

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PF120048-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. R. Maurer.

## Urteil vom 15. Februar 2013

in Sachen

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

Klägerin und Beschwerdeführerin,

gegen

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

Beklagte und Beschwerdegegnerin,

betreffend

### **Bauhandwerkerpfandrecht / Kosten**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 17. August 2012 (ES120014)

### **Erwägungen:**

1. a) Mit Eingabe vom 24. Juli 2012 stellte die Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf (erneut) ein Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes für eine Forderung von Fr. 301'990.18 nebst 5 % Zins seit 9. Mai 2012 auf dem im Alleineigentum der Beklagten und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) stehenden Baurecht, Grundbuch Blatt ..., Selbständiges und dauerndes Recht, C.\_\_\_\_\_-Strasse, ... D.\_\_\_\_\_, zu Lasten GBBI ... (act. 1). Mit Verfügung vom 26. Juli 2012 wies die Vorinstanz das Grundbuchamt E.\_\_\_\_\_ vorsorglich an, das verlangte Pfandrecht im Sinne von Art. 961 ZGB vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 3). Die Beschwerdeführerin leistete den ihr auferlegten Vorschuss von Fr. 13'050.-- für die voraussichtlichen Prozesskosten rechtzeitig (act. 4 i.V. mit act. 3).

b) Mit Verfügung vom 17. August 2012 trat die Vorinstanz sodann auf das Gesuch nicht ein wegen fehlender Prozessvoraussetzungen bzw. fehlender sachlicher Zuständigkeit (act. 7 S. 2, 4), auferlegte die Kosten der Beschwerdeführerin und verrechnete sie mit dem geleisteten Kostenvorschuss (act. 7 S. 4 f, Dispositivziffern 3 und 4).

c) Die Beschwerdeführerin focht diese Kostenaufgabe an und stellte sinngemäss das Begehren, es seien ihr für das vorinstanzliche Verfahren keine Kosten aufzuerlegen (act. 8).

d) Der einverlangte Kostenvorschuss von Fr. 470.-- ging fristgerecht ein (act. 12, 13, 14). Auf Fristansetzung durch die Kammer hin (act. 15) erstattete die Vorinstanz eine schriftliche Stellungnahme (act. 17), welche den Parteien zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (act. 19/1, 19/2). Die Vorinstanz reichte sodann die Akten des von 8. Dezember 2011 bis 11. Januar 2012 zwischen denselben Parteien geführten Verfahrens betreffend Eintragung eines Bauhandwerkerpfand-

rechts für eine Forderung von Fr. 216'000.-- ins Recht (act. 18/1-12). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe bereits im Dezember 2011 gegen die gleiche Partei und auf dem gleichen Grundstück die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes verlangt, das Gesuch nach der Eintragung infolge Vergleichsverhandlungen aber wieder zurückgezogen. Sie habe nicht gewusst, dass gemäss einem Bundesgerichtsurteil das Handelsgericht zuständig sei, aber in guten Treuen erwartet, dass das Bezirksgericht Dielsdorf dies wisse. Dieses habe trotz der offensichtlichen Unzuständigkeit wiederholt die superprovisorische Eintragung verfügt. Hätte man ihr die Unzuständigkeit rechtzeitig mitgeteilt, hätte das Gesuch sofort zurückgezogen werden können (act. 8).

b) Die Vorinstanz führte in der Vernehmlassung aus, es treffe zu, dass im Dezember 2011 zwischen den Parteien ein gleiches Verfahren betreffend Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes geführt worden sei. Dieses sei, nach der superprovisorisch verfügten Eintragung, durch Klagerückzug und unter Kostenauflage zu Lasten der Beklagten erledigt worden. Anlässlich der am 26. Juli 2012 superprovisorisch verfügten Eintragung des Pfandrechtes sei der Vorinstanz die vom Bundesgericht im Dezember 2011 begründete Praxis, wonach das Handelsgericht allein zuständig sei, noch nicht gewärtig gewesen. Sie habe erst später, bei der vertieften juristischen Auseinandersetzung davon Kenntnis erhalten. Auch wenn es als fraglich erscheine, ob die für die Beschwerdeführerin handelnden Nichtjuristen auf das Wissen des Bezirksgerichts hätten vertrauen dürfen, handle es sich beim Bauhandwerkerpfandrecht doch um ein nicht alltägliches Rechtsgebiet. Im Rückblick erscheine die schematisch erfolgte Kostenauflage als wenig glücklich und wäre ein Verzicht auf Kostenauflage angebracht gewesen (act. 17).

3. Der Kostenentscheid ist selbständig mit Beschwerde anfechtbar. Mit der Beschwerde kann unrichtige Rechtsanwendung oder offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

a) Die Vorinstanz war aufgrund der Parteikonstellation - beide Parteien sind als Aktiengesellschaften im Handelsregister eingetragen (act. 10,11) - und der Höhe

der eingetragenen Pfandsomme für die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht zuständig (BGE 137 III 563 E. 3). Sie hätte ihre sachliche Unzuständigkeit ohne weiteres unverzüglich feststellen können. Von Gesetzes wegen tritt das Gericht auf ein Gesuch nicht ein, wenn eine Prozessvoraussetzung nicht erfüllt ist (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz trat jedoch erst nach Ablauf von rund 3 Wochen seit Eingang des Begehrens am 25. Juli 2012, zudem nach superprovisorischer Guttheissung des Begehrens sowie nach der Leistung eines einverlangten Kostenvorschusses auf das Begehren nicht ein (act. 7).

Grundsätzlich sind bei Nichteintreten auf eine Klage die Prozesskosten der klagenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dieser auf dem Erfolgsprinzip basierende Grundsatz der Prozesskostenverteilung beruht auf der Vermutung, dass die unterliegende Partei die Prozesskosten verursacht hat (ZK ZPO-Jenny, Art. 106 N 1). Es obliegt der klagenden Partei, sich vor Klageeinleitung zu vergewissern, dass sie ihre Klage beim zuständigen Gericht erhebt. Wenn sie dies unterlässt und beim unzuständigen Gericht Klage erhebt, hat sie, da sie unnötige Kosten verursacht hat, entsprechend dem Grundsatz des Art. 106 ZPO die Prozesskosten zu tragen.

Das Gericht kann jedoch vom Grundsatz des Art. 106 ZPO abweichen und die Kosten nach Ermessen verteilen, wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO) oder - als Ausnahme - wenn andere besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO; BK ZPO-Sterchi, Art. 107 N 21). Art. 107 ZPO ist eine Billigkeitsnorm, die Abweichungen von der grundsätzlichen Regelung des Art. 106 ZPO, der sich im Einzelfall als starr und ungerecht erweisen kann, erlaubt (ZK-ZPO-Jenny, Art. 107 N 3). Vorliegend ist aus zwei Gründen der Beschwerdeführerin zuzubilligen, dass sie in guten Treuen prozessiert hat:

Die Beschwerdeführerin hatte aufgrund des ersten, im Dezember 2011 anhängig gemachten und mit dem vorliegenden nahezu identischen Verfahrens keine Anhaltspunkte, dass die Vorinstanz nicht zuständig sein könnte. Vielmehr hatte sich die Vorinstanz damals, rund ein halbes Jahr zuvor, ohne weiteres als zuständig

erachtet. Die Beschwerdeführerin leitete daraus ihren guten Glauben ab, der durch das erste Verfahren zudem bestätigt wurde. Dass sie sich erneut an dieselbe Behörde wandte ohne zuvor deren Zuständigkeit abzuklären, erscheint als nachvollziehbar, da sie keine Veranlassung hatte, an der Zuständigkeit der Vorinstanz zu zweifeln. Es wäre daher unbillig, der Beschwerdeführerin die fehlerhafte Klageeinleitung beim unzuständigen Gericht als Verursachung unnötiger Kosten anzulasten. Vielmehr rechtfertigt es sich, davon auszugehen, dass sie in guten Treuen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO prozessiert hat.

Prozessführung in guten Treuen kann insbesondere vorliegen, wenn das Unterliegen durch eine unerwartete Praxisänderung verursacht wurde (ZK ZPO-Jenny, Art. 107 N 7). Die Vorinstanz hiess am 26. Juli 2012 zunächst das Begehren der Beschwerdeführerin - superprovisorisch - gut, bejahte somit ihre Zuständigkeit gemäss ihrer bisherigen Praxis, welche der Beschwerdeführerin vom im Dezember 2011 bis Januar 2012 geführten Verfahren bekannt war. Danach änderte die Vorinstanz - gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung - ihre Praxis und erachtete sich als unzuständig. Die Vorinstanz änderte somit während des vorinstanzlichen Verfahrens ihre bisherige Praxis, da ihr die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zuvor noch nicht bekannt gewesen war. Es kann demnach hier zu Gunsten der Beschwerdeführerin und aus Billigkeitserwägungen davon ausgegangen werden, dass die Praxisänderung auch für die Beschwerdeführerin überraschend war. Entsprechend ist anzunehmen, dass sie in guten Treuen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO prozessierte.

Aus diesen Gründen rechtfertigt sich, wie auch die Vorinstanz in ihrer Vernehmung mit Recht ausgeführt hat, der Beschwerdeführerin für den vorinstanzlichen Nichteintretensentscheid keine Entscheidgebühr aufzuerlegen.

Die Beschwerde erweist sich demnach hinsichtlich der Entscheidgebühr als begründet und es ist der Beschwerdeführerin für das erstinstanzliche Verfahren keine Entscheidgebühr aufzuerlegen.

b) Die Vorinstanz verrechnete der Beschwerdeführerin Fr. 157.-- Grundbuchkosten (act. 7 Dispositivziffer 3). Diese werden gestützt auf Art. 954 Abs. 1 ZGB i.V.

mit § 221 EG ZBG und §§ 24 und 25 des Notariatsgesetzes verrechnet. Da gemäss Dispositivziffer 2 des vorinstanzlichen Entscheids das Pfandrecht bei Nachweis eines beim Handelsgericht gestellten Begehrens um vorläufigen Eintrag des Pfandrechts eingetragen bleibt, ist davon auszugehen, dass dieser Betrag von der Beschwerdeführerin geschuldet ist, da ihr Pfandrecht aufrecht erhalten blieb. Die Beschwerdeführerin tat jedenfalls nicht dar, was sie gemäss dem eingangs zitierten Art. 320 ZPO zur Begründung ihrer Beschwerde hätte tun müssen, dass und weshalb sie diesen Betrag nicht schulde. Entsprechend ist er ihr aufzuerlegen.

c) Dies führt zur teilweisen Gutheissung der Beschwerde und zur Neufassung des vorinstanzlichen Dispositivs. Die Dispositivziffern 3 und 4 der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 17. August 2012 sind aufzuheben. Dispositivziffer 3 ist durch folgende Fassung zu ersetzen: "Die Entscheidunggebühr fällt ausser Ansatz; die weiteren Kosten betragen: Fr. 157.-- Grundbuchkosten". Dispositivziffer 4 wird durch die Fassung ersetzt: "Die Grundbuchkosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet."

d) Die Vorinstanz regte in ihrer Vernehmlassung an, eine allfällige Gutheissung der Beschwerde sei mit der Anweisung zu verbinden, den von der Beschwerdeführerin bei ihr geleisteten Kostenvorschuss an das Handelsgericht zu überweisen (act. 17 S. 2). Die Frage der Überweisung des Kostenvorschusses ist nicht Thema der Beschwerde. Ein Antragsrecht der Vorinstanz auf Erweiterung des Prozessthemas besteht nicht. Die Stellungnahme der Vorinstanz hatte sich auf den von der Beschwerdeinstanz gesteckten Rahmen zu beschränken (Art. 324 ZPO; ZK-ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 324 N 9). Bezüglich der von der Vorinstanz angeregten Verwendung des Kostenvorschusses hat demnach kein Entscheid zu ergehen. Eine Überweisung könnte ohnehin nicht in Betracht kommen, da eine Prozessüberweisung im Unterschied zur früheren Prozessordnung nicht mehr möglich ist, mithin die Rechtshängigkeit eines Verfahrens am Handelsgericht nicht klar ist und im Übrigen jedes Gericht für die in seinem Verfahren voraussichtlich

anfallenden Kosten einen eigenen Kostenvorschuss erhebt, den es gestützt auf Art. 98 ZPO nach eigenem Ermessen festsetzen kann.

4. Die Beschwerdeführerin obsiegt mit ihrer Beschwerde im Hauptpunkt; die Grundbuchkosten erscheinen dagegen untergeordnet. Sie wird daher auch für das Beschwerdeverfahren nicht kostenpflichtig (Art. 106 ZPO). Die Entscheidungsbüher für das erstinstanzliche und die Gerichtskosten für das 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 12 mit Verweis auf BGer 1B\_211/2009 vom 10. Dezember 2009). Der Beschwerdegegnerin ist im Beschwerdeverfahren ohnehin kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositivziffern 3 und 4 der Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 17. August 2012 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:  
"3. Die Entscheidungsbüher fällt ausser Ansatz; die weiteren Kosten betragen: Fr. 157.-- Grundbuchkosten."  
4. Die Grundbuchkosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet."
2. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Gerichtsverfahren fallen ausser Ansatz.
3. Die Kasse des Obergerichtes wird angewiesen, der Beschwerdeführerin den geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 470.-- zurückzuerstatten.
4. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 8, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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. 4'407.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Maurer

versandt am: