

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE140286-O

U1/ee

Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, sowie Gerichtsschreiber Zeno Schönmann

## Urteil vom 29. September 2014

in Sachen

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

Klägerin

vertreten durch lic. iur. X1. \_\_\_\_\_ und MLaw X2. \_\_\_\_\_

gegen

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

Beklagte

sowie

**C. \_\_\_\_\_ AG,**

Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. \_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**

(act. 2 S. 2)

- " 1. Das Grundbuchamt D. \_\_\_\_\_ sei richterlich anzuweisen, auf folgendem Grundstück ein provisorisches Bauhandwerkerpfandrecht vorzumerken:  
Grundbuch Blatt 1, Liegenschaft, Kataster Nr. 2, E. \_\_\_\_\_-Strasse 3, 4, 5 und 6  
zu Gunsten der: A. \_\_\_\_\_ AG  
  ...strasse ...  
  ... [PLZ] ...  
im Betrag von CHF 336'381.95 nebst Zins von je 5 % auf den Betrag von CHF 162'000.– seit 29. Dezember 2013, auf den Betrag von CHF 108'000.– seit 18. Januar 2014 und auf den Betrag von CHF 66'381.95 seit 18. September 2014.
2. In einer superprovisorischen Verfügung sei das Grundbuchamt D. \_\_\_\_\_ sofort anzuweisen, das hiavor beantragte Bauhandwerkerpfandrecht sofort vorläufig im Grundbuch vorzumerken.
3. Der Gesuchstellerin sei eine Frist von vier Monaten, gerechnet ab Rechtskraft des Befehlsentscheides betreffend vorläufige Vormerkung anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin einzureichen."

**Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

1. Das vorliegende Verfahren wurde mit am 19. August 2014 überbrachter Eingabe anhängig gemacht (act. 1-4). Mit Verfügung vom 20. August 2014 wurde dem klägerischen Gesuch um Eintragung eines Pfandrechts zulasten des im Rechtsbegehren genannten Grundstücks der Beklagten – einstweilen ohne diese anzuhören – stattgegeben und das Grundbuchamt angewiesen, das Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig erging die Aufforderung an die Beklagte, zum klägerischen Begehren Stellung zu nehmen (Prot. S. 3 f.; act. 5). Auf entsprechende Gesuche hin (act. 9/1; act. 10-12) wurde mit Verfügung vom 12. September 2014 von der Intervention der streitberufenen C. \_\_\_\_\_ AG als Nebenintervenientin zur Unterstützung der Beklagten Vormerk genommen und die Frist zur Beantwortung des klägerischen Begehrens erstreckt (Prot. S. 5 f.; act. 15). Gleichentags überwies die Nebenintervenientin – wie mit Schreiben vom

11. September 2014 angekündigt (act. 13) – CHF 431'000.– an die Obergerichtskasse als Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB (act. 17). Daraufhin wurde der Beklagten und der Nebenintervenientin die Frist zur Beantwortung des klägerischen Begehrens abgenommen, und der Klägerin wurde sodann Frist angesetzt, um sich zur geleisteten Sicherheit zu äussern (Prot. S. 7 f.; act. 18). Mit Schreiben vom 22. September 2014 anerkannte die Klägerin die von der Nebenintervenientin geleistete Barkautio n als hinreichende Sicherheit (act. 20).

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 ausdrücklich als genügend anerkennt, stellt das Gericht fest, ob die Sicherheit für die angemeldete Forderung *hinreichend* im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB ist (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Zürich/Basel/Genf, 3. Aufl. 2008, N 1312 ff.).

Erwähntermassen hat die Klägerin die von der Nebenintervenientin an die Obergerichtskasse geleistete Barkautio n als hinreichende Sicherheit anerkannt (act. 20), wovon Vormerk zu nehmen ist. Nach dem Gesagten (vgl. auch Prot. S. 7 f.; act. 18) erfolgt deshalb keine gerichtliche Überprüfung der Sicherheit. Das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ ist anzuweisen, das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach Vorliegen der Vollstreckbarkeit und Eintritt der Rechtskraft zu löschen.

3. Mit Leistung einer genügenden Sicherheit wird der Streit nur dann beendet, wenn die Sicherheit *definitiv* bestellt wird. Im vorliegenden Fall leistete die Nebenintervenientin die Sicherheit nur zur Ablösung des *vorläufig* eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts. Die Nebenintervenientin bestreitet einen definitiven Anspruch auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bzw. nunmehr auf Inanspruchnahme der Sicherheit ausdrücklich (act. 13 S. 2), weshalb darüber ein Prozess zu führen ist. Die Prosequierungslast trifft dabei nach wie vor die Klägerin. An die Stelle des Grundstückes als Sicherheit tritt jedoch die gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB zu leistende Sicherheit, weshalb die diese Sicherheit leistende Per-

