



Geschäfts-Nr. LN090059/U

I. Zivilkammer

Mitwirkend: Die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und
lic. iur. M. Spahn sowie der juristische Sekretär lic. iur. R. Kokotek

Beschluss vom 17. August 2010

in Sachen

A._____ GmbH,

Nebenintervenientin und Rekurrentin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

sowie

B._____ AG,

Beklagte und Rekurrentin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____,

gegen

C._____ GmbH,

Klägerin und Rekursgegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z._____,

betreffend **Eintreten**

Rekurs gegen einen Beschluss des Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 13. Juli 2009 (CG080212)

Das Gericht erwägt:

I.

1. Mit Verfügung vom 18. Februar 2008 wies der Einzelrichter am Bezirksgericht Zürich (Audienzrichteramt) das Grundbuchamt D._____ an, zugunsten der Klägerin und Rekursgegnerin (nachfolgend Klägerin) ein Bauhandwerkerpfandrecht auf einer im Eigentum der Beklagten stehenden Liegenschaft vorläufig einzutragen (Vi Urk. 4/2; Liegenschaft Kat. Nr. ..., ..., E._____-Strasse ..., ... F._____, für eine Pfandsumme von Fr. 35'286.83 nebst Zins zu 5 % seit 11. Dezember 2007). Diese Verfügung erwuchs in Rechtskraft (Vi Urk. 4/3 S. 2).

2. Mit Verfügung vom 8. Mai 2008 stellte der Einzelrichter am Bezirksgericht Zürich (Audienzrichteramt) fest, dass die Beklagte (welche in jenem Verfahren als Klägerin auftrat) hinreichende Sicherheit für die zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung geleistet hat (Dispositiv-Ziffer 1, Vi Urk. 4/3). Der Einzelrichter wies sodann das Grundbuchamt D._____ an, das aufgrund der Verfügung vom 18. Februar 2008 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht vollumfänglich zu löschen (Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung vom 8. Mai 2008, Urk. 4/3 S. 4).

3. Am 12. November 2008 reichte die Klägerin bei der Vorinstanz eine am 18. August 2008 ausgestellte Weisung des Friedensrichteramtes G._____ ein und erhob gleichzeitig Klage mit folgendem Rechtsbegehren (Vi Urk. 2 S. 2):

- „1. Es sei festzustellen, dass die A._____ GmbH, ...-Strasse ..., ... H._____, der Klägerin aus Arbeit auf dem Grundstück der Beklagten den Betrag von Fr. 35'286.83 (Gegenwert von EUR 21'873.– in Schweizerfranken) zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 11. 1. 2008 schuldet.
2. Es sei die Bezirksgerichtskasse Zürich anzuweisen, der Klägerin aus der von der Beklagten im Verfahren Nr. ES080069 des Audienzrichteramtes des Bezirksgerichts Zürich zur Ablösung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechtes geleisteten Sicherheit (Verfügung vom 8. Mai 2008) den Betrag von CHF 35'286.83 zuzüglich Zins zu 5 % seit 11. 1. 2008 freizugeben und auszuzahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.“
4. Die Beklagte verkündete mit Eingabe vom 5. Dezember 2008 der A._____ GmbH, ...-Strasse ..., ... H._____ den Streit (Vi Urk. 10), nachdem ihr Frist zu Erstattung der schriftlichen Klageantwort angesetzt worden war (Vi Urk. 8). Mit Verfügung vom 13. Januar 2009 nahm die Vorinstanz Vormerk davon, dass die Litisdenunziatin A._____ GmbH dem Prozess als Nebenintervenientin beitrat und sich der Beklagten anschloss (Vi Urk. 15).
5. Innert Frist reichte die Nebenintervenientin die schriftliche Klageantwort ein und stellte den Antrag, die Klage sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf überhaupt einzutreten sei (Vi Urk. 19 S. 2). Über den Nichteintretensantrag folgte sodann ein Schriftenwechsel (Vi Urk. 23; Vi Urk. 24; Vi Urk. 27; Vi Urk. 28).
6. Mit Beschluss vom 13. Juli 2009 wies die Vorinstanz die von der Nebenintervenientin erhobene Einrede der Unzuständigkeit ab und trat auf die Klage ein (Dispositiv-Ziffer 1 und 2, Urk. 3 S. 8).
7. Mit Eingabe vom 31. August 2009 erhob die Nebenintervenientin Rekurs gegen den vorinstanzlichen Beschluss vom 13. Juli 2009 und stellte folgenden Antrag (Urk. 2 S. 2):

„Der Beschluss vom 13. Juli 2009 sei vollumfänglich aufzuheben, und es sei auf die Klage infolge mangelnder örtlicher Zuständigkeit nicht einzutreten;

eventualiter sei der Beschluss aufzuheben und die Sache zur erneuten Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt) zu Lasten der Rekursgegnerin.“

8. Am 15. September 2009 leistete die Nebenintervenientin eine Prozesskaution von Fr. 3'200.– innert der ihr mit Präsidialverfügung vom 3. September 2009 dazu angesetzten Frist (Urk. 7; Urk. 11; Urk. 12).
9. Innert einmal erstreckter Frist teilte die Beklagte mit, dass sie die von der Nebenintervenientin gestellten Rekursanträge unterstütze, ansonsten aber auf eine eigene Stellungnahme verzichte (Urk. 15). Damit gilt das in der Rekurschrift Vorgebrachte als von der Hauptpartei erklärt (§ 45 Abs. 2 ZPO).
10. Am 14. Oktober 2009 verzichtete die Vorinstanz auf Vernehmlassung (Urk. 17)
11. Am 16. November 2009 erstattete die Klägerin die Rekursantwort und beantragte die kostenfällige Abweisung des Rekurses (Urk. 19).

II.

1. Der Rekurs richtet sich gegen die Abweisung der erhobenen Einrede der Unzuständigkeit (Urk. 2 S. 2 und S. 6 Ziff. 15). Auf die Rekursbegründung ist nachfolgend in Verbindung mit der Prozessgeschichte und der Begründung des vorinstanzlichen Entscheids einzugehen.
2. Die Klägerin erhob Klage vor Vorinstanz und stellte das vorne erwähnte Rechtsbegehren (Vi Urk. 2 S. 2, Ziff. I 3).
3. Wie aus der vorstehenden Prozessgeschichte hervorgeht, erhob die Klägerin die Klage vor Vorinstanz, nachdem der Einzelrichter am Bezirksgericht Zürich (Audienzrichteramt) mit Verfügung vom 8. Mai 2008 festgestellt hatte, dass die Beklagte hinreichende Sicherheit für die zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung geleistet hatte, und sodann das Grundbuchamt D._____ angewiesen hatte, das aufgrund der Verfügung vom 18. Februar 2008 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht vollumfänglich zu löschen (Urk. 4/3 S. 4).

Der Klägerin wurde in der genannten Verfügung des Audienzrichters Frist angesetzt, um beim Friedensrichter auf Feststellung der Forderung als Pfandsumme sowie des Rechtes auf Inanspruchnahme der Sicherheit zu klagen und die friedensrichterliche Weisung innert deren Gültigkeitsdauer zusammen mit der Klageschrift im Doppel beim zuständigen Richter einzureichen, unter der Androhung, dass sonst Verzicht auf die Sicherstellung angenommen wird und die klagende Partei die Freigabe der Sicherheit verlangen kann (Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung vom 8. Mai 2008, Vi Urk. 4/3).

4. Die Vorinstanz fasste die von der Klägerin erhobene Klage als eine solche auf Feststellung der Forderung als Pfandsumme sowie des Rechtes auf Inanspruchnahme der Sicherheit auf (Urk. 3 S. 4). Streitgegenstand ist dabei – wie der Begründung des vorinstanzlichen Entscheides richtigerweise zu entnehmen ist – die definitive Bestellung einer hinreichenden Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB, welche nach denselben Kriterien wie eine definitive Eintragung eines vorläufig vorgemerkten Bauhandwerkerpfandrechts zu prüfen ist (Urk. 3 S. 4 mit Hinweis auf BGE 110 II 34, ZR 75 Nr. 16 und ZR 86 Nr. 58; vgl. auch Rainer Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Auflage, Zürich 2008, N 1303). Über die von der Klägerin gestellten Anträge führte die Vorinstanz wörtlich aus (Urk. 3 S. 4):

„[...] Aus der Begründung ihrer Anträge wird klar, dass die Klägerin die Feststellung der Vergütungsforderung einzig im Zusammenhang mit der geforderten Freigabe und Auszahlung der Sicherheitsleistung gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2 beantragt. Nachdem Rechtsbegehren nach ihrem Sinngehalt, mithin nicht nur aufgrund deren Wortlauts, sondern auch unter Berücksichtigung der Begründung und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, auszulegen sind (Frank/Sträuli/Messmer, ZPO § 50 N 10, § 54 N 16; § 100 N 15), ist deshalb davon auszugehen, dass die Klägerin mit Ziffer 1 ihres Rechtsbegehrens letztlich nichts anderes als die Feststellung der Pfandsumme bezweckt. [...]“

5. Die Nebenintervenientin macht rekursweise geltend, die Vorinstanz habe das klägerische Rechtsbegehren unzulässigerweise umgedeutet (Urk. 2 S. 3 Ziff. 5 und S. 7 Ziff. 15). Die Klägerin habe – so die Nebenintervenientin – gar nicht auf

Feststellung der Forderung als Pfandsumme und des Rechtes auf Inanspruchnahme der Sicherheit geklagt (Urk. 2 S. 5 Ziff. 10, S. 7 Ziff. 18, S. 9 Ziff. 21 und S. 10 f. Ziff. 25). Sie habe vielmehr auf Feststellung der Werklohnforderung geklagt, und nicht auf die Feststellung der Forderung als Pfandsumme (Urk. 2 S. 4 Ziff. 8 und 9). Die Werklohnforderung sei nicht mit der Pfandsumme gleichzusetzen, zumal nicht sämtliche Bestandteile einer Werklohnforderung zwingend pfandrechtsgeschützt seien (Urk. 2 S. 4 Ziff. 9, S. 6 Ziff. 16 und S. 8 Ziff. 19), und die Beklagte sei nicht die Schuldnerin des Werklohns (Urk. 2 S. 4 Ziff. 7 und S. 5 Ziff. 10). Für die Feststellung der Werklohnforderung seien deutsche Gerichte zuständig, da die Klägerin und die Nebenintervenientin Sitz in Deutschland hätten (Urk. 2 S. 10 f. Ziff. 25).

6. Der durch die Vorinstanz vorgenommenen Auslegung des Rechtsbegehrens der Klägerin ist zu folgen, wie sich aus nachfolgenden Erwägungen ergibt.

a) Aus Ziffer 1 des Rechtsbegehrens geht hervor, dass die Klägerin die Nebenintervenientin (A._____ GmbH) als Schuldnerin des Werklohnes betrachtet, und nicht die Beklagte. Hätte die Klägerin tatsächlich auf Feststellung bzw. Leistung der Werklohnforderung klagen wollen, hätte sie nicht die Beklagte verklagt, sondern die Nebenintervenientin. Darüber hinaus hätte sie – im Wissen, dass die Sicherheit nicht definitiv bestellt ist (Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Zürich vom 8. Mai 2008, Vi Urk. 4/3) – Ziffer 2 des Rechtsbegehrens gar nicht formuliert. Ob sich die Klägerin die Sicherheit tatsächlich auszahlen lassen kann, wie sie in dieser Ziffer 2 beantragt, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Rekursverfahrens und daher nicht zu prüfen.

b) Den Vorbringen der Nebenintervenientin ist insoweit zuzustimmen, als der Begriff der Pfandsumme von demjenigen der Vergütungsforderung zu unterscheiden ist: Die Pfandsumme ist der Geldbetrag zur Quantifizierung des Bauhandwerkerpfandrechts, welcher von Gesetzes wegen in das Grundbuch einzutragen ist (Art. 794 Abs. 1 ZGB, Art. 22 Abs. 2 und 4 GBV, Art. 40 Abs. 1 lit. d GBV); sie stellt den Höchstbetrag der Pfandsicherheit dar (Rainer Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Auflage, Zürich 2008, N 571 und 574). Die Vergütungsforderung ist das Entgelt für Bauarbeiten im Sinne von Art. 837 Abs. 1

Ziff. 3 ZGB, deren Höhe sich nach dem Inhalt eines zweiseitigen Schuldvertrages bemisst (Schumacher, N 441, N 456 ff. und N 477 ff.).

Die Vergütungsforderung und die Pfandsumme sind interdependent: Die Höhe der Vergütungsforderung bestimmt die Höhe der Pfandsumme, aber umgekehrt lässt sich aus der Höhe der Pfandsumme hinsichtlich des Bestandes und der tatsächlichen Höhe der Vergütungsforderung nichts ableiten (Schumacher, N 582).

Die Klägerin verlangte den als Vergütungsforderung behaupteten Betrag als Pfandsumme (Vi Urk. 2 S. 4 f.). Das ist zulässig, wenn – wie vorliegend – die Vergütungsforderung nicht bestimmt, aber aufgrund des Werkvertrages bestimmbar ist: Die Pfandsumme ist durch eine Schätzung des Betrages, der dem Unternehmer aufgrund des Werkvertrages als Vergütung für die erbrachte Leistung zustehen wird, festzulegen (BGE 126 III 467 E. 3b lit. bb-dd; Heinz Rey, ZBJV 2002, S. 170; Schumacher, N 456 ff. und N 552).

Es ist aufgrund dieser Darlegungen und insbesondere der Interdependenz von Vergütungsforderung und Pfandsumme nicht ersichtlich, weshalb die Vergütungsforderung der Pfandsumme betragsmässig nicht entsprechen kann, wie das die Nebenintervenientin in der Rekursbegründung behauptet (Urk. 2 S. 4 Ziff. 9 und S. 6 Ziff. 16; vgl. dazu auch Urk. 19 S. 7 Ziff. 12).

c) Die Nebenintervenientin macht weiter geltend, die Klägerin mache unter dem Titel der Vergütungsforderung nicht pfandberechtigten Forderungen geltend (Urk. 2 S. 6 Ziff. 16).

Dafür bestehen vorliegend keine Anhaltspunkte: Wie der Klageschrift zu entnehmen ist, berechnet sich die behauptete Vergütungsforderung aus Rechnungen für Arbeiten, welche die Klägerin aufgrund eines mit der Nebenintervenientin abgeschlossenen Werkvertrages ausführte (Vi Urk. 2 S. 4 f.). Die vor Vorinstanz eingereichten Rechnungen (Vi Urk. 4/6-9) weisen „Arbeitsstunden“ und „Sonntagszuschläge“ aus, welche als Leistungen in dem zwischen der Klägerin und der Nebenintervenientin abgeschlossenen Werkvertrag vereinbart wurden (§

3 des Werkvertrages, Vi Urk. 4/5). Die von der Klägerin behauptete Vergütungsforderung besteht somit ausschliesslich aus Entgelt für Bauarbeiten im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB und ist somit pfandberechtigt (Schumacher, N 439 ff.).

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin – entgegen der Vorbringen der Nebenintervenientin – eine Klage auf Feststellung der Forderung als Pfandsumme sowie des Rechtes auf Inanspruchnahme der Sicherheit anhängig gemacht hat, für deren Beurteilung die Vorinstanz sachlich zuständig ist (§ 31 Ziff. 1 GVG).

7. Die Vorinstanz leitet ihre örtliche Zuständigkeit aus Art. 16 Ziff. 1 lit. a LugÜ und Art. 97 IPRG ab (Urk. 3 S. 4 ff. Ziff. 3). Ihre diesbezüglichen Ausführungen erweisen sich als zutreffend, weswegen auf dieselben verwiesen werden kann (§ 161 GVG).

Die Nebenintervenientin wandte vor Vorinstanz und auch im vorliegenden Rekursverfahren ein, dass die Klage in formeller Hinsicht nicht gehörig eingeleitet worden sei, da die Klage gestützt auf § 104 lit. d ZPO direkt beim Bezirksgericht und nicht beim Friedensrichteramt hätte eingereicht werden sollen (Urk. 2 S. 10 Ziff. 24). Die diesbezügliche Begründung der Vorinstanz ist nicht nachvollziehbar (Urk. 3 S. 6 f. Ziff. 4), aber im Resultat ist der Vorinstanz beizupflichten: Die Nebenintervenientin kann aus der Durchführung des Sühnverfahrens nicht ableiten, dass die Klage nicht gehörig eingeleitet wurde. Aus den Vorbringen der Nebenintervenientin geht nämlich nicht hervor, in welcher Form der Schutzzweck von § 104 lit. d ZPO verletzt sein soll: § 104 lit. d ZPO sieht vor, dass eine Klage ohne Sühnverfahren schriftlich beim Gericht rechtshängig gemacht wird, wenn sie in den Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens (SR 0.275.11) fällt. Damit soll das eurointernationale *forum running* verhindert werden (vgl. dazu den Antrag 3846 des Zürcher Regierungsrates zur Änderung der Zivilprozessordnung vom 4. April 2001, S. 11): In eurointernationalen Verhältnissen ist eine Klage erst dann rechtshängig, wenn die sog. Fortführungslast eingetreten ist, d.h. wenn der Rückzug der Klage zum Verlust des materiellen Anspruchs führt (BGE 123 III 414 E. 6d). Nach der Zürcher Zivilprozessordnung tritt die Fortführungslast erst mit Einreichung der Weisung beim Gericht ein (§ 102 Abs. 1 ZPO; BGE 123 III 414 E.

6e). § 104 lit. d ZPO soll verhindern, dass eine Partei den mit der zuerst erhobenen Klage verbundenen Vorteil der Wahl des Gerichtsstandes wegen des obligatorischen Sühnverfahrens wieder verliert und den Prozess an einem anderen als an dem von ihr angerufenen Gerichtsstand führen muss.

8. Die Vorbringen der Nebenintervenientin bezüglich der Frage der örtlichen Zuständigkeit der Vorinstanz erweisen sich somit als unzutreffend. Der Eventualantrag der Nebenintervenientin, wonach der Beschluss aufzuheben sei und die Sache zur erneuten Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei (Urk. 2 S. 2), wurde in der Rekurschrift nicht begründet (vgl. Urk. 2 S. 2 ff.). Der Rekurs ist daher abzuweisen.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten der Beklagten, die sich dem Rekurs angeschlossen hat, aufzuerlegen und sie ist zur Zahlung einer Prozessentschädigung von Fr. 2'500.– zu verpflichten (§ 64 Abs. 2 ZPO und § 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Der Rekurs wird abgewiesen und der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abteilung, vom 13. Juli 2009 bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'200.–.
3. Die Kosten des Rekursverfahrens werden der Beklagten auferlegt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Rekursverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'500.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an das Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine dem § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des § 281 ZPO geführt werden.

Zulässigkeit und Voraussetzungen einer bundesrechtlichen Beschwerde gegen diesen Entscheid richten sich nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG, insb. Art. 72 ff., 90 ff. und 113 ff.). Eine allfällige Beschwerde wäre innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne einzureichen. Wird kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, läuft die Frist zur bundesrechtlichen Beschwerde gegen den vorliegenden Entscheid erst ab Eröffnung des Entscheides des Kassationsgerichtes.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der juristische Sekretär:

lic. iur. R. Kokotek

versandt am: js