

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF200010-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Urteil vom 9. April 2020

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

1. **B._____,**

2. **C._____,**

3. **D._____,**

4. **E._____,**

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte,

alle vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y._____

betreffend

Bauhandwerkerpfandrecht / vorläufige Eintragung

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 30. Januar 2020 (ES200002)

Rechtsbegehren:
(sinngemäss)

1. Das Grundbuchamt F._____ sei anzuweisen, auf dem Grundstück Grundbuch Blatt 1, Kataster Nr. 2, G._____ ..., ... F._____, ein Bauhandwerkerpfandrecht im Betrag von Fr. 10'488.15 zuzüglich 5 % Zins ab 28. Januar 2020 zu Gunsten der Gesuchstellerin vorläufig einzutragen.
2. Der Forderungsbetrag samt Zinsen ab 28. Januar 2020 sei auf die Gesuchsgegner gemäss deren Wertquoten / Miteigentumsanteile von je einem Viertel anteilmässig im Umfang von je Fr. 2'622.05 einzutragen.
3. Die vorläufige Eintragung sei unverzüglich durch eine superprovisorische Verfügung anzuordnen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegner.

Urteil des Einzelgerichtes:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um provisorische Eintragung von Pfandrechten zulasten der Miteigentumsanteile bzw. Grundstücke der Gesuchsgegner 1-4, Kataster Nr. 2, Grundbuch Blatt 1, G._____ ..., ... F._____, für eine Pfandsumme von Fr. 10'488.15 bzw. für Pfandsummen von je Fr. 2'622.05, jeweils zuzüglich 5 % Zins ab 28. Januar 2020, wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Den Gesuchsgegnern wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
- 5./6. [Mitteilung/Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (act. 10):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 30.01.2020 (Geschäfts-Nr. ES200002-C/U) aufzuheben.
2. Es sei das Grundbuchamt F._____ anzuweisen, auf dem Grundstück Grundbuch Blatt 1, Kataster Nr. 2, G._____ ..., ... F._____, ein Bauhandwerkerpfandrecht für den Betrag von CHF 10'488.15 nebst Zins zu 5% seit 28.01.2020 zu Gunsten der Klägerin einzutragen.
3. Der Forderungsbetrag samt Zinsen ab 28.01.2020 sei auf die Beklagten gemäss deren Wertquoten/Miteigentumsanteilen von je einem Viertel anteilmässig im Umfang von je CHF 2'622.05 einzutragen.
4. Die vorläufige Eintragung sei unverzüglich durch eine superprovisorische Verfügung anzuordnen,
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, letztere zzgl. MWST von 7.7% zu Lasten der Beklagten.
6. Der Berufung sei aufschiebende Wirkung zu erteilen."

der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (act. 26):

- "1. Die superprovisorischen Massnahmen seien nicht zu bestätigen und dementsprechend umgehend sowie vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei das Grundbuchamt von F._____ anzuweisen, das auf dem Grundstück Kat.-Nr. 2, GGBI 1, G._____ ..., ... F._____ für den Betrag von CHF 10'488.15 zzgl. Zins. Zu 5 % seit dem 28. Januar 2020 eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht umgehend wieder zu löschen.
3. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen und es sei das Urteil der Vorinstanz in allen Punkten zu bestätigen.
4. Die Kosten dieses Verfahrens seien der Berufungsklägerin vollumfänglich aufzuerlegen und diese sei zu verpflichten, den Berufungsbeklagten eine angemessene Entschädigung (zzgl. MwSt.) zu bezahlen."

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Berufungsbeklagte) sind Eigentümer des Grundstückes an der G._____ ... in F._____, auf welchem im Jahr 2019 ein Haus gebaut wurde. Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Berufungsklägerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz im Kanton H._____, welche Kieswerke betreibt, Baustoffe produziert und damit handelt und Gütertransporte ausführt. Die Berufungsklägerin stellt sich auf den Standpunkt, sie habe für das Gebäude der Berufungsbeklagten auf Bestellung der I._____ AG zwischen dem 18. Juli 2019 und dem 28. Oktober 2019 Beton, Langzeitmauermörtel, Wandkies und Überzug geliefert. Die I._____ AG habe die hierfür ausgestellten Rechnungen im Gesamtbetrag von Fr. 10'488.15 aber nicht beglichen.

1.2. Mit Eingabe vom 28. Januar 2020 ersuchte die Berufungsklägerin beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach (nachfolgend: Vorinstanz) um vorsorgliche bzw. superprovisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück der Berufungsbeklagten (act. 1/1-3). Die Vorinstanz wies das Gesuch mit Urteil vom 30. Januar 2020 ab (act. 4 = act. 9 = act. 12/5; nachfolgend zitiert als act. 9).