son an die Stelle der Beklagten tritt. Deren Interesse als vom Pfandrecht Betroffene, sich auf einen Prozess mit der Klägerin einzulassen, fällt weg. Es wird ersetzt durch das Interesse der Person, die je nach Prozessausgang definitiv Sicherheit zu leisten hat. Nachdem die Sachlegitimation der Parteien durch ihre Beziehung zum Streitgegenstand bestimmt wird und die definitive Leistung der Sicherheit den Streitgegenstand darstellt, ist die Sicherheit leistende Person und nicht die Grundeigentümerin vor dem ordentlichen Richter ins Recht zu fassen; sie ist somit in jenem Prozess passivlegitimiert. Der Wechsel in der Sicherheit führt demzufolge für das ordentliche Verfahren nach Ansicht des Handelsgerichts zu einem Parteiwechsel auf der Beklagten-Seite (a.A. SCHUMACHER, a.a.O., N. 1306, welcher nach wie vor die Grundeigentümerin als passivlegitimierte Person betrachtet). Der Klägerin ist daher Frist anzusetzen, um beim zuständigen Gericht gegen die Sicherheit leistende Nebenintervenientin auf definitive Bestellung und Inanspruchnahme der Sicherheit zu klagen. Es ist der Klägerin aber freigestellt, auch oder nur die Grundeigentümerin ins Recht zu fassen, falls sie diese Rechtsauffassung nicht teilt. Die Parteirollenzuteilung liegt damit in der Verantwortung der Klägerin und wird deshalb nicht fixiert.

4. Da die Aus- bzw. Rückzahlung der Barkautions an die Klägerin bzw. an die Nebenintervenientin von der Durchführung bzw. vom Ausgang des ordentlichen Prozesses abhängt, ist die Obergerichtskasse anzuweisen, die geleistete Barkautions in der Höhe von CHF 431'000.– bis zum definitiven Abschluss des Verfahrens um definitive Bestellung und Inanspruchnahme der Sicherheit bzw. bis zur allfälligen Mitteilung, dass kein solches stattgefunden hat, zu verwahren und nur auf gerichtliche Anordnung hin freizugeben.

5. Das Verfahren zwischen der Klägerin und der Beklagten ist durch die Sicherheitsleistung gegenstandslos geworden. Da sich ein ordentliches Verfahren zwischen diesen Parteien – wie erwähnt – voraussichtlich nicht mehr anschliesst, sondern die Klägerin die Nebenintervenientin ins Recht zu fassen hat, sind die Kosten des vorliegenden Verfahrens definitiv zu regeln.

Bei Gegenstandslosigkeit werden die Prozesskosten nach gerichtlichem Ermessen des Gerichts verteilt, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 107

Abs. 1 lit. e ZPO). Dabei berücksichtigt das Gericht, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat und wie der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre. Die Prozessaussichten sind 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 Verfahren veranlasst hat oder bei welcher die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens geführt haben (URWYLER, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N. 8).

Die Gegenstandslosigkeit ist im vorliegenden Fall von keiner Partei veranlasst worden, da die Sicherheit zur Ablösung des Bauhandwerkerpfandrechtes von der Nebenintervenientin geleistet worden ist. Welche Partei mutmasslich obsiegen wird, lässt sich heute nicht abschätzen; ob der klägerische Sicherstellungsanspruch definitiv besteht, wird sich erst im entsprechenden ordentlichen Prozess zeigen. Da die Klägerin das Verfahren um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes im Grundbuch angehoben hat, sind ihr die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. Es ist ihr aber unbenommen, diese Auslage im Prozess gegen die Nebenintervenientin als Schadensposten geltend zu machen.

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 336'381.95. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 5'000.– festzusetzen.

Mangels Antrags und Umtrieben ist der Beklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Das Einzelgericht erkennt:**

1. Es wird vorgemerkt, dass die Klägerin die von der Nebenintervenientin an die Obergerichtskasse geleistete Barkaution in der Höhe von CHF 431'000.– als hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB anerkannt hat.
2. Das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung vom 20. August 2014 zu Gunsten der Klägerin vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach Vorliegen der Vollstreckbarkeit und Eintritt der Rechtskraft vollumfänglich zu löschen auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBI. 1, E.\_\_\_\_\_ -Strasse 3, 4, 5 und 6, ... [PLZ] ..., für eine Pfandsumme von CHF 336'381.95 nebst Zins zu 5 %
  - auf den Betrag von CHF 162'000.– seit 29. Dezember 2013,
  - auf den Betrag von CHF 108'000.– seit 18. Januar 2014 und
  - auf den Betrag von CHF 66'381.95 seit 18. September 2014.
3. Der Klägerin wird eine Frist bis 1. Dezember 2014 angesetzt, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Bestellung und Inanspruchnahme der Sicherheit anzuheben. Bei Säumnis wird Verzicht auf die Sicherstellung angenommen, so dass die Nebenintervenientin die Auszahlung der Barkaution in der Höhe von CHF 431'000.– verlangen kann.
4. Die Gerichtskosten werden festgesetzt auf CHF 5'000.–.
5. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
6. Schriftliche Mitteilung an die Hauptparteien und die Nebenintervenientin, an die Beklagte und die Nebenintervenientin je unter Beilage eines Doppels von act. 20, sowie – nach Vorliegen der Vollstreckbarkeit und Eintritt der Rechtskraft (a) an die Obergerichtskasse (mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass die Sicherheit nur aufgrund eines ausdrücklichen gerichtlichen Entscheids freigegeben werden darf) und (b) an das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_.

7. 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 dem Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 336'381.95.  
Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten *nicht* (Art. 46 Abs. 2 BGG).

Zürich, 29. September 2014

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Zeno Schönmann