

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF170033-O/U,

damit vereinigt Geschäfts-Nr.: LF170034

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Urteil vom 10. August 2017

in Sachen

1. **A.** _____,

2. **B.** _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____,

gegen

C. _____ **AG**,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Y. _____,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Berufung gegen Verfügungen des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Horgen vom 23. und 31. Mai 2017 (ES170003)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend Berufungskläger) sind Gesamteigentümer zweier Stockwerkeigentumseinheiten (vgl. act. 3/5). Die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Berufungsbeklagte) ist eine AG, die in den erwähnten Einheiten Umbauarbeiten ausführte (vgl. act. 1 S. 4 ff. und act. 8). Mit vorab per Fax eingereichter Eingabe vom 3. Februar 2016 an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Horgen (nachfolgend Vorinstanz) ersuchte die Berufungsbeklagte um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf den beiden Grundstücken der Berufungskläger. Das Rechtsbegehren lautete wie folgt (vgl. act. 1 S. 2):

- " 1. Das Grundbuchamt D._____ sei richterlich anzuweisen, auf den nachfolgend aufgeführten Grundstücken der Gesuchsgegner zu Gunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig einzutragen:
 - a. Grundstück der Gesuchsgegner, **E._____**, **Grundbuch Blatt 1, Stockwerkeigentum, Miteigentum an GBB1 2, Kat. Nr. 3**, Bauhandwerkerpfandrecht im Umfang von CHF 23'869.70 zuzüglich Zins zu 5% seit 30. November 2016.
 - b. Grundstück der Gesuchsgegner, **E._____**, **Grundbuch Blatt 4, Stockwerkeigentum, Miteigentum an GBB1 2, Kat. Nr. 3**, Bauhandwerkerpfandrecht im Umfang von CHF 24'479.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 30. November 2016.
2. Die Verfügung an das Grundbuchamt sei vorab superprovisorisch zu erlassen und die Tagebucheintragung sei bis spätestens 6. Februar 2017 vornehmen zu lassen.

[...]."

Mit Verfügung vom 6. Februar 2017 liess die Vorinstanz das Bauhandwerkerpfandrecht auf den beiden hälftigen Miteigentumsanteilen der Berufungskläger an den Stockwerkseigentumseinheiten GBB1 1 und GBB1 4 für eine Summe von Fr. 11'934.85 (pro Anteil) bzw. Fr. 12'239.50 (pro Anteil) je zuzüglich Zins zu 5%

seit 30. November 2016 vorläufig eintragen. Gleichzeitig setzte die Vorinstanz den Berufungsklägern Frist zur schriftlichen Stellungnahme an (vgl. act. 4 = act. 40/5 = act. 42/40/6). Nach deren Eingang (vgl. act. 8) und der jeweiligen Stellungnahmen (vgl. act. 12 und act. 15) bestätigte die Vorinstanz mit Urteil vom 6. April 2017 die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt als vorläufige Eintragung (vgl. act. 17 = act. 36/1 = act. 40/6 = act. 42/36/1 = act. 42/40/7, nachfolgend zitiert als act. 36/1). Diese lautete wie folgt:

- " 1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D._____ gemäss Verfügung vom 6. Februar 2017 wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 6. Februar 2017 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses
- auf den beiden hälftigen Miteigentumsanteilen der Gesuchsgegner am Stockwerkeigentumsanteil GBBi. 1, 140/1000 Miteigentum an der Liegenschaft Kat. Nr. 3, GBBi. 2, F._____ -Strasse ..., D._____, für eine Pfandsumme von je Fr. 11'934.85 nebst Zins zu 5% seit 30. November 2016;
 - auf den beiden hälftigen Miteigentumsanteilen der Gesuchsgegner am Stockwerkeigentumsanteil GBBi. 4, 94/1000 Miteigentum an der Liegenschaft Kat. Nr. 3, GBBi. 2, F._____ -Strasse ..., D._____, für eine Pfandsumme von je Fr. 12'239.50 nebst Zins zu 5% seit 30. November 2016.
- [...]."

