

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF230051-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 16. November 2023

in Sachen

Stockwerkeigentümergeinschaft A. _____-strasse 1.

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

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

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

betreffend **Gesetzliches Pfandrecht**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes
Zürich vom 14. August 2023 (ES230051)

Erwägungen:

I.

1.1 Mit Eingabe vom 10. August 2023 stellte die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Beschwerdeführerin) beim Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich (fortan Vorinstanz) das Begehren, es sei das Grundbuchamt D.____-Zürich anzuweisen, ein gesetzliches Pfandrecht (Gemeinschaftspfandrecht) im Sinn von Art. 712i ZGB zu Gunsten der Beschwerdeführerin und zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegner und Beschwerdegegner 1 und 2 (fortan Beschwerdegegner), Grundstück Grundbuchblatt 2 Stockwerkeigentum (146/1000 Miteigentum an Grundstück Grundbuchblatt 3, Kat. Nr. 4, Gewerberäume im Erdgeschoss, A.____-strasse 1, ... Zürich), für eine Pfandsumme von Fr. 7'102.15 zuzüglich Zins zu 5% seit 12. April 2023 vorläufig im Grundbuch einzutragen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 7.7% MwSt. zu Lasten der Beschwerdegegner (vgl. act. 1 S. 2).

1.2 In der Folge wies die Vorinstanz das Gesuch – ohne den Beschwerdegegnern Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt zu haben – mit Urteil vom 14. August 2023 ab (act. 6 = act. 10).

2. Gegen dieses Urteil liess die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 28. August 2023 unter Berücksichtigung des Wochenendes (Art. 142 Abs. 3 ZPO) innert Frist Beschwerde bei der hiesigen Instanz erheben (act. 11; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 7a). Sie beantragt die Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegner, eventuell zulasten der Staatskasse (act. 11 S. 2).

3. Mit Verfügung der Kammer vom 5. September 2023 wurde der Beschwerdeführerin eine Frist von zehn Tagen zur Leistung des Kostenvorschusses von Fr. 1'100.– und den Beschwerdegegnern die nämliche Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (act. 13). Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (act. 15). Den Beschwerdegegnern wurde die vorerwähnte Verfügung je

am 13. September 2023 zugestellt (act.). Sie liessen sich innert Frist und bis heute nicht vernehmen.

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1 - 8). Die Sache erweist sich als spruchreif.

II.

1. Die Vorinstanz wies das Gesuch um vorläufige Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts mangels ausgewiesener Passivlegitimation der Beschwerdegegner ab. Zusammenfassend erwog sie, im summarischen Verfahren seien bereits mit dem Gesuch die massgebenden Tatsachen zu behaupten und die Beweismittel anzugeben, insbesondere seien Urkunden einzureichen. Diese Anforderungen erfülle die Beschwerdeführerin nicht. Sie bringe vor, die Beschwerdegegner hätten Stockwerkeigentum an der Liegenschaft A. _____-strasse 1 in ... Zürich. Einen aktuellen Grundbuchauszug, welcher gemäss Checkliste auf der Website der Zürcher Gerichte dem Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts beizulegen sei und welche gemäss Art. 712i Abs. 3 ZGB auch für das vorliegende Verfahren gelte, habe die Beschwerdeführerin nicht eingereicht, sondern auf ein Protokoll der Stockwerkeigentümerversammlung vom 29. Juni 2011 verwiesen. Dieses über zehn Jahre alte Dokument sei nicht unterzeichnet und taue nicht zum Nachweis der Eigentumsverhältnisse am streitgegenständlichen Grundstück. Auch der über zehn Jahre alte und als weitere Beweisofferte aufgeführte Grundrissplan der Stockwerkeigentumseinheit vom 3. November 2010 vermöge den Nachweis des Miteigentums der Beschwerdegegner nicht zu erbringen, da sich daraus keine Eigentümer entnehmen liessen. Betreffend den sinngemässen prozessualen Antrag der Beschwerdeführerin auf schriftliche Auskunft beim Grundbuchamt seien keine Gründe ersichtlich, die eine solche rechtfertigen würden; weder erfordere der Verfahrenszweck eine schriftliche Auskunft noch habe das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Zudem würde das Verfahren durch das Auskunftersuchen unnötig verzögert. Demgegenüber wäre es der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin ohne weiteres möglich und zumutbar gewesen, einen Auszug beim Grundbuch-

amt D. _____-Zürich zu bestellen und einzureichen, zumal ihr sinngemässer Antrag auf schriftliche Auskunft gänzlich unbegründet sei und das geltend gemachte Pfandrecht nicht unmittelbar zu verwirken drohe. Bei einem bewussten Verzicht auf das Einreichen einer Urkunde entfalle eine Nachfristansetzung (act. 10 S. 2 - 4).

2.1 Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, die Vorinstanz hätte das Gesuch nicht abweisen dürfen, ohne die Gegenpartei anzuhören respektive ohne das offerierte Beweismittel der schriftlichen Auskunft abzunehmen. Sie wirft der Vorinstanz wiederholt falsche Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts vor (act. 11 S. 5 und 13).

2.2 Zusammenfassend wird geltend gemacht, die vorinstanzliche Feststellung, die Eigentümerstellung der Beschwerdegegner sei nicht erwiesen, namentlich weil dem Gesuch kein Grundbuchauszug beigelegt worden sei, stehe in klarem Widerspruch zu Art. 151 ZPO, wonach offenkundige und gerichtsnotorische Tatsachen sowie allgemein anerkannte Grundsätze keines Beweises bedürften. Solche Tatsachen müssten weder behauptet noch bewiesen werden. Gemäss Rechtsprechung würden Einträge in öffentlichen Registern wie dem Grundbuch als gerichtsnotorisch und offenkundig gelten, wenn sie jedermann ohne besonderen Interessennachweis zugänglich seien. Mit Blick auf Art. 970 Abs. 2 und 4 ZGB sowie Art. 26 Abs. 1 lit. a GBV gelte dies insbesondere für den Namen und die Identifikation des Eigentümers. Indem die Vorinstanz trotz dieser klaren Rechtslage im Ergebnis eine Beweisabnahme zur unbestrittenen Eigentümerstellung der Parteien vorgenommen habe, obschon sich diese ohne Weiteres aus dem Grundbuch als öffentlich zugängliches Register ergebe, habe sie Art. 151 ZPO als auch Art. 970 Abs. 2 und Abs. 4 ZGB unrichtig angewandt (act. 11 S. 6 f.). Sodann habe die Vorinstanz Art. 150 Abs. 1 und Art. 55 ZPO verletzt, indem sie, ohne eine Stellungnahme der Beschwerdegegner einzuholen und damit ohne dass behauptete Tatsachen bestritten worden seien respektive sich die Gegenpartei zu den offerierten Beweismitteln habe äussern können, eine Beweiswürdigung zur Eigentümerstellung der Parteien vorgenommen, obschon das Verfahren der Verhandlungs- und nicht der Untersuchungsmaxime unterliege. Nur schon deshalb

könne ihr (der Beschwerdeführerin) ein "bewusster Verzicht" auf das Einreichen eines Grundbuchauszugs nicht zum Nachteil gereichen (act. 11 S. 7 f.).

Weiter habe die Vorinstanz wegen der unterbliebenen Beweisabnahme mit Bezug auf die rechtsgenügend und explizit beantragte schriftliche Auskunft beim Grundbuchamt und die deswegen als nicht gegeben erachtete Passivlegitimation der Beschwerdegegner Art. 254 Abs. 2 lit a sowie Art. 152 Abs. 1 ZPO unrichtig angewandt und die vorhandenen Beweise unter Verletzung von Art. 157 ZPO falsch gewürdigt. Die Berufung auf eine rechtlich nicht verbindliche gerichtliche Checkliste vermöge die unterbliebene Beweisabnahme jedenfalls nicht zu rechtfertigen (act. 11 S. 9 - 11).

Sodann sei die Eigentümerstellung der Gegenpartei, soweit darüber überhaupt ein Beweis abzunehmen wäre, bloss glaubhaft zu machen. Im Anwendungsbereich der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts, welche Bestimmungen gemäss Art. 712i Abs. 3 ZGB sinngemäss anwendbar seien, reduziere sich das Glaubhaftmachen auf die blosse Möglichkeit eines Pfandeintragungsanspruchs. Mit dem Gesuch vom 10. August 2023 sowie dem Protokoll der Stockwerkeigentümersammlung vom 29. Juni 2011 sei die Eigentümerstellung der Beschwerdegegner im geforderten Beweismass dargelegt worden. Indem die Vorinstanz dies verkannt habe und vom Regelbeweismass ausgegangen sei, worauf ihre Formulierung "mangels ausgewiesener Passivlegitimation" schliessen lasse, habe sie Art. 712i Abs. 1 und Art. 961 Abs. 3 ZGB sowie Art. 157 ZPO falsch angewandt (act. 11 S. 11 f.).

Angesichts der offensichtlich falschen Rechtsanwendung habe die Vorinstanz den Sachverhalt in willkürlicher Weise falsch festgestellt, indem sie gefolgert habe, die Eigentümerstellung der Parteien sei nicht ausgewiesen (act. 11 S. 12 f.).

3. Die Stockwerkeigentümergeinschaft hat für die auf die letzten drei Jahre entfallenden Beitragsforderungen Anspruch gegenüber jedem jeweiligen Stockwerkeigentümer auf Errichtung eines Pfandrechts an dessen Anteil (Art. 712i Abs. 1 ZGB). Die Bestimmungen des Bauhandwerkerpfandrechts sind

sinngemäss anwendbar (Art. 712i Abs. 3 ZGB). Die vorläufige Eintragung des gesetzlichen Grundpfandrechts untersteht dem summarischen Verfahren gemäss Art. 252 ff. ZPO (Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO), weshalb die Voraussetzungen des Anspruchs auf Eintragung nur (aber immerhin) glaubhaft zu machen sind. Das summarische Verfahren wird durch ein Gesuch 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). Offensichtlich unzulässig ist ein Gesuch bei klarem Fehlen einer Prozessvoraussetzung oder wenn die Voraussetzungen für das summarische Verfahren nicht gegeben sind. Offensichtlich unbegründet ist ein Gesuch, wenn es aussichtslos ist, da materiellrechtliche Tatbestandsvoraussetzungen eindeutig nicht gegeben sind bzw. das Gesuch in materieller Hinsicht deutlich erkennbar nicht begründet ist. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn der Anspruch nicht einmal glaubhaft gemacht worden ist (fehlende Tatsachenbehauptungen und Beweise). Zur Stellungnahme soll ein Gesuch daher einzig dann nicht gegeben werden, wenn eine Gutheissung der gestellten Anträge aussichtslos ist (DIKE-Komm-ZPO-Kaufmann, 2. A. 2016, Art. 253 N 5-7; ZK ZPO-Klingler, 3. A. 2016, Art. 253 N 7). In der Regel bleibt es – abgesehen vom auch hier geltenden unbedingten Replikrecht – bei diesem einen Vortrag beider Parteien. Danach ist das Vorbringen von neuen Tatsachen und Beweismitteln nur noch unter den engen Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO zulässig. Der Aktenschluss tritt also im Grundsatz nach einmaliger Äusserung der Parteien ein (vgl. BGE 146 III 237 E. 3.1).

4. Im Verfahren der vorläufigen Eintragung eines Pfandrechts gemäss Art. 712i Abs. 1 ZGB ist das Eigentum der beklagten Partei am Zielgrundstück bzw. an der zu belastenden Stockwerkeigentumseinheit eine Eintragungsvoraussetzung und daher von der klagenden Partei zu behaupten und glaubhaft zu machen. Der Beweis ist prinzipiell durch Urkunden zu erbringen. Die Vorinstanz hat die von der Beschwerdeführerin eingereichten Dokumente zwecks Glaubhaftmachung der behaupteten Eigentümerstellung der Beschwerdegegner am streitgegenständlichen Grundstück als untauglich qualifiziert. Zutreffend ist, dass sich

dem über zehn Jahre alten Grundrissplan (act. 5/2) keine Eigentumsverhältnisse entnehmen lassen. Jedoch ist der Beschwerdegegner 1 im nicht unterzeichneten Protokoll der Stockwerkeigentümerversammlung vom 29. Juni 2011 (act. 5/1 S. 1) als Anwesender aufgeführt, wenn auch sich dem über 12 Jahre alten Protokoll die Stockwerkeigentumseinheit der Beschwerdegegner 1 und 2 nicht entnehmen lässt. Indes hat die Beschwerdeführerin im Gesuch explizit die Einholung der schriftlichen Auskunft beantragt, wenn auch von einer anwaltlich vertretenen Partei erwartet werden kann und darf, dass sie den Grundbuchauszug bereits mit dem Gesuch einreicht. Schriftliche Auskünfte gemäss Art. 168 Abs. 1 lit. e ZPO und Art. 190 Abs. 1 ZPO gelten als schnell erhältliche Beweismittel im Sinne von Art. 254 Abs. 1 lit. a ZPO (KUKO-ZPO-Jent-Sorensen, 3. A. 2021, Art. 254 N 3). Die dadurch verursachte Verfahrensverzögerung wäre jedenfalls im vorliegenden Fall als nicht wesentlich einzustufen, da keine Dringlichkeit des Verfahrensabschlusses besteht bzw. das Pfandrecht, wie die Vorinstanz zutreffend erwog, nicht zu verwirken droht. Vor diesem Hintergrund kann nicht gesagt werden, dass das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 10. August 2023 in Bezug auf die Passivlegitimation der Beschwerdegegner von vornherein offensichtlich unbegründet bzw. aussichtslos war und somit eine Stellungnahme der Beschwerdegegner obsolet machte. Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihr Gesuch ohne die Gegenpartei anzuhören respektive ohne das offerierte Beweismittel der schriftlichen Auskunft abzunehmen nicht abweisen dürfen, erweist sich nach dem Gesagten als begründet. Auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin ist nicht mehr einzugehen.

Die Beschwerde ist somit gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache antragsgemäss zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5. Ergänzend ist anzufügen, dass im Kanton Zürich seit Ende August 2023 die Grundbuchdaten, d.h. Name und Adresse der Eigentümerschaft einer bestimmten Parzelle, über den Gis-Browser online abgefragt werden können, wenn auch die Internet-Information rechtlich nicht verbindlich ist und Rechtswir-

kungen weiterhin einzig der vom zuständigen Grundbuchamt ausgestellte, beglaubigte Auszug entfaltet.

III.

1. Die Beschwerdeführerin obsiegt im vorliegenden Verfahren. Da sich die Beschwerdegegner im Beschwerdeverfahren nicht gegen ihre Anträge gestellt haben, können sie nicht als unterliegende Partei betrachtet werden, welcher Kosten auferlegt werden könnten. Diese sind für das Rechtsmittelverfahren auch nicht zu erheben, da Anlass für das vorliegende Verfahren nicht das prozessuale Verhalten einer der Parteien im Verfahren vor Vorinstanz bot, sondern das fehlerhafte Vorgehen der Vorinstanz (Art. 107 Abs. 2 ZPO).

2.1 Die Beschwerdeführerin verlangt die Zusprechung einer Parteientschädigung zulasten der Beschwerdegegner, eventuell zulasten der Staatskasse (act. 11 S. 2). Die Beschwerdegegner können gemäss dem vorstehend Gesagten nicht zur Zahlung einer Parteientschädigung verpflichtet werden.

2.2.1 Die Kammer verpflichtet eine Behörde unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur dann zur Zahlung einer Parteientschädigung, wenn eine formelle Gegenpartei fehlt (bzw. diese sich mit dem fehlerhaften Entscheid nicht identifiziert hat), die Behörde materiell Parteistellung hat und sich der angefochtene Entscheid zudem als qualifiziert unrichtig erweist (sog. Justizpanne). Die materielle, faktische Parteistellung der Behörde ist dann anzunehmen, wenn eine Partei sich gegen eine qualifiziert unrichtige Anordnung wehrt und die andere Partei sich mit dem fehlerhaften Entscheid im Rechtsmittelverfahren nicht identifiziert (vgl. OGerZH PQ140037 vom 28. Juli 2014 E. 3.1; OGerZH PQ170008 vom 6. März 2017 E. 3.1 m.w.H.). Die bloss unterschiedliche Beurteilung einer Rechtsfrage löst somit für sich allein keine Entschädigungspflichtig des Staates aus.

2.2.2 Die Voraussetzungen, welche für eine ausnahmsweise Entschädigung zulasten einer Behörde gegeben sein müssen, sind vorliegend nicht erfüllt. Zwar haben sich die Beschwerdegegner mit dem angefochtenen Entscheid nicht

identifiziert (vgl. Ziff. III.1). Jedoch kann der Entscheid der Vorinstanz, welcher ohne Anhörung der Beschwerdegegner und in Ablehnung der beantragten schriftlichen Auskunft erging, deswegen nicht als qualifiziert unrichtig im vorstehenden Sinne bezeichnet werden. Eine Parteientschädigung zulasten der Staatskasse entfällt damit.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 14. August 2023 aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Für das Verfahren des Obergerichts werden keine Kosten erhoben. Der Beschwerdeführerin wird der von ihr geleistete Vorschuss für die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 1'100.– zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Obergerichtskasse und – unter Beilage der Akten – an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein.
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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 7'102.15.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am:
17. November 2023