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 5. Februar 2020 (Datum Poststempel) Berufung bei der Kammer, wobei sie die eingangs wiedergegebenen Anträge stellte (act. 10). Mit Verfügung vom 11. Februar 2020 wurde auf den Antrag der Berufungsklägerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht eingetreten. Weiter wurde das Grundbuchamt F._____ im Sinne einer superprovisorischen Massnahme einstweilen angewiesen, auf dem Grundstück Grundbuch Blatt 1, Kataster Nr. 2, G._____ ..., ... F._____, ein Bauhandwerkerpfandrecht für den Betrag von CHF 10'488.15 nebst Zins zu 5% seit 28. Januar 2020 zu Gunsten der Berufungsklägerin einzutragen. Den Berufungsbeklagten wurde sodann Frist angesetzt, um zu dieser superprovisorischen Anordnung Stellung zu nehmen und um die Berufung zu beantworten.

Ferner wurde der Berufungsklägerin Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss zu leisten, und es wurde die Prozessleitung delegiert (act. 14).

1.4. Das Grundbuchamt F. _____ kam der Anordnung der Kammer am 12. Februar 2020 nach (act. 15/6; act. 17). Der Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (act. 15/1; act. 18). Mit innert Frist (vgl. act. 15/2-5) erfolgter Eingabe vom 24. Februar 2020 nahmen die Berufungsbeklagten sodann zur superprovisorischen Anordnung Stellung und beantworteten die Berufung, wobei sie die oben aufgeführten Anträge stellten (act. 26). Mit Schreiben vom 25. Februar 2020 reichte der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten seine Honorarnote nach (act. 29; act. 30). Das rechtliche Gehör der Berufungsklägerin wurde gewahrt (act. 31; act. 32), sie verzichtete darauf, sich zu den Eingaben der Berufungsbeklagten zu äussern.

1.5. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-7). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Prozessuale Vorbemerkungen

2.1. Die Berufung wurde rechtzeitig (vgl. act. 5 und Art. 314 Abs. 1 ZPO), schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet im Sinne von Art. 312 Abs. 1 ZPO bei der Kammer als zuständiger Berufungsinstanz eingereicht. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen berufungsfähigen Endentscheid (vgl. Art. 308 ZPO). Die Berufungsklägerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und somit zur Erhebung eines Rechtsmittels legitimiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

2.2. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor Vorinstanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

3. Zur Berufung im Einzelnen

3.1. Die Vorinstanz erwog, Beton gelte als unvertretbare Sache, weil er spezifisch für ein bestimmtes Bauwerk hergestellt werde. Damit sei auch eine Arbeitsleistung beinhaltet, sodass die Herstellung und Lieferung von Beton pfandberechtigt sei. Vorliegend sei die letzte Betonlieferung der Berufungsklägerin am 5. September 2019 erfolgt. Die letzte Überzugslieferung sei demgegenüber am 24. Oktober 2019 und die letzte Mörtellieferung am 28. Oktober 2019 erfolgt. Allerdings handle es sich bei Mörtel und Überzug um standardisierte Fertigprodukte, welche nicht spezifisch für das betreffende Bauwerk hergestellt würden und somit – ebenso wie Wandkies – vertretbare Sachen seien. Derartige reine Materiallieferungen würden keinen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts begründen. Die viermonatige Frist zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sei entsprechend ausgehend von der letzten Betonlieferung am 6. Januar 2020 verstrichen. Das Gesuch der Berufungsklägerin um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sei daher verspätet erfolgt und entsprechend abzuweisen (act. 9 E. 3-7).

3.2. Die Berufungsklägerin führt zusammengefasst aus, Beton und Überzug seien pfandberechtigende Leistungen, die übrigen Materialien hätten quantitativ unbedeutende Nebenleistungen dargestellt und eine funktionale Einheit mit den übrigen gelieferten Stoffen gebildet. Entgegen der Vorinstanz beginne die viermonatige Frist zur Eintragung des Pfandrechts damit nach der letzten Lieferung am 28. Oktober 2019 und ende am 28. Februar 2020. Selbst wenn mit der Vorinstanz die Leistungen der Berufungsklägerin individuell betrachtet würden, würde die Verwirkungsfrist am 24. Februar 2020 ablaufen, zumal die letzte Überzugslieferung am 24. Oktober 2019 erfolgt sei. Weil die Berufungsbeklagten Miteigentümer des Grundstückes zu $\frac{1}{4}$ seien, sei die Pfandsumme je zu $\frac{1}{4}$ zu Lasten der vier Berufungsbeklagten im Grundbuch einzutragen (act. 10 Rz 4 ff.).

3.3. Die Berufungsbeklagten wenden dagegen ein, die Berufungsklägerin bringe in der Berufung diverse unzulässige Noven vor. Diese dürften nicht berücksichtigt werden, abgestellt werden könne einzig auf die im Gesuch vom 28. Januar 2020 vorgebrachten Umstände. Ausgehend von dieser Sachverhaltsdarstellung

seien die Voraussetzungen des Bauhandwerkerpfandrechts nicht erfüllt. So stelle keine der angeblich erfolgten Lieferungen eine pfandberechtigte Leistung dar. Auch handle es sich bei den einzelnen Lieferungen um Einzelaufträge, es liege keine funktionale Einheit vor. Die Lieferungen von Langzeitmauermörtel, Wandkies und Überzug würden im Übrigen nicht bloss nebensächliche Leistungen darstellen. Die Eintragsfrist habe daher für die einzelnen Lieferungen getrennt zu laufen begonnen. Selbst wenn also die Betonlieferungen zwischen dem 18. Juli 2019 und dem 23. August 2019 sowie am 4. September 2019 pfandberechtigt wären, wären die Fristen zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bereits vor der Stellung des Gesuchs durch die Berufungsklägerin abgelaufen. Die übrigen Lieferungen seien für den Fristenlauf unbeachtlich, da sie ohnehin nicht pfandberechtigt seien. Ganz grundsätzlich werde mit Nichtwissen bestritten, dass die Berufungsklägerin überhaupt etwas auf die Baustelle der Berufungsbeklagten geliefert habe. Gestützt auf die Vorbringen im Gesuch vom 28. Januar 2020 könne sodann gar nicht davon ausgegangen werden, dass überhaupt offene Forderungen existieren würden. Auch habe die Berufungsklägerin die Voraussetzungen des Verzugs nicht dargelegt. Das Gesuch um Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sei daher abzuweisen (act. 26 Rz 4 ff.).

3.4.1. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf die Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf Grundstücken zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit alleine geliefert haben, an diesem Grundstück, sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person zum Schuldner haben. Wie die Vorinstanz korrekt festhielt (vgl. act. 9 E. 3), sind reine Materiallieferungen nicht pfandberechtigt. In solchen Lieferungen von vertretbaren Sachen wie beispielsweise Kies, Sand, Backsteine etc. ist keine Arbeitsleistung im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB enthalten (CHK ZGB-Schumacher, 3. Aufl. 2016, Art. 837 N 11; OFK-Frey, 3. Aufl. 2016, Art. 837 N 16; Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 299 f.; vgl. auch BGE 131 III 300 E. 3; BGE 97 II 212 E. 1). Ebenso wenig sind nicht objekt-

spezifische Leistungen wie reine Transporte pfandberechtigt (BGE 97 II 212 E. 2; CHK ZGB-Schumacher, 3. Aufl. 2016, Art. 837 N 11). Zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigen demgegenüber Lieferungen von unvertretbaren Sachen, die spezifisch für das betreffende Bauwerk hergestellt wurden und zur körperlichen Verbindung mit dem Bauwerk vorgesehen sind (BGE 136 III 6 E. 5.4; BGE 131 III 300 E. 3; BGE 97 II 212 E. 1; OFK-Frey, 3. Aufl. 2016, Art. 837 N 16; Schumacher, a.a.O., N 301). Dies ist etwa der Fall bei der Lieferung von Frischbeton, wird dieser doch spezifisch hergestellt, ist schnell zu verarbeiten und kann später kaum anderweitig verwendet werden (BGE 136 III 6 E. 5.4; BGE 131 III 300 E. 3; BGE 125 III 113 E. 2a; BGE 104 II 348 E. II.1; BGE 97 II 212 E. 1).

3.4.2. Für sich alleine betrachtet nicht pfandberechtigte Leistungen können ausnahmsweise mitpfandberechtigt sein. Dies ist dann der Fall, wenn sie zusammen (gemischt) mit pfandberechtigten Leistungen vom selben Unternehmer erbracht werden und die Leistungen eine funktionale Einheit bilden. Die juristische Qualifikation und die Anzahl der Verträge zwischen den Parteien ist dabei nicht ausschlaggebend, vielmehr ist von einer funktionalen Einheit auszugehen, wenn die verschiedenen Leistungen derart miteinander verknüpft sind, dass sie ein Ganzes bilden (BGE 136 III 6 E. 5.3; BGE 131 III 300 E. 3; BGE 111 II 343 E. 2c; BGE 106 II 123 E. 5b; BGE 104 II 348 E. II.2; Schumacher, a.a.O., N 327, 1186 ff.; ZBJV 139/2003 S. 923 ff., S. 924; vgl. auch BGE 125 III 113 E. 2a). Dies ist gemäss dem Bundesgericht dann der Fall, wenn nichts Abweichendes vereinbart worden oder die Ausscheidung der pfandberechtigten und der nicht pfandberechtigten Leistungen unterblieben ist (BGE 136 III 6 E. 5.3; BGE 103 II 33 E. 4). Während das Bundesgericht bei verschiedenen Lieferungen von Baumaterialien zunächst noch solche, die nur nicht pfandberechtigte Baustoffe umfassten, ausschied und es nur als Einheit betrachtete, wenn pfand- und nicht pfandberechtigte Leistungen in einer einzigen Lieferung erfolgten (vgl. BGE 103 II 33 E. 4), anerkannte es später auch sukzessive erbrachte, jeweils für sich pfandberechtigte Leistungen wie die wiederholte Lieferung von Frischbeton (BGE 111 II 343 E. 2c; BGE 104 II 348 E. II.2) und in einem nächsten Schritt auch sukzessive Lieferungen pfandberechtigter und nicht pfandberechtigter Leistungen – im konkreten Fall

