

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE120345-O

U/dz

Mitwirkend: die Ersatzoberrichterin Franziska Egloff sowie der Gerichtsschreiber
Christian Fischbacher

Urteil vom 23. Oktober 2012

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ SA,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht / Sicherstellung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei festzustellen, dass die Beklagte für die klägerische Forderung im Betrag von CHF 667'494.65 mittels unbefristet gültiger Solidarbürgschaft der C._____ [Bank] hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB geleistet hat;
2. Das Grundbuchamt D._____ sei anzuweisen, das aufgrund des Urteils des Handelsgerichts Zürich vom 16. August 2012 zugunsten der Klägerin auf dem Grundstück der Beklagten an der E._____ -Strasse ..., ..., ..., ..., ... und ... in F._____ (Grundbuchblatt ..., Kat. Nr. ...) vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht vollumfänglich zu löschen;
3. Die Klägerin ist aufzufordern, innert der laufenden Frist von 60 Tagen gemäss Ziff. 2 des Urteils Klage auf Feststellung der Forderung sowie des Rechts auf Inanspruchnahme der Sicherheit einzuleiten, unter der Androhung, dass sonst Verzicht auf die Sicherstellung angenommen wird und die beklagte Partei die Freigabe der Sicherheit an die G._____ AG verlangen kann;
4. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Auftraggeberin der Klägerin, die G._____ AG, die Sicherheitsleistung zugunsten der Klägerin in eigenem Namen und auf eigene Rechnung provisorisch eingereicht hat, der Bestand der Forderung und die Pfandberechtigung nach wie vor sowohl von der Beklagten als auch von der G._____ AG bestritten ist und die Beklagte bzw. die G._____ AG sich sämtliche Einreden und Einwendungen bezüglich der Berechtigung der Sicherheit und der behaupteten, bestrittenen Werklohnforderung im ordentlichen Verfahren vorbehält;
5. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die G._____ AG das ordentliche Verfahren in eigenem Namen, auf eigene Kosten und eigenes Risiko anstelle der Beklagten führen wird;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin."

Die Einzelrichterin zieht in Erwägung:

1.

Mit Gesuch vom 19. Juli 2012 (Datum Poststempel) ersuchte die Klägerin um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf Liegenschaft Kat. Nr. ...,

GBBl. ..., E. _____-Strasse ..., ..., ..., ..., ... und ..., in F. _____, welche im Alleineigentum der Beklagten steht (act. 1 in Geschäft Nr. HE120289). Dem Gesuch wurde mit Verfügung vom 20. Juli 2012 superprovisorisch stattgegeben und der Beklagten Frist zur Stellungnahme angesetzt (Prot. S. 3 und act. 4 in Geschäft Nr. HE120289). Innert Frist reichte die Beklagte keine Stellungnahme zu den Akten, weshalb die superprovisorische Eintragung mit Urteil vom 16. August 2012 bestätigt wurde (Prot. S. 5 f. und act. 8 in Geschäft Nr. HE120289). Am 7. September 2012 (Datum Eingang) erreichte das Handelsgericht das eingangszitierte Gesuch der Beklagten, worin im Wesentlichen die Löschung des eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechtes infolge Ablösung durch eine genügende Sicherheit verlangt wird (act. 1). Als Sicherheit reichte die Beklagte eine Bürgschaftsverpflichtung der C. _____ vom 5. September 2012 (Referenz Nr. ...) zu den Akten (act. 2/5). Nachdem das vorangegangene Verfahren Geschäft Nr. HE120289 mit Erlass des genannten Urteils vom 16. August 2012 abgeschlossen war, wurde nunmehr ein neues Verfahren (Geschäft Nr. HE120345) eröffnet. Obschon die vormals Beklagte darin als Gesuchstellerin auftritt und eine Umkehr der Parteirollen die logische Folge wäre, behielt man in Übereinstimmung mit der Parteieingabe vom 7. September 2012 die Parteibezeichnungen bei. Mit Verfügung vom 12. September 2012 wurde der Klägerin Frist zur Stellungnahme zum beklagtischen Sicherstellungsbegehren angesetzt (Prot. S. 2 und act. 7). Die Stellungnahme erging am 3. Oktober 2007 (act. 10). Diese erwies sich als unklar, weshalb der Klägerin mit Verfügung vom 10. Oktober 2012 Frist zur Klarstellung resp. Ergänzung ihrer Begründung angesetzt wurde (Prot. S. 3 und act. 11). Die Klägerin reagierte darauf mit Eingabe vom 17. Oktober 2012 (act. 13).

2.

2.1. In der Eingabe vom 17. Oktober 2012 hat die Klägerin die von der Beklagten offerierte Sicherheit als hinreichend anerkannt. Demzufolge ist das Verfahren im Rahmen von Ziffer 1 und 2 des Rechtsbegehrens als durch Anerkennung erledigt abzuschreiben und das Grundbuchamt anzuweisen, das eingetragene Pfandrecht auf dem Grundstück der Beklagten an der E. _____-Strasse ..., ..., ..., ..., ...

und ... in F._____ (Grundbuchblatt ..., Kat. Nr. ...) nach Ablauf der Rechtsmittelfrist gegen diesen Entscheid zu löschen.

2.2. In Bezug auf Ziffer 3 des Rechtsbegehrens führt die Klägerin zutreffend aus, dass es keine Rechtsgrundlage dafür gibt, ihr eine Frist zur Einleitung einer Forderungsklage anzusetzen (act. 13 S. 2). Die klägerische Prosequierungspflicht im Sinne von Art. 263 ZPO umfasst lediglich die Klage auf Feststellung der Forderung *als Pfandsumme* sowie des Rechtes auf Inanspruchnahme der Sicherheit. Dieses Verfahren ist zu unterscheiden von der Forderungsklage gegen den Vertragspartner, welche allerdings in den meisten Fällen ebenfalls notwendig ist zur erstmaligen Verwertung des Pfandes. Der Zeitpunkt für die Anhängigmachung dieser Forderungsklage kann von der Klägerin frei gewählt werden (Dispositionsmaxime) und lässt den Anspruch auf Inanspruchnahme der Sicherheit unberührt. Auf Ziffer 3 des Begehrens ist deshalb insofern nicht einzutreten, als die Beklagte verlangt, es sei der Klägerin Frist zur Klage auf Feststellung der Forderung anzusetzen. Im Übrigen ist dem Antrag in Anwendung von Art. 263 ZPO zu entsprechen.

2.3. In Bezug auf Ziffer 4 des Begehrens ist festzuhalten, dass es einer solchen Feststellung nicht bedarf. Mit Leistung einer genügenden Sicherheit wird das Verfahren nur dann beendet, wenn die Sicherheit endgültig gestellt wird. Dies muss von der sicherheitsleistenden Partei ausdrücklich erklärt werden, andernfalls angenommen wird, dass der definitive Anspruch auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bzw. nunmehr auf Inanspruchnahme der Sicherheit weiterhin als bestritten gilt. Vorliegend hat die Beklagte ausdrücklich erklärt, dass der definitive Anspruch weiterhin bestritten werde, weshalb das Verfahren durch Auferlegung einer Prosequierungsfrist fortzuführen ist. Vormerk genommen werden müsste nach dem Gesagten nur von anerkennenden Parteierklärungen, die Einfluss auf das ordentliche Verfahren haben sollten. Ist dies – wie vorliegend – nicht der Fall, wird ohne weiteres davon ausgegangen, dass sich die Beklagte resp. deren Streitberufene sämtliche Einwendungen und Einreden gegen die Forderung und/oder die Pfandberechtigung der Klägerin für den ordentlichen Prozess vorbehalten haben.

2.4. In Bezug auf Rechtsbegehren Ziffer 5 ist die Beklagte schliesslich darauf hinzuweisen, dass eine Streitverkündung im Sinne von Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO oder ein Parteiwechsel im Sinne von Art. 83 Abs. 4 ZPO keine Wirkung über den hängigen Prozess hinaus entfaltet. Sollte deshalb die G._____ AG das ordentliche Verfahren in eigenem Namen, auf eigene Kosten und eigenes Risiko anstelle der Beklagten führen wollen, so haben die Parteien die entsprechenden Massnahmen im ordentlichen Verfahren zu ergreifen; insbesondere ist für den Parteiwechsel ohne Veräusserung des Streitobjekts die Zustimmung der Gegenpartei erforderlich (Art. 83 Abs. 4 ZPO). In Bezug auf die Passivlegitimation der Beklagten im ordentlichen Prozess hat die Ankündigung in Ziffer 5 des Begehrens keine Auswirkungen.

3.

Da über den Pfand- bzw. Sicherstellungsanspruch der Klägerin noch nicht definitiv entschieden ist und im ordentlichen Verfahren erst noch festzustellen sein wird, ob die Klägerin endgültig obsiegt, rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren lediglich eine einstweilige Kosten- und Entschädigungsregelung zu treffen. Vorbehalten bleibt die endgültige Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen durch das ordentliche Gericht. Ausgangsgemäss sind die Kosten einstweilen der Klägerin aufzuerlegen. Für den Fall, dass diese ihren Anspruch auf definitive Feststellung des Sicherstellungsanspruchs nicht prosequiert, ist der Beklagten eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.

Die Einzelrichterin erkennt:

1. Es wird festgestellt, dass die Beklagte hinreichende Sicherheit geleistet hat für die zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.
2. Das Grundbuchamt D._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. August 2012 (Geschäft-Nr. HE120289) vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach Ab-

lauf der Rechtsmittelfrist gegen dieses Urteil vollumfänglich zu löschen auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBl. ...,

E. _____-Strasse ..., ..., ..., ..., ... und ..., F. _____,

für eine Pfandsumme von CHF 667'494.65.

3. Im Übrigen wird auf das Gesuch des Beklagten nicht eingetreten.
4. Der Klägerin wird eine Frist von 30 Tagen ab Ablauf der Rechtsmittelfrist gegen dieses Urteil angesetzt, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf Feststellung der Forderung als Pfandsumme sowie des Rechtes auf Inanspruchnahme der Sicherheit anzuheben, unter der Androhung, dass sonst Verzicht auf die Sicherstellung angenommen wird und die Beklagte die Freigabe der Sicherheit verlangen kann.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 8'000.–.
6. Die Kosten werden von der Klägerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die Klägerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 4 die Klage nicht anhängig macht, wird ihr die Entscheidgebühr definitiv auferlegt.
7. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Klägerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 4 angesetzte Frist zur Anhebung der Klage, wird sie verpflichtet, der Beklagten für das bisherige Verfahren vor allen Instanzen eine Parteient-schädigung von CHF 9'000.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 13 sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt D. _____. Zustellung von act. 5 (Bürgschaftsverpflichtung der C. _____ vom 5. September 2012; Ref.Nr. ...) an die Klägerin nach Ablauf der Rechtsmittelfrist.
9. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 667'494.65.

Zürich, 23. Oktober 2012

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. Christian Fischbacher