

ZH_HANDELSGERICHT HE170371 vom 15. Januar 2018

Zh Handelsgericht, 2018-01-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE170371

FR: ZH_HANDELSGERICHT HE170371 du 15 janvier 2018

IT: ZH_HANDELSGERICHT HE170371 del 15 gennaio 2018

Erwägungen

E. 25

September 2017 vorläufig einzutragen. 2. Die vorläufige Eintragung sei superprovisorisch, d.h. unverzüglich und ohne Anhörung der Gegenseite, anzuordnen. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gesuchsgegnerin." Das Einzelgericht zieht in Erwägung: 1. Prozessverlauf Am 27. September 2017 (Datum Poststempel) reichten die Gesuchstellerinnen hierorts ihr Gesuch mit obigem Rechtsbegehren samt Beilagen ein (act. 1; act. 3/1–15). Mit Verfügung vom 29. September 2017 wurde dem Gesuch einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei teilweise entsprochen und das Grundbuchamt Zürich... angewiesen, ein Pfandrecht über CHF 1'059'953.10 nebst Zins zu 5 % auf CHF 1'051'791.10 seit 25. September 2017 vorläufig im Grundbuch einzutragen. Mit gleicher Verfügung wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um schriftlich zum Begehren Stellung zu nehmen (act. 4). Mit Eingabe vom 16. November 2017 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchsgegnerin ihre Stellungnahme innert erstreckter Frist ein (act. 11). Mit Eingabe vom 16. November 2017 stellte die F._____ AG neben anderen Anträgen den Antrag, sie als Nebenintervenientin zuzulassen (act. 14 und act. 15/1–10). Mit Verfügung vom 21. November 2017 wurde den Gesuchstellerinnen Frist angesetzt, um zum Interventionsgesuch der H._____ AG Stellung zu nehmen. Mit gleicher Verfügung wurde den Gesuchstellerinnen zudem Frist angesetzt, um sich zur Frage zu äussern, ob sie die von der Gesuchsgegnerin angebotene Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB als hinreichend anerkennen (act. 16). Mit Eingabe vom

- 3 -

E. 30

November 2017, dass die Arbeiten vom 7. bis 24. August 2017 zum Grundausbau gehörten (gemeint sind die Leistungen gemäss Werkvertrag vom 1. Juni bzw. 27. November 2015; fortan Grundwerkvertrag genannt). Wie in der Verfügung vom 21. November 2017 erwähnt, findet im Summarverfahren nur ein

- 8 - Schriftenwechsel statt. Der Aktenschluss tritt demnach nach dem ersten Schriftenwechsel ein. Allfällige Noven in einer zweiten Rechtsschrift müssen darum als solche bezeichnet werden und ihre Zulässigkeitsvoraussetzungen genannt werden. Erlaubt bleiben indes bloss Stellungnahmen bzw. Präzisierungen zu Tatsachen, die bereits zum Prozessstoff gehören (ebenso erlaubt sind neue rechtliche Erwägungen). Die Ausführungen der Gesuchstellerinnen in der zweiten schriftlichen Eingabe zu den August-2017-Leistungen erscheinen als bloss Stellungnahmen bzw. Präzisierungen, weshalb sie prozessrechtlich zulässig sind. 2.3.7. Die Nebenintervenientin bringt vor, die Leistungen vom 7. bis 24. August 2017 seien von der K._____ AG in Auftrag gegeben worden. Die bestellten Leistungen seien darum nicht vom Grundwerkvertrag zwischen

den Verfahrenspartei- en gedeckt (act. 14 S. 5). Im Gegenteil: Die Leistungen, die aufgrund des Grund- werkvertrages geschuldet seien, seien bereits per Ende Februar 2017 erbracht und abgeschlossen worden. Die Nebenintervenientin untermauert dieses Vorbrin- gen mit zahlreichen Beilagen, die aufzeigen, dass mehrere Abnahmeprotokolle erstellt wurden (vgl. act. 15/1–9). Entsprechend seien die Arbeiten nicht fristwah- rend hinsichtlich eines Vertragsverhältnisses, mit welchem sie nicht zusammen- hängen. 2.3.8. Die Gesuchstellerinnen haben sich zu diesen Abnahmeprotokollen nicht geäußert. In der Stellungnahme vom 30. November 2017 halten sie den Vorbrin- gen der Nebenintervenientin lediglich entgegen, die Arbeiten im August 2017 sei- en dem Grundausbau (und damit implizit dem Grundwerkvertrag) zuzuordnen (act. 18 S. 6). Sie halten damit an ihren bereits in der ersten Eingabe aufgestellten Behauptungen fest. Die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientin haben sich dazu nicht mehr geäußert, sondern pauschal an ihren Vorbringen festgehal- ten und diejenigen der Gesuchstellerinnen bestritten (vgl. act. 23 und act. 24). Nun ist das Vorbringen der Nebenintervenientin zwar nicht derart unsubstanziert, dass es für die Gesuchstellerinnen nicht möglich gewesen wäre, präziser aufzu- zeigen, um welche vertraglichen Leistungen es sich bei den August-2017- Arbeiten handelte. Sie hätten dies im Übrigen bereits in ihrer ersten Rechtsschrift tun müssen und können. Wenig hilfreich erweist sich in dieser Hinsicht jedenfalls

- 9 - der von den Gesuchstellerinnen eingereichte Anhang I, der zum Bestandteil ihrer Rechtsschrift erklärt wird. Dessen Angaben lassen eine zeitliche Einordnung der aufgezählten Leistungen nur sehr eingeschränkt zu, was aber für die Bestimmung des Fristenlaufs entscheidend wäre. Auch lassen sich die im Anhang I erwähnten Leistungen kaum einem bestimmten Vertragsverhältnis zuordnen. Die Gesuch- stellerinnen möchten die Vollendungsarbeiten sodann unter anderem mit einer Rechnung der Subunternehmerin (L. _____ GmbH) vom 1. September 2017 glaubhaft machen (act. 1 Rz. 10 und act. 3/13). Die genannte Rechnung erlaubt es indes nicht, die betroffenen Leistungen einem Vertragsverhältnis zuzuordnen. Die übrigen von den Gesuchstellerinnen offerierten Beweismittel sind untauglich, um die sich stellende Frage zu beantworten. Im Summarverfahren sind Zeugen- aussagen nur ausnahmsweise zulässig (Art. 254 Abs. 2 ZPO); vorliegend er- scheint die Einvernahme von Zeugen unnötig. Zumal äusserst unwahrscheinlich ist, dass die Monteure der Subunternehmerin, M. _____ und N. _____, etwas sachdienliches zur Frage aussagen können, welchen Werkverträgen die von ihnen erbrachten Leistungen rechtlich zuzuordnen sind. 2.3.9. Insofern muss man den Gesuchstellerinnen eine gewisse Nachlässigkeit vorwerfen. Rettend für sie erweist sich indes das Beweismass. Sie haben ihre Vorbringen lediglich glaubhaft zu machen. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 140 III 610, S. 613 E. 4.1). Die Parteien stimmen darin über- ein, dass die August-2017-Arbeiten den Bereich des Kinos K1. _____ betrafen (act. 1 Rz. 10; act. 18 S. 6; act. 14 S. 5). Wenn die Gesuchstellerinnen nun vor- bringen, die in diesem Bereich installierten Lüftungsanlagen gehörten zum Grundausbau und seien darum dem Grundwerkvertrag zuzuordnen, so ist es zwar aufgrund der dargelegten Einwände der Gegenseite möglich, dass dies nicht zutrifft, jedoch sind die von den Gesuchstellerinnen vorgetragenen Behauptungen nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen. Demnach ist das Vorbringen der Gesuchstellerinnen, was die Vollendungsarbeiten anbelangt, glaubhaft dargetan. Mit den Vollendungsarbeiten im August 2017 ist die viermonatige Frist von Art. 839 Abs. 2 ZGB gewahrt.

- 10 - 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.). 3.2. Die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientin offerieren eine von der Nebenintervenientin zu leistende Barkaution in Höhe von 125 % der Pfandsumme (konkret CHF 1'324'941.30) als hinreichende Sicherheit. Allenfalls soll das hiesige Gericht den Umfang der Sicherheit bestimmen (act. 11 und act. 14). Für die Gesuchstellerinnen ist die angebotene Sicherheit nicht hinreichend (act. 18 S. 4 f.). 3.3. Eine Barkaution, die die Verzugszinsen nicht abdeckt, taugt regelmässig nicht als hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB. Das Bundesgericht hat festgehalten, dass eine Sicherheit dann hinreichend ist, wenn sie die gleiche Deckung bietet wie das Bauhandwerkerpfandrecht. Nicht hinreichend ist deshalb eine Sicherheit, die zeitlich unbefristet geschuldete Verzugszinsen zeitlich nur befristet sichert (BGE 142 III 738, S. 741 E. 4.4.2 f.; BGE 121 III 445, S. 446 f. E. 5; siehe auch PLATTNER, Die Ersatzsicherheit für Bauhandwerkerpfandrechte, in: BR 2017, S. 292 ff., S. 294). Durch die betragsmässige Beschränkung der angebotenen Sicherheit auf 125 % der Pfandsumme sind die Verzugszinsen von 5 % auf Fr. 1'057'330.75 seit 25. September 2017 nicht hinreichend gedeckt. Der Antrag der Gesuchsgegnerin und der Nebenintervenientin, das Gericht habe die Höhe der hinreichenden Sicherheit zu bestimmen, ist nicht zulässig. Zusammenfassend liegt keine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB vor.

- 11 - 4. Prosequierungsfrist Den Gesuchstellerinnen ist 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 (Urteil des Bundesgerichts vom 16. August 2017, 5A_82/2016 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. 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 1'065'492.70 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 15'000.00 festzusetzen ist. Über den Pfandanspruch der Gesuchstellerinnen ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob die Gesuchstellerinnen endgültig obsiegen. 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 den Gesuchstellerinnen zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftung zu beziehen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt. Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen wäre dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Die Gesuchsgegnerin sowie die Nebenintervenientin sind nicht anwaltlich vertreten. Eine Umtriebsentschädigung im Sinne von Art. 95

- 12 - Abs. 3 lit. c ZPO wird nur in begründeten Fällen zugesprochen. Weder die Gesuchsgegnerin noch die Nebenintervenientin haben ihre Entschädigungsbegehren begründet. Für den Fall, dass die Gesuchstellerinnen innert Frist keine Prosequierungsklage anhängig machen, werden keine Partei- bzw. Umtriebsentschädigungen zugesprochen. Das Einzelgericht erkennt: 1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt Zürich... wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 29. September 2017 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Grundstück Nr. 1, GBBL. 2, G._____-Strasse, Zürich, für eine Pfandsumme von CHF 1'059'953.10 nebst Zins zu 5 % auf CHF 1'051'791.10 seit 25. September 2017. 2. Den Gesuchstellerinnen wird eine Frist bis 19. März 2018 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 15'000.00. Allfällige weitere Kosten (insbesondere Rechnung des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten. 4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden von den Gesuchstellerinnen zu gleichen Teilen (je ein Drittel) unter solidarischer Haftung bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die Gesuchstellerinnen innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 2 die Klage nicht anhängig machen, werden ihnen die Kosten definitiv auferlegt.

- 13 - 5. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerinnen innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 2 die Klage nicht anhängig machen, werden keine Partei- bzw. Umtriebsentschädigungen zugesprochen. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerinnen unter Beilage der Doppel der act. 23 und act. 24, sowie an das Grundbuchamt Zürich- 7. 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 1'065'492.70. Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 46 Abs. 2 BGG). Zürich, 15. Januar 2018
HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH Einzelgericht Der Gerichtsschreiber: Dr. Giulio Donati

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.