

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE180143-O

U/jo

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, sowie der Gerichtsschreiber Dr. Moritz Vischer

Urteil vom 10. August 2018

in Sachen

A. _____ GmbH,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

sowie

C. _____ AG ZH,

Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:
(act. 1 S. 2)

1. Das Grundbuchamt D._____ sei i.S.v. Art. 961 ZGB einstweilen anzuweisen, sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei, zugunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf dem Grundstück in der Gemeinde E._____. Grundbuch Blatt 1 Liegenschaft, Kataster 2, F._____ für eine Pfandsumme von CHF 19'919.- zzgl. Zins zu 5% seit dem 04.02.2018;
2. Das Grundbuchamt D._____ sei i.S.v. Art. 961 ZGB einstweilen anzuweisen, sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei, zugunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf dem Grundstück in der Gemeinde E._____. Grundbuch Blatt 3 Liegenschaft, Kataster 4, F._____ für eine Pfandsumme von CHF 19'919.- zzgl. Zins zu 5% seit dem 04.02.2018;
3. Das Grundbuchamt D._____ sei i.S.v. Art. 961 ZGB einstweilen anzuweisen, sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei, zugunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf dem Grundstück in der Gemeinde E._____. Grundbuch Blatt 5 Liegenschaft, Kataster 6, F._____ für eine Pfandsumme von CHF 19'919.- zzgl. Zins zu 5% seit dem 04.02.2018;
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. Mehrwertsteuerzusatz zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 20. März 2018 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin das Gesuch mit obigen Rechtsbegehren hierorts ein (act. 1-3). Mit Verfügung vom 21. März 2018 wurde dem Gesuch einstweilen (teilweise) ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen und das Grundbuchamt D._____ wurde angewiesen, das beantragte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Mit Eingabe vom 20. April 2018 stellte die C._____ AG ZH ein Gesuch um Nebenintervention und reichte eine Stellungnahme samt Zahlungsgarantie ein (act. 12; act. 13A). Die

Gesuchsgegnerin schloss sich diesen Ausführungen mit separater Eingabe vom 23. April 2018 (act. 16) an. Hierzu wurde der Gesuchstellerin mit gleichentags ergangener Verfügung (act. 14) das rechtliche Gehör gewährt, das diese mit Eingabe vom 28. Mai 2018 (act. 23) und ergänzender Eingabe vom 12. Juni 2018 (act. 31) wahrnahm. Nach Zulassung der Nebenintervention der C. _____ AG ZH (act. 25) stellte diese eine neue Zahlungsgarantie (act. 36A) und nahm im Übrigen zu den Ausführungen der Gesuchstellerin Stellung (act. 35), worauf die Gesuchsgegnerin im Wesentlichen verwies (act. 34). Mit Schreiben vom 3. August 2018 (act. 42) teilte die Gesuchstellerin mit, dass sie auf eine weitere Eingabe verzichtete. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Voraussetzungen zur vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts

Die Nebenintervenientin (act. 12 S. 5) und ihr folgend die Gesuchsgegnerin (act. 16) anerkannten im vorliegenden, summarischen Verfahren die Eintragungsvoraussetzungen als erfüllt an. Zu prüfen gilt es daher einzig noch, ob die geleistete Sicherheit hinreichend oder, wie dies die Gesuchstellerin geltend macht, ungenügend ist.

3. Leistung einer hinreichenden Sicherheit

3.1. Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB und der Lehre kann die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer oder ein Dritter für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet (CHK-SCHUMACHER, Art. 839 ZGB N 20). Das Gericht prüft allfällige Einwendungen des Unternehmers gegen eine gestellte Sicherheit nur dann, wenn sie substantiiert vorgebracht wurden (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE150087-O vom 4. Mai 2015 E. 7, abrufbar unter <www.gerichte-zh.ch/entscheide>).

3.2. Vorliegend leistete die Nebenintervenientin am 27. Juni 2018 eine neue, zweite Zahlungsgarantie (act. 36A). Deren Zahlungsbedingungen wurden, wie sich aus der Eingabe der Nebenintervenientin vom 28. Juni 2018 (act. 35 S. 6 f.) ergibt, angepasst und unterscheiden sich teilweise deutlich von denjenigen der Zahlungsgarantie vom 19. April 2018 (act. 13A). Die Gesuchstellerin verzichtete

allerdings ausdrücklich auf eine Stellungnahme zu diesen neuen Bedingungen (act. 42), weshalb sie mangels gehöriger Bestreitungen im Sinne der eingangs zitierten Rechtsprechung einer gerichtlichen Überprüfung nicht zugänglich sind. Bereits aus diesem Grund ist dem Standpunkt der Gesuchstellerin kein Erfolg beschieden und die geleistete Sicherheit der Nebenintervenientin ist als hinreichend zu qualifizieren (Art. 839 Abs. 3 ZGB).

3.3.1. Selbst eine inhaltliche Betrachtung würde zu keinem anderen Resultat führen. Bei den in der Zahlungsgarantie enthaltenen Bedingungen handelt es sich um Standardformulierungen, die mit Vorschlägen aus der Lehre übereinstimmen (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, § 26 N 1276) und auch in der Rechtswirklichkeit verwendet werden (vgl. BGE 142 III 738 E. 3.1 f.). Wegen derartiger Auflagen kann die Gesuchstellerin nicht einwenden, die Sicherheit sei nicht hinreichend (so explizit: SCHUMACHER, a.a.O., § 26 N 1263).

3.3.2. Daran vermag auch das Nachlassverfahren von F._____ AG, Subunternehmerin und Vertragspartnerin der Gesuchstellerin, nichts zu ändern. Der Gesuchstellerin ist es unbenommen, gerichtlich gegen die Gesuchsgegnerin als Grundeigentümerin vorzugehen. Für ihre Befürchtung, sie werde ohne den Pfandeintrag gegenüber der Gesuchsgegnerin in eine schlechtere Position gedrängt, besteht kein Anlass. Der Gesetzgeber hat mit Art. 839 Abs. 3 ZGB entschieden, dass das Pfandrecht und die hinreichende Sicherheit qualitativ gleichwertig sind. In der Regel dürfte die Gesuchstellerin mit letzterer sogar besser gestellt sein (vgl. SCHUMACHER, a.a.O. § 26 N 1239).

4. Zusammenfassung

Mangels gehöriger Bestreitungen ist die von der Nebenintervenientin am 27. Juni 2018 geleistete Zahlungsgarantie Nr. ... als hinreichende Sicherheit zu werten. Auch eine inhaltliche Betrachtung führt zu keinem anderen Resultat, sind die darin enthaltenen Bedingungen doch üblich und für die Gesuchstellerin nicht nachteilig, mithin die Sicherheit hinreichend. Entsprechend ist die Löschung des mit Verfügung vom 21. März 2018 vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts an-

zuordnen und praxisgemäss ist die Bankgarantie der Gesuchstellerin auszuhändigen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Sowohl die Festsetzung der Gerichtsgebühr als auch die Festsetzung der Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Vorliegend ist von einem Streitwert von CHF 59'757.– auszugehen und die Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 3'200.–, d.h. rund die Hälfte der ordentlichen Gebühr, festzulegen.

5.2. Mit ihrem Antrag auf Erhöhung des Pfandrechts um die "vorsichtshalber geltend gemachte Sicherheitsmarge von 10 Prozent" unterlag die Gesuchstellerin vollumfänglich (vgl. act. 4). Hierfür ist ihr eine Gerichtsgebühr von CHF 300.– definitiv aufzuerlegen, wobei mangels entstandener, erheblicher Umtriebe von der Zusprechung einer Parteientschädigung an die Gesuchsgegnerin abzusehen ist.

5.3. Im Übrigen wurde auch mit dem vorliegenden Entscheid nicht definitiv über den Pfand- bzw. Sicherstellungsanspruch der Gesuchstellerin entschieden und ist eine einstweilige Kostenregelung zu treffen. Versäumt es die Gesuchstellerin, ihren Anspruch innert Frist zu prosequieren, gilt was folgt: Auch wenn üblicherweise der Nebenintervenientin keine Parteientschädigung zuzusprechen ist (dazu: Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG140107-O vom 12. April 2017 E. 8.2.1, abrufbar unter <www.gerichte-zh.ch/entscheide>) rechtfertigt es sich vorliegend aus Billigkeitsgründen, ihr in casu die *gesamte* Parteientschädigung zuzusprechen. Die Gesuchsgegnerin erklärte sich nämlich ausdrücklich mit ihren Rechtsschriften einverstanden und verzichtete ihrerseits auf umfassende Stellungnahmen und eigene Anträge. Entsprechend wäre die Gesuchstellerin im Säumnisfall zur Bezahlung einer Parteientschädigung in der Höhe von CHF 5'250.– an die Nebenintervenientin zu verpflichten. Mangels Darlegung der Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die (allfällige) Parteientschädigung der Nebenintervenientin praxisgemäss ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. Urteil BGer 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5).

Das Einzelgericht erkennt:

1. Es wird festgestellt, dass die Nebenintervenientin mit Zahlungsgarantie der ... Kantonalbank Nr. ... vom 27. Juni 2018 hinreichende Sicherheit geleistet hat für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.
2. Das Grundbuchamt D._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 21. März 2018 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen
 - a) auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 1,
F._____ ..., E._____,
für eine Pfandsumme von CHF 18'108.– nebst Zins zu 5 % seit 4. Februar 2018;
 - b) auf Liegenschaft Kat. Nr. 4, GBBl. 3,
F._____ ..., E._____,
für eine Pfandsumme von CHF 18'108.– nebst Zins zu 5 % seit 4. Februar 2018;
 - c) auf Liegenschaft Kat. Nr. 6, GBBl. 5,
F._____ ..., E._____,
für eine Pfandsumme von CHF 18'108.– nebst Zins zu 5 % seit 4. Februar 2018.
3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Bankgarantie der ... Kantonalbank Nr. ... vom 27. Juni 2018 (act. 36A) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Gesuchstellerin herauszugeben.
4. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 12. Oktober 2018 angesetzt, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit anzuhängen, unter der Androhung, dass sonst Verzicht auf die Sicherstellung

angenommen wird und die Gesuchsgegnerin bzw. die Nebenintervenientin die Herausgabe der Sicherheit von der Gesuchstellerin verlangen können.

5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 3'200.–.
Allfällige weitere Kosten (insbesondere des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten werden im Umfang von CHF 300.– definitiv von der Gesuchstellerin bezogen. Ansonsten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren gemäss Dispositiv-Ziffer 4 vorbehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 4 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten auch im Restbetrag auferlegt.
7. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 4 angesetzte Frist zur Anhebung der Klage, wird sie verpflichtet, der Nebenintervenientin eine Parteientschädigung von CHF 5'250.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchstellerin, die Gesuchsgegnerin und an die Nebenintervenientin (an letztere beide unter Beilage eines Doppels von act. 42) sowie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt D. _____ und an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich.
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 59'757.–.

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

Zürich, 10. August 2018

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Dr. Moritz Vischer