

**Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO, Art. 248 ZPO, Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO, Art. 6 Abs. 5 ZPO, Art. 98 BGG.**

**Vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes als vorsorgliche Massnahme?**

Unterschiedliche Auffassungen: (Einzelgericht Zürich bejaht: Entscheid A1. - Einzelrichter Handelsgericht verneint: Entscheid A.2 - Präsidentin OGer ZH II. ZK bejaht: Entscheid B)

A. unter dem Aspekt der Zuständigkeit:

A.1 (Frage bejaht)

(Einzelgericht des Bezirks Zürich)

1. Mit Eingabe vom 14. Juni 2011 (Datum Poststempel) stellte die klagende Partei das genannte Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts.

2.

2.1. In Anwendung von Art. 6 Abs. 1 ZPO hat der Kanton Zürich ein Fachgericht bezeichnet, das als einzige Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten im Sinne von Art. 6 Abs. 2 ZPO zuständig ist (§§ 3 lit. b und 44 lit. b GOG). Soweit das kantonale Recht ein Fachgericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 ZPO vorsieht, sind handelsrechtliche Streitigkeiten zwingend der Handelsgerichtsbarkeit zu unterstellen (ZK ZPO-RÜETSCHI, Art. 6 N 9).

2.2. Eine handelsrechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist, gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht und die Parteien im schweizerischen oder einem vergleichbaren ausländischen Handelsregister eingetragen sind (Art. 6 Abs. 2 ZPO).

Die klagende Partei begründet ihr Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts mit ausstehenden Zahlungen aus Werkvertrag (act. 1 S. 3 f.). Die von der klagenden Partei ausgeführten Arbeiten (Montage von Fensterrahmen, Montage von Bügeln für Rollläden, Installation von Isolationen, Verkleidungsarbeiten, vgl. act. 1 S. 3) betreffen überwiegend ihre geschäftliche Kerntätigkeit. Nach der materiellen Definition liegt somit eine handelsrechtliche Streitigkeit vor. Beide Parteien sind zudem im schweizerischen Handelsregister eingetragen, weshalb auch nach der klassischen subjektiven Definition von einem Handelsgeschäft auszugehen ist. Gegen den gerichtlichen Entscheid über die Begründetheit der Forderung (Pfandsumme) und definitive Eintragung des Pfandrechts steht den Parteien schliesslich auch die Beschwerde ans Bundesgericht offen: Streitigkeiten betreffend die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts und die Begründetheit der zugrundeliegenden Pfandforderung bilden eine zivilrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 72 Abs. 1 BGG. Die Streitwertgrenze für die Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) ist ohne weiteres erreicht. Die Anforderungen an die

Vorinstanz des Bundesgerichts sind ebenfalls erfüllt (Art. 75 Abs. 1 und 2 BGG). Der Entscheid über die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts und die Begründetheit der Pfandforderung ist als Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG anzusehen. Es liegt somit ein zulässiges Anfechtungsobjekt vor.

Aus diesen Gründen wäre – soweit die klagende Partei im vorgelagerten Massnahmeverfahren obsiegte – für die Beurteilung der Klage um definitive Eintragung des vorläufig eingetragenen Pfandrechts und die damit verbundene Forderungsklage zwingend das Handelsgericht zuständig.

2.3. Bei Vorliegen einer handelsrechtlichen Streitigkeit ist das Handelsgericht auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit zuständig (Art. 6 Abs. 5 ZPO).

Die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts stellt eine vorsorgliche Massnahme dar (BSK ZPO-MAZAN, Art. 249 N 19; siehe auch SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Auflage, N 1445; BGer 5A\_227/2007 vom 11. Januar 2008, E. 1.2.). Da für die Beurteilung der Prosequierungsklage wie ausgeführt ausschliesslich das Handelsgericht sachlich zuständig ist, muss dies gestützt auf Art. 6 Abs. 5 ZPO auch für ein Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gelten.

2.4. Das angerufene Bezirksgericht erweist sich folglich als sachlich unzuständig. Auf das Begehren ist daher nicht einzutreten.

3. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der klagenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der beklagten Partei ist keine Entschädigung zuzusprechen, weil sie nicht anzuhören war.

4. Der Rechtsmittelstreitwert liegt über 10'000 Franken. Daher ist gegen diesen Entscheid das Rechtsmittel der Berufung gegeben (Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO).

### **Das Einzelgericht verfügt:**

1. Auf das Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts wird nicht eingetreten.

Einzelgericht "Audienz" Zürich  
Entscheid vom 15. Juni 2011  
Geschäfts-Nr. ES110037-L

## A.2 (Frage verneint)

(Einzelgericht am Handelsgericht)

Das Gesuch ging heute ein (act. 1).

Auf ein Gesuch oder eine Klage ist einzutreten, wenn die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

Eine Prozessvoraussetzung ist die sachliche Zuständigkeit (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO).

Die Regelung der sachlichen Zuständigkeit obliegt grundsätzlich dem kantonalen Recht (Art. 4 Abs. 1 ZPO).

Die Klägerin hält das Einzelgericht des Handelsgerichtes Zürich gestützt auf Art. 6 Abs. 5 ZPO i.V. mit § 45 lit. b GOG für zuständig.

Gemäss Art. 6 Abs. 5 ZPO ist das Handelsgericht für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Rechtshängigkeit einer (Haupt-) Klage zuständig.

Gemäss § 45 lit. b des Zürcher Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG) entscheidet das Einzelgericht des Handelsgerichtes u.a. über Anordnungen gemäss Art. 6 Abs. 5 ZPO.

Es ist zu prüfen, was unter den Begriff der "vorsorglichen Massnahmen" nach Art. 6 Abs. 5 ZPO fällt.

Die Antwort gibt die ZPO selber: Das 5. Kapitel des 5. Titels ("Summarisches Verfahren") der besonderen Bestimmungen der ZPO trägt die Überschrift "Vorsorgliche Massnahmen und Schutzschrift". Damit werden die vorsorglichen Massnahmen klar abgegrenzt von anderen Geschäften des summarischen Verfahrens.

Die Geschäfte des summarischen Verfahrens sind aufgelistet in Art. 248 ZPO. Danach ist das summarische Verfahren anwendbar:

- a. in den vom Gesetz bestimmten Fällen;
- b. für den Rechtsschutz in klaren Fällen;
- c. für das gerichtliche Verbot;
- d. für die vorsorglichen Massnahmen;
- e. für die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

In den Art. 249 ff. ZPO werden (nicht abschliessend) bestimmte gesetzliche Ansprüche aufgezählt, also solche gemäss Art. 248 lit. a ZPO. Darunter fällt auch die vorläufige Eintragung gesetzlicher Grundpfandrechte, mithin auch das vorliegend zur Diskussion stehende Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO). Bei diesem Anspruch handelt es sich gemäss klarer Systematik der ZPO nicht um eine vorsorgliche Massnahme. Dass in anderen Gesetzen wie beispielsweise dem BGG eine andere Begrifflichkeit anzutreffen ist, ändert daran nichts. Folglich

kann die sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichtes des Handelsgerichtes nicht auf § 45 lit. b GOG in Verbindung mit Art. 6 Abs. 5 ZPO abgestützt werden.

Sachlich zuständig ist vielmehr das örtlich zuständige Bezirksgericht, welches gemäss § 24 lit. b GOG alle Angelegenheiten und Streitigkeiten im summarischen Verfahren zu behandeln hat, welche keiner anderen Instanz zugewiesen sind.

Somit ist auf das Begehren betreffend Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes nicht einzutreten.

Ausgangsgemäss wird die Klägerin kostenpflichtig. Es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen. Der Streitwert beträgt rund CHF 91'000.

### **Der Einzelrichter verfügt:**

1. Auf das Begehren wird nicht eingetreten.

Einzelgericht am Handelsgericht  
Entscheid vom 16. Juni 2011  
Geschäfts-Nr.: HE110333

### **B. unter dem Aspekt der aufschiebenden Wirkung der Berufung: (Frage bejaht)**

(Präsidentin der II. Zivilkammer des Obergerichts)

Nach Einsicht in die Eingabe der Berufungsklägerin vom 20. Mai 2011, mit welcher diese unter anderem beantragt, der Berufung sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren, falls das Gericht davon ausgehe, dass die superprovisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts als vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 315 Abs. 4 ZPO zu qualifizieren sei, und der Berufung deshalb keine aufschiebende Wirkung zukomme (act. 25 S. 10),

in der Erwägung,

- dass der Berufung grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 315 Abs. 1 ZPO), es sei denn, die Berufung richte sich gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO),

(...)

- dass ein Entscheid über die vorläufige Eintragung (grundbuchamtliche Vormerkung gemäss Art. 961 ZGB) eines Bauhandwerkerpfandrechts als vorsorgliche Massnahme zu qualifizieren ist (Tuor/Schnyder/Schmid, ZGB, 13. A.,

§ 112 N 59; BGer 5A\_102/2007; BSK ZGB II-Schmid, 3. A., Art. 961 N 7 BSK ZPO-Mazan, Art. 249 N 19),

- dass der Berufung gegen einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 315 Abs. 4 Bst. a ZPO), weshalb sie sofort - das heisst auch wenn sie noch nicht rechtskräftig sind - *vollstreckbar* sind (ZR ZPO-Reetz/Hilber, Art. 315 N 55), die *Vollstreckung* vorsorglicher Massnahmen jedoch ausnahmsweise aufgeschoben werden kann, wenn der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 315 Abs. 5 ZPO),

- dass hingegen die *Rechtskraft* weder in Art. 315 Abs. 4 Bst. b ZPO noch in Art. 315 Abs. 5 ZPO geregelt ist, da diese erst mit dem Ablauf der Rechtsmittelfrist für die Anfechtung des Entscheides der Berufungsinstanz mit Beschwerde in Zivilsachen oder mit dem Entscheid des Bundesgerichts eintritt (ZR ZPO-Reetz/Hilber, Art. 315 N 50 und N 55),

- dass der angefochtene vorinstanzliche Entscheid selbst das Grundbuchamt anweist, das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht erst *nach Eintritt der Rechtskraft* des Urteils vollumfänglich zu löschen (act. 24, Dispositivziff. 2),

- dass es dem Begehren um aufschiebende Wirkung somit an einem Rechtsschutzinteresse fehlt, weshalb darauf nicht einzutreten ist,

in Anwendung von Art. 98 ZPO in Verbindung mit Art. 96 ZPO sowie § 12 Abs. 1 und 2, § 4 Abs. 1 und § 8 GebV OG,

**wird verfügt:**

1. Auf das Begehren der Berufungsklägerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird nicht eingetreten.

OGer ZH, Präsidentin II. ZK  
Verfügung vom 16. Juni 2011  
LF110065