

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE210150-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie Gerichtsschreiber
Dr. Benjamin Büchler

Urteil vom 4. Mai 2022

in Sachen

A._____ GmbH,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2._____

gegen

B._____,

Gesuchsgegnerin

sowie

1. **C._____ AG,**

2. **Erbengemeinschaft des D._____ sel.,**

bestehend aus und handelnd durch:

a) **E._____,**

b) **F._____,**

c) **G._____,**

d) **H._____,**

Nebenintervenientinnen

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

2 a-d vertreten durch Rechtsanwalt Z1. _____

2 a-d vertreten durch Rechtsanwältin Z2. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Es sei das Grundbuchamt I. _____ zunächst superprovisorisch und hernach provisorisch anzuweisen, auf der sich im Eigentum der Gesuchsgegnerin befindlichen Liegenschaft, Grundbuchblatt 1, Kataster-Nr. 2, E-GRID 3, J. _____ ...-... die Pfandsumme von CHF 473'051.44 nebst Zins zu 5% seit dem 22.12.2021 sofort als Pfandrecht zu Gunsten der Gesuchstellerin vorzumerken.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 22. Dezember 2021 (Datum Poststempel) stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich das vorstehend aufgeführte Begehren (act. 1). Mit Verfügung vom 27. Dezember 2021 wurde das Grundbuchamt I. _____ angewiesen, das Pfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Begehren der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen (act. 4). Mit Eingabe vom 12. Januar 2022 verkündete die Gesuchsgegnerin der Nebenintervenientin 1 den Streit (act. 9), welche ihrerseits mit Eingabe vom 13. Januar 2022 den Prozessbeitritt erklärte, wovon mit Verfügung vom 14. Januar 2022 Vormerk genommen wurde (act. 15). Mit der nämlichen Verfügung wurde der "Einzelunternehmung K. _____" die von der Nebenintervenientin 1 erklärte Streitverkündung angezeigt (act. 12; act. 15). Die Nebenintervenienten 2a-d stellten am 17. Januar 2022 einen Antrag auf Nebenintervention und nahmen zum Gesuch Stellung (act. 17). Weitere Stellungnahmen zum Gesuch gingen nicht ein, woraufhin die Nebenintervention der Nebenintervenienten 2a-d vorgemerkt wurde (act. 22). In der Folge nahm die Gesuchstellerin zur Eingabe der Nebenintervenienten 2a-d, insbesondere zur angebotenen Bankgarantie, mit Eingabe vom 21. Januar 2022 Stellung (act. 24). Da die Gesuchstellerin die Bankgarantie als ungenügend bezeichnete, wurde den Nebenintervenienten 2a-d am 8. Februar 2022 Frist zur Stellungnahme und gegebenenfalls Neueinreichung einer Bankgarantie angesetzt (act. 28). Mit Eingabe vom 2. Mai 2022 nahmen die

Nebenintervenienten 2a-d Stellung und reichten zugleich einen Vergleich mit der Gesuchstellerin sowie eine neue Bankgarantie ein (act. 36; act. 37/12; act. 38).

2. Parteien

Die Gesuchsgegnerin ist Eigentümerin des Grundstücks, auf dem die von der Gesuchstellerin behaupteten Leistungen erbracht worden sind (act. 1 Rz. 5; act. 3/4). Die Gesuchstellerin war dabei als Subunternehmerin des Einzelunternehmens "K. _____" (Nebenintervenienten 2a-d) tätig, welches seinerseits von der Nebenintervenientin 1 als Generalunternehmerin beauftragt worden ist (act. 1 Rz. 9 ff.).

3. Rechtliches

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 Grundstücks, 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).

Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, 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 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 Gericht 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. Halbband, S. 158; ZR 79 Nr. 80 E. 1; SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl., Zürich 2022, N 1529 ff.).

4. Eintragungsvoraussetzungen

Weder die Gesuchsgegnerin noch die Nebenintervenienten bestreiten, dass die Voraussetzungen für die (provisorische) Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts erfüllt wären.

Gestützt auf die Darstellung der Gesuchstellerin erscheint demnach glaubhaft, dass die Gesuchstellerin mit der Leistung von Gipserarbeiten betraut worden ist, welche sie auch ausgeführt hat (act. 1 Rz. 13 ff.), dass die geleisteten Arbeiten umfangreicher und kostenintensiver waren als ursprünglich vereinbart (act. 1 Rz. 16 ff.), dass sie zudem Akkordantenaufträge übernommen hat (act. 1 Rz. 49 ff.), dass auch mündliche Nachträge erteilt worden sind (act. 1 Rz. 60 ff.), dass sie daneben Regiearbeiten ausgeführt hat (act. 1 Rz. 72 ff.), dass daraus eine offene Forderung von CHF 473'051.44 resultiert (act. 1 Rz. 76 ff.) und dass die letzten relevanten Arbeiten am 15. September 2021 ausgeführt worden sind (act. 1 Rz. 103 ff.). Damit gelingt es der Gesuchstellerin das Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen glaubhaft zu machen.

5. Hinreichende Sicherheit

5.1. 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, a.a.O., N 1301 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, a.a.O., N 1239 ff.).

5.2. Mit Eingabe vom 17. Januar 2022 haben die Nebenintervenienten 2a-d eine Bankgarantie der L._____ AG (Nr. 102476 vom 11. Januar 2022) eingereicht, welche aus ihrer Sicht eine genügende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB darstelle (act. 17 Rz. 8 ff.; act. 20). Die Gesuchstellerin hat diese als nicht genügend erachtet (act. 24).

5.3. Mit Eingabe vom 2. Mai 2022 haben die Nebenintervenienten 2a-d eine neue Bankgarantie der L._____ AG (Nr. 102485 vom 27. April 2022) eingereicht, welche die erste ersetzt (act. 36; act. 38). Zugleich reichten sie eine Vereinbarung mit der Gesuchstellerin ein, in welcher sich die Vertragsparteien über den erforderlichen Inhalt einer genügenden Sicherheit geeinigt haben (act. 37/12).

5.4. Nach ständiger Praxis des Handelsgerichts ist es in erster Linie Sache der Parteien, ob eine Bankgarantie eine genügende Sicherheit darstellt oder nicht. Eine Beurteilung erfolgt nur so weit dies bestritten wird. Dabei wurde die Gesuchstellerin im Rahmen der Fristansetzung zur Stellungnahme darauf hingewiesen, dass nur substantiierte Einwände geprüft werden (act. 22).

Vorliegend haben sich die Gesuchstellerin und die Nebenintervenienten 2a-d in ihrer Vereinbarung vom 26./27. April 2022 darüber geeinigt, welchen Inhalt eine genügende Ersatzsicherheit haben muss (act. 37/12). Die von den Nebenintervenienten nunmehr eingereichte Bankgarantie Nr. 102485 der L._____ AG vom 27. April 2022 (act. 38) entspricht wörtlich dem Entwurf der Parteien im Anhang zur Vereinbarung (act. 37/12 Anhang 1). Die Gesuchstellerin hat diese Garantie als hinreichend im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB anerkannt (act. 37/12 Ziff. 2.1.1).

Entsprechend ist festzustellen, dass die geleistete Garantie hinreichend ist im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB.

6. Folgen der Sicherheitsleistung

Mit Leistung einer hinreichenden Sicherheit wird der Streit nur dann beendet, wenn die Sicherheit *definitiv* bestellt wird. Im vorliegenden Fall leisteten die Nebenintervenienten 2 a-d die Sicherheit ausdrücklich als provisorische Sicherheit (act. 36 S. 3; act. 37/12 Ziff. 3.e; act. 38 S. 2) 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 leistenden Nebenintervenienten 2a-d und / oder die Gesuchsgegnerin [als Grundeigentümerin]), liegt in der Verantwortung der Gesuchstellerin.

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.

7. 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 473'051.44 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG sowie unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips auf CHF 8'500.– 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 Pra-

xis 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, sind vorliegend keine Parteientschädigungen geschuldet. Die Gesuchstellerin hat sich anwaltlich nicht vertreten lassen und nicht begründet, weshalb eine Umtriebsentschädigung im vorliegenden Fall gerechtfertigt wäre. Nebenintervenienten wird indes im Grundsatz keine Partei- bzw. Umtriebsentschädigung zugesprochen. Diese wahren Interessen, die sich aus ihrem Rechtsverhältnis zur unterstützten Hauptpartei und nicht zum Prozessgegner ergeben. Die Zusprechung einer Partei- bzw. Umtriebsentschädigung ist daher nur im Einzelfall und aus Billigkeitsgründen gerechtfertigt (BGE 130 III 571 E. 6 S. 578; GRABER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 3 zu Art. 77 ZPO m.w.H.). Die Nebenintervenienten legen keine Gründe dar, die vorliegend eine Parteientschädigung aus Billigkeitsgründen rechtfertigen würden. Es sind auch keine solchen ersichtlich. Es ist ihnen deshalb keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Es wird festgestellt, dass die Nebenintervenienten 2a-d mit Zahlungsgarantie der L. _____ AG Nr. 102485 vom 27. April 2022 eine hinreichende Sicherheit geleistet haben für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.
2. Das Grundbuchamt I. _____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 27. Dezember 2021 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen

auf Grundstück Kat. Nr. 2, GBBI. 1, EGRID 3, J. _____ ...-..., I. _____, für eine Pfandsumme von CHF 473'051.44.– nebst Zins zu 5 % seit dem 22. Dezember 2022.

3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Bankgarantie der L. _____ AG Nr. 102485 vom 27. April 2022 (act. 38) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Gesuchstellerin herauszugeben.
4. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Bankgarantie der L. _____ AG Nr. 102476 vom 11. Januar 2022 (act. 20) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Nebenintervenienten 2a-d herauszugeben.
5. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 5. Juli 2022 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 Nebenintervenienten 2a-d die Herausgabe der Sicherheit von der Gesuchstellerin verlangen kann.
6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 8'500.–.
Die weiteren Kosten betragen CHF 251.55 (Rechnung Nr. 181352.01 des Grundbuchamtes I. _____ vom 3. Januar 2022).
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 jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 5 angesetzte Frist zur Anhebung der Klage, sind keine Parteientschädigungen geschuldet.

9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin, die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientin 1 je unter Beilage der Doppel von act. 36, act. 37/12 und act. 38, sowie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt I. _____ 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 473'051.44.

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

Zürich, 4. Mai 2022

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler