

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE150483-O

U/jc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident sowie Gerichtsschreiberin Isabelle Monferrini

Urteil vom 19. November 2015

in Sachen

A._____,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

sowie

B._____ AG,
Nebenintervenientin

gegen

C._____ AG,
Beklagte

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 Rz. 4)

"Es sei festzustellen, dass die Solidarbürgschaft der D. _____ AG vom 7. Oktober 2015 eine hinreichende, provisorische Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB ist. Es sei demnach das Grundbuchamt E. _____ anzuweisen, die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts i.S.v. Art. 961 ZGB auf der Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBl. ..., F. _____ 1, 2, 3, 4, 5, in ... Winterthur, für eine Pfandsomme von CHF 107'705.43, zu Gunsten der Klägerin zu löschen."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Mit Urteil vom 19. Oktober 2015 (Geschäft Nr. HE150433: act. 14) bestätigte das Einzelgericht des Handelsgerichts Zürich die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt E. _____, ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der (heutigen) Beklagten und zulasten des Grundstücks der (heutigen) Klägerin im Sinne von Art. 961 ZGB vorläufig im Grundbuch einzutragen auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBl. ..., F. _____ 1, 2, 3, 4, 5, ... Winterthur für eine Pfandsomme von CHF 107'705.43. Gleichzeitig wurde die Streitverkündung der (heutigen) Beklagten an die B. _____ AG vorgemerkt.

Nach Abschluss des summarischen Verfahrens HE150433 reichte B. _____ AG (nachfolgend: Nebenintervenientin) mit Eingabe vom 22. Oktober 2015 (Datum Poststempel) eine Solidarbürgschaft der D. _____ AG mit der Policen Nr. ... ein und beantragte, dass festzustellen sei, dass diese Solidarbürgschaft eine hinreichende, provisorische Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB sei und dass das eingetragene Pfandrecht zu löschen sei. Ausserdem erklärte sie, die Streitverkündung "anzunehmen" (act. 1; act. 2/3). Mit Verfügung vom 26. Oktober 2015 (act. 3) wurde der Beklagten eine Frist bis 10. November 2015 angesetzt, um zum Sicherstellungsbegehren schriftlich Stellung zu nehmen. Die Beklagte liess sich bis dato nicht vernehmen. Es ist androhungsgemäss zu verfahren und aufgrund der Akten zu entscheiden.

2. 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. Sofern der Unternehmer die Sicherheit nicht als genügend anerkennt, stellt das Gericht fest, ob die Sicherheit für die angemeldete Forderung hinreichend im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB ist (vgl. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N 1314 f.). Inhaltlich ist die Sicherheit dann hinreichend, wenn sie die Forderung voll und ganz sichert. Die Vergütungsforderung umfasst in der Regel einen Kapitalbetrag und Verzugszinsen. Letztere sind ohne zeitliche Beschränkung pfandberechtigt (SCHUMACHER, a.a.O., N 1254 ff.).

Soll eine Bürgschaft als Sicherheit im Sinne des Art. 839 Abs. 3 ZGB bestellt werden, kommen als Bürgen nur erstklassige Banken und Versicherungsgesellschaften mit Sitz in der Schweiz infrage. Dabei ist nur die Solidarbürgschaft eine hinreichende Sicherheitsleistung im Sinne des Art. 839 Abs. 3 ZGB. Dem Gläubiger, d.h. dem Unternehmer, dürfen durch die Sicherheitsleistung keine unverhältnismässigen, insbesondere kostspieligen und zeitraubenden Umtriebe zugemutet werden. Wenn die Verbürgung der Verzugszinsen nicht ausgeschlossen wurde, haftet der Bürge von Gesetzes wegen auch für die Verzugszinsen zum gesetzlichen oder vertraglichen Verzugszinssatz gemäss Art. 499 Abs. 2 Ziff. 1 OR. Gemäss Art. 499 Abs. 1 OR haftet der Bürge jedoch "in allen Fällen nur bis zu dem in der Bürgschaftsurkunde angegebenen Höchstbetrag. Gemäss Art. 493 Abs. 1 OR ist die Bürgschaft nur dann formgültig, wenn in der schriftlichen Bürgenerklärung auch der zahlenmässig bestimmte Höchstbetrag der Haftung angegeben ist (SCHUMACHER, a.a.O., N 1288 f.).

3. In der von der Nebenintervenientin eingereichten schriftlichen Solidarbürgschaft der D._____ AG vom 7. Oktober 2015 verpflichtet sich Letztere, zugunsten der Beklagten für den Maximalbetrag von CHF 107'710.00 einzustehen. Die Bürgschaft ist unbefristet und die Belangung der D._____ AG von der Bedingung abhängig, dass die Begünstigte einen rechtskräftigen Entscheid des zuständigen ordentlichen Gerichts nachzuweisen vermag, wonach die Forderung der Begünstigten gegenüber der B._____ AG aus dem Werkvertrag ganz oder teilweise bestätigt wird, sowie dass ein rechtskräftiger Entscheid des zuständigen ordentli-

chen Gerichts vorgelegt wird, wonach das Recht der Begünstigten auf definitive Sicherstellung der Forderung geschützt werde (act. 2/3). Die eingereichte Solidarbürgschaft sichert die beklagtische Forderung voll und ganz, weshalb sie als hinreichend im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB zu erachten ist; zumindest liegen hier keine anderweitigen Stellungnahmen der Beklagten vor.

4. Nach dem Gesagten ist die Löschung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechtes anzuordnen. Demgemäss ist das Grundbuchamt E._____ anzuweisen, das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen.

5. Mit Leistung einer hinreichenden Sicherheit wird der Streit nur dann beendet, wenn die Sicherheit *definitiv* bestellt wird. Im vorliegenden Fall leistete die Nebenintervenientin die Sicherheit nur zur Ablösung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechtes. Demgemäss ist der Beklagten Frist anzusetzen, um beim zuständigen Gericht auf definitive Bestellung der Sicherheit zu klagen. Es liegt dabei in der Verantwortung der Beklagten, ob sie die Klage gegen die Sicherheit leistende Nebenintervenientin und / oder die Klägerin (als Grundeigentümerin) einreicht. Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, wobei allfällige Gerichtsferien bei der Fristansetzung berücksichtigt werden. Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuches (Art. 144 Abs. 2 ZPO); dieses würde in einem kostenpflichtigen Nachverfahren behandelt. Als zureichende Gründe für eine Fristerstreckung gemäss Art. 144 Abs. 2 ZPO werden nur die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe anerkannt.

6. Die Nebenintervenientin hat die Sicherheit nach Abschluss des Verfahrens HE150433 eingereicht, was die Eröffnung des vorliegenden neuen Verfahrens mit umgekehrten Parteirollen zur Folge hatte. Sie hätte die Sicherheit bereits im Verfahren HE150433 im Original einreichen können. Eine gerichtliche Aufforderung bedurfte es hierzu nicht. Somit hat die Nebenintervenientin die Kosten des vorliegenden Verfahrens verursacht, weshalb sie diese definitiv zu tragen hat (Art. 108 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der Gebührenverordnung des

Obergerichts bestimmt (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Es ist von einem Streitwert von CHF 107'705.43 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 2'300.– festzusetzen und der Nebenintervenientin aufzuerlegen ist. Mangels Umtrieben ist der Beklagten für das vorliegende Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Das Einzelgericht verfügt:

1. Es wird festgestellt, dass die Nebenintervenientin mit Solidarbürgschaft der D._____ AG vom 7. Oktober 2015 (Police Nr. ...) hinreichende Sicherheit geleistet hat für die zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.
2. Das Grundbuchamt E._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 17. September 2015 im Verfahren HE150433 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht (bestätigt mit Urteil vom 19. Oktober 2015 im Verfahren HE150433) nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen
auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ...,
F._____ 1, 2, 3, 4, 5, ... Winterthur
für eine Pfandsumme von CHF 107'705.43.
3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Solidarbürgschaft der D._____ AG vom 7. Oktober 2015 (Police Nr. ...) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Beklagte herauszugeben.
4. Der Beklagten wird unter Berücksichtigung der Gerichtsferien eine Frist bis 4. Februar 2016 angesetzt, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit anzuheben, unter der Androhung, dass sonst Verzicht auf die Sicherstellung angenommen wird und die Klägerin /

die Nebenintervenientin die Herausgabe der Sicherheit von der Beklagten verlangen kann.

5. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 2'300.–.
Allfällige weitere Kosten (insbesondere Rechnung des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziff. 5 werden der Nebenintervenientin auferlegt.
7. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie - nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist - an das Grundbuchamt E._____.
9. 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). Der Streitwert beträgt CHF 107'705.43.

Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten *nicht* (Art. 46 Abs. 2 BGG).

Zürich, 19. November 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Isabelle Monferrini