

# ZH\_OBERGERICHT NP160001 vom 13. April 2016

ZH Obergericht, 2016-04-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NP160001](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NP160001)

FR: ZH\_OBERGERICHT NP160001 du 13 avril 2016

IT: ZH\_OBERGERICHT NP160001 del 13 aprile 2016

## Erwägungen

### E. 1

Die Klägerin wurde von der Nebenintervenientin mit Werkvertrag vom 10. März / 8. April 2011 mit dem Einbau der sanitären Anlagen in fünf Mehrfamili- enhäusern an der ...-/F.\_\_\_\_\_-Strasse in G.\_\_\_\_\_ betraut (Urk. 6/4/7). Die ur- sprüngliche Auftragssumme betrug Fr. 2'750'000.– netto (inkl. MwSt) und wurde mit bereinigtem Werkvertrag vom 20. September 2013 auf Fr. 1'395'000.– netto (inkl. MwSt) reduziert (Urk. 6/4/9). Die Stockwerkeinheiten der Beklagten bildeten Teil der 2. Bauetappe, welche zwei Mehrfamilienhäuser an der F.\_\_\_\_\_-Strasse 4 und 6 umfasst (Urk. 6/4/7).

#### E. 1.1

Im erstinstanzlichen Verfahren sind die Beklagten als unterliegende Partei zu betrachten (Schumacher, a.a.O., N 1311; CHK-Schumacher, N 22 zu Art. 839 ZGB, mit Verweis auf BR 2009 S. 64 f.). Gemäss Art. 106 Abs. 3 ZPO kann aber auch eine Nebenpartei mit Kosten belastet werden. Unterliegt die un- terstützte Partei, so können diejenigen Kosten, die auf Anträge der Nebenpartei zurückgehen, dieser auferlegt werden (BSK ZPO I-Rüegg, N 10 zu Art. 106 ZPO; Urwyler, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], a.a.O., N 9 zu Art. 106 ZPO). Der vorliegende Prozess ist zu beenden, weil die Nebenintervenientin auf Seiten der Beklagten in den Prozess eingegriffen, eine hinreichende Sicherheit geleistet und entsprechende Anträge gestellt hat (Urk. 6/12). Sie hat sich gegenüber den Be- klagten zur Sicherstellung bzw. Ablösung von allfälligen Bauhandwerkerpfand- rechten verpflichtet (Urk. 6/12 S. 8). Sie wird daher kosten- und entschädigungs- pflichtig. Zu entschädigen sind die Klageschrift vom 10. Juli 2015 (Urk. 6/1) und die Stellungnahmen vom 2. Oktober und 5. November 2015 (Urk. 6/20+24).

#### E. 1.2

Im Hauptprozess sind auch die Prozesskosten des Massnahmeverfah- rens (Entscheidgebür von Fr. 3'000.–, Parteienschädigung von Fr. 4'000.–) endgültig zu verlegen (Urk. 6/6/31 Dispositiv Ziffer 3 und 5). Entsprechend der Regelung im Hauptverfahren ist die Nebenintervenientin zu verpflichten, der Klä- gerin die Gerichtskosten des Massnahmeverfahrens (Fr. 3'000.–) zu ersetzen.

- 24 - Zudem ist die Nebenintervenientin zu verpflichten, der Klägerin für das Massnah- meverfahren die auf Fr. 4'000.– festgesetzte Parteienschädigung zu bezahlen. 2. Demgegenüber obsiegen die Beklagten im Berufungsverfahren, weshalb die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig wird. Die sich nicht als Beru- fungsklägerin bezeichnende Nebenintervenientin (Urk. 1 S. 1) hat demgegenüber keinen Anspruch auf Entschädigung. Es wird erkannt: 1. Die Klage (Rechtsbegehren Ziffern 1 bis 3) wird abgewiesen. 2. Das Grundbuchamt ...-Zürich wird angewiesen, folgende zugunsten der Klägerin vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte nach Eintritt der Rechtskraft

zu löschen: - auf dem Grundstück Grundbuchblatt 1, Kat. Nr. 1, F.\_\_\_\_-Strasse 6, G.\_\_\_\_ (Pfandsomme: Fr. 9'167.-); - auf dem Grundstück Grundbuchblatt 2, Kat. Nr. 1, F.\_\_\_\_-Strasse 6, G.\_\_\_\_ (Pfandsomme: Fr. 21'698.-); - auf dem Grundstück Grundbuchblatt 3, Kat. Nr. 2, F.\_\_\_\_-Strasse 4, G.\_\_\_\_ (Pfandsomme Fr. 9'251.-). 3. Die von der Nebenintervenientin auf das Postkonto der Bezirksgerichtskasse Meilen einbezahlten Fr. 40'116.- werden zwecks definitiver dinglicher Sicherung der Vergütungsforderung der Klägerin von der Bezirksgerichtskasse Meilen entgegengenommen und von derselben verwahrt.

### **E. 1.3**

Die Beklagten sind der Auffassung, dass die Voraussetzungen für den Erlass eines Zwischenentscheids und für eine Berufung vorliegend gegeben sind. Sie betrachten die Frage, ob die von der Nebenintervenientin einbezahlten Fr. 40'116.- eine hinreichende Sicherheit darstellen, als anspruchshemmende materielle Vorfrage. Werde dieser Betrag als hinreichende Sicherheit qualifiziert, fehle es gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB an einer Anspruchsvoraussetzung für die (definitive) Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte. Die Klage auf definitive Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte sei folglich abzuweisen, was zur Beendigung des entsprechenden Verfahrens führe, und die provisorisch eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte seien löschen zu lassen. "Verfügung und Vorurteil" vom 8. Dezember 2015 stellten somit in Bezug auf die "Hinlänglichkeit" der Sicherheit (Bar-Summe von CHF 40'116.00) einen Sachzwischenentscheid dar, weshalb die Berufung zulässig sei (Urk. 1 S. 4 Ziff. 5). Die Klägerin weist darauf hin, dass die Eintretensfrage von der Berufungsinstanz von Amtes wegen zu beantworten ist, und verzichtete diesbezüglich auf die Stellung von Anträgen (Urk. 10).

### **E. 1.4**

Die Stellung einer Ersatzsicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB stellt ein einseitiges Gestaltungsrecht dar und kann (vom Grundeigentümer oder einem Dritten) provisorisch oder definitiv geleistet werden. Die bloss provisorische (vorläufige) Sicherheitsleistung belässt den Prozess in demjenigen Stadium, in dem er sich vor der Sicherheitsleistung befand. Gegenstand des Prozesses bildet nunmehr die definitive Bestellung der Ersatzsicherheit und nicht mehr der Grundbucheintrag eines Baupfandrechts. Dem Unternehmer muss dazu die Möglichkeit der Klageänderung zugestanden werden. Wird die Ersatzsicherheit hingegen definitiv geleistet, ist ein pendentes Gerichtsverfahren (summarisches Verfahren betreffend vorläufigen Grundbucheintrag bzw. Hauptprozess um den definitiven Grundbucheintrag) zu beenden (CHK-Schumacher, N 20 und N 22 zu Art. 839 ZGB; Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, N 1246 f., N 1302 ff.; ZR 109 [2010] Nr. 66 S. 272; RVJ/ZWR 2011 S. 260 ff.; Frank/

- 12 - Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 85 zu § 215 ZPO/ZH).

### **E. 1.5**

Dass eine bloss vorläufige Leistung der Sicherheit das Verfahren nicht beendet, hat auch die Vorinstanz erwogen (Urk. 2 S. 12 f.) und ergibt sich aus dem von den Beklagten zur Begründung der Berufung angerufenen Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich (ZR 109 [2010] Nr. 66; Urk. 1 S. 7 f.). Wenn die Beklagten in Kenntnis dieser Rechtslage und in expliziter Abweichung von den vorinstanzlichen Erwägungen ausführen, die

geleistete Sicherheit müsse vorliegend zur Klageabweisung und zur Beendigung des Verfahrens führen (Urk. 1 S. 4), bringen sie damit zum Ausdruck, dass die Sicherheit definitiv geleistet wurde. Andernfalls könnte auf ihr Rechtsmittel gar nicht eingetreten werden.

#### **E. 1.6**

Bereits aus den vorinstanzlichen Vorbringen muss – entgegen der Vorinstanz – auf eine endgültige Sicherheitsleistung und damit auf eine definitive Anerkennung des Sicherstellungsanspruchs geschlossen werden, auch wenn weder die Beklagten noch die Nebenintervenientin diesbezüglich eine ausdrückliche Erklärung abgegeben haben: - Die Nebenintervenientin beantragte mit Eingabe vom 17. September 2015, es sei die Klage "zufolge Leistung einer hinreichenden Sicherheit" abzuweisen und der Klägerin eine Frist anzusetzen, um die behauptete, den vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechten zugrunde liegende Forderung gegen die D.\_\_\_\_\_ AG aus dem bereinigten Werkvertrag vom 20. September 2013 gerichtlich geltend zu machen, ansonsten die Sicherheitsleistung dahinfalle und an die Nebenintervenientin herauszugeben sei (Urk. 6/12 S. 3 f., S. 10). Die Nebenintervenientin ging somit davon aus, die hängige Klage gegen den Grundeigentümer auf definitive Bestellung der Sicherheit (Pfandsumme) sei erledigt bzw. zu erledigen und es könne direkt zum Forderungsprozess zwischen den Parteien des Werkvertrags um die tatsächlich geschuldete Vergütung (Schuldsumme) und um Beanspruchung des hinterlegten Betrages geschritten werden (vgl. BGE 138 III 132 E. 4.2.2 und E. 4.3.2 S. 135 ff.; Schumacher, a.a.O., N 1630; derselbe, Ergänzungsband zur 3. Aufl., N 711).

- 13 - - In der Klageantwort vom 18. September 2015 ersuchten die Beklagten um Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Hinterlegung einer hinreichenden Sicherheit. Lediglich für den Fall der Verneinung der hinreichenden Sicherheit (nicht aber für den Fall der Bejahung) ersuchten sie um Ansetzung einer neuen Frist, um zu den materiellen Vorbringen der Klage Stellung zu nehmen. Sie führten dazu aus, das Gericht könne gemäss Art. 125 lit. a ZPO das Verfahren zur Vereinfachung des Prozesses auf einzelne Fragen oder auf einzelne Rechtsbegehren beschränken. Eine solche Vereinfachung liege insbesondere dann vor, wenn begründete Aussicht darauf bestehe, dass der Entscheid über diese Punkte zu einem Endentscheid führe und damit die Behandlung der übrigen Punkte überflüssig mache. Komme das Gericht vorliegend zum Schluss, dass eine hinreichende Sicherheit geleistet worden sei, sei die Klage abzuweisen und die vorsorglichen Bauhandwerkerpfandrechte seien zu löschen. Das Verfahren werde damit durch einen Endentscheid abgeschlossen, ohne dass sich das Gericht vorfrageweise materiell mit der von der Klägerin behaupteten Forderung befassen müsse (Urk. 6/16 S. 3 Ziff. 3 und 5, S. 4 f. Ziff. 4; vgl. auch Urk. 6/25 S. 2 Ziff. 3 und 5). Die Beklagten nahmen also – in Übereinstimmung mit der vom gleichen Rechtsanwalt vertretenen Nebenintervenientin (vgl. Art. 76 Abs. 2 ZPO) – ebenfalls an, die Hinterlegung mache die Weiterführung des Hauptprozesses um die definitive Bestellung überflüssig. - In seiner Stellungnahme vom 5. Oktober 2015 äusserte sich Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ zu der von der Vorinstanz aufgeworfenen Frage einer Interessenkollision persönlich dahingehend, dass mit der "Ablösung" des vorliegenden Bauhandwerkerpfandrechts durch die D.\_\_\_\_\_ AG, welche durch Bareinzahlung erfolge, die Beklagten ihr Eigentum wieder unbeschwert ausüben könnten. Gleichzeitig werde dadurch der Forderungsprozess zwischen den eigentlichen Parteien (der Klägerin einerseits und der Nebenintervenientin andererseits)

geführt (Urk. 6/21 S. 2). - Schliesslich wiesen die Beklagten in ihrer Stellungnahme vom 23. November 2015 darauf hin, dass die Fr. 40'116.– vorliegend bereits "physisch" bei der - 14 - Vorinstanz vorhanden seien, womit die Hoheit über die Fr. 40'116.– nicht mehr bei der D. \_\_\_\_\_ AG als vielmehr bei der Vorinstanz liege, welche die hinterlegte Summe gemäss dem Urteil des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen im Forderungsprozess freizugeben habe (Urk. 6/25 S. 6 Ziff. 8). Auch diese Äusserung kann einzig dahingehend interpretiert werden, dass sich weitere Vorkehren und Umtriebe erübrigen, die Sicherheitsleistung mithin definitiv geleistet wurde, und nur noch in einem Folgeprozess zwischen den Vertragsparteien über die Inanspruchnahme entschieden werden muss.

### **E. 1.7**

Bleibt aber nur der Streitpunkt zu beurteilen, ob die definitiv geleistete Sicherheit genügend im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB ist, erweist sich das von der Vorinstanz gefällte Vorurteil als Zwischenentscheid im Sinne von Art. 237 Abs. 1 ZPO, da bei anderer Beurteilung ein sofortiger Endentscheid herbeigeführt wird. Weil auch die Streitwertgrenze erreicht wird, ist auf die Berufung – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten (Art. 308 und Art. 311 ZPO). Mit der Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

### **E. 2**

Für einen Teil ihrer Werklohnforderung beansprucht die Klägerin ein Bauhandwerkerpfandrecht an den Grundstücken der Beklagten. Mit Urteil und Verfügung vom 11. Juni 2015 bestätigte das Bezirksgericht Meilen die am 11. März 2015 erfolgte superprovisorische Eintragung entsprechender Bauhandwerkerpfandrechte im Sinne von Art. 961 Abs. 1 ZGB (Urk. 6/6/31). Die vorsorglich eingetragenen Pfandsummen betragen nach einem teilweisen Rückzug des Begehrens Fr. 9'167.– auf dem Grundstück des Beklagten 1 (GB-Blatt 1, Kat. Nr. 1, F. \_\_\_\_\_-Strasse 6), Fr. 21'698.– auf dem Grundstück des Beklagten 2 (GB-Blatt 2, Kat. Nr. 1, F. \_\_\_\_\_-Strasse 6) und Fr. 9'251.– auf dem Grundstück der Beklagten 3 (GB-Blatt 3, Kat. Nr. 2, F. \_\_\_\_\_-Strasse 4). Gleichzeitig wurde der Klägerin eine Frist von 30 Tagen angesetzt, um beim zuständigen Gericht die Klage auf Feststellung von Bestand und Umfang der Forderung als Pfandsumme und definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gegen die Beklagten anzuheben (Urk. 6/6/31).

### **E. 2.1**

Das Bundesgericht betrachtet eine Ersatzsicherheit, die einen anderen Gerichtsstand begründet und bewirkt, dass der Unternehmer seine Rechte nicht mehr bei dem für das Baugrundstück zuständigen Gericht geltend machen kann, nicht als hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB (BGE 121 III 445 E. 5b S. 447; 103 Ia 462 E. 3 S. 467; Schumacher, a.a.O., N 1264 ff.). Die Klägerin hält in der Berufungsantwort an ihrer Auffassung fest, dass ihr bei Wegfall der Pfandrechte der Gerichtsstand Meilen und das vereinfachte Verfahren verloren gehen würden (Urk. 10 S. 2). Die Vorinstanz konnte keine Verschiebung des Gerichtsstandes und keinen Wechsel der Verfahrensart ausmachen. Dabei stellte die Vorinstanz aber zu Unrecht lediglich auf das Verhältnis zwischen der Klägerin und den Beklagten ab (Urk. 2 S. 13). Dass das vorliegende Verfahren auf definitive Eintragung – wenn die Sicherheit nur provisorisch geleistet worden wäre – am bestehenden Gerichtsstand und in der gleichen Verfahrensart weitergeführt werden muss,

verstehen sich mit Blick auf Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO von selbst (perpetuatio fori). Die Frage kann in dem hier vorliegenden Stadium nur noch sein, ob die

- 15 - Klägerin in einem Folgeprozess gegen die Nebenintervenientin bezüglich der Werklohnforderung den Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache verlieren würde und am Sitz der Nebenintervenientin (.../SG) klagen müsste (Urk. 6/20 S. 2, Urk. 6/25 S. 7).

### **E. 2.2**

Forderungsansprüche, die durch ein Pfand-, ein Retentionsrecht oder eine Vormerkung im Grundbuch gesichert sind, können am Ort der gelegenen Sache geltend gemacht werden (BGE 134 III 16 E. 2.1 S. 19 mit weiteren Verweisen; 103 Ia 462 E. 2a S. 464). Es handelt sich dabei – in der Terminologie der ZPO – um Klagen, die sich auf Rechte an Grundstücken beziehen (Art. 29 Abs. 2 ZPO). Darunter fallen Forderungsansprüche, die durch eine Vormerkung oder ein vertragliches oder gesetzliches Immobiliarpfand gesichert sind (BK-Peter, N 26 zu Art. 29 ZPO; Sutter-Somm/Lötscher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 19 zu Art. 29 ZPO). Wie sich aus dem Gesetzeswortlaut ergibt, handelt es sich beim Ort der gelegenen Sache aber nicht um einen zwingenden Gerichtsstand. Eine Klage am Sitz oder Wohnsitz der beklagten Partei bleibt möglich. Besteht hingegen kein Anspruch auf ein Bauhandwerkerpfandrecht (mehr), steht für – in diesem Fall rein obligatorische – Klagen aus Werkverträgen, d.h. Klagen auf Bezahlung von Werklohnforderungen von Unternehmern, der Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache nicht zur Verfügung (BK-Peter, N 21 zu Art. 29 ZPO; Sutter-Somm/Lötscher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 22 zu Art. 29 ZPO).

### **E. 2.3**

Somit könnte die Klägerin die durch ein Bauhandwerkerpfandrecht gesicherte Vergütungsforderung gegenüber der Nebenintervenientin am Gerichtsstand Meilen geltend machen. Ob hier das Bezirksgericht Meilen oder aber das Handelsgericht des Kantons Zürich sachlich zuständig wäre, ist diesbezüglich nicht von Belang. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bliebe ihr dieser Gerichtsstand auch dann erhalten, wenn das Bauhandwerkerpfand durch die hinterlegte (von der Nebenintervenientin auf ein Konto der Schweizerischen Post zugunsten der Bezirksgerichtskasse einbezahlte) Sicherheitsleistung abgelöst würde, da in einem solchen Fall dem Gläubiger am hinterlegten Betrag ein Faustpfandrecht zusteht und er seine pfandgesicherte Forderung (nunmehr gestützt auf

- 16 - Art. 30 Abs. 1 ZPO) am Ort der gelegenen Sache geltend machen kann (BGE 93 I 549 E. 1 S. 551 f.; BGE 94 I 48 E. 2 S. 50 [Einzahlung auf das Sperrkonto des Bezirksgerichtspräsidiums Neutoggenburg bei der Schweizerischen Bankgesellschaft]; von Werdt, GestG-Kommentar, Bern 2005, N 8 zu Art. 20 GestG; Füllmann, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich/St. Gallen 2011, N 15 zu Art. 30 ZPO; BK-Peter, N 20 zu Art. 30 ZPO).

### **E. 2.4**

Bei anderer Betrachtung ginge der Klägerin ein Gerichtsstand im Kanton Zürich verloren, falls das Bauhandwerkerpfand durch die Sicherheitsleistung abgelöst würde. Die Nebenintervenientin leistete die Sicherheit nämlich nicht physisch in bar, sondern mittels Einzahlung auf ein Konto der Bezirksgerichtskasse bei der Schweizerischen Post (Urk.

6/18, Urk. 4/7+8). In einem solchen Fall will ein Teil der Praxis die Vorschriften über das Faustpfandrecht nicht zur Anwendung bringen, da von einem Pfandrecht der Klägerin an der Forderung des Hinterlegers gegen den Kanton Zürich auf Rückerstattung des einbezahlten Betrags auszugehen sei (ZR 109 [2010] Nr. 66 S. 271 f.). Folglich käme auch Art. 30 Abs. 1 ZPO, der für Forderungen, die durch Fahrnispfand gesichert sind, nebst den Gerichten am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei auch die Gerichte am Ort der gelegenen Sache zuständig erklärt, nicht zur Anwendung. Forderungspfandrechte (Art. 899 ff. ZGB) fallen klarerweise nicht unter Art. 30 Abs. 1 ZPO (BK-Peter, N 5 zu Art. 30 ZPO; Sutter-Somm/Hedinger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 15 zu Art. 30 ZPO).

### **E. 2.5**

Welcher Auffassung zu folgen ist, braucht hier nicht erörtert zu werden. Die Parteien haben im vorinstanzlichen Verfahren übereinstimmend ausgeführt, der Forderungsprozess gegen die Nebenintervenientin sei aufgrund der in Ziffer 24 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Werkvertrags Nr. 250 enthaltenen Gerichtsstandsvereinbarung im Kanton St. Gallen (mutmasslich) vor dem dortigen Handelsgericht zu führen (Urk. 6/20 S. 2, Urk. 6/25 S. 7). Die genannte Bestimmung lautet wie folgt (Urk. 6/4/7):

- 17 - 24. Gerichtsstand Für alle Streitigkeiten zwischen beiden Parteien aus dem Vertragsverhältnis ist der Gerichtsstand Wil SG. Dieser Gerichtsstand gilt auch für Streitigkeiten zwischen Unternehmer und Architekten, respektive Bauleitung. Indes ist es sowohl der Auftraggeberin als auch dem Architekten, resp. der Bauleitung, freigestellt, den Unternehmer an dessen Ort des ordentlichen Gerichtsstandes gerichtlich zu belangen. Die Gerichtsstände gemäss Art. 29 und Art. 30 ZPO sind nicht zwingend (BK-Peter, N 3 zu Art. 29 ZPO und N 2 zu Art. 30 ZPO). Eine Gerichtsstandsvereinbarung ist also zu beachten. Geht aus der Vereinbarung nichts anderes hervor, so kann die Klage nur am vereinbarten Gerichtsstand erhoben werden (Art. 17 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Die Klage der Klägerin gegen die Nebenintervenientin auf Zahlung der Vergütung muss somit im Kanton St. Gallen eingereicht werden unabhängig davon, ob für die Zahlung ein Bauhandwerkerpfandrecht oder der bei der Gerichtskasse einbezahlte Betrag haftet. Demzufolge kann nicht gesagt werden, die Leistung der Ersatzsicherheit führe zu einem Gerichtsstandswechsel. Auch muss die Klage gegen die Nebenintervenientin so oder anders im ordentlichen Verfahren geführt werden, da der Streitwert Fr. 30'000.– übersteigt. Die Stellung der Klägerin wird durch die Ablösung auch insofern nicht erschwert. Die Vorinstanz ist "unter diesem Aspekt" (Urk. 2 S. 13) im Ergebnis zu Recht von einer hinreichenden Sicherheit ausgegangen.

### **E. 3**

Mit Klageschrift vom 10. Juli 2015 machte die Klägerin das Verfahren um definitive Eintragung mit eingangs genanntem Rechtsbegehren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 6/1). Mit Eingabe vom 17. September 2015 stellte die D.\_\_\_\_\_ AG ein Interventionsgesuch zur Unterstützung der Beklagten (Urk. 6/12). Die Klageantwort datiert vom 18. September 2015 (Urk. 6/16). Sowohl die Nebeninterve-

- 7 - nientin als auch die Beklagten beantragten, die von der Nebenintervenientin einbezahlte Summe sei als hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB zur Ablösung der drei vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte zu qualifizieren, die Klage sei vollumfänglich abzuweisen und das Grundbuchamt ...-Zürich sei anzuweisen, die

drei vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte zu löschen. Zudem stellten sie diverse Verfahrensanhträge. Am 21. September 2015 gingen bei der Bezirksgerichtskasse Fr. 40'116.– ein (Urk. 6/18). Die Klägerin widersetzte sich in ihren Stellungnahmen vom 2. Oktober und 5. November 2015 der Zulassung der D.\_\_\_\_\_ AG als Nebenintervenientin und taxierte die geleistete Sicherheit als nicht hinreichend (Urk. 6/20, Urk. 6/24). Die Beklagten stimmten mit Eingabe vom 5. Oktober 2015 der Zulassung der D.\_\_\_\_\_ AG als Nebenintervenientin zu (Urk. 6/21). Schliesslich reichten die Beklagten am 23. November 2015 eine weitere Stellungnahme ein, worin sie an ihren Anträgen festhielten (Urk. 6/25). Am 8. Dezember 2015 erliess die Vorinstanz die eingangs im Dispositiv aufgeführten Entscheide ("Verfügung und Vorurteil"). Tags darauf erstattete sie aufgrund der Doppelvertretung (Vertretung der Beklagten und der Nebenintervenientin durch Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_) bei der Aufsichtscommission über die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte eine Meldung (Urk. 6/28).

### **E. 3.1**

Die Beklagten beanstanden, die Vorinstanz habe die von der Nebenintervenientin am 21. September 2015 vorgenommene Einzahlung zu Unrecht nicht als Sicherheitshinterlegung qualifiziert. Die Frage, ob eine hinreichende Sicherheit geleistet worden sei, stelle im Verfahren um die (definitive) Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts eine Vorfrage dar, die vom in der Hauptsache zuständigen Gericht zu beurteilen sei. Eine "Delegation" der Frage der Hinlänglichlichkeit der geleisteten Sicherheit an ein anderes Gericht oder an einen anderen Spruchkörper desselben Gerichts sei deshalb nicht möglich. Die Durchführung eines separaten formellen Hinterlegungsverfahrens sei somit ausgeschlossen. Immerhin sei vorliegend am 17. September 2015 telefonisch (und später auch schriftlich) bei der Vorinstanz ein Gesuch betreffend Hinterlegung von Fr. 40'116.– gestellt worden, worauf die Vorinstanz dem Rechtsvertreter unter Beilage eines Einzahlungsscheines mitgeteilt habe, der zu hinterlegende Betrag sei auf das Postkonto des

- 18 - Bezirksgerichts Meilen einzuzahlen. Die Vorinstanz handle widersprüchlich und überspitzt formalistisch, wenn sie eine hinreichende Sicherheitsleistung unter Berufung auf ein fehlendes formelles Hinterlegungsgesuch verneine. Auch sei entgegen der Auffassung der Vorinstanz ein privatrechtlicher Pfandsicherungsvertrag nicht notwendig. Nach der Rechtsprechung des Handelsgerichts des Kantons Zürich (ZR 109 [2010] Nr. 66) ersetze, bei der Einzahlung der Pfandsumme während eines laufenden Eintragungsverfahrens auf ein Konto des mit der Pfandeintragung befassten Gerichts, der gerichtliche Entscheid den Pfandvertrag. Die vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte würden im Grundbuch erst gelöscht, wenn der Entscheid über die Ersatzsicherheit und über die Bedingungen der Auszahlung der hinterlegten Summe in Rechtskraft erwachsen sei. Entsprechend sei der Nebenintervenientin im Zeitpunkt, in dem die vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte im Grundbuch gelöscht würden, die Verfügungsmacht über die hinterlegte Barsumme entzogen. Die Auszahlung könne nur noch unter den vom Gericht festgelegten Bedingungen verlangt werden (Urk. 1 S. 7 ff.).

### **E. 3.2**

Unter der Herrschaft der zürcherischen ZPO war der Einzelrichter im summarischen Verfahren zuständig für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts, die

Beurteilung hinreichender Sicherheit und die Hinterlegung der Forderungssumme (§ 215 Ziff. 36 ZPO/ZH). Demzufolge konnte im vorläufigen Eintragungsverfahren entschieden werden, ob eine vom Eigentümer oder für ihn geleistete Sicherheit genügend war. Eine gerichtliche Hinterlegung konnte bewilligt werden, soweit eine solche erforderlich war (§ 220 ZPO/ZH), und es wurde sodann die Löschung der allenfalls schon erfolgten vorläufigen Eintragung angeordnet. Diese Kompetenzen standen in Gestalt einer vorsorglichen Massnahme auch dem ordentlichen Richter zu, wenn während des Prozesses auf definitive Eintragung Sicherheit geleistet wurde (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 85 zu § 215 ZPO/ZH und N 2 vor § 215 ZPO/ZH). Mit einer Bewilligungsentscheidung im Sinne von § 220 ZPO/ZH bezeichnete der Richter auch die Hinterlegungsstelle; bei Barbeträgen war das in der Regel die Gerichtskasse, wobei sich die Einzelheiten aus der obergerichtlichen Verordnung über die Verwaltung von Depositen, Kautionen und Effekten vom 23. November 1960 (LS 211.13) ergaben

- 19 - (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 7 zu § 220 ZPO/ZH; Bussien, Die gerichtliche Hinterlegung nach Zürcher Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1983, S. 120). Gemäss deren § 2 bedurfte (und bedarf auch heute noch) die Entgegennahme von Depositen (Gegenstände und Werte, die einem Gericht gestützt auf kantonales oder eidgenössisches Recht als Hinterlegung oder Sicherstellung zugunsten Dritter übergeben werden) einer Anordnung des zuständigen Richters oder der zuständigen Richterin. Das Obergericht führte bereits in einer Entscheidung vom 24. Mai 1954 (ZR 54 [1955] Nr. 29) aus, nach dem Wortlaut des Gesetzes könne die Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB in jeder beliebigen Form geleistet werden; wesentlich sei nur, dass sie ausreichend sei (unter Verweis auf BK-Leemann, N 23 f. zu Art. 839 ZGB). Die Behauptung, die Sicherheit könne nur bestellt werden durch vertragliches Pfandrecht, durch Personalsicherheit oder durch eine gerichtliche Hinterlegung gemäss den Bestimmungen der Zivilprozessordnung, finde daher im Gesetz keine Stütze. Insbesondere bedürfe es bei einer Pfandbestellung keines Vertrages, da die Sicherheitsleistung ein Recht des Grundeigentümers sei, dessen Ausübung nicht vom Einverständnis des Bauunternehmers abhängt. Ebenso wenig sei bei einer Hinterlegung die Einhaltung der für gerichtliche Hinterlegungen im kantonalen Prozessrecht vorgesehenen Formvorschriften erforderlich (im Gegensatz z.B. zu den Fällen von Art. 861 Abs. 2 aZGB, Art. 92 OR, Art. 453 OR, Art. 744 OR und Art. 1032 OR, wo das Bundeszivilrecht ausdrücklich die Hinterlegung beim Richter oder bei der zuständigen Amtsstelle oder doch gemäss Anordnung einer solchen Amtsstelle verlange).

### **E. 3.3**

Die schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) führt in Art. 249 ZPO nicht abschliessend die Angelegenheiten des Zivilgesetzbuches auf, in denen das summarische Verfahren zur Anwendung gelangt, darunter in Ziffer 5 die "vorläufige Eintragung gesetzlicher Grundpfandrechte (Art. 712i, 779d, 779k und 837-839 ZGB)". Zwar erwähnt die ZPO die "Beurteilung hinreichender Sicherheit und die Hinterlegung der Forderungssumme" (§ 215 Ziff. 36 ZPO/ZH) nicht eigens. Beides beruht jedoch auf dem explizit genannten Art. 839 ZGB, weshalb nicht davon auszugehen ist, der Einzelrichter im summarischen Verfahren sei zur Beurteilung

- 20 - und Regelung der Ersatzsicherheit nicht mehr zuständig, zumal die Aufzählung gemäss Art. 249 ZPO nicht abschliessend ist. Im Übrigen entspricht § 141 GOG dem früheren § 220 ZPO/ZH. Auch unter Geltung der schweizerischen ZPO schliesst die sachliche Zuständigkeit des Hinterlegungsrichters entsprechende Anordnungen des Richters

im ordentlichen Verfahren, namentlich im Rahmen vorsorglicher Massnahmen, nicht aus (vgl. dazu Hauser/Schweri/Lieber, GOG, Zürich 2011, N 8 zu § 142 GOG). Ist das Hauptsachenverfahren auf definitive Eintragung pending, trifft im Kanton Zürich das mit der Hauptsache befasste Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen (BSK ZPO-Sprecher, N 69 Vor Art. 261-269 ZPO, N 35 zu Art. 263 ZPO und N 10 zu Art. 268 ZPO; Zürcher, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], a.a.O., N 11 zu Art. 268 ZPO; Hauser/Schweri/Lieber, a.a.O., N 77 zu § 24 GOG). Insofern besteht unter der schweizerischen ZPO keine von der zürcherischen ZPO abweichende Rechtslage. Auch hat bei Barbeträgen die Hinterlegung nach wie vor bei der Gerichtskasse zu erfolgen (Hauser/Schweri/Lieber, a.a.O., N 10 zu § 141 GOG). Ob die Sicherheit hinreichend im Sinne einer negativen Anspruchsvoraussetzung ist, hat im Verfahren auf definitive Eintragung ohnehin das in dieser Sache befasste Gericht zu prüfen (BSK ZGB II-Thurnherr, N 11 zu Art. 839 ZGB; Schumacher, a.a.O., N 1238).

### **E. 3.4**

Nach dem Gesagten hätte die Vorinstanz eine hinreichende Sicherheitsleistung nicht mit der Begründung verneinen bzw. zurückweisen dürfen, die Nebenintervenientin habe kein formelles Hinterlegungsverfahren durchlaufen und es fehle mangels gesetzlicher Grundlage oder privatrechtlichem Hinterlegungsverfahren an einer anderen verbindlichen Verwahrungspflicht der Gerichtskasse, weshalb der Sicherungszweck verfehlt werde. Dabei kann offen gelassen werden, ob in der vorliegenden Konstellation ein eigentliches Gesuch um Bewilligung der gerichtlichen Hinterlegung gestellt werden muss oder nicht. Die von der Nebenintervenientin in ihrer Eingabe vom 17. September 2015 (Urk. 6/12) gestellten Anträge (insbesondere Ziffer 2 und Ziffer 5) enthalten nämlich implizit das Ersuchen, es sei die einbezahlte Summe durch die Gerichtskasse zwecks Sicherstellung der Ansprüche der Klägerin entgegenzunehmen und zu verwahren (Schumacher, a.a.O., N 1294 f.). Folglich hätte die Vorinstanz bereits für die Dauer des Prozesses die entsprechende Bewilligung zur Hinterlegung bei der Gerichtskasse ertei-

- 21 - len und die im Sinne von § 2 der Verordnung über die Verwaltung von Depositen, Kautionen und Effekten nötige Anordnung treffen müssen. Denn das Recht zur Sicherheitshinterlegung in Form der Einbezahlung der strittigen Pfandsumme auf das Konto der Bezirksgerichtskasse ergibt sich unmittelbar aus Art. 839 Abs. 3 ZGB.

### **E. 3.5**

Der einbezahlte Betrag von Fr. 40'116.– entspricht dem Total der Pfandsummen (Fr. 9'167.– zuzüglich Fr. 21'698.– zuzüglich Fr. 9'251.–). Nebst dem bereits behandelten Gerichtsstandswechsel wurden seitens der Klägerin keine weiteren Einwände gegen die Ersatzsicherheit erhoben. Der einbezahlte Betrag wäre daher als definitiv geleistete hinreichende Sicherheit zu bewilligen und zu verwahren gewesen. Der angefochtene Entscheid verletzt somit Bundesrecht.

### **E. 3.6**

Weder die Klägerin noch die Beklagten haben beanstandet, dass die Vorinstanz keine Hauptverhandlung durchführte (vgl. zu deren Notwendigkeit bei Zwischenentscheiden: OGer ZH LB130054, 23.5.2014, E. II/3a). Aus diesem Grund erübrigt sich eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Vervollständigung des Sachverhalts. Die definitive Leistung hinreichender Sicherheit bedeutet, dass die Klage auf definitive Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte durch die Berufungsinstanz abzuweisen ist.

Entsprechend ist das Grundbuchamt ...-Zürich anzuweisen, die vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte auf den Grundstücken der Beklagten nach Eintritt der Rechtskraft zu löschen (Schumacher, a.a.O., N 1314). Da kein eigentliches Gestaltungsurteil vorliegt und offen erscheint, ob konstitutive Eintragungen in Register unter Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG zu subsumieren sind (BSK BGG-Klett/Thommen, N 14 zu Art. 103 BGG; verneinend: BGer 5A\_527/2012; bejahend: Spühler/Aemisegger/Dol-ge/Vock, BGG-Komm., 2. Aufl., N 5 zu Art. 103 BGG; Schumacher, a.a.O., N 1446), wird die Mitteilung an das Grundbuchamt samt Rechtskraftvermerk nicht vor Ablauf der Frist für eine Beschwerde an das Bundesgericht ergehen können.

#### **E. 4**

Der Klägerin wird eine Frist von 90 Tagen ab Zustellung dieses Entscheids angesetzt, um beim zuständigen Gericht Klage gegen die Nebenintervenientin auf Zusprechung der Vergütungsforderung und Inanspruchnahme der geleisteten Sicherheit einzureichen.

- 25 - Bei Säumnis mit der Klage fällt die Sicherheit gemäss Ziffer 3 vorstehend dahin und die Nebenintervenientin ist berechtigt, die Herausgabe der geleisteten Sicherheit zu verlangen. Davon ausgenommen ist der Fall, da über die Nebenintervenientin vor Ablauf der 90 Tage der Konkurs eröffnet wird. Wird der Konkurs mangels Aktiven eingestellt, ist die Klage innert 30 Tagen ab öffentlicher Bekanntmachung der Einstellung (Art. 230 Abs. 1 SchKG) einzureichen.

#### **E. 4.1**

Bei diesem Ausgang ist die Entgegennahme und Verwahrung der Ersatzsicherheit zwecks definitiver dinglicher Sicherung der Vergütungsforderung der Klägerin anzuordnen (§ 2 der Verordnung über die Verwaltung von Depositen, Kautionen und Effekten). Der Klägerin ist eine Frist von 90 Tagen ab Zustellung

- 22 - dieses Entscheids anzusetzen, um beim zuständigen Gericht Klage gegen die Nebenintervenientin auf Zusprechung der Vergütungsforderung und Inanspruchnahme der geleisteten Sicherheit einzureichen (Art. 198 lit. h ZPO). Bei versäumter Klage fällt die Sicherheit dahin und ist die Nebenintervenientin berechtigt, beim Einzelgericht am Bezirksgericht Meilen die Herausgabe der Sicherheit zu verlangen (§ 141 Abs. 2 GOG), es sei denn, dass über die Nebenintervenientin vor Ablauf der neunzigtägigen Frist der Konkurs eröffnet worden ist. In diesem Fall kann die Klägerin ihre Forderung im Konkurs eingeben und für einen ungedeckten Betrag einen Verlustschein erhalten. Wird der Konkurs mangels Aktiven eingestellt, ist die Klage innert 30 Tagen ab öffentlicher Bekanntmachung der Einstellung (Art. 230 Abs. 1 SchKG) einzureichen.

#### **E. 4.2**

Mit Blick auf die Freigabe bzw. Beanspruchung der Ersatzsicherheit ist darauf hinzuweisen, dass Depositen auf richterliche Anordnung freigegeben werden (§ 17 der Verordnung über die Verwaltung von Depositen, Kautionen und Effekten). Falls die Klägerin die 90-tägige Frist zur Klageeinreichung ungenutzt verstreichen lässt oder sich das mit dem Forderungsprozess befasste Gericht nicht bereits über die Verwendung der Sicherheit ausspricht (d.h. bestimmt, welcher Anteil der Klägerin und welcher Anteil der Nebenintervenientin zusteht) und entsprechende Herausgabebeanweisungen erteilt (Bussien, a.a.O., S. 152; Hauser/Schweri/Lieber, a.a.O., N 11 zu § 141 GOG; Frank/Sträuli/Messmer,

a.a.O., N 7a zu § 220 ZPO/ZH mit Verweis auf ZR 54 [1955] Nr. 25), werden im Nachgang auf Gesuch einer Partei die für die Herausgabe der Sicherheit erforderlichen gerichtlichen Verfügungen zu treffen sein. Die Voraussetzungen, unter denen die Sicherheit ganz oder teilweise der Klägerin ausbezahlt ist, ergeben sich aus ihrem Zweck, der Klägerin dieselbe Gewähr für die Befriedigung ihrer Vergütungsfor- rung aus dem in Erw. I/1 umschriebenen Vertragsverhältnis wie ein Baupfand- recht zu verschaffen (Schumacher, a.a.O., N 1259). Zwar wäre es nicht ausgeschlossen, die Anspruchsvoraussetzungen bereits heute wie Bankgarantiefälle genau zu umschreiben (vgl. Schumacher, a.a.O., N 1294, N 1296 und N 1275 ff.), doch erscheint es mit Rücksicht auf die reine Vollzugsfunktion der Bezirksgerichtskasse (§ 201 Abs. 1 GOG), die auf konkrete

- 23 - richterliche Anordnung hin tätig wird (§ 17 der Verordnung über die Verwaltung von Depositen, Kautionen und Effekten), nicht zweckmässig, dieselbe mit der Prü- fung der Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen zu betrauen. Vielmehr ist der Entscheid über die Verwendung der Sicherheit nach Abschluss des Forderungs- prozesses den Gerichten vorzubehalten, zumal die Schweiz heute einen einheitli- chen Vollstreckungsraum bildet und richterliche Vollstreckungsanordnungen auch interkantonal zu beachten sind (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessord- nung vom 28. Juni 2006 S. 7383). IV.

#### **E. 5**

Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 3'000.– festgesetzt.

#### **E. 6**

Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden der Nebenin- tervenientin auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss verrechnet. Die Nebenintervenientin wird verpflichtet, der Klägerin den Vor- schuss im Umfang von Fr. 3'000.– zu ersetzen.

#### **E. 7**

Die Nebenintervenientin wird verpflichtet, der Klägerin für das erstinstanzli- che Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 6'600.– zu bezahlen.

#### **E. 8**

Die Nebenintervenientin wird verpflichtet, der Klägerin die Kosten des Mass- nahmeverfahrens (Bezirksgericht Meilen, Geschäfts-Nr. ES150018) von Fr. 3'000.– zu ersetzen.

#### **E. 9**

Die Nebenintervenientin wird verpflichtet, der Klägerin für das Massnahme- verfahren (Bezirksgericht Meilen, Geschäfts-Nr. ES150018) eine Parteient- schädigung von Fr. 4'000.– zu bezahlen.

#### **E. 10**

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.

#### **E. 11**

Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit dem von den Beklagten geleisteten Kostenvorschuss ver- rechnet. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten den Vorschuss im Um- fang von Fr. 3'000.– zu ersetzen.

**E. 12**

Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteienschädigung von insgesamt Fr. 3'000.– zu bezahlen.

- 26 -

**E. 13**

Schriftliche Mitteilung je gegen Empfangsschein – an die Parteien und an die Nebenintervenientin – an die Vorinstanz – im Auszug an das Grundbuchamt ...-Zürich hinsichtlich Dispositiv Ziffer 2 und mit Rechtskraftvermerk Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

**E. 14**

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 40'116.–. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 13. April 2016 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer  
Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. M. Kirchheimer  
versandt am: se

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.