Lieferungen von Beton, Sand, Sickergeröll und Abbruchgranulat sowie Abtransport von Bauschutt – als funktionale Einheit (vgl. BGE 125 III 113 E. 3b; vgl. auch Schumacher, a.a.O., N 327). Auch die reinen Transportkosten von pfandberechtigten Baumaterialien wie etwa Frischbeton sind im Übrigen mitpfandberechtigt, stellen sie doch lediglich eine Modalität der Erfüllung der vertraglichen Pflicht zur Bereitstellung der geschuldeten Leistung dar (BGE 97 II 212 E. 2). Eine weitere Konstellation, in welcher reine Materiallieferungen mitpfandberechtigt sind, liegt ferner dann vor, wenn sie nebensächliche Leistungen darstellen (CHK ZGB-Schumacher, 3. Aufl. 2016, Art. 837 N 11; Schumacher, a.a.O., N 327), also quantitativ unbedeutend sind (Schumacher, a.a.O., N 332).

3.4.3. Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu geschehen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Es handelt sich dabei um eine nicht erstreckbare Verwirkungsfrist, nach ihrem Ablauf ist die Eintragung nicht mehr möglich (BSK ZGB II-Thurnheer, 6. Aufl. 2019, Art. 839/840 ZGB N 29; CHK ZGB-Schumacher, 3. Aufl. 2016, Art. 839 N 2; OFK ZGB-Frey, 3. Aufl. 2016, Art. 839 N 2; Schumacher, a.a.O., N 1092). Für verschiedenartige Arbeitsleistungen gilt grundsätzlich ein getrennter Fristenlauf, selbst wenn sie gestützt auf denselben Vertrag zwischen denselben Parteien erbracht wurden. Dasselbe gilt auch, wenn Bauarbeiten aufgrund von mehreren – allenfalls sogar zwischen denselben Parteien abgeschlossenen – Verträgen erbracht wurden. Stellen die verschiedenen Verträge aber eine Einheit dar, was etwa bei Sukzessivlieferungen der Fall ist, oder stellen die Leistungen des Unternehmers eine funktionale Einheit dar, gilt ein einheitlicher Fristenlauf, wobei die Frist mit der letzten Vollendungsarbeit beginnt (BGE 106 II 123 E. 5b-c; BGE 104 II 348 E. II.2; BSK ZGB II-Thurnheer, 6. Aufl. 2019, Art. 839/840 ZGB N 30; CHK ZGB-Schumacher, 3. Aufl. 2016, Art. 839 N 8a f.; Schumacher, a.a.O., N 1172 ff.; vgl. auch BGE 125 III 113 E. 3b; BGE 111 II 343 E. 2c). Sofern bei einer funktionalen Einheit die zuletzt erbrachte Leistung auch für sich alleine pfandberechtigt ist, wie dies in den zitierten Bundesgerichtsentscheiden der Fall war, beginnt die Frist folglich mit der Vollendung dieser letzten Arbeitsleistung. Wie es sich jedoch verhält, wenn die am Schluss erbrachte Leistung für sich alleine nicht pfandberechtigt ist, wurde vom Bundesgericht soweit ersichtlich noch nicht ent-

schieden. In der Literatur wird die Meinung vertreten, reine Materiallieferungen, die nach der Erbringung von pfandberechtigten Leistungen erfolgen, würden nicht als Arbeitsvollendung gelten und könnten damit den Fristbeginn nicht herausschieben bzw. auslösen (CHK ZGB-Schumacher, 3. Aufl. 2016, Art. 839 N 7; Schumacher, a.a.O., N 1112; Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N 253; im Ergebnis wohl ebenso Weber, Bauhandwerkerpfandrecht - Pfandberechtigung bei reinen Materiallieferungen sowie Voraussetzungen für einen einheitlichen Fristenlauf, in: Bau-recht Kompakt Newsletter 08, September 2017, S. 2). Angesichts der dargelegten Rechtslage ist diese Ansicht überzeugend.

3.4.4. Die Vorinstanz hielt im Übrigen korrekt fest, dass die Parteien im vorliegenden Verfahren ihre Behauptungen nicht strikte zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen haben, und dass die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Zweifel zu gewähren ist. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann diesbezüglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. act. 9 E. 2).

3.5. Von den Parteien nicht in Frage gestellt wird vorliegend, dass es sich bei den von der Berufungsklägerin geltend gemachten Forderungen um solche eines Handwerkers oder Unternehmers handelt. Auch sind sich die Parteien einig, dass die fraglichen Lieferungen – sofern sie denn erbracht wurden – für den Bau des Hauses auf dem Grundstück der Berufungsbeklagten erfolgt wären. Vertragspartnerin der Berufungsklägerin war sodann unstrittig die I. _____ AG, also eine andere Unternehmerin, was der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück der Berufungsbeklagten nicht entgegenstehen würde (vgl. dazu auch act. 9 E. 2). Umstritten und damit zu prüfen ist demgegenüber, ob überhaupt Lieferungen erfolgten, und falls ja, ob es sich dabei um reine Materiallieferungen oder um pfandberechtigte Leistungen handelte. Ebenfalls ist zu ermitteln, wann die Frist zur Eintragung ablief.

3.6. Dass die Berufungsklägerin die von ihr behaupteten Lieferungen vorgenommen hat, erscheint entgegen den Berufungsbeklagten als glaubhaft. Zwar weisen die Berufungsbeklagten zu Recht darauf hin, dass die von der Berufungs-

klägerin ins Recht gelegten Lieferscheine – bis auf wenige Ausnahmen (vgl. act. 2/1 und act. 2/2, jeweils letzte Seite mit Unterschrift des Abnehmers; ebenso act. 2/5, viert- und zweitletzte Seite) – von der Bestellerin nicht unterzeichnet wurden (vgl. act. 26 Rz 16d). Immerhin finden sich aber stets Unterschriften des Werkbeauftragten und zumeist auch des Fahrers, wobei es sich je nach Lieferung jeweils um verschiedene Personen handelte (vgl. act. 2/1-5). Dass die Berufungsklägerin bloss jene vier einzelnen Lieferungen ausführte, welche nachweislich von der Bestellerin abgenommen wurden, und im Übrigen die Lieferscheine erst im Nachhinein unterzeichnen liess, ist unwahrscheinlich, nicht zuletzt auch, weil diverse Personen unterschreiben mussten und auch weil das von den Berufungsbeklagten eingereichte Foto erahnen lässt, dass für die Erstellung des Gebäudes auf ihrem Grundstück zumindest Beton in grösseren Mengen erforderlich war (vgl. act. 27/1). Auch die Behauptung der Berufungsbeklagten, nach dem 3. September 2019 seien keine Lieferungen von Baumaterial mehr erfolgt (act. 26 Rz 16d), überzeugt nicht. Weder aus dem erwähnten Foto vom 4. September 2019 des offensichtlich noch nicht fertig erstellten Gebäudes (act. 27/1) noch aus der Akontorechnung vom 8. September 2019, welche keine Hinweise auf den Stand der Arbeiten enthält (act. 27/2), geht auch nur annähernd hervor, dass später keine Baumaterialien mehr benötigt wurden. Folglich ist zu prüfen, ob die von der Berufungsklägerin ausgeführten Lieferungen pfandberechtigt sind.

3.7.1. Was die Herstellung und Lieferung von Beton betrifft, so sind sich die Parteien zwar grundsätzlich einig, dass dies pfandberechtigt sein kann (vgl. act. 10 Rz 6; act. 26 Rz 10). Allerdings sind die Berufungsbeklagten der Ansicht, die Berufungsklägerin hätte in ihrem Gesuch vom 28. Januar 2020 darlegen und glaubhaft machen müssen, dass der fragliche Beton jeweils spezifisch für die Baustelle der Berufungsbeklagten hergestellt worden sei und nicht anderweitig hätte verwendet werden können. Weil die Berufungsklägerin dies nicht getan habe, könne nicht davon ausgegangen werden, es habe sich um die Lieferung unvertretbarer Sachen gehandelt (act. 26 Rz 10 ff., 18, 30). Tatsächlich hat die Berufungsklägerin in ihrem Gesuch vom 28. Januar 2020 abgesehen vom Umstand, sie habe Beton geliefert, nichts Näheres dazu vorgebracht (vgl. act. 1/1-3). Entgegen der Meinung der Berufungsbeklagten war dies aber auch nicht nötig. Sofern es sich

um Frischbeton handelt, ist gestützt auf die dargelegte bundesgerichtliche Rechtsprechung ohne ausdrücklichen Nachweis durch den Unternehmer davon auszugehen, es sei eine unvertretbare Sache geliefert worden. Dass es sich beim von der Berufungsklägerin gelieferten Beton um Frischbeton handelt, ist ohne Weiteres aus den mit dem Gesuch vom 28. Januar 2020 eingereichten Rechnungen ersichtlich, in welchen aufgeführt ist, dass der Beton jeweils im Mischer geliefert wurde (act. 2/1, act. 2/4) und folglich noch nicht erhärtet war. Es ist damit mit der Vorinstanz von der Pfandberechtigung der Betonlieferungen der Berufungsklägerin auszugehen.

3.7.2. Einig sind sich die Parteien, dass die Lieferung von Langzeitmauermörtel und Wandkies keine pfandberechtigte Leistung darstellt (vgl. act. 10 Rz 6; act. 26 Rz 13). Dem ist unter Verweis auf die korrekten Ausführungen der Vorinstanz zu diesem Thema (vgl. act. 9 E. 3 und 6) zuzustimmen.

3.7.3. Zur Lieferung von Überzug bringt die Berufungsklägerin in der Berufung vor, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, es würde sich dabei nicht um eine pfandberechtigte Leistung handeln. Überzug sei kein standardisiertes Fertigprodukt, vielmehr sei es mit Beton vergleichbar, wobei es im Unterschied zu diesem eine geringere Gesteinskörnung aufweise. Wie Beton müsse Überzug im Werk hergestellt und mit dem Fahrmischer auf die Baustelle geliefert werden, er werde nicht auf Vorrat produziert, sondern erst auf Bestellung hin für einen bestimmten Zweck und nach Rezept hergestellt. Einmal produziert und geliefert, könne nicht einfach umdisponiert werden (act. 10 Rz 10 f.). Die Berufungsbeklagten, die bestreiten, dass es sich bei Überzug um eine pfandberechtigte Leistung handelt, entgegenen dem, die Berufungsklägerin habe erst im Berufungsverfahren dargelegt, dass es sich bei Überzug um eine individuelle Anfertigung handeln solle. Diese Vorbringen könnten aber nicht berücksichtigt werden (act. 26 Rz 4 ff., 13, 16d, 32).

Der Einwand der Berufungsbeklagten ist berechtigt. Es ist ihnen zuzustimmen, dass der Gesuchsteller im summarischen Verfahren sämtliche Tatsachenbehauptungen in seinem Gesuch vorzubringen sowie glaubhaft zu machen hat und eine spätere Nachbesserung unbeachtlich bleibt (vgl. act. 26 Rz 7 f., 11), es

sei denn, es würden zulässige neue Tatsachen vorgebracht. Die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO, unter denen Noven im Berufungsverfahren ausnahmsweise berücksichtigt werden können, sind vorliegend aber nicht erfüllt, ist doch kein Grund ersichtlich, weshalb die im Berufungsverfahren gemachten Erläuterungen der Berufungsklägerin nicht bereits in ihrem Gesuch vom 28. Januar 2020 hätten erfolgen können (vgl. auch act. 26 Rz 4, 6).

Entsprechend sind die Vorbringen zum Überzug in der Berufung unbeachtlich, es ist lediglich vom Gesuch vom 28. Januar 2019 sowie den dazu eingereichten Beilagen auszugehen. Darin werden die Merkmale von Überzug nicht erläutert (vgl. act. 1/1-3). Auch die Beilagen helfen nicht weiter. Zwar ist bei der ersten Überzugslieferung am 3. September 2019 auch "Transport mit Mischer" aufgeführt. Bei der zweiten Überzugslieferung vom 24. Oktober 2019 – aus der Rechnung ist ersichtlich, dass es sich um exakt dasselbe Material wie bei der ersten Lieferung handelte – ist hingegen nichts dergleichen erwähnt. Da am 3. September 2019 auch Beton im Mischer zur Baustelle transportiert wurde, drängt sich der Eindruck auf, der Mischer sei nur wegen des Betons nötig gewesen und die zur selben Zeit gelieferte vergleichsweise kleine Menge Überzug – ein halber Kubikmeter – sei der Einfachheit halber im selben Fahrzeug mitgenommen worden. Die Lieferscheine für die Überzugslieferungen entsprechen sodann zwar denjenigen für die Betonlieferungen. Alleine aus dem Umstand, dass die Berufungsklägerin für die Überzugslieferung die Standardlieferscheine für Beton verwendet zu haben scheint – es ist darauf auch von Fertigbeton die Rede (vgl. act. 2/4-5) –, lässt sich aber nicht auf die Eigenschaften von Überzug schliessen. Insgesamt ist aus den Beilagen nicht ersichtlich, dass es sich beim Überzug um ein spezifisch für die Baustelle der Berufungsbeklagten hergestelltes, nur kurzzeitig zu verwendendes und damit nicht anderweitig einsetzbares Produkt handelte. Es kann folglich nicht von einer pfandberechtigten Leistung ausgegangen werden.

3.8.1. Die Wandkies-, Langzeitmauermörtel- und Überzugslieferungen wären aber dann mitpfandberechtigt, wenn sie mit den Betonlieferungen eine funktionale Einheit darstellen würden oder lediglich nebensächlich wären, wie die Berufungsklägerin vorbringt. Die Berufungsklägerin geht davon aus, ihren Lieferungen liege

ein mit der I. _____ AG abgeschlossener Werkvertrag zugrunde, sie erläutert ihren Standpunkt betreffend funktionale Einheit und Nebensächlichkeit aber nicht näher (vgl. act. 10 Rz 6 f.). Die Berufungsbeklagten rügen demgegenüber, sowohl das Vorliegen eines Werkvertrages als auch dasjenige einer funktionalen Einheit und der Nebensächlichkeit würden im Berufungsverfahren erstmals vorgebracht und seien nicht zu berücksichtigen. Ohnehin werde das Bestehen eines einheitlichen Vertrages für die Lieferung der verschiedenen Baumaterialien bestritten. Die Berufungsklägerin habe mit der Bestellerin lediglich einen Rahmenvertrag über die Einheitspreise der einzelnen Leistungen abgeschlossen, auf dessen Basis anschliessend die einzelnen Bestellungen vorgenommen worden seien. Es könne daher nicht von einer funktionalen Einheit ausgegangen werden. Auch die Nebensächlichkeit werde bestritten (act. 26 Rz 4 ff., 14 f., 26 f.).

3.8.2. Der Einwand der Berufungsbeklagten, die Vorbringen der Berufungsklägerin würden unzulässige Noven darstellen, geht an der Sache vorbei. Sowohl bei der Qualifikation des Vertrages oder der Verträge zwischen der Berufungsklägerin und der I. _____ AG als auch bei der Beurteilung, ob die Leistungen der Berufungsklägerin eine funktionale Einheit darstellen oder ob die nicht pfandberechtigten Lieferungen nur nebensächlich sind, handelt es sich um Rechtsfragen. Diese können im Berufungsverfahren ungeachtet davon, ob sie vor der ersten Instanz im Detail behandelt wurden oder nicht, aufgeworfen werden.

3.8.3. Nebensächlich sind die Lieferungen von Wandkies, Langzeitmauermörtel und Überzug vorliegend nicht. Geliefert wurde Beton für Fr. 7'549.55, Langzeitmauermörtel für Fr. 1'386.—, Wandkies für Fr. 2'103.85 und Überzug für Fr. 418.45 (act. 10 Rz 6; act. 2/1-5; reine Materialkosten ohne Berücksichtigung von Transportkosten, Verzögerer, Kleinmengenzuschlag, Mehrwertsteuer sowie ohne Berücksichtigung der in Abzug gebrachten Anzahlung von Fr. 4'000.—). Dies entspricht einem Verhältnis von 65 % Beton zu 35 % nicht pfandberechtigten Leistungen (Fr. 7'549.55 ./ Fr. 11'457.85). Bei Letzteren handelt es sich folglich nicht mehr um eine quantitativ unbedeutende Menge (vgl. dazu auch Schumacher, a.a.O., N 333).

3.8.4. Bei der Beurteilung, ob eine funktionale Einheit vorliegt, ist die juristische Qualifikation der Vereinbarung zwischen der Berufungsklägerin und der I. _____ AG nicht ausschlaggebend, ebenso wenig, wie es darauf ankommt, ob es sich um einen oder mehrere Verträge handelt. Zu berücksichtigen ist demgegenüber, dass sämtliche Lieferungen von der selben Unternehmerin für die gleiche Baustelle erfolgten und jeweils höchstens einige wenige Tage zwischen den einzelnen Lieferungen liegen. Es ist damit von sukzessiven Lieferungen auszugehen, auch wenn abgesehen von wenigen Ausnahmen pro Lieferung jeweils nur ein bestimmter Baustoff enthalten war. Es handelt sich bei den gelieferten Baustoffen sodann um ähnliche Materialien (vgl. act. 2/1-5). Gestützt auf die dargelegte bundesgerichtliche Rechtsprechung ist bei dieser Ausgangslage wohl von einer funktionalen Einheit auszugehen, die auch die Transporte der Materialien umfasst. Allerdings braucht die Frage nicht abschliessend beantwortet zu werden, weil auch deren Bejahung nichts am an der Beurteilung des Beginns der Eintragsfrist zu ändern vermag, wie sogleich aufzuzeigen ist.

3.9.1. Die Berufungsklägerin geht von einem einheitlichen Fristenlauf aus, wobei die Frist nach ihrer Ansicht mit der letzten Lieferung am 28. Oktober 2019 zu laufen begonnen habe, frühestens aber nach der letzten Überzugslieferung vom 24. Oktober 2019 (vgl. act. 10 Rz 8 f., 12). Demgegenüber vertreten die Berufungsbeklagten den Standpunkt, für jede Lieferung bzw. jede Art von gelieferten Baumaterialien beginne eine gesonderte Frist zu laufen, wobei die nicht pfandberechtigten Leistungen wie insbesondere die Überzugslieferungen ohnehin keine Frist auszulösen vermöchten (vgl. act. 26 Rz 15 f., 28, 30).

3.9.2. Wird von einer funktionalen Einheit ausgegangen, gilt für sämtliche Lieferungen dieselbe Eintragsfrist. Ausgelöst werden kann sie aber nur durch die Vollendung einer pfandberechtigten Leistung. Vorliegend war die letzte pfandberechtigte Leistung die Lieferung von Beton am 5. September 2019 (vgl. act. 2/4). Die danach getätigten Lieferungen von Wandkies, Langzeitmauermörtel und Überzug (vgl. act. 2/3-5) vermögen die Eintragsfrist nicht auszulösen resp. auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben. Nichts anderes ergibt sich, wenn mit den Berufungsbeklagten eine funktionale Einheit verneint und von einem getrenn-

ten Fristenlauf je für die Lieferungen von Beton, Langzeitmauermörtel, Wandkies und Überzug ausgegangen würde. Die viermonatige Verwirkungsfrist lief folglich so oder so am Montag, dem 6. Januar 2020 ab, wie die Vorinstanz korrekt feststellte.

3.10. Die Vorinstanz kam folglich zu Recht zum Schluss, das Gesuch der Berufungsklägerin vom 28. Januar 2020 um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sei verspätet erfolgt und entsprechend abzuweisen. Entsprechend ist auch die Berufung abzuweisen und die Löschung des gestützt auf die Verfügung vom 11. Februar 2020 vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts anzuordnen. Weil der Beschwerde ans Bundesgericht keine aufschiebende Wirkung zukommt (vgl. Art. 103 Abs. 1 BGG), ist die Löschung erst vierzig Tagen ab Zustellung des vorliegenden Entscheides an die Berufungsklägerin und unter dem Vorbehalt eines anders lautenden Entscheides des Bundesgerichts vorzunehmen. Bei diesem Ergebnis braucht im Übrigen auf die weiteren Ausführungen der Parteien nicht mehr eingegangen zu werden.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 10'488.15 ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'200.– festzusetzen. Die weiteren Gerichtskosten betragen Fr. 60.– (Kosten des Grundbuchamtes, vgl. act. 17). Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten der unterliegenden Berufungsklägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2. Die unterliegende Berufungsklägerin hat den Berufungsbeklagten sodann eine Parteientschädigung zu leisten (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gestützt auf § 4 Abs. 1 und 2, § 9, § 11 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 bis 3 AnwGebV und unter Berücksichtigung der Honorarnote des Rechtsvertreters der Berufungsbeklagten (vgl. act. 30 sowie act. 26 Rz 38) beträgt diese Fr. 2'200.– zuzüglich Fr. 169.40 (7.7 % Mehrwertsteuer), gesamthaft somit Fr. 2'369.40.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 30. Januar 2020 wird bestätigt.
2. Das Grundbuchamt F._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. Februar 2020 zu Gunsten der Berufungsklägerin und zulasten der Berufungsbeklagten auf dem Grundstück Grundbuch Blatt 1, Kataster Nr. 2, G._____ ..., ... F._____, für eine Pfandsumme von Fr. 10'488.15 nebst Zins zu 5% seit 28. Januar 2020 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach Ablauf von vierzig Tagen ab Zustellung dieses Entscheides an die Berufungsklägerin zu löschen, *unter dem Vorbehalt* eines anders lautenden Entscheides des Bundesgerichts.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt. Die weiteren Kosten betragen Fr. 60.–.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss von Fr. 1'200.– verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Kasse Rechnung.

4. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, den Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 2'369.40 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Grundbuchamt F._____ sowie an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein, an das Grundbuchamt F._____ zusätzlich unter Beilage einer Kopie des (ausgefüllten) Empfangsscheins der Berufungsklägerin.

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

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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 10'488.15.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw C. Funck

versandt am: