

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE110989-O

U/dz

Mitwirkend: Der Oberrichter Peter Helm, Vizepräsident, sowie der
Gerichtsschreiber Christian Fischbacher

Urteil vom 14. Februar 2012

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Dr. X._____

gegen

...-Anlagestiftung B._____,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten der Gesuchsgegnerin als einstweilige Verfügung die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes auf dem Grundstück Grundbuchblatt ..., Liegenschaft, Kataster-Nr. ..., ..., ...strasse in C._____, im Betrage von CHF 91'265.20 zuzüglich Zins zu 5 % ab 13.04.2011 auf CHF 33'356.90, ab 20.04.2011 auf CHF 30'089.65, auf CHF 21'600.– ab 30.03.2011 und ab 06.05.2011 auf CHF 6'218.65 zu bewilligen.
2. In einer superprovisorischen Verfügung sei das zuständige Grundbuchamt in C._____, umgehend anzuweisen, das in Ziff. 1 hiervor beantragte Bauhandwerkerpfandrecht auf dem unter Ziff. 1 genannten Grundstück sofort vorläufig im Grundbuch vorzuzeichnen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin. "

Der Vizepräsident zieht in Erwägung:

1.

Die Klägerin machte ihr Gesuch am 14. Juni 2011 (Datum Poststempel) anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 16. Juni 2011 trat der zuständige Einzelrichter auf das Begehren mangels sachlicher Zuständigkeit nicht ein (act. 4, Disp.-Ziff. 1). Mit Verfügung vom 17. Juni 2011 trat auch der Einzelrichter des Bezirksgerichtes Zürich wegen sachlicher Unzuständigkeit auf das entsprechende Gesuch nicht ein. Beide Entscheide wurden von der Klägerin angefochten. Auf Berufung der Klägerin gegen den bezirksgerichtlichen Entscheid hin wies das Obergericht des Kantons Zürich das Grundbuchamt C._____ am 20. Juni 2011 superprovisorisch an, das beantragte Pfandrecht vorläufig einzutragen. Das Bundesgericht wies nach Eingang der Beschwerde in Zivilsachen gegen den handelsgerichtlichen Entscheid das zuständige Grundbuchamt am 5. Juli 2011 an, die provisorisch vorgenommene vorläufige Eintragung bis zum rechtskräftigen Entscheid im vorsorglichen Massnahmeverfahren des zuständigen kantonalen Gerichtes nicht zu löschen. Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs hielt das Obergericht die vorläu-

fige Eintragung mit Verfügung vom 12. Juli 2011 einstweilen aufrecht und sistierte das Verfahren bis zum bundesgerichtlichen Entscheid in der Zuständigkeitsfrage. Mit Urteil vom 9. Dezember 2011 hiess das Bundesgericht die Beschwerde teilweise gut, hob die Verfügung des Handelsgerichts vom 16. Juni 2011 auf und wies die Angelegenheit an das Handelsgericht zurück. Das genannte Grundbuchamt wurde zudem erneut angewiesen, die provisorisch vorgenommene vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bis zur Rechtskraft des Entscheids des Handelsgerichts nicht zu löschen (act. 16).

Mit Verfügung vom 23. Dezember 2011 wurde der Beklagten Frist zur Stellungnahme zum klägerischen Begehren angesetzt (Prot. S. 3). Die Beklagte stellte daraufhin mit Eingabe vom 12. Januar 2012 sinngemäss den Antrag, es sei ihr die Sicherstellung der Pfandsumme zu bewilligen und gestützt darauf das eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen (act. 19). Als Sicherheit reichte sie die Bankgarantie ... der D. _____ AG vom 10. Januar 2012 zu den Akten. Innert der ihr mit Verfügung vom 16. Januar 2012 (Prot. S. 4) angesetzten Frist zur Stellungnahme bestritt die Klägerin mit Eingabe vom 1. Februar 2012 ein Genügen der Sicherheit (act. 24). Hierauf nahm die Beklagte mit Eingabe vom 3. Februar 2012 Stellung (act. 26).

2.

2.1. Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB kann die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer oder ein Dritter für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet. Ein bereits eingetragenes Pfandrecht ist in diesem Fall zu löschen. Der Eigentümer kann grundsätzlich frei wählen, wie er den Anspruch des Handwerkers sicherstellen und damit das Bauhandwerkerpfandrecht ablösen will. Ob die Sicherheit hinreichend ist, muss das Gericht allerdings von Amtes wegen prüfen. Nach Ablauf der viermonatigen Verwirkungsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB kann das Bauhandwerkerpfandrecht nämlich nicht mehr geltend gemacht werden. Das heisst, eine ungenügende Sicherheit kann danach nicht mehr durch ein neues Pfandrecht ersetzt oder ergänzt werden (ZR 86 Nr. 58 S. 149). Eine Sicherheit gilt namentlich dann als hinreichend, wenn sie sowohl für die Pfandsumme als auch für allfällige Zinsen volle

Deckung gewährleistet (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N 1237 f., N 1249 f.).

2.2. Die genannte Bankgarantie der D._____ AG deckt betragsmässig sowohl den Pfandbetrag als auch die Zinsforderung vollumfänglich und ist unwiderruflich abgegeben worden. Die Auszahlung hat dabei auf erste Aufforderung gegen Vorlage folgender Dokumente zu erfolgen, ungeachtet der Gültigkeit des massgebenden Grundgeschäfts und unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden:

(1) eine schriftliche, unterzeichnete Zahlungsaufforderung, versehen mit der Erklärung, dass sie – die Klägerin – für den unter der Garantie verlangten Betrag bei Fälligkeit von der E._____ GmbH keine Zahlung erhalten hat, sowie

(2) ein rechtskräftiges Sachurteil, aus dem hervorgeht, dass der klägerische Anspruch auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts in der entsprechenden Höhe besteht (bzw. ohne Ersatzsicherheit bestanden hätte) und dass die entsprechende Forderung gegen die E._____ GmbH aus dem entsprechenden Vertragsverhältnis in entsprechender Höhe besteht; oder

ein von den Parteien unterzeichneter Parteivergleich oder ein gerichtlicher Vergleich, aus dem hervorgeht, dass die Forderung gegen die E._____ GmbH aus dem entsprechenden Vertragsverhältnis in der entsprechenden Höhe von der Beklagten anerkannt wird und die Voraussetzungen zur Beanspruchung der Garantie gegeben sind (act. 20/1).

2.3. Die Klägerin wendet ein, dass die Bank mit dieser Garantie nicht nur ein Sachurteil bezüglich des Pfandanspruchs, sondern zusätzlich ein Sachurteil bezüglich der Forderung gegenüber einem Dritten fordere. Diese Bedingung sei unzulässig. Nachdem die Grundeigentümerin nicht gleichzeitig Schuldnerin der Forderung sei, könne sich ein Sachurteil im Bauhandwerkerpfandrechtsverfahren nur auf den Pfandanspruch beziehen. Die Bedingung bezüglich eines Sachurteiles betreffend die Forderung sei nicht zulässig. Möglich wäre allenfalls (und höchstens) eine Bedingung, wonach eine Forderungsklage gegen den Besteller einzu-

reichen sei, sofern ein derartiger Prozess nicht durch ein Konkursverfahren unnötig geworden sei. Der guten Ordnung halber weise sie darauf hin, dass gegenüber der E._____ GmbH der Konkurs eröffnet worden sei (act. 24 S. 3).

2.4. Folgte man der klägerischen Auffassung, wäre eine Sicherheit nur dann hinreichend im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB, wenn es der Klägerin möglich wäre, alleine gestützt auf die rechtskräftige Feststellung des Anspruchs auf definitive Eintragung des Pfandrechts bzw. Inanspruchnahme der Sicherheit die Auszahlung der Sicherheit zu verlangen, ohne dass die Höhe der Vergütungsforderung für die Bauarbeiten rechtsverbindlich festgestellt oder von der Beklagten anerkannt worden wäre. Eine solche Sicherheit wäre aber nicht gleichwertig zu einem Bauhandwerkerpfandrecht, sondern würde zu einer wesentlichen Besserstellung der Klägerin führen, wofür kein Rechtsanspruch besteht. Vermag ein Handwerker seinen Anspruch auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im ordentlichen Verfahren durchzusetzen, steht damit nicht unwiderruflich fest, dass er die Pfandsumme letztlich vergütet erhält, denn der Bestand und die Höhe der Vergütungsforderung ist damit nicht rechtsverbindlich festgelegt worden. Zur Durchsetzung seiner Forderung bleibt der Handwerker verpflichtet, diese auf dem Zwangsvollstreckungsweg einzufordern (Betreibung auf Pfandverwertung). Dem Schuldner als auch dem Drittpfandeigentümer steht es frei, im Rahmen des Zwangsvollstreckungsverfahrens Einreden und Einwendungen gegen die Vergütungsforderung zu erheben (siehe SCHUMACHER, a.a.O., N 549 f., N 582 f.). Die Klägerin hat dann (unter Umständen) ihre Forderung in einem ordentlichen Prozess zu beweisen, gegen den Drittpfandeigentümer mittels einer Feststellungsklage. Kann ein Schuldner nicht mehr eingeklagt werden, weil gegen ihn der Konkurs eröffnet worden ist, wird die Forderung des Handwerkers im Kollokationsverfahren festgestellt (siehe SCHUMACHER, a.a.O., N 1630). Ist ein Schuldner als juristische Person infolge Konkurses untergegangen, ist die Betreibung auf Pfandverwertung ausschliesslich gegen den dritten Pfandeigentümer zu richten (Art. 89 Abs. 2 VZG). Keine grössere Einschränkung wird der Klägerin auferlegt, wenn ihr die Garantiesumme nur gegen Vorweisen eines rechtskräftig bestimmten oder von der Beklagten anerkannten Vergütungsforderungsanspruchs ausbezahlt wird. Berücksichtigt man, dass der Klägerin dadurch der Zwangsvollstreckungsweg er-

spart bleibt und sie das Risiko der Unterdeckung des Baupfandes nicht trägt, bewirkt die Bankgarantie gar eine Besserstellung der Klägerin gegenüber dem Bauhandwerkerpfandrecht.

2.5. Den Anforderungen an eine genügende Sicherheit ist mit der Bankgarantie folglich Genüge getan. Daran ändert auch die relative Befristung der Garantie (60 Tage nach Datum der Rechtskraft des erwähnten Sachurteils bzw. Unterzeichnung oder Rechtskraft des Parteivergleichs) nichts, da der Klägerin genügend Zeit gegeben wird, die Sicherheit rechtswirksam zu beanspruchen (SCHUMACHER, a.a.O., N 1261).

Die Klägerin hat somit genügende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB geleistet, weshalb die Löschung der bereits erfolgten vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzuordnen ist (BSK ZGB II- HOFSTETTER, Art. 839/840 N 11). Demgemäss ist das Grundbuchamt C._____ anzuweisen, das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen.

3.

Mit Leistung einer genügenden Sicherheit wird das Verfahren nur dann beendet, wenn die Sicherheit endgültig gestellt wird. Da die Sicherheit vorliegend nur zur Ablösung des einstweilig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts geleistet worden ist und der definitive Anspruch auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bzw. nunmehr auf Inanspruchnahme der Sicherheit im Zweifel als bestritten gilt, ist das Verfahren fortzuführen (siehe SCHUMACHER, a.a.O., N 1302 ff.). Demgemäss ist der Klägerin Frist anzusetzen, um beim zuständigen Gericht gegen die Beklagte auf Feststellung der Forderung und des Rechts auf Inanspruchnahme der Sicherheit zu klagen.

4.

Da die Herausgabe der Zahlungsgarantie der D._____ AG Nr. ... vom 10. Januar 2012 an die Klägerin oder allenfalls die Rückgabe der Sicherheit an die Garantiestellerin vom Ausgang des ordentlichen Verfahrens abhängt, ist die Obergerichtskasse anzuweisen, das Original der Zahlungsgarantie bis zum definitiven

Abschluss des ordentlichen Prozesses zu verwahren und nur auf richterliche Anordnung hin herauszugeben.

5.

Da über den Pfand- bzw. Sicherstellungsanspruch der Klägerin noch nicht definitiv entschieden ist und im ordentlichen Verfahren erst noch festzustellen sein wird, ob die Klägerin endgültig obsiegt, rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren lediglich eine einstweilige Kosten- und Entschädigungsregelung zu treffen. Vorbehalten bleibt die endgültige Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen durch das ordentliche Gericht. Ausgangsgemäss sind die Kosten einstweilen der Klägerin aufzuerlegen. Für den Fall, dass diese ihren Anspruch auf definitive Feststellung des Sicherstellungsanspruchs nicht prosequierte, ist der Beklagten eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.

Der Vizepräsident erkennt:

1. Es wird festgestellt, dass die Beklagte hinreichende Sicherheit geleistet hat für die zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.
2. Das Grundbuchamt C._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. Juni 2011 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung vollumfänglich zu löschen auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBl. ..., ...strasse ..., C._____, für eine Pfandsumme von CHF 91'265.20 zuzüglich Zins zu 5% ab 13.04.2011 auf CHF 33'356.90, ab 20.04.2011 auf CHF 30'089.65, auf CHF 21'600.- ab 30.03.2011 und ab 06.05.2011 auf CHF 6'218.65.
3. Der Klägerin wird eine Frist von 30 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils angesetzt, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf Feststellung der Forderung als Pfandsumme sowie des Rechtes auf Inanspruchnahme der Sicherheit anzuheben, unter der Androhung, dass sonst Verzicht auf die

Sicherstellung angenommen wird und die Beklagte die Freigabe der Sicherheit verlangen kann.

4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 2'800.–
5. Die Gerichtsgebühr wird von der Klägerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die Klägerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 3 die Klage nicht anhängig macht, wird ihr die Gerichtsgebühr definitiv auferlegt.
6. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Klägerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 3 angesetzte Frist zur Anhebung der Klage, wird sie verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 2'000.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein, an die Obergerichtskasse sowie nach Eintritt der Rechtskraft an das Grundbuchamt C. _____ gegen Empfangsschein.
8. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Christian Fischbacher