

Art. 268 Abs. 2 ZPO, Aufhebung vorsorglicher Massnahmen. *Weitergeltung einer vorsorglichen Massnahme trotz Aufhebung des entsprechenden erstinstanzlichen Entscheides wegen Unzuständigkeit jener Instanz.*

Art. 6 Abs. 5 ZPO, Zuständigkeit für das summarische Verfahren des Bauhandwerkerpfandrechts.

In der Phase der Einführung der neuen ZPO entstand im Kanton Zürich ein negativer Kompetenzkonflikt zur Zuständigkeit für die vorsorgliche Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts. Nach dem Entscheid des Bundesgerichts dazu (BGer 5A_453/2011 vom 9. Dezember 2011) steht nun fest, dass das Einzelgericht, welches hier die Eintragung anordnete, nicht zuständig war.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

1.1 Am 20. Mai 2011 richtete die Klägerin an das Einzelgericht am Bezirksgericht Zürich das Gesuch, es sei auf dem Grundstück Kat.Nr. ... an der ...strasse ... in Zürich ein Bauhandwerkerpfandrecht für rund Fr. 96'000.-- vorsorglich einzutragen, verbunden mit dem Antrag, es sei die Eintragung zur Wahrung der Frist schon ohne Anhörung der Beklagten vorzunehmen (act. 1). Das Einzelgericht entsprach dem Begehren um den superprovisorischen Eintrag und gab der Beklagten Gelegenheit, sich zur Aufrechterhaltung als vorsorgliche Massnahme zu äussern. Die Beklagte äusserte sich einstweilen nicht, und das Einzelgericht bestätigte mit Urteil vom 15. Juli 2011 den Eintrag, verbunden mit der gesetzlichen Fristansetzung an die Klägerin. Gegen diesen Entscheid führte die Beklagte Berufung mit dem Antrag, das Urteil vom 15. Juli 2011 sei aufzuheben, und auf das Begehren der Klägerin sei mangels Zuständigkeit des Einzelgerichts nicht einzutreten. Nach Anhörung der Parteien zur Frage einer Sistierung wurde diese am 4. August 2011 verfügt, damit ein in anderer Sache zu erwartendes Urteil des Bundesgerichts im Zuständigkeitskonflikt Handelsgericht / Einzelgericht abgewartet werden könne.

Unterdessen hatte die Beklagte schon am 20. Juni 2011 dem Einzelgericht beantragt, der (vorsorglich) erfolgte Grundpfandeintrag im Grundbuch sei als Folge der Leistung einer Bankgarantie für von der Klägerin beanspruchte Forderung zu löschen. Das Einzelgericht entsprach dem Begehren mit Urteil vom 11. Juli 2011. Hiegegen führte die Klägerin als aus dem Pfandeintrag Berechtigte

Berufung. Sie beantragte, der Entscheid vom 11. Juli 2011 sei aufzuheben und auf das Begehren der Klägerin sei nicht einzutreten - weil das Einzelgericht nicht zuständig sei. Auch dieses Berufungsverfahren wurde sistiert.

Am 9. Dezember 2011 entschied das Bundesgericht, die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sei eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 6 Abs. 5 ZPO.

1.2 (...)

2. Beide Parteien sind im Handelsregister eingetragen, der Streit dreht sich um eine Leistung der Klägerin im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeit, der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.--, und der Kanton Zürich hat von der ihm mit Art. 6 ZPO gegebenen Möglichkeit Gebrauch gemacht, ein Handelsgericht zu schaffen. Aufgrund dieser unter den Parteien nicht umstrittenen Umstände ist das Handelsgericht für den ordentlichen Prozess zwingend zuständig. Die Beklagte verweist richtig darauf, dass bei der Zuständigkeit des Handelsgerichts in der Hauptsache auch die vorprozessualen vorsorglichen Massnahmen der Zuständigkeit des Einzelgerichts am Bezirksgericht entzogen sind (Art. 6 Abs. 5 ZPO). Ihre Berufung ist daher in der Sache begründet: das Einzelgericht am Bezirksgericht war für das Gesuch der Klägerin nicht zuständig. Und das trifft auch für den Entscheid zu, den Grundbucheintrag als Folge der Leistung einer Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB wieder zu löschen.

Über diese Zuständigkeit bestand allerdings eine lebhaft und durchaus ernsthafte Kontroverse (vgl. das vorstehend erwähnte Urteil des Bundesgerichts 5A_453/2011 vom 9. Dezember 2011; R. Schumacher, das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband 2011 zur 3. Aufl., Rz. 568 ff.; die in der Internet-Kartei der Zürcher Rechtspflege zu Art. 6 Abs. 5 ZPO aufgeschalteten widersprechenden Entscheide). Es war in interessierten Kreisen im Mai 2011 bekannt, dass der Einzelrichter des Handelsgerichts, welcher im Dike-Kommentar zur ZPO das neue Massnahmerecht kommentiert und dessen Auffassungen daher erhebliches Gewicht zukommt, seine Zuständigkeit verneinte. Die Einzelrichter an den Bezirksgerichten unterzogen sich zunächst

seiner Ansicht (so kam der heute angefochtene Entscheid zustande). Einzelne unter ihnen gingen dann allerdings dazu über, ihre Zuständigkeit zu verneinen (daraus ergab sich der Sachverhalt des erwähnten Bundesgerichtsurteils). Nach Treu und Glauben sollte diese Unsicherheit nicht zu Lasten der privaten Beteiligten ausschlagen. Es trifft zu, dass die Klägerin nicht zuerst beim Einzelrichter des Handelsgerichts um den vorläufigen Eintrag ersucht hatte. In der gegebenen Situation zu verlangen, dass ein pfandberechtigter Bauhandwerker immer bei beiden in Frage kommenden gerichtlichen Instanzen ein Begehren deponierte, wäre überspitzt. Es ging um eine ganz ausserordentliche Problematik in der Phase der Einführung der neuen ZPO.

Das Bundesgericht hat in seinem erwähnten Entscheid vom 9. Dezember 2011 angeordnet, die vom sachlich unzuständigen Obergericht angeordnete superprovisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bleibe aufrecht, bis das zuständige Einzelgericht des Handelsgerichts über die Aufrechterhaltung als vorsorgliche Massnahme entschieden habe (Dispositiv Ziff. 2). Analog dazu soll das auch hier gelten. Zwar ist der angefochtene Entscheid aufzuheben, weil das Einzelgericht dafür nicht zuständig war. Damit läuft der Klägerin die Frist von Art. 63 Abs. 1 ZPO. Mit der dort vorgesehenen neuen Klage kann an sich nur die Rechtshängigkeit gewahrt werden, und der Ablauf der Verwirkungsfrist für den Eintrag des Bauhandwerkerpfandrechts kann damit nicht verhindert werden. In der vorliegenden ganz speziellen Situation ist aber dem Bundesgericht folgend anzuordnen, dass der Eintrag des Pfandrechts aufrecht bleibe bis zum Entscheid des zuständigen Gerichts, falls dieses innert Frist angerufen wird. Der Ersatz des Grundbucheintrages durch die Sicherheit ist an keine Frist gebunden, und es droht in diesem Punkt kein Rechtsverlust. Dazu ist nichts Ausserordentliches anzuordnen, und über dieses Begehren wird gegebenenfalls das Einzelgericht des Handelsgerichtes entscheiden können.

3. Kosten können in dieser Situation grundsätzlich keiner Seite auferlegt werden (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Damit sind auch keine Prozessentschädigungen zuzusprechen. Etwas anderes gälte, wenn die Klägerin das Verfahren nicht innert

der Frist von Art. 63 ZPO erneut einbrächte. Dann unterläge sie, hätte sie die Kosten zu tragen und müsste sie die Beklagte entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Die Urteile des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich vom 15. Juni 2011 (ES110031) und vom 11. Juli 2011 (ES110041) in Sachen der Parteien werden aufgehoben.
2. Das Grundbuchamt Zürich-Oerlikon wird angewiesen, das auf der Liegenschaft Kat.Nr. ..., GBBI ..., ...strasse ..., 8050 Zürich für eine Pfandsumme von Fr. 95'817.60 nebst Zins zu 5% seit 1. April 2011 zu Gunsten der Klägerin einstweilen eingetragene Pfandrecht vierzig Tage nach der Zustellung des heutigen Entscheides an die Klägerin *zu löschen, es wäre denn*, die Klägerin wiese dem Grundbuchamt spätestens bis zum Ablauf dieser Frist nach, dass sie innert dreissig Tagen nach der Zustellung des heutigen Entscheides beim Einzelgericht des Handelsgerichts das Begehren um vorsorglichen Eintrag des Pfandrechts gestellt hat. In diesem Fall bleibt das Pfandrecht bis zu einem anders lautenden Entscheid des Einzelgerichts am Handelsgericht eingetragen.
3. Die Kosten der bisherigen Verfahren werden festgesetzt wie folgt:
Fr. 3'000.-- Entscheidgebühr für das Verfahren BGZ/ES110031;
Fr. 2'100.-- Entscheidgebühr für das Verfahren BGZ/ES110041;
Fr. 4'000.-- Entscheidgebühr für das vorliegende Verfahren OG/LF110078
(damit vereinigt OG/LF110087)
4. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt, es werden die nachstehenden Vorschüsse der Parteien zur Tilgung herangezogen:
- Fr. 2'800.-- der Beklagten im Verfahren OG/LF110078,
- Fr. 2'800.-- der Klägerin im Verfahren OG/LF110087,
und der Beklagten wird für Fr. 2'800.-- der Rückgriff auf die Klägerin eingeräumt, -
es wäre denn, die Klägerin wiese dem Inkasso der Gerichte (Postfach,

8021 Zürich) nach, dass sie innert dreissig Tagen nach der Zustellung des heutigen Entscheides beim Einzelgericht des Handelsgerichts das Begehren um vorsorglichen Eintrag des Pfandrechts gestellt hat. In diesem Fall werden die Kosten auf die Staatskasse genommen und werden die geleisteten Vorschüsse den Parteien zurückgegeben.

5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das bisherige Verfahren in allen Instanzen eine Prozessentschädigung von Fr. 10'500.-- zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen,

es wäre denn, die Klägerin stelle innert 30 Tagen ab Zustellung dieses Entscheides beim Einzelgericht des Handelsgerichts das Begehren um vorsorglichen Eintrag des Pfandrechts. In diesem Fall wird keiner Partei eine Entschädigung zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung

- an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage einer Kopie von act. 31 (Berufungsantwort), an die Beklagte unter Beilage einer Kopie von act. 33 (Adressänderung),

- an die Vorinstanz,

- nach Eingang des Empfangsscheines der Klägerin für den heutigen Entscheid unter Beilage einer Kopie davon

-- an die Obergerichtskasse und

-- an das Grundbuchamt Zürich-Oerlikon,

alles gegen Empfangsschein.

Die Akten der Vorinstanz gehen an diese zurück, wenn das Einzelgericht des Handelsgerichtes sie nicht innert vierzig Tagen nach Zustellung dieses Entscheides an die Klägerin anfordert und/oder gegen den heutigen Entscheid kein Rechtsmittel ergriffen wird resp. nach dessen Erledigung.

Obergericht, II. Zivilkammer
Beschluss vom 2. Februar 2012
Geschäfts-Nr.: LF110078-O/U.doc