

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE200434-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie Gerichtsschreiberin
Sabrina Schalcher

Urteil vom 9. Dezember 2020

in Sachen

A. _____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X. _____,

sowie

B. _____ AG,
Prozessführende Streitberufene

sowie

C. _____ AG ...,
Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

gegen

D._____ GmbH,
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z._____,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Der von der Gesuchstellerin per Valuta 13. November 2020 zugunsten der Gerichtskasse (Obergericht Kanton Zürich, 8001 Zürich, CH71 0900 0000 80 01 02 10 7) geleistete Betrag in der Höhe von CHF 48'790.80 sei als hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB zu qualifizieren bzw. entgegenzunehmen, im Sinne einer provisorisch bestellten Ersatzsicherheit, zur Ablösung des mit Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 3. November 2020 (Verfahren Nr. HE200309) zugunsten der Gesuchsgegnerin vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts in der Höhe von CHF 32'527.20 nebst Zins zu 5% seit dem 8. Mai 2020.
2. Das Grundbuchamt E._____ sei anzuweisen, das zugunsten der Gesuchsgegnerin vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht auf dem Grundstück der A._____ AG in der Gemeinde E._____, Grundbuch Blatt 1, Kat.-Nr. 2 zu löschen.
3. Die der Gesuchsgegnerin mit Urteil vom 3. November 2020, Dispositiv-Ziffer 2, angesetzte Frist zur Anhebung einer Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts sei abzunehmen und stattdessen sei der Gesuchsgegnerin Frist zur Anhebung einer Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit gegen die Gesuchstellerin anzusetzen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST), wobei über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Hauptverfahren definitiv zu entscheiden ist."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

1.1. Mit Urteil vom 3. November 2020 bestätigte das hiesige Einzelgericht die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt E._____ als vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 4. August 2020 auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 1, EGRID CH3 F._____ -strasse ..., ... E._____, für eine Pfandsumme von CHF 32'527.20 nebst Zins zu 5 % seit 8. Mai 2020. Der Gesuchsgegnerin (damals: Gesuchstellerin) wurde eine Frist bis 8. Januar 2021 angesetzt, um eine

Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchstellerin (damals: Gesuchsgegnerin) anzuheben (Geschäfts-Nr. HE200309-O; act. 31).

1.2. Nach Abschluss des Verfahrens HE200309-O, während laufender Frist zur Anhebung der Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts, reichte die Nebenintervenientin das Gesuch vom 13. November 2020 (Datum Poststempel) samt Beilagen (act. 1; act. 3/2-7) ein und beantragte, dass der von ihr zugunsten der Gerichtskasse geleistete Betrag in der Höhe von CHF 48'790.80 als hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB zu qualifizieren bzw. entgegenzunehmen sei, im Sinne einer provisorisch bestellten Ersatzsicherheit, zur Ablösung des zugunsten der Gesuchsgegnerin vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts. Weiter beantragte sie, dass das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen sei sowie der Gesuchsgegnerin die Frist zur Anhebung einer Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts abzunehmen und ihr stattdessen eine Frist zur Anhebung einer Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit gegen die Gesuchstellerin anzusetzen sei (act. 1). Innert mit Verfügung vom 16. November 2020 (act. 5) angesetzter Frist reichte die Gesuchsgegnerin ihre Stellungnahme datierend vom 8. Dezember 2020 ein und bezeichnete die Barsicherheit als nicht hinreichend. Sie beantragte die Abweisung der seitens der Nebenintervenientin gestellten Rechtsbegehren (act. 8). Das Verfahren ist spruchreif, weshalb ein Entscheid zu fällen ist, und es rechtfertigt sich daher auch, auf das Einholen einer (weiteren) Stellungnahme zu verzichten.

2. Voraussetzungen für die Abänderung vorsorglicher Massnahmen

Die Abänderung vorsorglicher Massnahmen setzt voraus, dass sich die Umstände geändert haben oder sich die Massnahme im Nachhinein als ungerechtfertigt herausstellt. Dies bedingt das Vorliegen echter oder unechter Noven (ZÜRCHER, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. A., 2016, Art. 268 N 6 ff.).

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.). Damit eine Ersatzsicherheit als "hinreichend" gelten kann, muss sie qualitativ und quantitativ die gleiche Sicherheit bieten wie das Bauhandwerkerpfandrecht. In quantitativer Hinsicht bietet das Bauhandwerkerpfandrecht dem Gläubiger Sicherheit für die Kapitalforderung und die Verzugszinsen, allenfalls für die Vertragszinsen. Die Verzugszinsen sind ihrerseits zeitlich nicht limitiert. Dementsprechend muss auch die Ersatzsicherheit hinsichtlich der Verzugszinsen eine zeitlich bzw. quantitativ nicht limitierte Sicherheit bieten (BGE 142 III 738 E. 4.4.2 m.H.; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N 1254 ff).

3.2. Die Nebenintervenientin hat bei der Obergerichtskasse einen Betrag von CHF 48'790.80 einbezahlt und erklärt, dass dies eine hinreichende Sicherheit darstelle, da der Betrag neben der Pfandsumme den Verzugszins von 5% über 10 Jahre abdecke. Eine Prozessdauer von über 10 Jahren schein unwahrscheinlich (act. 1 Rz. 13 ff.). Die Gesuchsgegnerin erklärt mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass der einbezahlte Betrag keine hinreichende Sicherheit darstelle. Entsprechend sei das provisorisch eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nicht zu löschen (act. 8 Rz. 5 ff.)

3.3. Da die Gesuchsgegnerin die Sicherheit nicht als hinreichend anerkennt, hat das hiesige Einzelgericht zu prüfen, ob die Sicherheit hinreichend ist. Vorliegend kann die geleistete Barsicherheit im Umfang der Kapitalforderung und Verzugszins für 10 Jahre nicht als hinreichend qualifiziert werden. Das Bundesgericht hat in BGE 142 III 738 im Zusammenhang mit einer Bankgarantie festgehalten, dass eine zeitlich auf 10 Jahre beschränkte Sicherstellung der Verzugszinsen nicht genügt. Dies hat ebenso bei einer Barsicherheit zu gelten, da sie die gleiche Funkti-

on wie eine Bankgarantie, nämlich diejenige einer gleichwertigen Ersatzsicherheit, zu erfüllen hat. Keine Rolle spielt laut Bundesgericht, ob der Prozess innert der Zehnjahresfrist endgültig entschieden werden könnte (insb. E. 4.4 und 4.5).

3.4. Folglich ist das Gesuch der Nebenintervenientin abzuweisen. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich ist anzuweisen, nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist die von der Nebenintervenientin geleistete (angebotene) Barsicherheit in der Höhe von CHF 48'790.80 der Nebenintervenientin zurückzuerstaten.

3.5. Der Vollständigkeit halber wird festgehalten, dass die der Gesuchsgegnerin (damals: Gesuchstellerin) mit Urteil vom 3. November 2020 für die Anhebung der Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchstellerin (damals Gesuchsgegnerin) angesetzte Frist bis 8. Januar 2021 (Geschäfts-Nr. HE200309-O; Dispositiv-Ziffer 2) nach wie vor läuft und durch das vorliegende Verfahren nicht berührt wird. Ebenso bleibt die mit demselben Urteil bestätigte vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bestehen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Da der Entscheid über die vorliegend geleistete (angebotene) Barsicherheit definitiv ist, ist auch über die Kosten- und Entschädigungsfolgen definitiv zu entscheiden.

4.2. 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 32'527.20 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips auf CHF 700.– festzusetzen ist. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Nebenintervenientin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.3. Ausgangs- und antragsgemäss ist die Nebenintervenientin ferner zur Leistung einer Parteientschädigung an die Gesuchsgegnerin zu verpflichten. Die Hö-

he der Entschädigung anwaltlich vertretener Parteien bestimmt sich nach der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Beim vorliegenden Streitwert beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr CHF 5'270. Sie ist gestützt auf § 9 und § 4 Abs. 2 AnwGebV (Summarverfahren und Zeitaufwand) auf CHF 1'050.– zu reduzieren.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Das Gesuchs der Nebenintervenientin wird abgewiesen.
2. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist der Nebenintervenientin die von ihr geleistete (angebotene) Barsicherheit in der Höhe von CHF 48'790.80 zurückzuerstatten.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 700.–.
4. Die Kosten werden der Nebenintervenientin auferlegt.
5. Die Nebenintervenientin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 1'050.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an
 - die Nebenintervenientin unter Beilage des Doppels von act. 8
 - die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von act. 8
 - die prozessführende Streitberufene unter Beilage des Doppel von act. 8
 - die Gesuchsgegnerin
 - **sowie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist** an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich (gegen Empfangsschein).
7. 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).

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

Zürich, 9. Dezember 2020

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Sabrina Schalcher