

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE170328-O

U/jo

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

Urteil vom 25. Oktober 2017

in Sachen

A._____ GmbH,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X._____

gegen

Stiftung B._____,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y2._____

sowie

C._____ AG,

Nebenintervenientin

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt D. _____ sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks GBB1 Nr. 1, Kataster Nr. 1, E. _____ [Ortschaft], zugunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsomme von Fr. 127'440.00 nebst 5% Zins seit 12. Juni 2017 vorläufig im Grundbuch einzutragen.
2. Die Anweisung sei superprovisorisch (d.h. sofort nach Eingang des Gesuchs ohne Anhörung der Gegenpartei) zu verfügen und dem Grundbuchamt unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gegenpartei."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 2. September 2017 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin hierorts ihr Gesuch mit obigem Rechtsbegehren ein (act. 1). Mit Verfügung vom 4. September 2017 wurde dem Gesuch einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen und das Grundbuchamt D. _____ angewiesen, das beantragte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen. Mit gleicher Verfügung wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um schriftlich zum Begehren Stellung zu nehmen (act. 4). Mit Eingabe vom 21. September 2017 stellte die E. _____ AG den Antrag, sie als Nebenintervenientin zuzulassen. Die E. _____ AG reichte zudem eine Zahlungsgarantie der F. _____ AG ein (act. 10; act. 11/1–2 und act. 12). Mit Verfügung vom 25. September 2017 wurde der Gesuchstellerin sowie der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Interventionsgesuch der E. _____ AG Stellung zu nehmen. Mit gleicher Verfügung wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um sich zur Frage zu äussern, ob sie die von der E. _____ AG eingereichte Zahlungsgarantie als hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB anerkenne (act. 13). Mit Eingabe vom 12. Oktober 2017 (Datum Poststempel) nahm die Gesuchsgegnerin innert verlängerter Frist Stellung und beantragte, es sei die E. _____ AG als Nebenintervenientin zuzulassen sowie festzustellen, dass die E. _____ AG mit der Zahlungsgarantie eine ausreichende Sicherheit geleistet habe. Weiter sei das Grundbuchamt D. _____ anzuweisen, die vorläufige

Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch zu löschen und es sei der Gesuchstellerin Frist zur Einleitung einer Klage auf definitive Bestellung einer Sicherheit anzusetzen (act. 15). Die Gesuchstellerin nahm am 16. Oktober 2017 (Datum Poststempel) ebenfalls innert erstreckter Frist Stellung und teilte mit, dass sie die von der E._____ AG eingereichte Zahlungsgarantie als hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB anerkenne und sie weiter nicht gegen die Nebenintervention der E._____ AG opponiere. Sodann sei festzuhalten, dass sie die Bankgarantie nicht im Sinne eines Parteiwechsels für den nachfolgenden Prosequierungsprozess entgegennehme (act. 18).

2. Nebenintervention

2.1. Gemäss Art. 74 ZPO kann im Prozess jederzeit als Nebenpartei intervenieren, wer ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, dass eine rechtshängige Streitigkeit zugunsten der einen Partei entschieden werde.

2.2. Die E._____ AG bringt vor, sie habe mit der Gesuchsgegnerin am 25. August 2015 einen Generalunternehmer-Werkvertrag (GU-Vertrag) abgeschlossen (act. 10 Rz. 3.1). Zusammengefasst macht sie weiter geltend, dass sie als Generalunternehmerin der Gesuchsgegnerin im GU-Vertrag garantiert habe, dass seitens der am Bau beteiligten Subunternehmer keine Bauhandwerkerpfandrechte eingetragen würden. Sollte die Gesuchstellerin definitiv obsiegen, müsste die E._____ AG mit Ansprüchen der Gesuchsgegnerin rechnen. Sie habe darum ein rechtliches Interesse, die Gesuchsgegnerin zu unterstützen (act. 10 Rz. 3.2 f.). Die Gesuchsgegnerin hat ausgeführt, dass sie auf die E._____ AG zurückgreifen würde, sollte sich herausstellen, dass die Gesuchstellerin einen Anspruch auf Sicherheitsleistung für ihre Forderung haben sollte. Darum sei die E._____ AG als Nebenintervenientin zuzulassen, zumal sie der E._____ AG ohnehin den Streit verkündet hätte, wenn letztere nicht von sich aus die Nebenintervention beantragt hätte (act. 15 Rz. 4). Die Gesuchstellerin opponiert nicht gegen die beantragte Nebenintervention (act. 18).

2.3. Mit Verweis auf die soeben gemachten Ausführungen ist das rechtliche Interesse der E._____ AG, als Nebenintervenientin zugelassen zu werden, zu bejahen und der Antrag der E._____ AG auf Zulassung als Nebenintervenientin ist gutzuheissen.

3. Voraussetzungen zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

3.1. Rechtliche Grundlagen

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 Vollen-
dung 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. 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 Halbband S. 158, ZR 79 Nr. 80 Erw. 1; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N. 1394 ff.).

3.2. Wesentliche Parteivorbringen

3.2.1. Die Gesuchstellerin führt aus, dass sie im Rahmen des Neubauprojekts "G._____" auf dem Spitalareal des Spitals H._____[Ortschaft] Isolierungsarbeiten ausgeführt habe und zwar gestützt auf einem Werkvertrag von November 2016 mit der I.____AG. Letztere habe der Gesuchstellerin als Subunternehmerin die Montage der Isolierung gemäss Leistungsverzeichnis übertragen (act. 1 Rz. 4). Da sich die I.____AG mutmasslich in grossen Zahlungsschwierigkeiten befinde, seien Rechnungen der Gesuchstellerin in Höhe von insgesamt CHF 127'440.00

unbezahlt geblieben (act. 1 Rz. 5). Die letzten vertraglich geschuldeten Arbeiten seien am 8. und 29. Mai 2017 geleistet worden (act. 1 Rz. 6).

3.2.2. Die Gesuchsgegnerin schliesst sich in ihrer Eingabe vom 12. Oktober 2017 den Ausführungen der Nebenintervenientin in deren Eingabe vom 21. September 2017 an (act. 15 Rz. 5). Vorsorglich bestreite sie, dass die Frist zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts von der Gesuchstellerin eingehalten worden sei. Weiter bestreite sie die Höhe und den Bestand der von der Gesuchstellerin behaupteten Pfandsumme (act. 15 Rz. 6).

3.2.3. Die Nebenintervenientin bestreitet vorsorglich, dass am 8. und 29. Mai 2017 die letzten massgeblichen Arbeiten ausgeführt worden seien. Sodann bestreitet sie vorsorglich die von der Gesuchstellerin geltend gemachten Forderungen in Bestand und Höhe (act. 10 Rz. 6 f.).

3.3. Würdigung

3.3.1. Da an die Glaubhaftmachung, wie erwähnt, keine strengen Anforderungen gestellt werden, verfangen die vorsorglichen Vorbringen der Gesuchsgegnerin und der Nebenintervenientin nicht. Die Einwendungen erfolgen wohl einzig mit Blick auf das Verfahren um definitive Bestellung der Sicherheit. Ob sie zutreffend sind, lässt sich jedoch nicht prüfen, da sie allzu pauschal sind. Zwar sind die Vorbringen der Gesuchstellerin nicht sehr detailliert. Die Gesuchstellerin ist aber im jetzigen Verfahrensstadium noch nicht gezwungen, ihre Forderungen detailliert vorzutragen und nachzuweisen. Hinsichtlich der Eintragsfrist zeigen die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientin nicht auf, weshalb die behaupteten Leistungen am 8. und 29. Mai 2017 nicht als Vollendungsarbeiten qualifiziert werden können bzw., dass sie an den genannten Daten erbracht wurden. Auch betreffend die Höhe der geltend gemachten Forderungen ist einstweilen auf die Vorbringen der Gesuchstellerin abzustellen.

3.3.2. Insgesamt erscheinen die Vorbringen der Gesuchstellerin – im jetzigen Verfahrensstadium – als glaubhaft.

4. Hinreichende Sicherheit

4.1. 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.).

4.2. In ihrer Eingabe vom 16. Oktober 2017 (act. 18) hat die Gesuchstellerin die von der Nebenintervenientin eingereichte Zahlungsgarantie der F._____ Nr. 1 vom 18. September 2017 (act. 12) ausdrücklich als hinreichende Sicherheit anerkannt (act. 18).

4.3. Entsprechend ist das Grundbuchamt D._____ anzuweisen, das mit Verfügung vom 4. September 2017 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – zu löschen.

4.4. Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – das Original der Zahlungsgarantie der F._____ Nr. 1 vom 18. September 2017 (act. 12) an die Gesuchstellerin herauszugeben.

5. 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, liegt in der Verantwortung der Gesuchstellerin.

6. Prosequierungsfrist

Die Nebenintervenientin beantragt, es sei der Gesuchstellerin eine Prosequierungsfrist von fünf Monaten anzusetzen (act. 10 S. 2). Es ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb im vorliegenden Verfahren eine derart lange Prosequierungsfrist anzusetzen wäre. Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, wobei allfällige Gerichtsferien bei der Fristansetzung berücksichtigt werden. 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 127'440.00 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG und unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips auf CHF 6'000.00 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 zu-

zusprechen. Die Nebenintervenientin ist nicht berufsmässig vertreten. Eine angemessene Umtriebsentschädigung wird gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO nur in begründeten Fällen zugesprochen. Die Nebenintervenientin hat ihren Aufwand im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren weder dargelegt bzw. beziffert noch begründet. Darum ist ihr keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Es wird festgestellt, dass die Nebenintervenientin mit der Zahlungsgarantie der F._____ Nr. 1 vom 18. September 2017 hinreichende Sicherheit geleistet hat für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.
2. Das Grundbuchamt D._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 4. September 2017 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBI. 1, H._____, für eine Pfandsumme von CHF 127'440.00 nebst Zins zu 5 % seit 12. Juni 2017.
3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Bankgarantie der F._____ Nr. Nr. 1 vom 18. September 2017 (act. 12) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Gesuchstellerin herauszugeben.
4. Der Gesuchstellerin wird – auch unter Berücksichtigung allfälliger Gerichtsferien – eine Frist bis 10. Januar 2018 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 6'000.00.

Allfällige weitere Kosten (insbesondere Rechnung des Grundbuchamtes) 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 Umtriebsentschädigung zugesprochen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchstellerin unter Beilage eines Doppels von act. 15 und act. 17/1, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 18 und an die Nebenintervenientin unter Beilage der Doppel bzw. Kopien von act. 15, act. 17/1 und act. 18, sowie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich und an das Grundbuchamt D._____.
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 127'440.00.

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

Zürich, 25. Oktober 2017

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Giulio Donati