Die Berufungskläger erhoben dagegen kein Rechtsmittel, und die Berufungsbeklagte reichte beim Bezirksgericht Horgen ihre Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts ein (vgl. act. 23).

1.2. Mit Schreiben vom 11. Mai 2017 teilte das Grundbuchamt D._____ (nachfolgende Grundbuchamt) der Vorinstanz mit, dass die Berufungskläger nicht Mit-, sondern Gesamteigentümer der jeweiligen Grundstücke GBBi 1 und GBBi 4 seien (vgl. act. 24). Die Vorinstanz berichtigte daraufhin mit Verfügung vom 23. Mai 2017 sowohl den Entscheid vom 6. Februar 2017 als auch vom 6. April 2017 mit Wirkung ex tunc und wies das Grundbuchamt an, die vorläufige Eintragung auf dem Gesamteigentumsanteil der Berufungskläger am Stockwerkseigentumsanteil

GBBI 1 und GBBI 4 für die gesamte Pfandsumme vorzunehmen (vgl. act. 25 = act. 36/2 = act. 38 = act. 42/40/5; nachfolgend zitiert als act. 36/2). Am 29. Mai 2017 meldete sich das Grundbuchamt telefonisch bei der Vorinstanz und wies diese darauf hin, dass ein Bauhandwerkerpfandrecht nicht zu Gunsten oder zu Lasten eines Gesamthandanteils, sondern nur einer konkreten Stockwerkeigentümereinheit eingetragen werden könne, weshalb das Grundbuchamt die Anweisung voraussichtlich abweisen werde (vgl. act. 27). Dies hat das Grundbuchamt mit Verfügung vom 31. Mai 2017 auch getan (vgl. act. 42/40/8). Mit Verfügung vom 31. Mai 2017 erfolgte daher eine weitere Berichtigung der Entscheide vom 6. Februar 2017 und 6. April 2017 mit Wirkung ex tunc, und das Grundbuchamt wurde angewiesen, das Bauhandwerkerpfandrecht auf den Stockwerkseigentumsanteilen GBBI 1 und GBBI 4 für eine Pfandsumme von Fr. 23'869.70 nebst Zins zu 5% seit 30. November 2016 bzw. Fr. 24'479.– nebst Zins zu 5% seit 30. November 2016 einzutragen (vgl. act. 31 = act. 42/36/2 und act. 42/38; nachfolgend zitiert als act. 42/36/2).

1.3. Die Berufungskläger legten gegen beide Berichtigungsentscheide ein Rechtsmittel ein (vgl. act. 37 und act. 42/37). Sie beantragen, es seien die angefochtenen Entscheide aufzuheben und es sei das Grundbuchamt D. _____ anzuweisen, die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht vorzunehmen bzw. die Einträge zu löschen sowie die bereits eingetragenen Pfandrechte auf den falschen, nicht existierenden Miteigentumsanteilen zu löschen. Eventualiter beantragen sie die Rückweisung an die Vorinstanz (vgl. act. 37 S. 2 und act. 42/37 S. 2). Mit Verfügung vom 20. Juni 2017 wurden die beiden Rechtsmittelverfahren LF170033 und LF170034 vereinigt und unter der vorliegenden Geschäfts-Nr. weitergeführt (vgl. act. 42/42 und act. 43). Den Kostenvorschuss von Fr. 2'700.– für das Rechtsmittelverfahren leisteten die Berufungskläger auf erste Aufforderung hin (act. 43-45). Auf die Einholung einer Berufungsantwort wurde verzichtet (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-34). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Wird ein Entscheid erläutert oder berichtigt, so ist er den Parteien nochmals zu eröffnen (vgl. Art. 334 Abs. 4 ZPO). Damit beginnt die Frist für das betreffende Hauptrechtsmittel (Berufung oder Beschwerde nach der ZPO) mit Bezug auf die berichtigten Punkte neu zu laufen (vgl. OGer LE150002 vom 22. Januar 2015 E. 2.c mit Hinweisen). Die nicht berichtigten Punkte sind nicht erneut mit den ordentlichen Rechtsmitteln anfechtbar. Das Hauptrechtsmittel ist – wie im vorinstanzlichen Entscheid vom 6. April 2017 korrekt angegeben (vgl. act. 36/1) – die Berufung. Die Vorinstanz gab in den angefochtenen Berichtigungsentscheiden als Rechtsmittel hingegen fälschlicherweise die Beschwerde an (vgl. act. 36/2, act. 42/36/2). Sie stützte sich wohl auf Abs. 3 von Art. 334 ZPO, der sich einzig auf den Entscheid über das Erläuterungs- oder Berichtigungsgesuch als solches bezieht (vgl. dazu KUKO SchKG-BRUNNER, 2. A., Art. 334 N 7). Trotz dieser fehlerhaften Belehrung haben die Berufungskläger das Rechtsmittel richtigerweise als Berufung bezeichnet und sie fristgerecht ergriffen (zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 26/1 i.V.m. act. 37 und act. 32/1 i.V.m. act. 42/37).

2.2. Mit der Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung oder unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO), d.h. die Berufung führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid ihrer Meinung nach falsch ist und deshalb abgeändert werden muss (Begründungslast, vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. A., Art. 311 N 36). Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

3.

3.1. Die Berufungskläger werfen der Vorinstanz zunächst eine Gehörsverletzung vor. Sie sind der Ansicht, die Vorinstanz hätte ihnen vor der Berichtigung Gelegenheit zur Stellungnahme geben müssen (act. 37 Rz 22 und act. 42/37 Rz 24).

3.2. Das Recht, gehört zu werden, ist formeller Natur. Das bedeutet, dass die Verletzung des rechtlichen Gehörs ungeachtet der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (BGE 135 I 187 E. 2.2). Ausnahmsweise kann die Verletzung des Grundrechts des rechtlichen Gehörs vor der Rechtsmittelinstanz geheilt werden. Die Heilung ist zulässig, wenn die Rechtsmittelinstanz über die gleiche Kognition in Rechts- und Tatfragen wie die Vorinstanz verfügt (vgl. BGE 133 I 201 E. 2.2).

Beantragt eine Partei Erläuterung oder Berichtigung, sieht Art. 334 Abs. 2 Satz 1 ZPO mit seiner Verweisung auf Art. 330 ZPO vor, dass das Gesuch der Gegenpartei zur Stellungnahme zugestellt wird, ausser dieses erweise sich als offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet (vgl. dazu SCHWANDER, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 334 N 12 und N 14). Bei der von Amtes wegen initiierten Berichtigung von Schreib- oder Rechnungsfehlern kann auf eine Stellungnahme verzichtet werden (Art. 334 Abs. 2 Satz 2 ZPO, vgl. BSK ZPO-HERZOG, 3. A., Art. 334 N 14). Wie es sich in den übrigen Fällen verhält, sagt das Gesetz nicht. Ob im vorliegenden Verfahren die Vorinstanz von der Einholung einer Stellungnahme absehen durfte, kann offenbleiben. Denn selbst wenn eine Gehörsverletzung zu bejahen wäre, könnte vorliegend eine Rückweisung an die Vorinstanz aus den folgenden Gründen unterbleiben: Die Berufungskläger haben im Rahmen des vorliegenden Berufungsverfahrens zur Berichtigung Stellung bezogen. Sie haben sich damit vor der Rechtsmittelinstanz, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüft (Art. 310 ZPO), geäußert. Sodann erscheint das Interesse der Berufungskläger, sich dazu noch vor erster Instanz zu äussern, gegenüber dem Interesse an einer beförderlichen Durchführung des Verfahrens nachrangig. Die Rückweisung würde damit zu einem formalistischen Leerlauf und zu unnötigen Verzögerungen führen (anstatt vieler: BGE 137 I 195 E. 2.3.2).

4.

4.1. Die Berufungskläger erachten die Berichtigungen als nicht zulässig. Sie begründen dies im Wesentlichen damit, dass kein blosser Fehler im Ausdruck vorliege, sondern es sich um eine mangelhafte Willensbildung des Gerichts handle. Die Vorinstanz habe bewusst entgegen dem Antrag der Berufungsbeklagten eine

Pfandaufteilung auf zwei nicht existierende Miteigentumsanteile vorgenommen und damit ein falsches Grundstück belastet (act. 37 Rz 14, 19 f. und act. 42/37 Rz 16, Rz 21 f.). Für den Fall, dass eine Berichtigung dennoch zulässig sein soll, bringen die Berufungskläger sinngemäss vor, die viermonatige Frist von Art. 839 Abs. 2 ZGB sei im Zeitpunkt der Berichtigung bereits verwirkt gewesen und da die Berichtigung nicht *ex tunc* wirke, habe sie somit nicht gewahrt werden können (vgl. act. 37 Rz 14, Rz 16+17, Rz 26 und act. 42/37 Rz 16, Rz 18+19, Rz 28).

4.2. Erläuterung und Berichtigung werden vom Gesetz nicht scharf unterschieden, zumal das Verfahren weitgehend gleich ist und sie keine unterschiedlichen Rechtsfolgen bewirken. Nach Art. 334 Abs. 1 ZPO nimmt das Gericht eine Erläuterung oder Berichtigung eines Entscheides vor, wenn das Dispositiv unklar, widersprüchlich oder unvollständig ist oder wenn es mit der Begründung im Widerspruch steht. Bei der Erläuterung geht es darum, klarzustellen, was das Gericht mit einer bestimmten Dispositivziffer gemeint und entschieden hat oder wie allfällige Widersprüche zwischen Formulierungen in den Erwägungen und in der Dispositivziffer zu lösen sind. Mit letzterem Vorgang geht die Erläuterung freilich auch schon in die Berichtigung über. Die Berichtigung stellt nämlich nicht nur den wirklichen Willen des Gerichts beim *seinerzeitigen* Entscheid fest, sondern korrigiert die festgestellten Widersprüche, indem das Dispositiv entsprechend korrigiert wird (siehe dazu OGer ZH PC110021 vom 15. August 2011 E. 3.3. m.w.H. und ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDT, 3. A., Art. 334 N 7). Damit wird deutlich, dass – entgegen der Ansicht der Berufungskläger (vgl. act. 37 Rz 26 und act. 42/37 Rz 28) – der Berichtigung die Wirkung *ex tunc* zukommen muss.

Gegenstand der Berichtigung ist eine falsche Äusserung. Es muss sich um einen Fehler im Ausdruck und nicht um einen solchen in der Willensbildung handeln (vgl. OGer ZH RB130032 vom 29. August 2013 E. II.2. S. 5). Berichtigt werden können beispielsweise (sinnenstellende) Schreib- und Rechenfehler, irrige Partei-bezeichnungen, ein Vertausch der klagenden und beklagten Partei, fehlerhafte Währungen, falsche Datumsangaben, Irrtümer bei der Angabe der mitwirkenden Richter oder die mangelnde Unterzeichnung eines Entscheids (vgl. ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDT, 3. A., Art. 334 N 7, SCHWANDER, DIKE-Komm-ZPO, 2. A.,

Art. 334 N 8, BSK ZPO-HERZOG, 3. A., Art. 334 N 7 m.w.H.). Das Versehen braucht nicht offenkundig zu sein (vgl. OGer ZH PC110021 vom 15. August 2011 E. 3.3.). Inhaltliche Fehler des Urteils, auch wenn sie klar zutage liegen mögen, können hingegen nicht berichtigt werden – sie müssen mit den zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln gerügt werden (vgl. OGer ZH LB120037 vom 23. August 2012).

Richtet sich die Anmeldung eines Bauhandwerkerpfandrechts gegen ein falsches Grundstück (z.B. benachbartes Grundstück oder Stammgrundstück statt Stockwerkmitteigentumsanteile), ist der Grundbucheintrag zu verweigern oder eine bereits erfolgte Vormerkung zu löschen. Eine Berichtigung im pendenten Verfahren ist nicht zulässig; der Fehler kann nur durch ein neues Gesuch korrigiert werden, sofern die Eintragsfrist (vgl. Art. 839 Abs. 2 ZGB) noch nicht abgelaufen ist. Bei einer falschen oder unvollständigen Grundstückbezeichnung sollte eine Berichtigung hingegen zulässig sein, sofern aus den prozessualen Angaben und den Akten eindeutig hervorgeht, welches (nur falsch bezeichnete) Grundstück wirklich gemeint ist (vgl. dazu SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. A., N 607 und N 1379).

4.3. Die Vorinstanz bezog sich in ihren Verfügungen vom 6. Februar 2017 und vom 6. April 2017 auf die antragsgemäss zu belastenden Grundstücke mit den Grundbuchblattnummern 1 und 4 (vgl. E. 1.1. vorne). Das Bauhandwerkerpfandrecht liess sie jedoch fälschlicherweise auf nicht existierenden hälftigen Miteigentumsanteilen der Berufungskläger an diesen Grundstücken eintragen. Folglich richtete sich die Anmeldung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht gegen ein falsches Grundstück. Die Fehlerhaftigkeit beschlug einzig die Beteiligungsform an den Grundstücken (GBBI 1 und GBBI 4) und damit das Verhältnis der Grundeigentümer bzw. der Berufungskläger untereinander. Nur dies wurde mit der Berichtigung richtig gestellt. Die Berichtigung zog zwar eine Korrektur des Dispositivs nach sich, hatte im Ergebnis aber keine Änderung des gefälltten Entscheids zur Folge. Denn bei der Pfandsache handelt es sich nach wie vor um die Grundstücke mit den Grundbuchblattnummern 1 und 4, die Pfandsumme beläuft sich unverändert auf Fr. 23'869.70 zuzüglich Zins zu 5% seit 30. November 2016 und

Fr. 24'479.– zuzüglich Zins zu 5% seit 30. November 2016, die Bauhandpfandgläubigerin ist immer noch die Berufungsbeklagte und die Grundeigentümer sind ebenfalls gleich geblieben. Entgegen der Ansicht der Berufungskläger (vgl. act. 37 Rz 16 und act. 42/37 Rz 18) bewirkte die Berichtigung somit keine Übertragung der vorläufigen Vormerkung auf ein anderes Grundstück. Ferner lässt sich weder den Akten noch der Verfügung vom 6. Februar 2017 noch dem Urteil vom 6. April 2017 entnehmen, dass die Vorinstanz absichtlich etwas anderes als im Rechtsbegehren verlangt anordnen wollte. Demzufolge kann nicht von einer fehlerhaften Willensbildung gesprochen werden; es handelt sich vielmehr um ein Versehen. Das Dispositiv widersprach somit dem wirklichen Willen der Vorinstanz und durfte berichtigt werden. Der gestützt auf die Verfügung vom 6. Februar 2017 vorgenommene Eintrag ins Tagebuch erfolgte gleichentags um 11:47 Uhr (vgl. act. 24). Dass dieses Datum die Frist von Art. 839 Abs. 2 ZGB wahrte, blieb unbestritten. Gemäss dem Sinn der Berichtigung als Richtigstellung wirkt sie auf den Augenblick zurück, in dem der Tagebucheintrag erfolgte, d.h. auf den 6. Februar 2017. Die Berufung ist damit abzuweisen.

5.

Mit dem Erlass der zweiten Berichtigung wurde die erste Berichtigung ersetzt. Die Berufung gegen die Verfügung vom 23. Mai 2017 ist daher gegenstandslos geworden, und die Berufung ist insoweit abzuschreiben.

6.

6.1. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 48'348.70 sind die Gerichtskosten in Anwendung von §§ 4 Abs. 1, 8 Abs. 1 sowie 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 2'700.– festzusetzen. Da die Berufungskläger im Berufungsverfahren unterliegen, sind ihnen die Gerichtskosten in dieser Höhe aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

6.2. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Den Berufungsklägern nicht, weil sie unterliegen, der Berufungsbeklagten nicht, da ihr keine Umtriebe entstanden sind, die es zu entschädigen gölte.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist, und die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Horgen vom 31. Mai 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'700.– festgesetzt, den Berufungsklägern auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 37 und act. 42/37, sowie an die Vorinstanz und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.
Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 48'348.70.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am:
11. August 2017