

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE190076-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie Gerichtsschreiber
Adrian Joss

Urteil vom 21. Mai 2019

in Sachen

A._____ Generalunternehmen GmbH,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Gesuchsgegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Es sei das Grundbuchamt H._____ zunächst superprovisorisch und hernach provisorisch anzuweisen, auf dem sich im Eigentum der Gesuchsgegnerin befindlichen Grundstück, Grundbuch Blatt 1, Kataster 2, EGRID CH ..., C._____ -Strasse ..., in ... Winterthur, die Pfandsumme von CHF 122'661.80, zuzüglich Zins zu 5% seit dem 26.12.2018 auf CHF 74'000, zuzüglich Zins zu 5% seit dem 15.11.2018 auf CHF 2'972.52, zuzüglich Zins zu 5% seit dem 27.12.2018 auf CHF 689.28 und zuzüglich Zins 5% seit dem 11.12.2019 auf CHF 45'000, sofort als Pfandrecht zu Gunsten der Gesuchstellerin einzutragen bzw. vorzuzeichnen.

Alles unter Kosten- und Entschädigung (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin ersuchte mit ihrer Eingabe vom 20. Februar 2019 (Datum Poststempel) samt Beilagen (act. 1) um (vorerst) superprovisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem betreffenden Grundstück der Gesuchsgegnerin. Dem Gesuch wurde mit Verfügung vom 21. Februar 2019 einstweilen und ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen, und das zuständige Grundbuchamt H._____ wurde angewiesen, das entsprechende Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Gesuch Stellung zu nehmen (act. 4). Die Gesuchsantwort datiert vom 8. April 2019 (act. 12). Mit Verfügung vom 9. April 2019 wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um zur angebotenen Sicherheit Stellung zu nehmen (act. 16). Die Stellungnahme der Gesuchstellerin datiert vom 23. April 2019 und wurde der Gesuchsgegnerin zugestellt (act. 18). Die Gesuchsgegnerin reichte dazu am 6. Mai 2019 eine Stellungnahme ein, welche der Gesuchstellerin zugestellt wurde (act. 20). Die Gesuchstellerin entgegnete hierauf mit einer vom 17. Mai 2019 datierenden Stellungnahme (act. 22).

2. Sachverhalt

2.1. Die Gesuchsgegnerin ist Eigentümerin der Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 1, EGRID CH... an der C.____-Strasse ..., ... a und ... b, ... Winterthur. Zwischen den Parteien des vorliegenden Verfahrens bestehen keine Vertragsbeziehungen.

2.2. Die D.____ Partner AG hat im Rahmen des Umbaus auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin Leistungen für die E.____ AG erbracht (act. 18 Rz. 4). In diesem Zusammenhang schloss die Gesuchstellerin als Subunternehmerin am 21./22. September 2018 mit der D.____ Partner AG (Generalunternehmerin), vertreten durch die F.____ GmbH (Projektleitung), zwei Werkverträge über die Erbringung von Gipser- und Malerleistungen auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin ab (act. 3/5-6).

2.3. Die letzten Arbeiten der Gesuchstellerin auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin erfolgten am 8. Dezember 2018 (act. 3/13).

2.4. Die Forderung der Gesuchstellerin stützt sich auf die 8. Akontorechnung vom 26. November 2018, auf die Rechnung vom 16. Oktober 2018 und vom 27. November 2018 für Regiestunden sowie auf die Schlussrechnung für Gipser- und Malerleistungen vom 13. Dezember 2018, was gesamthaft einem Forderungsbetrag von CHF 122'661.80 zuzüglich Zinsen entspricht (act. 1 Rz. 17; act. 3/7-11). Im Recht liegen zudem verschiedene Regierapporte und Wochenrapporte (act. 3/12-13).

3. Voraussetzungen zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

3.1. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts 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 Bauhandwerkerpfandrechts 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 (Art. 839 Abs. 2 ZGB).

3.2. Die Gesuchsgegnerin verzichtet darauf, zum Bestand und zur Höhe der behaupteten Forderung der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen (act. 12 Rz. 12), womit diese in Anbetracht der vorliegenden Dokumente als glaubhaft erscheint. Die übrigen Voraussetzungen von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB sowie Art. 839 Abs. 2 ZGB sind unbestrittenermassen erfüllt.

3.3. Einzugehen ist damit nur noch auf die Frage, ob die Gesuchsgegnerin bzw. die E. _____ AG eine hinreichende Sicherheit geleistet hat.

4. Hinreichende Sicherheit

4.1. Die Gesuchsgegnerin reicht eine Zahlungsgarantie der Thurgauer Kantonalbank Nr. ... vom 5. April 2019 zu den Akten mit dem Antrag, es sei festzustellen, dass damit eine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB geleistet worden sei (act. 12 Rz. 9; act. 14).

4.2. 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, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N 1254 ff.).

4.3. Die Gesuchstellerin erachtet die beigebrachte Zahlungsgarantie qualitativ als nicht hinreichend und argumentiert, dass bei einem allfälligen gerichtlichen Verfahren nicht nur die D. _____ Partner AG, sondern auch andere Parteien involviert sein könnten. Es sei fraglich, ob in einer derartigen Konstellation die Formu-

lierung in der Zahlungsgarantie (s. 2 lit. a) eine genügende Sicherheit für die Gesuchstellerin darstelle. Ferner sei nicht verständlich, weshalb ein gerichtlicher oder aussergerichtlicher Vergleich zwischen der D._____ Partner AG einer Zustimmung der E._____ AG bedürfe (act. 18 Rz. 5 f.).

4.4. Zunächst ist unbestritten, dass die eingereichte Zahlungsgarantie sämtliche pfandberechtigten Ansprüche gemäss Rechtsbegehren umfasst (act. 20 Rz. 2).

4.5. Auf Seite 1 der Zahlungsgarantie wird festgehalten, die Gesuchstellerin habe für die D._____ Partner AG (Generalunternehmerin) zwei Werkverträge (Gisper- und Malerleistungen) ausgeführt, für welche die Zahlungsgarantie gestellt werde (act. 14). Dies steht insoweit mit dem von der Gesuchstellerin behaupteten Sachverhalt überein (act. 1 Rz. 8). Die Behauptung der Gesuchstellerin, es sei möglich, dass andere Parteien in das Verfahren involviert sein könnten, wird in der Stellungnahme vom 23. April 2019 nicht näher ausgeführt bzw. begründet (act. 18 Rz. 5). Soweit sie in ihrer Stellungnahme vom 17. Mai 2019 weitergehende Ausführungen dazu macht, ist sie damit prozessual verspätet (act. 22). Jedenfalls erschliesst sich aufgrund des von ihr dargelegten Sachverhalts nicht, was für andere Parteien in ein allfälliges Verfahren involviert sein könnten, zumal die F._____ GmbH gemäss Ausführungen in ihrem Gesuch lediglich als Vertreterin der Generalunternehmerin fungierte (act. 1 Rz. 8). Sodann erstaunt nicht, dass die E._____ AG, welche die Ausstellung der Zahlungsgarantie in Auftrag gegeben hat, zumindest indirekt ein Interesse am Ausgang des Verfahrens hat. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die D._____ Partner AG einzige Vertragspartnerin der Gesuchstellerin ist. Die Rüge der Gesuchstellerin erweist sich als unbegründet.

4.6. Auf Seite 2 lit. a Abs. 2 der Zahlungsgarantie wird im Falle eines gerichtlichen oder aussergerichtlichen Vergleichs zwischen der Gesuchstellerin und der D._____ Partner AG die Zustimmung der E._____ AG vorausgesetzt (act. 14). Das heisst, es wird nur für den Fall, dass die Gesuchstellerin mit der D._____ Partner AG eine einvernehmliche Regelung zu treffen gedenkt, die Zustimmung der E._____ AG erforderlich. Bei der gerichtlichen Durchsetzung durch Urteil stellt

dieses Zustimmungserfordernis kein Hindernis dar. Dass die Gesuchsgegnerin vorliegend das interne Verhältnis zwischen der D._____ Partner AG sowie der E._____ AG in diesem Sinne offenlegt (act. 20 Rz. 8), schadet nicht. Die Gesuchstellerin hat mithin keinen Anspruch auf Abschluss eines Vergleichs. Wenn die D._____ Partner AG eine gütliche Einigung von der Zustimmung durch die E._____ AG abhängig machen will, kann ihr dies nicht verwehrt werden. Damit kann der Argumentation der Gesuchstellerin nicht gefolgt werden, wonach die Zahlungsgarantie keine genügende Sicherheit biete (act. 18 Rz. 6).

4.7. Nachdem eine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB vorliegt, ist die Löschung des mit Verfügung vom 21. Februar 2019 vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts anzuordnen. Demgemäss ist das Grundbuchamt H._____ anzuweisen, das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – zu löschen.

Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – das Original der Zahlungsgarantie der Thurgauer Kantonalbank Nr. ... vom 5. April 2019 (act. 14) 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 E._____ AG 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, liegt in ihrer eigenen Verantwortung.

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 möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuches (Art. 144 Abs. 2 ZPO); dieses würde in einem kostenpflichtigen Nachverfahren behandelt. Als zu-

reichende 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 122'661.80 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 5'000.– 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. Dass die Gesuchsgegnerin von der Gesuchstellerin nicht vorgängig zur Leistung einer Sicherheit angefragt worden sei (so die Gesuchsgegnerin; act. 12 Rz. 14), stellt keinen genügenden Grund dar, um der Gesuchstellerin die Kosten gestützt auf Art. 108 ZPO (definitiv) aufzuerlegen.

Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, ist der Gesuchsgegnerin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von CHF 6'000.– zuzusprechen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Es wird festgestellt, dass die E. _____ AG mit Zahlungsgarantie der Thurgauer Kantonalbank Nr. ... vom 5. April 2019 hinreichende Sicherheit geleistet hat für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.
2. Das Grundbuchamt H. _____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Februar 2019 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen, auf der Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBI. 1, EGRID CH... C. _____-Strasse ..., ...a und ...b, ... Winterthur (Stadtquartier Winterthur-...), für eine Pfandsumme von CHF 122'661.80 nebst Zins zu 5 % auf CHF 74'000.– seit 26. Dezember 2018, Zins zu 5 % auf CHF 2'972.52 seit 15. November 2018, Zins zu 5 % auf CHF 689.28 seit 27. Dezember 2018 und Zins zu 5 % auf CHF 45'000.– seit 11. Dezember 2019.
3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Bankgarantie der Thurgauer Kantonalbank Nr. ... vom 5. April 2019 (act. 14) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Gesuchstellerin herauszugeben.
4. Der Gesuchstellerin wird – auch unter Berücksichtigung allfälliger Gerichtsferien – eine Frist bis 23. Juli 2019 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 E. _____ AG die Herausgabe der Sicherheit von der Gesuchstellerin verlangen kann.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 5'000.–.
Die weiteren Kosten betragen CHF 66.35 (Rechnung Nr. 3 des Grundbuchamtes H. _____ vom 21. Februar 2019).

6. Die Kosten werden von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren gemäss Dispositiv-Ziffer 4. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 4 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv 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 Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 6'000.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an die Gesuchsgegnerin unter Beilage der Doppel von act. 22 und act. 23) und im Dispositiv an die E. _____ AG sowie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt H. _____ 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 122'661.80.

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

Zürich, 21. Mai 2019

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Adrian Joss