterlassen zu begründen, weshalb die Leitungen bisher noch nicht beschriftet worden seien. Vielmehr mache sie geltend, sie sei aufgrund einer Reklamation seitens der Gesuchsgegner am 15. März 2014 von der Bauleitung angewiesen worden, die Leitungen zu beschriften. Dies lasse letztlich nur den Schluss zu, dass sie die Beschriftung seit November (und damit für mindestens vier Monate) vergessen habe. Die Nichtbeschriftung der Leitungen erscheine als pflichtwidriges Verzögern der Arbeiten, was dazu führe, dass die Eintragsfrist bereits vor Arbeitsvollendung zu laufen beginne. Selbst wenn die Beschriftung der Leitungen von unter Druck stehenden Leitungen für deren Handhabung im

Schadenfall unumgänglich sei, ändere dies im Ergebnis nichts (act. 20 Erw. 2.4.2 S. 9-10). Die superprovisorisch erfolgte Eintragung erweise sich damit als unzutreffend; das Begehren der Gesuchstellerin um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sei deshalb abzuweisen und das Grundbuchamt anzuweisen, das superprovisorisch eingetragene Pfandrecht zu löschen (act. 20 Erw. 2.5 S. 10).

5. a) Die Berufungsklägerin führte in ihrer Berufungsschrift u.a. aus, im ordentlichen wie sinngemäss auch im summarischen Verfahren habe jede Partei zwei Möglichkeiten ohne Einschränkungen, insbesondere bei vollem Novenrecht, Behauptungen aufzustellen. Das erste Mal in der Klageschrift, das zweite Mal entweder in einem zweiten Schriftenwechsel oder in einer Instruktionsverhandlung oder zu Beginn der Hauptverhandlung. Daher sei der Ausschluss neuer Tatsachenbehauptungen, auch von unechten Noven, im zweiten Vortrag der Berufungsklägerin durch die Vorinstanz unzulässig. Der vorinstanzliche Hinweis auf eine mögliche Prozessverschleppung erscheine als untaugliche Begründung, weil die Vorinstanz von sich aus eine Vernehmlassung eröffnet und der Berufungsklägerin hiezu Frist angesetzt habe. Damit habe die Vorinstanz mit neuen Tatsachenbehauptungen und Bestreitungen rechnen müssen, und es sei nicht einzusehen, weshalb solche gegen das Beschleunigungsverbot verstossen sollten (act. 21 S. 6). Von einer Prozessverschleppung könne auch deshalb nicht die Rede sein, weil die Vorinstanz korrekterweise auch den Berufungsbeklagten eine Stellungnahme und einen zweiten Vortrag hätte einräumen müssen, was sie indessen unterlassen habe. Wohl weise die Vorinstanz darauf hin, dass im Summarium nicht zum vornherein feststehe, ob es einen zweiten Schriftenwechsel, eine Instruktionsverhandlung oder eine Hauptverhandlung gebe. Unzulässig sei der Schluss deshalb, weil damit das Novenrecht beschränkt wäre und vorzeitig Aktenschluss eintrete. Das Replikrecht werde in der Praxis so gewährt, dass der Gegenpartei Frist zur (fakultativen) Vernehmlassung und Hinweis auf Präklusivfolgen eingeräumt werde. Wenn aber eine solche Eingabe, wie sie die Vorinstanz ausdrücklich unter Fristansetzung zuliess, eingehe, so sei auch das Novenrecht zu berücksichtigen. Unerheblich sei dabei, jedenfalls

im zweiten Vortrag, ob echte oder unechte Noven geltend gemacht werden. Sollte die angefochtene Praxis der Vorinstanz Schule machen, so bedeute dies, dass trotz Zulassens eines zweiten Schriftenwechsels Aktenschluss und Novenausschluss bereits nach dem ersten Schriftenwechsel eintrete, was vor der Bestimmung von Art. 229 ZPO nicht standhalte, weil im zweiten Schriftenwechsel oder an der Instruktionsverhandlung unbeschränktes Novenrecht zulässig sei (act. 21 S. 7). Die Vorinstanz habe deshalb zu Unrecht den von ihr – der Berufungsklägerin – in ihrem zweiten Vortrag neu eingebrachten Sachverhalt nicht berücksichtigt, was zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führe (act. 21 S. 8). In verfahrensrechtlicher Hinsicht machte die Berufungsklägerin auch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, da ihr zweiter Vortrag den Berufungsbeklagten nicht zur Beantwortung überlassen worden sei. Falls keine Heilung durch die im vorliegenden Verfahren einzureichende Berufungsantwort möglich sei, sei das vorinstanzliche Verfahren aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung des Schriftenwechsels an die Vorinstanz zurückzuweisen (act. 21 S. 4, S. 9-10).

b) In Bezug auf die materielle Abweisung des Gesuches brachte die Berufungsklägerin vor, sie habe die Schildermontage nicht vergessen. Sie sei beim datumsässigen (nicht aktenkundigen) Einzug der Berufungsbeklagten nicht anwesend gewesen, insbesondere nicht bei der Abnahme des Einfamilienhauses mit der Generalunternehmung; sie sei weder dabei gewesen noch aufgeboten worden zur Schlusskontrolle durch das Wasserwerk. Insbesondere habe auch keine Abnahme der werkvertraglichen Leistungen der Berufungsklägerin mit der Generalunternehmerin vor oder nach der Konkurseröffnung stattgefunden. Ihr könne nicht unterstellt werden, sie hätte die Leitungsbeschriftungen absichtlich aufgeschoben. Solche Schilder seien individuell zu bestellen und bei ihr nicht vorrätig und seien zwingend bei der Abnahme einerseits durch den Generalunternehmer andererseits des Wasserwerkes zu installieren. Eine entsprechende Weisung durch die Bauleitung sei nach der Reklamation durch die Berufungsbeklagten vom 15. März 2014 erfolgt und der Montageversuch am 8. Mai 2014. Unbestrittenermassen sei bis heute die Montage ausstehend. Ob und wann eine Schlusskontrolle

durch das Wasserwerk stattgefunden habe, entziehe sich ihrer Kenntnis, jedenfalls sei sie dazu nicht eingeladen worden. Es sei deshalb nicht glaubhaft, dass sie absichtlich von der Leistungsbeschriftung abgesehen habe, um sich zu einem späteren Zeitpunkt eine fristbegründende Arbeit aufzusparen. Darüber sei im ordentlichen Eintragsverfahren Beweis abzunehmen (act. 21 S. 9). Die Vorinstanz scheine immerhin anzuerkennen, dass die Berufungsbeklagten am 15. März 2014 die Beschriftung verlangten und die Bauleitung die Berufungsklägerin anwies, die Beschriftung zu vollziehen. Ebenso scheine die Vorinstanz davon auszugehen, dass ein Mitarbeiter von ihr – der Berufungsklägerin – am 8. Mai 2014 versucht habe, die Montage zu vollziehen, jedoch keinen Einlass hatte. Überdies scheine die Vorinstanz davon auszugehen, dass die Beschriftung von unter Druck stehenden Leitungen für deren Handlung im Schadenfall unumgänglich sei. Damit sei davon auszugehen, es sei glaubhaft, dass es sich bei der Leitungsbeschriftung um eine funktionell notwendige Vollendungsarbeit handle, dass sie Bestandteil des Werkvertrages mit der Generalunternehmerin sei, dass diese Fertigstellungsarbeit noch offen sei und seit der Konkurseröffnung vom 4. Juni 2014 keine Weisungen mehr erfolgt seien (act. 21 S. 8).

6. Die Berufungsklägerin rügte u.a., dass die Vorinstanz den Berufungsbeklagten ihre Stellungnahme zur Stellungnahme erst mit dem Endentscheid, anstatt vorgängig zustellte, und damit den Berufungsbeklagten verunmöglichte, eine zweite Rechtsschrift einzureichen. Damit machte sie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Gegenpartei geltend, was einzig die Berufungsbeklagten als Betroffene rügen könnten. Es ist deshalb darauf nicht einzutreten.
7. Das Massnahmeverfahren (Art. 261 ff. ZPO) gehört zum summarischen Verfahren (Art. 248 lit. d ZPO). Dieses ist geregelt in den Art. 252 ff. ZPO. Zusätzlich gelten sinngemäss die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 219 ZPO i.V.m. Art. 220 ff. ZPO). Gemäss Art. 254 Abs. 1 ZPO ist im summarischen Verfahren Beweis grundsätzlich durch Urkunden zu erbringen. Weiter sieht das Gesetz im

summarischen Verfahren keinen doppelten Schriftenwechsel vor (Art. 253 ZPO; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, 2. Auflage, Art. 252 N 7). Eine Massnahmeklägerin hat mithin ihr gesamtes Klagefundament (substantiiertes Parteivortrag, Beweismittelnennung und - soweit möglich - Beweismittelvorlegung) mit dem Massnahmebegehren zu liefern. Davon ausgenommen sind Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, bei welchen es sich um Noven im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO handelt. Zudem kann die Klägerin im Rahmen des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu den von der Beklagten vorgebrachten Noven Stellung nehmen. Die blosser Bestreitung des gegnerischen Parteivortrages stellt kein Novum dar und muss von einer Klägerin grundsätzlich vorausgesetzt werden. Im Summarverfahren tritt also der Aktenschluss nach dem ersten Schriftenwechsel ein. Dieses Vorgehen steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum Aktenschluss, wenn im ordentlichen Verfahren ausnahmsweise ein zweiter Schriftenwechsel (Art. 225 ZPO) stattfand. Das Bundesgericht hat unter Hinweis auf Art. 229 Abs. 1 ZPO festgehalten, nach einem zweifachen Schriftenwechsel trete der Aktenschluss ein, unabhängig davon, ob noch eine Instruktionsverhandlung stattfinde. Neue Tatsachen und Beweismittel könnten danach nur noch nach den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO eingebracht werden. Wäre es möglich, an einer einem doppelten Schriftenwechsel folgenden Instruktionsverhandlung (bzw. bei allfälligen mehreren Instruktionsverhandlungen an der letzten) noch unbeschränkt Tatsachen vorzubringen, wäre die Eventualmaxime in das Ermessen des Gerichts gestellt und eine Partei wüsste von vornherein nie, wann der Aktenschluss eintrete. Ein solches Vorgehen – so das Bundesgericht – widerspreche einem geordneten und für die Parteien berechenbaren Prozessablauf (BGE 140 III 312 Erw. 6.3.2.3). Dass der Berufungsklägerin mit Verfügung vom 6. August 2014 förmlich, unter Säumnisandrohung, Frist angesetzt wurde, sich zur Stellungnahme der Berufungsbeklagten zu äussern, bedeutet nicht, dass damit ein zweiter Schriftenwechsel im Sinne von Art. 225 ZPO eingeleitet wurde. Das ist von Gesetzes wegen ausgeschlossen, da das Summarverfahren keinen zweiten Schriftenwechsel kennt, wie oben ausgeführt wurde.

Ob damit vorliegend eine Prozessverschleppung verbunden wäre, ist unerheblich. Da die Berufungsbeklagten in ihrer Stellungnahme Noven vorgebracht hatten, war es angezeigt, dass die Vorinstanz der Berufungsklägerin die Eingabe nicht nur zur Kenntnisnahme zustellte, sondern unter Säumnisandrohung Frist zur Stellungnahme ansetzte. Die von der Berufungsklägerin in dieser Stellungnahme dargelegten Noven konnte die Vorinstanz somit nur berücksichtigen, soweit es sich um echte oder trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebrachte unechte Noven (Art. 229 Abs. 1 ZPO) handelte. Das Einzelgericht liess zu Recht die Noven der Berufungsklägerin in ihrer Stellungnahme vom 26. August 2014 (act. 15) nicht zu. Es handelte sich bei den neuen Vorbringen um unechte Noven, da sie auf bereits mit dem Gesuch eingereichten Beweismitteln (act. 3/12c und act. 3/12e) beruhten. Die Berufungsklägerin hätte also kundtun müssen, weshalb die Noven trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten. Dies hat sie unterlassen. Somit durfte die Vorinstanz die neuen Tatsachenbehauptungen bezüglich Beschriftung der Wasserleitungen auch nicht berücksichtigen. Mit der Anerkennung der Tatsachenbehauptungen der Berufungsbeklagten durch die Berufungsklägerin in ihrer Stellungnahme zur Stellungnahme wurde ihrem Massnahmebegehren das Fundament entzogen, d.h. ihr geltend gemachter Anspruch auf ein Bauhandwerkerpfandrecht und das damit verbundene Gesuch um vorläufige Eintragung des Pfandrechtes blieb unbegründet. Demzufolge musste das Gesuch von der Vorinstanz abgewiesen werden, was auch zur Abweisung der Berufung führt.

8. a) Selbst wenn aber die Noven berücksichtigt werden müssten, wäre die Berufung abzuweisen.
- b) Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts für Forderungen von Handwerkern und Unternehmern, die zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gegen

den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks (siehe BGE 92 II 227, Rainer Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht 3. Auflage, Rz 869 ff.). Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach Vollendung der Arbeiten zu geschehen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Es handelt sich um eine Verwirkungsfrist, deren Ablauf das Erlöschen des Anspruchs auf Eintragung des Grundpfandrechts bewirkt (BSK ZGB-Hofstetter/Thurnherr, 4. Aufl., Art. 837/838 N 23). Bei einer vorläufigen Eintragung des Pfandrechts, wie vorliegend, muss die Gesuchstellerin ihr Begehren nur glaubhaft machen. An die Glaubhaftmachung sind nach konstanter Lehre und Praxis keine strengen Anforderungen zu stellen. Das herabgesetzte Beweismass der Glaubhaftmachung ändert jedoch nichts an der Behauptungs- und Substantiierungslast des Gesuchstellers. Dieser muss in seinem Gesuch mit substantiierten Behauptungen seinen Anspruch auf ein Bauhandwerkerpfandrecht und dessen Dringlichkeit begründen (Art. 219 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO). Lediglich in besonders einfachen Fällen ist es zulässig, dass ein schriftlich eingereichtes Gesuch allein das Rechtsbegehren und die erforderlichen Beweismittel enthält, ohne die Sachverhaltsdarstellungen im Gesuch aufzuführen (Rainer Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage, Rz 597). Die vorläufige Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts darf nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfall ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechts dem ordentlichen Gericht vorzubehalten. Das gilt namentlich bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 86 I 270; BGE 112 Ib 484, Rainer Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Auflage, Rz 1394 ff.)

Die Verwirkungsfrist beginnt nach "Vollendung der Arbeit" zu laufen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Als vollendet hat die Arbeit zu gelten, 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 der Ersatz gelieferter, aber fehlerhafter Teile oder die Behebung anderer Mängel; solche Arbeiten ver-

mögen nicht erst den Beginn der Eintragsfrist auszulösen. Geringfügige Arbeiten gelten aber dann als Vollendungsarbeiten, wenn sie unerlässlich und damit funktionell notwendig sind. Insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt. Zu den Vollendungsarbeiten gehören deshalb auch solche, die aus Sicherheitsgründen ausgeführt wurden, und zwar auch dann, wenn sie nur wenig Aufwand und Material erforderten. Arbeitsvollendung im Sinne des Art. 839 Abs. 2 ZGB bedeutet aber nicht Vollendung des Werkvertrages. Arbeit im Sinne des Art. 839 Abs. 2 ZGB und Werk im Sinne des Art. 363 OR sind nicht vollständig deckungsgleich. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die Arbeit in einem Leistungsverzeichnis oder in einem Baubeschrieb aufgeführt und deshalb zur Vollendung des geschuldeten Werks im Sinne des Art. 363 OR geschuldet ist (BGE 125 III 113 Erw. 2b; BGE 102 II 206 Erw. 1b aa; Rainer Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage, Rz 236 ff.).

c) Ob die Berufungsklägerin ihre letzten Arbeiten auf dem Grundstück der Berufungsbeklagten im November 2013 ausführte und deshalb den Anschein erweckte, ihre Arbeit eingestellt zu haben, kann offen bleiben. Ebenso die Frage, ob die Berufungsklägerin, wovon die Vorinstanz ausgeht, die Beschriftung der Leitungen absichtlich hinausgezögert hat, um die Eintragsfrist zu verlängern.

9. Was die neu geltend gemachten Arbeiten betrifft, handelt es sich nicht um Sicherheitsarbeiten. Der Bau wurde nämlich trotz fehlender Beschriftung der Kaltwasserleitungen von der zuständigen Stelle abgenommen. Die Beschriftung ist auch nicht als funktionell notwendige Vollendungsarbeit zu qualifizieren. Die Wasserleitungen funktionierten auch ohne Beschriftung. Wie die Berufungsklägerin selber ausführte, dient die Leitungsbeschriftung bei einem Leitungsbruch der Schadenvermeidung bzw. -Minimierung. Im Schadensfall ist es sicher wünschenswert, wenn die Leitungen beschriftet sind. Ansonsten tut man wohl gut daran, kurz alle Wasserhähne abzudrehen. Dass diese Beschriftung der Leitungen Bestandteil des Werkvertrages war, spielt – wie

oben ausgeführt – keine Rolle. Die Beschriftungen sind deshalb als geringfügige Arbeiten zu qualifizieren, die keine Vollendungsarbeiten darstellen. Da die Berufungsklägerin nicht geltend gemacht hat, im Zeitraum Dezember bis Februar 2014 weitere für die Eintragung des Pfandrechtes relevante Arbeitsleistungen erbracht zu haben, hat sie die Eintragsfrist für das Bauhandwerkerpfandrecht verwirkt. Dies führt zur Abweisung der Berufung.

10. 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 – bleibt es bei der durch die Vorinstanz angeordneten Löschanweisung an das Grundbuchamt.
11. Ausgangsgemäss hat die Berufungsklägerin die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mangels Umtrieben ist den Berufungsbeklagten keine Prozessentschädigung zuzusprechen. Der dem Entscheid über die Kostenhöhe zugrunde liegende Streitwert beträgt Fr. 18'919.25 (§ 12 Abs. 2 GebV OG, vgl. act. 21 S. 2). Gestützt auf § 12 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG erweist sich daher eine Gerichtsgebühr von Fr. 2'100.– den Gegebenheiten und dem Aufwand des Rechtsmittelverfahrens als angemessen. Der von der Berufungsklägerin geleistete Kostenvorschuss (act. 27) ist zur Kostentilgung heranzuziehen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 17. Oktober 2014 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'100.- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das Berufungsverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten unter Beilage des Doppels von act. 21, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur, an das Grundbuchamt E._____ und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

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.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 18'919.25

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: