

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE180312-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, sowie Gerichtsschreiber
Christian Markutt

Urteil vom 6. September 2018

in Sachen

ARGE A. _____ AG / B. _____ AG bestehend aus:

1. **A. _____ AG,**

2. **B. _____ AG,**

Gesuchstellerinnen

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

AG C. _____,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt D. _____ sei anzuweisen, zulasten der Beklagten auf dem Grundstück Grundbuch Blatt 1, Kataster 2, EGRID 3, E. _____ [Quartier], F. _____-Strasse in Zürich ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Klägerinnen für die Pfandsumme von CHF 109'685.50 zuzüglich Zins von 5% auf CHF 95'548.40 ab dem 16. Juni 2018 und auf CHF 14'137.10 ab dem 22. Juli 2018 vorläufig als Vormerkung einzutragen.
2. Die Anweisung sei superprovisorisch zu verfügen und dem Grundbuchamt unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zulasten der Beklagten."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 19. Juli 2018 (Datum Poststempel) reichten die Gesuchstellerinnen hierorts das Gesuch mit obigem Rechtsbegehren ein (act. 1; act. 3/1-14). Mit Verfügung vom 20. Juli 2018 wurde dem Gesuch einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen und das Grundbuchamt D. _____ wurde angewiesen, das beantragte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Mit Eingabe vom 23. August 2018 nahm die Gesuchsgegnerin – innert erstreckter Frist – Stellung und beantragte, es sei festzustellen, dass sie mit der Zahlungsgarantie Nr. ... der St. Galler Kantonalbank vom 30. Juli 2018 eine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB geleistet habe, womit die vorläufige Eintragung des entsprechenden Bauhandwerkerpfandrechtes vollumfänglich zu löschen sei (act. 7; act. 12 u. 14-15). Mit Verfügung vom 24. August 2018 wurde den Gesuchstellerinnen die Möglichkeit gewährt, sich zur Stellungnahme der Gesuchsgegnerin sowie insbesondere zur Frage der hinreichenden Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB zu äussern (act. 16). Die Gesuchstellerinnen nahmen hierzu mit Eingabe vom 3. September 2018 rechtzeitig Stellung und führten aus, sie seien mit der angebotenen Sicherheit einverstanden, weshalb das Gericht – unter Auferle-

gung der Gerichts- und Parteikosten zulasten der Gesuchsgegnerin – ersucht werde, das entsprechende Bauhandwerkerpfandrecht löschen zu lassen (act. 18).

2. Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

2.1. Zusammengefasste Parteistandpunkte

Nach den – einstweilen (vgl. act. 12 Ziff. 5) – unbestrittenen Darstellungen der Gesuchstellerinnen haben diese für das Projekt "MFH G.____", mithin auf einem Grundstück der Gesuchsgegnerin an der F.____-Strasse ... in Zürich, Baumeisterarbeiten, d.h. namentlich Aushubarbeiten, Sicherungen, Spriessungen, Ortbetonbau etc., erbracht (act. 1 Rz. 5 ff.). Die letzten (pfandberechtigten) Arbeiten seien am 10. April 2018 ausgeführt worden (act. 1 Rz. 8 ff.). Die zur Zeit noch offene Forderung beziffern die Gesuchstellerinnen auf insgesamt CHF 109'685.50 (act. 1 Rz. 11).

2.2. Rechtliches

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes 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 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. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 86 I 265 E. 3; BGE 137 III 563 E. 3.3; BGE 102 Ia 86; BGE 112 Ib 484; Urteil des Bundesgerichts 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1394 ff. bzw. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl., 2011, N. 609 ff.; ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 101(1982) II Halbband S. 158, ZR 79 [1980] Nr. 80 S. 152 E. 1).

2.3. Würdigung

Gemäss den schlüssigen und (einstweilen) unbestrittenen Darstellungen der Gesuchstellerinnen sind die Voraussetzungen zur vorläufigen Eintragung des Pfandrechtes ausreichend glaubhaft gemacht (zum Einwand der Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB vgl. sogleich nachfolgend Ziff. 3).

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.). 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.). Mit Leistung einer hinreichenden Sicherheit wird der Streit nur dann beendet, wenn die Sicherheit *definitiv* bestellt wird, andernfalls auf definitive Bestellung der Sicherheit zu klagen ist.

Mit der Gesuchsantwort vom 23. August 2018 hat die Gesuchsgegnerin eine Zahlungsgarantie eingereicht und beantragt, es sei festzustellen, dass mit dieser eine *definitive* hinreichende Sicherheit geleistet worden sei (act. 12; act. 14; Prot. S. 6).

Die Gesuchstellerinnen erachten diese Sicherheit als hinreichend im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB und beantragen, es sei ihnen diese auszuhändigen (act. 18).

3.2. Infolge der anerkanntermassen hinreichenden Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB ist die Löschung der bereits erfolgten vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzuordnen (BSK ZGB II-THURNHERR, Art. 839/840 N. 11). Demgemäss ist das Grundbuchamt D._____ anzuweisen, das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht – nach Ablauf der Rechtsmittelfrist – zu löschen. Ausserdem ist die Obergerichtskasse entsprechend anzuweisen, wiederum nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist, das Original der Zahlungsgarantie Nr. ... der St. Galler Kantonalbank vom 30. Juli 2018 (act. 14) an die Gesuchstellerinnen herauszugeben.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Wesentliche Parteistandpunkte

In ihrer Eingabe vom 23. August 2018 beantragte die Gesuchsgegnerin, die Prozesskosten seien den Gesuchstellerinnen aufzuerlegen (act. 12: Antrag Ziff. 4). Zur Begründung führte sie an, die Parteien hätten wegen des Werkpreises und Mängeln seit längerem Differenzen. Sie habe den Gesuchstellerinnen am 20. Juni 2018 ein Vergleichsangebot unterbreitet, welches diese abgelehnt hätten. Aufgrund ihres Bestrebens zur einvernehmlichen Lösung der Sache sowie der 4 Monate Frist, hätte sie erwarten können, dass die Gesuchstellerinnen rechtzeitig eine Zahlungsgarantie fordern würden. Das vorliegende Verfahren hätte daher ohne Weiteres vermieden werden können. Sie selber habe keinen Anlass gehabt, ihrerseits eine Zahlungsgarantie zu offerieren, sei sie doch, was auch den Gesuchstellerinnen bekannt sei, solvent genug, um allfällige Forderungen zu begleichen (act. 12 Rz. 6; act. 15).

Die Gesuchstellerinnen stellen sich auf den Standpunkt, das von der Gesuchsgegnerin vorgelegte Vergleichsangebot vom 20. Juni 2018 sei nicht annehmbar gewesen. Sie seien zudem nicht verpflichtet gewesen, vor der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts eine Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB zu

fordern; es sei die Gesuchsgegnerin gewesen, welche das Gespräch verweigert habe (act. 18).

4.2. Würdigung

Nachdem die Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes an sich gegeben sind (vgl. oben Ziff. 2.3.) – abgesehen davon, dass eine hinreichende Sicherheit geleistet wurde – wäre vorliegendes Gesuch gutzuheissen, womit die Gesuchsgegnerin als unterliegende Partei zu betrachten ist (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und ihr ausgangsgemäss die Prozesskosten aufzuerlegen sind. Die Vorbringen der Gesuchsgegnerin vermögen hingegen nicht zu überzeugen. So ist nicht erkennbar, inwiefern die Gesuchstellerinnen hätten verpflichtet sein sollen, vorerst eine einvernehmliche Lösung der Sache zu finden. Weiterungen hierzu erübrigen sich und es besteht kein Anlass, von den Verteilungsgrundsätzen abzuweichen.

4.3. Höhe der Prozesskosten

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 109'685.50 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG auf CHF 2'300.– festzusetzen ist.

Ausserdem ist den Gesuchstellerinnen in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 4'000.– zuzusprechen. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfange zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5; ZR 104 [2005] Nr. 76;

SJZ 101 [2005] S. 531 ff.). Die Gesuchstellerinnen fordern eine Parteienschädigung "[...] inkl. MwSt.) [...]" (Rechtsbegehren-Ziff. 3 [act. 1 S. 2]). Sie behaupten keine für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände. Daher ist den Gesuchstellerinnen die Parteienschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Es wird festgestellt, dass die Gesuchsgegnerin mit der Zahlungsgarantie Nr. ... der St. Galler Kantonalbank vom 30. Juli 2018 (act. 14) hinreichende Sicherheit geleistet hat für die von den Gesuchstellerinnen zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.
2. Das Grundbuchamt D._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 20. Juli 2018 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – vollumfänglich zu löschen auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBI. 1, EGRID 3, Stadtquartier E._____, F._____-Strasse ..., für eine Pfandsumme von CHF 109'685.50 nebst Zins zu 5 % auf CHF 95'548.40 seit 16. Juni 2018 und Zins zu 5 % auf CHF 14'137.10 ab 22. Juli 2018.
3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Zahlungsgarantie Nr. ... der St. Galler Kantonalbank vom 30. Juli 2018 (act. 14) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Gesuchstellerinnen herauszugeben.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 2'300.–.
Allfällige weitere Kosten (insbesondere Rechnung des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.
5. Die Kosten werden der Gesuchsgegnerin auferlegt.

6. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, den Gesuchstellerinnen eine Parteientschädigung von CHF 4'000.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 18, sowie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt D. _____ und 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 109'685.50.

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

Zürich, 6. September 2018

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Christian Markutt