

Manuela Rapold / Reto Ferrari-Visca

Die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts in den Handelsgerichtskantonen

Auch nach Inkrafttreten der ZPO am 1. Januar 2011 steht es den Kantonen weiterhin frei, Handelsgerichte einzurichten. Die sachliche Zuständigkeit dieser Fachgerichte ist derzeit indessen u.a. betreffend die vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten umstritten. Nachfolgend sollen unter Bezugnahme auf die Regelung in der ZPO, der betreffenden kantonalen Gesetzgebungen sowie unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung die Fälle der ausschliesslichen sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts aufgezeigt werden.

Rechtsgebiet(e): Zivilprozessrecht; Handelsrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Manuela Rapold / Reto Ferrari-Visca, Die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts in den Handelsgerichtskantonen, in: Jusletter 14. November 2011

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
- II. Regelung gemäss schweizerischer Zivilprozessordnung
 1. Allgemeines
 2. Geschäftliche Tätigkeit
 3. Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht
 4. Handelsregistereintrag
- III. Regelung in den Handelsgerichtskantonen
 1. Kanton Aargau
 2. Kanton St. Gallen
 3. Kanton Zürich
 4. Kanton Bern
- IV. Zwischenergebnis
- V. Beurteilung der kantonalen Gerichtspraxis und Rechtslage / Prozessökonomie
 1. Vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts als vorsorgliche Massnahme
 2. Art. 6 ZPO als zwingendes Recht
 3. Zuständigkeit des Handelsgericht aufgrund der Prozessökonomie
- VI. Fazit

I. Ausgangslage

[Rz 1] Die Bauunternehmung X AG renoviert die Fassade einer Werkhalle in Biel der Y AG mit Sitz in Zug für rund CHF 48'000.–. Nach Vollendung der Arbeiten ist die Y AG nicht bereit, den vereinbarten Werklohn zu bezahlen. Zur Sicherung ihrer Ansprüche möchte die X AG daher ein Bauhandwerkerpfandrecht im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB¹ im Grundbuch eintragen lassen. Da die Y AG die erforderliche Mitwirkung verweigert, muss die X AG auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts klagen. Aufgrund der Tatsache, dass voraussichtlich nicht vor Ablauf der Eintragsfrist von drei Monaten (Art. 839 Abs. 2 ZGB)² ein Entscheid gefällt wird, beabsichtigt die X AG, das Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig im Grundbuch eintragen zu lassen (Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB i.V.m. Art. 22 Abs. 4 GBV³). Örtlich zuständig ist das Gericht am Ort, an welchem das betroffene Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist (Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO⁴). Da sich die Werkhalle in Biel befindet, muss das Gesuch um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts beim zuständigen Gericht im Kanton Bern (und nicht etwa am Sitz der Y AG im Kanton Zug) eingereicht werden. Für die X AG stellt sich nun jedoch die Frage, ob für die Behandlung ihres Gesuchs das Handelsgericht oder das ordentliche Gericht⁵ zuständig ist.

¹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

² Mit der am 1. Januar 2012 inkrafttretenden Teilrevision des ZGB wird die Eintragsfrist auf vier Monate verlängert (BBl 2009 8779, 8787; Medienmitteilung vom 23. September 2011 des Bundesrats).

³ Verordnung vom 22. Februar 1910 betreffend das Grundbuch (GBV; SR 211.432.1).

⁴ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272).

⁵ Vorliegend das Regionalgericht Berner Jura-Seeland gemäss Art. 8 Abs. 1 Einführungsgesetz vom 11. Juni 2009 zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ; BSG 271.1) i.V.m. Art. 80 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 Gesetz vom 11. Juni 2009 über die

II. Regelung gemäss schweizerischer Zivilprozessordnung

1. Allgemeines

[Rz 2] Die Kantone können nach Art. 6 Abs. 1 ZPO ein Handelsgericht als Fachgericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig ist. Zurzeit verfügen die Kantone Aargau, Bern, St. Gallen und Zürich über ein Handelsgericht.

[Rz 3] Eine Streitigkeit gilt als handelsrechtlich, wenn (a) die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist, (b) gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht und (c) die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind (Art. 6 Abs. 2 ZPO). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein⁶. Gemäss Art. 6 Abs. 5 ZPO ist das Handelsgericht auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit einer Klage zuständig. Das Handelsgericht entscheidet nach Art. 248 ff. ZPO im summarischen (bei vorsorglichen Massnahmen) oder nach Art. 219 ZPO im ordentlichen Verfahren (in allen anderen Fällen). Das vereinfachte Verfahren findet hingegen keine Anwendung auf Streitigkeiten, die der Handelsgerichtsbarkeit unterstehen (Art. 243 Abs. 3 ZPO). Der Hauptgrund dafür liegt in der Tatsache, dass Fälle vor dem Handelsgericht oft umfangreich und komplex sind, weswegen das vereinfachte Verfahren ungeeignet ist⁷. Ausserdem handelt es sich bei handelsrechtlichen Streitigkeiten kaum je um Fälle des sozialen Privatrechts⁸. Schliesslich ist das vereinfachte Verfahren vorbehaltlich gesetzlicher Ausnahmen in vermögensrechtlichen Streitigkeiten auf Fälle bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.– begrenzt (Art. 243 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO). Diese Streitwertgrenze entspricht gerade grundsätzlich dem Minimalstreitwert zur Begründung einer handelsrechtlichen Streitigkeit (Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO i.V.m. Art. 74 Abs. 1 BGG⁹)¹⁰.

2. Geschäftliche Tätigkeit

[Rz 4] Der Begriff der geschäftlichen Tätigkeit ist weit zu fassen¹¹. Erforderlich ist jedoch, dass sich die Streitigkeit auf

Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1).

⁶ BRUNNER ALEXANDER, DIKE-Kommentar ZPO, Zürich 2011, N 18 zu Art. 6 (nachfolgend «BRUNNER ALEXANDER [Kommentar]»).

⁷ BSK ZPO-MAZAN STEPHAN, N 23 zu Art. 243; GIGER MARCEL, SHK-Kommentar ZPO, Bern 2010, N 10 zu Art. 243.

⁸ BSK ZPO-MAZAN STEPHAN, N 23 zu Art. 243; BRUNNER ALEXANDER (Kommentar), a.a.O., N 19 zu Art. 243.

⁹ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

¹⁰ Siehe auch Ziffer II, 3. hiernach.

¹¹ Vgl. Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung,

einen von einer der Parteien geführten Handels-, Industrie- oder Gewerbebetrieb bezieht¹². Es kann sich dabei um ein Grundgeschäft (z.B. Verkauf der fabrizierten Waren, Erbringung einer Dienstleistung) oder um ein Hilfs- oder Nebengeschäft handeln, welches die Geschäftstätigkeit lediglich fördert (z.B. Kauf von Produktionsanlagen, Mietverträge für Fabrikations- oder Büroräume)¹³. Neben vertraglichen Ansprüchen sind auch solche aus deliktischer Handlung oder aus ungerechtfertigter Bereicherung durch das Handelsgericht zu beurteilen, sofern die Streitigkeit im Zusammenhang mit der geschäftlichen Tätigkeit einer Partei steht¹⁴. Private Geschäfte eines Einzelkaufmanns fallen hingegen nicht unter die Handelsgerichtsbarkeit¹⁵.

[Rz 5] Umstritten ist, ob bzw. inwiefern betriebs- und konkursrechtliche Streitigkeiten unter den Begriff der geschäftlichen Tätigkeit fallen und somit der Handelsgerichtsbarkeit unterstehen, sofern auch die beiden anderen Voraussetzungen (Weiterziehungsmöglichkeit ans Bundesgericht, Registereintrag) erfüllt sind¹⁶.

3. Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht

[Rz 6] Gegen den Entscheid des Handelsgerichts muss die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen stehen. Das Handelsgericht ist als Fachgericht für handelsrechtliche Streitigkeiten einzige kantonale Vorinstanz des Bundesgerichts (Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG sowie Art. 6 Abs. 1 ZPO). Entscheide des Handelsgerichts können daher innerkantonale nicht angefochten werden. Für die Beschwerde in Zivilsachen ist jeweils zu prüfen, ob die Streitwertgrenze¹⁷ in der Höhe von derzeit CHF 15'000.– in mietrechtlichen Fällen¹⁸ bzw. CHF 30'000.– in allen übrigen Fällen (Art. 74 Abs. 1 BGG) erreicht ist¹⁹. Nicht ausreichend für die Begründung

der Handelsgerichtsbarkeit ist das Argument, es läge eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG). Ob eine solche gegeben ist, kann erst das Bundesgericht im Rahmen der Eintrittsprüfung entscheiden und nicht bereits das Handelsgericht²⁰.

4. Handelsregistereintrag

[Rz 7] Schliesslich müssen beide Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sein, sei es als Gesellschaft oder Einzelfirma. Nicht ausreichend ist indes die Eintragung im Handelsregister als Organ einer Gesellschaft²¹. Es müssen sich somit zwei Unternehmen gegenüberstehen²². Erforderlich ist der tatsächliche Handelsregistereintrag und nicht die Pflicht zur Eintragung²³. Unerheblich ist hingegen, ob der Eintrag ins Handelsregister deklaratorischer oder konstitutiver Natur ist²⁴. Massgeblicher Zeitpunkt für den Eintrag ist der Eintritt der Rechtshängigkeit (Art. 62 ZPO). Eine nachträgliche Löschung aus dem Handelsregister führt nicht zum Wegfall der Handelsgerichtsbarkeit²⁵.

[Rz 8] Ist nur die beklagte Partei im Handelsregister eingetragen, so hat die klagende Partei die Wahl, ob sie vor dem Handelsgericht oder vor dem ordentlichen Gericht klagen will, sofern die übrigen Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO erfüllt sind (Art. 6 Abs. 3 ZPO). Ob auch ein Konsument oder Arbeitnehmer gegen ein im Handelsregister eingetragenes Unternehmen vor dem Handelsgericht klagen kann, ist umstritten²⁶. Ist nur der Kläger im Handelsregister eingetragen, sind ausschliesslich die ordentlichen Gerichte zuständig. Insbesondere ist keine Einlassung vor dem Handelsgericht möglich. Damit soll verhindert werden, dass Konsumentenstreitigkeiten mit einem Streitwert über CHF 30'000.– der Handelsgerichtsbarkeit unterstehen und der Konsument

BBI 2006, 7221, S. 7261 (nachfolgend «Botschaft ZPO»).

¹² RÜETSCHI DAVID, in: SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH, Kommentar ZPO, Zürich 2010, N 20 zu Art. 6.

¹³ BSK ZPO-VOCK DOMINIK, N 8 zu Art. 6; HÄRTSCH THEODOR, SHK-Kommentar ZPO, Bern 2010, N 9 f. zu Art. 6.

¹⁴ HÄRTSCH THEODOR, a.a.O., N 13 ff. zu Art. 6.

¹⁵ HÄRTSCH THEODOR, a.a.O., N 12 zu Art. 6; RÜETSCHI DAVID, a.a.O., N 21 zu Art. 6.

¹⁶ Grundsätzlich bejahend: RÜETSCHI DAVID, a.a.O., N 23 zu Art. 6. Einschränkend: HÄRTSCH THEODOR, a.a.O., N 35 f. zu Art. 6, wonach nur materiellrechtliche Streitigkeiten, nicht hingegen betriebsrechtliche Streitigkeiten mit lediglich Reflexwirkung auf das materielle Recht der Handelsgerichtsbarkeit unterstehen.

¹⁷ Zur Bestimmung des Streitwerts ist das BGG und nicht die ZPO anwendbar (BSK ZPO-VOCK DOMINIK, N 10 zu Art. 6).

¹⁸ Bei Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sieht Art. 200 Abs. 1 ZPO zwar eine paritätische Besetzung der Schlichtungsbehörde voraus, doch ist dies für Streitigkeiten vor dem Handelsgericht nicht massgebend, da hier das Schlichtungsverfahren entfällt (Art. 198 lit. g ZPO). A.M. BRUNNER ALEXANDER, WAS IST HANDELSRECHT?, in AJP 2010, S. 1529 ff., S. 1538 (nachfolgend «BRUNNER ALEXANDER [AJP]»).

¹⁹ Für arbeitsrechtliche Streitigkeiten sieht Art. 74 Abs. 1 BGG ebenfalls eine

Streitwertgrenze von CHF 15'000.– vor. Gemäss einem Teil der Lehre fallen arbeitsrechtliche Streitigkeiten indes nicht unter die Handelsgerichtsbarkeit (siehe Fussnote 26 hiernach).

²⁰ HÄRTSCH THEODOR, a.a.O., N 18 zu Art. 6; RÜETSCHI DAVID, a.a.O., N 22 zu Art. 6.

²¹ BSK ZPO-VOCK DOMINIK, N 12 zu Art. 6; HÄRTSCH THEODOR, a.a.O., N 23 zu Art. 6; RÜETSCHI DAVID, a.a.O., N 24 zu Art. 6.

²² BRUNNER ALEXANDER (Kommentar), a.a.O., N 19 zu Art. 6 und BRUNNER ALEXANDER (AJP), a.a.O., S. 1536.

²³ HÄRTSCH THEODOR, a.a.O., N 19 zu Art. 6; RÜETSCHI DAVID, a.a.O., N 26 zu Art. 6.

²⁴ BSK ZPO-VOCK DOMINIK, N 11 zu Art. 6.

²⁵ BSK ZPO-VOCK DOMINIK, N 14 zu Art. 6; HÄRTSCH THEODOR, a.a.O., N 12 zu Art. 6; RÜETSCHI DAVID, a.a.O., N 27 zu Art. 6.

²⁶ Verneinend: BRUNNER ALEXANDER (Kommentar), a.a.O., N 24 ff. zu Art. 6 und BRUNNER ALEXANDER (AJP), a.a.O., S. 1535 und 1537 f. Bei Verträgen mit Arbeitnehmern oder leitenden Angestellten verneint ein Teil der Lehre bereits das Vorliegen des Erfordernisses der geschäftlichen Tätigkeit (siehe Ziffer II., 2. hiervor), da in diesen Fällen das Innen- und nicht das Aussenverhältnis des Unternehmens betroffen sei (vgl. HÄRTSCH THEODOR, a.a.O., N 11 zu Art. 6 und BRUNNER ALEXANDER [AJP], S. 1534 f.).

unwissentlich auf das ordentliche Verfahren verzichtet und damit eine Instanz verlieren könnte²⁷.

III. Regelung in den Handelsgerichtskantonen

1. Kanton Aargau

[Rz 9] Im Kanton Aargau entscheidet der Bezirksgerichtspräsident über Angelegenheiten und Streitigkeiten im summarischen Verfahren gemäss Art. 248 ff. ZPO, wenn sie nicht einem anderen Gericht zugewiesen sind (§ 6 lit. b EG ZPO [AG]²⁸). Nach § 13 Abs. 1 lit. a EG ZPO (AG) entscheidet ein hauptamtliches Mitglied des Handelsgerichts als Einzelrichter über die im summarischen Verfahren zu entscheidenden (handelsrechtlichen) Streitigkeiten mit Ausnahme der vorläufigen Eintragung gesetzlicher Grundpfandrechte gemäss Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO. Die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ist somit nach kantonal-aargauischem Recht ausdrücklich von der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts ausgenommen. Folglich ist im Kanton Aargau für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ausschliesslich der Bezirksgerichtspräsident zuständig.

2. Kanton St. Gallen

[Rz 10] Im Kanton St. Gallen entscheidet der Einzelrichter des Kreisgerichts im summarischen Verfahren, soweit das EG ZPO (SG)²⁹ nichts anderes bestimmt (Art. 6 lit. a EG ZPO [SG]). Gemäss Art. 10 EG ZPO (SG) entscheidet das Handelsgericht über alle handelsrechtlichen Streitigkeiten. In Verbindung mit Art. 6 Abs. 5 ZPO könnte somit abgeleitet werden, dass im Kanton St. Gallen das Handelsgericht für die vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten zuständig ist. Der Präsident des Handelsgerichts hielt jedoch in seiner Mitteilung vom 18. Februar 2011³⁰ fest, dass das Handelsgericht für die superprovisorische und vorläufige Eintragung gesetzlicher Grundpfandrechte (Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO), insbesondere von Bauhandwerkerpfandrechten (Art. 837 bis 839 ZGB), sachlich nicht zuständig sei. Als Begründung führte er an, dass zwischen dem summarischen Verfahren, das in den vom Gesetz bestimmten Fällen

anwendbar ist (Art. 248 lit. a ZPO) und den vorsorglichen Massnahmen (Art. 248 lit. d und 261 ff. ZPO) zu unterscheiden sei. Die vorläufige Eintragung gesetzlicher Grundpfandrechte (Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO) sei im Katalog der summarischen Verfahren (Art. 249 f. ZPO) ausdrücklich aufgeführt, woraus zu schliessen sei, dass es sich dabei wohl um ein summarisches Verfahren gemäss Art. 248 lit. a ZPO, aber nicht um eine vorsorgliche Massnahme gemäss Art. 248 lit. d ZPO handle. Für die vorläufige Eintragung gesetzlicher Grundpfandrechte und insbesondere von Bauhandwerkerpfandrechten ist somit nach Ansicht des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen ausschliesslich der Einzelrichter des jeweiligen Kreisgerichts zuständig.

3. Kanton Zürich

[Rz 11] Nach § 24 lit. c GOG³¹ entscheidet im Kanton Zürich das Einzelgericht des Bezirksgerichts über Angelegenheiten und Streitigkeiten im summarischen Verfahren (Art. 248 ff. ZPO), die keiner anderen Instanz zugewiesen sind. Gemäss § 45 lit. b GOG entscheidet der Präsident des Handelsgerichts oder ein von diesem bezeichnetes Mitglied des Handelsgerichts über Anordnungen gemäss Art. 6 Abs. 5 ZPO. Nach dem Wortlaut des GOG könnte somit auch im Kanton Zürich für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts die Zuständigkeit des Handelsgerichts abgeleitet werden. Mit Entscheid vom 16. Juni 2011 (Geschäftsnummer HE110333)³² lehnte der Einzelrichter des Handelsgerichts hingegen seine Zuständigkeit ab und zwar mit der gleichen Begründung wie der Präsident des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen (vgl. Ziff. III, 2. hiervor), indem er die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht als vorsorgliche Massnahme qualifizierte. Demgegenüber hat das Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich mit Entscheid vom 15. Juni 2011 (Geschäftsnummer ES110037-L)³³ seine sachliche Zuständigkeit gestützt auf § 45 lit. b GOG i.V.m. Art. 6 Abs. 5 ZPO verneint, da es die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts als vorsorgliche Massnahme betrachtete, wofür bei einer handelsrechtlichen Streitigkeit das Handelsgericht zuständig sei. Ein ähnlicher Entscheid erfolgte mit Verfügung vom 17. Juni 2011 (Geschäftsnummer ES110039)³⁴, wogegen Berufung an das Obergericht erhoben wurde. Das Obergericht hielt in seiner Verfügung vom 12. Juli 2011 (Geschäftsnummer LF110073-0/Z2)³⁵ fest, dass die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts

²⁷ Botschaft ZPO, 7261.

²⁸ Einführungsgesetz vom 23. März 2010 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EG ZPO; SAR 221.200).

²⁹ Einführungsgesetz vom 20. April 2010 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EG ZPO; sGS 961.2.).

³⁰ http://www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/weisungen_kreis-schreiben/_jcr_content/Par/downloadlist_0/DownloadListPar/download.ocFile/Sachliche%20Zust%C3%A4ndigkeit%20vorl%C3%A4ufige%20Eintragung%20gesetzlicher%20Grundpfandrechte.pdf (Zugriff: 1. November 2011).

³¹ Gesetz vom 10. Mai 2010 über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG; LS 211.1).

³² Einsehbar unter http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/LF110065.pdf (Zugriff: 1. November 2011).

³³ Einsehbar unter http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/LF110065.pdf (Zugriff: 1. November 2011).

³⁴ Online derzeit nicht verfügbar (Zugriff: 1. November 2011).

³⁵ Einsehbar unter http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/LF110073.pdf (Zugriff: 1. November 2011).

eine vorsorgliche Massnahme, sogar gleichsam deren «klassischer Fall», sei. Das Verfahren wurde indes mit Hinweis auf den zurzeit hängigen Prozess vor Bundesgericht, welcher die Frage der sachlichen Zuständigkeit der Zürcher Gerichte zur vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts bei Vorliegen der Voraussetzungen einer handelsrechtlichen Streitigkeit zum Gegenstand hat, sistiert. Die sachliche Zuständigkeit für die vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten ist im Kanton Zürich derzeit folglich unklar.

4. Kanton Bern

[Rz 12] Gemäss Art. 8 Abs. 1 EG ZSJ beurteilen die Regionalgerichte erstinstanzlich unabhängig vom Streitwert alle Streitigkeiten und Vollstreckungssachen, die nicht ausdrücklich einem anderen Gericht zugewiesen sind. Mit Ausnahme gewisser arbeitsrechtlicher Streitigkeiten³⁶ entscheiden sie als Einzelgerichte (Gerichtspräsident³⁷). Das Handelsgericht ist nach Art. 7 Abs. 1 EG ZSJ als einzige kantonale Instanz u.a. zur Beurteilung der Streitigkeiten gemäss Art. 6 Abs. 1 ZPO zuständig. Das Berner Handelsgericht hatte daher gestützt auf Art. 6 Abs. 5 ZPO Gesuche um die vorläufige Eintragung von Grundpfandrechten behandelt, sofern die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO erfüllt waren. Mit Schreiben vom 23. Juni 2011 an die Regionalgerichte und an den Präsidenten des Anwaltsverbandes des Kantons Bern kündigte der Präsident des Berner Handelsgerichts indes an, dass ab sofort im Kanton Bern die vorläufige Eintragung gesetzlicher Grundpfandrechte, insbesondere der Bauhandwerkerpfandrechte (Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO), bei den Regionalgerichten zu verlangen sei³⁸. Würden solche Gesuche in Zukunft beim Handelsgericht eingereicht, sei mit einem Nichteintretensentscheid zu rechnen. Als Begründung wurde insbesondere der Abgleich zur Praxis in den anderen drei Handelsgerichtskantonen aufgeführt. Im Kanton Bern sind daher nach Ansicht des Handelsgerichts Gesuche um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts beim Gerichtspräsidenten des örtlich zuständigen Regionalgerichts einzureichen.

IV. Zwischenergebnis

[Rz 13] Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts in der eingangs erwähnten Ausgangslage betrifft offensichtlich die geschäftliche Tätigkeit der Bauunternehmung X AG. Der Streitwert beträgt über CHF 30'000.– und beide Parteien sind im Handelsregister eingetragen. Folglich liegt eine handelsrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 ZPO vor. Das Hauptverfahren betreffend die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch fällt in solchen Konstellationen zweifellos in die sachliche Zuständigkeit

des Handelsgerichts. Umstritten ist hingegen, ob das Handelsgericht auch für die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sachlich zuständig ist. Während die Handelsgerichte der Kantone Bern und St. Gallen durch entsprechende Mitteilung des jeweiligen Handelsgerichtspräsidenten ihre sachliche Zuständigkeit ablehnten, verneinte das Zürcher Handelsgericht seine sachliche Zuständigkeit im Rahmen der Rechtsprechung. Einzig im Kanton Aargau wird ausdrücklich auf gesetzlicher Ebene geregelt, dass die ordentlichen Gerichte und nicht das Handelsgericht für die vorläufige Eintragung zuständig sind. Im Kanton St. Gallen und im Kanton Zürich begründen die Handelsgerichte ihre Unzuständigkeit, indem sie die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht als vorsorgliche Massnahme betrachten.

V. Beurteilung der kantonalen Gerichtspraxis und Rechtslage / Prozessökonomie

[Rz 14] In der folgenden Beurteilung der kantonalen Gerichtspraxis und Rechtslage ist daher zu prüfen, ob es sich bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (1) um eine vorsorgliche Massnahme handelt und (2) ob die Kantone eine allenfalls von Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 5 ZPO abweichende Regelung festlegen dürfen. Schliesslich wird noch auf den (3) Aspekt der Prozessökonomie eingegangen.

1. Vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts als vorsorgliche Massnahme

[Rz 15] Ob es sich bei der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts um eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 248 lit. d ZPO bzw. 261 ff. ZPO handelt ist mittels Auslegung zu bestimmen.

[Rz 16] *Grammatikalische Auslegung:* Gemäss Art. 262 ZPO i.V.m. Art. 261 ZPO kann eine vorsorgliche Massnahme jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil, welcher einer Partei infolge einer (zu befürchtenden) Verletzung eines ihr zustehenden Anspruchs droht, abzuwenden. Neben der Generalklausel enthält Art. 262 ZPO auch eine beispielartige Aufzählung von möglichen vorsorglichen Massnahmen. So sind Registerbehörden wie z.B. das Grundbuch oder das Handelsregister gestützt auf Art. 262 lit. c ZPO verpflichtet, gerichtliche Anordnungen hinsichtlich Eintragungen, Nichteintragungen und Sperrungen zu befolgen. Bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts handelt es sich um eine Anweisung des Gerichts an das Grundbuch. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 262 lit. c ZPO ist die vorläufige

³⁶ Vgl. Art. 8 Abs. 1 letzter Satz EG ZSJ i.V.m. Art. 9 EG ZSJ.

³⁷ Vgl. Art. 20 Abs. 4 GSOG.

³⁸ in dubio 4_11, S. 186.

Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts somit als eine vorsorgliche Massnahme zu qualifizieren³⁹.

[Rz 17] *Historische Auslegung*: Der Gesetzgeber hat bewusst eine Generalklausel gewählt, um der Vielfalt der möglichen vorsorglichen Massnahmen Rechnung zu tragen⁴⁰. Vorsorgliche Massnahmen können somit grundsätzlich zum Schutz jeglicher Art von Hauptansprüchen getroffen werden⁴¹. Weder aus der parlamentarischen Beratung noch aus der Botschaft ist ersichtlich, dass beabsichtigt worden wäre, die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vom Anwendungsbereich der vorsorglichen Massnahme auszunehmen.

[Rz 18] *Systematische Auslegung*: Art. 248 ZPO hält fest, dass das summarische Verfahren anwendbar ist auf (a) in den vom Gesetz bestimmten Fällen, (b) für den Rechtsschutz in klaren Fällen, (c) für das gerichtliche Verbot, (d) für die vorsorglichen Massnahmen und (e) für die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Art. 248 ZPO regelt lediglich, in welchen Fällen das summarische Verfahren Anwendung findet. Aus Art. 248 lit. a ZPO kann daher nicht geschlossen werden, dass die in Art. 249 ff. ZPO aufgeführten Angelegenheiten keine vorsorglichen Massnahmen darstellen, zumal die Auflistung in Art. 249 ff. ZPO nicht abschliessend ist⁴². Dass die vorläufige Eintragung gesetzlicher Grundpfandrechte unter Art. 249 lit. d Ziff. 5 und Ziff. 11 ZPO ausdrücklich erwähnt wird, ändert somit nichts an deren Charakter als vorsorgliche Massnahme. Bei der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts handelt es sich vielmehr um eine vorsorgliche Massnahme, welche im Gesetz in Art. 262 lit. c ZPO i.V.m. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ausdrücklich geregelt ist. So gesehen ergänzen Art. 261 ff. ZPO die Regelung von Art. 249 lit. d Ziff. 5 und Ziff. 11 ZPO und bilden ein einheitliches und zusammenhängendes System⁴³. Die Unterscheidung zwischen summarischen Verfahren und vorsorglichen Massnahmen ist ohnehin dogmatisch nicht korrekt, da es sich bei den vorsorglichen Massnahmen um Entscheide handelt, welche im summarischen Verfahren ergehen.

[Rz 19] *Teleologische Auslegung*: Zweck der vorsorglichen Massnahme ist es, die gesuchstellende Partei vor Nachteilen zu schützen, die einzutreten drohen, bevor das Gericht gegebenenfalls definitiven Rechtsschutz gewähren kann⁴⁴. Wie

das Obergericht des Kantons Zürich richtig festgestellt hat⁴⁵, handelt es sich bei der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts um einen klassischen Fall der vorsorglichen Massnahme. Würde das Bauhandwerkerpfandrecht nicht vorläufig eingetragen, würde die Partei ihren Anspruch auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts in der Regel verirken, da die Gerichte in den seltensten Fällen innerhalb der dreimonatigen Eintragungsfrist einen definitiven Entscheid fällen, zumal die Eintragung oft erst gegen Ende dieser Frist von der berechtigten Partei begehrt wird und die Parteien das Verfahren mittels Fristerstreckungen in die Länge ziehen können.

[Rz 20] Die Auslegung ergibt somit unzweifelhaft, dass die vorläufige Eintragung von Grundpfandrechten eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 262 ZPO darstellt. Dementsprechend ist nicht erstaunlich, dass die herrschende Lehre bis anhin die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts als vorsorgliche Massnahme qualifiziert hat⁴⁶. Dies wird ebenso von der bisherigen kantonalen⁴⁷ und bundesgerichtlichen⁴⁸ Rechtsprechung gestützt. Die Auslegung der Handelsgerichte St. Gallen und Zürich, dass es sich bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts um keine vorsorgliche Massnahme handelt, steht mithin nachweislich im Widerspruch zur ZPO als auch zur bisherigen gefestigten Lehre und Gerichtspraxis. Der Auffassung der genannten Gerichte kann daher nicht gefolgt werden⁴⁹.

⁴⁵ Siehe Ziffer III., 3. hiervor.

⁴⁶ BSK ZGB II-SCHMID JÜRIG, N 7 zu Art. 961; SCHUMACHER RAINER, a.a.O., N. 548; BSK ZPO-MAZAN STEPHAN, N 19 zu Art. 249; CHK ZGB-DEILLON-SCHEGG BETTINA, N 2 zu Art. 961; TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich 2009, § 112 N 59; SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 3. Auflage, Zürich 2009, N 1774; BSK BGG-SCHOTT MARKUS, N 11 zu Art. 98; Seiler Hansjörg, SHK BGG, Bern 2007, N 9 zu Art. 98; STAHELIN ADRIAN/STAHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 27 N 13; BRITSCHGI ANDRÉ, Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht, Zürich 2008, S. 6; ZOBL DIETER/THURNHERR CHRISTOPH, Bauhandwerkerpfandrecht: Bemerkungen zum geltenden Recht sowie zum Revisionsvorentwurf, in: RIEMER HANS MICHAEL/KUHN MORITZ/VOCK DOMINIK/GEHRI MYRIAM A. (Hrsg.), Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, S. 487; SCHMID JÜRIG, Das Bauhandwerkerpfandrecht im Konkurs, in: TREX 2001, S. 151 und 154; KAPPELER RUDOLF, Das Bauhandwerkerpfandrecht bei Gesamtüberbauungen insbesondere die Dreimonatsfrist nach Art. 839 Abs. 2 ZGB, in: ZBGR 57 (1976), S. 275.

⁴⁷ Verfügung vom 16. Juni 2011 der Präsidentin der zweiten Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Geschäftsnummer LF110065); GVP (ZG) 2007 S. 228, E. 2a; RBOG 2007 S. 142, E. 2b; PKG 1995 S. 79, E. 4; ZWR 1993 S. 241, E. 1b; SOG 1990 Nr. 5, E. 6b; AGVE 1975 S. 70, E. 2b; ZR 87 (1988) S. 43, E. 2.

⁴⁸ BGE 83 III 138 E. 3 S. 142 f.; Urteil des Bundesgerichts 5P.195/2004 vom 23. August 2004, E. 1.2. f.; Urteil des Bundesgerichts 5P.411/2004 vom 15. März 2005, E. 1.2.; Urteil des Bundesgerichts 5A_102/2007 vom 29. Juni 2007, E. 1.3.; Urteil des Bundesgerichts 5A_227/2007 vom 11. Januar 2008, E. 1.2. Offen gelassen in Urteil des Bundesgerichts 5A_226/2011 vom 10. Juni 2011, E. 1.2.

⁴⁹ Gl. M. SCHUMACHER RAINER, a.a.O., N. 574; FREY GERHARD, OFV-Kommentar

³⁹ ZÜRCHER JOHANN, DIKE-Kommentar ZPO, N 21 zu Art. 262; SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/GEHRI MYRIAM A., Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Auflage, Bern 2010, § 5 N 276; TREIS MICHAEL, SHK-Kommentar ZPO, Bern 2010, N 6 zu Art. 262; BSK ZPO-SPRECHER THOMAS, N 3 und 18 zu Art. 262.

⁴⁰ Botschaft ZPO, 7354.

⁴¹ ROHNER THOMAS/WIGET MATTHIAS, OFV-Kommentar ZPO, N 2 zu Art. 261. Vgl. auch Art. 262 lit. e ZPO und Art. 269 ZPO.

⁴² Botschaft ZPO, 7349.

⁴³ SCHUMACHER RAINER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage, Zürich 2011, N. 574.

⁴⁴ Botschaft ZPO, 7353.

2. Art. 6 ZPO als zwingendes Recht

[Rz 21] Wie oben dargelegt, können die Handelsgerichte ihre Zuständigkeit nicht ablehnen, indem sie die vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten unzulässigerweise nicht als vorsorgliche Massnahmen qualifizieren. Es stellt sich daher die Frage, ob die Kantone eine von Art. 6 ZPO abweichende Regelung treffen dürfen, so wie es der Kanton Aargau mit § 13 Abs. 1 lit. a EG ZPO (AG) gemacht hat⁵⁰.

[Rz 22] Die Gerichtsorganisation ist nach Art. 3 ZPO grundsätzlich weiterhin Sache der Kantone. Da die sachliche und funktionelle Zuständigkeit der Gerichte untrennbar mit der Gerichtsorganisation verbunden ist⁵¹, bleibt deren Regelung ebenfalls dem kantonalen Recht vorbehalten, soweit die ZPO nichts anderes bestimmt (Art. 4 Abs. 1 ZPO). Die Umschreibung der sachlichen Zuständigkeit liegt somit vorbehaltlich einer besonderen gesetzlichen Regelung im Kompetenzbereich der Kantone⁵².

[Rz 23] Die ZPO überlässt es zwar dem freien Willen der Kantone, Handelsgerichte einzusetzen⁵³. Soweit die Kantone von der Option zur Errichtung eines Handelsgerichts jedoch Gebrauch machen, sind sie mit Bezug auf die sachliche Zuständigkeit an die Vorgaben des Bundesrechts gestützt auf die Derogationsnorm von Art. 49 BV⁵⁴ gebunden⁵⁵. Nur dort, wo das Bundesrecht den Kantonen ausdrücklich eine Wahlmöglichkeit zulässt (so z.B. bei Art. 6 Abs. 4 ZPO), haben die Kantone weiterhin einen beschränkten Einfluss auf die Festsetzung der sachlichen Zuständigkeit⁵⁶. Art. 6 Abs. 5 ZPO enthält hingegen eine zwingende Vorgabe hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit⁵⁷. Den Kantonen ist eine abweichende Regelung daher verwehrt⁵⁸. Art. 6 Abs. 5 ZPO schränkt somit die Organisationsautonomie der Kantone ein, wozu der Bund gemäss Art. 4 Abs. 1 ZPO i.V.m Art. 122 Abs. 2 BV berechtigt ist⁵⁹.

[Rz 24] SCHUMACHER betrachtet die Bestimmung von Art. 6 Abs. 5 ZPO indes nicht als zwingend, da Art. 6 Abs. 2 ZPO

nur die minimalen Schranken der Handelsgerichtsbarkeit festlege⁶⁰. Innerhalb dieser Schranken sei jeder Kanton autonom, die sachliche Zuständigkeit seines Handelsgerichts weiter einzuschränken. So könne die kantonale Gesetzgebung die Zuständigkeit des Handelsgerichts z.B. noch enger begrenzen, indem die Streitwertgrenze beispielsweise auf CHF 50'000.– erhöht werde⁶¹. Dem ist zu widersprechen. Der Begriff der handelsrechtlichen Streitigkeit wird in Art. 6 Abs. 2 ZPO bundesrechtlich abschliessend definiert. Die Kantone können daher keine zusätzlichen Bedingungen aufstellen⁶². Kantonale Einschränkungen des Begriffs der handelsrechtlichen Streitigkeit sind mithin nicht zulässig. Lediglich in den in Art. 6 Abs. 4 ZPO genannten Fällen, nicht jedoch bei Art. 6 Abs. 2 ZPO, steht es den Kantonen z.B. frei, höhere Streitwertgrenzen festzusetzen⁶³. Besteht ein Widerspruch zwischen einer bundes- und einer kantonalrechtlichen Bestimmung, geht erstere aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts vor (Art. 49 Abs. 1 BV).

[Rz 25] Für die Beurteilung von vorsorglichen Massnahmen, worunter nach dem Gesagten auch die vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten fällt, ist somit ausschliesslich das Handelsgericht gestützt auf Art. 6 Abs. 5 ZPO zuständig, sofern eine handelsrechtliche Streitigkeit gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO vorliegt. § 13 Abs. 1 lit. a EG ZPO (AG) widerspricht daher Art. 6 Abs. 5 ZPO und ist gestützt auf Art. 49 Abs. 1 BV nichtig⁶⁴, was von Amtes wegen zu berücksichtigen ist⁶⁵.

[Rz 26] In den drei anderen Handelsgerichtskantonen (Bern, Zürich und St. Gallen) sind die Regelungen betreffend die Zuständigkeit des Handelsgerichts in den Einführungsgesetzen jeweils so auszulegen, dass sie im Einklang mit Art. 6 Abs. 5 ZPO stehen. Dies ist aufgrund deren Wortlauts ohne Weiteres möglich.

3. Zuständigkeit des Handelsgerichts aufgrund der Prozessökonomie

[Rz 27] Da das Handelsgericht, sofern die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO erfüllt sind, unbestritten über die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zu entscheiden hat, ist es sinnvoll, wenn es auch für die Beurteilung der vorläufigen Eintragung sachlich zuständig ist, zumal es um dieselben Sach- und Rechtsfragen geht⁶⁶. Die Kompetenz-

ZGB, N 7 zu Art. 839.

⁵⁰ Siehe Ziffer III., 1. hiervor.

⁵¹ LAZPOULOS MICHAEL, OFV-Kommentar ZPO, N 25 zu Art. 249.

⁵² STAHELIN ADRIAN/STAEHLIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, a.a.O., § 9 N 3.

⁵³ Botschaft ZPO, 7261.

⁵⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

⁵⁵ BRUNNER ALEXANDER (Kommentar), a.a.O., N 12 zu Art. 4 und N 2 zu Art. 6; BRUNNER ALEXANDER (AJP), a.a.O., S. 1529.

⁵⁶ RÜETSCHI DAVID, a.a.O., N 16 zu Art. 6.

⁵⁷ GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, ZPO Kurzkommentar, Zürich 2010, N 6 zu Art. 6; REETZ PETER, Der neue Bauprozess – Tiefenbohrungen in der ZPO, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2011, Tagungsunterlage 2011, Freiburg 2011, S. 66.

⁵⁸ REETZ PETER, a.a.O., S. 67.

⁵⁹ SCHUMACHER RAINER, a.a.O., N. 572; BSK ZPO-VOCK DOMINIK, N 8 zu Art. 4; STAHELIN ADRIAN/STAEHLIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, a.a.O., § 9 N 3.

⁶⁰ SCHUMACHER RAINER, a.a.O., N. 568.

⁶¹ SCHUMACHER RAINER, a.a.O., Zürich 2011, N 570.

⁶² HÄRTSCH THEODOR, a.a.O., N 26 zu Art. 6; STAHELIN ADRIAN/STAEHLIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, a.a.O., § 9 N 7; RÜETSCHI DAVID, a.a.O., N 9 und 19 zu Art. 6.

⁶³ Botschaft ZPO, 7261.

⁶⁴ HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Auflage, Zürich 2008, N 1191.

⁶⁵ HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, a.a.O., N 1195.

⁶⁶ BRUNNER ALEXANDER (Kommentar), a.a.O., N 38 zu Art. 6.

attraktion zugunsten des Handelsgerichts drängt sich daher im Interesse eines einheitlichen Verfahrens und der Prozessökonomie auf⁶⁷. Ebenso ist zu betonen, dass für vorsorgliche Massnahmen *während* der Rechtshängigkeit einer Klage ohnehin das Handelsgericht zuständig wäre⁶⁸. SCHUMACHER vertritt hingegen die Ansicht, dass es angebrachter wäre, wenn die ordentlichen Gerichte für die Anordnung der vorläufigen Eintragung von Baupfandrechten zuständig wären, da diese in der Regel eine grössere Nähe zu den Grundbuchämtern haben. Ausserdem wäre eine Kompetenzattraktion zugunsten des Handelsgerichts nur prozessökonomisch, wenn der Einzelrichter im summarischen Verfahren später auch Instruktionsrichter des Hauptprozesses (vgl. Art. 124 Abs. 2 ZPO) wäre. Eine solche Kontinuität könne von den Handelsgerichten jedoch kaum gewährt werden⁶⁹. Es ist zwar zutreffend, dass die erstinstanzlichen Gerichte näher bei den Grundbuchämtern sind als das Handelsgericht, doch ist für die Beurteilung von Gesuchen um die vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten die Nähe zu den Grundbuchämtern weitgehend ohne Belang. SCHUMACHER ist insofern Recht zu geben, dass es grundsätzlich nur prozessökonomisch ist, wenn derselbe Richter sowohl über die vorläufige als auch über die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts entscheidet. Ob die Handelsgerichte die internen Abläufe entsprechend anpassen können, kann nicht abschliessend beurteilt werden, doch sollte es in der Regel zumindest möglich sein, dass derselbe Gerichtsschreiber beide Verfahren betreut. Für den Laien ist es hingegen schwer verständlich, warum zwei verschiedene Gerichte für ein- und denselben Lebenssachverhalt zuständig sein sollten. So ist es bereits vorgekommen, dass nachdem die vorläufige Eintragung vom ordentlichen Gericht bewilligt wurde, die Klage um definitive Eintragung wiederum beim nun sachlich unzuständigen ordentlichen Gericht und nicht beim zuständigen Handelsgericht eingereicht wurde. Ausserdem würde die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für die vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten zu einer Zersplitterung des Rechtsweges führen, da der Entscheid über die vorläufige Eintragung des ordentlichen Gerichts innerkantonal angefochten werden könnte, während das Urteil des Handelsgerichts betreffend die definitive Eintragung nur ans Bundesgericht weitergezogen werden könnte.

VI. Fazit

[Rz 28] Derzeit lehnen alle vier Handelsgerichte der Kantone Aargau, Bern, St. Gallen und Zürich ihre sachliche Zuständigkeit betreffend die vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten ab.

[Rz 29] Aufgrund des zwingenden Charakters von Art. 6 Abs. 2 ZPO und weil es sich bei der vorläufigen Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten um eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 262 ZPO handelt, sind die Handelsgerichte gestützt auf Art. 6 Abs. 5 ZPO verpflichtet, Gesuche um vorläufige Eintragungen von Bauhandwerkerpfandrechten zu behandeln, sofern eine handelsrechtliche Streitigkeit gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO vorliegt. Die Praxis der Handelsgerichte der Kantone Bern, St. Gallen und Zürich, auf solche Gesuche nicht einzutreten, ist daher bundesrechtswidrig. Im Kanton Aargau ist ausserdem die Bestimmung von § 13 Abs. 1 lit. a EG ZPO (AG), wonach das Handelsgericht nicht für die vorläufige Eintragung gesetzlicher Grundpfandrechte gemäss Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO zuständig ist, wegen der derogatorischen Kraft des Bundesrechts nichtig.

[Rz 30] Unternehmen ist bis zur definitiven Klärung der sachlichen Zuständigkeit durch das Bundesgericht zu empfehlen, in Kantonen, welche über ein Handelsgericht verfügen, Gesuche um die vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten sowohl beim Handelsgericht als auch beim ordentlichen Gericht einzureichen.

Manuela Rapold, LL.M., lic. iur., Rechtsanwältin, ist Associate bei Amstutz Greuter Rechtsanwälte, Bern.

Reto Ferrari-Visca, MLaw, ist Junior Associate bei Amstutz Greuter Rechtsanwälte, Bern.

* * *

⁶⁷ Botschaft ZPO, 7262; GORDON CLARA-ANN, OFV-Kommentar ZPO, N 8 zu Art. 6; HÄRTSCH THEODOR, a.a.O., N 37 zu Art. 6.

⁶⁸ REETZ PETER, a.a.O., S. 66.

⁶⁹ SCHUMACHER RAINER, a.a.O., N. 573.