

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF170072-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie
Gerichtsschreiberin MLaw J. Nagel

Beschluss und Urteil vom 6. März 2018

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

sowie

1. **B.** _____ **AG in Liquidation,**

2. **C.** _____,

3. **D.** _____ **GmbH,**

Streitberufene,

Nr. 3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

gegen

E. _____ **AG,**

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 17. Oktober 2017 (ES160030)

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- "1. Das Grundbuchamt F._____ sei anzuweisen, auf der Parzelle des Gesuchsgegners, G._____ ..., H._____, GB-Nr. 1, Kat. Nr. 2, in der Höhe von CHF 30'269.65 zzgl. 5% Zins seit dem 14. August 2016 ein Bauhandwerkerpfandrecht zu Gunsten der Gesuchstellerin vorläufig einzutragen.
2. Die Eintragung ins Grundbuchamt gemäss Ziffer 1 sei superprovisorisch einzutragen.
3. Der Gesuchstellerin sei eine angemessene Frist ab Rechtskraft des Entscheides betreffend vorläufiger Eintragung anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Ziffer 1 einzureichen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners."

Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 17. Oktober 2017:

(act. 19 = act. 22 = act. 24)

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt F._____ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 6. Oktober 2016 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Grundbuch Blatt 1, Liegenschaft, Kataster Nr. 2, G._____ ..., H._____, für eine Pfandsomme von CHF 30'269.65 nebst Zins zu 5 % seit dem 14. August 2016.

2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist von *60 Tagen* ab Zustellung dieses Urteils angesetzt, um direkt beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen den Gesuchsgegner anzuheben. Bei Säumnis kann der Gesuchsgegner beim Einzelgericht den vorläufigen Eintrag (Dispositivziffer 1) löschen lassen.

3.-6. [Kosten / Parteientschädigung / Mitteilung / Rechtsmittel / Fristenlauf]

Berufungsanträge:

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (act. 23 S. 2):

- "1. Es sei das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf, Einzelgericht, vom 17. Oktober 2017 (Geschäfts-Nr. ES160030) vollständig aufzuheben.
2. Es sei das Gesuch der Berufungsbeklagten/Gesuchstellerin für eine Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts vollumfänglich abzuweisen.
3. Es sei das Grundbuchamt F. _____ anzuweisen, das zugunsten der Berufungsbeklagten/Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch eingetragene Pfandrecht auf der Liegenschaft GB-Nr. 1, Kat.-Nr. 2, Um G. _____ ..., H. _____, eingetragene Pfandrecht für eine Pfandsumme von CHF 30'269.65 zuzüglich 5% Zins seit 14. August 2016 zu löschen.
4. Es seien die Gerichtskosten des Verfahrens vor dem Bezirksgericht Dielsdorf, Einzelgericht (Geschäfts-Nr. ES160030) vollumfänglich der Berufungsbeklagten/Gesuchstellerin aufzuerlegen.
5. Es sei dem Berufungskläger/Gesuchsteller im Verfahren vor dem Bezirksgericht Dielsdorf, Einzelgericht (Geschäfts-Nr. ES160030) eine angemessene Prozessentschädigung (zuzüglich MWST) zuzusprechen.
6. Eventualiter, es sei das Verfahren zur weiteren Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Berufungsbeklagten/Gesuchstellerin."

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (act. 31 S. 2):

- " 1. Es sei auf die Berufung nicht einzutreten.

2. Eventualiter sei die Berufung abzuweisen und der Entscheid des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 17. Oktober 2017 sei vollumfänglich zu bestätigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchsgegners und Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Der Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend Gesuchsgegner) ist Eigentümer der Liegenschaft Grundbuch Blatt 1, Kat.-Nr. 2, G._____ ... in der Gemeinde H._____ (act. 4/1). Die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Gesuchstellerin) ist eine Aktiengesellschaft, welche Fenster herstellt und liefert (act. 1 S. 3). Als solche soll sie für den Umbau des Einfamilienhauses des Gesuchsgegners von der B._____ AG zur Herstellung und Lieferung von Fenstern beigezogen worden sein, wobei ihre drei Rechnungen Nr. 47070, Nr. 47468 und Nr. 47367 nicht bezahlt worden seien (act. 1 S. 3).
2. Mit Eingabe vom 5. Oktober 2016 stellte die Gesuchstellerin das eingangs erwähnte Rechtsbegehren (act. 1). Mit Verfügung vom 6. Oktober 2016 wies das Bezirksgericht Dielsdorf (fortan Vorinstanz) das Grundbuchamt F._____ superprovisorisch an, das beantragte Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 5). Gleichzeitig verlangte die Vorinstanz von der Gesuchstellerin einen Kostenvorschuss, den diese fristgerecht leistete (vgl. act. 5 i.V.m. act. 6). Sodann setzte die Vorinstanz dem Gesuchsgegner Frist an, um gegen die provisorische Eintragung des Pfandrechts schriftlich Einwendungen zu erheben (act. 7). Innert erstreckter (vgl. act. 8) Frist reichte der Gesuchsgegner am 9. November 2016 eine Stellungnahme ein (act. 10). Im Rahmen des ihr zustehenden allgemeinen Replikrechts reichte die Gesuchstellerin am 19. Januar 2017 eine freiwillige Stellungnahme ein (act. 14), zu welcher der Gesuchsgegner

mit Eingabe vom 1. April 2017 freiwillig ebenfalls Stellung nahm (act. 15). Mit Urteil vom 17. Oktober 2017 (act. 19 = act. 22 = act. 24, nachfolgend zitiert als act. 22) entschied die Vorinstanz im eingangs wiedergegebenen Sinne.

3. Mit Eingabe vom 4. Dezember 2017 erhob der Gesuchsgegner fristgerecht (vgl. act. 20/2) Berufung gegen den Entscheid der Vorinstanz und stellte dabei die vorgenannten Anträge (act. 23 S. 2). Nach Eingang des vom Gesuchsgegner einverlangten Kostenvorschusses (act. 26-28) wurde der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 12. Januar 2018 Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 29), welche sie fristgerecht erstattete (act. 31). Mit dem vorliegenden Entscheid ist dem Gesuchsgegner ein Doppel dieser Eingabe zuzustellen. Mit Eingabe vom 22. Februar 2018 verkündete der Gesuchsgegner der B. _____ AG in Liquidation, C. _____ und der D. _____ GmbH für den Fall seines Unterliegens den Streit (act. 33), wovon Vormerk zu nehmen ist. Aus der Tatsache, dass den Streitberufenen die Streitverkündung erst im Urteil angezeigt wird, erwächst ihnen kein Nachteil, da der Schriftenwechsel mit der Berufungsantwort bereits abgeschlossen wurde. Somit hätten die Streitberufenen ohnehin nicht mehr Stellung nehmen können; der Prozessbeitritt könnte daher lediglich im Hinblick auf ein allfälliges Rechtsmittelverfahren allenfalls von Bedeutung sein.

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-20). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

Vorbemerkungen

1. 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). Die Berufungsinstanz ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Im Entscheid über die Berufung ist auf die erhobenen Rügen einzugehen. Die Begründungspflicht (Art. 53 ZPO) verpflichtet das Gericht indes nicht dazu, sich mit jedem einzelnen 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 (BK ZPO-HURNI, Art. 53 N 60 f.). Dem ist im Folgenden nachzuleben.

2.1. Die Gesuchstellerin beantragt, auf die Berufung sei nicht einzutreten. Sie begründet dies damit, dass eine Berufungsschrift leserlich, gebühlich sowie verständlich sein müsse und nicht weitschweifig sein dürfe. Der Gesuchsgegner zitiere in seiner Berufungsschrift in epischer Überlänge nahezu sämtliche Kommentare zur ZPO, wobei er unter anderem ausser Acht lasse, dass es sich bei der Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten um ein summarisches Verfahren handle und entsprechend andere (leichtere) Vorgaben bestünden als im ordentlichen Verfahren. Der Gesuchsgegner wiederhole quasi seine Stellungnahme vor Vorinstanz. Die Berufungsschrift müsse sich möglichst genau mit der Begründung des angefochtenen Entscheids auseinandersetzen und von der Berufungsinstanz mühelos verstanden werden. Dieser Vorgabe werde die Berufungsschrift nicht gerecht, weshalb ohne Fristansetzung zur Nachbesserung nicht auf die Berufung einzutreten sei (act. 31 S. 3 Rz. 6).

2.2. Die Berufungsschrift des Gesuchsgegners umfasst 33 eng beschriebene Seiten, was im Rahmen eines summarischen Verfahrens für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts tatsächlich umfangreich erscheint. Eine weitschweifige Eingabe im Sinne von Art. 132 Abs. 2 ZPO liegt jedoch nicht vor. Weitschweifigkeit ist gegeben, wenn es keine sachlichen Gründe für die ausführliche oder sich wiederholende Begründung gibt und dadurch einzig der Gang der Rechtspflege behindert und die Ressourcen der Justiz unnötig gebunden werden (BK-FREI, Art. 132 ZPO N 15). Solches ist hier nicht ersichtlich und wird von der

Gesuchstellerin auch nicht geltend gemacht. Im Übrigen umfasst auch das vorinstanzliche Urteil 38 Seiten. Eine detaillierte Auseinandersetzung mit demselben (wie der Gesuchsgegner sie vornahm, siehe hiernach E. III) führt daher unweigerlich zu einer längeren Berufungsschrift. Zudem zitiert der Gesuchsgegner einzig Kommentarstellen, aufgrund deren er eine Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils verlangt. Dies kann dem Gesuchsgegner nicht zum Vorwurf gemacht werden, auch wenn das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat. Auf die Berufung ist somit einzutreten.

III.

Zur Berufung im Einzelnen

1.1. Die Gesuchstellerin machte vorinstanzlich geltend, sie sei im April 2016 mit der Herstellung und Lieferung von 19 (individuellen) Fenstern für die Liegenschaft des Gesuchsgegners beauftragt worden. Die Auftragssumme habe Fr. 29'111.30 betragen (Rechnung Nr. 47070). Im Rahmen der Montage dieser Fenster seien sodann am 10. Juni 2016 zusätzlich zwei Hebeschiebetüren neu verglast worden. Dafür habe die Gesuchstellerin Fr. 615.10 in Rechnung gestellt (Rechnung Nr. 47468). Für den Einbau sei zusätzliches Montagematerial im Betrag von Fr. 543.25 bestellt und ebenfalls eingebaut worden (Rechnung Nr. 47367). Die Frist für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts habe am 10. Juni 2016 zu laufen begonnen und sei somit bei der Einreichung des Gesuchs am 5. Oktober 2016 eingehalten worden (act. 1).

1.2. Die Vorinstanz bejahte im Ergebnis einen Anspruch der Gesuchstellerin auf vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts in der Höhe von Fr. 30'269.65 (act. 24 S. 36). Sie zitierte zunächst sämtliche von der Gesuchstellerin eingereichten Beilagen und erachtete diese als "aktenkundig" (act. 24 S. 13 ff. E. 6). In der Folge ging sie auf die "Einwände" des Gesuchsgegners ein und verwarf diese (act. 24 S. 16 ff. E. 7). Zum Einwand, die Eintragungsfrist von vier Monaten sei nicht gewahrt worden, da keine vertragliche Einheit zwischen den 19 im April gelieferten Fenstern und den zwei im Juni gelieferten Scheiben be-

stehe, erwog die Vorinstanz namentlich was folgt: Nachzugehen sei einzig dem Argument des Gesuchsgegners, bei den im Juni gelieferten Scheiben handle es sich um die Erfüllung eines selbstständigen Vertrages, der mit der Aprillieferung nichts mehr zu tun habe. Für die Richtigkeit einer solchen Auffassung bestünden jedoch keine Anhaltspunkte. Zwar treffe es zu, dass keine Akten vorhanden seien, die einen einheitlichen Vertrag in dem Sinne nachweisen würden, dass beides von Anfang an vereinbart gewesen sei. Immerhin seien die beiden Hebeschiebetüreinheiten aber Teil des ursprünglichen Vertragsgegenstands von neunzehn Fenster gewesen, die sämtliche im April geliefert worden seien. Wenn nun an zwei (von neunzehn) Einheiten des ursprünglichen Vertrages kurz nach deren Lieferung und Einbau Scheiben ersetzt werden müssten, liege es auf der Hand, dass diese Arbeit und die frühere Lieferung als Teil eines Einheitsprojekts zu sehen seien. Grundsätzlich könne es nicht sein, dass im Bestreitungsfall gegebenenfalls für jede einzelne Verrichtung nachgewiesen werden müsse, sie sei vom ursprünglichen Vertrag umfasst. Vorliegend habe eine Spezialfirma im Zusammenhang mit demselben Umbauvorhaben an ihrem bisherigen Werkgegenstand branchentypische gleichartige Arbeiten kurz nacheinander ausgeführt. Damit sei die Einheit glaubhaft gemacht (act. 24 S. 32 ff. E. 7 k).

1.3. Der Gesuchsgenger bringt dagegen in erster Linie vor, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unzutreffend festgestellt und insbesondere Art. 8 ZGB verletzt, indem sie Annahmen getroffen habe und ihrem Urteil Behauptungen der Gesuchstellerin zugrunde gelegt habe, die gar nicht so vorgebracht bzw. substantiiert bestritten worden seien und für welche die Gesuchstellerin keine tauglichen Beweisanträge gestellt habe (vgl. act. 23 S. 8 ff. Rz. 16 ff.).

Namentlich habe die Vorinstanz zu Unrecht die Einhaltung der Frist von vier Monaten für die superprovisorische Eintragung des Pfandrechts als glaubhaft erachtet (act. 23 S. 4 Rz. 7). Nur bei Vorliegen eines einheitlichen Vertrags sei von einem einheitlichen Fristenlauf auszugehen. Dabei sei es Sache der Gesuchstellerin, den angeblichen Zusammenhang zwischen den angeblichen Lieferungen von April 2016 und Juni 2016 glaubhaft zu machen. Es stelle deshalb eine unzulässige Umkehr der Beweislast nach Art. 8 ZGB dar, wenn die Vorinstanz ausfüh-

re, es bestünden keine Anhaltspunkte für die Richtigkeit seiner Auffassung, es lägen zwei selbstständige Verträge vor. Die Gesuchstellerin habe weder in ihrem Gesuch vom 5. Oktober 2016 noch in ihrer Stellungnahme vom 19. Januar 2017 ansatzweise substantiiert, dass und weshalb ein Zusammenhang zwischen den zwei am 10. Juni 2016 gelieferten Scheiben und den im April gelieferten 19 Fenstern bestehe, der dies als einheitlichen Vertrag erscheinen liesse (act. 23 S. 22 f. Rz. 45 f.). Die Vorinstanz räume sogar ein, dass keine Akten vorhanden seien, die einen einheitlichen Vertrag zwischen der Aprillieferung und den später gelieferten Scheiben nachweisen würde. Ohne nähere Begründung behaupte die Vorinstanz aber, es liege "auf der Hand", dass die beiden Lieferungen als Teil eines Einheitsprojekts zu sehen seien. Unverständlich sei auch die Ausführung der Vorinstanz, grundsätzlich könne es nicht sein, dass im Bestreitungsfall für jede einzelne Verrichtung nachgewiesen werden müsse, dass sie vom ursprünglichen Vertrag umfasst sei. Damit verkenne die Vorinstanz, dass es Sache der beweisbelasteten Gesuchstellerin gewesen wäre, den Umfang des angeblichen Vertrags (mit allen späteren Änderungen) zumindest glaubhaft zu machen. Dies habe die Gesuchstellerin aber unbestrittenermassen nicht getan. Nur weil Arbeit bzw. Material kurz nacheinander in einer Liegenschaft bzw. für eine Liegenschaft erbracht worden sein soll, sei noch lange nicht glaubhaft gemacht, dass es sich dabei um ein "Einheitsprojekt" handle (act. 23 S. 24 f. Rz. 47).

1.4. Die Gesuchstellerin beantragt die Abweisung der Berufung. Im Wesentlichen macht sie geltend, sie habe ihr Begehren nur glaubhaft machen müssen. Daran seien keine strengen Anforderungen zu stellen. Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts dürfe nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich sei. Im Zweifelsfall sei die vorläufige Eintragung zu bewilligen. Der Gesuchsgegner lasse ausser Acht, dass im summarischen Verfahren diese leichteren Anforderungen für die Eintragung gelten würden. Fakt sei, dass sie durch die Einreichung von Unterlagen ausreichend und substantiiert aufgezeigt und in jedem Fall glaubhaft gemacht habe, dass sie für das Grundstück des Gesuchsgegners Fenster hergestellt und geliefert habe (act. 31 S. 4 f. Rz. 2 f.). Die Vorinstanz habe zu Recht festgestellt, dass ein Einheitsprojekt vorliege und die viermonatige Frist zur Eintragung des Bau-

handwerkerpfandrechts gewahrt sei. Daran würden die zahlreich leicht widerlegbaren Behauptungen und unhaltbaren Bestreitungen des Gesuchsgegners nichts zu ändern vermögen (act. 31 S. 5 Rz. 4).

2.1. In Verfahren, die wie hier vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht sind, tragen die Parteien die Verantwortung für die Beschaffung des Tatsachenstoffes. Sie haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Das Gericht darf sein Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen abstützen und den Sachverhalt nicht von sich aus ergänzen oder berichtigen. Übereinstimmende Tatsachenbehauptungen (inkl. Zugeständnisse) hat das Gericht als wahr zu betrachten und dem Urteil zu Grunde zu legen (GLASL, DIKE-Komm-ZPO, Art. 55 N 7; BK-HURNI, Art. 55 ZPO N 10).

2.2. Wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, hat jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts trifft folglich den Gesuchsteller die Beweislast für das Vorliegen sämtlicher Eintragungsvoraussetzungen. Die beweisbelastete Partei hat die zu beweisenden Tatsachen zu behaupten, weshalb mit der Beweislast die Behauptungslast einhergeht. Der Behauptungslast ist Genüge getan, wenn die Partei in ihrem Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennt, welche unter die ihr Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind. Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann. Ein globaler Verweis auf eingereichte Unterlagen genügt den Anforderungen an die Behauptungs- und Substantiierungslast nicht (Urteil BGer 4A_646/2016 vom 8. März 2017 E. 3.4 u.a. mit Hinweis auf BGE 127 III 365 E. 2b und Urteil BGer 4A_1/2016 vom 25. April

2016 E. 2.1). Unterbleibt eine genügende Substantiierung ist die Klage ohne weiteres abzuweisen (GLASL, DIKE-Komm-ZPO, Art. 55 N 28). Daran vermag das im (summarischen) Verfahren der provisorischen Eintragung zur Anwendung gelangende (herabgesetzte) Beweismass der Glaubhaftmachung nichts zu ändern, da dieses erst in einem nachfolgenden Schritt – bei der Würdigung der *behaupteten* Tatsachen durch das Gericht – die Position des Gesuchstellers erleichtert. Das herabgesetzte Beweismass entbindet den Gesuchsteller daher nicht von seiner Behauptungslast hinsichtlich der Eintragungsvoraussetzungen.

3.1. Nach dem Gesagten obliegt es der Gesuchstellerin, sämtliche Voraussetzungen von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB glaubhaft zu machen. Folglich hat die Gesuchstellerin nicht nur Bestand und Höhe der von ihr geltend gemachten und zu sichernden Vergütungsforderung darzulegen, sondern insbesondere auch die Einhaltung der Frist.

Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Dabei gilt die Arbeit dann 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 die Behebung von Mängeln, es sei denn, sie sind unerlässlich und damit funktionell notwendig (BGer 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4. m.w.H.). Für jeden Vertrag beginnt die Frist grundsätzlich unabhängig zu laufen. Ein einheitlicher Fristbeginn rechtfertigt sich nur, wenn eine vertragliche oder tatsächliche (funktionale) Einheit der Rechtsgeschäfte besteht. Eine vertragliche Einheit liegt unter anderem vor, wenn die verschiedenen Rechtsgeschäfte Bestandteil eines einzigen (Werk-)Vertrags sind und damit eine rechtliche Einheit bilden oder ein Sukzessivlieferungsvertrag vorliegt. Von einer funktionalen Einheit ist auszugehen, wenn Leistungspflichten aus mehreren Verträgen einen funktionalen Zusammenhang aufweisen, mithin trotz rechtlicher Trennung eine einheitliche Bauarbeit bilden (SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N 1172 ff.).

Da es der Gesuchstellerin obliegt, die Einhaltung der Frist glaubhaft zu machen, rügt der Gesuchsgegner zu Recht, dass es eine unzulässige Umkehr der Beweislast nach Art. 8 ZGB darstelle, wenn die Vorinstanz verlangt, der Gesuchsgegner habe Anhaltspunkte für die fehlende vertragliche Einheit zu liefern (act. 24 S. 33). Will die Gesuchstellerin ihre Forderungen einem einheitlichen Fristenlauf unterstellt wissen, hat sie die Voraussetzungen dafür darzutun. Entgegen der Vorinstanz ist es damit sehr wohl Aufgabe der beweisbelasteten Partei, für jede bestrittene Verrichtung darzutun und glaubhaft zu machen, dass sie vom ursprünglichen Vertrag erfasst ist, wenn sie daraus Rechte ableitet. Dies gilt insbesondere dann, wenn (wie hier) der Fristenlauf von der entsprechenden Verrichtung abhängig gemacht wird. Es gilt daher zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, die Gesuchstellerin habe die Einhaltung der Eintragsfrist glaubhaft gemacht.

3.2.1. Zur Fristwahrung hatte die Gesuchstellerin in ihrem Gesuch lediglich behauptet, im Rahmen der Montage aller Fenster durch die B._____ AG seien zusätzlich zum Auftrag Nr. 47070 die zwei Hebeschiebetüren neu verglast worden. Sie habe entsprechend die Gläser der Hebeschiebetüre ersetzt, welche gemäss Arbeits- und Regierapport Nr. 47468 vom 10. Juni 2016 von der B._____ AG abgeholt und sodann montiert worden seien. Dafür habe sie zusätzlich Fr. 615.10 in Rechnung gestellt. Die Herstellung, Lieferung und Montage der Fenster habe eine einheitliche Bauarbeit, d.h. ein zusammengehörendes Ganzes dargestellt, sodass diese einem einheitlichen Fristlauf unterliege. Die Frist von vier Monaten sei somit gewahrt (act. 1 S. 4 f.).

3.2.2. Diese Ausführungen wurden vom Gesuchsgegner in dessen Stellungnahme substantiiert bestritten (act. 10 Rz. 32 - 40 und 59 - 71). So machte der Gesuchsgegner einerseits geltend, die 19 Fenster seien bereits im April geliefert worden. Die Teilbezugsbewilligung belege zudem, dass spätestens am 31. Mai 2016 sämtliche Fenster im Haus des Gesuchsgegners eingebaut gewesen seien. Daher sei nicht ersichtlich, was die angeblich am 10. Juni 2016 gelieferten zwei Scheiben noch mit der früheren Lieferung der 19 Fenstern zu tun gehabt hätten und weshalb die beiden Lieferungen einem einheitlichen Fristenlauf

unterliegen sollten. Die Gesuchstellerin könne nicht belegen, dass es sich bei den beiden im Juni gelieferten Gläser um einen Teil des Hauptauftrags gehandelt habe. Vielmehr zeigten die Behauptungen der Gesuchstellerin in act. 4/6, dass es sich bei der angeblichen Lieferung vom 10. Juni 2016 um den Ersatz von zwei Scheiben gehandelt haben soll. Eine solche Nachlieferung könne aber keine eigenständige Arbeit im Rahmen eines Bauhandwerkerpfandrechts sein und somit auch nicht die letzte Arbeit darstellen, die für den Fristenlauf massgeblich sei (act. 10 S. 17 ff. Rz. 35 ff.). Andererseits wendete der Gesuchsgegner ein, dass die Gesuchstellerin selber keine Arbeiten an der Liegenschaft erbracht habe, weshalb es für den Fristenlauf nur auf die Lieferung des Materials durch die Gesuchstellerin ankomme (act. 10 S. 32 Rz. 61).

3.2.3. Trotz dieser ausführlichen Bestreitung und Hinweise auf fehlende oder mangelhafte Substantiierung beschränkte sich die Gesuchstellerin in ihrer freiwilligen Stellungnahme vom 19. Januar 2017 darauf, zu behaupten, es sei durch den Regierapport Nr. 47468 vom 10. Juni 2016 mindestens glaubhaft dargelegt, dass der Einbau der Hebeschiebetüren und das Einstellen und Abdichten der Fenster erfolgt sei. Die B._____ AG sei bei dieser Arbeit offenbar nicht so routiniert gewesen, weshalb ein Mitarbeiter der Gesuchstellerin vor Ort gewesen sei und bei den Abschlussarbeiten, welche den ganzen Tag gedauert hätten, mitgeholfen habe. Es werde daran festgehalten, dass die letzte objektspezifische Bauarbeit frühestens am Freitag, den 10. Juni 2016 stattgefunden habe (act. 14 S. 4).

3.3. Die Gesuchstellerin behauptete somit einzig, die Herstellung, Lieferung und Montage der Fenster bilde ein zusammengehörendes Ganzes (act. 1 S. 4). Dass bzw. inwiefern zwischen der Lieferung vom 10. Juni 2016 und der Aprillieferung ein Zusammenhang bestehen soll, welcher einen einheitlichen Fristenlauf rechtfertigte, legte sie hingegen nicht dar. Zudem reichte die Gesuchstellerin weder für die April- noch für die Junilieferung einen Auftrag ein, anhand dessen sich der Umfang der vertraglichen Beziehung (und damit eine allfällige vertragliche Einheit) beurteilen liesse. Spätestens nachdem die Einhaltung der Eintragsfrist vom Gesuchsgegner bestritten wurde, wäre es an der Gesuchstellerin gelegen, substantiiert vorzutragen, wie die beiden Lieferungen zueinander stehen und

weshalb sie einem einheitlichen Fristenlauf unterliegen sollen. Dies tat sie nicht. Damit kam die Gesuchstellerin ihrer Substantiierungspflicht nicht nach.

Der Vorinstanz kann daher nicht gefolgt werden, wenn sie zum Schluss kommt, eine Einheit (und damit die Einhaltung der Frist) sei glaubhaft gemacht. Das Gericht darf sein Urteil, wie bereits dargelegt, nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen abstützen (vgl. oben E. 2.1). Die Vorinstanz durfte daher nicht annehmen, dass die beiden im Juni gelieferten Fensterscheiben Teil des ursprünglichen Vertragsgegenstands gewesen seien, obwohl die Gesuchstellerin dies nie explizit (geschweige denn substantiiert) behauptet hatte. Dasselbe gilt auch für andere Tatsacheninhalte aus eingereichten Unterlagen, welche nicht tel-quel als "aktenkundig" angesehen, dem Urteil zugrunde gelegt und zugunsten einer Partei gewürdigt werden dürfen, wenn diese nicht oder nicht rechtsgenügend behauptet wurden.

Indem die Vorinstanz trotz fehlender Substantiierung von einer vertraglichen Einheit und damit der Einhaltung der Frist von vier Monaten ausging, hat sie Art. 55 Abs. 1 ZPO verletzt.

3.4. Dass ein vertraglicher Zusammenhang zwischen der April- und der Junilieferung besteht, wurde (wie soeben dargelegt) vom Gesuchsgegner bestritten und von der Gesuchstellerin nicht substantiiert behauptet. Somit fällt ein einheitlicher Fristenlauf für die beiden Lieferung aufgrund vertraglicher oder funktioneller Einheit ausser Betracht. Die Gesuchstellerin stellte sich vor Vorinstanz jedoch ohnehin auf den Standpunkt, am 10. Juni 2016 seien die letzten objektspezifischen Bauarbeiten durch die B._____ AG vorgenommen worden. *Deshalb* habe die Eintragungsfrist erst am 10. Juni 2016 zu laufen begonnen (act. 1 S. 7). Mit diesen Ausführungen setzte sich die Vorinstanz indessen nicht auseinander. Der Vollständigkeit halber sei dennoch angemerkt, dass auch diese Vorbringen vom Gesuchsgegner substantiiert bestritten wurden. So wies er zunächst zutreffend darauf hin, dass es für den Fristenlauf auf Montagearbeiten durch die B._____ AG nicht ankommen könne (act. 10 S. 32 Rz. 61). Daraufhin brachte die Gesuchstellerin vor, einer ihrer Mitarbeiter hätte bei den Abschlussarbeiten mitgeholfen (act. 14 S. 4) und *alle* Fenster seien am 10. Juni 2016 gerichtet, eingestellt und

abgedichtet worden (act. 14 S. 6). Dem hielt der Gesuchsgegner wiederum entgegen, diese Behauptung sei völlig neu. Zudem lasse sich aus dem eingereichten Arbeits- und Regierapport nicht entnehmen, dass ein Mitarbeiter der Gesuchstellerin Abschlussarbeiten durchgeführt habe. So sei denn auch keinerlei Arbeitszeit in Rechnung gestellt worden (act. 15 S. 10 Rz. 16 f.).

Zu Recht weist der Gesuchsgegner darauf hin, dass die Gesuchstellerin erst in ihrer Stellungnahme geltend machte, einer ihrer Mitarbeiter hätte Abschlussarbeiten an sämtlichen Fenster vorgenommen. In ihrem Gesuch behauptete sie noch, die B. _____ AG habe die Hebeschiebetüren montiert und die letzten objektspezifischen Bauarbeiten vorgenommen (act. 1 S. 4 Rz. 2). Ebenfalls auffällig ist, dass sich dem eingereichten Arbeitsrapport keinerlei entsprechende Arbeiten entnehmen lassen. Zudem wurde einzig die Montage der zwei im Juni 2016 gelieferten Fenster in Rechnung gestellt (act. 4/6). Dass darüberhinausgehende Abschlussarbeiten überhaupt vereinbart und anschliessend auch vorgenommen wurden, ist hingegen nicht ersichtlich. Damit gelingt es der Gesuchstellerin nicht, glaubhaft zu machen, dass am 10. Juni 2016 noch Vollendungsarbeiten für die 19 im April 2016 gelieferten Fenster erbracht wurden. Folglich begann die Frist für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts für die Forderung von Fr. 29'111.30 im April bzw. spätestens am 31. Mai 2016 (Schlusskontrolle, vgl. act. 12/6) zu laufen. Insoweit war die Eintragsfrist zum Zeitpunkt der den Tagebucheintrag veranlassenden superprovisorischen Verfügung vom 6. Oktober 2016 jedenfalls bereits abgelaufen (act. 5).

4. Dies gilt auch für die Forderung von Fr. 543.25 für die Lieferung von Montagematerial (Rechnung Nr. 47367). So rügt der Gesuchsgegner zu Recht, dass die Gesuchstellerin nicht ansatzweise substantiiert habe, wann dieses angebliche zusätzliche Montagematerial von wem bestellt, wann es geliefert und wann es von wem eingebaut worden sein soll (act. 23 S. 27 f. Rz. 54 f.). Die Gesuchstellerin machte in ihrem Gesuch pauschal geltend, "für den Einbau" sei zusätzliches Montagematerial bestellt und in die Liegenschaft eingebaut worden (act. 1 S. 4 Rz. 4). Der Gesuchsgegner bestritt dies substantiiert (vgl. act. 10 Ziff. 42 ff.; Ziff. 50 ff.). Insbesondere bestritt er, dass im Juni 2016 solches Material eingebaut worden

sei (act. 10 S. 34 Rz. 68). Dem hielt die Gesuchstellerin nichts entgegen. Sie unterliess es sogar zu behaupten, das Material sei erst im Juni eingebaut worden (vgl. act. 14). Damit kam die Gesuchstellerin ihrer Substantiierungspflicht erneut nicht nach. Ohnehin hätte die Gesuchstellerin darüber hinaus zu substantiieren gehabt, weshalb es sich bei der separat in Rechnung gestellten Gattungsware um eine pfandberechtigte Leistung handeln sollte, zumal dies vom Gesuchsgegner substantiiert bestritten wurde (act. 10 S. 28 Rz. 48). Indem die Vorinstanz trotz fehlender Substantiierung die Voraussetzungen für die Eintragung als glaubhaft erachtete, hat sie Art. 55 Abs. 1 ZPO verletzt.

5. Der Gesuchsgegner weist schliesslich darauf hin, dass er vorinstanzlich eingehend dargelegt habe, dass sich die Gesuchstellerin bezüglich der zwei Gläser für die Hebeschiebetüre (Rechnung Nr. 47468) in Widersprüche verstrickt habe (act. 23 S. 29 Rz. 57). Zusammengefasst machte der Gesuchsgegner vorinstanzlich geltend, beide Positionen in der Rechnung Nr. 47468 würden den exakt gleichen Rechnungstext aufwiesen. Damit soll zweimal die gleiche Scheibe (Position 18 Feld 2) geliefert worden sein, was aber unmöglich sei, weil der Flügel eines Fensters logischerweise nur ein Glas aufweise und nicht zwei Mal das gleiche Glas. Zudem zeige ein Vergleich von Position 18 Feld 2 bei der Rechnung Nr. 47070, dass dort Masse von 1090 mm auf 2195 mm angegeben seien, während in der Rechnung Nr. 47469 Glasmasse von 965.5 mm auf 2113 mm angegeben seien, was klar verschieden sei. Er bestreite daher mit Nichtwissen, dass die von der Gesuchstellerin behaupteten Gläser auf seinem Grundstück eingebaut worden seien (act. 10 S. 20 f. Rz. 38). Trotz dieser substantiierten Bestreitung und dem Hinweis auf die Widersprüche hielt die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme einzig daran fest, dass am 10. Juni 2016 "beide Hebeschiebetüren" eingebaut worden seien, ohne den Einwänden des Gesuchsgegners etwas entgegen zu halten (act. 14 S. 4 Rz. 4). Damit kam die Gesuchstellerin ihrer Substantiierungspflicht erneut nicht nach, weshalb das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auch in diesem Punkt abzuweisen gewesen wäre. Dennoch zitierte die Vorinstanz freimütig aus den eingereichten Unterlagen, machte Ausführungen zur Konstruktion von Hebeschiebetüren und stellte Mutmassungen über das allfällige Vorliegen eines Kopierfehlers an (act. 24

S. 34), ohne dass die Gesuchstellerin dergleiche je behauptet hätte. Indem die Vorinstanz von sich aus Annahmen traf, um nicht substantiierte Parteistandpunkte zu ergänzen, verletzte sie Art. 55 Abs. 1 ZPO.

