

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE140175-O

U/ee

Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, sowie Gerichtsschreiberin Katja Diethelm

Urteil vom 30. September 2014

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Beklagte

sowie

C._____ AG,

Nebenintervenientin

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:
(act. 1 sinngemäss)

Es sei das Grundbuchamt D. _____ im Sinne von Art. 961 ZGB anzuweisen, zugunsten der Klägerin ein Pfandrecht *vorläufig* im Grundbuch einzutragen auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ..., E. _____-Strasse ..., .../F. _____-Strasse ..., ... Zürich, für eine Pfandsumme von CHF 43'765.55 nebst Zins zu 5% seit 15. Mai 2014.

Ergänzttes Rechtsbegehren:
(act. 21 S. 2 und act. 29 S. 3)

- "1. An den Anträgen der Klage wird festgehalten.
2. Die C. _____ AG sei als Nebenintervenientin zuzulassen.
3. Es sei festzustellen, dass die Nebenintervenientin mit der Bankgarantie der UBS AG vom 12. August 2014 eine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB über den geltend gemachten Betrag von CHF 43'765.55, zuzügl. Zins zu 5% seit 15. Mai 2014, erbracht hat.

Gestützt auf die eingereichte Bankgarantie sei das vorläufig eingereichte Bauhandwerkerpfandrecht auf der Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ..., im Grundbuch zu löschen.
4. Es sei festzustellen, dass die Nebenintervenientin mit der Bankgarantie der UBS AG vom 12. August 2014 eine definitive Sicherheit (analog einem definitivem Bauhandwerkerpfandrecht) erbracht hat.

Gestützt darauf sei das vorliegende Verfahren definitiv abzuschliessen. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens seien definitiv der Nebenintervenientin, eventualiter der Beklagten, aufzuerlegen.

Die Nebenintervenientin, eventualiter die Beklagte, sei zu verpflichten, der Klägerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen.
5. Eventualiter für den Fall, dass das Handelsgericht die eingereichte Sicherheit nicht als definitiv, sondern lediglich als provisorisch zur Ablösung des provisorisch eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts qualifiziert, sei der Klägerin eine Frist von zwei Monaten nach Rechtskraft des Entscheides anzusetzen, um Klage betreffend Bestand und Umfang des Pfandrechts bzw. der Sicherheit anzuheben.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Nebenintervenientin bzw. der Beklagten.

6. Die Anträge der Nebenintervenientin seien abzuweisen, sofern sie in Widerspruch zu den vorstehenden Anträgen der Klägerin stehen.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und der Nebenintervenientin."

Der Vizepräsident zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Klägerin machte ihr Gesuch am 23. Mai 2014 hierorts anhängig (act. 1; act. 2; act. 3/1-8). Mit superprovisorischer Verfügung vom 23. Mai 2014 wurde das Grundbuchamt D._____ zur vorläufigen Eintragung einer Pfandsumme von CHF 43'765.55 nebst Zins zu 5% seit 15. Mai 2014 auf der Liegenschaft Kat. Nr. ..., GGBI. ..., E._____ -Strasse ..., .../F._____ -Strasse ..., ... Zürich, angewiesen. Mit derselben Verfügung wurde der Beklagten Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 4).

Mit Eingabe vom 16. Juni 2014 stellte die C._____ AG das Begehren, im vorliegenden Verfahren als Nebenintervenientin im Sinne von Art. 74 ff. ZPO zur Unterstützung der Beklagten zugelassen zu werden. Ferner reichte sie unter anderem eine Bankgarantie der UBS AG im Original ein und stellte den Antrag, dass das Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen sei (act. 11; act. 12/1-3). Der Klägerin und der Beklagten wurde daraufhin mit Verfügung vom 17. Juni 2014 Frist angesetzt, um zum Nebeninterventionsbegehren Stellung zu nehmen (act. 13).

Die Klägerin gab mit Eingabe vom 25. Juni 2014 bekannt, dass sie sich fortan von Rechtsanwalt Dr. X._____ vertreten lassen werde und es ihr infolge seiner Ferienabwesenheit nicht möglich sei, innert der angesetzten Frist eine Stellungnahme zu verfassen; sie ersuche daher um eine Firsterstreckung bis zum 14. Juli 2014 (act. 15). Mit Eingabe vom 23. Juni 2014 erklärte sich die Beklagte damit einverstanden, dass die C._____ AG dem Verfahren als Nebenintervenientin beitrete (act. 18). Am 27. Juni 2014 verfügte das Einzelgericht, dass die Eingabe der Klägerin und der Beklagten jeweils der anderen Partei und der C._____ AG zuge-

stellt wird. Des Weiteren wurde verfügt, dass der Klägerin die gemäss Ziffer 2 der Verfügung vom 17. Juni 2014 laufende Frist bis zum 14. Juli 2014 erstreckt wird (act. 19).

Die Klägerin reichte innert Frist ihre Eingabe samt Beilagen ein und stellte die Anträge, dass die C._____ AG als Nebenintervenientin zuzulassen sei und die von der Nebenintervenientin eingereichte Bankgarantie der UBS AG in der eingereichten Form als Sicherheit zur Ablösung des Bauhandwerkerpfandrechts abzulehnen sei (act. 21; act. 22/2-9). Mit Verfügung vom 24. Juli 2014 wurde die C._____ AG als Nebenintervenientin zur Unterstützung der Beklagten zugelassen und das Doppel der klägerischen Eingabe (act. 21) samt Beilagen (act. 22/2-9) der Beklagten und der Nebenintervenientin zugestellt. Sodann wurde der Nebenintervenientin Frist zur Einreichung einer Bankgarantie angesetzt, welche eine Zahlungsgarantie über CHF 43'765.55 nebst Zins zu 5% seit dem 15. Mai 2014 enthält (act. 23).

Am 14. August 2014 reichte die Nebenintervenientin eine neue Bankgarantie der UBS AG vom 12. August 2014 im Original ein, welche eine Zahlungsgarantie über CHF 43'765.55 nebst Zins zu 5% seit dem 15. Mai 2014 enthält (act. 25; act. 26).

Mit Verfügung vom 15. August 2014 wurde der Klägerin erneut Frist angesetzt, um zum Sicherstellungs- bzw. Löschantrag Stellung zu nehmen (act. 27). Die Klägerin reichte innert Frist ihre Stellungnahme ein und warf die Frage auf, ob die eingereichte Bankgarantie als definitive Sicherheit erbracht worden sei oder ob es sich dabei lediglich um eine vorläufige Sicherheit zur Ablösung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts handle (act. 29).

Mit Verfügung vom 9. September 2014 wurde der Nebenintervenientin eine einmalige Frist angesetzt, um sich zur Eingabe der Klägerin zu äussern (act. 30). Mit Eingabe vom 19. September 2014 erklärte die Nebenintervenientin, dass es sich bei der eingereichten Bankgarantie um eine definitive Sicherheit handle (act. 32). Die Beklagte teilte mit Schreiben vom 23. September 2014 mit, dass sie mit der Eingabe der Nebenintervenientin vom 19. September 2014 (act. 32) einverstanden sei (act. 33). Am 25. September 2014 teilte die Klägerin dem Gericht mit,

dass ihr die Nebenintervenientin den Betrag von CHF 38'513.30 bezahlt habe. Die erfolgte Zahlung bedeute eine Anerkennung der Forderung und bewirke, dass das vorliegende Verfahren im Umfang der erfolgten Zahlung nicht nur provisorisch, sondern definitiv beendet werde (act. 34; act. 35).

2. Teilweise Bezahlung der Forderung sowie hinreichende und definitiv geleistete Sicherheit

2.1. Die Nebenintervenientin hat der Klägerin den Betrag von CHF 38'513.30 überwiesen, welchen die Klägerin am 25. September 2014 (Valutadatum) erhalten hat (act. 34; act. 35). Damit hat die Nebenintervenientin die Klage im Umfang des erwähnten Betrages anerkannt.

2.2. Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB kann die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer oder ein Dritter für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet. Ein bereits eingetragenes Pfandrecht ist in diesem Fall zu löschen. Sofern der Unternehmer die Sicherheit nicht als genügend anerkennt, stellt das Gericht fest, ob die Sicherheit für die angemeldete Forderung hinreichend im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB ist (vgl. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N 1314 f.). Ist eine Sicherheit definitiv geleistet worden, ist ein pendentes Gerichtsverfahren (summarisches Verfahren betreffend Vormerkung bzw. Hauptprozess betreffend die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts) zu beenden (SCHUMACHER, a.a.O., N. 1311).

2.3. Die Klägerin anerkennt die zu ihren Gunsten eingereichte Sicherheit (Garantie Nr. ... der UBS AG vom 12. August 2014, act. 26) als hinreichend (act. 29 S. 1). Sodann bestätigt die Nebenintervenientin ausdrücklich, dass es sich bei der von ihr eingereichten Bankgarantie um eine definitive Sicherheit handle (act. 32). Die Beklagte erklärte sich mit der Eingabe der Nebenintervenientin, dass die von ihr eingereichte Bankgarantie als definitive Sicherheit anzusehen sei, ebenfalls vollumfänglich einverstanden (act. 33). Demnach ist auch die Löschung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts im Umfang der verbliebenen CHF 5'252.25 anzuordnen, und es ist das Grundbuchamt D. _____ anzuweisen,

das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht – nach Vorliegen der Vollstreckbarkeit und Eintritt der Rechtskraft – vollumfänglich zu löschen. Das vorliegende Verfahren ist als gegenstandslos abzuschreiben.

2.3. Die Bankgarantie Nr. ... der UBS AG vom 12. August 2014 (act. 26) wurde zugunsten der Klägerin ausgestellt und ist demzufolge – nach Vorliegen der Vollstreckbarkeit und Eintritt der Rechtskraft – an die Klägerin herauszugeben. Daran ändert auch die Zahlung eines Teils der Summe gemäss Bankgarantie nichts.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. Das Verfahren zwischen der Klägerin und der Beklagten ist einerseits durch die Zahlung von CHF 38'513.30, andererseits durch die Sicherheitsleistung gegenstandslos geworden.

Die Kosten des vorliegenden Verfahrens sind daher definitiv zu regeln.

3.2. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden der unterliegenden Partei die Prozesskosten auferlegt. Bei einer Anerkennung der Klage gilt die beklagte Partei als unterliegend. Sind am Prozess mehrere Personen als Haupt- oder Nebenparteien beteiligt, so bestimmt das Gericht nach Art. 106 Abs. 3 ZPO ihren Anteil an den Prozesskosten. Das Gericht kann hierbei auch auf eine solidarische Haftung erkennen. Die Zivilprozessordnung regelt nicht ausdrücklich, inwieweit ein Nebenintervenient kostenpflichtig wird. Zu prüfen ist, in welchem Umfang eine solche Partei Kosten (mit)verursacht hat (JENNY, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2013, 2. Aufl., N 18 zu Art. 106 ZPO).

Sodann liegt die Verteilung der Prozesskosten im Ermessen des Gerichts, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben und das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Bei Gegenstandslosigkeit berücksichtigt das Gericht, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat und wie der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre. Dabei sind die Prozessaussichten ohne Verursachung weiterer Umtriebe aufgrund der Aktenlage zu prüfen. Lässt sich der mutmassliche Ausgang des Verfahrens nicht ohne Weiteres feststellen, wird in erster Linie jene Partei entschädigungspflichtig, die das gegenstandslose Verfah-

ren veranlasst hat oder bei welcher die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens geführt haben (URWYLER, in: DIKE-Kommentar zur ZPO, 2011, N 8 zu Art. 107 ZPO). Stellt das Gericht fest, dass eine Sicherheit hinreichend ist und ist diese mit ausdrücklicher Erklärung definitiv geleistet worden, so sind die Gerichts- und Parteikosten gleich zu verteilen, wie wenn in diesem Verfahren der Grundeigentümer den Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch anerkannt hat (SCHUMACHER, a.a.O., N. 1311).

3.3. Die Klägerin beantragt in ihrer Eingabe vom 3. September 2014, dass der Nebenintervenientin, eventualiter der Beklagten, die Kosten für das vorliegende Verfahren aufzuerlegen seien und die Nebenintervenientin ihr eine Parteientschädigung zu bezahlen habe (act. 29 S. 2 sowie S. 3 Ziffer 3). Demgegenüber beantragt die Nebenintervenientin, dass die Klägerin die Prozesskosten zu tragen habe (act. 32 mit Hinweis auf act. 11, S. 2 Ziffer 6). Die Klägerin habe es vorgezogen, direkt ein Gesuch um superprovisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu stellen, ohne der Nebenintervenientin vorgängig eine vertragskonforme und nachvollziehbare Schlussabrechnung zukommen zu lassen. Die Nebenintervenientin habe erst gestützt auf die im vorliegenden Verfahren eingereichten Belege und erhobenen Behauptungen die Möglichkeit erhalten, den Sicherstellungsanspruch der Klägerin nachzuvollziehen. Diesem Umstand sei bei der Verteilung und allenfalls bei der Bemessung der Prozesskosten angemessene Rechnung zu tragen (act. 11 S. 5; act. 32).

3.4. Zunächst gilt es festzuhalten, dass die Nebenintervenientin der Klägerin den Betrag von CHF 38'513.30 bezahlt hat (act. 34; act. 35). In diesem Umfang hat die Nebenintervenientin die klägerische Forderung anerkannt, weshalb ihr die Kosten gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO aufzuerlegen sind. Sodann ist die Gegenstandslosigkeit im Betrag der restlichen CHF 5'252.25 im vorliegenden Fall von der Nebenintervenientin veranlasst worden, da sie eine definitive Sicherheit im Umfang von CHF 43'765.55 (worin die nach Abzug der bereits beglichenen CHF 38'513.30 verbleibenden CHF 5'252.25 enthalten sind) zur Ablösung des Bauhandwerkerpfandrechts geleistet hat. Zu dieser Ablösung war die Nebenintervenientin als Totalunternehmerin verpflichtet, da sie mit der Beklagten als Grund-

eigentümerin die vertragliche Vereinbarung hatte, Bauhandwerkerpfandrechte abzulösen und den Rechtsstreit auf eigene Kosten zu übernehmen (vgl. act. 11 S. 3; act. 12/2 S. 10 Ziff. 9.2.2-9.2.3). Demzufolge sind der Nebenintervenientin auch diesbezüglich die Prozesskosten im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO aufzuerlegen. Das Vorbringen der Nebenintervenientin, wonach die Klägerin ihr vorgängig keine vertragskonforme und nachvollziehbare Schlussabrechnung habe zukommen lassen, vermag nicht zu überzeugen. Eine Handwerkerin oder Unternehmerin hat Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts, solange die gesetzlichen Voraussetzungen nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB eingehalten sind. Eine Treuepflicht, der Grundeigentümerin oder (wie vorliegend) der Totalunternehmerin eine Schlussabrechnung zuzustellen und vorgängig über die Absicht, ein Gesuch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu stellen, informieren zu müssen, besteht nicht. Es sind daher keine Gründe ersichtlich, die ein Abweichen von der vorgenommenen Prozesskostenverteilung als angezeigt erscheinen liessen.

3.5. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 43'765.66 (act. 1 S. 2). Der Verfahrensaufwand war aufgrund der zahlreichen Eingaben (siehe vorne E. 1.) vergleichsweise beträchtlich. In Anwendung von § 4 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 5'000.– festzusetzen. Sodann ist die Nebenintervenientin zu verpflichten, der Klägerin in Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 4'300.– zu bezahlen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Es wird festgestellt, dass die Nebenintervenientin mit der Bankgarantie (Zahlungsgarantie) Nr. ... der UBS AG, ... Zürich, vom 12. August 2014 eine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB definitiv geleistet hat

für die zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.

2. Das Verfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Das Grundbuchamt D._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 23. Mai 2014 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach Vorliegen der Vollstreckbarkeit und Eintritt der Rechtskraft vollumfänglich zu löschen, auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ..., E. _____-Strasse ..., .../F. _____-Strasse ..., ... Zürich, für eine Pfandsumme von CHF 43'765.55 nebst Zins zu 5% seit 15. Mai 2014.
4. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Bankgarantie Nr. ... der UBS AG vom 12. August 2014 (act. 26) nach – vorliegen der Vollstreckbarkeit und Eintritt der Rechtskraft – an die Klägerin herauszugeben.
5. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 5'000.–.
6. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 5 werden der Nebenintervenientin auferlegt.
7. Die Nebenintervenientin wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 4'300.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Hauptparteien und die Nebenintervenientin, an die Beklagte und die Nebenintervenientin je unter Beilage eines Doppels von act. 34 und act. 35 sowie – nach Vorliegen der Vollstreckbarkeit und Eintritt der Rechtskraft – (a) an die Obergerichtskasse unter Beilage des Originals der Bankgarantie (Zahlungsgarantie) Nr. ... der UBS AG, ... Zürich, vom 12. August 2014 (act. 26) und (b) an das Grundbuchamt D._____.
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 43'765.55.

Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten *nicht* (Art. 46 Abs. 2 BGG).

Zürich, 30. September 2014

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Katja Diethelm