

ZH_OBERGERICHT NP190023 vom 3. April 2020

ZH Obergericht, 2020-04-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NP190023

FR: ZH_OBERGERICHT NP190023 du 3 avril 2020

IT: ZH_OBERGERICHT NP190023 del 3 aprile 2020

Erwägungen

E. 1

1.1 Am 19. Oktober 2018 wandte sich die A._____ GmbH an das Bezirksge- richt Meilen. Sie machte im Wesentlichen geltend, als Subunternehmerin der B._____ AG auf dem Grundstück am C._____ [Strasse] ... in D._____ [Ort] (Kat. Nr. 1, GBB1. 2), das im Eigentum des E._____ steht, bis zum 11. August 2018 verschiedene Sanitärarbeiten erbracht zu haben. Für diese Arbeiten habe die B._____ AG den ihr in Rechnung gestellte Werklohn nur teilweise beglichen. Im Umfang von Fr. 10'045.85 sei er unbezahlt geblieben. Die A._____ GmbH ver- langte daher die vorläufige Eintragung eines Pfandrechts zu ihren Gunsten auf dem Grundstück von E._____, und zwar für die Pfandsumme von Fr. 10'045.85 nebst 5 % Zins seit dem 15. August 2018 (vgl. act. 11A/1). Das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen behandelte das Gesuch der A._____ GmbH im Verfahren mit Geschäfts- Nr.ES180051-G und wies am 20. Oktober 2018 das Grundbuchamt F._____ vor- sorglich an, das beantragte Pfandrecht im Sinne von Art. 961 ZGB vorläufig ein- zutragen. Letzteres geschah am 22. Oktober 2018.

E. 1.2

Das Einzelgericht führte danach sein Verfahren durch, in dem E._____ am 14. November 2018 u.a. den Antrag stellte, das vorläufig eingetragene Pfandrecht umgehend zu löschen, weil die Voraussetzungen einer provisorischen Eintragung für die angebliche Forderung der A._____ GmbH nicht gegeben seien. E._____ verkündete zudem der B._____ AG den Streit. Diese trat dem Prozess darauf als Nebenintervenientin auf der Seite von E._____ bei und hinterlegte am 18. Dezember 2018 bei der Bezirksgerichtskasse Meilen Fr. 15'000.- als Sicher- heit. Diese Sicherheit erachtete sie als hinreichend i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB und ersuchte daher um Löschung des Pfandrechts. Auch die A._____ GmbH erachte- te die von der B._____ AG geleistete Sicherheit als hinreichend. Das Einzelge- richt erledigte sein Verfahren mit der Geschäfts-Nr. ES180051-G durch Urteil vom 22. Januar 2019 (act. 4/2). Dabei merkte es im Wesentlichen vor, dass die A._____ GmbH die Sicherheit als hinreichend anerkannt hatte, wies das Gesuch der A._____ GmbH um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ab und das Grundbuchamt F._____ an, die am 22. Oktober 2018 erfolgte vorläufige

- 5 - Eintragung des Pfandrechts zu Gunsten der A._____ GmbH auf dem Grundstück von E._____ nach Eintritt der Rechtskraft des Entscheides vollumfänglich zu lö- schen. Ferner setzte es u.a. der A._____ GmbH eine Frist von 90 Tagen an, um beim Gericht Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit anzuheben und traf Anordnungen zur weiteren Verwahrung der bei der Bezirksgerichtskasse hinter- legten Fr. 15'000.-.

E. 1.3

Mit Schriftsatz vom 23. April 2019 (act. 1–4) gelangte die A. _____ GmbH an das Bezirksgericht Meilen (bzw. dessen Einzelgericht im vereinfachten Verfahren) und klagte gegen die B. _____ AG auf Bestellung der definitiven Sicherheit (vgl. act. 1 S. 1 f.). Das Einzelgericht führte sein Verfahren durch. Nachdem die A. _____ GmbH (fortan: die Klägerin) den ihr auferlegten Kostenvorschuss geleistet hatte, setzte es der B. _____ AG (fortan: die Beklagte) Frist an, um die Klage schriftlich zu beantworten. Die Beklagte erstattete ihre Klageantwort (act. 14) am 28. Mai 2019, beantragte ein Nichteintreten auf die Klage sowie eine Beschränkung des Verfahrens auf die Frage (fehlender) Passivlegitimation (vgl. a.a.O., S. 2). Das Einzelgericht gab der Klägerin Gelegenheit, sich schriftlich zur Frage der Passivlegitimation zu äussern, welche Gelegenheit wahrgenommen wurde (vgl. act. 18 f.). Für den Fall, dass das Einzelgericht einzig über die strittige Passivlegitimation entscheide, verzichteten die Parteien anfangs Juli 2019 auf eine Hauptverhandlung und weitere Parteivorträge. Am 26. Juli 2019 fällte das Einzelgericht sein Urteil (act. 37 [= act. 32 = act. 36/2]), dessen Dispositiv diesen Erwägungen vorangestellt ist. Für weitere Einzelheiten zur Prozessgeschichte kann auf die Erwägungen im einzelgerichtlichen Urteil verwiesen werden (vgl. a.a.O., S. 2–5).

- 6 -

E. 2

Mit Schriftsatz vom 16. September 2019 (act. 35 f.) erhob die Klägerin rechtzeitig Berufung und leistete danach den ihr auferlegten Kostenvorschuss (vgl. act. 40). Die Beklagte erstattete ihre schriftliche Berufungsantwort im November 2019 und erhob dabei gleichzeitig Anschlussberufung (vgl. act. 43). Die Anträge der Parteien im Berufungsverfahren sind diesen Erwägungen ebenfalls vorangestellt. Mit Verfügung vom 3. Dezember 2019 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um die Anschlussberufung schriftlich zu beantworten, und es wurden die Parteien darauf hingewiesen, dass der gesetzlich vorgesehene Schriftenwechsel zur Berufung mit dem Eingang der Berufungsantwort abgeschlossen ist (vgl. act. 44 S. 2). Die Klägerin reichte gleichwohl unaufgefordert eine Replik zur Berufung ein (act. 46), der sie eine kurze "Vernehmlassung zur Anschlussberufung" beifügte (vgl. a.a.O., Rz. 33–36). Mit Verfügung vom 23. Januar 2020 wurde der Beklagten ein Doppel davon zugestellt, verbunden mit dem Hinweis, dass ebenfalls der Schriftenwechsel zur Anschlussberufung abgeschlossen sei. Weiter wurde die Beklagte darauf hingewiesen, dass dann, wenn sie gleich wie die Klägerin von ihrem sog. allgemeinen Replikrecht (bzw. "Recht aufs letzte Wort") Gebrauch machen wolle, das mündlich im Rahmen einer Verhandlung erfolgen könne; gleichwohl eingereichte schriftliche Eingaben blieben daher unbeachtlich (vgl. act. 47). Ungeachtet dessen reichte die Beklagte eine schriftliche Berufungsduplik ein (act. 49), die mit Verfügung vom 29. Januar 2020 für unbeachtlich erklärt wurde (vgl. act. 50). Zugleich wurde eine Verhandlung mit dem Zweck der Wahrung des allgemeinen Replikrechts angeordnet (vgl. a.a.O.). Die Verhandlung fand am 2. März 2020 statt (Prot. S. 8 ff.) und ging mit dem gerichtlichen Hinweis zu Ende, die Sache werde nun vom Kollegium beraten (vgl. Prot. S. 9/10), nachdem beide Parteien zuvor erklärt hatten, sie hätten nichts mehr zu sagen (vgl. Prot. S. 9).

E. 3

3.1 Mit der Berufung können eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes und eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO); zu

letzterer zählt auch die unrichtige Anwendung des pflichtgemässen Ermessens, weshalb das Gesetz dies nicht eigens erwähnt. Gemäss

- 7 - Art. 311 Abs. 1 ZPO sind die entsprechenden Beanstandungen von der Berufungsführenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen (Begründungslast; vgl. dazu BGE 138 III 375 oder OGer ZH, Urteil LB110049 vom

E. 3.2

Die Beklagte hat beim Einzelgericht den Antrag gestellt, es sei auf die Klage nicht einzutreten. Das Einzelgericht hat diesen Antrag mit einlässlicher Begründung verworfen (vgl. act. 37, dort insbes. Erw. 2.1.1, 2.1.2 und 2.4) und ist in Dispositivziffer 1 auf die Klage eingetreten. Das wurde weder von der Klägerin mit der Berufung noch von der Beklagten mit der Anschlussberufung angefochten (vgl. act. 35 S. 2 und act. 43 S. 2). Dispositivziffer 1 des Urteils vom 26. Juli 2019 ist daher in Rechtskraft erwachsen, was der Klarheit halber vorzumerken ist. 4. Das einzelgerichtliche Verfahren drehte sich ausschliesslich um die Beantwortung der Frage, ob die Beklagte im Verfahren um die definitive Bestellung der Ersatzsicherheit i.S. des Art. 839 Abs. 3 ZGB passivlegitimiert sei oder nicht. Das

- 8 - Einzelgericht bejahte Letzteres und wies die Klage deshalb in Dispositivziffer 2 seines Urteils ab. 4.1 - 4.1.1 Im Wesentlichen erwog es dazu – mit zahlreichen Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung – vorweg, bei der Passivlegitimation gehe es um die Frage nach der Sachlegitimation, die keine Prozessvoraussetzung darstelle, sondern eine Frage des materiellen Rechts sei. Als materiellrechtliche Voraussetzung des eingeklagten Anspruchs sei die Sachlegitimation der Parteien vom Richter jeder Stufe im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen zu prüfen. Unter dem Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime, welche hier zur Anwendung komme, erfolge die Prüfung allerdings nur nach Massgabe des behaupteten und festgestellten Sachverhalts (vgl. act. 37 S. 5 f. [Erw. 2.1]). Das alles ist grundsätzlich zutreffend, weshalb zur Vermeidung von Wiederholungen auf die entsprechenden einzelgerichtlichen Erwägungen verwiesen werden kann. Im Berufungsverfahren wird das richtigerweise von keiner der Parteien näher angezweifelt bzw. beanstandet. Die Klägerin lässt sogar ausdrücklich darauf hinweisen (vgl. act. 35 Rz. 66). 4.1.2 Zum Behaupteten, das es in seinem Verfahren für massgeblich erachtete, hielt das Einzelgericht in seinem Urteil im Wesentlichen fest, die Beklagte stelle sich auf den Standpunkt, die Beklagte habe fälschlicherweise sie statt den Grundeigentümer E._____ auf definitive Bestellung der für das Bauhandwerkerpfandrecht dienenden Ersatzsicherheit eingeklagt. Es gebe weder einen rechtlichen noch vertraglichen Rechtsanspruch der Klägerin gegen sie, für die angeblich ausstehende Werklohnforderung eine Sicherheitsleistung zu verlangen. Die Klägerin mache demgegenüber geltend, gemäss der einschlägigen Zürcher Rechtsprechung führe der Wechsel der Sicherheit für das ordentliche Verfahren auch zu einem Parteiwechsel: Nach der Hinterlegung der Sicherheit finde ein Objektwechsel statt und es gehe nicht mehr um das Bauhandwerkerpfandrecht, sondern um die definitive Sicherheitshinterlegung. Bei der Qualifikation des Hinterlegers als Partei werde einzig vorausgesetzt, dass sie die Sicherheitsleistung erbringe. Die Beklagte sei daher als Hinterlegerin Partei des einschlägigen Rechtsverhältnisses zwischen ihr, der Klägerin und dem Gericht. An diesem Rechtsverhältnis sei E._____

