

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF120053-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

## Urteil vom 12. November 2012

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 26. Juli 2012 (ES120017)

### **Erwägungen:**

1. Mit Eingabe vom 20. Juli 2012 machte die Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Horgen ein Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zulasten von im Eigentum der Beklagten und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beschwerdegegnerin) stehenden Grundstücken C. \_\_\_\_\_ str. ..., D. \_\_\_\_\_ str. ... u. ... und E. \_\_\_\_\_ str. ... in F. \_\_\_\_\_ (Grundbuchblatt Nr. ...; Kataster Nr. ...) anhängig. Die Pfandsumme beträgt Fr. 1'344'447.40 (act. 1). Nach telefonischer Aufforderung durch das Bezirksgericht Horgen (act. 3) reichte die Beschwerdeführerin am 24. Juli 2012 einen Grundbuchauszug über die vorgenannten Grundstücke nach (act. 4 u. 5). Mit Verfügung vom 26. Juli 2012 trat das Einzelgericht unter Hinweis auf BGE 137 III 563 mangels sachlicher Zuständigkeit auf das Gesuch nicht ein (act. 6). In Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG bezifferte es die Gerichtsgebühren auf Fr. 8'500.– und auferlegte diese ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin (act. 6 = act. 10).

2. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin innert Frist unter dem Titel "Berufung" ein Rechtsmittel, das als Beschwerde entgegengenommen wurde, da es sich einzig gegen die Kostenregelung richtet. Sie beantragt, es sei die vorinstanzliche Verfügung vom 26. Juli 2012 im Kostenpunkt aufzuheben. Der einverlangte Kostenvorschuss von Fr. 750.– ging fristgerecht ein (act. 11, 14 u. 16). Mit Verfügung der Kammer vom 3. September 2012 wurde der Vorinstanz Frist angesetzt zur Einreichung einer schriftlichen Stellungnahme (act. 17). Diese ging am 6. September 2012 ein und wurde den Parteien zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 19 u. 20). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

3.1 Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen zwei Beschwerdegründe geltend. Einerseits beruft sie sich auf eine (ihrer Ansicht nach unrichtige) telefonische Auskunft des Bezirksgerichts Horgen über die Zuständigkeit für die vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten. Andererseits hält sie dafür, das Bezirksgericht hätte ihr die offensichtliche Unzuständigkeit für das Begehren so-

fort nach Einreichung des Begehrens mitteilen können, weil sie dadurch das Begehren noch hätte zurückziehen können. Stattdessen sei sie zusätzlich aufgefordert worden, einen Grundbuchauszug nachzureichen (act. 11).

3.2 Der Einzelrichter führt in seiner Stellungnahme vom 6. September 2012 aus, die zusätzlich angeforderten Unterlagen hätten alleine der Zuständigkeitsabklärung gedient. Insbesondere habe geprüft werden müssen, ob das mit Pfandrecht zu belegende Grundstück im Grundbuch eine Handelsgesellschaft als Eigentümerin ausweise. Im Weiteren verzichte er auf eine Stellungnahme (act. 19).

4. Unbestrittenermassen war die Vorinstanz aufgrund der Parteikonstellation – beide Parteien sind als Aktiengesellschaften im Handelsregister eingetragen (act. 13/1 u. 2) – und der Höhe der einzutragenden Pfandsumme (Fr. 1'344'447.40), für die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht zuständig. Daher hätte die Vorinstanz ihre sachliche Unzuständigkeit ohne Weiterungen unverzüglich feststellen können. Von Gesetzes wegen tritt das Gericht auf ein Gesuch nicht ein, falls eine Prozessvoraussetzung nicht erfüllt ist (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Ob ein Gericht sofort einen Nichteintretensentscheid fällt oder es einem Gesuchssteller, beispielsweise telefonisch, den Rückzug des Begehrens empfiehlt, steht im Ermessen des jeweiligen Gerichts. Dieses hat jedoch nach Treu und Glauben bzw. den daraus folgenden Grundsätzen zu handeln (Art. 52 ZPO; Tarkan Göksu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 52 N 10 ff.). Dass die Beschwerdeführerin von der Vorinstanz nicht sofort aufgefordert worden ist, das Begehren zurückzuziehen, ist daher vorderhand nicht zu beanstanden.

4.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe sich vor Einreichung des Begehrens extra beim Bezirksgericht Horgen über die Zuständigkeit für die Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten telefonisch erkundigt. Eine Dame habe ihr mitgeteilt, das Bezirksgericht sei dafür zuständig. An den Namen der auskunftserteilenden Person könne sie sich nicht mehr erinnern. Von einer Praxisänderung des Bundesgerichts oder einem Vorbehalt betreffend Zuständigkeit des Handelsgerichts sei nichts gesagt worden (act. 11).

4.2 Der genaue Wortlaut des Telefongesprächs lässt sich nicht mehr erstellen. Dieser ist für die rechtliche Würdigung der Rechtsauskunft aber ohnehin nicht relevant.

Rechtsauskünfte, beispielsweise in Form von telefonischen Auskünften, sind als kostenlose Dienstleistung der Gerichte für den rechtlichen Laien gedacht. Sinn und Zweck dieser Angebote ist es, dass der Bürger für rasch zu klärende Verfahrensfragen (z.B. "Wie reiche ich die Scheidung ein?") nicht unbedingt gezwungen ist, einen Rechtsanwalt aufzusuchen. (Komplexe) Materielle Rechtsfragen gehören allerdings nicht in einer gerichtlichen Rechtsauskunft beantwortet. Dafür sind u.a. Rechtsanwälte zuständig. Fragen betreffend die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts sollten in der Regel, sofern es sich nicht um komplizierte Konstellationen handelt, mittels Rechtsauskunft beantwortet werden können. Diesfalls darf sich der rechtssuchende Bürger auf die Richtigkeit der Rechtsauskunft verlassen.

4.3 Die Beschwerdeführerin ersuchte um eine Auskunft betreffend die Zuständigkeit des Bezirksgerichts Horgen. Noch unter der Zürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO ZH) waren für die vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten immer die Bezirksgerichte zuständig. Nach Einführung der Eidgenössischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 (ZPO) entstand eine Kontroverse zwischen den Einzelgerichten der Bezirksgerichte und dem Einzelgericht des Handelsgerichts, welches Einzelgericht bei handelsrechtlichen Streitigkeiten sachlich zuständig ist. Das Bundesgericht entschied am 9. Dezember 2011, dass die vorläufige Eintragung eine vorsorgliche Massnahme gemäss Art. 261 ff. und Art. 6 Abs. 5 ZPO darstellt und damit das Handelsgericht zur Beurteilung entsprechender Gesuche zuständig ist, sofern die Hauptsache handelsrechtlicher Natur ist (BGE 137 III 563 E. 3.4).

Aus der besagten Rechtsprechung lässt sich ableiten, dass die Richtigkeit der telefonischen Auskunft des Bezirksgerichts Horgen davon abhängig war, ob die Höhe der einzutragenden Pfandsomme und die Parteieigenschaft – hier in Form von Aktiengesellschaften – mitgeteilt wurden. Das heisst, die auskunftserteilende Person hätte bei fehlenden Angaben bezüglich diesen zwei Punkten bei der Beschwerdeführerin genauer nachfragen müssen. Danach wäre eine differenzierte

Auskunft zu Zuständigkeit und damit eine sachgerechte Auskunft möglich gewesen. Ob das Bezirksgericht Horgen bzw. die Person am Telefon bei der Beschwerdeführerin entsprechend nachgefragt hat, lässt sich nachträglich nicht eruieren. Die Beschwerdeführerin durfte sich aber so oder anders auf die Richtigkeit der Auskunft des Bezirksgerichts Horgen verlassen.

Im Sinne dieser Erwägungen erweist sich die Beschwerde als begründet und der Beschwerdeführerin sind für das erstinstanzliche Verfahren keine Kosten aufzuerlegen. Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Horgen vom 26. Juli 2012 ist aufzuheben.

5. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin auch für das Beschwerdeverfahren nicht kostenpflichtig (Art. 106 ZPO). Die Kosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren fallen ausser Ansatz, da der Beschwerdegegnerin, die in keinem Zeitpunkt angehört wurde, keine Kosten auferlegt werden dürfen. Entsprechend kann die Beschwerdegegnerin auch nicht zur Leistung einer Prozessentschädigung an die Beschwerdeführerin verpflichtet werden. Eine Entschädigung aus der Staatskasse ist ihr mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuzusprechen (Adrian Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 12 u.a. mit Verweis auf BGer 1B\_211/2009 vom 10. Dezember 2009). Ebenso wenig hat die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin zu entschädigen, da dieser keine Umtriebe erwachsen sind.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin wird gutgeheissen, und Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Horgen vom 26. Juli 2012 wird aufgehoben.
2. Die Gerichtskosten für das erst- und zweitinstanzliche Gerichtsverfahren fallen ausser Ansatz.
3. Die Kasse des Obergerichts wird angewiesen, der Beschwerdeführerin den geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 750.– zurückzuerstatten.

4. Prozessentschädigungen werden keine zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 11 und 19, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.
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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 8'500.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Weibel

versandt am: