

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE170469-O

U/dz

Mitwirkend: Ersatzoberrichterin Franziska Egloff sowie Gerichtsschreiber
Christian Markutt

Urteil vom 21. Februar 2018

in Sachen

A._____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ Kirche ...,
Gesuchsgegner

sowie

C._____ AG,
Nebenintervenientin

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt D. _____ sei im Sinne von Art. 961 ZGB sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei einstweilen anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf Liegenschaft Kat. Nr. Liegenschaft Kataster ..., E. _____, ... [Strasse] ..., GBBl. ..., ... Zürich, für eine Pfandsumme von CHF 40'000.– nebst Zins zu 5 % seit dem 25. August 2017.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 12. Dezember 2017 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin hierorts das Gesuch mit obigem Rechtsbegehren ein (act. 1; act. 2/1-8). Mit Verfügung vom 13. Dezember 2017 wurde dem Gesuch einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen und das Grundbuchamt D. _____ wurde angewiesen, das beantragte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 3). Mit Eingabe vom 12. Januar 2018 nahm der Gesuchsgegner – innert erstreckter Frist – Stellung und beantragte im Hauptstandpunkt, das Gesuch der Gesuchstellerin sei vollumfänglich abzuweisen (act. 9-11). Eventualiter beantragte er, es sei festzustellen, dass die C. _____ AG mit der Hinterlegung der Bankgarantie der F. _____ AG Nr. ... vom 11. Januar 2018 (vgl. act. 11) zu Gunsten der Gesuchstellerin hinreichende Sicherheit nach Art. 839 Abs. 2 ZGB für die zur vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes angemeldete Forderung geleistet hat. Gleichzeitig stellte er den Prozessantrag, es sei die C. _____ AG als Nebenintervenientin zugunsten des Gesuchsgegners im Prozess zuzulassen (act. 9 S. 2). Mit Verfügung vom 16. Januar 2018 wurde der Gesuchstellerin die Möglichkeit gewährt, sich zu den Stellungnahmen des Gesuchsgegners sowie insbesondere zur Frage der hinreichenden Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB und dem Interventionsgesuch der C. _____ AG zu äussern (act. 12). Am 17. Februar 2018 nahm

die Gesuchstellerin – innert erstreckter Frist – hierzu Stellung (act. 17; act. 18/1-4).

2. Nebenintervention

Nachdem die Voraussetzungen der Nebenintervention (Art. 74 ff. ZPO) gegeben sind und auch der Gesuchsgegner keine Einwände erhebt, ist das Interventionsgesuch gutzuheissen und die C._____ AG zu Gunsten des Gesuchsgegners als Nebenintervenientin zuzulassen.

3. Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

3.1. Zusammengefasste Parteistandpunkte

Nach Darstellung der Gesuchstellerin wurde am 17. Mai 2017 ein Werkvertrag über Malerarbeiten (innen/aussen) für den Ersatzneubau des Gesuchsgegners abgeschlossen (act. 1 lit. a [S. 2]; act. 2/1). Die entsprechenden Arbeiten seien, obwohl auf der Schlussrechnung der Zeitraum April 2017 bis Juni 2017 vermerkt gewesen sei, erst am 16. August 2017 vollendet worden (act. 1 lit. d [S. 3]; act. 2/7-8).

Der Gesuchsgegner bestreitet – unter Verweis auf die (behauptete) Nichteinhaltung der Viermonats-Frist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB – den Anspruch der Gesuchstellerin auf Eintragung eines Pfandrechts (act. 9 lit. B [S. 3]). Zur Begründung führt er an, gemäss Werkvertrag vom 17. Mai 2017 sei der 30. Mai 2017 als Termin für die Beendigung der Arbeiten festgelegt worden, wobei die Arbeiten im Juni 2017 abgeschlossen gewesen seien und die Abnahme des gesamten Bauwerkes am 23. Juni 2017 stattgefunden habe (act. 9 lit. B [S. 3]; act. 10/1). Bei den von der Gesuchstellerin geltend gemachten letzten Arbeiten handle es sich bloss um das Nachbessern von Malerarbeiten gemäss Auszügen aus der umfassenden Mängelliste vom 15. Juni 2017; diesbezüglich führt er v.a. den E-Mail-Verkehr zwischen den Parteien und die Schlussrechnung an (act. 9 lit. B [S. 3]; act. 10/2-3; act. 2/6).

3.2. Rechtliches

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen *Material und Arbeit* oder *Arbeit allein* geliefert haben. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechtes richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstückes, auch wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind. Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet (Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB; vgl. unten Ziff. 4). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten Bauarbeiten grundsätzlich als *vollendet*, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Dabei nicht in Betracht fallen geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen wie der Ersatz gelieferter, aber fehlerhafter Teile oder die Behebung anderer Mängel. Geringfügige Arbeiten gelten aber dann als Vollendungsarbeiten, wenn sie unerlässlich sind; insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt (Urteil des Bundesgerichts 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4 unter Hinweis auf BGE 125 III 113 E. 2b; abweichend von der zusehends restriktiveren h.M.: CHK-SCHUMACHER, ZGB, 3. Aufl 2016, Art. 839 N. 5 ff.; vgl. zum Ganzen SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl. 2011, N. 236 ff.).

Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechtes, so muss die Gesuchstellerin ihr Begehren nur *glaubhaft* machen. An die Glaubhaftmachung sind nach konstanter Lehre und Praxis keine strengen Anforderungen zu stellen: Die vorläufige Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechtes darf nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechtes ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 86 I 265 E. 3; BGE 137 III 563 E. 3.3; BGE 102 Ia 86; BGE 112 Ib 484;

Urteil des Bundesgerichts 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1394 ff. bzw. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl., 2011, N. 609 ff.; ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 101(1982) II Halbband S. 158, ZR 79 [1980] Nr. 80 S. 152 E. 1).

3.3. Würdigung

Hinsichtlich der Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist zwischen den Parteien lediglich umstritten, ob die Viermonats-Frist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB eingehalten worden ist. Nachdem der Gesuchsgegner in seiner Eingabe vom 17. Februar 2018 (act. 17) nicht darlegt, inwiefern die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO gegeben sein sollen, sind seine dortigen Ausführungen im Übrigen nicht zu berücksichtigen.

Der von der Gesuchstellerin angeführte Tagesrapport (act. 2/7) führt u.a. Arbeiten auf dem fraglichen Grundstück, datierend vom 16. August 2017, an. Dass noch am 15. bzw. 16. August 2017 von der Gesuchstellerin Arbeiten geleistet wurden, wird vom Gesuchsgegner gar nicht bestritten. Er argumentiert vielmehr, dass es sich bei diesen Arbeiten um blossе Nachbesserungen *nach* Vollendung der Arbeit handle, welche für die Einhaltung der Eintragsfrist zu vernachlässigen seien. Falls es sich hingegen tatsächlich noch um relevante Arbeiten handelt, welche im Sinne der Rechtsprechung und Lehre Gegenstand des Werkvertrages bilden, so ist die Viermonats-Frist mit Eintragung am 13. Dezember 2017 eingehalten. Sowohl die vom Gesuchsgegner ins Recht gelegte Mängelliste (act. 10/2) als auch der E-Mail-Verkehr zwischen den Parteien (act. 10/3) legen lediglich nahe, dass generell "*Ausbesserungen*" bzw. eine "*Mängelerledigung*" vorgenommen werden sollten. Ob es sich dabei um die von der Gesuchstellerin geltend gemachten Arbeiten handelt, lässt sich allerdings aufgrund der vorliegenden Behauptungen und Unterlagen nicht eindeutig beurteilen; so werden im E-Mail-Verkehr keine Arbeiten datierend vom 15./16. August 2017, sondern vielmehr vom 10./11./14. August 2017, erwähnt. Weiter werden in der Mängelliste zwar diverse Mängel beschrieben, allerdings lässt sich keine Beschreibung den geltend gemachten Arbeiten ("*Pittura facciata* + **Antigraffiti**" [Hervorhebung beigefügt]) zuordnen. Schliesslich

lässt sich auch nicht gestützt auf das angeführte Abnahmeprotokoll vom 23. Juni 2017 (act. 10/1) definitiv ausschliessen, dass die fraglichen Arbeiten am 15./16. August 2017 fristauslösend für die Viermonats-Frist waren. Zusammengefasst ist damit einstweilen glaubhaft gemacht, dass die gesetzliche viermonatige Eintragsfrist mit der superprovisorischen Eintragung gewahrt wurde.

4. Hinreichende Sicherheit

4.1. 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. 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. 2008, 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, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N 1254 ff.).

4.2. Mit der Gesuchsantwort vom 12. Januar 2018 hat der Gesuchsgegner namens der Nebenintervenientin eine Bankgarantie (vgl. act. 11) eingereicht und eventualiter beantragt, es sei festzustellen, dass mit der Hinterlegung dieser Bankgarantie der F. _____ AG Nr. ... vom 11. Januar 2018 hinreichende Sicherheit geleistet worden sei (act. 9: RB Ziff. 3 lit. a). Die Leistung der Sicherheit erfolge ausdrücklich vorläufig, womit der Gesuchstellerin eine Frist zur Prosequierung anzusetzen sei (act. 9 lit. C.b [S. 5]).

Die Gesuchstellerin hat die Bankgarantie als hinreichend im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB erachtet und beantragt, es sei ihr diese im Original auszuhändigen, womit das provisorisch eingetragene Pfandrecht wieder gelöscht werden könne; sie werde danach die definitive Sicherstellung prosequieren (act. 17 Ziff. 3 [S. 4]).

4.3. Infolge der anerkanntermassen hinreichenden Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB ist die Löschung der bereits erfolgten vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzuordnen (BSK ZGB II-THURNHERR, Art. 839/840 N. 11). Demgemäss ist das Grundbuchamt D._____ anzuweisen, das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht – nach Ablauf der Rechtsmittelfrist – zu löschen. Ausserdem ist die Obergerichtskasse entsprechend anzuweisen, wiederum nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist, das Original der Bankgarantie der F._____ AG Nr. ... vom 11. Januar 2018 (act. 11) an die Gesuchstellerin herauszugeben.

5. Folgen der Sicherheitsleistung

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 Bauhandwerkerpfandrechts. Demgemäss ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um beim örtlich und sachlich zuständigen Gericht auf definitive Bestellung der Sicherheit zu klagen. Die Beurteilung, gegen wen die Gesuchstellerin ihre Klage einzureichen hat (gegen die Sicherheit leistende Nebenintervenientin und/oder den Gesuchsgegner [als Grundeigentümer]), liegt in der Verantwortung der Gesuchstellerin (vgl. ZR 115 [2016] Nr. 51).

Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (BGE 143 III 554 E. 2.5.2). Eine Verlängerung dieser Frist ist grundsätzlich 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 entweder die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe anerkannt.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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 40'000.– auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 2'400.– festzusetzen ist.

Über den Pfand- bzw. Sicherstellungsanspruch der Gesuchstellerin ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob die Gesuchstellerin endgültig obsiegt. Daher rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren lediglich eine einstweilige Kostenregelung zu treffen. Gemäss Praxis des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich sind die Gerichtskosten im Verfahren betreffend die vorläufige Eintragung des Pfandrechts von der Gesuchstellerin zu beziehen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt.

Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Weder der Gesuchsgegner noch die Nebenintervenientin sind berufsmässig vertreten. Eine angemessene Umtriebsentschädigung wird gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO nur in begründeten Fällen zugesprochen. Sowohl der Gesuchsgegner als auch die Nebenintervenientin haben es indessen unterlassen, ihren Aufwand im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren darzulegen und zu begründen sowie ihre Entschädigungsforderung zu beziffern. Damit können ihnen keine Umtriebsentschädigungen zugesprochen werden.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Die C._____ AG, ... [Adresse], wird zu Gunsten des Gesuchsgegners als Nebenintervenientin zugelassen.
2. Es wird festgestellt, dass die Nebenintervenientin mit der Bankgarantie der F._____ AG Nr. ... vom 11. Januar 2018 (vgl. act. 11) hinreichende Sicher-

heit geleistet hat für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.

3. Das Grundbuchamt D. _____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 13. Dezember 2017 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ..., E. _____, ... [Strasse] ..., ... Zürich, für eine Pfandsumme von CHF 40'000.– nebst Zins zu 5 % seit 25. August 2017.
4. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Bankgarantie der F. _____ AG Nr. ... vom 11. Januar 2018 (act. 11) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Gesuchstellerin herauszugeben.
5. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 24. April 2018 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 Nebenintervenientin die Herausgabe der Sicherheit von der Gesuchstellerin verlangen kann.
6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 2'400.–.
Allfällige weitere Kosten (insbesondere Rechnung des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.
7. Die Kosten werden von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren gemäss Dispositiv-Ziffer 5. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 5 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.

8. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin die ihr in Dispositiv-Ziffer 5 angesetzte Frist zur Anhebung der Klage, werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner und die Nebenintervenientin unter Beilage eines Doppels von act. 17 und 18/1-4, sowie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt D._____ und an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich.
10. 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 40'000.—.

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

Zürich, 21. Februar 2018

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Christian Markutt