

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE140501-O

U/ee

Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, sowie der Gerichtsschreiber Dr. Thomas Steininger

## Urteil vom 21. Januar 2015

in Sachen

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

Klägerin

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

gegen

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

Beklagte

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei auf dem Grundstück Gbbl. ..., Kat.-Nr. ..., C. \_\_\_\_\_-Strasse 1, 2, 3, D. \_\_\_\_\_-Strasse 1, 2, 3, 4, 5 in E. \_\_\_\_\_, ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsomme von CHF 116'922.85 nebst 5 % Zins seit Einleitung des Gesuchs superprovisorisch und vorläufig im Grundbuch einzutragen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MwSt.) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

**Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

1. Das vorliegende Verfahren wurde mit Eingabe vom 15. Dezember 2014 (Datum Poststempel) hierorts anhängig gemacht (act. 1). Mit Verfügung vom 15. Dezember 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 E. \_\_\_\_\_ wurde 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. 4). Mit Eingabe vom 22. Dezember 2014 bestritt die Beklagte jedwelche Verpflichtung gegenüber der Klägerin, erklärte sich jedoch bereit dazu, einen vom Gericht festgelegten Betrag zur Sicherstellung der Pfandforderung fristgerecht zu leisten. Sie bat daher um Fristansetzung, um die Angabe der Höhe des zu hinterlegenden Betrags sowie um die Angabe des Zahlungskontos (act. 11). Mit Verfügung vom 29. Dezember 2014 wurde die Klägerin aufgefordert, zur Höhe der zu hinterlegenden hinreichenden Sicherheitsleistung Stellung zu nehmen (Prot. S. 7 f.; act. 12). Mit Eingabe vom 6. Januar 2015 trug die Klägerin selbst vor, dass ihrer Ansicht nach die Hinterlegung eines Geldbetrags in der Höhe von CHF 146'153.35 eine hinreichende Sicherheit darstellen würde (act. 14). Mit Eingabe vom 15. Januar 2015 brachte die Beklagte dem Gericht zur Kenntnis, dass die Bestellerin des Werkvertrages mit der Klägerin, die F. \_\_\_\_\_ AG, E. \_\_\_\_\_, eine Zahlung in dieser Höhe an die Gerichtskasse des Obergerichts des Kantons Zürich geleistet hatte (act. 17). Als Beweis reichte sie die Details der Kontobuchung ein (act. 18). Gemäss Auskunft der Obergerichts-

kasse vom 20. Januar 2015 wurde eine Barkaution in der Höhe von CHF 146'153.35, Valuta 15. Januar 2015, durch die F.\_\_\_\_\_ AG geleistet (Prot. S. 10; vgl. auch act. 19).

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.). Vorliegend führte die Klägerin die Betragshöhe selbst mittels Eingabe in den Prozess ein, womit sie explizit erklärt, dass sie diesen Betrag als hinreichend erachte (vgl. act. 14). Hiervon ist Vormerk zu nehmen. Es erfolgt daher keine gerichtliche Überprüfung der Sicherheit. Das Grundbuchamt E.\_\_\_\_\_ ist anzuweisen, das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach Vorliegen der Vollstreckbarkeit und Eintritt der Rechtskraft zu löschen.

3. Mit Leistung einer hinreichenden Sicherheit wird der Streit nur dann beendet, wenn die Sicherheit definitiv bestellt wird. Ohne ausdrückliche Erklärung darf der Richter nicht annehmen, der Sicherstellungsanspruch des Unternehmers sei anerkannt und die Ersatzsicherheit definitiv bestellt worden. 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 Person 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 (unver-

bindlicher) Ansicht des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich - 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 auf definitive Bestellung und Inanspruchnahme der Sicherheit zu klagen. Es liegt aber in der alleinigen Verantwortung der Klägerin, ob sie die Klage gegen die Sicherheit leistende F.\_\_\_\_\_ AG und / oder (nur) die vorliegende Beklagte (Grundeigentümerin) einreicht; die Parteirollenzuteilung liegt damit in der Verantwortung der Klägerin und wird deshalb *nicht* fixiert.

4. Da die Aus- bzw. Rückzahlung der Barkaution von der Durchführung bzw. vom Ausgang des ordentlichen Prozesses abhängt und weil die Beklagte erwähnt, dass eine allfällige Rückzahlung dieser Sicherheit an die F.\_\_\_\_\_ AG zu erfolgen hätte (act. 17), ist die Obergerichtskasse des Kantons Zürich anzuweisen, die geleistete Barkaution in der Höhe von CHF 146'153.35 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. Entsprechend sind die Kosten des vorliegenden Verfahrens definitiv zu verlegen.

Bei Gegenstandslosigkeit werden die Prozesskosten nach gerichtlichem Ermessen 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 Prozessausichten 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 F.\_\_\_\_\_ AG geleistet worden ist. Welche Partei mutmasslich obsiegen wird, lässt sich heute nicht abschätzen; auch ob der klägerische Sicherstellungsanspruch definitiv besteht, wird sich erst im entsprechenden ordentlichen Prozess zeigen. Da jedoch die Klägerin das Verfahren um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch angehoben hat, sind ihr die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. Es ist ihr aber freigestellt, diese Auslage in einem etwaigen Prozess gegen die F.\_\_\_\_\_ AG geltend zu machen bzw. von der Verpflichteten einzufordern.

6. 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 116'922.85. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 2'400.– festzusetzen.

Mangels Antrags und Umtrieben ist der Beklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen.

#### **Das Einzelgericht erkennt:**

1. Es wird vorgemerkt, dass die Klägerin die an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich geleistete Barkaution in der Höhe von CHF 146'153.35 als hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB anerkannt hat.
2. Das Grundbuchamt E.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, folgendes aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich vom 15. Dezember 2014 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils vollumfänglich zu löschen:
  - auf der Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBl. ...,  
C.\_\_\_\_\_ -Strasse 1, 2, 3, D.\_\_\_\_\_ -Strasse 1, 2, 3, 4, 5

E.\_\_\_\_\_, für eine Pfandsumme von CHF 116'922.85 nebst Zins zu 5 % seit 15. Dezember 2014.

3. Der Klägerin wird eine Frist bis 24. März 2015 angesetzt, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf Feststellung der Forderung als Pfandsumme sowie des Rechtes auf Inanspruchnahme der Sicherheit anzuheben. Bei Säumnis wird Verzicht auf die Sicherstellung angenommen, so dass die F.\_\_\_\_ AG, E.\_\_\_\_ [...], die Auszahlung der Barkaution in der Höhe von CHF 146'153.35 verlangen kann.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 2'400.--.  
Die weiteren Kosten betragen: CHF 63.45 (Rechnung Nr. ... des Grundbuchamts E.\_\_\_\_ vom 16. Dezember 2014).
5. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
6. Eine Parteientschädigung wird der Beklagten nicht zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Klägerin, unter Beilage eines Doppels von act. 17, an die Beklagte, an die F.\_\_\_\_ AG (z.H. von Frau G.\_\_\_\_ persönlich), ... [Adresse], im Dispositiv-Auszug Ziffern 1, 3 und 7, sowie - nach Vorliegen der Vollstreckbarkeit und Eintritt der Rechtskraft - (a) an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich (mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass die Sicherheit nur aufgrund eines ausdrücklichen gerichtlichen Entscheids freigegeben werden darf) und (b) an das Grundbuchamt E.\_\_\_\_.
8. 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 116'922.85.  
Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten *nicht* (Art. 46 Abs. 2 BGG).

Zürich, 21. Januar 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Dr. Thomas Steininger