

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF110073-O/Z2

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Präsidentin, sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Findeisen.

## Verfügung vom 12. Juli 2011

in Sachen

G.,

Klägerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Dr. Studer, Niklaus, Studer Kaiser Rechtsanwälte und Notare,  
Dammstr. 14, Postfach 927, 2540 Grenchen, substituiert durch Rechtsanwältin lic.  
iur. Regula Schraner, Wenger Plattner, Seestr. 39, Goldbach-Center,  
8700 Küsnacht,

gegen

I.,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Martin Waldburger, Lehmann & Waldburger,  
Tödistr. 52, 8002 Zürich,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (Audienz) des Bezirkes Zürich vom 17. Juni 2011 (ES110039)

### **Erwägungen:**

1. Mit Eingabe vom 20. Juni 2011 erhob die Klägerin gegen die Verfügung des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 17. Juni 2011 (act. 11a = act. 14), worin infolge sachlicher Unzuständigkeit auf deren Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht eingetreten wurde, Berufung (act. 15A+B). Unter Hinweis auf den negativen Kompetenzkonflikt in der fraglichen Konstellation zwischen der Vorinstanz und dem Einzelgericht am Handelsgericht wurde unter Hinweis auf die Anwendungspflicht des Bundeszivilrechts der kantonalen Gerichte gleichentags das Grundbuchamt Zürich-Oerlikon im Sinne von Art. 961 ZGB einstweilen angewiesen, das beantragte Pfandrecht zugunsten der Klägerin sofort vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 19). Gleichzeitig wurde der Beklagten Frist zur Stellungnahme angesetzt, die am 1. Juli 2011 rechtzeitig erfolgte (act. 22). Mit Eingabe vom 5. Juli 2011 ersuchte die Klägerin um Sistierung des vorliegenden Verfahrens (act. 25). Die Beklagte nimmt dazu Stellung unter dem 7. Juli 2011 (act. 30).

2. Die Beklagte stellt den Antrag, es sei die superprovisorische Anordnung aufzuheben und das Grundbuchamt anzuweisen, den erfolgten Eintrag zu löschen (act. 22 S. 2). Zusammengefasst argumentiert sie wie folgt: Die Gerichte seien an das Gesetz gebunden, und wenn das Obergericht nicht zuständig sei, habe es auch keine Not- oder Auffangkompetenz, insbesondere nicht für vorsorgliche oder superprovisorische Massnahmen (act. 22).

Die Beklagte hat Recht: Die Zuständigkeit der Gerichte ist verbindlich, und es gibt an sich im hier interessierenden Bereich keine Not- oder Auffangzuständigkeiten. Immerhin werden auch Entscheide unzuständiger Instanzen mangels Anfechtung rechtskräftig, sind sie also (mindestens wenn die Annahme der Zuständigkeit nicht geradezu abwegig ist, wie wenn ein Kriminalgericht eine Eheschiede) nicht eigentlich nichtig im Sinne völliger Unbeachtlichkeit. Das Einzelgericht am Bezirksgericht und als Rechtsmittelinstanz das Obergericht bleiben so oder so in mehreren Konstellationen zuständig für den vorläufigen Eintrag von Bauhandwerkerpfandrechten: 1. ungeachtet ob die Parteien im Handelsregister

eingetragen sind, wenn es um weniger als Fr. 30'000.-- geht (Art. 6 ZPO und § 44 lit. b GOG); 2. wenn der Streitwert erreicht, aber der Grundeigentümer nicht im Handelsregister eingetragen ist (Art. 6 ZPO); 3. wenn der Grundeigentümer, nicht aber der Bauhandwerker eingetragen ist und der Letztere den Weg über das Bezirksgericht wählt (Art. 6 Abs. 3 ZPO). Es bleibt gleichwohl dabei, dass sich Einzel- und Obergericht auf den Standpunkt stellen, der vorläufige Eintrag des Bauhandwerkerpfandrechts sei eine vorsorgliche Massnahme (sogar gleichsam deren klassischer Fall). Da das Handelsgericht den anschliessenden ordentlichen Prozess zweifelsfrei wird annehmen müssen, sei es nach Art. 6 Abs. 5 ZPO auch für die vorläufige Anordnung zuständig. In jeder anderen Konstellation wäre so verfahren worden, wie es die Beklagte hier verlangt: Es wäre ohne Weiterungen auf das Begehren nicht eingetreten worden. Die Besonderheit liegt darin, dass dem Obergericht bereits bekannt war, dass der Einzelrichter des Handelsgerichtes die Behandlung des Gesuchs ablehnen werde. Dass seine Argumentation mit der Systematik der ZPO angesichts des wenig systematischen und in vielen Punkten widersprüchlichen Gesetzes für sich allein nach der Auffassung des Obergerichts kaum massgebend sein kann, ist hier nicht zu vertiefen. Darüber wird das Bundesgericht entscheiden. Auf jeden Fall stand das Obergericht vor der Situation, dass ein bundesrechtlicher Anspruch (Art. 961 ZGB) wegen des negativen Kompetenzkonfliktes der kantonalen Instanzen vereitelt zu werden drohte (es war nach den Akten der letzte Tag der Dreimonatsfrist). In dieser Situation entschied das Obergericht zugunsten der Sicherheit. Diese Wertung gilt auch heute noch. Dem Antrag der Beklagten ist daher jedenfalls zur Zeit nicht stattzugeben.

