

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE230054-O

U/mk

Mitwirkend: Ersatzoberrichterin Franziska Egloff sowie Gerichtsschreiberin Nadja Maurer

Urteil vom 2. August 2023

in Sachen

A._____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur., LL.M. X._____

gegen

B._____ [Stiftung],
Gesuchsgegnerin

sowie

C._____ AG,
Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht lic. iur.

Y._____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt D._____ sei richterlich anzuweisen, auf dem sich im Alleineigentum der Beklagten befindlichen Grundstück Kataster 1, Grundbuch Blatt 2, EGRID CH3, E._____, ein Pfandrecht zu Gunsten der Klägerin im Betrag von CHF 42'476.25 zuzüglich Zins zu 5 % seit 31. Januar 2023 **superprovisorisch** und vorläufig einzutragen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlich geschuldeter Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

1.1. Mit Eingabe vom 22. Mai 2023 (Datum Poststempel) machte die Gesuchstellerin das vorliegende Verfahren mit den vorstehenden Rechtsbegehren am hiesigen Gericht anhängig (act. 1; act. 3/2–13). Mit Verfügung vom 25. Mai 2023 wurde das Grundbuchamt D._____ angewiesen, das beantragte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um eine Stellungnahme einzureichen (act. 4).

1.2. Die Gesuchsgegnerin liess sich innert Frist nicht vernehmen. Mit Eingabe vom 14. Juni 2023 reichte die C._____ AG, ... [Adresse] (CHE-4), eine Stellungnahme ein und stellte den prozessualen Antrag, sie sei als Nebenintervenientin zur Unterstützung der Gesuchsgegnerin zuzulassen (act. 9 S. 3 Ziff. 1). Mit derselben Eingabe reichte sie die Bankgarantie Nr. 5 der F._____ [Bank] vom 12. Juni 2023 ein (act. 12) und beantragte, diese als hinreichende Sicherheit anzuerkennen und das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen (act. 9 S. 3 Ziff. 2 und 3). Mit Verfügung vom 19. Juni 2023 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 13). Mit Eingabe vom 3. Juli 2023 erklärte sie, die Ersatzgarantie nicht als hinreichend anzuerkennen (act. 18). Mit Verfügung vom 6. Juli 2023 wurde die C._____ AG als Nebenintervenientin zugelassen und diese Stellungnahme der Gesuchsgegnerin und der Nebenintervenientin zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zugestellt (act. 19). Es gingen keine weiteren Eingabe ein.

2. Formelles

2.1. Das Einzelgericht des Handelsgericht des Kantons Zürich ist nach Art. 13 und Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO örtlich und gemäss Art. 6 Abs. 2 und 5 ZPO i.V.m. § 45 lit. b GOG sachlich zuständig.

2.2. Die intervenierende Person kann zur Unterstützung der Hauptpartei alle Prozesshandlungen vornehmen, die nach dem Stand des Verfahrens zulässig sind, insbesondere alle Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen. Stehen die Prozesshandlungen der intervenierenden Person mit jenen der Hauptpartei im Widerspruch, so sind sie im Prozess unbeachtlich (Art. 76 ZPO). Eine Untätigkeit der Hauptpartei schadet nicht und gilt insbesondere nicht als Widerspruch zum Handeln der intervenierenden Person (BGE 142 III 271 E. 1.3.; DOMEJ, in: OBERHAMMER/DOMEJ/HAAS [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 3. Aufl. 2021, N 8 zu Art. 76).

2.3. Die Nebenintervenientin führt aus, dass sie das vorliegende Gesuch aus rein prozessualen Gründen vorläufig anerkenne, wenn auch sämtliche formellen und materiellen Einwendungen und Einreden sowie die Bestreitung von Forderung und Pfandrecht sowie die Kostenverlegung im ordentlichen Verfahren betreffend definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts vorbehalten blieben (act. 9 Rz. 9). Dispositionen über den Streitgegenstand sind der intervenierenden Person verwehrt; sie kann somit das Gesuch nicht anerkennen (DOMEJ, a.a.O. N 7 zu Art. 76, GÖKSU, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, 2. Aufl. 2016, N 11 zu Art. 76). Entsprechend bleibt zu prüfen, ob der geltend gemachte Anspruch besteht.

3. Voraussetzungen zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

3.1. Unbestrittener Sachverhalt

3.1.1. Gemäss den schlüssigen, unbestritten gebliebenen Vorbringen der Gesuchstellerin ist von folgendem Sachverhalt auszugehen: Die Gesuchsgegnerin ist Eigentümerin des streitgegenständlichen Grundstücks. Die Nebenintervenientin führte für sie als Generalunternehmerin Sanierungsarbeiten an der Fassade

und am Dach auf dem streitgegenständlichen Grundstück aus. Sie zog die G._____ GmbH als Subunternehmerin bei. Die Gesuchstellerin schloss am 12. Oktober 2021 einen Werkvertrag mit ebendieser G._____ GmbH betreffend Gerüstarbeiten (act. 1 Rz. 11 f.).

3.1.2. Die Gesuchstellerin fordert für die Gerüstarbeiten eine Vergütung in der Höhe von insgesamt CHF 56'380.65 (act. 1 Rz. 17 f.). Sie stellte der G._____ GmbH diesbezüglich eine Akontorechnung vom 22. November 2022 über CHF 35'006.25 sowie eine Rechnung vom 30. Dezember 2022 über CHF 21'374.40 (beide inkl. MWST) mit einer Zahlungsfrist von je 30 Tagen (act. 1 Rz. 17 f.). Die Nebenintervenientin beglich hiervon einen Betrag in der Höhe von CHF 13'904.40. Im Restbetrag von CHF 42'476.25 blieb die Forderung unbezahlt (act. 1 Rz. 19 f.). Die letzten Hauptarbeiten (Demontage- und Transportarbeiten) auf dem streitgegenständlichen Grundstück wurden am 17. Februar 2023 ausgeführt (act. 1 Rz. 8, 14).

3.2. Rechtliche Grundlagen

3.2.1. 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 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 (Art. 839 Abs. 2 ZGB).

3.2.2. Aufgrund der besonderen Interessenlage darf die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist; im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung dem Gericht im ordentlichen Verfahren zu

überlassen (Urteil des BGer 5A_280/2021 vom 17. Juni 2022 E. 3.1; BGE 86 I 265 E. 3).

3.3. Subsumtion

Die Gesuchstellerin erfüllt die Bauhandwerkereigenschaft, da sie selbständig, d.h. auf eigene Rechnung tätig ist. Sie hat mit dem Gerüstbau pfandberechtigte Arbeiten i.S.v. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin erbracht. Die Höhe der Pfandsumme beläuft sich auf CHF 42'476.25 [CHF 56'380.65 abzgl. CHF 13'904.40]. Die letzten Hauptarbeiten erfolgten unbestrittenermassen am 17. Februar 2023. Mit der provisorischen Eintragung am 25. Mai 2023 wurde die von Art. 839 Abs. 2 ZGB verlangte Viermonatsfrist gewahrt. Die Gesuchstellerin macht den Verzugszins gesamthaft ab Ablauf der Zahlungsfrist der zweiten Rechnung vom 30. Dezember 2022 geltend. Diese betrug 30 Tage nach Rechnungsstellung. Im Rahmen der vorläufigen Eintragung ist davon auszugehen, dass es sich dabei um eine Mahnung im Sinne von Art. 102 Abs. 1 OR handeln könnte. Der Verzugszins ist wie beantragt in gesetzlicher Höhe zuzusprechen (Art. 104 OR). Zu prüfen bleibt, ob eine (andere) hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB vorliegt.

4. Hinreichende Sicherheit

4.1. Rechtliche Grundlagen

4.1.1. 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. Bei der Prüfung durch das Gericht gilt das Rügeprinzip. Die Gesuchstellerin hat ihre Einwendungen substantiiert darzulegen (SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2022, Rz. 1301 f.).

4.1.2. Damit eine Ersatzsicherheit als hinreichend gelten kann, muss sie qualitativ und quantitativ die gleiche Sicherheit bieten wie das Bauhandwerkerpfandrecht. In quantitativer Hinsicht muss sie einerseits die pfandberechtigte Forderung abdecken, andererseits allfällige Verzugszinsen und zwar zeitlich unbeschränkt (BGE 142 III 738 E. 4.4.2.; SCHUMACHER/REY, a.a.O., Rz. 1226, Rz. 1239 ff.). In qualitativer Hinsicht wird vorausgesetzt, dass die Beanspruchung der Ersatzsicherheit gegenüber der Beanspruchung eines definitiv eingetragenen Baupfandrechts nicht erschwert sein darf. Wird die Inanspruchnahme der Ersatzsicherheit mit Modalitäten und Auflagen verbunden, die der Rechtssicherheit dienen, ist dies zulässig, wenn sie zweckmässig und verhältnismässig sind. Sind die Voraussetzungen der Inanspruchnahme dagegen unklar formuliert oder verursachen sie in anderer Hinsicht Rechtsunsicherheit, so spricht dies gegen die Gleichwertigkeit der Sicherheit (SCHUMACHER/REY, a.a.O., Rz. 1245).

4.2. Parteistandpunkte

Die Gesuchstellerin rügt die eingereichte Bankgarantie in dreierlei Hinsicht als nicht hinreichend: Erstens sei der verwendete Passus "*unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden aus dem eingangs erwähnten Rechtsverhältnis*" unklar. Die Sicherheit müsse als selbständige Garantie ausgestaltet sein, wobei die Garantie unmissverständlich festhalten müsse, dass die Bank auf jegliche Einwendungen und Einreden aus anderen Verträgen, insbesondere dem Werkvertrag zwischen der Gesuchstellerin und der G._____ GmbH sowie dem Garantierauftrag zwischen der Bank und der Nebenintervenientin, verzichte. Diesen Anforderungen genüge die eingereichte Garantie nicht (act. 18 Rz. 2.a). Zweitens erscheine die Zuleitung der Zahlungsaufforderung über eine erstklassige Bank mit Bestätigung der aufgeführten Unterschriften als unnötiges Erschwernis (act. 18 Rz. 2.b). Drittens sei das Erlöschen des Zahlungsverprechens zwei Monaten nach Eintritt der massgeblichen Bedingungen zu kurz; die Frist sollte mindestens drei Monate betragen (act. 18 Rz. 2.c). Weder Gesuchsgegnerin noch Nebenintervenientin liessen sich dazu vernehmen.

4.3. Subsumtion

Die Gesuchstellerin wendet zu Recht ein, dass der Verzicht auf Einwendungen und Einreden in der Zahlungsgarantie Nr. 5 der F._____ unklar formuliert ist. Er bezieht sich auf das "*eingangs erwähnte Rechtsverhältnis*" (act. 12 S. 1). Damit sind offensichtlich die am Anfang der Zahlungsgarantie genannte Gesuchstellerin und die Nebenintervenientin gemeint. Zwischen diesen besteht – zumindest gemäss dem im vorliegenden Verfahren erstellten Sachverhalt – aber kein Rechtsverhältnis. In der Zahlungsgarantie unerwähnt bleibt hingegen insbesondere das Rechtsverhältnis aus Werkvertrag zwischen der Gesuchstellerin und der G._____ GmbH. Eine damit verbundene Unsicherheit im Zusammenhang mit der Qualifikation der Zahlungsgarantie Nr. 5 als selbständige oder aber akzessorische Garantie liegt auf der Hand. In letzterem Fall wäre es der Garantin unbenommen, der Gesuchstellerin bei Inanspruchnahme der Garantie allfällige Einreden oder Einwendungen aus dem Werkvertrag zwischen letzterer und der G._____ GmbH entgegenzuhalten (vgl. BGE 131 III 511 = Pra 95 (2006) Nr. 66 E. 4.2; SCHUMACHER/REY, a.a.O., Rz. 1266). Damit wäre die Beanspruchung der Ersatzsicherheit gegenüber der Beanspruchung eines definitiv eingetragenen Baupfandrechts aber erschwert. Im Ergebnis ist die Ersatzsicherheit in qualitativer Hinsicht nicht gleichwertig.

5. Fazit

Die Voraussetzungen für den Anspruch der Gesuchstellerin auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts sind gegeben. Die von der Nebenintervenientin eingereichte Zahlungsgarantie Nr. 5 der F._____ vom 12. Juni 2023 stellt in qualitativer Hinsicht keine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB dar. Sie ist der Nebenintervenientin von der Obergerichtskasse herauszugeben. Das Gesuch ist gutzuheissen und die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D._____ ist als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 25. Mai 2023 zu bestätigen.

6. Prosequierungsfrist

Sodann ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. 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

7.1. 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 42'476.25 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 3'700.– festzusetzen ist.

7.2. 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.

7.3. Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Mangels Antrag der Gesuchsgegnerin ist ihr für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, keine Par-

teientschädigung für das vorliegende Verfahren zuzusprechen (BGE 139 III 334 E. 4.3).

Das Einzelgericht erkennt:

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D._____ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 25. Mai 2023 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Grundstück Kat. Nr. 1, GBBl. 2, EGRID CH3, E._____ für eine Pfandsumme von CHF 42'476.25 nebst Zins zu 5 % seit 31. Januar 2023.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 2. Oktober 2023 angesetzt, um eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Bei Säumnis kann die Gesuchsgegnerin den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 1) löschen lassen.
3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 3'100.–.
Die weiteren Kosten betragen: CHF 60.– (Rechnung Nr. 203380.01 des Grundbuchamtes D._____ vom 25. Mai 2023). Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 2 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.
5. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten.
6. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Zahlungsgarantie Nr. 5 der F._____ vom 12. Juni 2023 über CHF 42'476.25 (zuzüg-

lich Zins von 5 % p.a. seit 31. Januar 2023) nach unbenutzten Ablauf der Rechtsmittelfrist im Original an die Nebenintervenientin herauszugeben.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Grundbuchamt D._____ sowie an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich.
8. 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 42'476.25.

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

Zürich, 2. August 2023

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Nadja Maurer