- 9 - nicht mehr beteiligt. Das habe dieser selbst schon in einem Schreiben vom 19. Dezember 2018 auch so zum Ausdruck gebracht (vgl. act. 37 S. 6 f.). Als in seinem

Verfahren massgeblich festgestelltes erachtete das Einzelgericht zudem implizit (vgl. dazu act. 37 S. 2–4 [Erw. 1.1–4]) den Sachverhalt, wie er vorstehend auch in den Erw. 1.1 und 1.2 verknüpft wiedergegeben wurde, nämlich dass die beim Bezirksgericht Meilen hinterlegte Summe von Fr. 15'000.- von der Klägerin als hinreichende Sicherheit anerkannt worden war. Auch das alles wird mit der Berufung (vgl. act. 35) nicht näher beanstandet, weshalb es damit sein Bewenden hat. 4.1.3 In der Erw. 2.3 seines Urteils befasste sich das Einzelgericht dann mit der Lehre und Rechtsprechung zur Frage, ob die von einem Dritten geleistete provisorische Sicherheit im Hinblick für das Verfahren um definitive Bestellung der Sicherheit zu einem Parteiwechsel führe oder aber, ob nicht weiterhin der Grundeigentümer als passivlegitimierte Partei des Prozesses fungiere. Es setzte sich dabei insbesondere mit der Auffassung von Schumacher auseinander, die Passivlegitimation werde auch beim Leisten einer Ersatzsicherheit nicht vom Grundstückseigentümer auf den Garantiesteller übertragen, denn Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB verpflichte einzig den Grundeigentümer zur Sicherheitsleistung, daran ändere die Sicherheitsleistung gemäss Art. 839 Abs. 2 [recte: 3], Halbsatz 2 ZGB nichts – nur das Objekt der Sicherheit werde geändert; für einen Zwang zum Parteiwechsel fehle jede gesetzliche Grundlage (vgl. act. 37 S. 7 f.). Weiter vermerkte das Einzelgericht, dass es sich bei der von der Klägerin geltend gemachten einschlägigen Rechtsprechung um eine Entscheidung des Handelsgerichts des Kantons Zürich aus dem Jahr 2014 handle (vgl. a.a.O., S. 8). Auf diesen Entscheidung sei das Handelsgericht allerdings mit dem in der ZR 2016 S. 211 ff. (ZR 115 [2016] Nr. 51) veröffentlichten Urteil vom 18. August 2016 zurückgekommen. Das Einzelgericht zitierte danach ausgiebig dieses Urteil im Wortlaut (vgl. a.a.O., S. 9–16), das zum Ergebnis kam, die in diesem Urteil vorgenommene Auslegung bestätige den Wortlaut von Art. 839 Abs. 3 ZGB und es sei festzuhalten, dass die gesetzliche Regelung in den Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB i.V.m. Art. 839 Abs. 3 ZGB keinen Übergang der Passivlegitimation betreffend den Anspruch auf definitive Bestellung der Sicherheit auf den Dritten vorsehe, der im

- 10 - Massnahmeverfahren provisorische Sicherheit geleistet habe (vgl. a.a.O., 16). Von dieser Rechtsprechung sei das Handelsgericht, soweit ersichtlich, nicht mehr abgewichen (vgl. a.a.O., S. 17). Und das Einzelgericht schloss sich dieser Auffassung, die von der überwiegenden Lehre und der aktuellen Rechtsprechung vertreten werde, in der Erw. 2.4 seines Urteils an (vgl. a.a.O.). 4.2 - 4.2.1 Die Klägerin kritisiert das einzelgerichtliche Urteil mit ihrer Berufung breit und bedauert dabei vorab, "dass es dem Kreisgericht [recte: Bezirksgericht bzw. Einzelgericht] nicht Wert war, auf die fundierten Ausführungen der Klägerschaft konkret einzugehen" (vgl. act. 35 Rz. 14). Ob die Klägerin daraus etwas zu ihren Gunsten herleiten will, und allenfalls dann was genau, ist allerdings nicht ersichtlich. Wie schon vorhin vermerkt, kommt ein Gericht seiner Begründungspflicht dann nach, wenn es in seiner Entscheidung die wesentlichen Überlegungen darlegt, von denen es sich hat leiten lassen – nicht nötig ist es daher, dass es auf die Rechtsauffassung, die ihm eine Partei vorlegt, im Einzelnen eingeht. In seinem Urteil ist das Einzelgericht dieser Begründungspflicht nachgekommen, was die Klägerin denn auch nicht ernsthaft in Frage stellt. Es gilt zudem der Grundsatz: *iura novit curia* (das Gericht kennt das Recht). Nach dieser allgemeinen Kritik befasst sich die Klägerin dann mit Konkretem. Im Wesentlichen hält sie die Auffassung des Einzelgerichtes für falsch und weiter dafür, es habe einen zwischen den Parteien des Massnahmeverfahrens vereinbarten Parteiwechsel gegeben bzw. es sei ein solcher auch sonst eingetreten, insbesondere mit der Hinterlegung und es habe die Beklagte im einzelgerichtlichen Verfahren den Parteiwechsel anerkannt (vgl. zu

Letzterem act. 35 Rz. 26– 31). Sie geht dabei zunächst auf die allgemeinen Voraussetzungen der Passivlegitimation der Beklagten gemäss ZR 115 (2016) Nr. 51 ein. Gemäss diesem Entscheid und damit auch gemäss Vorinstanz gelte der Sicherheit leistende Dritte als passivlegitimiert, wenn er die Sicherheit nicht als Gehilfe des Grundeigentümers geleistet habe oder beim Parteiwechsel vom Eigentümer auf den Dritten (vgl. act. 35 Rz. 14–18). Die Beklagte habe anerkanntermassen die Sicherheit nicht als Hilfsperson des Grundeigentümers geleistet (vgl. a.a.O., Rz. 19–25). Zu einem Parteiwechsel wäre es aber auch ohne Anerkennung aufgrund der Kriterien von ZR 115 (2016) Nr. 51 S. 216 ff. gekommen (vgl. a.a.O., Rz. 31–55). Und es wird

- 11 - ein venire contra factum proprium der Beklagten geltend gemacht (vgl. a.a.O., Rz. 56). Weiter führt die Klägerin aus, die Beklagte sei auch deshalb passivlegitimiert, weil sie mit der Überweisung der Sicherheitssumme konkludent einen Sicherheitshinterlegungsvertrag abgeschlossen bzw. eine Sicherheitshinterlegung errichtet habe (vgl. a.a.O., Rz. 57), äussert sich sodann zur nicht einheitlichen Zürcher Rechtsprechung (a.a.O., Rz. 58 f.), zur Klageart (a.a.O., Rz. 60 ff.), zur Sicherheitshinterlegung (a.a.O., Rz. 67 ff.), um dann eine grundsätzliche Kritik an der Begründung des angefochtenen Urteils unter diversen Gesichtspunkten anzubringen (vgl. a.a.O., Rz. 83–99). In ihrer unaufgefordert eingereichten Replik (act. 46 Rz. 3–32) wiederholt die Klägerin im Wesentlichen ihre bereits in der Berufung geäusserten Rechtsauffassungen vor allem zur Sicherheitshinterlegung. 4.2.2 Die Beklagte erachtet das angefochtene Urteil für richtig (vgl. act. 43 Rz. 6) und hält der Klägerin im Wesentlichen Fehlinterpretationen des angefochtenen Entscheids, der Judikatur, der Literatur und des Gesetzes vor (vgl. a.a.O., dort etwa Rz. 6 f., 9, 14), namentlich auch in Bezug auf die Voraussetzungen eines Parteiwechsels (vgl. a.a.O. Rz. 8, 10). Und sie ist der Auffassung, die Klägerin hätte die Klage gegen den Grundeigentümer E. _____ richten müssen, weil die Ersatzsicherheit als dingliche Sicherung der Vergütungsforderung (vgl. a.a.O., Rz. 11) nur vorläufig geleistet worden sei. Daher sowie mangels ausdrücklicher Erklärung, der Sicherstellungsanspruch des Unternehmers sei anerkannt, sei das Eintragsverfahren gleich fortzusetzen, wie es auch ohne Sicherheitsleistung hätte fortgesetzt werden müssen (vgl. a.a.O., Rz. 12 f.). Die Klägerin versuche ihr – der Beklagten – die Passivlegitimation aufzudrängen, weil der Grundeigentümer im Verfahren um provisorische Eintragung salopp gesagt habe, nun sei er draussen. Darin könne indes kein Einverständnis ihrerseits liegen, die Beklagtenrolle zu übernehmen, und solches habe sie auch nie erklärt (vgl. a.a.O., Rz. 10). 4.2.3 Es versteht sich von selbst, dass in einer knappen Darstellung der Parteistandpunkte nicht alles dargelegt werden kann, was die Parteien im Berufungsverfahren vorgetragen haben. Alle ihre gemäss Art. 317 ZPO zulässigen Vorbrin-

- 12 - gen werden im Folgenden indessen berücksichtigt, auch dann und soweit, wenn und wie das nicht ausdrücklich vermerkt ist. Im Übrigen wird der Klarheit halber nochmals auf vorstehende Erw. 3.1 (a.E.) hingewiesen. 4.3 - 4.3.1 Das Einzelgericht ging in tatsächlicher Hinsicht zutreffend davon aus dass die Klägerin vor dem Massnahmegericht um die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück von E. _____ ersuchte, der als Grundeigentümer nicht ihr Vertragspartner war und ist und daher auch nicht Schuldner der von der Klägerin geltend gemachten Forderung, für die sein Grundstück als Pfand Sicherheit bieten soll. Schuldnerin dieser geltend gemachten Forderung ist die Beklagte, welche als Nebenintervenientin im Massnahmeverfahren den Bestand der Forderung bestritten hat (vgl. act. 11A/31), indes eine Sicherheit stellte, und

zwar ausdrücklich nur eine provisorische, also einst- weilige (vgl. a.a.O., S. 2 und S. 3 [ohne Anerkennung einer Rechtspflicht], sowie act. 11A/35 [Sicherheit provisorisch geleistet]). 4.3.2 - 4.3.2.1 Ebenso zutreffend ging das Einzelgericht vor diesem Hintergrund davon aus, für die Beantwortung der Frage, ob die Beklagte im Verfahren um die definitive Bestellung der Sicherheit passivlegitimiert ist oder nicht, seien in rechtli- cher Hinsicht primär die gesetzlichen Anordnungen in den Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB und Art. 839 Abs. 3 ZGB massgeblich. Ergänzend bzw. verdeutlichend ist dazu festzuhalten, dass beide Normen den Grundeigentümer in die Pflicht neh- men und bezwecken, wie schon ihr klarer und unzweideutiger Wortlaut ergibt, dass der Bauhandwerker gegenüber dem Grundeigentümer ein dingliches Sicher- heitsrecht (Pfandrecht) für Forderungen aus Arbeiten an dessen Grundstück hat, auch wenn der Grundeigentümer – wie hier – nicht Vertragspartner des Bauhand- werkers ist, aber dessen Arbeiten am Grundstück zugestimmt hat (vgl. Art. 837 Abs. 2 ZGB). Der Gesetzgeber hat mit dieser Regelung dem Grundeigentümer neben anderem (wie doppelter Pfandbelastung) insbesondere das Risiko doppel- ter Zahlung aufgebürdet (vgl. etwa THURNHERR, in: BSK ZGB II, 6. A., Basel 2019, Art. 839/840 N 10), nämlich an den Nichtvertragspartner und an den Vertragspart- ner. Das wird dann augenfällig, wenn der Grundeigentümer verhindern will, dass sein Grundstück als Pfand, also als dingliche Sicherheit für die Forderung eines

- 13 - Nichtvertragspartners erhalten muss, die dieser gegenüber einem Vertragspart- ner des Grundeigentümers hat, und er das durch Zahlung an eben diesen Nicht- vertragspartner, ohne dessen Schuldner zu sein, abwendet. Denn seine geschul- dete Leistung gegenüber seinem Vertragspartner hat der Grundeigentümer damit nicht erfüllt. Anstelle der Zahlung an den Nichtvertragspartner kann der Grundeigentü- mer zur Abwendung des dem Nichtvertragspartners zustehenden Anspruchs auf Pfandsicherung (Errichtung des Pfandrechts durch Eintrag im Grundbuch) eine hinreichende Sicherheit leisten (vgl. Art. 839 Abs. 3 ZGB). Diese Sicherheitsleis- tung tritt dann an die Stelle der Pfandsicherung der Forderung, was zum einen die (vorläufige oder definitive) Eintragung eines Pfandrechts zu Gunsten des Nicht- vertragspartners im Grundbuch zwar verhindert bzw. dazu führt, dass ein bereits vorläufig zu Gunsten des Nichtvertragspartners eingetragenes Pfandrecht im Grundbuch zu löschen ist. Zum anderen bleibt die gesetzliche Pflicht des Grund- eigentümers zur Sicherstellung des Nichtvertragspartners jedoch bestehen und hat sich Letzterer an den Grundeigentümer zu halten, wenn er die an der Stelle des Pfandrechts getretene Sicherheit (definitiv) bestellt haben will bzw. bean- sprucht. Oder anders gesagt: Der Grundeigentümer ist passivlegitimiert. 4.3.2.2 Das Einzelgericht ging in seinem Urteil weiter davon aus, an dieser Rechtslage ändere sich auch dann grundsätzlich nichts, wenn ein Dritter bzw. der Vertragspartner des Grundeigentümers die Sicherheitsleistung stelle. Es machte sich dabei – wie gesehen – die Auffassung des Handelsgerichts des Kantons Zü- rich zu eigen, die dieses in der ZR publiziert hatte, und verwies zudem auf die überwiegende Lehrmeinung, dabei namentlich die Auffassung von SCHUMACHER (vgl. act. 37, dort Erw. 2.3.1 und Erw. 2.4.1). Diese Auffassung deckt sich übri- gens auch mit der von THURNHERR (vgl. a.a.O., N 11), was die Klägerin in ihrer Kritik am Einzelgericht übergeht. In dieser Kritik vermag sie im Übrigen keine Au- toren zu benennen die eine (fundierte) Meinung zum hier massgeblichen Thema vertreten, die von dieser vom Einzelgericht erwähnten Mehrheit abweicht (vgl. act. 35 Rz. 90–93). So befasst sich z.B. in der N 15 zu Art. 263 ZPO der von der Klägerin zitierte HUBER mit dem Thema fehlender Rechtshängigkeit der Hauptsache bei der (super-)provisorischen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im

- 14 - Massnahmeverfahren (vgl. dazu auch Art. 961 ZGB) und nicht mit der Hauptsache i.S. der Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 839 Abs. 1–3 ZGB selbst, also der sog. Prosequierung, um die es heute geht. Das Handelsgericht kam in seinem in der ZR publizierten Entscheid nach einer breiten Auslegeordnung und Auslegung, die das Einzelgericht fast wörtlich übernommen hat und auf die hier zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden kann (vgl. ZR 115 [2016] Nr. 51 und act. 37 S. 9 ff. [Erw. 2.3.2.2]), zu seinem Ergebnis, dem sich die Kammer anschliesst. Denn mit Blick auf den hier massgeblichen Sachverhalt überzeugt dieses Ergebnis, steht im Einklang mit den Grundsätzen der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis (auch wenn sich diese nicht auf die hier aufgeworfene Frage unmittelbar bezieht) und deckt sich – wie das Einzelgericht richtig vermerkte – auch mit der massgeblichen Lehre, weshalb ergänzend ebenfalls auf die entsprechenden einzelgerichtlichen Erwägungen dazu verwiesen werden kann (vgl. act. 37 Erw. 2.3.1). Verdeutlichend ist allem dem beizufügen, dass es hier insbesondere nicht darum geht, dass die Beklagte mit der provisorischen Leistung der Ersatzsicherheit eine Schuld des Grundeigentümers gegenüber der Klägerin als Nichtvertragspartnerin übernommen hätte. Eine solche Schuld bzw. Forderung der Klägerin gegenüber dem Grundeigentümer besteht nicht. Mit der Leistung der einstweiligen Ersatzsicherheit hat die Beklagte auch nicht an der Stelle des Grundeigentümers für diesen eine der Zahlung entsprechende Erfüllungshandlung vorgenommen, zumal die Beklagte den Bestand der Forderung, welche die Klägerin zum Anlass genommen hatte, ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig eintragen zu lassen, ausdrücklich bestritten hatte. Im hier massgeblichen Sachverhalt findet sich zudem keine Erklärung der Beklagten gegenüber dem Grundeigentümer, mit der von ihr ausdrücklich nur provisorisch, also einstweilen gestellte Ersatzsicherheit entbinde sie ihn von seiner gesetzlichen Sicherstellungsverpflichtung und übernehme diese an der Stelle des Grundeigentümers. Und es lässt sich eine solche Erklärung der Beklagten gegenüber dem Grundeigentümer auch nicht nach den Grundsätzen des Vertrauensprinzips herleiten, wie dies die Klägerin u.a. mit Verweis auf eine Stellungnahme des Grundeigentümers in act. 11A/36 versucht (vgl. act. 35, dort Rz. 45) und dabei z.B. übergeht, dass die Beklagte im Massnahme-

- 15 - verfahren gar keine Möglichkeit hatte, der vom Grundeigentümer in act. 11A/36 geäusserten Auffassung zu widersprechen (vgl. act. 11A/38 S. 8 [Mitteilungssatz]). Hinzu kommt, dass sich allein aus der Tatsache, dass der Grundeigentümer sich den Folgen seiner gesetzlichen Sicherstellungspflicht gegenüber der Klägerin im Massnahmeverfahren verbal zu Lasten der Beklagten entschlagen wollte (vgl. dazu act. 35 Rz. 40 und 43; siehe auch act. 11A/30 S. 2, dort Ziff. 4), nur schon vom Wortlaut her nichts Stichhaltiges für den vorgängigen Austausch übereinstimmender Willenserklärung zwischen dem Grundeigentümer und der Beklagten herleiten lässt, gemäss dem die Beklagte an dessen Stelle die Sicherstellungspflicht gegenüber der Klägerin übernimmt (Parteiwechsel). Der Grundeigentümer konnte deshalb mit seinen von der Klägerin in der Berufung zitierten Erklärungen im Massnahmeverfahren auch keinen zwischen ihm und der Beklagten vereinbarten Parteiwechsel kundgeben und hat das auch nicht (vgl. act. 11A/30 S. 2, dort insbes. Ziff. 5, sowie act. 11A/36). Raum dafür, dass die Beklagte der Klägerin gegenüber durch ihr Verhalten im Massnahmeverfahren im Lichte des Vertrauensprinzips kundgegeben habe, die Beklagte habe den Grundeigentümer als Partei abgelöst (vgl. act. 35, dort etwa Rz. 41) bleibt von daher ebenfalls keiner; auch sonst ist im Verhalten der Beklagten nichts ersichtlich, was ein entsprechendes Verständnis der Klägerin hätte begründen können. Allein aus der Tatsache, dass die Beklagte als Nebenintervenientin im

Massnahmeverfahrens die Ersatzsicherheit leistete, lässt sich weder aufgrund von Art. 839 Abs. 3 ZGB noch nach dem Vertrauensprinzip eine Willensbekundung der Beklagten herleiten, sie wolle im Hauptverfahren (Prosequierung) an die Stelle des Grundeigentümers treten. Das scheint auch die Klägerin nicht zu verkennen, beruft sie sich doch auf ein entsprechendes Zugeständnis der Beklagten im einzelgerichtlichen Verfahren, nämlich auf die unwidersprochen gebliebenen Behauptungen der Klägerin in ihrer "Klageantwort vom 25. Juni 2019" (vgl. act. 35 Rz. 27–29). Bei dieser "Klageantwort" der Klägerin handelt es sich übrigens um die Replik auf die Klageantwort der Beklagten, in der die Beklagte ausdrücklich ihre Passivlegitimation bestritten hat. Was die gegenteilige spätere Behauptung der Klägerin in der Replik an dieser Bestreitung hätte ändern können bzw. sollen, bleibt unerfindlich.

- 16 - Entgegen der Auffassung der Klägerin (vgl. act. 35 Rz. 46) beinhalteten die von ihr zitierten Erklärungen des Grundeigentümers im Massnahmeverfahren zudem keine Prozesshandlung im Massnahmeverfahren, die sich die Beklagte nach Art. 76 Abs. 2 ZPO zu ihrem Nachteil gefallen lassen müsste. Massgeblich war im Massnahmeverfahren einzig, dass eine einstweilige Ersatzsicherheit geleistet worden war, die als hinreichend anerkannt wurde, was zur Abweisung des Gesuchs um vorläufige Eintragung des Pfandrechts der Klägerin und zur Löschung der vorläufigen Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch führte. Die Frage, ob der Klägerin das Recht auf Sicherheit durch das gesetzlich vorgesehene Bauhandwerkerpfandrecht am Grundstück von E._____ definitiv zukommt oder nicht, wurde damit noch nicht entschieden, sondern ist – wie gesehen (vorn Erw. 4.3.2.1) – im Prosequierungsprozess mit dem gesetzlich zur Sicherstellung verpflichteten Grundeigentümer zu entscheiden. Denn von der Klärung dieser Frage hängt es ab, ob der Klägerin ein Recht auf die Ersatzsicherheit zukommt oder nicht (vgl. BGE 110 II 34). Für die Klärung der Frage, ob der Klägerin das Recht auf Sicherheit durch das gesetzlich vorgesehene Bauhandwerkerpfandrecht am Grundstück von E._____ definitiv zukommt oder nicht, ist sachlich offensichtlich irrelevant, wer die Ersatzsicherheit geleistet hat – der Grundeigentümer selbst oder ein anderer. Und es kann insoweit für die Entscheidung dieser Frage sachlich auch – entgegen der Klägerin (vgl. act. 35, dort etwa Rz. 67 ff., siehe ferner act. 46) – keine Rolle spielen, in welcher Art die Ersatzsicherheit durch den Grundeigentümer oder eine andere Person gestellt wurde. Denn es geht immer um das von der Klägerin als Nichtvertragspartnerin des Grundeigentümers behauptete Recht auf Sicherstellung mit einem gesetzlich vorgesehenen Pfandrecht auf dem Grundstück des Grundeigentümers. Das Einzelgericht hat die Passivlegitimation der Beklagten somit zu Recht verneint. 4.3.3 Auch sonst ist nicht ersichtlich, was zu einem anderen als dem gezeichneten Ergebnis führen könnte. Das Einzelgericht hat die Klage in Dispositivziffer 2 seines Urteils daher zu Recht abgewiesen. Abzuweisen ist deshalb ebenso die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin. Das führt zur Bestätigung des angefochtenen Urteils in diesem Punkt.

- 17 - 4.4 In der Dispositivziffer 6 seines Urteils hat das Einzelgericht die Gerichtskasse angewiesen, die bei ihr als Sicherheit hinterlegten Fr. 15'000.- herauszugeben. Im Berufungsverfahren wird von der Klägerin nicht dargetan, dass und inwiefern das falsch sein soll. Insbesondere wird nicht dargetan, dass und weshalb diese Anordnung des Einzelgerichts auch bei fehlender Passivlegitimation falsch ist bzw. sein soll. Die Berufung erweist sich in diesem Punkt daher als gänzlich unbegründet und es bleibt auch in diesem Punkt beim angefochtenen Urteil.

E. 5

Schriftliche Mitteilung je gegen Empfangsschein an die Parteien, an das Bezirksgericht Meilen, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, sowie die Kas- se des Bezirksgerichtes Meilen.. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 5.1

Das Einzelgericht hat in den Dispositivziffern 3-6 die Prozesskosten festge- setzt und nach dem Ausgang seines Verfahrens verlegt.

E. 5.1.1

In Dispositivziffer 3 wurden die Gerichtskosten auf Fr. 2'500.- festgesetzt. Das ist im Berufungsverfahren unbeanstandet geblieben ist, weshalb es bei der erstinstanzlichen Kostenfestsetzung bleibt.

E. 5.1.2

Umstritten sind hingegen erstens die Kostenverlegung, die das Einzelgericht in Gewichtung des Nichteintretens auf den Hauptantrag der Beklagten sowie in Abweisung der Klage gestützt auf Art. 106 Abs. 2 ZPO getroffen hat, sowie zwei- tens die Bemessung der Parteientschädigung durch das Einzelgericht.

E. 5.1.2.1

Zum ersten Punkt macht die Beklagte mit ihrer Anschlussberufung im We- sentlichen geltend, sie habe in der Sache zu 100 % obsiegt und es gehe nicht an, die Kostenverlegung wie das Einzelgericht davon abweichend festzulegen. Das Eintreten auf die Klage dürfe nicht als Unterliegen der Beklagten mit Nichteintre- tensantrag gewichtet werden (vgl. act. 43 S. 10 f.). Denn zum einen habe sie – die Beklagte – zu keinem Zeitpunkt die Behauptung aufgestellt, die fehlende Passiv- legitimation führe zu keinem Nichteintreten, sondern habe jeweils "sorgfältig und penetrant" (a.a.O., S. 10) zwischen dem prozessualen Nichteintreten mangels Rechtsschutzinteresses und der Abweisung der Klage unterschieden und den Eventualantrag auf Abweisung gestellt (vgl. a.a.O.). Das hätte zumindest eine Kostenverlegung nach Art. 107 ZPO gerechtfertigt (vgl. a.a.O., S. 11). Zum ande-

- 18 - ren habe sich das Einzelgericht mit dem Nichteintretensantrag nicht befasst, seien ihm keine Mehraufwendungen entstanden und rechtfertige sich auch gemäss Art. 108 ZPO keine Kostenauf- lage (vgl. a.a.O., S. 11). Die Beklagte hält die Kostenverlegung für richtig: Die Beklagte sei mit ihrem Hauptantrag unterlegen und habe nur im Eventualantrag obsiegt. Die Kostenauf- lage sei insofern gerechtfertigt; fehlerhaft sei, darauf sei gleichwohl hinzuweisen, dass die Klage mangels Passivlegitimation abgewiesen worden sei (vgl. act. 46 Rz. 36). Das Einzelgericht hat den Hauptantrag der Beklagten, es sei auf die Klage nicht einzutreten, in Dispositivziffer 1 abgewiesen. Wie gesehen, ist das einzelge- richtliche Urteil in diesem Punkt in Rechtskraft erwachsen. Es besteht daher hier kein Anlass, darauf zurückzukommen, indem den Gründen nachgegangen wird, die das Einzelgericht zu diesem Ergebnis geführt hatten. Dass das Abweisen ei- nes Hauptantrages ein Unterliegen darstellt, wird von der Beklagten richtigerweise nicht ernsthaft in Frage gestellt – obsiegt hat sie im Eventualstand- punkt, bleibt kein Raum für ein Abweichen von den Verteilgrundsätzen des Art. 106 gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO. Andere Gründe i.S.v. Art. 107 ZPO sind zudem in act. 43 (dort S. 10 f.) nicht auszumachen; insbesondere sind auch keine

besonderen Umstände i.S. des Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO erkennbar. Die Gewichtung des Unterliegens der Beklagten im Hauptstandpunkt mit einem Fünftel wird von der Beklagten nicht näher beanstandet (vgl. act. 43 S. 10 f.) und erscheint vor dem Hintergrund des Gesamtergebnisses nicht unangemessen oder gar unbillig. Es bleibt deshalb dabei. Das führt vorab zur Bestätigung der Kostenverlegung gemäss Dispositivziffer 4 des angefochtenen Urteils und zur Abweisung der Anschlussberufung in diesem Punkt. Die Anordnungen zur Liquidation der Gerichtskosten sind unbeanstandet geblieben. Es bleibt auch bei ihnen.

- 19 -

E. 5.1.2.2

Das Einzelgericht hat der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'900.- zugesprochen zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuerersatz. Die Beklagte beanstandet das ebenfalls mit ihrer Anschlussberufung und will eine Entschädigung gemäss der Honorarnote, die sie dem Einzelgericht eingereicht hatte, denn sie habe in der Sache vollumfänglich obsiegt (vgl. act. 43 S. 11). Die Klägerin äusserte sich zu diesem Punkt nicht (vgl. act. 46 Rz. 33–36). Der Beklagten steht aufgrund des Verfahrensausgangs im erstinstanzlichen Verfahren eine auf 3/5 reduzierte Parteientschädigung zu (vgl. Art. 106 Abs. 2 ZPO). Parteientschädigungen werden nach den Tarifen zugesprochen (vgl. Art. 105 Abs. 2, 1. Satz, ZPO). Bei anwaltlich vertretenen Parteien sind im Kanton Zürich die entsprechenden Tarife in der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV; LS 215.3) festgelegt. Für vermögensrechtliche Streitigkeiten, wie hier eine gegeben ist, gelten primär die Grundsätze des § 4 AnwGebV. Die regelhafte Grundgebühr beträgt gemäss § 4 Abs. 1 AnwGebV bei einem Streitwert von Fr. 15'000.- insgesamt Fr. 3'150.-; eine auf 3/5 reduzierte Entschädigung beläuft sich daher auf gerundet Fr. 1'900.-. Dem ist das Einzelgericht mit der Festsetzung der Entschädigung gefolgt. Gründe für eine Erhöhung oder Senkung der regelhaften Grundgebühr gestützt auf § 4 Abs. 2 AnwGebV und ebenfalls für Zuschläge i.S. des § 11 AnwGebV hat das Einzelgericht damit nicht erkannt und es wird in der Anschlussberufung auch nichts dazu geltend gemacht. Es bleibt auch inso- weit beim angefochtenen Urteil. Die Anschlussberufung erweist sich somit insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 5.2

Berufung und Anschlussberufung sind abzuweisen. Diesem Verfahrensausgang entsprechend sind die Prozesskosten des Berufungsverfahrens zu verlegen, wobei es sich rechtfertigt, das Unterliegen der Beklagten mit der Anschlussberufung mit Blick auf den Aufwand sowie das Quantitativ mit 1/10 zu gewichten. Die Gerichtskosten sind ihr daher in diesem Umfang aufzuerlegen sowie zu 9/10 der Klägerin. Ferner ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine auf 8/10 reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuerersatz. Die Gerichtsgebühr ist gestützt auf § 12 Abs. 1–2 GebV OG gemäss § 4 Abs. 1 GebV OG festzusetzen. Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1–2 AnwGebV gemäss § 4 Abs. 1 AnwGebV zu bemessen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass sich der schlicht gebotene und damit notwendige Aufwand der Beklagten grundsätzlich auf das Verfassen einer Rechtsschrift beschränkte, weil mit der Antwort auf die Anschlussberufung ebenfalls der gesetzlich vorgesehene Schriftenwechsel abgeschlossen war. Die Parteien sind darauf vom Gericht jeweils ausdrücklich hingewiesen worden (vgl. act. 44, act. 47). Ferner erforderte das Studium der nach

Abschluss des gesetzlich vorgesehenen Schriftenwechsels zur Berufung unaufgefordert eingereichten Replik einen gewissen Zusatzaufwand, galt es doch zu prüfen, ob allenfalls Unzulässiges vorgetragen wurde, das aus anwaltlicher Sorgfaltspflicht eine Antwort erfordert hätte – das war indes nicht der Fall (vgl. auch act. 47). Dieser zusätzliche Aufwand (vgl. auch § 4 Abs. 2 Anw- GebV) ist mit einem Verzicht auf eine Reduktion i.S. des § 13 Abs. 2 AnwGebV angemessen berücksichtigt (zu verbinden ist das mit dem Bemerkten, dass diese Norm an sich dem Umstand Rechnung trägt, dass eine Partei – anders als die Rechtsmittelinstanz – mit der Streitsache bereits vertraut ist). Weitere Bemesungsgründe sind nicht ersichtlich. Mehrwertsteuerersatz wurde verlangt und ist zuzusprechen. Es sind die für die Liquidation der Kosten erforderlichen Anordnungen zu treffen. Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositivziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichtes Meilen, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, vom 26. Juli 2019 in Rechtskraft erwachsen ist. 2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachstehendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Berufung und die Anschlussberufung werden abgewiesen; die Dispositivziffern 2–6 des Urteils des Bezirksgerichtes Meilen, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, vom 26. Juli 2019 werden bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 2'400.- festgesetzt.

- 21 - 3. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden zu 9/10 der Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten sowie zu 1/10 der Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin auferlegt und mit dem von der Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten geleisteten Vor- schuss verrechnet. Die Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin wird verpflichtet, der Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten Fr. 240.- zu ersetzen. 4. Die Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'520.- zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer auf diesem Betrag zu bezahlen.

E. 6

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 der Hauptsache beträgt Fr. 15'000.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

- 22 - Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. E. Lichti Aschwanden lic. iur. S. Kröger versandt am:

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