6. Nach dem Gesagten ist die Berufung des Gesuchsgegners gutzuheissen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt es sich, auf die weiteren Einwendungen des Gesuchsgegners gegen das vorinstanzliche Urteil einzugehen.

IV.

Löschung

1. Im Sinne der obenstehenden Erwägungen ist das Grundbuchamt F. _____ anzuweisen, das aufgrund des Urteils des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 17. Oktober 2017 (Geschäfts-Nr. ES160030-D) zugunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten des Grundstücks des Gesuchsgegners vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen, und zwar nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Bundesgericht oder nach Abschluss des bundesgerichtlichen Verfahrens, falls das Bundesgericht nicht anderes anordnet.

2. Die Vorinstanz setzte der Gesuchstellerin im angefochtenen Entscheid eine Frist von 60 Tagen ab Zustellung des Urteils, um die vorläufige Eintragung mittels Klage auf definitive Eintragung zu prosequieren, wobei der Gesuchsgegner bei Säumnis den vorläufigen Eintrag löschen lassen könne (act. 24 S. 36 Dispositivziffer 2).

Die Akten lassen offen, ob die Gesuchstellerin das Verfahren um die definitive Eintragung des Pfandrechts anhängig gemacht hat (vgl. act. 31). Da der Berufung gegen einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen keine aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO) – und eine solche vorliegend auch nicht beantragt wurde –, stünde es dem Gesuchsgegner im Falle der Säumnis wohl offen, die Löschung auch gestützt auf das vorinstanzliche Urteil beim Bezirksgericht Dielsdorf zu beantragen.

V.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Bei diesem Verfahrensausgang wird die Gesuchstellerin für die Verfahren vor beiden Instanzen kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 und Art. 318 Abs. 3 ZPO).

Die von der Vorinstanz für ihr Verfahren festgesetzte Entscheidgebühr von Fr. 3'000.– und auch die übrigen Kosten wurden nicht beanstandet, weshalb es dabei bleibt. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'800.– festzusetzen (§§ 2 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss des Gesuchsgegners zu verrechnen. Die Gesuchstellerin hat ihm diesen zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

2. Die Höhe der von der Vorinstanz festgesetzten Parteientschädigung (Fr. 2'000.– zzgl. 8 % MWST) ist ebenfalls nicht beanstandet worden und dem Gesuchsgegner somit in dieser Höhe zuzusprechen.

Dem Gesuchsgegner ist für das Berufungsverfahren sodann in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 9 und § 13 Abs. 1 AnwGebV eine Parteientschädigung von Fr. 2'200.– zzgl. MwSt. zuzusprechen. Da die Aufwendungen im Jahr 2017 anfallen, beträgt der Mehrwertsteuersatz 8 %.

Es wird beschlossen:

1. Die Streitverkündung des Gesuchsgegners und Berufungsklägers an
 - a) die B._____ AG in Liquidation, ohne Sitz, letztes Domizil ... [Adresse],
 - b) C._____, Mitglied des Verwaltungsrates und Liquidator der B._____ AG in Liquidation, wohnhaft an der ... [Adresse],
 - c) die D._____ GmbH, ... [Adresse], vertreten durch RA lic. iur. Y._____, ... [Adresse]

wird vorgemerkt.

2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen.
2. Das Grundbuchamt F._____ wird angewiesen, das folgende aufgrund des Urteils des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 17. Oktober 2017 zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des Grundstücks des Gesuchsgegners vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht vollumfänglich zu löschen nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist oder nach Abschluss des bundesgerichtlichen Verfahrens, falls das Bundesgericht nichts anderes anordnet:

Pfandrecht auf Liegenschaft Kat. Nr. 2,
auf Grundbuch Blatt 1, Liegenschaft,
G._____ ..., H._____,
für eine Pfandsumme von CHF 30'269.65 zuzüglich Zins zu 5% seit
14. August 2016.
3. Die von der Vorinstanz erhobenen Gerichtskosten werden bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'800.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt, und soweit ausreichend, aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen bezogen. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner Fr. 2'800.– zu ersetzen. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.
6. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für beide Verfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 4'200.– zzgl. 8 % MWST zu bezahlen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilagen von act. 31, an die Streitberufenen unter Beilage von act. 33, nach Ablauf der Frist(en) gemäss Ziff. 2 hiavor an das Grundbuchamt F._____, sowie an das Bezirksgericht Dielsdorf und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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 sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 30'269.65.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw J. Nagel

versandt am: