

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE180431-O

U/mk

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

Urteil vom 22. November 2018

in Sachen

A._____ AG B._____ [Ort],

Gesuchstellerin

vertreten durch Dr. iur. X. _____

gegen

C._____ AG,

Gesuchsgegnerin

sowie

D._____ AG Generalunternehmung,

prozessführende Streitberufene

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt E. _____ sei richterlich anzuweisen, zu Lasten des Grundstücks Grundbuchblatt 1, Liegenschaft, Kataster 2, EGRID 3, F. _____, Grundbuch G. _____, der Gesuchsgegnerin ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsumme in der Höhe von CHF 532'901.35 nebst Zins zu 5 % seit 19. Oktober 2018 vorläufig einzutragen.
2. Die Eintragung des vorstehenden Bauhandwerkerpfandrechtes sei superprovisorisch anzuordnen und im Grundbuch einzutragen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 19. Oktober 2018 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin hierorts das Gesuch mit obigem Rechtsbegehren ein (act. 1 und 3/2-28). Mit Verfügung vom 26. Oktober 2018 wurde dem Gesuch einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen und das Grundbuchamt E. _____ wurde angewiesen, das beantragte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 6). Mit Eingabe vom 19. November 2018 beantragte die Gesuchsgegnerin *materiell* im Wesentlichen, es sei (1.) festzustellen, dass die von der D. _____ AG Generalunternehmung provisorisch gestellte Zahlungsgarantie eine hinreichende Sicherheit sei, (2.) es sei das provisorisch eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen und (3.) der Gesuchstellerin Frist zur Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit anzusetzen; weiter stellte die Gesuchsgegnerin die *prozessualen* Anträge, es sei (1.) der D. _____ AG förmlich der Streit zu verkünden, (2.) dieser sei die Prozessübernahme zu bewilligen und (3.) eventualiter diese als Nebenintervenientin zu ihren Gunsten zuzulassen (act. 9 S. 2). Mit Eingabe samt Beilagen gleichentags stellte die D. _____ AG Generalunternehmung, ... [Adresse], dieselben *materiellen* Anträge wie die Gesuchsgegnerin und stellte zusätzlich die Prozessanträge, ihr sei die Prozessübernahme zu bewilligen, eventualiter sei sie im Prozess als Nebenintervenientin zuzulassen (act. 10; act. 11/1-2; act. 11A). Zusammen mit ihrer

Eingabe reichte die D._____ AG Generalunternehmung die Zahlungsgarantie der H._____ (Schweiz) AG Nr. ... vom 13. November 2018 (im Original) ein (act. 11A) sowie die Bestätigung der Gesuchstellerin, wonach diese die Garantie als hinreichende Sicherheit akzeptiert (act. 11/1-2).

2. Prozessführende Streitberufene

Sowohl die Gesuchsgegnerin als auch die D._____ AG Generalunternehmung beantragen ausdrücklich und übereinstimmend, dass letztere den vorliegenden Prozess als *prozessführende Streitberufene* führen solle (act. 9 [Prozessantrag 1 und 2]; act. 10 [Prozessantrag 1]).

Die streitberufene Partei kann anstelle der Partei, die ihr den Streit verkündet hat, mit deren Einverständnis den Prozess führen (Art. 79 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 78 Abs. 1 ZPO). Die Zustimmung der Gegenpartei ist nicht erforderlich (BK ZPO I-ZUBER/GROSS, 2012, Art. 79 N. 9). Im vorliegenden Verfahren führt dies jedoch – praxisgemäss – *nicht* zu einem Parteiwechsel und die Gesuchsgegnerin ist weiterhin als solche im Rubrum aufzuführen. Die Gesuchsgegnerin ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass sie den Prozess nicht mehr aktiv führen kann, sondern nun die prozessführende Streitberufene mit der Prozessführung betraut ist (ZR 113 [2014] Nr. 52 S. 168 = Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich PP140001 vom 6. Juni 2014). Somit ist vorzumerken, dass die D._____ AG Generalunternehmung, ... [Adresse], den vorliegenden Prozess – anstelle der Gesuchsgegnerin – als prozessführende Streitberufene führt.

3. Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

3.1. Zusammengefasste (unbestrittene) Parteistandpunkte

Nach den – einstweilen – unbestrittenen Darstellungen der Gesuchstellerin hat diese für die Wohnüberbauung I._____ in G._____ am 20./27. November 2017 einen Werkvertrag mit der D._____ AG Generalunternehmung geschlossen. Inhalt dieses Werkvertrages waren Fassadenbauarbeiten der Häuser A bis E auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin (act. 1 Rz. 4; act. 3/5-6; act. 3/18; act. 9 S. 3; act. 10 S. 4). Für die geleisteten Arbeiten inkl. Nachträge macht die Gesuch-

stellerin nun eine noch offene Forderung von insgesamt CHF 532'901.35 geltend (act. 1 Rz. 4 ff.). Zur Berechnung der viermonatigen Eintragsfrist nennt die Gesuchstellerin für die letzten (pfandberechtigten) Arbeiten den 26. Juli 2018 (act. 1 Rz. 12).

3.2. 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 Bauhandwerkerpfandrechtes 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 Pfandrechtes, 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 Pfandrechtes darf nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechtes 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).

3.3. Würdigung

Gemäss den schlüssigen und einstweilen unbestrittenen Darstellungen der Gesuchstellerin sind die Voraussetzungen zur vorläufigen Eintragung des Pfandrechtes ausreichend glaubhaft gemacht (zum Einwand der Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB sogleich nachfolgend Ziff. 4).

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.

4.2. Mit der Eingabe vom 19. November 2018 hat die prozessführende Streitberufene eine Zahlungsgarantie eingereicht und zusammen mit der Gesuchsgegnerin u.a. beantragt, es sei festzustellen, dass mit dieser *provisorisch* eine hinreichende Sicherheit geleistet worden sei (act. 9; act. 10; act. 11A). Die Gesuchstellerin erachtet diese Zahlungsgarantie (act. 11A) als hinreichende *provisorische* Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 2 ZGB (act. 11/1-2; Prot. S. 6).

4.3. Infolge der anerkanntermassen hinreichenden Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 2 ZGB ist die Löschung der bereits erfolgten vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzuordnen (BSK ZGB II-THURNHERR, 5. Aufl. 2015, Art. 839/840 N. 11). Demgemäss ist das Grundbuchamt E._____ 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 H._____ (Schweiz) AG Nr. ... vom 13. November 2018 (act. 11A) 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 prozessführende Streitberufene die Sicherheit explizit 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 (gegen die Sicherheit leistende prozessführende Streitberufene 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.

6. 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 532'901.35 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf rund CHF 16'000.– 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. Weder die Gesuchsgegnerin noch die prozessführende Streitberufene sind berufsmässig vertreten. Eine angemessene Umtriebsentschädigung wird gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO nur in begründeten Fällen zugesprochen. Sowohl die Gesuchsgegnerin als auch die prozessführende Streitberufene haben es indessen unterlassen, ihren Aufwand im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren darzulegen und zu begründen sowie ihre Entschädigungsforderung zu beziffern. Damit können ihnen keine Umtriebsentschädigungen zugesprochen werden.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Es wird vorgemerkt, dass fortan die D._____ AG Generalunternehmung, ... [Adresse] den vorliegenden Prozess – anstelle der Gesuchsgegnerin – als prozessführende Streitberufene führt.
2. Es wird festgestellt, dass die prozessführende Streitberufene mit Zahlungsgarantie der H._____ (Schweiz) AG Nr. ... vom 13. November 2018 (act. 11A) hinreichende Sicherheit geleistet hat für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.
3. Das Grundbuchamt E._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 26. Oktober 2018 (act. 6) vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 1, EGRID 3, I._____, für eine Pfandsumme von CHF 532'901.35 nebst Zins zu 5 % seit 19. Oktober 2018.
4. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Bankgarantie der H._____ (Schweiz) AG Nr. ... vom 13. November 2018 (act. 11A)

- nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Gesuchstellerin herauszugeben.
5. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 25. Januar 2019 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 prozessführende Streitberufene die Herausgabe der Sicherheit von der Gesuchstellerin verlangen kann.
 6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 16'000.–.
Allfällige weitere Kosten (insbesondere Rechnung des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.
 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, werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
 9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die prozessführende Streitberufene 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 532'901.35.

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

Zürich, 22. November 2018

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Christian Markutt