

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF180102-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie
Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Urteil vom 5. Februar 2019

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X._____,

gegen

B._____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter,

betreffend

Bauhandwerkerpfandrecht (vorläufige Eintragung)

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom
7. Dezember 2018 (ES180020)

Rechtsbegehren:

der Gesuchstellerin (act. 1 = act. 2, S. 2):

1. Das Grundbuchamt C._____ sei richterlich anzuweisen, auf dem nachfolgend aufgeführten Grundstück des Gesuchsgegners zu Gunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht wie folgt vorläufig einzutragen:
Grundstück des Gesuchsgegners, Grundbuch C._____, Grundbuch Blatt 1, Kataster Nr. 2,
Bauhandwerkerpfandrecht im Umfang von CHF 275'895.00.
2. Die Verfügung an das Grundbuchamt sei vorab superprovisorisch zu erlassen und die Tagebucheintragung sei bis spätestens 28. September 2018 vornehmen zu lassen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners.

des Gesuchgegners (act. 8):

Hiermit stelle ich den Antrag, die superprovisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts auf meinem Grundstück an der D._____ - Strasse ... in C._____, Kataster-Nr. 2 zu löschen.

Weiter beantrage ich, dass die durch die Löschung der superprovisorischen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts entstehenden Kosten durch die Gesuchstellerin zu tragen sind.

Ich beantrage weiter, dass ich für die bei mir entstandenen Aufwendungen durch die Gesuchstellerin entschädigt werde.

Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 7. Dezember 2018:

(act. 12 = act. 16 = act. 18)

1. Das Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt C._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung vom 28. September 2018 zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des Grundstücks des Gesuchgegners auf der Liegenschaft Grundbuch Blatt 1, Kataster Nr. 2, D._____ - Strasse ..., C._____ (EGRID: 3), vorläufig eingetragene Pfandrecht für eine Pfandsumme von Fr. 275'895.- nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen.
- 3.–6. [Kosten / Parteientschädigung / Mitteilung / Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (act. 17 S. 2):

1. Das Urteil der Vorinstanz vom 7. Dezember 2018 sei aufzuheben.
2. Das Grundbuchamt C._____ sei richterlich anzuweisen, auf dem nachfolgend aufgeführten Grundstück des Berufungsbeklagten zu Gunsten der Berufungsklägerin ein Bauhandwerkerpfandrecht wie folgt vorläufig einzutragen:

Grundstück des Berufungsbeklagten, Grundbuch C._____,
Grundbuch Blatt 1, Kataster Nr. 2, Bauhandwerkerpfandrecht im Umfang von CHF 275'895.00.
3. Der Berufungsklägerin sei nach Rechtskraft des summarischen Verfahrens eine Frist von 60 Tagen zur Einreichung einer Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzusetzen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsbeklagten.

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegner) ist Eigentümer des im Grundbuch C._____ eingetragenen Grundstücks Grundbuch Blatt 1, Kataster Nr. 2 (act. 4/3). Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) ist eine Aktiengesellschaft, welche Decorböden und Bodensysteme wie Unterlags-, Fließ- und Hartbetonböden, Isolationen und Zementüberzüge liefert und einbaut sowie allgemeine Bauarbeiten ausführt und damit im Zusammenhang stehende Beratungen erbringt (act. 4/2; act. 20).

1.2. Die Gesuchstellerin macht geltend, auf dem erwähnten Grundstück im Auftrag der E._____ AG Baumeisterarbeiten ausgeführt zu haben. Vom vereinbarten Werklohn, welcher gemäss Gesuchstellerin total Fr. 717'374.20 betrage, seien ihr

im Rahmen von sieben Akontozahlungen bisher Fr. 441'479.20 bezahlt worden. Dadurch bestehe eine offene Forderung von Fr. 275'895.– (vgl. act. 2).

2. Mit Eingabe vom 27. September 2018 stellte die Gesuchstellerin das eingangs wiedergegebene Rechtsbegehren (act. 1 = act. 2). Mit Verfügung vom 28. September 2018 wies das Bezirksgericht Bülach (fortan Vorinstanz) das Grundbuchamt C._____ superprovisorisch an, das beantragte Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen. Sodann setzte die Vorinstanz dem Gesuchsgegner Frist an, um gegen die provisorische Eintragung des Pfandrechts schriftlich Stellung zu nehmen (act. 5). Innert Frist reichte der Gesuchsgegner eine Stellungnahme ein (act. 8). Diese wurde der Gesuchstellerin mit Kurzbrief zur Kenntnis gebracht (act. 10), welche sich dazu nicht vernehmen liess. Mit Urteil vom 7. Dezember 2018 (act. 12 = act. 16 = act. 18, nachfolgend zitiert als act. 16) entschied die Vorinstanz im eingangs wiedergegebenen Sinn und wies das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ab.

3.1. Mit Eingabe vom 28. Dezember 2018 erhob die Gesuchstellerin fristgerecht (vgl. act. 13) Berufung gegen den Entscheid der Vorinstanz und stellte dabei die vorgenannten Anträge (act. 17 S. 2). Mit Verfügung vom 3. Januar 2019 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt und es wurde die Prozessleitung delegiert (act. 21). Die Gesuchstellerin leistete den Kostenvorschuss innert Frist (act. 23).

3.2. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–14). Eine Berufungsantwort ist nicht einzuholen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist spruchreif.

II.

Rechtliche Vorbemerkungen

1. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts 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. Entscheid der Vorinstanz und Standpunkt der Gesuchstellerin

1.1. Die Vorinstanz erwog, die Gesuchstellerin habe unter Geltung der Verhandlungsmaxime sämtliche Eintragungsvoraussetzungen nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB und in diesem Zusammenhang Bestand und Höhe der zu sichernden Forderung sowie die Einhaltung der viermonatigen Frist darzulegen. Zur Frage der Frist ergebe sich aus dem von der Gesuchstellerin eingereichten Arbeitsrapport (act. 4/7) nicht, dass Arbeiten auf dem Grundstück des Gesuchsgegners erfolgt seien. Die Gesuchstellerin habe es auch unterlassen, konkrete Angaben in Bezug auf Zeitpunkt, Art und Umfang der erbrachten Arbeit zu machen. Der Rapport sei nicht datiert und es sei unklar, von wem er unterzeichnet worden sei. Der Gesuchsgegner stelle denn die Echtheit bzw. Richtigkeit des Rapports in Abrede. Er mache geltend, nach der Rohbauabnahme am 24. April 2018 seien keine Zusatz- oder Nachtragsarbeiten in Auftrag gegeben worden. Erfolgte Arbeiten stellten gemäss dem Gesuchsgegner höchstens Mängelbehebungsarbeiten dar, welche für die Fristberechnung nicht relevant seien. Auch die von der Gesuchstellerin eingereichten Rechnungen datierten alle vor dem von ihr geltend gemachten

Zeitpunkt der angeblich letzten Arbeiten, und es ergebe sich aus diesen auch nicht, für welche Arbeiten konkret Rechnung gestellt wurde. Die Einhaltung der viermonatigen Eintragungsfrist sei insgesamt nicht genügend glaubhaft gemacht. Im weiteren erwog die Vorinstanz, auch Höhe und Bestand der Forderung hätten durch die Gesuchstellerin nicht glaubhaft gemacht werden können. Aus den eingereichten Dokumenten lasse sich diesbezüglich nichts zugunsten der Gesuchstellerin ableiten und die Beträge der von der Gesuchstellerin und vom Gesuchsgegner eingereichten Auftragsbestätigungen (act. 5/1 u. act. 9/2) seien nicht deckungsgleich. Insgesamt seien die Eintragungsvoraussetzungen durch die Gesuchstellerin damit nicht glaubhaft gemacht (act. 16).

1.2. Dagegen wendet die Gesuchstellerin ein, aus dem Arbeitsrapport (vgl. act. 4/7) seien Ort (C.____), entsprechende Mitarbeiter und Arbeitszeit sowie -stunden ersichtlich. Die Gesuchstellerin habe keine weiteren Baustellen in C.____. Von einem Mitarbeiter zu erwarten, dass er den Arbeitsrapport mit allen Details ausfülle, sei nicht praxisgemäss. In Übereinstimmung mit den Gesuchsbeilagen 12 und 13 (= act. 4/12 u. act. 4/13), welche die Vorinstanz in ihrem Entscheid nicht gewürdigt habe, welche aber von der Gegenseite nicht bestritten worden seien, sei sodann ersichtlich, dass die im Arbeitsrapport genannten Mitarbeiter diverse Arbeiten für die Gesuchstellerin in C.____ auf der Baustelle des Gesuchsgegners ausgeführt hätten. Aus Gesuchsbeilage 10 (= act. 4/10) sei ersichtlich, dass nach dem 30. April 2018 zahlreiche Materiallieferungen einzelner Firmen in einem beträchtlichen Gegenwert ausgeführt worden seien. Die Rohbauabnahme stelle in keiner Weise den Zeitpunkt der letzten Arbeiten dar und es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz dem Gesuchsgegner Glauben schenke, wenn dieser behaupte, die Frist berechne sich vier Monate ab Datum der Rohbauabnahme. Die Vorinstanz folge blindlings und unter Ignorierung der Gesuchsbeilagen 12 und 13 der Behauptung des Gesuchsgegners, bei den Arbeiten nach der Rohbauabnahme habe es sich nur noch um Mängelarbeiten gehandelt. Zum Zeitpunkt der Rohbauabnahme seien die Arbeiten gemäss Werkvertrag aber in keiner Weise abgeschlossen gewesen. Unter Berücksichtigung des extrem herabgesetzten Beweismasses des Glaubhaftmachens seien die genannten und ins Recht gereichten Belege mehr als ausreichend, um die vorläufige Eintra-

gung des Bauhandwerkerpfandrechts erwirken zu können. Entgegen der Vorinstanz sei denn auch nicht der Bestand der Forderung bestritten, sondern lediglich deren Höhe. Diese sei zwischen den Parteien offenbar unklar, und diesbezüglich müsse das Hauptverfahren Klarheit schaffen. Nichtsdestotrotz enthalte das Gesuch aber eine klare Begründung des geltend gemachten Pfandbetrages und die geltend gemachte Pfandforderung könne jedenfalls nicht als derart unwahrscheinlich beurteilt werden, dass auf eine Abweisung des Gesuchs geschlossen werden könne (act. 17).

2. Rechtliche Grundlage

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.).

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, 3. Aufl. 2016, Art. 261 N 25). Zu beachten ist hierbei die besondere Interessenslage bezüglich der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts. 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 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. An die Glaubhaftmachung sind daher keine strengen Anforderungen zu stellen. Sie darf nur 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 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. 2008, N 1394 f.; vgl. auch OGer ZH, LF170004, vom 13. April 2017, E. III./1.; OGer ZH, LF180018, vom 4. Juni 2018, E. III./2.).

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 Begehren 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 beweisenden Tatsachen zu behaupten, weshalb mit der Beweislast die Behauptungslast einhergeht. Der Behauptungslast 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. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiie-

rungslast. 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 genügt ein globaler Verweis auf eingereichte Unterlagen den Anforderungen an die Behauptungs- und Substantiierungslast 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.).

3. Würdigung

3.1 Nach dem Gesagten trifft die Gesuchstellerin die Behauptungs- und Beweislast bezüglich sämtlicher Voraussetzungen, welchen es für die vorläufige Eintragung 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 erfolgten Behauptungen der Gesuchstellerin grundsätzlich als ungenügend bzw. unsubstantiiert erachtete (vgl. act. 16 E. 3.2.).

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 Voraussetzungen nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, zum Tatsächlichen nur darauf hingewiesen 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 abgeschlossen 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._____

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 Liegenschaft des Gesuchsgegners gewesen wäre –, wird unter diesem Titel nichts behauptet. Lediglich in einem Nachsatz zu den Ausführungen unter dem Titel "Beweismass 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 "Baumeisterarbeiten" auf dem Grundstück des Gesuchsgegners durch die Gesuchstellerin geleistet wurden und deshalb die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts verlangt wird. Da der Gesuchsgegner den Umstand, die Gesuchstellerin habe Arbeiten auf seinem Grundstück erbracht, indes nicht bestreitet, scheinen die Vorbringen 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 Behauptung, 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 ausgeführt 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

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 Rechtschrift spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennt und aus dem Verweis *in der Rechtschrift 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 verpasst. Eine amtliche Rohbauabnahme habe am 24. April 2018 stattgefunden. Aus seinen Ausführungen ergibt sich, dass er offenbar der Ansicht ist, ab diesem Zeitpunkt 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 Fristberechnung nicht relevante, reine Mängelbehebungsarbeiten sein. Zum Beleg seines Standpunkts, es habe eine Rohbauabnahme in Anwesenheit der Gesuchstellerin 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.

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 blossе 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 Gesuchsgengers unbestritten, resp. unterliess die Gesuchstellerin es, ihre aufgestellten Behauptungen auf die Bestreitung hin hinreichend zu substantiieren.

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 Gesuchsgengers gehandelt haben müsse, [vgl. act. 17 S. 3], und dass die Rohbauabnahme nicht die letzte Arbeit dargestellt habe und

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).

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 berichtigen (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., insbes. 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 Sachverhaltselemente 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 Rechtmittelverfahren 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

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

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.

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

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.

3. Parteientschädigungen für das Rechtsmittelverfahren sind keine zuzusprechen. Der Gesuchstellerin nicht, da sie unterliegt, dem Gesuchsgegner nicht, da ihm im Rechtsmittelverfahren keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 7. Dezember 2018 (ES180020) wird bestätigt. Davon ausgenommen ist der Zeitpunkt der Löschung des Pfandrechts im Grundbuch, der gemäss nachfolgender Ziffer neu festgesetzt wird.

2. Das Grundbuchamt C._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Bezirksgerichtes Bülach vom 28. September 2018 zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des Gesuchsgegners für eine Pfandsumme von gesamthaft Fr. 275'895.– auf der Liegenschaft Grundbuch Blatt 1, Kataster Nr. 2, D._____ -Strasse ..., C._____ (EGRID: CH3) vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach Ablauf von vierzig Tagen ab Zustellung dieses Entscheids an die Gesuchstellerin zu löschen.

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

4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

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 Rechtmittelfrist 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 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: