

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF230029-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 22. August 2023

in Sachen

A. _____ AG,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____ und / oder Rechtsanwalt MLaw X2. _____

gegen

1. **B. _____,**
2. **C. _____,**
- 3a. **D. _____,**
- 3b. **E. _____,**
4. **F. _____,**
- 5a. **G. _____,**
- 5b. **H. _____,**
- 6a. **I. _____,**
- 6b. **J. _____,**
- 7a. **K. _____,**
- 7b. **L. _____,**
- 8a. **M. _____,**
- 8b. **N. _____,**
9. **O. _____,**

10a. **P.**_____,

10b. **Q.**_____,

11. **R.**_____,

12. **S.**_____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte

alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen
vom 14. April 2023 (ES220037)**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt T. _____ sei anzuweisen, zugunsten der Klägerin und zulasten der nachfolgend genannten Grundstücke der beklagten Parteien Bauhandwerkerpfandrechte mit den entsprechenden Pfandsummen, je nebst 5% Zins seit 15. November 2022, vorläufig vorsorglich im Grundbuch einzutragen, das heisst vorzumerken:

Wohnungen:

GBBl. 1 (53/1000):	CHF 3'220.71
GBBl. 2 (67/1000):	CHF 4'071.46
GBBl. 3 (72/1000):	CHF 4'375.30
GBBl. 4 (101/1000):	CHF 6'137.57
GBBl. 5 (114/1000):	CHF 6'927.56
GBBl. 6 (69/1000):	CHF 4'193.00
GBBl. 7 (98/1000):	CHF 5'955.27
GBBl. 8 (114/1000):	CHF 6'927.56
GBBl. 9 (97/1000):	CHF 5'894.50
GBBl. 10 (159/1000):	CHF 9'662.12

Einstellplätze in Tiefgarage:

GBBl. 11 (Total 54/1000):

GBBl. 12 (3/54)	CHF 182.30
GBBl. 13 (3/54)	CHF 182.30
GBBl. 14 (3/54)	CHF 182.30
GBBl. 15 (3/54)	CHF 182.30
GBBl. 16 (3/54)	CHF 182.30
GBBl. 17 (3/54)	CHF 182.30
GBBl. 18 (4/54)	CHF 243.07
GBBl. 19 (5/54)	CHF 303.84
GBBl. 20 (4/54)	CHF 243.07
GBBl. 21 (4/54)	CHF 243.07
GBBl. 22 (3/54)	CHF 182.30
GBBl. 23 (3/54)	CHF 182.30
GBBl. 24 (3/54)	CHF 182.30
GBBl. 25 (3/54)	CHF 182.30
GBBl. 26 (3/54)	CHF 182.30
GBBl. 27 (3/54)	CHF 182.30
GBBl. 28 (1/54)	CHF 60.77

Bastelräume:

GBBl. 29 (1/1000)	CHF 60.77
GBBl. 30 (1/1000)	CHF 60.77

Total: CHF 60'768.05

2. Das Grundbuchamt T. _____ sei mit superprovisorischer Verfügung umgehend und ohne Anhörung der Beklagten richterlich anzuweisen, die in Ziffer 1 hiervor beantragten Bauhandwerkerpfandrechte sofort im Grundbuch vorzumerken (vorläufige Anordnung als dringliche vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 265 Abs. 1 ZPO);
3. Die beantragte Anmeldung gemäss Ziffer 2 hiervor sei dem Grundbuchamt T. _____ sowohl telefonisch oder elektronisch als auch schriftlich anzumelden (Art. 48 Abs. 2 lit. b der Grundbuchverordnung [GBV]);
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der (solidarisch haftenden) Beklagten."

Urteil des Einzelgerichtes:

- "1. Das Gesuch vom 20. Dezember 2022 um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten der Grundstücke der Gesuchsgegner (act. 1) wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt T. _____ wird angewiesen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids, das aufgrund der Verfügung vom 21. Dezember 2022 zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten der nachgenannten Grundstücke der Gesuchsgegner [U. _____-strasse ..., T. _____] die nachfolgenden, vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte

Wohnungen:

- GBBI. 1 (53/1000): CHF 3'220.71 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,
GBBI. 2 (67/1000): CHF 4'071.46 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,
GBBI. 3 (72/1000): CHF 4'375.30 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,
GBBI. 4 (101/1000): CHF 6'137.57 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,
GBBI. 5 (114/1000): CHF 6'927.56 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,
GBBI. 6 (69/1000): CHF 4'193.00 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,
GBBI. 7 (98/1000): CHF 5'955.27 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,
GBBI. 8 (114/1000): CHF 6'927.56 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,

GBBI. 9 (97/1000): CHF 5'894.50 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,

GBBI. 10 (159/1000): CHF 9'662.12 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,

Einstellplätze in Tiefgarage:

GBBI. 12 (3/54): CHF 182.30 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,

GBBI. 13 (3/54): CHF 182.30 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,

GBBI. 14 (3/54): CHF 182.30 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,

GBBI. 15 (3/54): CHF 182.30 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,

GBBI. 16 (3/54): CHF 182.30 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,

GBBI. 17 (3/54): CHF 182.30 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,

GBBI. 18 (4/54): CHF 243.07 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,

GBBI. 19 (5/54): CHF 303.84 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,

GBBI. 20 (4/54): CHF 243.07 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,

GBBI. 21 (4/54): CHF 243.07 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,

GBBI. 22 (3/54): CHF 182.30 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,

GBBI. 23 (3/54): CHF 182.30 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,

GBBI. 24 (3/54): CHF 182.30 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,

GBBI. 25 (3/54): CHF 182.30 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,

GBBI. 26 (3/54): CHF 182.30 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,

GBBI. 27 (3/54): CHF 182.30 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,

GBBI. 28 (1/54): CHF 60.77 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,

Bastelräume:

GBBI. 29 (1/1000): CHF 60.77 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,

GBBI. 30 (1/1000): CHF 60.77 nebst 5% Zins seit 15. November 2022,

vollumfänglich zu löschen.

3. Die Entscheidungsbüher wird auf Fr. 4'700.– festgesetzt.
 4. Die Kosten gemäss der vorstehenden Ziffer werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
 5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, den Gesuchsgegnern eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.– (Betrag enthält Mehrwertsteuer und Auslagen) zu bezahlen.
- 6./7. [Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung]"

Berufungsanträge:
(act. 27 S. 3 f.)

:

- "1. Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 14. April 2023 (Geschäfts-Nr. ES220037-F) sei aufzuheben und das Grundbuchamt T. _____ sei anzuweisen, zugunsten der (Berufungs-)Klägerin und zulasten der nachfolgend genannten Grundstücke der (berufungs-)beklagten Parteien Bauhandwerkerpfandrechte mit den entsprechenden Pfandsummen, je nebst 5 % Zins seit 15. November 2022, vorläufig im Grundbuch einzutragen, das heisst vorzumerken:

Wohnungen:

GBBl. 1 (53/1000):	CHF 3'220.71
GBBl. 2 (67/1000):	CHF 4'071.46
GBBl. 3 (72/1000):	CHF 4'375.30
GBBl. 4 (101/1000):	CHF 6'137.57
GBBl. 5 (114/1000):	CHF 6'927.56
GBBl. 6 (69/1000):	CHF 4'193.00
GBBl. 7 (98/1000):	CHF 5'955.27
GBBl. 8 (114/1000):	CHF 6'927.56
GBBl. 9 (97/1000):	CHF 5'894.50
GBBl. 10 (159/1000):	CHF 9'662.12

Einstellplätze in Tiefgarage:

GBBl. 11 (Total 54/1000):

GBBl. 12 (3/54)	CHF 182.30
GBBl. 13 (3/54)	CHF 182.30
GBBl. 14 (3/54)	CHF 182.30
GBBl. 15 (3/54)	CHF 182.30
GBBl. 16 (3/54)	CHF 182.30
GBBl. 17 (3/54)	CHF 182.30

GBBl. 18 (4/54)	CHF 243.07
GBBl. 19 (5/54)	CHF 303.84
GBBl. 20 (4/54)	CHF 243.07
GBBl. 21 (4/54)	CHF 243.07
GBBl. 22 (3/54)	CHF 182.30
GBBl. 23 (3/54)	CHF 182.30
GBBl. 24 (3/54)	CHF 182.30
GBBl. 25 (3/54)	CHF 182.30
GBBl. 26 (3/54)	CHF 182.30
GBBl. 27 (3/54)	CHF 182.30
GBBl. 28 (1/54)	CHF 60.77

Bastelräume:

GBBl. 29 (1/1000)	CHF 60.77
GBBl. 30 (1/1000)	CHF 60.77

Total: CHF 60'768.05

2. Eventualiter sei das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 14. April 2023 (Geschäfts-Nr. ES220037-F) aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten, eventuell zulasten der Staatskasse."

Erwägungen:

1.

1.1. Die Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (nachfolgend Berufungsbeklagte) sind jeweilige Stockwerkeigentümer der Grundstücke GBBl. 1-10 (Wohnungen), GBBl. 11-28 (Einstellplätze Tiefgarage) und GBBl. 29-30 (Bastelräume) in der Gemeinde T._____ (act. 3/B). Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Berufungsklägerin) ist eine Aktiengesellschaft, welche die Planung und Ausführung von ... bezweckt (act. 3/A). Nach Angaben der Berufungsklägerin habe sie auf den Liegenschaften der Gesuchsgegner pfandberechtigte Arbeiten erbracht (insbesondere Sanitärarbeiten), und es seien dafür offene Rechnungen im Umfang von Fr. 21'540.-- und Fr. 39'338.05 (total Fr. 60'768.05) nicht beglichen worden. Die für die Fristberechnung gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB relevanten

letzten Arbeiten (Lieferung und Montage von Duschtrennwänden) habe sie am 25. August 2022 verrichtet (act. 1 S. 7 ff.).

1.2. Mit Eingabe vom 20. Dezember 2022 ersuchte die Berufungsklägerin beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Horgen um vorsorgliche bzw. superprovisorische Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten auf den genannten Stockwerkeigentumsanteilen der Berufungsbeklagten (act. 1). Dem Gesuch um superprovisorische Eintragung entsprach das Einzelgericht mit Verfügung vom 21. Dezember 2022 einstweilen (act. 4). Mit Urteil 14. April 2023 wies das Einzelgericht das Gesuch um vorläufige Eintragung ab und das Grundbuchamt T. _____ an, nach Eintritt der Rechtskraft die vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte vollumfänglich zu löschen (act. 20 = act. 26).

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 28. April 2023 Berufung bei der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, beantragte die Aufhebung des angefochtenen Entscheides, eventualiter die Rückweisung an die Vorinstanz und hielt in der Sache an dem bei der Vorinstanz gestellten Antrag fest (act. 27; siehe Berufungsanträge vorstehend).

1.4. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-24). Den ihr mit Verfügung vom 4. Mai auferlegten Kostenvorschuss leistete die Berufungsklägerin fristgerecht (act. 30-33). Mit Verfügung vom 31. Mai 2023 wurde den Berufungsbeklagten Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 34). Innert Frist ging keine Berufungsantwort ein. Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Das angefochtene Urteil stellt einen erstinstanzlichen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen (vgl. BGE 137 III 563, E. 3.3 f.) in einer vermögensrechtlichen Streitigkeit dar. In diesen Angelegenheiten ist die Berufung zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Das ist vorliegend der Fall (Pfandsumme Fr. 60'768.05). Das Berufungsverfahren richtet sich nach den Art. 308 ff. ZPO. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist

schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Aus der Obliegenheit, das Rechtsmittel zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO), ergibt sich zudem, dass die Berufung Rechtsmittelanträge zu enthalten hat.

2.2. Die vorliegende Berufung vom 28. April 2023 wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Die Berufungsklägerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert, weshalb auf die Berufung einzutreten ist.

2.3. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsinstanz wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist daher weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Die Begründungspflicht (Art. 53 ZPO) verpflichtet das Gericht nicht dazu, sich mit jedem einzelnen rechtlichen oder sachverhaltlichen Einwand der Parteien eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seines Entscheids auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (vgl. statt vieler: BK ZPO-Hurni, Art. 53 N 60 f.).

3.

3.1. 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 (BGE 126 III 462 E. 2c/aa). 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).

3.2. Die Vorinstanz hat das Gesuch der Berufungsklägerin um vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten mit der Begründung abgewiesen, die Einhaltung der viermonatigen Frist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB mit der auf Verfügung vom 21. Dezember 2022 hin erfolgten vorläufigen Eintragung des Pfandrechts sei trotz gesenkten Beweismassanforderungen nicht glaubhaft gemacht. Entsprechend prüfte sie die weiteren Eintragungsvoraussetzungen nicht. Mit Bezug auf die Eintragsfrist führt die Vorinstanz aus, die letzte Wohnung sei gemäss Schreiben der V._____ Architekten am 8. August 2022 der Eigentümerschaft übergeben worden. Im gleichen Schreiben sei festgehalten worden, dass die Behebung von verbleibenden, unwesentlichen Mängel direkt mit den Eigentümern koordiniert werden solle. Auch in den Abnahmeprotokollen der Wohnungen, in welchen die Duschtrennwand noch nicht eingesetzt gewesen sei, werde davon gesprochen, dass lediglich unwesentliche Mängel vorliegen würden. Die Eigentümer seien ebenfalls dieser Auffassung gewesen. Die Berufungsklägerin habe selber erwähnt, dass in einer der Wohnungen eine Duschtrennwand noch nicht montiert sei. Sollte die Montage der Duschtrennwände keine Mängelbehebung sondern qualitativ der Vervollständigung des Werkes bzw. Erfüllung des Werkvertrages zuzuordnen sein, wäre das fristauslösende Ereignis somit noch gar nicht eingetreten. Das Abstellen auf die Montage der Duschtrennwände als fristauslösendes Ereignis am 25. August 2022 wäre somit inkonsequent. Sämtliche beteiligten Personen hätten die ausstehenden Arbeiten als Behebung von unwesentlichen Mängeln qualifiziert. Daran würden allfällige gemeinsame Interessen zwischen der Bauherrin und der Bauleitung nichts ändern. Auch die zeitliche und betragsmässige Geringfügigkeit der Leistung würden zudem dafür sprechen, dass die Montage der Duschwände als nebensächliche Leistung nicht ausschlaggebend für die Fristauslösung gewesen sei (act. 26 S. 8 f.).

3.3. Die Berufungsklägerin bringt dagegen im Wesentlichen und zusammengefasst vor, die Montagearbeiten der Duschtrennwände vom 25. August 2022 hätten unbestrittenermassen zum Leistungsumfang des von der Berufungsklägerin zu erbringenden Bauwerks bzw. des Werkvertrages vom 3./23./26. November 2020 gehört, weshalb vorher weder eine Fertigstellung des Werkes habe erfolgen können noch vor einer solchen (werkvertragliche) Mängelbeseitigungsarbeiten hätten ausgeführt werden können. Das Werk sei final erst am 25. August 2022 fertiggestellt worden. Da eine Nachbesserung vor Ablieferung aus rechtlicher Sicht nicht möglich sei, könne es sich nicht um Mängelbehebungsarbeiten handeln. Es habe weder am 8. noch 10. August 2022 eine Abnahme des Werks durch die Bestellerin stattgefunden. Die Vorinstanz habe fälschlicherweise die von den Berufungsbeklagten eingereichten Abnahmeprotokolle als Protokolle der Werksabnahme gewürdigt. In tatsächlicher Hinsicht handle es sich dabei um Abnahmeprotokolle der (kaufvertraglichen) Wohnungsübergabe aus dem Vertragsverhältnis zwischen den Berufungsbeklagten und der W._____ Architektur AG. Auch das Schreiben der V._____ Architekten AG vom 10. August 2022 beziehe sich darauf (act. 27 S. 8 ff. und S. 11 ff.). Selbst wenn die Arbeiten als "nebensächliche und unbedeutende Leistungen" zu qualifizieren wären, wären sie für den Beginn des Fristenlaufs massgebend. Denn geringfügige und nebensächliche Arbeiten, soweit sie keine Nachbesserungsarbeiten darstellen, würden verlangen, dass der Unternehmer diese Arbeiten absichtlich hinausgeschoben habe. Ein solches absichtliches Hinauszögern durch die Berufungsklägerin habe die Vorinstanz nicht dargetan und ergebe sich nicht aus den Akten (act. 27 S. 13 ff.). Schliesslich habe die Berufungsklägerin mit dem Datum der Arbeiten vom 25. August 2022 nur aufgezeigt, dass die Eintragsfrist von vier Monaten zum Zeitpunkt des Gesuchs noch nicht abgelaufen gewesen sei. Das bedeute hinsichtlich der letzten Duschtrennwand nicht, dass die Frist an diesem Datum zu laufen begonnen habe. Der Unternehmer müsse mit der Eintragung nicht abwarten, bis er sämtliche Vervollständigungsarbeiten erfüllt habe. Die Berufungsklägerin habe das Risiko, erst auf die letzte Montage der Duschtrennwand in der Wohnung Nr. 10 abzustellen, nicht eingehen können und dürfen, weil die Trennwand bereits geliefert gewesen sei und nur wegen des noch ausstehenden Austausches mangelhafter Platten nicht

habe montiert werden können (act. 27 S. 16). Die vorläufige Eintragung dürfe nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich sei. Der Unternehmer habe die blosse Möglichkeit eines Pfandeintragungsanspruchs glaubhaft zu machen. Die Berufungsklägerin habe die Pfandeintragungsvoraussetzungen nachvollziehbar aufgezeigt und damit die blosse Möglichkeit eines Eintragungsanspruches offensichtlich im geforderten Beweismass dargelegt (act. 27 S. 16 ff.).

4.

4.1. Nach Art. 839 Abs. 2 ZGB gilt die Arbeit als vollendet, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen dabei geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen wie der Ersatz gelieferter, aber fehlerhafter Teile oder die Behebung anderer Mängel sowie absichtlich aufgeschobene Arbeiten. Geringfügige Arbeiten bzw. Arbeiten von untergeordneter Bedeutung gelten aber dann als Vollendungsarbeiten, wenn sie unerlässlich bzw. wesentlich 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; BGer, 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016, E. 4; BGer, 4D_40/2015 vom 13. November 2015, E. 4; BGer, 5A_932/2014 vom 16. April 2015, E. 3.3.1; BGE 106 II 22, E. 2a und 2b; ZR 79 [1980], S. 276 E. 3).

Die Unternehmerin, die einen Pfandanspruch behauptet, trägt für sämtliche Voraussetzungen, insbesondere für das Verrichten pfandberechtigter Arbeiten an einem bestimmten Grundstück sowie für den Bestand und die Höhe einer pfandberechtigten Vergütungsforderung, 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). Geht es, wie vorliegend, nur um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts im summarischen Verfahren, so muss die Gesuchstellerin die für ihr Be-

gehören 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 Eintragungsverfahren gebietet zudem, dass an die Glaubhaftmachung keine strengen Anforderungen gestellt werden, weil die Bewilligung, sofern das Pfandrecht im nachfolgenden definitiven Eintragungsverfahren 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 Verwirklichungsfrist 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 Pfandrecht der Handwerker und Unternehmer kann von dem Zeitpunkt an, da sie sich zur Arbeitsleistung verpflichtet haben, in das Grundbuch eingetragen werden (Art. 839 Abs. 1 ZGB). Das heisst in der Regel mit Abschluss des Werkvertrages (BSK ZGB II-THURNHERR, 7. Aufl. 2023, Art. 839/840 N 28). Die Eintragung setzt somit weder die Erfüllbarkeit der Leistungspflicht des Unternehmers, noch die Fälligkeit des pfandgeschützten Vergütungsanspruches voraus. Die versprochenen Bauarbeiten müssen nicht bereits geleistet worden sein. Pfandberechtigt sind sowohl realisierte Vergütungsanteile für bereits geleistete Arbeiten

als auch künftige Vergütungsanteile für geschuldete, noch ausstehende Arbeiten (SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2021, N 1048).

4.2. Daraus folgt, dass entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht darauf abzustellen ist, ob der Architekt oder die Eigentümer die fehlenden Duschtrennwände als einen unwesentlichen Mangel empfinden oder nicht. Die Lieferung und Montage der Duschtrennwände stellt zwar eine in quantitativer Hinsicht (zeitlich und betragsmässig) im Verhältnis zur gesamten geschuldeten Leistung geringe Arbeit dar, sie ist jedoch unbestrittenermassen ein Bestandteil des Werkvertrages. Sie ist als objektspezifische Bauarbeit unerlässlich respektive wesentlich, denn ohne Dusch(trenn)wand ist die Sanitärarbeit nicht abgeschlossen. Sie ist nach dem Gesagten daher in qualitativer Hinsicht als Vollendungsarbeit zu charakterisieren. Die Berufungsklägerin hat bei der Vorinstanz im geforderten Masse dargelegt, dass sie am 25. August 2022 die letzten Duschtrennwände (mit Ausnahme von einer Trennwand in der Wohnung Nr. 10) montiert hat (vgl. act. 1 S. 9 und act. 3/3-4). Demnach erfolgte das Gesuch um vorsorgliche Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts vom 20. Dezember 2022 innert der vorausgesetzten viermonatigen Frist und damit rechtzeitig. Dem steht die Tatsache, dass die Duschtrennwand in der letzten Wohnung (Nr. 10) zu diesem Zeitpunkt noch nicht montiert war, nicht entgegen. Wie ausgeführt kann ein Pfandrecht bereits ab Verpflichtung zur Arbeitsleistung und somit vor Abschluss der massgeblichen Arbeiten eingetragen werden.

4.3. Der Vollständigkeit halber ist schliesslich anzumerken, dass die Berufungsbeklagten bei der Vorinstanz vorgebracht haben, die Berufungsklägerin habe den Zeitpunkt der Arbeitsvollendung pflichtwidrig verzögert. Die Lieferung und Montage der Duschtrennwände sei spätestens am 5. August 2022 möglich gewesen. Die Berufungsklägerin und ihre Subunternehmerin, die AA._____ AG, hätten sich um eine rechtzeitige Erledigung schlicht und einfach foutiert und die Vertreter der Bauleitung, die auf die Lieferung und Montage der noch fehlenden Duschtrennwände nach Kräften hinzuwirken versucht hätten, ein ums andere Mal ins Leere laufen lassen (act. 13 S. 13). Damit hat sich die Vorinstanz zu Recht nicht auseinandergesetzt, da die Berufungsbeklagten konkret nur Angaben zu einem allfälli-

gen Schuldnerverzug aufstellen (vgl. act. 13 S. 13 ff.). Behauptungen zu einer rechtsmissbräuchlichen Absicht, wie es die treuwidrige Verzögerung des Fristbeginns voraussetzen würde, fehlen (vgl. E. 4.1. vorstehend; siehe auch OGer ZH LF200067, Urteil vom 11. März 2021, E. 5.1; SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2021, N 1124 ff.). Es finden sich dafür im Übrigen auch keine Anhaltspunkte in den Akten.

4.4. Im Ergebnis ist zusammenfassend festzuhalten, dass die Berufungsklägerin am 25. August 2022 Vollendungsarbeiten ausgeführt hat und ihr Gesuch um vorsorgliche Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte vom 20. Dezember 2022 mithin innert der viermonatigen Frist erfolgte. In Gutheissung der Berufung ist daher das Urteil der Vorinstanz vom 14. April 2023 aufzuheben. Da sich die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid mit den weiteren Voraussetzungen des Pfandeintragungsanspruches nicht auseinandergesetzt hat, ist die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5.

5.1. Die Prozesskosten für das Berufungsverfahren setzen sich aus den Gerichtskosten (Entscheidgebühr) und der Parteientschädigung zusammen (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr berechnet sich im Kanton Zürich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG), welche im Zivilprozess unter Berücksichtigung von Zeitaufwand und Schwierigkeit des Falles streitwertabhängige Gebühren vorsieht (§ 2 Abs. 1 lit. a, c und d GebV OG). Dem tragen die Tarife gemäss §§ 4 ff. GebV OG Rechnung.

Ausgehend von einem Verfahrensstreitwert in Höhe von Fr. 60'768.05.-- (vgl. act. 30) ist die Entscheidgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 4 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 4'000.-- festzusetzen. Sie wurde von der Berufungsklägerin sichergestellt (act. 33). Die volle Parteientschädigung beträgt Fr. 4'500.-- (§ 4, § 9, § 11 und § 13 AnwGebV).

5.2. Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei einem Rückweisungsentscheid kann die obere Instanz

die Verteilung der Prozesskosten der Vorinstanz überlassen (Art. 104 Abs. 1 und 4 ZPO). Das bildet die Regel und davon ist nur bei Vorliegen von besonderen Gründen abzuweichen (ZK ZPO-JENNY, 3. Aufl. 2016, Art. 104 N 11). Hier sind keine solchen besonderen Gründe ersichtlich, weshalb die Kostenverteilung für das Berufungsverfahren der Vorinstanz zu überlassen ist. Dabei wird gegebenenfalls zu beachten sein, dass der Berufungsklägerin auf eine allfällige Parteient-schädigung mangels eines entsprechenden Antrags kein Mehrwertsteuerzusatz zuzusprechen (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006) und den Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren mangels Umtrieben, die zu entschädigen wären, überhaupt keine Entschädigung zuzusprechen wäre.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen vom 14. April 2023 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.-- festgesetzt.
3. Die volle Parteientschädigung im Berufungsverfahren wird auf Fr. 4'500.-- festgesetzt.
4. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.
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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 60'768.05.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: