

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE240002-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, sowie die Gerichtsschreiberin Dr. Corina Bötschi

Urteil vom 26. April 2024

in Sachen

A. _____ AG,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt X1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt X2. _____

gegen

B. _____ [Stiftung],

Gesuchsgegnerin

sowie

1. **C. _____ SA,**

2. **D. _____ AG,**

Nebenintervenientinnen

1 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y1. _____

1 vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y2. _____

2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y3. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt E._____, F._____-strasse ..., ... Zürich, sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks G._____, GBBl.-Nr. 1, Kataster 2, zugunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 867'763.75 nebst Zins zu 5% auf den Betrag von CHF 302'110.60 seit dem 12. Dezember 2023 vorläufig als Vormerkung einzutragen.
2. Die Anweisung nach Ziff. 1 hiervor sei superprovisorisch zu verfügen und dem Grundbuchamt Zürich."

Erwägungen:

1. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin ersuchte mit ihrer Eingabe vom 9. Januar 2024 (überbracht) um (vorerst) superprovisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin (act. 1). Dem Gesuch wurde mit Verfügung vom 9. Januar 2024 einstweilen und ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Gesuch Stellung zu nehmen (act. 4). Mit Verfügungen vom 26. Januar 2024 bzw. 9. Februar 2024 wurde vom Prozessbeitritt der streitberufenen C.____ SA, H.____ [Strasse] ..., I.____ (Nebenintervenientin 1), und der streitberufenen D.____ AG, J.____ -str. ..., K.____ (Nebenintervenientin 2), als Nebenintervenientinnen Vormerk genommen (act. 9–20). Die Nebenintervenientin 2 reichte mit Eingabe vom 8. Februar 2024 innert erstreckter Frist ihre Stellungnahme ein. Darin stellte sie provisorisch eine Bankgarantie vom 6. Februar 2024 (act. 18) zugunsten der Gesuchstellerin in Kombination mit einem Sicherstellungs- und Löschungsbegehren (act. 15). Die Gesuchsgegnerin schloss sich diesen Anträgen an (act. 22). Mit Verfügung vom 9. Februar 2024 wurde der Gesuchstellerin sodann Gelegenheit gegeben, sich diesbezüglich zu äussern (act. 20). Diese beantragte in ihrer Stellungnahme vom 29. Februar 2024 u.a. die Abweisung des Sicherstellungs- und Löschungsbegehrens mangels hinreichender angebotener Sicherheit (act. 25; act. 27). Mit Verfügung vom 4. März 2024 wurde der Gesuchsgegnerin bzw. den Nebenintervenientinnen 1–2 Frist angesetzt, um sich zu den Einwänden der Gesuchstellerin zu äussern und um allenfalls eine neue Sicherheit einzureichen (act. 28). Mit Eingabe vom 20. März

2024 stellte die Nebenintervenientin 2 erneut provisorisch eine (nachgebesserte) Bankgarantie vom 8. März 2024 und beantragte eventualiter, es sei ihr (der Nebenintervenientin 2) Frist anzusetzen, um den Betrag von CHF 1'019'000.– bei der Gerichtskasse zugunsten der Gesuchstellerin in bar zu hinterlegen (act. 30; act. 31; act. 33). Mit Eingaben vom 21. bzw. 22. März 2024 schlossen sich die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientin 1 diesen Anträgen an (act. 33; act. 34). Mit Verfügung vom 25. März 2024 wurde der Gesuchstellerin erneut Gelegenheit gegeben, um sich zum Sicherstellungs-, Löschungs- und Hinterlegungsbegehren der Nebenintervenientin 2 zu äussern (act. 35). Mit Eingabe vom 12. April 2024 beantragte die Gesuchstellerin erneut die Abweisung sämtlicher Anträge der Nebenintervenientin 2 (act. 37). Ausgangsgemäss kann diese Eingabe (act. 37) der Gesuchsgegnerin bzw. den Nebenintervenientinnen 1–2 mit diesem Urteil zugestellt werden. Das Verfahren erweist sich als spruchreif, weshalb ein Urteil zu ergehen hat.

2. Voraussetzungen zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

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 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). Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, so muss die Gesuchstellerin ihr Gesuch nur glaubhaft machen (statt vieler: BGE 112 Ib 482 E. 2.b S. 484).

2.2. Die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientin 2 bestreiten pauschal, dass die Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts erfüllt sind (act. 15 N. 6; act. 22 N. 5). Die Nebenintervenientin 1 liess sich diesbezüglich nicht vernehmen (vgl. act. 34).

2.3. Unter Berücksichtigung der Eingabe der Gesuchstellerin und der eingereichten Unterlagen (act. 1; act. 3/1–4, 6–87) erscheint indessen glaubhaft bzw. ist mangels substantiierter Vorbringen unbestritten geblieben, dass diese für die eingetragene Pfandsumme auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB Arbeiten geleistet hat (act. 1 N. 27–106; act. 3/11–68), ein Betrag in der Höhe der eingetragenen Pfandsumme bisher unbezahlt geblieben ist (act. 1 N. 107–115; act. 3/69–87) und die Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB mit der vorläufigen Eintragung gewahrt wurde (act. 1 N. 138–141). Demnach sind die Voraussetzungen zur vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Verfügung vom 9. Januar 2024 (act. 4) erfüllt.

3. Leistung einer hinreichenden 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. RAINER SCHUMACHER/PASCAL REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2022, N. 1314 f.). Die Sicherheit wird vom Gericht indessen nur hinsichtlich substantiierter Einwände geprüft (SCHUMACHER/REY, a.a.O., N. 1301). 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/REY, a.a.O., N. 1254 ff.).

3.2. Die Nebenintervenientin 2 stellt provisorisch eine (nachgebesserte) Bankgarantie Nr. 3 der L. _____ Switzerland AG vom 8. März 2024 (act. 31). Die Gesuchstellerin macht geltend, dass sich Ziff. 3.1) und Ziff. 3.2)e) der Bankgarantie widersprechen würden. Gemäss Ziff. 3.2)e) würde die Bankgarantie 120 Tage nach Eintritt der Rechtskraft des Sicherungsurteils automatisch und vollumfänglich erlöschen. Diese Frist sei nicht vereinbar mit Ziff. 3.1), wonach die Bankgarantie erst

neun Monate nach Eintritt der Rechtskraft des Sicherungsurteils erlöschen solle (act. 37 N. 6–17).

3.3. Die streitgegenständlichen Ziff. 3.1) und Ziff. 3.2)e) der Bankgarantie Nr. 3 der L. _____ Switzerland AG vom 8. März 2024 lauten wie folgt (act. 31 S. 2):

1) 9 Monate nach Eintritt der Rechtskraft des SICHERUNGURTEILS (Datum der Rechtskraft gilt als Tag Null), sofern Sie (Einzelunterschrift bzw. Kollektivunterschrift zu zweien gemäss im Handelsregister eingetragene(n) Person(en) und Zeichnungsart) oder ein in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragener Anwalt uns nicht bis spätestens zu diesem Datum (in unserem Besitz an obiger Adresse) unter Bezugnahme auf diese GARANTIE schriftlich bestätigen bzw. bestätigen lassen, dass Sie betreffend dem GRUNDGESCHÄFT eine Klage vor einem staatlichen Gericht - das Einreichen eines Schlichtungsgesuchs bei einer Schlichtungsbehörde im Sinne von Art. 202ff. ZPO genützt hierfür nicht - gegen _____ AG eingereicht haben. Dieser Erlöschungsgrund gilt nicht, wenn sich _____ AG an diesem Datum in Konkurs (gilt auch für Einstellung Konkurs mangels Aktiven) oder in einem Nachlassverfahren befindet.

2) 120 Kalendertage nach:

a) Eintritt der Rechtskraft des FORDERUNGURTEILS (Datum der Rechtskraft gilt als Tag Null); oder

b) Inkrafttreten des VERGLEICHS (Datum des Inkrafttretens gilt als Tag Null); oder

c) Öffentlicher Bekanntmachung des Schlusses des Konkursverfahrens betreffend D. _____ AG durch das Konkursamt (Datum der Bekanntmachung bzw. der Einstellung gilt als Tag Null), sofern kein Verfahren betreffend FORDERUNGURTEIL hängig ist; oder

d) Öffentlicher Bekanntmachung des Entscheides über einen NACHLASSVERTRAG betreffend D. _____ AG gemäss Art. 308 SchKG (Datum der Bekanntmachung gilt als Tag Null); sowie in jedem Fall

e) Eintritt der Rechtskraft des SICHERUNGURTEILS (Datum der Rechtskraft gilt als Tag Null). Einigen sich die Parteien im VERGLEICH auch über die Erledigung des Sicherungsverfahrens, ist für die Berechnung der Frist alleine das Inkrafttreten des VERGLEICHS massgebend.

Der Klarheit halber sei festgehalten, dass für die Berechnung der 120 Kalendertage das spätere erfolgte, fristauslösende Ereignis a) bis e) gilt.

Ziff. 3.1) der Bankgarantie sieht vor, dass diese neun Monate nach rechtskräftiger Beendigung des Verfahrens um definitive Bestellung der Sicherheit erlischt, sofern nicht innert dieser Frist eine Klage betreffend das Grundgeschäft rechtshängig gemacht wurde. Ob eine solche absolute Befristung der Sicherheit zulässig ist, kann einstweilen offengelassen werden, zumal dieser Umstand von der Gesuchstellerin nicht moniert wurde. Zusätzlich zu Ziff. 3.1) sieht die Bankgarantie in Ziff. 3.2)a–e) eine Reaktionsfrist von 120 Kalendertagen vor. Diese Frist beginnt hingegen erst zu laufen, wenn die Gesuchstellerin bereits über ein definitives Sicherungsurteil verfügt (lit. e) und zusätzlich ein Fall gemäss lit. a–d eingetreten ist (also ein Forderungsurteil vorliegt [lit. a] oder ein Vergleich abgeschlossen wurde [lit. b] oder der Konkurschluss publiziert wurde [lit. c] oder ein Nachlassvertrag veröffentlicht wurde [lit. d]). Dieser Umstand wird durch den neu eingefügten Zusatz "Der Klarheit

halber sei festgehalten, dass für die Berechnung der 120 Kalendertage das spätere erfolgte, fristauslösende Ereignis a) bis e) gilt" nochmals verdeutlicht. Damit stehen Ziff. 3.1) und Ziff. 3.2)e) der Bankgarantie nicht im Widerspruch zueinander, sondern ergänzen sich. Weitere Einwände hinsichtlich der Bankgarantie bringt die Gesuchstellerin nicht vor. Die von der Nebenintervenientin 2 provisorisch gestellte Bankgarantie Nr. 3 der L._____ Switzerland AG vom 8. März 2024 (act. 31) ist damit als hinreichend zu qualifizieren.

3.4. Nachdem eine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB vorliegt, ist die Löschung des mit Verfügung vom 9. Januar 2024 (act. 4) vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts anzuordnen. Demgemäss ist das Grundbuchamt E._____ anzuweisen, das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – zu löschen.

Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich ist sodann anzuweisen – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist –, das Original der Bankgarantie Nr. 3 der L._____ Switzerland AG vom 8. März 2024 (act. 31) an die Gesuchstellerin herauszugeben. Mangels gegenteiliger Vorbringen der Parteien spricht ferner nichts dagegen, die Obergerichtskasse anzuweisen, das Original der "alten" Bankgarantie Nr. 3 der L._____ Switzerland AG vom 6. Februar 2024 (act. 18) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – der Nebenintervenientin 2 zurückzugeben.

4. Hinterlegung einer Barkaution

Ob die von der Nebenintervenientin 2 angebotene Hinterlegung einer Barkaution in der Höhe von CHF 1'019'000.– eine hinreichende Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB darstellt, muss bei diesem Ausgang des Verfahrens nicht beurteilt werden (act. 30 S. 12 f.).

5. Folgen der Sicherheitsleistung

5.1. Mit Leistung einer hinreichenden Sicherheit wird der Streit nur dann beendet, wenn die Sicherheit definitiv bestellt wird. Im vorliegenden Fall leistete die Nebenintervenientin 2 die Sicherheit nur zur Ablösung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts. Demgemäss ist der Gesuchstellerin Frist anzu-

setzen, 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.

5.2. Die Prosequierungsfrist ist – praxisgemäss – auf 60 Tage festzulegen. Eine längere Frist ist vorliegend nicht angezeigt. Allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (Urteil 5A_82/2016 des Bundesgerichts vom 16. August 2017, 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

6.1. Ausgehend von einem Streitwert von CHF 867'763.75 (vgl. act. 1 N. 11) ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) auf CHF 21'000.– festzusetzen.

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 Bauhandwerkerpfandrechts von der Gesuchstellerin zu beziehen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt.

6.2. Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorzubehalten. Versäumt es die Gesuchstellerin, ihren Anspruch innert Frist zu prosequieren, gilt was folgt:

Sowohl Gesuchsgegnerin als auch die Nebenintervenientinnen 1–2 haben die Zusprechung einer Parteientschädigung beantragt (act. 15 S. 2; act. 22 S. 2; act. 30 S. 2; act. 33 S. 3; act. 34 S. 2).

Als nicht anwaltlich vertretene Partei hat die Gesuchsgegnerin Anspruch auf den Ersatz notwendiger Auslagen und in begründeten Fällen auf eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. a und c ZPO). Mangels Darlegung solcher Auslagen bzw. besonderer Gründe ist ihr indessen keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen (Urteil 5A_695/2020 des Bundesgerichts vom 26. April 2021, E. 5.1 m.w.H.).

Eine Nebenpartei nimmt regelmässig Interessen aus einem Rechtsverhältnis zwischen der unterstützten Hauptpartei und der Nebenpartei wahr, an welchem die gegnerische Hauptpartei nicht beteiligt ist, weshalb sich die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Nebenpartei nur ausnahmsweise aus Gründen der Billigkeit rechtfertigt (BGE 130 III 571 E. 6 S. 578). Die Nebenintervenientinnen 1–2 haben keine solchen Umstände dargelegt, weshalb ihnen keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

Es wird erkannt:

1. Es wird festgestellt, dass die Nebenintervenientin 2 mit der Bankgarantie Nr. 3 der L. _____ Switzerland AG vom 8. März 2024 eine hinreichende Sicherheit für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung geleistet hat.
2. Das Grundbuchamt E. _____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Januar 2024 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – vollumfänglich zu löschen
auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 1, EGRID CH4
M. _____-strasse 5, 6, 7 und 8, ... Zürich,

für eine Pfandsumme von CHF 867'763.75 nebst Zins zu 5 % auf CHF 302'110.60 seit 12. Dezember 2023.

3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, das Original der Bankgarantie Nr. 3 der L. _____ Switzerland AG vom 8. März 2024 (act. 31) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Gesuchstellerin herauszugeben.
4. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, das Original der "alten" Bankgarantie Nr. 3 der L. _____ Switzerland AG vom 6. Februar 2024 (act. 18) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – der Nebenintervenientin 2 zurückzugeben.
5. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 28. Juni 2024 angesetzt, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit anzuheben, unter der Anordnung, dass sonst Verzicht auf die Sicherstellung angenommen wird und die Nebenintervenientin 2 die Herausgabe der Sicherheit von der Gesuchstellerin verlangen kann.
6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 21'000.–.
Die weiteren Kosten betragen CHF 305.– (Rechnung Nr. 172949.01 des Grundbuchamtes E. _____ vom 10. Januar 2024).
7. Die Kosten werden von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren gemäss Dispositiv Ziff. 5. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziff. 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-Ziff. 5 angesetzte Frist zur Anhebung der Klage, ist weder der Gesuchsgegnerin noch den Nebenintervenientinnen 1–2 eine Parteientschädigung zuzusprechen.

9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Nebenintervenientinnen 1–2, an die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientinnen 1–2 unter Beilage der Doppel von act. 37, sowie nach – unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an das Grundbuchamt E. _____ 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 867'763.75.
11. Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten *nicht* (Art. 145 Abs. 2 ZPO).

Zürich, 26. April 2024

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. Corina Bötschi