3. Mit Eingabe vom 5. Juli 2011 ersucht die Klägerin um Sistierung des vorliegenden Verfahrens unter Hinweis auf den am Bundesgericht hängigen einschlägigen Prozess zwischen den gleichen Parteien wie im vorliegenden Verfahren (act. 25 und act. 26). Die Sistierung bildet einen Eingriff in den Justizgewährungsanspruch der Parteien. Daher ist den Parteien im Sistierungsverfahren auf jeden Fall das rechtliche Gehör zu gewähren. Der Beklagten wäre daher die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen, sie hat allerdings von sich aus bereits eine Stellungnahme eingereicht, und daher kann eine weitere Fristansetzung unterbleiben.

Die Beklagte hat wiederum Recht. Nach Anordnung einer superprovisorischen Massnahme, welche gehörsrechtlich eine Anomalie darstellt, ist die Gegenpartei anzuhören, und dann ist unverzüglich über die vorsorgliche Massnahme zu entscheiden (Art. 265 Abs. 2 ZPO). Auch hier ist aber der Ausnahmesituation des aktuellen negativen Kompetenzkonfliktes Rechnung zu tragen. Wie die Beklagte an anderer Stelle richtig moniert, sollte eine unzuständige Instanz *gar* keine Entscheide fällen. Dass hier ein Superprovisorium angeordnet wurde, ist eine Ausnahme, welche auch Ausnahme bleiben muss. Das Bundesgericht wird klären, wer über die Aufrechterhaltung des Pfandrechtes als vorsorgliche Massnahme zu entscheiden hat. Das Obergericht hat bereits erklärt und publiziert, dass es sich nicht als zuständig betrachtet (*OGer ZH LF110065* vom 16. Juni 2011). Es müsste also einen Nichteintretensentscheid fällen, gleichzeitig aber anordnen, dass das Superprovisorium einstweilen bestehen bleibe (Art. 268 Abs. 2 ZPO). Dann könnte die Klägerin das Bundesgericht anrufen, welches aber mit der Frage bereits befasst ist. Beim Einzelgericht des Handelsgerichts die Sache im Sinne von Art. 63 ZPO neu einzubringen, wäre möglicherweise unzulässig (Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO), aber jedenfalls nicht sinnvoll, denn dessen Nichteintreten ist bereits verfügt (und angefochten) worden. Und es geht einstweilen einzig um die Frage der Zuständigkeit; in der Stellungnahme zum Superprovisorium hat sich die Beklagte einzig dazu geäussert und keine Bemerkungen zu den Voraussetzungen des Pfandrechts an sich gemacht (act. 22). Beide Varianten nach dem von der Beklagten gewünschten Entscheid sind Leerläufe, die es zu vermeiden gilt. Die Sistierung drängt sich auf. Dass die Beklagte als belastete Grundeigentümerin nun länger als nach dem System der superprovisorischen und vorsorglichen Massnahmen eigentlich vorgesehen auf den Entscheid über die Bestätigung warten muss, ist nicht zu vermeiden.

**Es wird verfügt:**

1. Der Antrag der Beklagten wird abgewiesen, und die superprovisorisch verfügte Eintragung des vorläufigen Bauhandwerkerpfandrechts bleibt einstweilen bestehen.

2. Das Verfahren wird einstweilen sistiert. Beiden Parteien wird aufgegeben, dem Obergericht von einem Entscheid des Bundesgerichts im hängigen Zuständigkeits-Streit unverzüglich Mitteilung zu machen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels von act. 22, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 25, an das Grundbuchamt Zürich-Oerlikon, je gegen Empfangsschein, ferner zur Kenntnis an das Schweizerische Bundesgericht in dessen Verfahren 5A\_453/2011 G / T.
4. 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. über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 91'265.20.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. K. Findeisen

versandt am: