

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF200067-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.  
R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiber PD Dr. S. Zogg

## Urteil vom 11. März 2021

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ AG,**

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt und Notar Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B. \_\_\_\_\_,**

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt M.A. HSG Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des  
Bezirksgerichtes Dietlikon vom 10. Dezember 2020 (ES200018)

**Ursprüngliches Rechtsbegehren:**

(act. 1a, S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt C. \_\_\_\_\_ (Notariat, Grundbuch- und Konkursamt C. \_\_\_\_\_, ... [Adresse]) sei im Sinne von Art. 961 ZGB (sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei) einstweilen anzuweisen, zu Gunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten der nachfolgenden Grundstücke der Gesuchsgegnerin die folgenden Pfandrechte vorläufig im Grundbuch einzutragen:  
Neubau Mehrfamilienhaus auf der Liegenschaft in C. \_\_\_\_\_, Grundbuchblatt 1, Liegenschaft, Kataster 2, D. \_\_\_\_\_-Strasse 1, C. \_\_\_\_\_, für eine Pfandsumme von CHF 115'273.40, nebst Zins zu 5 % auf CHF 13'253.40 seit 25.03.2020, auf CHF 89'716.05 seit 23.04.2020, auf CHF 2'651.25 seit 20.05.2020, auf CHF 9'512.70 seit 23.06.2020, auf Mahnspesen CHF 140.00 seit 29.06.2020 (Klageeinreichung).
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (einschliesslich MWST) zu Lasten der Gesuchsgegnerin.  
Bauherr: Frau B. \_\_\_\_\_ "

**Modifiziertes Rechtsbegehren:**

(act. 16)

- "1. In Gutheissung des Gesuchs der Klägerin / Gesuchstellerin vom 29. September 2020 sei das mit Verfügung des Bezirksgerichts Dietlikon, Einzelgericht, vom 30. September 2020 superprovisorisch eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu bestätigen bzw. es sei das beantragte Bauhandwerkerpfandrecht im Grundbuch vorläufig einzutragen.
2. Es sei der Klägerin / Gesuchstellerin eine Frist von drei Monaten zur Einreichung der Klage auf Eintragung des definitiven Bauhandwerkerpfandrechts anzusetzen.
3. Gegenteilige Anträge der Beklagten / Gesuchsgegnerin seien abzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten / Gesuchsgegnerin."

**Urteil des Bezirksgerichtes:**

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung vom 30. September 2020 zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin vorläufig eingetragene *Bauhandwerkerpfandrecht* zu löschen nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist oder nach Abschluss des obergerichtlichen Verfahrens, falls das Obergericht nichts anderes anordnet, auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBI. 1, D.\_\_\_\_\_ -Strasse 1, C.\_\_\_\_\_, für eine Pfandsumme von Fr. 115'273.40 nebst Zins zu 5 % auf Fr. 13'253.40 seit 25. März 2020, auf Fr. 89'716.05 seit 23. April 2020, auf Fr. 2'651.25 seit 20. Mai 2020, auf Fr. 9'512.70 seit 23. Juni 2020, auf Fr. 140.00 seit 29. Juni 2020.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'200.00 festgesetzt.
4. Die Entscheidgebühr wird der Gesuchstellerin auferlegt.
5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'947.55 zu bezahlen.

[Mitteilung / Rechtsmittel]

**Berufungsanträge:**

der Berufungsklägerin (act. 28):

- " 1. Der Entscheid des Bezirksgericht Dietlikon, Einzelgericht, vom 10. Dezember 2020, sei aufzuheben.
2. Der Entscheid des Bezirksgericht Dietlikon, Einzelgericht vom 10. Dezember 2020, sei wie folgt neu zu fassen:
  1. *In Gutheissung des Gesuchs der Klägerin / Gesuchstellerin vom 29. September 2020 wird das mit Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht, vom 30. September*

*2020 superprovisorisch eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht bestätigt bzw. es wird das beantragte Bauhandwerkerpfandrecht im Grundbuch vorläufig auf der Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBI. 1, D.\_\_\_\_\_-Strasse 1, eingetragen für eine Pfandsumme von CHF 115'273.40, nebst 5% Zins auf CHF 13'253.40 seit 25. März 2020, auf CHF 89'716.05 seit 23. April 2020, auf CHF 2'651.25 seit 20. Mai 2020, auf CHF 9'512.70 seit 23. Juni 2020, auf CHF 140.00 seit 29. Juni 2020.*

2. *Es wird der Klägerin / Gesuchstellerin eine Frist von drei Monaten zur Einreichung der Klage auf Eintragung des definitiven Bauhandwerkerpfandrechts angesetzt.*
  3. *Die Entscheidegebühr wird auf CHF 6'200.00 festgesetzt und der Gesuchsgegnerin auferlegt. Die Gerichtsgebühr wird aus dem Vorschuss der Klägerin / Gesuchstellerin von CHF 4'700.00 bezogen. Demzufolge wird die Gesuchsgegnerin verpflichtet, der Gesuchstellerin den von ihr bezahlten Gerichtskostenvorschuss von CHF 4'700.00 zu ersetzen.*
  4. *Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von CHF 3'947.55 zu bezahlen.*
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Gesuchsgegnerin / Berufungsbeklagten."

der Berufungsbeklagten (act. 38):

- " 1. Die Berufung sei abzuweisen und der Entscheid des Bezirksgerichtes Dietlikon vom 10. Dezember 2020 (ES200018) zu schützen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Berufungsklägerin."

### **Erwägungen:**

#### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Gesuchsgegnerin) ist Eigentümerin der Liegenschaft Kat. Nr. 2, Grundbuch Blatt 1, an der D.\_\_\_\_\_-Str. 1, C.\_\_\_\_ (vgl. act. 2/7). Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Gesuchstellerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C.\_\_\_\_, welche u.a. die Übernahme und Ausführung von Bauarbeiten

bezweckt (act. 2/8). Sie stellt sich auf den Standpunkt, sie habe im Rahmen des Bauvorhabens "E. \_\_\_\_\_" als Sub-Unternehmerin auf der Grundlage eines Werkvertrages zwischen ihr und der F. \_\_\_\_\_ AG vom 25. September 2019 (act. 2/3) bzw. gestützt auf diverse Nachträge auf der Liegenschaft der Gesuchsgegnerin pfandberechtigte Arbeiten erbracht, und es habe die F. \_\_\_\_\_ AG offene Rechnungen im Umfang von Fr. 115'273.40 zzgl. Zinsen nicht beglichen. Die für die Fristberechnung gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB relevanten letzten Arbeiten habe sie am 7. Juli 2020 (Demontage des Spriessgerüsts und der Ausschalung für die Betonierung des Balkons) bzw. am 21. September 2020 (Räumung der Baustelleninstallation) verrichtet.

1.2. Mit Eingabe vom 29. September 2020 (act. 1a) ersuchte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Dietikon (nachfolgend Vorinstanz) um vorsorgliche bzw. superprovisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin. Dem Gesuch um superprovisorische Eintragung entsprach die Vorinstanz mit Verfügung vom 30. September 2020 (act. 3/2). Mit Urteil 10. Dezember 2020 (act. 27) wies sie das Gesuch um vorläufige Eintragung ab und das Grundbuchamt C. \_\_\_\_\_ an, das superprovisorisch eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Abschluss eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens zu löschen.

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 21. Dezember 2020 Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (act. 28). Mit Verfügung vom 28. Dezember 2020 wurde ihr Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss zu leisten, und die Prozessleitung delegiert (act. 32). Der Kostenvorschuss ging innert Frist ein (act. 34). Der Gesuchsgegnerin wurde mit Verfügung vom 22. Januar 2021 (act. 35) Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten, was sie rechtzeitig tat (Eingabe vom 4. Februar 2021; act. 38). Die Berufungsantwort wurde der Gesuchstellerin am 4. März 2021 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 40), woraufhin diese noch einmal Stellung nahm (Eingabe vom 8. März 2021; act. 41).

1.4. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-25). Die Sache erweist sich als spruchreif.

## 2. Prozessuales

2.1. Die Berufung wurde rechtzeitig (vgl. act. 22/1; Art. 314 Abs. 1 ZPO), schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet im Sinne von Art. 311 Abs. 1 ZPO bei der Kammer als zuständiger Berufungsinstanz eingereicht. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen berufungsfähigen Endentscheid (vgl. Art. 308 ZPO). Die Gesuchstellerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und somit zur Erhebung eines Rechtsmittels legitimiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

2.2. Die Berufungsinstanz verfügt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht über volle Kognition, d.h. es kann sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhalts beanstandet werden (Art. 310 ZPO). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Berufungsinstanz gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr aufwerfen; vielmehr hat sie sich grundsätzlich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der Berufungsbegründung bzw. in der Berufungsantwort erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 142 III 413, E. 2.2.4; BGer, 5A\_434/2020 vom 17. November 2020, E. 4.2.1 [zur Publ. vorgesehen]; 4A\_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Innerhalb des so definierten Prüfprogramms ist die Berufungsinstanz freilich weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden. Sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und verfügt über freie Kognition in Tatfragen, weshalb sie die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen kann (BGer, 5A\_434/2020 vom 17. November 2020, E. 4.2.1 [zur Publ. vorgesehen]; 4A\_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1).

2.3. Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor Vorinstanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

### 3. Erwägungen der Vorinstanz und Parteivorbringen

3.1. Die Vorinstanz hat das Gesuch mit der Begründung abgewiesen, die viermonatige Frist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB sei mit der auf Verfügung vom 30. September 2020 hin erfolgten vorläufigen Eintragung des Pfandrechts nicht eingehalten. Entsprechend prüfte sie die weiteren Eintragungsvoraussetzungen, insbesondere den Bestand einer pfandgesicherten Forderung, nicht. Mit Bezug auf den Fristbeginn führt die Vorinstanz aus, es sei unbestritten, dass die Betonierung des Balkons von einem Drittunternehmen ausgeführt worden sei. Die Gesuchsgegnerin habe zudem "glaubhaft gemacht und teilweise belegt", dass sie (bzw. die F. \_\_\_\_\_ AG) die Gesuchstellerin betreffend die Betonierung des Balkons in Verzug gesetzt habe. Der Einwand der Gesuchstellerin, es sei hierfür eine Akontozahlung vereinbart worden und es habe die Gesuchsgegnerin (bzw. die F. \_\_\_\_\_ AG) eine solche nicht geleistet, sei weder substantiiert behauptet noch glaubhaft gemacht. Folglich habe die Gesuchstellerin "die Betonierung des Balkons sowie die Räumung der Baustelle und damit die Vollendung der Arbeit in objektiv pflichtwidriger Weise verzögert[...]." Weil die Vollendung des Werkes "spätestens mit dem Verzug der Gesuchstellerin fingiert" werde, so die Vorinstanz weiter, könne sich diese nicht auf eine Arbeitsvollendung am 7. Juli 2020 (Betonierung des Balkons) bzw. am 21. September 2020 (Räumung der Baustelleninstallation) berufen. Entsprechend könne offen bleiben, ob die Frist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB nicht ohnehin bereits mit der am 24. Januar 2020 gestellten "Schlussrechnung" oder mit der Abnahme des Werkes am 10. März bzw. am 1. April 2020 begonnen habe (act. 27, E. 2.4).

3.2. Die Gesuchstellerin wirft der Vorinstanz in ihrer Berufung zunächst eine falsche Verteilung der Beweislast sowie die Anwendung eines unrichtigen Beweismasses vor. Sie hält dafür, die Beweislast für das Verpassen der Eintragungsfrist bzw. für den Zeitpunkt der Arbeitsvollendung liege bei der

Gesuchsgegnerin, und es sei hierfür zudem ein strikter Beweis statt blosser Glaubhaftmachung erforderlich (act. 28 Rz. 7 ff.). Weiter habe die Vorinstanz Art. 839 Abs. 2 ZGB verletzt, indem sie zu Unrecht auf einen fingierten Termin der Arbeitsvollendung (Zeitpunkt der Inverzugsetzung) abgestellt habe statt auf die tatsächliche Vollendung der Arbeiten (act. 28 Rz. 7 f., 48 ff.). Richtigerweise sei deshalb – unabhängig von einem allfälligen Verzug – auf den Zeitpunkt der von ihr tatsächlich vorgenommenen Demontage des Spriessgerüsts und der Ausschalung des Balkons am 7. Juli 2020 bzw. auf die am 21. September 2020 erfolgte Räumung der Baustelleninstallation abzustellen. Dass die F. \_\_\_\_\_ AG die von der Gesuchstellerin geschuldete Betonierung des Balkons letztlich von einem Drittunternehmen habe ausführen lassen, sei nicht massgeblich, da es sich hierbei nicht um eine zulässige Ersatzvornahme gehandelt und die Gesuchstellerin danach am 7. Juli 2020 bzw. am 21. September 2020 ohnehin noch relevante Arbeiten verrichtet habe (act. 28 Rz. 39 ff., 66).

Sodann beanstandet die Gesuchstellerin die Feststellung der Vorinstanz, wonach sie (die Gesuchstellerin) die Bauausführung pflichtwidrig verzögert bzw. sich im Verzug befunden habe. Die Gesuchsgegnerin habe nämlich nicht schlüssig dargetan bzw. belegt, wann die Balkonarbeiten vertragsgemäss hätten beendet sein müssen und wann Verzug eingetreten sei. Die Behauptung, die Arbeiten hätten bis am 12. Mai 2020 beendet sein müssen, sei unbelegt und könne schon deshalb nicht zutreffen, weil der Auftrag zur Betonierung des Balkons – ein Nachtrag zum Werkvertrag vom 25. September 2019 – überhaupt erst mit E-Mail der F. \_\_\_\_\_ AG vom 30. April 2020 erteilt worden und eine Ausführung dieser Arbeiten innert weniger Tage unter jedem Gesichtspunkt unrealistisch gewesen sei. Hinzu komme, dass der Beton nach dem Ausgiessen ohnehin noch während rund dreier Wochen habe aushärten und anschliessend die Ausschalung sowie das Spriessgerüst habe entfernt werden müssen. In Bezug auf Letzteres sei die Gesuchstellerin nie in Verzug gesetzt worden. Zudem habe die F. \_\_\_\_\_ AG auch mit Bezug auf den Balkon die notwendigen Planungsunterlagen zu spät vorgelegt, weshalb sie allfällige Verzögerungen selbst zu vertreten habe (act. 28 Rz. 6, 17 ff., 31 f., 33 ff.).



Betreffend die von der Vorinstanz aufgeworfene Frage, ob allenfalls auch bereits die am 24. Januar 2020 erstellte "Schlussrechnung" der Gesuchstellerin oder die am 10. März bzw. am 1. April 2020 erfolgten "Werkabnahmen" fristauslösend gewirkt haben könnten, führt die Gesuchstellerin zusammengefasst aus, dass dies nur die im ursprünglichen Werkvertrag vorgesehenen Arbeiten, nicht aber die später bestellten Nachtragsarbeiten betroffen habe. Der Nachtrag betreffend die Betonierung des Balkons sei erst am 30. April 2020 – und damit nach der behaupteten Schlussrechnung bzw. der Werkabnahme – vereinbart worden. Ferner seien die noch ausstehenden Balkonarbeiten in den Abnahmeprotokollen vom 10. März bzw. vom 1. April 2020 explizit unter "pendente Arbeiten" aufgeführt worden (act. 28 Rz. 20 ff.).

3.3. Die Gesuchsgegnerin wendet in ihrer Berufungsantwort zunächst ein, die Gesuchstellerin habe in ihrem ursprünglichen Gesuch vor Vorinstanz ihren behaupteten Pfandanspruch nicht substantiiert behauptet bzw. nicht glaubhaft gemacht, und es seien sämtliche erst in der Hauptverhandlung vor Vorinstanz bzw. erst im Berufungsverfahren eingebrachten Tatsachenbehauptungen und Beweismittel der Gesuchstellerin novenrechtlich unzulässig (act. 38 Rz. 6).

Sodann akzeptiert sie zwar die Rechtsauffassung der Gesuchstellerin, wonach sie (die Gesuchsgegnerin) die Beweislast für das Verpassen der Eintragsfrist bzw. die Vollendung der Arbeiten trage, macht indessen geltend, sie habe eine Arbeitsvollendung per 22. Januar 2020 (Werkabnahme) bzw. per 24. Februar 2020 (Stellung der Schlussrechnung) bewiesen (act. 38 Rz. 9 f., 20). Ferner hält sie dafür, die Gesuchstellerin könne sich mit Bezug auf den Fristbeginn nicht auf die Balkonarbeiten berufen, weil sie die entsprechenden Nachtragsarbeiten in ihrem ursprünglichen Gesuch vor Vorinstanz nicht substantiiert behauptet bzw. diesbezüglich keine von beiden Seiten unterzeichneten Vertragsdokumente ins Recht gelegt habe (act. 38 Rz. 9 ff.). Der Balkon hätte zudem, so die Gesuchsgegnerin weiter, bis am 2. April 2020 betoniert und die Schalung bis am 20. April 2020 demontiert sein müssen. Diese Frist habe die Gesuchstellerin verpasst, weshalb sie (die Gesuchsgegnerin) die Arbeiten nach erneuter erfolgloser Fristansetzung im Rahmen einer

Ersatzvornahme am 12. Mai 2020 durch ein Drittunternehmen habe ausführen lassen. Aufgrund des Verzugs – und weil die Gesuchstellerin diese Arbeiten gar nicht selbst ausgeführt habe –, könne im Rahmen von Art. 839 Abs. 2 ZGB nicht darauf abgestellt werden (act. 38 Rz. 13, 16, 20). Mit Bezug auf die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Demontage der Baustelleninstallation vom 21. September 2020 hält die Gesuchsgegnerin dafür, dass es sich dabei nur um nebensächliche, nicht pfandberechtigte Aufräumarbeiten gehandelt habe und dass diese zudem ohnehin verspätet verrichtet worden seien (act. 38 Rz. 19 f.).

#### 4. Zulässigkeit neuer Vorbringen der Gesuchstellerin in der Hauptverhandlung vor Vorinstanz

4.1. Die Gesuchsgegnerin macht geltend, es seien sämtliche Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, welche die Gesuchstellerin nicht bereits mit ihrem ursprünglichen Gesuch vom 29. September 2020 (act. 1a, 1b und 2/1-8) eingebracht habe, insbesondere sämtliche erst an der Hauptverhandlung vom 6. November 2020 vorgebrachten Noven, verspätet und deshalb gemäss Art. 229 ZPO unbeachtlich (act. 38 passim, insb. Rz. 6).

4.2. Die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB; Art. 76 Abs. 3 GBV) untersteht dem summarischen Verfahren gemäss Art. 252 ff. ZPO (Art. 249 lit. d Ziff. 5 und Ziff. 11 ZPO), und es gilt die Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Das summarische Verfahren wird durch ein Gesuch in den Formen von Art. 130 ZPO (ausnahmsweise auch mündlich zu Protokoll) eingeleitet (Art. 252 ZPO), und es ist der Gegenpartei alsdann Gelegenheit zur schriftlichen oder – im Rahmen einer Hauptverhandlung – mündlichen Stellungnahme einzuräumen, sofern sich das Gesuch nicht als offensichtlich unbegründet oder unzulässig erweist (Art. 253 ZPO). Im summarischen Verfahren bleibt es in der Regel – abgesehen vom auch hier geltenden unbedingten Replikrecht – bei diesem einen Vortrag beider Parteien, wobei Noven alsdann nur noch unter den engen Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO zulässig sind. Der Aktenschluss tritt also im Grundsatz nach einmaliger Äusserung der Parteien ein. Es ist jedoch auch im Summarverfahren nicht ausgeschlossen, dass – mit der gebotenen Zurückhaltung – ein zweiter

Schriftenwechsel angeordnet wird bzw. die Parteien zu einer mündlichen Hauptverhandlung vorgeladen und dort zu einem zweiten Parteivortrag zugelassen werden, wenn sich dies nach den Umständen als erforderlich erweist. Obschon sich keine der Parteien darauf verlassen kann, dass ihr eine solche zweite unbeschränkte Äusserungsmöglichkeit eingeräumt wird, verschiebt sich gegebenenfalls – wenn den Parteien nicht bloss das unbedingte Replikrecht gewährt wird – die Novenschranke zeitlich auf den jeweiligen zweiten Parteivortrag (BGE 146 III 237, E. 3.1).

4.3. Im Gegensatz zum vereinfachten Verfahren (vgl. Art. 244 Abs. 2 und Art. 245 Abs. 1 ZPO) und entgegen einer früher in einigen Kantonen praktizierten Regelung steht es der Gesuchstellerin im summarischen Verfahren gemäss der eidgenössischen ZPO nicht frei, ein unbegründetes Gesuch einzureichen und die Begründung später – im Rahmen einer mündlichen Verhandlung – nachzuschieben. Vielmehr sind bereits im Gesuch als solchem sowohl die Rechtsbegehren zu stellen als auch die massgebenden Tatsachen zu behaupten und die Beweismittel zu bezeichnen, insbesondere Urkunden einzureichen (vgl. Art. 221 i.V.m. Art. 219 ZPO; OGer ZH, PC170014 vom 15. September 2017, E. III.4.2; BSK ZPO-MAZAN, Art. 252 N 9 f.; in einfachen und übersichtlichen Fällen kann ausnahmsweise auf eine separate Tatsachendarstellung mit dazugehörigen Beweisofferten in der Rechtsschrift verzichtet werden, wenn sich der massgebende Sachverhalt unmittelbar und unmissverständlich aus den Rechtsbegehren und den wenigen beigelegten Urkunden ergibt; BGer, 5D\_95/2015 vom 22. September 2015, E. 3.2 und 3.3).

4.4. Die Gesuchstellerin hat mit ihrem ursprünglichen Gesuch vor Vorinstanz einerseits ein von der Zürcher Rechtspflege zur Verfügung gestelltes Formular (act. 1a) sowie ein entsprechendes Begleitschreiben (act. 1b) eingereicht, das die Parteien nennt und die Rechtsbegehren enthält, und andererseits eine sehr knapp gehaltene "Begründung" von einer A4-Seite (act. 2/1) mitsamt weiteren Urkunden (act. 2/2-8) beigelegt. Die Vorinstanz hat die Parteien in der Folge direkt zur Hauptverhandlung vorgeladen und die Gesuchstellerin dort, weil sie bisher nicht anwaltlich vertreten gewesen sei, aufgefordert, "[i]hre Eingabe zu erläutern oder

zu präzisieren" (Prot. Vi., S. 7, erste Protokollnotiz). Dieser Aufforderung kam die nunmehr anwaltlich vertretene Gesuchstellerin nach (act. 16 und Prot. Vi., S. 7 ff.) und reichte zudem weitere Beilagen ins Recht (act. 17/1-6); ferner beantwortete sie zahlreiche von der Vorinstanz gestellte Fragen (Prot. Vi., S. 9 ff). Anschliessend nahm die Gesuchsgegnerin mündlich Stellung (Prot. Vi., S. 23 ff.), teilweise ebenfalls auf gerichtliches Befragen (Prot. Vi., S. 30 ff.), und reichte ihrerseits diverse Unterlagen ins Recht (act. 18/1-6). Einen zweiten unbeschränkten Parteivortrag hat die Vorinstanz nicht angeordnet, sondern liess die Parteien in der Folge nur noch im Rahmen des unbedingten Replikrechts zu den Noven Stellung nehmen, wiederum teilweise auf Befragen (Prot. Vi., S. 32 ff.).

4.5. Der Gesuchsgegnerin ist zwar insoweit zuzustimmen, als eine nachträgliche, erst an der Hauptverhandlung erfolgende Gesuchsbegründung bzw. eine Ergänzung einer bereits zuvor eingereichten unvollständigen Begründung im summarischen Verfahren gemäss Art. 252 ff. ZPO nicht vorgesehen und deshalb grundsätzlich ausgeschlossen ist. Trotzdem erweist sich das vorinstanzliche Vorgehen, der Gesuchstellerin an der mündlichen Hauptverhandlung Gelegenheit zur Ergänzung bzw. Klarstellung des Gesuchs einzuräumen, zumindest im Grundsatz nicht als unrichtig.

4.6. Gemäss Art. 56 ZPO gibt das Gericht einer Partei durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung ihres Parteivortrags, sofern das Vorbringen unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig ist. Diese allgemeine gerichtliche Fragepflicht, die auch im summarischen Verfahren gilt, soll verhindern, dass eine Partei wegen ihrer Unbeholfenheit um ihre Rechte gebracht wird, weil ihre Tatsachenbehauptungen und ihre Beweisangebote mit offensichtlichen Mängeln behaftet sind. Wie weit das Gericht einzugreifen hat, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, namentlich von der Unbeholfenheit der betroffenen Partei. Während insbesondere unvertretene und juristisch unkundige Parteien vermehrt durch entsprechende Fragen auf Lücken im behaupteten Sachverhalt bzw. in den angerufenen Beweismitteln hinzuweisen sind, hat sich das Gericht gegenüber anwaltlich

vertretenen Parteien in der Regel grösste Zurückhaltung aufzuerlegen, denn die gerichtliche Fragepflicht steht in einem Spannungsverhältnis zur richterlichen Unparteilichkeit. Gerichtliche Hinweise dürfen nicht so weit gehen, dass dadurch das Gebot der richterlichen Unparteilichkeit und Neutralität verletzt, insbesondere eine Partei einseitig bevorzugt wird, und es ist dem Grundsatz der Gleichbehandlung und der Waffengleichheit der Parteien Rechnung zu tragen. Die gerichtliche Fragepflicht darf insbesondere nicht dazu dienen, die zumutbare Mitwirkung einer Partei an der Feststellung des Sachverhalts zu ersetzen oder prozessuale Nachlässigkeiten einer Partei – insbesondere bei anwaltlicher Vertretung – auszugleichen (vgl. zum Ganzen BGer, 4A\_207/2019 vom 17. August 2020, E. 4.2 [zur Publ. vorgesehen]; 4A\_336/2014 vom 18. Dezember 2014, E. 7.6; 4A\_78/2014 und 4A\_80/2014 vom 23. September 2014, E. 3.3.3; 4A\_444/2013 vom 5. Februar 2014, E. 6.3.3, je m.w.Nw.).

Soweit das Gericht eine Partei zu Recht – d.h. im Einklang mit Art. 56 ZPO – zur Ergänzung ihres bisherigen Parteivorbringens auffordert, sind entsprechend vorgetragene Noven ungeachtet von Art. 229 ZPO zuzulassen: Wo gefragt werden muss, darf selbstverständlich auch geantwortet werden (zutreffend KUKO ZPO-OBERHAMMER, 2. Aufl. 2014, Art. 56 N 12; SARBACH, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2003, S. 167 ff.; a.A. KLINGLER, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, N 638 ff.; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/VON ARX, 3. Aufl. 2016, Art. 56 N 36 f.). Freilich ist das Ausmass gerichtlicher Hinweise und Fragen – und damit einhergehend des Aufschiebs der Novenschranke – nicht in das freie Ermessen des Gerichts gestellt, sondern durch die engen Voraussetzungen von Art. 56 ZPO vorgezeichnet.

4.7. Die Gesuchstellerin hat ihr ursprüngliches Gesuch vom 29. September 2020 (act. 1a, act. 1b und act. 2/1-8) in eigenem Namen und ohne anwaltliche Vertretung gestellt. Dass die mit Schreiben vom 29. Oktober 2020 (act. 11) eingereichte Vollmacht der Gesuchstellerin an Rechtsanwalt Dr. X. \_\_\_\_\_ bereits vom 16. September 2020 datiert (act. 12), ist entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin (act. 38 Rz. 5) nicht entscheidend. Selbst wenn nämlich ein

Mandatsverhältnis zu jenem Zeitpunkt bereits formell bestanden haben sollte, ist evident, dass es sich beim Gesuch der Gesuchstellerin vom 29. September 2020 – insbesondere beim Formular gemäss act. 1a, beim Begleitschreiben gemäss act. 1b sowie bei der "Begründung" gemäss act. 2/1 – um eine Laieneingabe handelte, die ohne anwaltliche Unterstützung zustande gekommen sein muss.

Weil sich die mit dem Gesuch eingereichte "Begründung" der Gesuchstellerin (act. 2/1) als offensichtlich unvollständig i.S.v. Art. 56 ZPO erweist – insbesondere wurden dort die angeblich verrichteten Arbeiten weder in sachlicher noch in zeitlicher Hinsicht substantiiert, und das Zustandekommen der geltend gemachten Forderung wurde nicht ansatzweise begründet –, räumte die Vorinstanz der Gesuchstellerin an der Hauptverhandlung zu Recht Gelegenheit ein, ihre Gesuchsbegründung zu ergänzen bzw. klarzustellen (Prot. Vi., S. 7 ff.). Da die Gesuchstellerin mittlerweile anwaltlich vertreten war, ist das Vorgehen der Vorinstanz, dieser in der Hauptverhandlung zunächst quasi "blanko" – ohne selbst konkrete Fragen zu unvollständig gebliebenen Tatsachen zu stellen – Gelegenheit zur Ergänzung des bisherigen unvollständigen Vortrags einzuräumen, unter dem Titel von Art. 56 ZPO nicht zu beanstanden. Wie bereits erwähnt, ging damit auch ein Aufschub der Novenschranke einher, so dass sämtliche im Rahmen dieser Ergänzung vorgebrachten neuen Tatsachen und Beweismittel (Prot. Vi., S. 7-9) ohne Weiteres zuzulassen sind.

Nachdem die nunmehr anwaltlich vertretene Gesuchstellerin ihren ersten mündlichen Vortrag zur Gesuchsergänzung jedoch abgeschlossen hatte (vgl. Prot. Vi., S. 9), musste sich die Vorinstanz – wie gegenüber anwaltlich vertretenen Parteien im Allgemeinen – die notwendige Zurückhaltung in der Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht auferlegen. Nach dem Gesagten sind auf entsprechende Nachfrage hin vorgebrachte Noven deshalb – weil die Vorinstanz einen zweiten Parteivortrag nicht formell angeordnet hatte – nur noch insoweit zuzulassen, als die Vorinstanz entweder im Rahmen von Art. 56 ZPO zur Nachfrage verpflichtet war oder das entsprechende Novum ohnehin bereits unter den allgemeinen Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO zulässig ist.

Dasselbe gilt für Noven, welche die Gesuchsgegnerin ihrerseits nach dem abgeschlossenen ersten mündlichen Parteivortrag auf Nachfrage der Vorinstanz hin vorgebracht hat (vgl. Prot. Vi., S. 30 ff.).

4.8. Inwieweit nach dem Aktenschluss vorgebrachte Noven konkret zuzulassen sind, ist nachfolgend – soweit relevant – im Einzelnen zu prüfen.

## 5. Bestand eines Pfandanspruchs

5.1. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts für Forderungen von Handwerkern und Unternehmern, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks, selbst wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind. Die (vorläufige) Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 i.V.m. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 ZGB; Art. 76 Abs. 3 GBV); andernfalls ist der Pfandanspruch verwirkt. Sie darf nur erfolgen, wenn die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist, und kann nicht verlangt werden, wenn dieser für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet (Art. 839 Abs. 3 ZGB).

Als vollendet i.S.v. Art. 839 Abs. 2 ZGB gilt die Arbeit dann, 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. Geringfügige Arbeiten gelten aber dann als Vollendungsarbeiten, wenn sie unerlässlich sind; insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt (BGE 125 III 113, E. 2b; BGer, 5A\_282/2016 vom 17. Januar 2017, E. 4.1; 5A\_613/2015 vom 22. Januar 2016, E. 4).

Für die Frage des Fristbeginns ("Vollendung der Arbeit") sind grundsätzlich nur solche Arbeiten relevant, die im Rahmen des massgeblichen Werkvertrages zwischen dem Besteller und dem Unternehmer vereinbart wurden. Werden Arbeiten aufgrund mehrerer Rechtsgeschäfte ausgeführt – z.B. auf der Basis mehrerer Verträge oder im Rahmen von Bestellungsänderungen –, so unterliegen diese im Grundsatz einem separaten Fristenlauf, es sei denn, die Rechtsgeschäfte bilden eine rechtliche oder die zu verrichtenden Arbeiten wenigstens eine funktionale Einheit. Dasselbe gilt, wenn mehrere (Bau-)Werke oder – im Rahmen desselben Bauvorhabens – mehrere in sich geschlossene Arbeitsgattungen vereinbart sind. Auch in einem solchen Fall unterliegen die jeweiligen Arbeiten nur dann einem einheitlichen Fristenlauf, wenn sie letztlich eine funktionale Einheit bilden (vgl. BGE 125 III 113, E. 3b; 111 II 343, E. 2; BGer, 5A\_777/2009 vom 1. Februar 2010, E. 2-4; OGer ZH, LF170072 vom 6. März 2018, E. III.3.1; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N 1143 ff., 1163 ff., 1191 ff., 1199 ff.; CHK-SCHUMACHER, 3. Aufl. 2016, Art. 839 ZGB N 8 ff.; BSK ZGB II-THURNHERR, Art. 839/840 N 30; vgl. zudem BGE 106 II 22, E. 2a; 102 II 206, E. 1a; BGer, 5A\_282/2016 vom 17. Januar 2017, E. 4.1; 5A\_475/2010 vom 15. September 2010, E. 3.1).

Das Kriterium der "Vollendung der Arbeit" gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB knüpft grundsätzlich ausschliesslich an der *tatsächlichen* Beendigung der relevanten, werkvertraglich geschuldeten Arbeiten an und nicht daran, zu welchem Zeitpunkt diese Arbeiten *vertragsgemäss* hätten beendet sein müssen bzw. zu welchem Zeitpunkt gegebenenfalls *Verzug* eingetreten ist. Davon ist nur in Ausnahmefällen abzuweichen, wenn der Unternehmer die Vollendung relevanter Arbeiten *absichtlich* und in geradezu *rechtsmissbräuchlicher Weise* (Art. 2 Abs. 2 ZGB) verzögert hat. Einfacher Verzug kann demgegenüber nicht genügen, um den Fristbeginn auf einen Zeitpunkt vor der tatsächlichen Arbeitsvollendung zu verschieben (vgl. dazu BGE 106 II 22, E. 2a und 2b; BGer, 5A\_282/2016 vom 17. Januar 2017, E. 4.1; 5A\_475/2010 vom 15. September 2010, E. 3.1.1, je m.w.Nw.; anders wohl SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N 1129 ff.; CHK-SCHUMACHER, 3. Aufl. 2016, Art. 839 ZGB N 11a).



5.2. Für sämtliche dieser Voraussetzungen, insbesondere für das Verrichten pfandberechtigter Arbeiten an einem bestimmten Grundstück sowie für den Bestand und die Höhe einer pfandberechtigten Vergütungsforderung, trägt die Unternehmerin, die einen Pfandanspruch behauptet, die Behauptungs- und Beweislast (Art. 8 ZGB). Nach der Rechtsprechung gilt dies grundsätzlich auch für das Einhalten der viermonatigen Eintragsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB, also insbesondere für den Zeitpunkt der Vollendung der relevanten Arbeiten (OGer ZH, LF180102 vom 5. Februar 2019, E. III.2-3; LF170072 vom 6. März 2018, E. III.3.1; HGer ZH, HG150108 vom 7. Dezember 2016, E. 4.3; ZR 109/2010 Nr. 66 vom 2. Juli 2010, E. III.B.a). Ob daran festzuhalten ist oder ob nicht vielmehr, wie die Gesuchstellerin in ihrer Berufung geltend macht (act. 28 Rz. 7 ff.) und wovon implizit auch die Gesuchsgegnerin selbst ausgeht (vgl. act. 38 Rz. 9 f., 20), die Grundstückseigentümerin die Verwirkung des Anspruchs – und damit den Zeitpunkt der Vollendung der Arbeiten als rechtsaufhebende Tatsache – zu beweisen hat (in diesem Sinne ZK-JUNGO, 3. Aufl. 2018, Art. 8 ZGB N 488), kann hier aus noch darzulegenden Gründen offen bleiben.

Geht es, wie vorliegend, nur um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts im summarischen Verfahren, so muss die Gesuchstellerin die für ihr Begehren anspruchsbegründenden Tatsachen nicht strikte beweisen, sondern lediglich glaubhaft 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 derselben besteht (vgl. dazu BGE 130 III 321, E. 3.3). Die besondere Interessenlage im vorläufigen Eintragsverfahren gebietet zudem, dass an die Glaubhaftmachung keine strengen Anforderungen gestellt werden, weil die Bewilligung, sofern das Pfandrecht im nachfolgenden definitiven Eintragsverfahren nicht anerkannt wird, für die Grundeigentümerin nur eine vorübergehende Belastung ihrer Liegenschaft zur Folge hat, die sie 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 die Gläubigerin 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 deshalb nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts geradezu ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfalle ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen bzw. die aufgrund einer superprovisorischen Verfügung bereits erfolgte vorläufige Eintragung zu bestätigen und der Entscheid über die Berechtigung des Baupfandrechts dem Hauptprozess betreffend definitive Eintragung zu überlassen (BGE 137 III 563, E. 3.3; BGer, 5A\_613/2015 vom 22. Januar 2016, E. 4; 5A\_475/2010 vom 15. September 2010, E. 3.1.2; 5A\_777/2009 vom 1. Februar 2010, E. 4.1, je m.w.Nw.).

Das gegenüber der gewöhnlichen Glaubhaftmachung nochmals herabgesetzte Beweismass ändert indessen nichts an der Behauptungs- und Substantiierungslast der Parteien. Die gesuchstellende Partei hat sämtliche mit Bezug auf die Eintragungsvoraussetzungen relevanten Tatsachen, für die sie die Beweislast trägt, substantiiert zu behaupten. Dieser Behauptungs- und Substantiierungslast ist in einem ersten Schritt Genüge getan, wenn die jeweiligen rechtserheblichen Tatsachen im Parteivortrag wenigstens so gehaltvoll behauptet werden, dass eine substantiierte und detaillierte Bestreitung vernünftigerweise möglich ist. Bestreitet die nicht beweisbelastete Partei bestimmte Tatsachen, so sind diese alsdann nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass sie – im Rahmen des erwähnten, herabgesetzten Beweismasses – zum Beweis verstellt werden können. Die Frage des massgeblichen Beweismasses, welche die Gesuchstellerin in ihrer Berufung aufwirft (vgl. act. 28 Rz. 7 ff.), ist deshalb gedanklich von der Frage der Behauptungs- und Substantiierungslast zu trennen. Nur und erst wenn eine genügende Behauptung bzw. Substantiierung erfolgt ist, ist in einem nachfolgenden Schritt – bei der gerichtlichen Würdigung der dazu offerierten Beweismittel – die Position der Gesuchstellerin durch das herabgesetzte Beweismass erleichtert (OGer ZH, LF180102 vom 5. Februar 2019, E. III.2.3 und III.3.5; LF170072 vom 6. März 2018, E. III.2.2).

5.3. Nach dem Gesagten ging die Vorinstanz zu Unrecht davon aus, dass für den Beginn der viermonatigen Eintragsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB der Zeitpunkt massgeblich sein soll, zu dem die letzten Arbeiten *vertragsgemäss* hätten verrichtet sein sollen bzw. zu dem die Gesuchstellerin gegebenenfalls *in Verzug* geriet (dazu oben, E. 5.1). Ob die Gesuchstellerin die Betonierung des Balkons bzw. die Ausschalung desselben bereits vor dem 7. Juli 2020 hätte vornehmen müssen und ob sie sich diesbezüglich im Verzug befand, ist deshalb nicht entscheidend. Eine geradezu rechtsmissbräuchliche Verzögerung der Arbeitsvollendung durch die Gesuchstellerin ist jedenfalls nicht erkennbar, und auch nicht behauptet, so dass für den Fristbeginn auf die tatsächliche Beendigung der letzten relevanten Arbeiten abzustellen ist.

5.4. Dies führt jedoch nicht zur Gutheissung der Berufung bzw. des Gesuchs um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts. Die Gesuchstellerin trägt nach dem Gesagten die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast insbesondere dafür, dass sie bestimmte pfandberechtigte Arbeiten verrichtet hat, sowie für den Bestand und die Höhe einer entsprechenden Vergütungsforderung. Damit einher geht auch die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand und den Inhalt eines entsprechenden Werkvertrages – allenfalls mit gewissen nachträglich vereinbarten Änderungen –, mit dem die Herstellung eines bestimmten Werkes (oder mehrerer Werke) vereinbart wurde. Legt die Unternehmerin nicht hinreichend konkret dar, was Inhalt des behauptetermassen vereinbarten Werkvertrages bzw. Gegenstand des herzustellenden Werkes sein soll, und welche Arbeiten entsprechend vertragsgemäss zu verrichten waren, kann von vornherein weder der Bestand bzw. die Höhe einer entsprechenden Vergütungsforderung noch die Einhaltung der Eintragsfrist beurteilt werden. Letztere beginnt nämlich mit Vollendung der *vertraglich geschuldeten* Arbeiten, und es läuft zudem für jede funktionale (Werk-)Einheit eine separate Frist (dazu oben, E. 5.1), so dass eine Beurteilung der Fristwahrung gedanklich jedenfalls eine – der Unternehmerin obliegende – substantiierte Behauptung des vereinbarten Werkes bzw. der geschuldeten Arbeiten voraussetzt.

5.5. In ihrem ursprünglichen Gesuch (act. 1a, act. 1b und act. 2/1) führte die Gesuchstellerin aus, sie habe beim "Bauvorhaben E. \_\_\_\_\_" auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin Ende 2019 und im Jahre 2020 "Baumeisterarbeiten auf Basis des Werkvertrages vom 25.09.2019" sowie zudem "zahlreiche Nachtragsarbeiten, sowie im Werkvertrag als per-Positionen vereinbarte Arbeiten" erbracht. Diesem Gesuch legte sie u.a. den erwähnten Werkvertrag vom 25. September 2019 (act. 2/3) bei, dem sich ein konkreter Beschrieb der vereinbarten Arbeiten jedoch ebenso wenig entnehmen liess. Darin werden ebenfalls nur pauschal "Baumeisterarbeiten" erwähnt (S. 1), und es wird auf einen Leistungsbeschrieb, eine Offerte, Pläne und weitere Beilagen verwiesen (S. 2), die dem Gesuch aber allesamt nicht beigelegt wurden. Ganz abgesehen davon, dass eine substantiierte Behauptung des relevanten Tatsachenfundaments grundsätzlich ohnehin direkt aus den Rechtsschriften der Parteien hervorgehen muss und diesbezüglich nicht einfach pauschal auf die Beilagen verwiesen werden kann, ergibt sich ein wenigstens in den Grundzügen nachvollziehbarer Beschrieb des behauptetermassen vereinbarten Werkes bzw. der vereinbarten Arbeiten insoweit nicht einmal aus den dem ursprünglichen Gesuch beigelegten Beilagen. Ob die behaupteten "letzten Arbeiten" ("Ausschalung des Balkons am 07.07.2020" und "Demontage Bauplatzinstallation am 21.09.2020"; act. 2/1, unten) Teil eines einheitlichen – ursprünglich im Werkvertrag oder nachträglich durch Bestellungenänderungen – vereinbarten Werkes gewesen sein sollen, und ob entsprechend, wie von der Gesuchstellerin implizit behauptet, ein einheitlicher Fristbeginn für sämtliche Arbeiten gelten soll, konnte anhand des ursprünglichen Gesuchs folglich schlicht nicht beurteilt werden.

Unbehelflich ist in diesem Zusammenhang der mit ihrer Noveneingabe im Berufungsverfahren erhobene Einwand der Gesuchstellerin, sie habe ihr Gesuch "mit dem von den Zürcher Gerichten vorgesehenen Formular gleich wie in früheren Verfahren eingereicht" (act. 41 S. 6). Zum einen entbindet die Verwendung eines Formulars nicht von der Begründungs- bzw. Substantiierungsobliegenheit. Zum anderen enthält das entsprechende Formular (S. 2) unter dem Titel "Begründung / Beilagen (siehe Checkliste)" einen expliziten Hinweis auf die Notwendigkeit einer ausreichenden Begründung und verweist

diesbezüglich auf eine von den Zürcher Gerichten ebenfalls zur Verfügung gestellte Checkliste. Diese Checkliste (abrufbar unter [https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user\\_upload/Dokumente/Themen/Bauwerk/Formulare\\_und\\_Merkblaetter/Wegleitung.pdf](https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/Themen/Bauwerk/Formulare_und_Merkblaetter/Wegleitung.pdf)) führt unter dem Titel "Begründung" die relevanten Elemente auf, die in der Begründung enthalten sein müssen, und weist insbesondere auf Folgendes hin: "Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, die massgeblichen Tatsachen aus den vorgelegten Akten zusammenzusuchen. Entscheidend ist, dass sich dem Gesuch entnehmen lässt, gestützt auf welchen Vertrag welche Leistungen zu erbringen waren oder sind und wie sich die Forderung exakt zusammensetzt." Vor diesem Hintergrund wäre es an der Gesuchstellerin gewesen, grundsätzlich bereits in der Begründung ihres Gesuchs Ausführungen zu den vereinbarungsgemäss verrichteten Arbeiten sowie zur Zusammensetzung der geltend gemachten Werklohnforderung zu machen.

Nachdem die Vorinstanz der nunmehr anwaltlich vertretenen Gesuchstellerin in der Hauptverhandlung Gelegenheit eingeräumt hatte, ihr Gesuch zu ergänzen, führte diese präzisierend an, sie habe sich im Werkvertrag vom 25. September 2019 (act. 2/3) verpflichtet, für einen Pauschalbetrag "Baumeisterarbeiten" zu verrichten, die den unteren Teil des zu erstellenden Mehrfamilienhauses – eine Holzkonstruktion – auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin betroffen hätten. Zu diesen mit der Pauschale abgegoltenen Arbeiten seien sodann "diverse Nachträge" und "Zusatzkosten für Bauablaufstörungen" hinzugekommen, insbesondere Kosten für eine Entwässerungspumpe, die länger als geplant in Betrieb gewesen sei, weil die F.\_\_\_\_\_ AG die erforderlichen Pläne zu spät geliefert habe (Prot. Vi., S. 7-9).

Auch mit diesen ergänzenden Ausführungen zeigte die Gesuchstellerin nicht auf, welche Arbeiten wenigstens in den Grundzügen vereinbart worden sein sollen. Der Hinweis auf "Baumeisterarbeiten" und darauf, dass diese den unteren Teil des zu erstellenden Hauses bzw. eine "Holzkonstruktion" betroffen hätten, genügt den auch im vorläufigen Eintragungsverfahren geltenden bundesrechtlichen Substantiierungsanforderungen (dazu oben, E. 5.2) nicht. Ferner legte die Gesuchstellerin nicht ansatzweise dar, worin die behaupteten

"diversen Nachträge" bestanden haben sollen und inwiefern diese mit den ursprünglich vereinbarten Arbeiten im Werkvertrag vom 25. September 2019 in einem hinreichenden Zusammenhang gestanden und mit diesen eine funktionale Einheit gebildet haben sollen, so dass dafür ein einheitlicher Fristenlauf gelten würde. Inwiefern die als "letzte Arbeit" geltend gemachte Demontage der für die Betonierung des Balkons angebrachten Schalung und des Gerüsts (act. 2/1, unten, und Prot. Vi., S. 7) für den (einheitlichen) Fristenlauf relevant sein soll, konnte bei dieser Behauptungslage somit nicht beurteilt werden. Hinzu kommt der Umstand, dass die mittlerweile anwaltlich vertretene Gesuchstellerin in ihrer Gesuchsergänzung ausführen liess, am 10. März 2020 sei "das Bauprojekt [...] einschliesslich der Nachträge" und am 1. April 2020 seien die anschliessend ausgeführten Nachbesserungen abgenommen worden (Prot. Vi., S. 8 f., mit Verweis auf die Abnahmeprotokolle gemäss act. 17/2-3). Inwiefern aber die erst später erfolgten Balkonarbeiten mit Bezug auf den Fristbeginn trotzdem noch – unter dem Titel eines einheitlichen Fristenlaufs für Arbeiten an einem funktional einheitlichen Werk – für sämtliche Arbeiten, also auch die bereits abgenommenen, relevant sein sollten, war bei dieser Behauptungslage schlicht nicht nachvollziehbar, und das Gesuch als solches somit unschlüssig.

5.6. Erst auf mehrere Substantiierungshinweise sowie auf mehrfaches Nachfragen der Vorinstanz hin (Prot. Vi., S. 9 ff.) reichte die anwaltlich vertretene Gesuchstellerin schliesslich eine "Offerte" ein, welche einen Beschrieb der vereinbarten Leistungen enthält (Prot. Vi., S. 11; act. 17/5 S. 15 ff.), und erklärte, dass die Abnahmen vom 10. März 2020 und vom 1. April 2020 nur die bis dahin vereinbarten Nachträge umfasst hätten, dass aber später noch weitere Nachträge hinzugekommen seien, so etwa die Erstellung des Balkons (Prot. Vi., S. 12 f., 19 f., 21 f.). Ebenfalls erst auf zahlreiche Nachfragen der Vorinstanz hin machte die Gesuchstellerin schliesslich – nach und nach – gewisse Ausführungen zum Inhalt der geltend gemachten Nachträge (Prot. Vi., S. 13 ff.), und reichte ferner einen "grünen Ordner" mit weiteren Beilagen ein (Prot. Vi., S. 22; act. 17/6).

5.7. Ob die von der Gesuchstellerin erst nachträglich – nach der ersten ihr eingeräumten Möglichkeit zur Gesuchsergänzung (Prot. Vi., S. 7-9) – angeführten

Angaben zum Inhalt des Werkvertrages, zu den vereinbarten Arbeiten sowie zu den behaupteten Nachträgen den Substantiierungsanforderungen genügen würden, kann hier offen bleiben, denn bei sämtlichen dieser neuen Vorbringen handelt es sich ausnahmslos um unzulässige Noven. Zum einen ist nicht ersichtlich, inwiefern die Gesuchstellerin diese unechten Noven bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt nicht bereits mit der Gesuchseinreichung bzw. spätestens mit der ihr eingeräumten Möglichkeit zur Gesuchsergänzung (Prot. Vi., S. 7-9) hätte vorbringen können (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO). Zum anderen lässt sich dieses neue Vorbringen auch nicht dadurch rechtfertigen, dass die Vorinstanz zu entsprechenden Fragen verpflichtet und die Gesuchstellerin zur Beantwortung derselben berechtigt gewesen wäre (dazu oben, E. 4.6).

Wie bereits erwähnt, hat sich das Gericht bei der Ausübung der Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO gegenüber anwaltlich vertretenen Parteien grösste Zurückhaltung aufzuerlegen und in jedem Fall die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Waffengleichheit zu wahren. Ist eine Partei anwaltlich vertreten, so liegt es grundsätzlich in deren Verantwortung, die massgeblichen Rechtsnormen zu kennen und entsprechend das massgebliche Tatsachenfundament beizubringen. Die gerichtliche Fragepflicht darf insbesondere nicht dazu dienen, prozessuale Nachlässigkeiten einer Partei auszugleichen, und entsprechend die Gegenpartei zu benachteiligen. Diesen Rahmen hat die Vorinstanz durch ihre zahllosen Fragen klar verlassen. Insbesondere hat sie es nicht bei einem einmaligen Substantiierungshinweis bzw. bei einer einmaligen (zurückhaltenden) Frage betreffend den Inhalt der vereinbarten Arbeiten bzw. die behaupteten Nachträge belassen, was unter Umständen noch als zulässig hätte betrachtet werden können, sondern in der Folge mehrmals und mit einer gewissen Hartnäckigkeit – auch nachdem die anwaltlich vertretene Gesuchstellerin bereits klar zum Ausdruck gebracht hatte, keine weiteren Angaben machen zu wollen bzw. dies für nicht notwendig zu halten – nachgehakt, bis die Gesuchstellerin schliesslich Stück für Stück weitere Ergänzungen machte (vgl. Prot. Vi., S. 9 ff., 13 ff.). Dies ist nach dem Gesagten nicht Aufgabe des Gerichts und muss sich die Gegenpartei nicht gefallen lassen.

Zusammengefasst gingen die zahlreichen Substantiierungshinweise und Fragen der Vorinstanz klar über den von Art. 56 ZPO vorgezeichneten Rahmen hinaus, weshalb sich die in den entsprechenden Antworten der Gesuchstellerin enthaltenen Noven als verspätet und damit als unzulässig erweisen. Dementsprechend bleibt es dabei, dass die Gesuchstellerin das vertraglich vereinbarte Werk bzw. die zu verrichtenden Arbeiten nicht substantiiert dargelegt und ihr Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts damit ungenügend begründet hat.

5.8. Hinzu kommt, dass die Gesuchstellerin auch den Bestand und die Höhe einer werkvertraglichen Vergütungsforderung erst, wenn überhaupt, nach der Novenschranke substantiiert behauptet hat. In ihrem ursprünglichen Gesuch (act. 2/1) verwies sie bloss – was grundsätzlich nicht genügt – auf beiliegende Rechnungen (act. 2/4-5), aus denen zudem die geltend gemachte Forderungssumme nicht, jedenfalls nicht ohne Weiteres, hervorgeht. Auch im Rahmen der ihr von der Vorinstanz eingeräumten Möglichkeit zur Gesuchsergänzung (Prot. Vi., S. 7-9) machte die Gesuchstellerin keine genügenden Angaben. Zwar reichte sie ein Dokument betreffend "Aufgliederung der Forderung" ein (act. 17/1; Prot. Vi., S. 8), aus dem die geltend gemachte Forderungssumme hervorgeht, jedoch erweisen sich verschiedene der dort aufgeführten Angaben als zu pauschal bzw. zu unklar, als dass eine vernünftige Bestreitung einzelner Punkte möglich gewesen wäre. Unklar ist unter anderem, was mit "Regierapport Nr. 2", "Schlussrechnung" oder "Regierapport Nr. 3" gemeint ist bzw. wurden entsprechende Dokumente nicht eingereicht. Auch wenn sich einzelne Elemente der geltend gemachten Forderung bei genauerem Studium der mit dem Gesuch eingereichten Rechnungen (act. 2/4-5) allenfalls erklären lassen könnten, ist es weder Aufgabe des Gerichts noch der Gegenpartei, in den Gesuchsakten nach einer möglichen Begründung der behaupteten Forderung zu suchen, wenn sich diese nicht aus dem Parteivorbringen oder – hier nicht der Fall – aus den wenigen und übersichtlichen Beilagen (vgl. BGer, 5D\_95/2015 vom 22. September 2015, E. 3.2 und 3.3) unmittelbar ergibt.



Erst nachdem die Vorinstanz der Gesuchstellerin auch diesbezüglich zahlreiche Substantiierungshinweise gegeben und Fragen gestellt hatte, was auch hier eine unzulässige Korrektur nachlässigen Prozessierens darstellt, machte die anwaltlich vertretene Gesuchstellerin nach und nach – erkennbar widerwillig – entsprechende Angaben zur Höhe der Vergütungsforderung (vgl. Prot. Vi., S. 10 f., 13 ff., 17 ff.). Diese neuen Vorbringen sind nach dem Gesagten unzulässig. Damit erweist sich das Gesuch auch mit Bezug auf die Höhe der geltend gemachten Werklohnforderung als unsubstantiiert.

5.9. Die Vorinstanz kam folglich im Ergebnis zu Recht zum Schluss, das Gesuch der Berufungsklägerin vom 29. September 2020 um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sei abzuweisen. Entsprechend ist auch die Berufung abzuweisen und die Löschung des gestützt auf die Verfügung der Vorinstanz vom 30. September 2020 (act. 3/2) vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts anzuordnen. Weil der Beschwerde an das Bundesgericht keine aufschiebende Wirkung zukommt (vgl. Art. 103 Abs. 1 BGG), ist die Löschung erst vierzig Tage nach der Zustellung des vorliegenden Entscheides an die Berufungsklägerin und unter dem Vorbehalt eines anders lautenden Entscheides des Bundesgerichts vorzunehmen.

## 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Gesuchstellerin für das erst- und grundsätzlich auch für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Bemessung der erstinstanzlichen Entscheidgebühr und Parteientschädigung wurde nicht beanstandet, weshalb es bei der vorinstanzlichen Kostenregelung bleibt.

6.2. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 115'273.40 ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 6'000.– festzusetzen. Formell unterliegt die Gesuchstellerin mit ihren Berufungsanträgen, weshalb ihr grundsätzlich auch die zweitinstanzlichen Kosten aufzuerlegen sind. Nicht zu übersehen ist indes, dass ein Teil dieser Kosten durch die fehlerhafte Prozessleitung der Vorinstanz

(unzulässig weite Anwendung von Art. 56 ZPO; dazu oben, E. 5.7-5.8) verursacht wurde, weshalb es sich rechtfertigt, einen Drittel der zweitinstanzlichen Gerichtskosten (Fr. 2'000.–) auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO).

6.3. Der Gesuchsgegnerin ist für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zzgl. MwSt. zuzusprechen (§ 4 Abs. 1 und 2, § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Dietlikon vom 10. Dezember 2020 (Geschäfts-Nr.: ES200018-M) wird bestätigt. Davon ausgenommen ist der Zeitpunkt der Löschung des Pfandrechts im Grundbuch (Dispositivziffer 2 des angefochtenen Urteils), der gemäss nachfolgender Ziffer neu festgesetzt wird.
2. Das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Dietlikon vom 30. September 2020 zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten der Gesuchsgegnerin auf der Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 1, D.\_\_\_\_\_ -Strasse 1, C.\_\_\_\_\_, für eine Pfandsumme von Fr. 115'273.40 nebst Zins zu 5 % auf Fr. 13'253.40 seit 25. März 2020, auf Fr. 89'716.05 seit 23. April 2020, auf Fr. 2'651.25 seit 20. Mai 2020, auf Fr. 9'512.70 seit 23. Juni 2020 und auf Fr. 140.– seit 29. Juni 2020 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach Ablauf von vierzig Tagen ab Zustellung dieses Entscheides an die Gesuchstellerin zu löschen, unter dem Vorbehalt eines anders lautenden Entscheides des Bundesgerichts.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'000.– festgesetzt. Im Umfang von Fr. 4'000.– wird sie der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Im Umfang von Fr. 2'000.– wird sie auf die Staatskasse genommen.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zzgl. 7.7 % MwSt. zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage von act. 41, an die Vorinstanz sowie an das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein, an das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ zusätzlich unter Beilage einer Kopie des (ausgefüllten) Empfangsscheins der Gesuchstellerin.

Nach unbenütztem 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 sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 115'273.40.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am:  
12. März 2021