

**AUS DEM THEMENGEBIET:
DAS BAUHANDWERKER-
PFANDRECHT;
PASSIVLEGITIMATION IM
VERFAHREN UM DEFINITIVE
BESTELLUNG VON SI-
CHERHEITEN**

I. Meinungsstreit

Im Folgenden geht es um die Frage, welche Person bei der definitiven Bestellung von Ersatzsicherheiten einzuklagen, also passivlegitimiert ist. In Praxis und Lehre werden verschiedene Ansichten vertreten. Das Handelsgericht des Kantons Zürich vertrat im Urteil vom 24. Juli 2014 (HE140120) die Auffassung, passivlegitimiert im ordentlichen Verfahren um die Bestellung einer Bankgarantie als definitive Ersatzsicherheit sei nicht die Grundeigentümerin, sondern die Drittperson, welche die Ersatzsicherheit leistete. Die Ansicht des Handelsgerichts wird in der Lehre abgelehnt und dagegen die Grundeigentümerin als passivlegitimiert angesehen (RAINER SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht: Passivlegitimation im Prozess um definitive Bestellung einer provisorisch geleisteten Sicherheit, in: Jusletter 8. Juni 2015).

II. Sachverhalt

Am 14. April 2014 stellte eine Bauun-

ternehmung beim sachlich zuständigen Einzelgericht des Handelsgerichts Zürich in Form einer superprovisorischen Anordnung das Gesuch um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes. Die Gesuchgegnerin ist die Eigentümerin des Baugrundstückes. Das Handelsgericht entsprach dem Gesuch und durch das Grundbuchamt wurde das entsprechende Bauhandwerkerpfandrecht provisorisch eingetragen. Die Generalunternehmung, welche von der Bauherrschaft verpflichtet wurde, reichte im summarischen Verfahren in Vertretung der Bauherrschaft als Garantiestellerin eine Bankgarantie ein, welche zugunsten der Bauherrschaft am 9. Mai 2014 ausgestellt wurde. Das Handelsgericht des Kantons Zürich schrieb das Verfahren im genannten Urteil als gegenstandslos geworden ab, da die von der Generalunternehmung eingereichten Bankgarantie als hinreichende Sicherheit verstanden wurde. Dabei wurde die vorläufige Löschung des Pfandrechts auf dem Grundstück als Sicherheit angeordnet und der Bauunternehmung eine Frist zur Klage gegen die sicherheitsleistende Person (Generalunternehmung) zur definitiven Bestellung der Sicherheit gesetzt.

III. Ansicht des Handelsgerichts

Beziehung zum Streitgegenstand

Nach der Argumentation des Handelsgerichts liegt der Grund für den Partei-

wechsel seitens der Beklagten darin, dass die Passivlegitimation durch die Beziehung zum Streitgegenstand bestimmt wird. Tritt als Sicherheit an die Stelle des Grundstückes die Bankgarantie, tritt die Sicherheit leistende Person an die Stelle der Beklagten.

Fehlendes Interesse am Prozessausgang

Indem die Bankgarantie an die Stelle des Grundstückes als Sicherheit tritt, fällt das Interesse am Ausgang des Prozesses seitens der Grundeigentümerin weg. Neu hat nun die Generalunternehmung als Person, welche die definitive Sicherheit bestellt, ein Interesse am Prozessausgang.

IV. Ansicht in der Lehre

Passivlegitimation als materiellrechtliche Frage

Nach der Ansicht in der Lehre wird die Passivlegitimation durch Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB bestimmt, welche den Grundeigentümer als passivlegitimierte Person statuiert. Eine Änderung des Objekts der Sicherheitsleistung ist davon auseinanderzuhalten und vermag keine Änderung der passivlegitimierten Person zu bewirken.

Einheit des summarischen und des ordentlichen Verfahrens

Eine strikte Trennung zwischen summarische Verfahren und den ordentlichen Prozess verstosse nach Ansicht in

der Lehre gegen prozessuale Grundsätze. Der Entscheid über die superprovisorische Anordnung der Grundbucheintragung, der Entscheid über die Qualifizierung der Sicherheit als hinreichend und die Fristansetzung zur Klageeinreichung sind als Zwischenentscheide im Sinne von Art. 93 Abs. 1 BGG zu verstehen. Der Parteiwechsel wurde vom Handelsgericht für das anschliessende ordentliche Verfahren postuliert und nicht bereits im summarischen Verfahren vollzogen. Dies wird als inkonsequent angesehen.

Interesse am Prozessausgang

Durch die Bestellung einer Ersatzsicherheit durch einen Dritten fällt das Interesse am Ausgang des Prozesses seitens der Grundeigentümerin, gemäss der Lehrauffassung, nicht weg. Dafür spricht die Möglichkeit des letzten Einstehens für die Sicherheit durch die Grundeigentümerin aufgrund des internen Verhältnisses gegenüber der Garantiestellerin (Garantieverhältnis).

Änderung der Passivlegitimation

Es besteht die Möglichkeit der Behandlung der Grundeigentümerin neu als passivlegitimierte Person im Prozess um die definitive Bestellung der Ersatzsicherheit. Dies aufgrund der Ansicht, dass das Grundstück im Einzelfall als primäre Sicherheit hätte beansprucht

werden können. Die Garantiestellerin hätte somit alleine die Möglichkeit der Prozessbeteiligung in Form der einfachen Streitverkündung oder mittels der Streitverkündungsklage.

V. Beurteilung

Es bleibt abzuwarten, ob das Bundesgericht in der Sache endgültig entscheidet. Auch wenn die Erklärung in der Lehre korrekt erscheint, ist in der Praxis die Vorgehensweise unvorteilhaft. In der Regel wird es gerade die Pflicht des General- oder Totalunternehmers sein, den Grundeigentümer aus der rechtlichen Auseinandersetzung um das Bauhandwerkerpfandrecht herauszuhalten, weshalb er denn auch eine Sicherheit als Ersatz leistet. Zudem wird der General- oder Totalunternehmer i.d.R. auch der Vertragspartner des Unternehmers sein, weshalb dieser ein Interesse daran haben dürfte, auch direkt eine Forderungsklage anhängig zu machen und nicht nur über die Bestellung der Sicherheit zu prozessieren. Bleibt die Passivlegitimation jedoch beim Grundeigentümer, ist eine Klagehäufung wohl unmöglich und die Grundeigentümerin bleibt auch weiterhin am Verfahren beteiligt.

Stephan Fischer,
MLaw, Rechtsanwalt

Haben Sie weitere Fragen zum Thema Passivlegitimation im Verfahren um definitive Bestellung von Ersatzsicherheiten?

Benötigen Sie eine rechtliche Auskunft oder einen Rat?

WIR BERATEN SIE GERNE RUND UM DAS THEMA BAUHANDWERKERPFANDRECHT

Fischer Rechtsanwälte LLC

Selnaustrasse 6

8001 Zürich

Telefon +41 44 515 56 56

Fax +41 44 515 56 58

www.fischer-rechtsanwaelte.ch

info@fischer-rechtsanwaelte.ch