

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE190333-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie Gerichtsschreiber
Dr. Giulio Donati

Urteil vom 13. November 2019

in Sachen

A._____ GmbH,
Gesuchstellerin

gegen

B._____ AG,
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y._____,

sowie

C._____ AG,
Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z._____,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 7, S. 2)

" Das Grundbuchamt H. _____ sei im Sinne von Art. 961 ZGB einstweilen anzuweisen, sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei zugunsten des Gesuchstellers und zulasten des Grundstücks des Gesuchsgegners ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen und zwar auf der Liegenschaft Kat. Nr. 1, Grundbuchblatt 2, D. _____-strasse Block Nr. 2, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 16 (E. _____), für eine Pfandsumme von CHF 59'826.75 nebst Zins zu 5% seit 6. Mai 2019.

Alles Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. 7.7% MwSt.) zu Lasten des Gesuchsgegners."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 30. August 2019 (überbracht) reichte die Gesuchstellerin hierorts ihr Gesuch vom 29. August 2019 mit obigem Rechtsbegehren ein (act. 1). Mit Verfügung vom 30. August 2019 wurde dem Gesuch einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen und das Grundbuchamt H. _____ angewiesen, das beantragte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen. Mit gleicher Verfügung wurde die Gesuchstellerin aufgefordert, ihre Vertretungssituation zu klären. Sodann wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um schriftlich zum Begehren Stellung zu nehmen (act. 3). Am 12. September 2019 überbrachte die Gesuchstellerin ein durch eine vertretungsberechtigte Person unterzeichnetes Exemplar ihres Begehrens vom 30. August 2019 (act. 7). Mit Eingabe vom 19. September 2019 (Datum Poststempel) verkündete die Gesuchsgegnerin der Totalunternehmerin C. _____ AG den Streit (act. 12). Mit Verfügung vom 20. September 2019 wurde die Streitverkündung vorgemerkt und der Streitberufenen mitgeteilt (act. 14). Die Gesuchsgegnerin reichte mit Eingabe vom 14. Oktober 2019 (Datum Poststempel) innert erstreckter Frist ihre Stellungnahme zum Gesuch ein (act. 16). Mit Eingabe vom 14. Oktober 2019 (Datum Poststempel) stellte die C. _____ AG den Antrag, sie als Nebenintervenientin zuzulassen, reichte eine Zahlungsgarantie der F. _____ ein und nahm zum Gesuch Stellung (act. 17; act. 19/2). Mit Verfügung vom 15. Oktober 2019 wurde von der durch die Streitberufene erfolgten Nebeninter-

vention Vormerk genommen. Weiter wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um sich zur Frage zu äussern, ob sie die von der Nebenintervenientin eingereichte Zahlungsgarantie als hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB anerkenne (act. 20). Die Gesuchstellerin nahm mit Eingabe vom 11. November 2019 (Datum Poststempel) innert erstreckter Frist Stellung und teilte mit, die von der Nebenintervenientin eingereichte Zahlungsgarantie stelle keine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB dar (act. 25). Das Verfahren ist spruchreich.

2. Voraussetzungen zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

2.1. Rechtliche Grundlagen

2.1.1. 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).

2.1.2. Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, so muss die Gesuchstellerin ihr Gesuch nur glaubhaft machen. An die Glaubhaftmachung sind nach konstanter Lehre und Praxis keine strengen Anforderungen zu stellen. Die vorläufige Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts darf nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfalle ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechts dem ordentlichen Verfahren vorzubehalten. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 86 I 270; BGE 102 Ia 86; BGE 112 Ib 484; ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 101[1982] II Halb-

band S. 158, ZR 79 Nr. 80 Erw. 1; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N. 1394 ff.). Wesentliche Parteivorbringen

2.2. Wesentliche Parteivorbringen

2.2.1. Die Gesuchstellerin führt aus, sie habe auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin als Plattenlegerin und im Zusammenhang mit dem Fassadenbau Arbeit erbracht. Sie sei gestützt auf eine Vereinbarung vom 7. November 2018 mit der G. _____ AG tätig gewesen. Die Gesuchstellerin habe ihre Leistungen zwischen dem 7. November 2018 und dem 5. Mai 2019 erbracht. Die letzten Arbeiten seien am 5. Mai 2019 erbracht worden (act. 7 S. 3). Bis heute sei ein Betrag von CHF 59'826.75 noch offen (act. 7 S. 4).

2.2.2. Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Vorbringen der Gesuchstellerin mit Nichtwissen. Ihr fehle zurzeit jegliches Wissen hinsichtlich der Behauptungen, welche die Gesuchstellerin in ihrem Gesuch aufstelle. Die C. _____ AG werde als Nebenintervenientin voraussichtlich eine Bankgarantie einreichen (act. 16 Rz. 4 f.). Werde eine hinreichende Sicherheitsleistung erbracht, beispielsweise in Form einer Bankgarantie, sei das Gesuchs auf vorläufige Eintragung abzuweisen. Sodann erklärt die Gesuchsgegnerin, sich den Ausführungen der Nebenintervenientin anzuschliessen (act. 16 Rz. 6 ff.).

2.2.3. Die Nebenintervenientin bringt vor, dass das von der Gesuchstellerin geltend gemachte Bauhandwerkerpfandrecht im Zusammenhang mit einem Rechtsverhältnis stehe, welches sie nicht direkt betreffe. Die Nebenintervenientin habe keine direkten Kenntnisse hinsichtlich der Behauptungen und Ausführungen, welche die Gesuchstellerin in ihrem Gesuch vom 29. August 2019 aufstelle, weshalb sie diese Behauptungen mit Nichtwissen bestreite. Gemäss Auskunft der G. _____ AG bestünden ihr gegenüber seitens der Gesuchstellerin keine Ansprüche auf Werklohnzahlungen (act. 17 Rz. 5 f.).

2.3. Würdigung

Die Behauptungen der Gesuchstellerin blieben unbestritten. Eine Bestreitung allein mit Nichtwissen ändert daran nichts. Damit ist auf die Behauptungen der Ge-

suchstellerin abzustellen. Zwar sind ihre Vorbringen nicht sehr detailliert. Die Gesuchstellerin ist aber im jetzigen Verfahrensstadium noch nicht gezwungen, ihre Forderungen detailliert vorzutragen und nachzuweisen. Um Wiederholungen zu vermeiden, kann auf die Ausführungen in der Verfügung vom 30. August 2019 verwiesen werden. Insgesamt erscheinen die Vorbringen der Gesuchstellerin – im jetzigen Verfahrensstadium – als glaubhaft.

3. Hinreichende Sicherheit

3.1. 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., 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.). Bei der Prüfung durch das Gericht gilt das Rügeprinzip. Die Gesuchstellerin hat ihre Einwendungen substantiiert darzulegen (SCHUMACHER, a.a.O., N 1314).

3.2. In ihrer Eingabe vom 11. November 2019 hat die Gesuchstellerin die von der Nebenintervenientin eingereichte Bankgarantie als nicht hinreichend bezeichnet (act. 25). Die eingereichte Bankgarantie decke nicht die administrativen und gerichtlichen Kosten und Gebühren, die die Gesuchstellerin für den Erhalt der angeforderten Dokumente (z.B. Verlustschein) und/oder Entscheide übernehmen müsse. Weiter werde die Gesuchstellerin die Bankgarantie voraussichtlich gar nicht mehr geltend machen können, falls über das Vermögen der G._____ AG der Konkurs eröffnet und mangels Aktiven eingestellt würde. Schliesslich biete die eingereichte Bankgarantie auch keine Sicherheit für den Fall, dass die Gesuchstellerin mit der G._____ AG einen aussergerichtlichen Vergleich abschliesse, dessen Vergleichssumme tiefer als die garantierte Summe sei. Dies darum, weil

die eingereichte Bankgarantie nur dann abrufbar sei, wenn die G._____ AG im aussergerichtlichen Vergleich die Forderung der Gesuchstellerin mindestens in der Höhe des unter der Garantie insgesamt beanspruchten Betrages bedingungslos als geschuldet anerkannt habe (vgl. act. 25).

3.3. Die Rügen der Gesuchstellerin sind unbegründet:

3.3.1. Soweit sie vorbringt, die eingereichte Bankgarantie decke nicht die administrativen und gerichtlichen Kosten und Gebühren, die die Gesuchstellerin übernehmen müsse, bleibt die Rüge unsubstanziert. Entscheidend ist aber ohnehin, dass die Gesuchstellerin keine Garantie verlangen darf, die *mehr Sicherheit* bieten würde als ein eingetragenes Bauhandwerkerpfandrecht. Die Eintragung des von der Gesuchstellerin geforderten Bauhandwerkerpfandrechts sichert die geltend gemachte Forderung samt Zinsen – mehr nicht. Allfällige administrative und gerichtliche Kosten und Gebühren – welche genau gemeint sind, legt die Gesuchstellerin nicht dar – wären auch durch das Bauhandwerkerpfandrecht nicht gesichert.

3.3.2. Weiter behauptet die Gesuchstellerin, die Bankgarantie sei nicht abrufbar, falls über die G._____ AG der Konkurs eröffnet und mangels Aktiven eingestellt würde. Die Gesuchstellerin geht wohl davon aus, dass sie dann keinen definitiven Verlustschein im Sinne der Garantie (vgl. act. 19/2, S. 2 f., Ziffer 2ii) in der Hand hätte, um die Garantie abzurufen. Es ist aber nicht zu beanstanden, sondern geradezu notwendig, dass in der Garantie verschiedene "Vollstreckungstitel" vorgesehen sind, um die Garantie abzurufen. Auch bei einem eingetragenen Bauhandwerkerpfandrecht müsste die Gesuchstellerin über einen Vollstreckungstitel verfügen, um das Pfandrecht zu verwerten. Das Risiko einer Einstellung eines allfälligen Konkursverfahrens gegen die G._____ AG mangels Aktiven hat mit anderen Worten nichts damit zu tun, ob ein Bauhandwerkerpfandrecht oder eine Bankgarantie vorliegt. Angemerkt sei, dass die Gesuchstellerin weiter anzunehmen scheint, es sei bei einer Einstellung des Konkurses mangels Aktiven nicht mehr möglich, einen definitiven Verlustschein zu erhalten, um mit diesem anschliessend die Garantie auszulösen. Diese Ansicht ist unzutreffend. Es bleibt einem Gläubiger beispielsweise unbenommen, im Sinne von Art. 230 Abs. 2 SchKG Si-

cherheit für den durch die Konkursmasse nicht gedeckten Teil der Kosten zu leisten – und so die Durchführung des Konkursverfahrens zu ermöglichen.

3.3.3. Schliesslich rügt die Gesuchstellerin, die streitgegenständliche Zahlungsgarantie verlange, dass der Forderungstitel eine Zahlungsverpflichtung der G._____ AG "mindestens" in der Höhe des beanspruchten Betrages ausweisen müsse. Damit werde ein Vergleich über einen tieferen Betrag, als mittels Garantie sichergestellt, verhindert. Die entsprechende Formulierung will jedoch lediglich sicherstellen, dass der unter der Zahlungsgarantie beanspruchte Betrag durch den Forderungstitel gedeckt ist, da es der Gesuchstellerin freisteht, lediglich einen Teil der ihr zustehenden Forderung zu vollstrecken (vgl. auch Urteil des Handelsgerichts HE190060 vom 15. April 2019, E. 4.5.7). Die Rüge ist unbegründet.

3.4. Die Gesuchstellerin macht keine anderen Gründe geltend, die dagegen sprechen würden, die Garantie als hinreichend zu betrachten. Entsprechend ist das Grundbuchamt H._____ anzuweisen, das mit Verfügung vom 30. August 2019 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – zu löschen.

3.5. Die Obergerichtskasse ist anzuweisen – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – das Original der Zahlungsgarantie der F._____ Nr. DOK-... [Nummer] vom 10. Oktober 2019 (act. 19/2). an die Gesuchstellerin herauszugeben.

4. 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 die Ge-

suchsgegnerin [als Grundeigentümerin]), liegt in der Verantwortung der Gesuchstellerin.

5. Prosequierungsfrist

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 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 59'826.75 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 2'000.00 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. 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 2'500.00 zuzusprechen. Insoweit die Nebenintervenientin eine Parteientschädigung verlangt, ist daran zu erinnern, dass es sich gemäss bundesgerichtlicher Praxis grundsätzlich nicht rechtfertigt, einem Nebenintervenienten einen Anspruch auf Ersatz seiner Parteikosten einzuräumen. Der Nebenintervenient mag zwar ein direktes eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens haben; doch ändert dies nichts daran, dass er mit seiner Teilnahme am Prozess Interessen wahrnimmt, die im Rechtsverhältnis zwischen ihm und der von ihm unterstützten Gesuchsgegnerin begründet sind, woran die Gesuchstellerin nicht beteiligt ist (vgl. zum Ganzen BGE 130 III 571, E. 6).

Das Einzelgericht erkennt:

1. Es wird festgestellt, dass die Nebenintervenientin mit Zahlungsgarantie der F.____ Nr. DOK-... [Nummer] vom 10. Oktober 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 30. August 2019 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2, D.____-strasse Block Nr. 2, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 16 (E.____), H.____, für eine Pfandsumme von CHF 59'826.75 nebst Zins zu 5 % auf CHF 54'826.75 seit 7. August 2019 und Zins zu 5 % auf CHF 5'000.00 seit 22. Juni 2019.
3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Bankgarantie der F.____ Nr. DOK-... [Nummer] vom 10. Oktober 2019 (act. 19/2) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Gesuchstellerin herauszugeben.

4. Der Gesuchstellerin wird – auch unter Berücksichtigung allfälliger Gerichtsferien – eine Frist bis 30. Januar 2020 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.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 2'000.00.
Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
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 2'500.00 zu bezahlen. Der Nebenintervenientin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Nebenintervenientin, je unter Beilage eines Doppels von act. 25, 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 59'826.75.

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

Zürich, 13. November 2019

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Giulio Donati