

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF110087-O/Z1

Verfügung vom 30. Juli 2011

(Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender)

in Sachen

Z.

Beklagte und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X, 8032 Zürich,

gegen

Immobilien- Y,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Q,

betreffend

Bauhandwerkerpfandrecht - Sicherheitsleistung / Löschung

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirkes Zürich vom
11. Juli 2011 (ES110041)

Erwägungen:

1. Die Beklagte, eine Bauhandwerker-Unternehmung beansprucht auf einem Grundstück der Klägerin ein Bauhandwerkerpfandrecht. Nachdem sie beim Einzelgericht des Bezirks Zürich den vorläufigen Grundbuch-Eintrag im Sinne von Art. 961 ZGB erwirkt hatte, bot die Grundeigentümerin eine Bankgarantie als Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB an und verlangte gestützt darauf die Löschung des Grundbucheintrages. Das Einzelgericht gab dem Begehren statt, und gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten. Der Berufungsantrag lautet, auf das Begehren der Klägerin sei nicht einzutreten. Prozessual trägt die Beklagte an auf Sistierung des Berufungsverfahrens bis zum Entscheid in einem parallelen Verfahren und auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 10). In einem gleichzeitig mit der Berufung zur Post gegebenen Schreiben gibt die Vertreterin der Beklagten bekannt, dass sie bis am 13. August 2011 in den Ferien weile und ersucht darum, dass ihr keine eine Frist auslösenden Verfügungen zugestellt werden möchten (act. 16).

Das Verfahren ist summarisch (Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO), und damit gelten keine Fristenstillstände (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO). Unabhängig davon sind Begehren um Erteilung oder Entzug der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels der Sache nach besonders dringlich. In dieser Situation ist es nicht akzeptabel, wenn eine Partei ein Rechtsmittel ergreift und sich gleichzeitig Zustellungen verbittet. Auf die Ferien der Anwältin der Beklagten kann daher keine Rücksicht genommen werden.

2. Bei der Frage der aufschiebenden Wirkung des Rechtsmittels ist vorweg zu fragen, wie die Situation vor einem Entscheid der Berufungsinstanz ist. Die Berufung hat an sich aufschiebende Wirkung (Art. 315 Abs. 1 ZPO), doch gilt das nicht bei vorsorglichen Massnahmen (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO). Die Beklagte sagt zutreffend, dass eine Kontroverse besteht zur Frage, ob die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes in diesem Sinn eine vorsorgliche Massnahme sei. Die Kammer hat sich dazu im positiven Sinn geäussert und ihre Auffassung publiziert (*OGer ZH LF110065* vom 16. Juni 2011, aufzurufen unter [www.gerichte-zh.ch / Entscheide /](http://www.gerichte-zh.ch/Entscheide/) Suchwort "Bauhandwerkerpfandrecht"). Das zu überprüfen besteht zur Zeit kein Anlass, umso weniger, als das Bundesgericht ge-

rade neuestens wieder die Kriterien dargestellt hat, wonach eine Sache als vorsorglich zu beurteilen ist: wenn eine Rechtsfrage nur vorläufig geregelt wird, bis zum definitiven späteren Hauptentscheid, so dass das Bundesgericht Gefahr läuft, die nämliche Frage zwei Mal entscheiden zu müssen (*BGer* 5A_882/2010 vom 16. März 2011 mit Hinweisen) - präzise so ist es beim Bauhandwerkerpfandrecht. Auf das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist daher einzutreten.

Der Entscheid über die Erteilung oder den Entzug der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels ist der Sache nach eine (besonders dringliche) vorsorgliche Massnahme. Die Voraussetzungen für den verlangten Entscheid, insbesondere der drohende nicht leicht wieder gut zu machende Nachteil sind daher nur aber immerhin glaubhaft zu machen (Art. 261 ZPO).

Ob der Grundbuchverwalter den vorläufigen Eintrag aufgrund der angefochtenen Verfügung löschen wird, steht nicht fest, und die Beklagte äussert sich dazu nicht. Das Einzelgericht hat die Löschung "nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils" angeordnet. Rechtskraft und Vollstreckbarkeit werden bisweilen nicht sauber auseinander gehalten und die Terminologie ist auch nicht immer einheitlich. Es ist mindestens möglich wenn nicht wahrscheinlich, dass der Grundbuchverwalter den Entscheid so versteht, dass er mit der Löschung bis zum unbenützten Ablauf der Berufungsfrist resp. bis zur Erledigung eines Berufungsverfahrens zuwarten müsse. Die Beklagte macht nicht glaubhaft, dass die sofortige Löschung anstehe.

Kommt hinzu, dass die Klägerin an Stelle des Pfandrechtes eine Sicherheit geleistet hat. Die Beklagte führt nicht aus, dass diese Sicherheit ungenügend sei oder ihr aus irgend einem Grund weniger Gewähr biete als das damit abgelöste Grundpfand. Das wäre auch nicht einsichtig; gegenteils dürfte es für einen Gläubiger in der Regel wesentlich einfacher sein, die Garantie einer Grossbank zu beanspruchen als den oft dornenvollen Weg der Grundpfandverwertung zu beschreiten. Auch unter diesem Aspekt ist nicht glaubhaft, dass der Beklagten ohne Erteilung der aufschiebenden Wirkung ein Nachteil droht.

3. Die Frage der Sistierung wird anders als die der aufschiebenden Wirkung vom Kollegium zu beantworten sein. Der gesetzliche Kostenvorschuss ist aber schon heute einzuverlangen (§ 31 der VO über die Organisation des Obergerichts, LS 212.51). Mit Blick auf die Büroabwesenheit der Anwältin der Beklagten sei angemerkt, dass diese Frist keine gesetzliche und daher erstreckbar ist (Art. 144 Abs. 2 und 1 ZPO), und dass auch Säumnis hier anders als nach der allgemeinen Regel noch keinen Rechtsverlust bedeutete (Art. 101 Abs. 3 ZPO als *lex specialis* zu Art. 147 Abs. 2 ZPO).

Es wird verfügt:

1. Das Gesuch, es sei der Berufung die aufschiebenden Wirkung zu erteilen, wird abgewiesen.
2. Der Beklagten und Berufungsklägerin wird eine Frist von 10 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens bei der Obergerichtskasse, Thurgauerstrasse 56, 8050 Zürich, Briefadresse: Postfach 2401, 8021 Zürich, (Postkonto 80-10210-7) einen Vorschuss von Fr. 2'800.- zu leisten. Die spätere Erhöhung des Vorschusses bleibt vorbehalten. Diese Frist steht während den Gerichtsferien **nicht** still.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte und Berufungsklägerin unter Beilage eines Einzahlungsscheines, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse, ferner z.K. an das Notariat Oerlikon-Zürich.
4. Eine Beschwerde gegen Dispositiv Ziffer 1 dieses Entscheides an das Bundesgericht ist innert 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 Zwischen-Entscheid im Sinne von Art. 93 BGG über eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit mit einem Streitwert von rund Fr. 96'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

lic. iur. P. Diggelmann

versandt am: