

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF220078-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin MLaw I. Bernheim

Urteil vom 23. Dezember 2022

in Sachen

Schweizerische Eidgenossenschaft,
Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

A._____ GmbH,
Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Uster vom 15. Juli 2022 (ES220005)**

Rechtsbegehren:

(act. 1 und act. 2 sinngemäss)

"Es sei das Grundbuchamt C._____ anzuweisen, ein Bauhandwerkerpfandrecht im Sinne von Art. 961 ZGB zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des im Eigentum der Gesuchsgegnerin stehenden Grundstücks, Grundbuch Blatt 1, Liegenschaft, Kataster Nr. 2, EGRID CH3, an der B._____-Strasse 1 in ... C._____, für eine Forderung von Fr. 47'081.95 vorläufig im Grundbuch einzutragen."

Urteil des Einzelgerichts:

(act. 35 S. 15 ff.)

1. Die gemäss superprovisorischer Anweisung vom 8. März 2022 an das Grundbuchamt C._____ erfolgte vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des im Eigentum der Gesuchsgegnerin stehenden Grundstücks, Grundbuch Blatt 1, Liegenschaft, Kataster Nr. 2, EGRID CH3, an der B._____-Strasse 1 in ... C._____, für eine Forderung von Fr. 47'081.95 wird als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB bestätigt.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist von 3 Monaten ab Zustellung des am 19. Juli 2022 versandten, unbegründeten Urteils angesetzt, um direkt beim zuständigen Gericht eine Klage auf Feststellung der Forderung als Pfandsumme und definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben.

Bei Versäumnis dieser Frist kann die Gesuchsgegnerin beim Einzelgericht die Löschung des vorläufigen Eintrags gemäss Dispositivziffer 1 beantragen.

- 3.-5. [Kosten]
6. [Mitteilungen]
7. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

(act. 36 S. 2)

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Uster (Einzelgericht im summarischen Verfahren) vom 15. Juli 2022 sei aufzuheben.
2. Das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zugunsten der Gesuchstellerin / Berufungsbeklagten sei abzuweisen.
3. Demgemäss sei das Grundbuchamt C._____ anzuweisen, die gemäss superprovisorischer Anweisung vom 8. März 2022 erfolgte vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zu Gunsten der Berufungsbeklagten und zu Lasten des Grundstücks GB Blatt 1, Kat.Nr. 2, an der B._____-strasse 1, C._____, für die Pfandsomme von CHF 47'081.95, umgehend zu löschen.
4. Eventualiter sei das Verfahren zur weiteren Behandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (für das summarische Verfahren bzgl. provisorischer Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sowie für das Berufungsverfahren), zuzüglich MWST auf die Parteientschädigung, zulasten der Gesuchstellerin / Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 4. März 2022 (act. 1) stellte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Berufungsbeklagte) beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Uster (fortan Vorinstanz) das eingangs erwähnte Rechtsbegehren betreffend (super-)provisorischer Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zulasten des vorstehend genannten Grundstücks der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (fortan Berufungsklägerin). Die Vorinstanz wies daraufhin das Grundbuchamt C._____ mit Verfügung vom 8. März 2022 superprovisorisch an, das beantragte Pfandrecht für eine Forderung von Fr. 47'081.95 vorläufig im Grundbuch einzutragen, woraufhin dieses die verlangte Eintragung im Grundbuch vornahm (act. 4, act. 6). Mit derselben Verfügung wurde der Berufungsbeklagten Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten einen Kostenvorschuss zu leisten sowie ihr Gesuch im Sinne der Erwägungen zu verbessern (act. 4). Dieser Aufforderung kam die Berufungsbeklagte mit Eingabe vom 15. März 2022

nach (act. 7–8). Nach Eingang des Kostenvorschusses (act. 9) wurde der Berufungsklägerin mit Verfügung vom 22. März 2022 Frist zur Stellungnahme zum Gesuch angesetzt (act. 12), woraufhin sich diese mit Eingabe vom 14. April 2022 aufforderungsgemäss äusserte (act. 14, act. 17). Mit Verfügung vom 5. Mai 2022 wurde die Berufungsbeklagte sodann aufgefordert, zu den neuen Ausführungen der Berufungsklägerin Stellung zu nehmen (act. 19). Nach fristgerechtem Eingang der Stellungnahme der Berufungsbeklagten (act. 21) äusserte sich auch die Berufungsklägerin erneut mit Eingabe vom 9. Juni 2022 (act. 23). Mit Urteil vom 15. Juli 2022 bestätigte die Vorinstanz die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zulasten des Grundstücks der Berufungsklägerin und setzte der Berufungsbeklagten Frist an, um beim zuständigen Gericht die Klage auf Feststellung der Forderung als Pfandsumme und definitive Eintragung des Pfandrechts anzuheben – unter Androhung, dass die Berufungsklägerin bei Säumnis den vorläufigen Eintrag im Grundbuch löschen lassen könne (act. 26). Nachdem der Entscheid zunächst nur im Dispositiv erging, verlangte die Berufungsklägerin fristgerecht dessen Begründung durch die Vorinstanz (act. 28). Am 21. September 2022 versandte die Vorinstanz schliesslich den begründeten Entscheid (act. 32 = act. 35 [Aktenexemplar], act. 33).

2. Dagegen erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 3. Oktober 2022 (Datum Poststempel) Berufung bei der Kammer und stellte die vorstehend genannten Anträge (act. 36, act. 38/2-3). Der mit Verfügung vom 11. Oktober 2022 einverlangte Kostenvorschuss ging fristgemäss hierorts ein (act. 42). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-33). Auf die Einholung einer Berufungsantwort kann verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Nach Eingang der Berufung prüft die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen. Die vorliegende Berufung richtet sich gegen den vorinstanzlichen Entscheid betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts, mithin gegen einen erstinstanzlichen Entscheid über

vorsorgliche Massnahmen. Der Streitwert entspricht der im Grundbuch eingetragenen Pfandsumme von Fr. 47'081.95 (vgl. Art. 91 Abs. 1 ZPO). Folglich steht die Berufung als Rechtsmittel zur Verfügung (Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO). Als Eigentümerin des belasteten Grundstücks ist die Berufungsklägerin durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und damit zur Berufung legitimiert. Sie erhob diese innert der zehntägigen Frist (act. 36 i.V.m. act. 33) und die Berufung erfüllt die formalen Anforderungen, indem sie Anträge und eine ausreichende Begründung enthält. Dem Eintreten steht nichts entgegen.

2. Die Berufungsinstanz verfügt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht über volle Kognition, d.h. es kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die 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. Innerhalb des so definierten Prüfprogramms ist die Berufungsinstanz 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 (BGE 147 III 176 E. 4.2.1).

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

III.

1. Zuständigkeit der Vorinstanz

1.1. Die Berufungsklägerin rügt zunächst, die Vorinstanz sei für die Anordnung der vorläufigen Eintragung des streitgegenständlichen Bauhandwerkerpfandrechts sachlich nicht zuständig. Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. f ZPO i.V.m. § 43 GOG sei für Klagen gegen den Bund – und damit auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Rechtshängigkeit (Art. 5 Abs. 2 ZPO) – das Obergericht des Kantons Zürich als einzige kantonale Instanz zuständig (act. 36 S. 3 Rz. 6 f.).

1.2. Nach Art. 5 Abs. 1 lit. f ZPO hat das kantonale Recht das Gericht zu bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz zur Beurteilung von *Klagen gegen den Bund* zuständig ist. Es stellt sich vorliegend die Frage, ob es sich bei einer Klage (bzw. einem Gesuch) um (vorläufige) Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zulasten eines im Eigentum der Eidgenossenschaft stehenden Grundstücks um eine Klage gegen den Bund im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. f ZPO handelt.

Das Bundesgericht hat unter Bezugnahme auf die Botschaft zur ZPO festgehalten, die Entstehungsgeschichte von Art. 5 Abs. 1 lit. f ZPO scheine bei den Klagen gegen den Bund nicht bloss die beteiligten Parteien, sondern auch den Klagegegenstand zu berücksichtigen. Zweck von Art. 5 Abs. 1 ZPO bzw. der Zuweisung der Zuständigkeit an eine einzige kantonale Instanz sei die Materie (und die damit verbundene Konzentration von rechtlichem und fachlichem Wissen) und die Prozessbeschleunigung. Allerdings, so das Bundesgericht weiter, sehe bereits das BGG das Prinzip der double instance vor, wonach die Vorinstanzen des Bundesgerichts grundsätzlich als Rechtsmittelinstanzen entscheiden (Art. 75 Abs. 2 BGG). An diesem Prinzip habe die ZPO nichts geändert. Ausnahmen müssten in einem Bundesgesetz – wie in Art. 5 Abs. 1 ZPO – vorgesehen sein, welche den verminderten Rechtsschutz sowie die zusätzliche Belastung des Bundesgerichts rechtfertigten. Derartige Gründe seien für die paulianische Anfechtungsklage gegen den Bund nicht ersichtlich (BGE 143 III 395 E. 7.3 f.).

Für ein Gesuch um (vorläufige) Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zulasten eines im Eigentum der Eidgenossenschaft stehenden Grundstücks gilt dasselbe: Auch wenn Art. 5 Abs. 1 lit. f ZPO lediglich die beklagte Partei (den Bund) als Anwendungsvoraussetzung nennt, ist wie gesehen überdies der Klagegegenstand (die Materie) von Bedeutung. Es gibt bei der vorliegenden Materie keine Konzentration von rechtlichem und fachlichem Wissen bei einer einzigen kantonalen Instanz, welche den verminderten Rechtsschutz sowie die zusätzliche Belastung des Bundesgerichts rechtfertigen würden, vielmehr werden Gesuche um (vorläufige) Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten zwischen Privaten – was ungleich häufiger vorkommt als Bauhandwerkerpfandrechte zulasten von Grundstücken im Eigentum des Bundes – in jedem Fall von den Bezirksgerichten behandelt. Angesichts des Grundprinzips der double instance, an welchem auch die ZPO nichts geändert hat, ist Art. 5 Abs. 1 lit. f ZPO ohnehin nicht weit auszulegen.

1.3. Nach dem Dargelegten erweist sich die Unzuständigkeitseinrede der Berufungsklägerin als unbegründet. Art. 5 Abs. 1 lit. f ZPO findet vorliegend keine Anwendung. Zuständig zur Beurteilung des streitgegenständlichen Gesuchs ist das Einzelgericht im summarischen Verfahren desjenigen Bezirksgerichts, in dessen Bezirk das entsprechende Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist (Art. 29 ZPO i.V.m. Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO i.V.m. § 24 lit. c GOG). Das Grundstück der Berufungsklägerin ist im Grundbuch der Stadt C._____ aufgenommen (act. 3/9). Die Vorinstanz war zur Beurteilung des vorliegenden Gesuchs deshalb sowohl sachlich als auch örtlich zuständig.

2. Passivlegitimation

2.1. Im Gesuch der Berufungsbeklagten vom 4. März 2022 wird die D._____ (fortan D._____) bzw. genauer die "D._____ Immobilienmanagement" als Gesuchsgegnerin aufgeführt (act. 1 S. 1). In der Verfügung der Vorinstanz vom 8. März 2022 betreffend superprovisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts wurde dagegen die Berufungsklägerin als Eigentümerin des belasteten Grundstücks als Gesuchsgegnerin in das Rubrum aufgenommen (act. 4).

2.2. Die Berufungsklägerin macht diesbezüglich geltend, die Vorinstanz sei zur Berichtigung der Parteibezeichnung nicht befugt gewesen und das Gesuch hätte deshalb mangels Passivlegitimation der D._____ abgewiesen werden müssen (act. 36 S. 3 Rz. 8 ff.). Dass die Berufungsklägerin und nicht die D._____ Grundeigentümerin des Grundstücks sei, sei der Berufungsbeklagten bekannt gewesen, habe sie doch selbst einen entsprechenden Grundbuchauszug als act. 3/9 zu den Akten gereicht. Trotzdem habe sie ihr Begehren explizit gegen die D._____ gerichtet (act. 36 S. 4 Rz. 13). Selbst wenn die Parteibezeichnung auf eine prozessuale Nachlässigkeit oder Unsorgfältigkeit der Berufungsbeklagten zurückzuführen gewesen sei – was diese nicht einmal substantiiert behauptet habe – sei es der Vorinstanz nicht erlaubt gewesen, entgegen der spezifischen Bezeichnung im Gesuch eine andere Partei ins Recht zu fassen. Für die Berufungsklägerin sei nicht erkennbar gewesen, dass mit einem explizit gegen die D._____ gerichteten Gesuch eigentlich sie gemeint gewesen sei (act. 36 S. 4 Rz. 14 f.). Schliesslich verweist die Berufungsklägerin auf SCHUMACHER/REY, wonach eine Berichtigung der Parteibezeichnung bei einem Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ausgeschlossen sei, wenn im Rechtsbegehren eine Person als Gesuchsgegner genannt werde, die gar nicht Grundeigentümer sei (act. 36 S. 5 Rz. 16 mit Verweis auf SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl., Zürich 2021, N 1452).

2.3. Die Rüge geht fehl. Die Vorinstanz erwog zu Recht, dass eine ungenaue Bezeichnung des Grundeigentümers vom Unternehmer dann berichtigt werden dürfe, wenn über die Identität des Grundeigentümers aufgrund der Angaben in Gesuch und Beilagen kein Zweifel bestehen könne, mithin jede Gefahr der Verwechslung ausgeschlossen sei. Eine Berichtigung sei ausserdem in allen anderen Fällen zulässig, in denen der Belangte nach den Umständen trotz unrichtiger Parteibezeichnung die Absicht des Unternehmers, ihn ins Recht zu fassen, erkenne oder erkennen müsse. Die Vorinstanz erwog weiter, dass die interne Organisation der Berufungsklägerin nicht ohne Weiteres klar sei. Aus dem Gesuch der Berufungsbeklagten sowie der Beilagen ergebe sich jedoch zweifellos, wer Grundeigentümer des zu belastenden Grundstücks sei und wen die Berufungsbeklagte

habe ins Recht fassen wollen. Die Berichtigung der Parteibezeichnung sei deshalb zulässigerweise erfolgt (act. 35 E. 3.3.2).

2.4. Bei Unklarheiten betreffend die Bezeichnung des Grundeigentümers im Gesuch um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts trifft das Gericht grundsätzlich die gerichtliche Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO (vgl. BGer 5A_723/2016 vom 20. Oktober 2017 E. 3.4). Erweist sich die Parteibezeichnung als offensichtlich unrichtig, steht die Identität der Partei aber eindeutig fest, ist die Bezeichnung von Amtes wegen ohne Weiteres zu berichtigen, ebenso, wenn an Stelle des Gemeinwesens eine (nicht mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete) Verwaltungseinheit klagt oder beklagt wird (DIKE Komm ZPO-PAHUD, Art. 221 N 4 m.w.H.). Überdies kann die zeitliche Dringlichkeit im Verfahren um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ein superprovisorisch korrigierendes Tätigwerden des Gerichts rechtfertigen, wenn ein vorgängiges Ausüben der gerichtlichen Fragepflicht mit einem Rechtsverlust des Bauhandwerkers einhergehen würde, dies jedenfalls dort, wo die Gesuchstellerin weder anwaltlich vertreten noch rechtskundig ist, so dass die falsche Parteibezeichnung grundsätzlich auch die gerichtliche Fragepflicht auslösen würde. Die superprovisorische Anordnung erfolgt diesfalls unter Vorbehalt der nachträglichen Korrektur im Verfahren um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts, wo der Anspruch des Grundeigentümers auf rechtliches Gehör auch in Bezug auf die richterliche Korrektur gewahrt wird (vgl. SCHWANDER, ZZZ 31/2013 S. 214 ff.).

Dass die Berufungsbeklagte in ihrem Gesuch zwar die D._____ Immobilienmanagement als Gesuchsgegnerin bezeichnet (act. 1), jedoch auch einen Grundbuchauszug ins Recht gereicht hat, aus welchem hervorgeht, dass die Berufungsklägerin Eigentümerin des zu belastenden Grundstücks ist (act. 3/9), stellt ein unklares bzw. widersprüchliches Vorbringen dar, welches grundsätzlich die Anwendung von Art. 56 ZPO gebietet. Das Verhalten der Berufungsbeklagten legt die Vermutung nahe, dass sie – als unvertretene juristische Laiin – nicht erkannt hat, dass bei einem Gesuch um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts stets der Eigentümer des zu belastenden Grundstücks zu beklagen ist, selbst wenn dieser, wie im vorliegenden Fall (vgl. act. 3/6), nicht Vertragspartei des Werkver-

trags ist. Entgegen der Berufungsklägerin durfte die Vorinstanz deshalb von einer versehentlich falschen Parteibezeichnung durch die Berufungsbeklagte ausgehen.

2.5. Gemäss der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Berichtigung der auf einem Versehen beruhenden unrichtigen Parteibezeichnung zulässig, wenn jede Gefahr einer Verwechslung ausgeschlossen werden kann und der Belangte nach den Umständen die Absicht des Gläubigers, ihn ins Recht zu fassen, erkennt oder erkennen muss (statt vieler: BGE 136 III 545 E. 3.4.1. m.w.H.). Aus den Angaben der Berufungsbeklagten im Gesuch (act. 1), dem Begleitbrief (act. 2) sowie den Beilagen zum Gesuch (act. 3/1-9) geht zweifelsfrei hervor, dass die Berufungsbeklagte beabsichtigte, ein Bauhandwerkerpfandrecht zulasten des Grundstücks der Berufungsklägerin eintragen zu lassen, mithin das Gesuch gegen die Berufungsklägerin zu richten gewesen wäre. Als Eigentümerin des Grundstücks, auf dessen Grund die Arbeiten verrichtet wurden, muss für die Berufungsklägerin nach Treu und Glauben sodann erkennbar gewesen sein, dass sie Belangte allfälliger Bauhandwerkerprozesse sein würde; dass sich die Berufungsbeklagte mit der Aufführung der "D._____ Immobilienmanagement" im Gesuchsformular bewusst dafür entschieden hätte, nicht gegen die passivlegitimierte Grundeigentümerin vorzugehen, kann entgegen der Berufungsklägerin (act. 36 Rz. 13) nicht gesagt werden. Angesichts der Frist von Art. 839 Abs. 2 ZGB lag sodann zeitliche Dringlichkeit vor (vgl. dazu nachfolgend E. III. 5.). Die Parteien thematisierten sodann im anschliessenden Verfahren betreffend provisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts die Berichtigung der Parteibezeichnung. Die Berichtigung der Parteibezeichnung war deshalb im vorliegenden Fall zulässig.

2.6. Damit erweisen sich die diesbezüglichen Vorbringen der Berufungsklägerin als unbegründet. Die Berichtigung der Parteibezeichnung durch die Vorinstanz erfolgte zu Recht und das Gesuch richtet sich gegen die passivlegitimierte Partei.

3. Rechtsbegehren

3.1. Des Weiteren macht die Berufungsklägerin geltend, dass das Gesuch der Berufungsbeklagten kein Rechtsbegehren enthalte. Es werde im Gesuch mit keinem Wort erwähnt, welches Grundstück in welchem Umfang mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet werden solle. Die Vorinstanz sei nicht dazu befugt gewesen, ein korrektes Rechtsbegehren für die Berufungsbeklagte zu formulieren. Fehlende oder unzulängliche Rechtsbegehren würden von Vorherein nicht in den Genuss der gerichtlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO kommen (act. 36 S. 5 Rz. 17 ff.). Die Berufungsklägerin moniert weiter, dass selbst wenn ein Anwendungsspielraum für Art. 56 ZPO bestünde, die Vorinstanz lediglich der Gesuchstellerin Gelegenheit zur Klarstellung und Ergänzung hätte geben dürfen. In dem die Vorinstanz von Amtes wegen selbst ein korrektes Rechtsbegehren formuliert habe, sei Partei für die Berufungsbeklagte ergriffen sowie gegen die Verhandlungs- und Dispositionsmaxime verstossen worden (act. 36 S. 6 Rz. 21 ff.).

3.2. Die Vorinstanz erwog dazu, dass das korrekte Formulieren von Rechtsbegehren ohne fachkundigen Rechtsbeistand häufig Schwierigkeiten bereite, besonders im Bauhandwerkerpfandrecht. Infolgedessen und auch aufgrund des von Art. 839 Abs. 2 ZGB ausgehenden Zeitdrucks sei selbst auf unvollständige oder unklare Rechtsbegehren grundsätzlich einzutreten, wenn sich aus der Begründung der Klage ergebe, was der Kläger einfordere. Dem Gericht sei es im Rahmen von Art. 56 ZPO sodann zuzumuten, den nicht anwaltlich vertretenen Unternehmer auf offensichtliche Ungereimtheiten in den Rechtsbegehren anzusprechen und Gelegenheit zur Verbesserung einzuräumen. Aus dem Gesuch, dem Begleitschreiben sowie den eingereichten Unterlagen ergebe sich klar, was die Berufungsbeklagte einfordere und um welches Grundstück es sich handle. Demnach genüge das Gesuch den gesetzlichen Anforderungen (act. 35 E. 3.4.2. ff.).

3.3. Das Vorgehen der Vorinstanz ist nicht zu bemängeln. Aus dem Gesuch sowie den eingereichten Unterlagen war klar ersichtlich, was die nicht rechtskundige Berufungsbeklagte wollte. Sie hat sich des von den Zürcher Gerichten unter <https://www.gerichte-zh.ch/themen/bau-werk/formulare.html> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2022) bereit gestellten Formulars "Bauhandwerkerpfandrecht"

bedient, jedoch weder im Feld "Rechtsbegehren" noch auf dem eingereichten Beiblatt ein eigentliches Rechtsbegehren formuliert, sondern kurz den Sachverhalt geschildert und geschlossen, sie "lege [...] einen Handwerkerpfandrecht ein" (act. 1 f.). Anders als das vom Bundesrat gemäss Art. 400 Abs. 2 ZPO bereit gestellte Formular (vgl.

<https://bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/zivilprozessrecht/parteieingabenformulare.html>) [zuletzt besucht am 21. Dezember 2022]) zur vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts enthält das Zürcher Formular kein ausformuliertes Rechtsbegehren, sondern verweist über einem leeren Feld lediglich auf die "Angaben auf der Checkliste", einer mehrseitigen schriftlichen Zusammenfassung, welche auf der oben zitierten Website der Zürcher Gerichte unter "Anleitung zum Formular" heruntergeladen werden kann. Dass sich die Berufungsbeklagte eines kantonalen Formulars bedient hat, welches bezüglich Rechtsbegehren weniger laienfreundlich ist als das eidgenössische Formular, darf ihr nicht zum Nachteil gereichen. Angesichts dessen, dass es Ziel des Bundesgesetzgebers war, das Verfahrensrecht wenig formalistisch und damit laienfreundlich zu gestalten (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBI 2006 7221 ff., 7245 und passim) sowie dass es klar ersichtlich war, was die Berufungsbeklagte wollte, wäre es eine ungerechtfertigte Formenstrenge gewesen, auf das Gesuch nicht einzutreten.

3.4. Zu keinem anderen Ergebnis führt es, wenn das Vorgehen der Vorinstanz unter dem Blickwinkel von Art. 56 ZPO betrachtet wird: Anknüpfungspunkt für die gerichtliche Fragepflicht und damit mangelhaftes Vorbringen im Sinne von Art. 56 ZPO können sämtliche Erklärungen und Eingaben der Parteien zur Stützung des jeweiligen Standpunkts sein. Nach der herrschenden Lehre können diese Verbinden sowohl tatsächlicher (z.B. Ausführungen zum Sachverhalt und Beweisanträge) als auch rechtlicher Natur (z.B. Rechtsbegehren und Verfahrensanträge) sein (BSK ZPO-GEHRI, 3. Aufl. 2017, Art. 56 N 2; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N 18; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, 3. Aufl. 2021, Art. 56 N 7; SARBACH, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 2003, S. 195 ff., S. 209; a.A. GLASL, DIKE-Komm-ZPO, Art. 56 N 20; offengelassen bzgl. Rechtsbegehren in BGer 5A_3/2019 vom

18. Februar 2018 E. 4.2). In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre können nach Ansicht der Kammer auch unzulängliche Rechtsbegehren Gegenstand der gerichtlichen Fragepflicht sein. Wenn eine anwaltlich nicht vertretene Partei, wie vorliegend, zwar ein Gesuch samt Begleitschreiben und Beilagen einreicht (vgl. act. 1 bis act. 3/1-9), es allerdings versäumt, darin ein entsprechendes Rechtsbegehren zu formulieren, liegt ein offensichtlich unvollständiges Vorbringen im Sinne von Art. 56 ZPO vor. Zu verlangen ist, dass die gerichtliche Tätigkeit nach Art. 56 ZPO stets im Rahmen des von der Partei verfolgten Prozessziels bleibt (dass also insbesondere nicht zusätzliche oder auf ein anderes Ziel gerichtete Klagen angeregt werden) und dass die unzureichenden Anträge nicht offensichtlich auf Unsorgfalt beruhen. Beides ist im vorliegenden Fall erfüllt.

Wie weit die richterliche Fragepflicht reicht, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, namentlich von der Unbeholfenheit der betroffenen Partei (BGE 146 III 413 E. 4.2). Die Berufungsbeklagte resp. der für diese handelnde alleinige Gesellschafter und Geschäftsführer E._____ erscheint unzweifelhaft als unbeholfen, wie sich schon aus dem bei der Vorinstanz eingereichten Gesuchsformular ergibt, welches in mehrfacher Hinsicht falsch ausgefüllt ist (vgl. act. 1). Bestand und Umfang der richterlichen Fragepflicht sind darüber hinaus auch von der Komplexität des Verfahrens abhängig (OFK ZPO-SARBACH, 2. Aufl. 2015, Art. 56 N 6). Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, bereitet das Formulieren von (korrekten) Rechtsbegehren rechtsunkundigen Personen gerade im Bauhandwerkerpfandrechtsverfahren grosse Schwierigkeiten. Die Gerichte wenden in diesem Bereich deshalb Laien gegenüber regelmässig eine ausgedehnte richterliche Fragepflicht an und die Vorinstanz hat dies auch vorliegend getan, was es nicht zu beanstanden gilt.

Was die Modalitäten der Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht betrifft, wird zunächst auf das bereits Ausgeführte verwiesen (oben E. III. 2.4. f.). Es gilt auf die besondere zeitliche Dringlichkeit im Bauhandwerkerpfandrechtsverfahren Rücksicht zu nehmen. Sodann ergibt sich vorliegend aus dem Gesuch, dessen Begründung und den eingereichten Beilagen (act. 1, 2 und act. 3/1-9) klar, welches Grundstück (act. 3/9) die Berufungsbeklagte in welchem Umfang (act. 3/2)

mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belasten möchte. Unter Zeitdruck und aufgrund der Tatsache, dass sich das Begehren klar aus den Akten ergibt, hat die Vorinstanz in Anwendung von Art. 56 ZPO zu Recht ein (sinngemässes) Rechtsbegehren erkannt. Mit Verfügung vom 8. März 2022, zeitgleich mit der Anordnung der superprovisorischen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts, hat die Vorinstanz der Berufungsbeklagten sodann schriftlich Frist zur Verbesserung des Gesuchs angesetzt und die gerichtliche Fragepflicht zusätzlich auf herkömmliche Art und Weise ausgeübt (act. 4). Damit erfolgte das Tätigwerden unter Vorbehalt der nachträglichen Korrektur, und auch das rechtliche Gehör der Berufungsklägerin wurde gewahrt. Das Vorgehen der Vorinstanz ist deshalb als rechtmässig zu qualifizieren und eine Verletzung der Dispositions- und Verhandlungsmaxime fällt ausser Betracht.

4. Pfändbarkeit des Grundstücks

4.1. In Bezug auf die Eintragungsvoraussetzungen des Bauhandwerkerpfandrechts bringt die Berufungsklägerin zunächst vor, das fragliche Grundstück sei nicht pfändbar. Die D. _____ nehme gemäss Art. 2 des ETH-Gesetzes als eidgenössische Forschungsanstalt ausschliesslich öffentliche Aufgaben wahr, weshalb das Grundstück offenkundig und unbestrittenermassen dem Verwaltungsvermögen zuzuordnen sei. Die geforderte Belastung mit einem Bauhandwerkerpfandrecht sei aufgrund der Unpfändbarkeit des Grundstücks nicht möglich (act. 36 S. 7 Rz. 26 f.). Da sich die Berufungsbeklagte sodann in ihrem Gesuch (vgl. act. 1) nicht zur Frage betreffend Finanz- oder Verwaltungsvermögen geäussert habe, könne die Zugehörigkeit des fraglichen Grundstücks nicht als *strittig* i.S.v. Art. 839 Abs. 5 ZGB qualifiziert werden. Erst in der Stellungnahme vom 23. Mai 2022 (vgl. act. 21) bringe die Berufungsbeklagte vor, die Zugehörigkeit zum Verwaltungsvermögen sei strittig, unterlasse es aber im Gegenzug die Zuordnung des Grundstücks zum Finanzvermögen zu behaupten. Es könne deshalb nicht von einer strittigen Frage gesprochen werden. Damit sei auch die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gestützt auf Art. 839 Abs. 5 ZGB ausgeschlossen. Darüber hinaus führt die Berufungsklägerin mit Verweis auf Art. 253 ZPO aus, das summarische Verfahren sehe keinen doppelten Schriftenwechsel vor,

weshalb die Frage betreffend Verwaltungsvermögen ohnehin nicht erst nach Eingang der Gesuchsantwort strittig gemacht werden könne (act. 36 S. 7 Rz. 29).

4.2. Die Vorinstanz befand, dass die Zugehörigkeit zum Verwaltungsvermögen gemäss Lehre und Rechtsprechung bereits dann als strittig zu qualifizieren sei, wenn sich die Parteien diesbezüglich nicht einig seien. Die Berufungsbeklagte sei in prozessualer Hinsicht nicht dazu gehalten gewesen, ausdrücklich vorzubringen, dass es sich beim betroffenen Grundstück nicht um Verwaltungsvermögen handle. Vielmehr habe sie durch die Stellung des Gesuchs implizit zum Ausdruck gebracht, dass das Grundstück ihrer Ansicht nach dem Finanzvermögen zuzuordnen sei. Ausserdem habe die Berufungsbeklagte die Zugehörigkeit zum Verwaltungsvermögen in ihrer Stellungnahme vom 23. Mai 2022 (vgl. act. 21) explizit bestritten. Weiter führte die Vorinstanz aus, dass die ungeklärte Zugehörigkeit des Grundstücks an und für sich sowie auch das von der Berufungsklägerin vorgebrachte Argument der *offensichtlichen* Zugehörigkeit zum Verwaltungsvermögen einer provisorischen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht entgegen stehe (act. 35 E. 3.5.3).

4.3. Es ist der Vorinstanz in ihren Erwägungen zuzustimmen. Gemäss Art. 839 Abs. 5 ZGB kann der Unternehmer die vorläufige Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch verlangen, wenn strittig ist, ob es sich um ein Grundstück im Verwaltungsvermögen handelt. Die Zuordnung zum Verwaltungsvermögen ist dann im Sinne von Art. 839 Abs. 5 ZGB als strittig zu qualifizieren, wenn sich die Parteien betreffend die Zugehörigkeit nicht einig sind. Nach der herrschenden Lehre ist dies bereits dann der Fall, wenn der Unternehmer zum Ausdruck bringt, er halte das Grundstück für pfändbar, namentlich indem er das Gesuch um vorläufige Pfandeintragung einreicht (BSK ZGB II-TURNHERR, 6. Aufl. 2019, Art. 839/840 N 42e, 42j; SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 688). Dies überzeugt. Entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin (und allem Anschein nach auch des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichts Zürich, vgl. act. 38/3) ist eine ausdrückliche Äusserung des Unternehmens zur Frage des Verwaltungs- oder Finanzvermögens demnach im Gesuch nicht notwendig. Ebenso zutreffend sind die Ausführungen der Vorinstanz, wonach die (angeblich) offensichtliche Zugehörigkeit des betroffe-

nen Grundstücks zum Verwaltungsvermögen in diesem Verfahrensstadium nicht von Relevanz sei und der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht entgegen stehe. Demgegenüber wird eine definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nur dann möglich sein, wenn das Grundstück auch tatsächlich dem Finanzvermögen zuzuordnen ist (HGer ZH HE170371 vom 15. Januar 2018 E. 2.3.3.).

Da somit eine ausdrückliche Behauptung der Berufungsbeklagten zur Frage, ob das streitgegenständliche Grundstück dem Verwaltungs- bzw. Finanzvermögen zuzuordnen ist, nicht erforderlich ist, sondern die implizite Behauptung durch die Einreichung des Gesuchs ausreicht, geht die Rüge fehl, die Vorinstanz hätte mit Hinblick auf Art. 253 ZPO die diesbezüglichen ausdrücklichen Ausführungen der Berufungsbeklagten in der Eingabe vom 23. Mai 2022 (act. 21) nicht berücksichtigen dürfen.

5. Eintragsfrist

5.1. Schliesslich rügt die Berufungsklägerin, der Pfandanspruch sei nicht glaubhaft gemacht worden. Insbesondere sei davon auszugehen, dass die Eintragsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB am Tag der Gesuchseinreichung, dem 8. März 2022, bereits verstrichen war. Das Gesuch der Berufungsbeklagten äussere sich mit keinem Wort zur Frage der Einhaltung der Eintragsfrist. Die Vorinstanz habe offenbar selber aus den vorgelegten Gesuchsbeilagen einen möglichen Sachverhalt herausinterpretiert und daraus auf die Einhaltung der Frist geschlossen. Dieses Vorgehen sei unzulässig und liesse sich weder mit dem Verhandlungsgrundsatz noch mit der richterlichen Fragepflicht rechtfertigen. Das Gericht dürfe den Sachverhalt nicht von sich aus anhand der Akten ermitteln (act. 36 S. 9 Rz. 35 ff.).

Die Berufungsklägerin bringt vor, dass die letzten Arbeiten, welche noch hätten pfandberechtigt sein können, bereits am 1. November 2021 ausgeführt worden seien. Gestützt darauf habe die Berufungsbeklagte am 5. November 2021 ihre Rechnung über Fr. 47'081.95 gestellt. In dieser Rechnung werde explizit auf den Rapport Nr. ... vom 1. November 2021 Bezug genommen, ebenso wie in den

Zahlungserinnerungen vom 19. November 2021 und 17. Dezember 2021 (act. 3/2). Die viermonatige Frist sei deshalb bereits am 1. März 2022 abgelaufen und das Gesuch der Berufungsbeklagten vom 4. März 2022 (act. 1) verspätet erfolgt (act. 36 S. 9 Rz. 39 f.). Der eingereichte Rapport Nr. ... (act. 3/4 Blatt 3), welcher angebliche letzte Arbeiten auf den 8. und 9. November 2021 datiere, sei fehlerhaft. Diese Arbeiten im Betrag von Fr. 3'264.– (24 Std. à Fr. 136.–) würden bereits in der Rechnung vom 5. November 2021 aufgeführt werden (act. 3/2), weshalb es unmöglich sei, dass diese erst am 8. und 9. November 2021 ausgeführt worden seien. Auch die nachträgliche Erklärung der Berufungsbeklagten in der Eingabe vom 23. Mai 2022, wonach der ursprüngliche Rapport Nr. .. falsche Daten enthalten und deshalb nachträglich habe korrigiert werden müssen (act. 21 S. 2), vermöge nicht glaubhaft zu erklären, weshalb die Arbeiten erst nach der Rechnungsstellung erfolgt sein sollen. Vielmehr deute alles darauf hin, dass die Arbeiten, welche angeblich am 8. und 9. November 2021 stattgefunden haben sollen, aus prozesstaktischen Gründen nachträglich umdatiert worden seien (act. 36 Rz. 41 ff.).

5.2. Die Vorinstanz führte aus, dass die diesbezüglich von der Berufungsbeklagten dargelegten Umstände tatsächlich zu gewissen Fragen Anlass geben würden. Dies gelte besonders in Bezug auf die Tatsache, dass die Rechnung für diejenigen Arbeiten, welche am 8./9. November 2021 ausgeführt worden sein sollen, das Datum des 5. Novembers 2021 trage (act. 3/2). Sie erwog aber, dass mit Hinblick auf das im summarischen Verfahren geltende herabgesetzte Beweismass der Glaubhaftmachung sowie die erheblichen Nachteile für die Berufungsbeklagte im Falle der Nichteintragung auf deren Behauptung, die letzten Arbeiten seien am 9. November 2021 ausgeführt worden (act. 21 S. 2), abzustellen sei. Sie reiche dazu einen unterzeichneten Rapport ins Recht, welcher ausweise, dass auf der Baustelle an der B. _____-Strasse 1 in C. _____ ein gewisser F. _____ acht Stunden im Treppenhaus des Obergeschosses gearbeitet habe (act. 3/4), wobei es sich beim Schleifen, der Vorarbeit und dem Anbringen der Bodenschutzfarbe um pfandberechtigte Arbeiten handle. Dies reiche für eine Glaubhaftmachung im Verfahrensstadium der vorläufigen Eintragung aus, wobei alle weitergehenden Fragen im Hauptprozess umfassend zu klären seien (act. 35 E. 3.6.2.).

5.3. Die (vorläufige) Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts in das Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB), andernfalls ist der Pfandanspruch verwirkt. Für sämtliche Eintragungsvoraussetzungen, insbesondere für das Verrichten pfandberechtigter Arbeiten an einem bestimmten Grundstück sowie für den Bestand und die Höhe einer pfandberechtigten Vergütungsforderung, trägt der Unternehmer, der 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; OGer ZH LF170072 vom 6. März 2018 E. III. 3.1).

Geht es, wie vorliegend, erst um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts im summarischen Verfahren, so muss die Gesuchstellerin die Eintragungsvoraussetzungen 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 zu strengen Anforderungen gestellt werden, weil die Bewilligung für den Grundeigentümer zunächst nur eine vorübergehende Belastung seiner Liegenschaft zur Folge hat, die er zudem durch Leistung einer hinreichenden Sicherheit vermeiden kann (Art. 839 Abs. 3 ZGB). Demgegenüber kann ein fälschlicherweise verweigerter Eintrag in der Regel nicht mehr nachgeholt werden, da der Unternehmer das Pfandrecht aufgrund der kurzen Verwirkungsfrist in der Zwischenzeit meist verloren haben 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 und der Entscheid über die Berechtigung des Baupfandrechts dem Hauptprozess betreffend definitive Eintragung zu überlassen (OGer ZH LF200067 E. 5.2. mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

5.4. Der Umstand, wonach die im Rapport Nr. ... vom 9. November 2021 ausgewiesenen Arbeiten vom 8. und 9. November 2021 (act. 3/4 Blatt 3) bereits mit Rechnung vom 5. November 2021 und mithin noch vor deren Ausführung in Rechnung gestellt worden sind (vgl. act. 3/2 Blatt 9, 10), ebenso wie die Tatsache, dass auf der Rechnung vom 5. November 2021 auf den Rapport Nr. ... vom 1. November 2021 verwiesen wird (act. 3/2 Blatt 10), lassen in der Tat gewisse Zweifel an der Behauptung der Berufungsbeklagten aufkommen, wonach die letzten pfandberechtigten Arbeiten am 9. November 2021 verrichtet worden seien. Trotzdem erscheint es weder ausgeschlossen noch höchst unwahrscheinlich, dass diese Ungereimtheiten, wie von der Berufungsbeklagten geltend gemacht (vgl. act. 21), auf ein Versehen in der Rapportierung zurückzuführen und die massgeblichen Vollendungsarbeiten auf dem streitgegenständlichen Grundstück am 9. November 2021 ausgeführt worden sind. Dementsprechend ist der Vorinstanz in ihrer Einschätzung zuzustimmen, wonach die Berufungsbeklagte einstweilen genügend glaubhaft gemacht hat, dass die letzten pfandgesicherten Arbeiten am 9. November 2021 stattgefunden haben. Die am 8. März 2022 vorgenommene vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (act. 6) erfolgte deshalb innerhalb der Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB.

5.5. Was schliesslich den Einwand der Berufungsklägerin betrifft, das Gesuch der Berufungsbeklagten äussere sich nicht zur Frage der Eintragungsfrist und die Vorinstanz habe den Sachverhalt nicht von sich aus anhand der Gesuchsbeilagen ermitteln dürfen (act. 36 S. 8 Rz. 38), ist auf die vorstehenden Ausführungen unter E. III. 2.5. und 3.4. zu verweisen. Anzumerken bleibt, dass das von der Berufungsbeklagten verwendete kantonale Formular auch diesbezüglich weniger laienfreundlich ist als das vom Bundesrat in Ausführung von Art. 400 Abs. 2 ZPO erlassene Formular, in welchem sich – im Gegensatz zum Zürcher Formular – eine Rubrik befindet, in welche die gesuchstellende Partei einzutragen hat: "Datum der Fertigstellung der Arbeit (s. Art. 839 Abs. 2 ZGB), d.h. Datum der letzten Arbeit der gesuchstellenden Partei" (lit. d unter "6. Werkvertrag und Bauarbeiten"). Dass sich die Berufungsbeklagte eines kantonalen Formulars bedient hat, welches weniger laienfreundlich ist als das eidgenössische Formular, darf ihr nicht

zum Nachteil gereichen. Diese Rüge der Berufungsklägerin trifft deshalb abermals ins Leere.

6. Fazit

Insgesamt erweisen sich sämtliche Einwendungen der Berufungsklägerin als unbegründet. Die Berufung ist daher vollumfänglich abzuweisen.

IV.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wäre die Berufungsklägerin grundsätzlich kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Da jedoch dem Kanton in Zivilverfahren keine Gerichtskosten auferlegt werden (§ 200 GOG), gilt diese Kostenfreiheit auch für die Berufungsklägerin (Art. 116 Abs. 2 ZPO). Für das vorliegende Verfahren sind demnach keine Kosten zu erheben und der von der Berufungsklägerin geleistete Kostenvorschuss ist ihr zurückzuerstatten.

2. Als unterliegende Partei hat die Berufungsklägerin keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Der Berufungsbeklagten ist durch das vorliegende Verfahren sodann kein nennenswerter Aufwand entstanden, weshalb ihr ebenfalls keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Uster, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 15. Juli 2022 (ES220005) wird bestätigt.
2. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Gerichtskosten erhoben und keine Parteientschädigungen zugesprochen.
3. Der von der Berufungsklägerin geleistete Kostenvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren von Fr. 5'300.– wird zurückerstattet.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 36, sowie an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

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

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 47'081.95.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw I. Bernheim

versandt am:
27. Dezember 2022