

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE150339-O

U/mb

Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, sowie Gerichtsschreiberin Claudia Feier

## Urteil vom 6. Oktober 2015

in Sachen

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

Klägerin

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

gegen

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

Beklagte

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

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

sowie

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

Nebenintervenientin

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**  
(act. 1, sinngemäss)

Es sei das Grundbuchamt D. \_\_\_\_\_ im Sinne von Art. 961 ZGB einstweilen anzuweisen, zugunsten der Klägerin ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBl. ..., E. \_\_\_\_\_-Strasse ..., ..., ... Zürich, für eine Pfandsumme von CHF 640'687.80.

**Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

1. Prozessverlauf

Am 22. Juli 2015 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin ihr Gesuch hierorts ein (act. 1). Mit Verfügung vom 23. Juli 2015 wurde das Grundbuchamt D. \_\_\_\_\_ angewiesen, ein Pfandrecht im beantragten Umfang vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig wurde der Beklagten Frist zur Stellungnahme zum klägerischen Begehren angesetzt (act. 3). Innert erstreckter Frist reichte die C. \_\_\_\_\_ AG eine Stellungnahme ein, unter anderem mit dem Antrag, sie sei als Nebenintervenientin zur Unterstützung der Beklagten zuzulassen. Ausserdem reichte sie eine Bankgarantie ein, gestützt auf welche sie die Löschung des Pfandrechtes beantragte (act. 9). Mit Eingabe vom 2. September 2015 ersuchte die Beklagte um Abnahme der ihr angesetzten Frist zur Stellungnahme (act. 12). Mit Verfügung vom 3. September 2015 wurde der Prozessbeitritt der C. \_\_\_\_\_ AG als Nebenintervenientin vorgemerkt, und die der Beklagten laufende Frist wurde abgenommen. Zudem wurde der Klägerin eine Frist angesetzt, um zur Eingabe der Nebenintervenientin und zur angebotenen Sicherheit Stellung zu nehmen (act. 14). Die entsprechende Stellungnahme datiert vom 28. September 2015 (act. 18). Auch die Nebenintervenientin reichte mit gleichem Datum eine Stellungnahme ein (act. 20). Mit Datum vom 2. Oktober 2015 reichte auch die Beklagte eine Stellungnahme ein (act. 21).

2. Parteiwechsel

2.1. Die Nebenintervenientin beantragt einen Parteiwechsel im Sinne von Art. 83 Abs. 4 ZPO, namentlich ersucht sie darum, ihren Prozesseintritt an Stelle

der Beklagten zuzulassen und die Beklagte aus dem Verfahren zu entlassen (act. 19 S. 2). Die Klägerin hat einem Parteiwechsel im Sinne von Art. 83 Abs. 4 ZPO zugestimmt (act. 18). Die Beklagte erklärte demgegenüber, dass sie einem Parteiwechsel erst nach erfolgter Löschung des Bauhandwerkerpfandrechts aufgrund der von der Nebenintervenientin geleisteten Sicherheit zustimme (act. 21).

2.2. Ohne Veräusserung des Streitobjekts kann ein Parteiwechsel nur mit Zustimmung der Gegenpartei erfolgen (Art. 83 Abs. 4 ZPO). Ein Parteiwechsel ist – sofern die Voraussetzungen erfüllt sind – während des hängigen Prozesses, d.h. bis zur Rechtskraft des Urteils jederzeit möglich (DOMEJ, ZPO Kurzkomentar, 2. Aufl., N 8 zu Art. 83; LIVSCHITZ, Stämpflis Handkommentar zur ZPO, 2010, N 4 zu Art. 83). Die geforderte Zustimmung ist bedingungsfeindlich.

2.3. Ein Parteiwechsel im Sinne der bedingten Zustimmung der Beklagten (d.h. erst nach der Löschung des Pfandrechts) ist nicht möglich. Der nächste Verfahrensschritt im vorliegenden summarischen Verfahren ist der Entscheid über die hinreichende Sicherheit und, falls diese Sicherheit als hinreichend erachtet wird, dann erst die Löschung des Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück der Beklagten. Dabei handelt es sich erst um den Endentscheid, welcher das Verfahren beendet. Sobald der Entscheid rechtskräftig wird, wird die Löschung vorgenommen. Mit der Rechtskraft endet aber auch die Rechtshängigkeit, so dass kein Parteiwechsel mehr möglich ist. Mangels Rechtshängigkeit ist der vorliegend beantragte Parteiwechsel auch nicht für ein allfälliges nachfolgendes ordentliches Verfahren möglich.

### 3. Hinreichende Sicherheit

3.1. 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.).

3.2. Die Klägerin hat die eingereichte Sicherheit (Garantie ... der B.\_\_\_\_\_ AG vom 2. September 2015) als hinreichend anerkannt (act. 18). Demnach ist die Löschung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechtes anzuordnen. Das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ ist anzuweisen, das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen.

#### 4. Folgen der Sicherheitsleistung

Mit Leistung einer hinreichenden 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 Bauhandwerkerpfandrechtes. Demgemäss ist der Klägerin Frist anzusetzen, um beim örtlich und sachlich zuständigen Gericht auf definitive Bestellung der Sicherheit zu klagen. Die Beurteilung, gegen wen die Klägerin ihre Klage einzureichen hat (gegen die Sicherheit leistende Nebenintervenientin und / oder die Beklagte [als Grundeigentümerin]), liegt in der Verantwortung der Klägerin.

Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen. Von der Ansetzung einer Frist von vier Monaten, wie es die Klägerin beantragt, ist abzusehen, zumal die Beklagte sich dazu nicht geäussert hat und demnach auch nicht von ihrem Einverständnis ausgegangen werden kann (act. 18, 21). Allfällige Gerichtsferien werden bei der Fristansetzung berücksichtigt. Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuches (Art. 144 Abs. 2 ZPO); dieses würde in einem kostenpflichtigen Nachverfahren behandelt. Als zureichende Gründe für eine Fristerstreckung gemäss Art. 144 Abs. 2 ZPO werden nur entweder die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe anerkannt.

#### 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der Gebührenverordnung des Obergerichts bestimmt (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). Es ist von einem Streitwert von CHF 640'687.80 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 10'000.– festzusetzen ist.

Über den Pfand- bzw. Sicherstellungsanspruch der Klägerin ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob die Klägerin endgültig obsiegt. Daher rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren lediglich eine einstweilige Kostenregelung zu treffen. Praxisgemäss sind die Gerichtskosten im Verfahren betreffend die vorläufige Eintragung des Pfandrechts von der Klägerin zu beziehen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt. Für den Fall, dass die Klägerin ihren Anspruch nicht prosequiert, sind ihr die Gerichtskosten definitiv aufzuerlegen.

Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Klägerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, gilt das Folgende: Mangels eines entsprechenden Antrages und wesentlicher Umtriebe im vorliegenden Verfahren entfällt ein Anspruch der Beklagten auf Umtriebsentschädigung. Der Nebenintervenientin wird regelmässig keine Parteientschädigung zugesprochen, ausser eine solche rechtfertigt sich im Einzelfall aus Billigkeitsüberlegungen (FREI, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N 3 zu Art. 77 ZPO; vgl. auch BGE 130 III 571 E. 6 S. 578). Solche Gründe sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich und werden von der Nebenintervenientin auch nicht geltend gemacht; ihr ist folglich keine Parteientschädigung zuzusprechen.

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

1. Der Antrag der Nebenintervenientin auf Zulassung eines Parteiwechsels wird abgewiesen.
2. Es wird festgestellt, dass die Nebenintervenientin mit Zahlungsgarantie der B. \_\_\_\_\_ AG Nr. ... vom 2. September 2015 hinreichende Sicherheit geleis-

tet hat für die von der Klägerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.

3. Das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 23. Juli 2015 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen auf Grundstück Kat. Nr. ..., GBBL. ..., E.\_\_\_\_\_-Str. ... und ..., ... Zürich, für eine Pfandsumme von CHF 640'687.80.
4. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Bankgarantie der B.\_\_\_\_\_ AG Nr. ... vom 2. September 2015 (act. 11) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Klägerin herauszugeben.
5. Der Klägerin wird – auch unter Berücksichtigung allfälliger Gerichtsferien – eine Frist bis 11. Dezember 2015 angesetzt, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit anzuheben, unter der Androhung, dass sonst Verzicht auf die Sicherstellung angenommen wird und die Nebenintervenientin die Herausgabe der Sicherheit von der Klägerin verlangen kann.
6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 10'000.–.  
Allfällige weitere Kosten (insbesondere Rechnung des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.
7. Die Kosten werden von der Klägerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren gemäss Dispositiv-Ziffer 4. Für den Fall, dass die Klägerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 4 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.
8. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Klägerin innert

Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 4 die Klage nicht anhängig macht, werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

9. Schriftliche Mitteilung an

- die Klägerin unter Beilage der Doppel von act. 19-22,
- die Beklagte unter Beilage der Doppel von act. 18-20,
- die Nebenintervenientin unter Beilage der Doppel von act. 18, 21 und 22,
- die Obergerichtskasse des Kantons Zürich sowie
- nach Eintritt der Rechtskraft an das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_.

10. 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 640'687.80.

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

Zürich, 6. Oktober 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Claudia Feier