

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PF190060-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. P. Higi sowie  
Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

## **Beschluss vom 6. Januar 2020**

in Sachen

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

Gesuchsteller und Beschwerdeführer,

gegen

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

Gesuchs- und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren  
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 5. Dezember 2019 (ES190036)

### **Erwägungen:**

1.1 Nach eigenen Angaben hat der Gesuchsteller in der Eigentums-Wohnung der Gesuchsgegnerin Plattenarbeiten ausgeführt und dafür im Betrag von Fr. 2'457.50 Rechnung gestellt. Als diese nicht bezahlt wurde, ersuchte er innert der gesetzlichen vier Monate nach Vollendung der Arbeit um vorläufigen Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechts (act. 10/2, Verfahren ES190036 des Bezirksgerichts). Der zuständige Richter wies das Gesuch mit Urteil vom 5. Dezember 2019 ab (act. 9).

Der Gesuchsteller führte am 11. Dezember 2019 Beschwerde und beantragte, das Urteil vom 5. Dezember 2019 sei aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an den Einzelrichter zurück zu weisen (act. 8).

1.2 Am 17. Dezember 2019 verfügte der Einzelrichter auf ein neues Gesuch hin den vorläufigen Eintrag des Pfandrechts (act. 13, Verfahren ES190034 - die Nummerierung ist etwas wunderlich).

Dem Gesuchsteller wurde Gelegenheit gegeben, sich zur Frage des (allenfalls entfallenen) Interesses an der Beschwerde und zu den Kostenfolgen zu äussern (act. 14). Er beantragt, die Kosten seien auf die Staatskasse zu nehmen (act. 16).

2. Ziel der Beschwerde war es, das verlangte Pfandrecht im Grundbuch vorläufig eintragen zu lassen. Das ist nunmehr erfolgt, wenn auch nicht auf Anweisung des Obergerichts, sondern in einem neuen Verfahren. In diesem neuen Verfahren wird nun entweder eine mündliche Verhandlung anzusetzen oder der Gesuchsgegnerin und Grundeigentümerin Gelegenheit zur schriftlichen Äusserung zu geben sein (Art. 265 Abs. 2 ZPO). Ob das zur Bestätigung der vorläufigen Eintragung als vorsorgliche Massnahme und Fristansetzung für die ordentliche Klage führen wird, oder ob der Einzelrichter die Löschung der vorläufigen Eintragung anordnet, steht noch nicht fest. Das wäre aber nicht anders, wenn der Gesuchsteller die vorläufige Eintragung mit seiner Beschwerde hätte erreichen können. Nach seinen Angaben hat er die letzten Arbeiten, für

welche er das Pfandrecht beansprucht, am 21. August 2019 ausgeführt (act. 10/2). Die Frist zur Eintragung beträgt vier Monate (Art. 839 Abs. 2 ZGB), und da sie im materiellen Recht ruht, wird sie von den Gerichtsferien des Prozessrechts nicht verlängert. Sie wäre heute abgelaufen, und auch eine Anweisung des Obergerichts an den Einzelrichter, sein (erstes) Verfahren fortzuführen, könnte den Fristablauf nicht ungeschehen machen.

Damit hat der Gesuchsteller an seiner Beschwerde kein schutzwürdiges Interesse mehr (Art. 59 ZPO), und es ist auf sie in der Sache nicht einzutreten.

3. Es bleiben die Kostenfolgen zu regeln, und zwar auch die des Einzelrichters in dessen erstem Verfahren - daran hat der Gesuchsteller nach wie vor ein Interesse. Er ersucht um Übernahme der Kosten auf die Staatskasse wegen eines bei ihm vorliegenden "Härtefalles" (act. 16). Das ist im Gesetz so nicht vorgesehen. Von Amtes wegen ist aber zu prüfen, ob es für seinen Antrag eine andere rechtliche Grundlage gibt (Art. 57 ZPO).

Der Einzelrichter wies das Gesuch ab, weil diesem kein Grundbuchauszug beilag, welcher das Eigentum der Gesuchsgegnerin an dem zu belastenden Grundstück belegte (act. 9). Er führte zur Begründung aus, eine Frist zum Nachbessern sehe das Gesetz bei materieller Unvollständigkeit nicht vor. Das ist richtig, wenn man nur Art. 132 ZPO betrachtet; dieser nennt einzig die fehlende Unterschrift oder die fehlende Vollmacht - also formelle Mängel - ausdrücklich und soll nach mehrheitlicher Auffassung nicht dazu dienen, die Begründung zu verbessern oder neue Beweismittel einzureichen (BK ZPO-Frei, Art. 132 N. 16 mit zahlreichen Hinweisen). Allgemeiner und nach unstreitiger Auffassung gerade auf die Begründung und die Beweismittel zugeschnitten ist dem gegenüber die Bestimmung von Art. 56 ZPO: bleibt das Vorbringen einer Partei unklar (...) oder offensichtlich unvollständig, gibt ihr das Gericht durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung. Das steht in einer offenkundigen Spannung sowohl zum Grundsatz, dass die Parteien in eigener Verantwortung Behauptungen aufstellen und Beweismittel nennen müssen (Art. 55 ZPO) als auch zur strikten Neutralität des Gerichts (Art. 47 ZPO). Die Letztere verlangt, dass auch im Rahmen der gerichtlichen Fragepflicht keine eigentlichen

Ratschläge erteilt werden (Dike-Kommentar ZPO-Diggelmann Art. 47 N. 42). Und auch der so genannte "Verhandlungsgrundsatz" von Art. 55 ZPO darf durch die gerichtliche Fragepflicht nicht ausgehöhlt werden. Solche Spannungen kennt das Recht allerdings noch und noch, und die Praxis der Gerichte, namentlich des Bundesgerichts, sucht und findet in aller Regel gangbare Wege, um den verschiedenen Anliegen des Gesetzes gerecht zu werden. So weist das Bundesgericht immer wieder mahnend darauf hin, die Fragepflicht diene nicht dazu, die Folgen unsorgfältigen Prozessierens auszugleichen (nur beispielhaft *BGer 5A\_115/2012* vom 20. Apr. 2012 E. 4.5.2, *BGer 4A\_56/2013* vom 4. Juni 2013 E. 4.4, *BGer 5A\_705/2013* vom 29. Juli 2014). Das ist gewiss zu beherzigen. Allerdings gibt das Gesetz nicht nur den Parteien, sondern auch den Gerichten auf, nach Treu und Glauben zu handeln (Art. 52 ZPO). Dieser Grundsatz muss dazu führen, dass offenkundige Versehen korrigiert werden können: nicht nur, wenn etwa eine beklagte Partei irrtümlich um Gutheissung statt um Abweisung der Klage ersucht, sondern auch in ähnlichen Fällen. Und nicht ganz überflüssig ist der Hinweis, dass das Verfahrensrecht im Rahmen des Möglichen der Verwirklichung des materiellen Rechts dient, und jedenfalls nicht der Bequemlichkeit der Gerichte.

Im vorliegenden Fall hatte der Gesuchsteller für sein Gesuch ein Formular verwendet. Offenbar ist es eine alte Version des aktuell im Internet von den Gerichten zur Verfügung gestellten Formulars für das Begehren auf vorläufigen Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechts. Dieses Formular leitete ihn an, das mit einem Pfandrecht zu belastende Grundstück mit der Katasternummer zu nennen, führte bei den einzureichenden Beilagen aber *keinen Grundbuchauszug* auf (act. 10/2). In dieser Situation hätten es Treu und Glauben, aber auch die gerichtliche Fragepflicht geboten, den Gesuchsteller darauf hinzuweisen, der Grundbuchauszug werde als notwendig erachtet. Dass der Einzelrichter das nicht tat, war ein Fehler. Das Abweisen des Gesuches war damit nicht korrekt, und entsprechend können dem Gesuchsteller keine Kosten auferlegt werden.

So weit es um die Anwendung von Art. 56 ZPO geht, wird freilich auch die Ansicht vertreten, die Fragepflicht könne nicht (mehr) greifen, so bald die so

genannte Novenschranke gefallen ist, eine Partei also von sich aus keine neuen Behauptungen und Beweismittel mehr einbringen darf (statt Vieler BSK ZPO-Frei a.a.O.). Dem ist nicht zu folgen. Richtig ist zwar, dass eine dem alten § 115 ZPO/ZH analoge Bestimmung (dass das Novenverbot für das nicht gelte, was als Folge von Fragen des Gerichts neu eingebracht werde) im Vorentwurf für die neue Prozessordnung noch vorgesehen war, dann aber gestrichen wurde. Was der Grund dafür war, lässt sich freilich nicht mehr feststellen. Es kann ebenso gut bedeuten, dass das Parlament die Novenschranke absolut verstanden haben wollte, wie dass man die Bestimmung als überflüssig weil selbstverständlich ansah. Gegen die restriktive Auslegung spricht die allgemeine Absicht, das Verfahren wenig formalistisch und damit laienfreundlich zu gestalten (Bot ZPO S. 7245 und passim). Im sozusagen prototypischen Fall der gerichtlichen Fragen werden diese zwar in einer Instruktionsverhandlung nach dem ersten Schriftenwechsel gestellt, und dann sind tatsächlich Replik und Duplik mit freiem Vortrag noch offen. Selbst im ordentlichen Verfahren würde damit aber die Möglichkeit einer Ergänzung für die Vorbringen der Parteien im zweiten Schriftenwechsel gänzlich abgeschnitten - und in diesem Stadium können und dürfen ja eben auch völlig neue Punkte eingeführt werden (die möglicherweise unklar oder unvollständig sind). In einem summarischen Verfahren wie im vorliegenden, wo den Parteien nur *ein* freier Vortrag zur Verfügung steht, hätte die Fragepflicht überhaupt keinen Anwendungsbereich. Das ist offenbar die Auffassung des Einzelrichters, aber sie kann nach dem Ausgeführten nicht zutreffend sein. Vielmehr soll und muss das Gericht auch in einem solchen Fall mit dem nötigen Augenmass (dazu vorstehend) seine Fragepflicht wahrnehmen.

Es bleibt also dabei, dass der Einzelrichter das Gesuch des Gesuchstellers nicht sofort hätte abweisen dürfen, und dass diesem daher auch keine Kosten für das Urteil vom 5. Dezember 2019 auferlegt werden dürfen. Die Gesuchsgegnerin war weder in erster noch in zweiter Instanz beteiligt und kann daher nicht zum Tragen von Kosten verurteilt werden. Diese sind vielmehr auf die Staatskasse zu nehmen.

Für das Verfahren des Obergerichts sind bei diesem Ausgang keine Kosten zu erheben. Parteientschädigungen sind weder für das erst- noch für das zweitinstanzliche Verfahren zuzusprechen.

**Es wird beschlossen:**

1. Auf die Beschwerde wird in der Sache nicht eingetreten.
2. Die Kosten des angefochtenen Urteils von Fr. 185.-- werden auf die Staatskasse genommen.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
4. Parteientschädigungen werden weder für das erst- noch für das zweitinstanzliche Verfahren zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage eines Doppels der act. 8 und 16, sowie an das Bezirksgericht Dietikon, Einzelgericht, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 2'457.50.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: