

ZH_HANDELSGERICHT HE200197 vom 28. September 2020

Zh Handelsgericht, 2020-09-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE200197

FR: ZH_HANDELSGERICHT HE200197 du 28 septembre 2020

IT: ZH_HANDELSGERICHT HE200197 del 28 settembre 2020

Erwägungen

E. 40

unbezahlt gebliebenen Rechnungen keine Mahnungen versandt worden und die Arbeiten nicht eingestellt worden (act. 15 Ziff. 27 ff. [S. 6 f.]). In der Folge habe es die Gesuchstellerin treuwidrig unterlassen, die Gesuchsgegnerin oder die Nebenintervenientin über die ausgesetzten Zahlungen der H._____ AG zu informieren, mit der Folge, so die Nebenintervenientin sinngemäss, dass diese das Risiko einer Doppelzahlung in Kauf genommen habe (act. 15 Ziff. 31 ff. [S. 7 f.]).

- 6 - 3.3. 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 bzw. ein Dritter 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).

- 7 - 3.4. Würdigung Wie bereits erwähnt, hat sich die Gesuchsgegnerin (materiell) nicht zur Sache geäußert, womit lediglich auf die Ausführungen der Nebenintervenientin abgestellt werden kann. Angesichts der glaubhaft gemachten Darstellungen der Gesuchstellerin respektive des unbestritten gebliebenen Sachverhalts hat sich erwiesen, dass die Gesuchstellerin im behaupteten Umfang – und gestützt auf eine vertragliche Grundlage mit der H._____ AG – pfandberechtigende Arbeiten auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin geleistet hat. Mit der letzten pfandberechtigenden Leistung datierend vom 23. März 2020 und der vorläufigen Eintragung im Grundbuch per 18. Mai 2020 (act. 4) wird die Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB ohne Weiteres eingehalten. Inwiefern die

vorliegende Auftragsvergabe an die Gesuchstellerin ungewöhnlich hätte sein sollen, ist nicht nachvollziehbar, zumal der – auch gemäss der Neben- intervenientin zuständige – Projektleiter I._____ selber offensichtlich in die Pla- nung und Auftragsvergabe involviert war, was sich dem im Recht liegenden E- Mail einen Tag vor der Auftragsbestätigung am 19. bzw. 20. September 2019 (vgl. act. 3/6) entnehmen lässt. Die genaueren Umstände der Auftragsvergabe können indes ohnehin offen bleiben, nachdem die Nebenintervenientin aus ihren vagen Andeutungen gar keine rechtlich relevanten Schlüsse zieht; den Vertragsschluss hat sie jedenfalls nicht bestritten. Mangels Erheblichkeit kann ebenso offen bleiben, inwiefern mit "anderen Sub- Unterakkordanten" ein Stundensatz von CHF 70.– anstatt CHF 84.– vereinbart worden sein soll. Weshalb die Gesuchstellerin ab dem 10. oder 16. Januar 2020 hätte wissen müssen, dass die H._____ AG ihren Zahlungsverpflichtungen defini- tiv nicht mehr nachkommen will oder kann, wird nicht weiter ausgeführt und bleibt unklar. Die Nebenintervenientin vermag daraus jedenfalls nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Ob die H._____ AG tatsächlich, wie von der Nebenintervenientin be- hauptet, eine entsprechende Vergütung für die von der Gesuchstellerin geleiste- ten Arbeiten erhalten hat, muss an dieser Stelle nicht weiter abgeklärt werden, be- trifft dies doch primär das Verhältnis Gesuchsgegnerin/Nebenintervenientin und H._____ AG, zumal das "Doppelzahlungsrisiko" in erster Linie den Bauherrn trifft

- 8 - und die Nebenintervenientin nicht plausibel dartut, weshalb hier die Gesuchstelle- rin eine Verantwortung trifft (vgl. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 238 ff.; BSK ZGB-THURNHERR, 6. Aufl. 2019, Art. 839/840 N. 10 m.w.H.). Dass die Gesuchstellerin die massgeblichen Vergütungen bereits erhal- ten hätte, wird vorliegend – wie erwähnt – nicht behauptet. Angesichts der derzei- tigen Behauptungs- und Aktenlage sowie unter Berücksichtigung der Einwände der Nebenintervenientin sind zusammengefasst die Voraussetzungen der vor- sorglichen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts einstweilen glaubhaft ge- macht. Zu prüfen bleibt, ob eine (andere) hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB vorliegt.

- 9 - 4. Hinreichende Sicherheit (Art. 839 Abs. 3 ZGB) 4.1. Garantie Nr. ... vom 14. August 2020 [auszugsweise]:

- 10 -

- 11 - 4.2. Wesentliche Parteistandpunkte Zur Begründung der Rückweisung der angebotenen Garantie verweist die Ge- suchstellerin primär auf den ersten Absatz von Seite 1, wonach Bezug genommen wird auf ein vertragliches Verhältnis zwischen B._____ GmbH und A._____ AG sowie auf Ziff. 2i, 2ii und 2iii (Seite 2) sowie auf Ziff. 3ii (Seite 2) und Seite 3 (act. 34 S. 1 ff.). Die Gesuchstellerin führt aus, die Garantieerklärung der Bank unterscheide zwar zwischen Eintragungs- und Forderungsanspruch, verknüpfe aber beide Klageansprüche. Sie stellt sich weiter auf den Standpunkt, dass mut- masslich zwischen den vorliegenden Parteien kein direktes vertragliches Verhält- nis vorliegen dürfte, sodass sie nicht akzeptieren könne, dass in den Ziffern 2i, 2ii, 2iii ein Leistungsurteil bzw. Surrogat gegen die Gesuchsgegnerin vorausgesetzt werde (act. 34 S. 2). Ausserdem sei die Garantieerklärung in der Ausübung auf 120 Kalendertage ab Eintritt der Rechtskraft des Forderungsentscheides bzw. des Sicherungsentscheides befristet, was im Vergleich zu einem definitiv eingetragene- nen Pfandrecht inakzeptabel sei (act. 34 S. 3). Die Nebenintervenientin hält an ihrem Standpunkt fest, die Bankgarantie sei als hinreichende Sicherheit zu erachten. Auf den von der Gesuchstellerin monierten Punkt (wonach die Garantie Bezug nehme auf das Verhältnis Gesuchstellerin- Gesuchsgegnerin, obschon

zwischen ihnen kein vertragliches Verhältnis bestehe) komme es nicht an, weil mit dem in der Bankgarantie enthaltenen Versprechen eine antizipierte Eintrittsanzeige nach Art. 110 Ziff. 2 OR vorliege (act. 37 S. 2). Ausserdem nehme die Frist von 120 Kalendertagen lediglich die Regelung eines Gläubigerverzugs vorweg (act. 37 S. 2). 4.3. Rechtliches 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. Das Fehlen einer hinreichenden Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB stellt eine negative Anspruchsvoraussetzung dar (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl. 2018, N. 1742). Sofern der Un-

- 12 - ternehmer die Sicherheit nicht als genügend anerkennt, stellt das Gericht fest, ob die Sicherheit für die angemeldete Forderung hinreichend i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB ist (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1314). Dazu muss sie qualitativ und quantitativ die gleiche Sicherheit wie das Bauhandwerkerpfandrecht bieten (BGE 142 III 738 E. 4.4.2). 4.4. Würdigung Wie die Gesuchstellerin zu Recht einwendet, nimmt die zur Diskussion stehende Garantie (Seite 1, Absatz 1) massgeblich Bezug auf ein vertragliches Verhältnis zwischen Gesuchstellerin und Gesuchsgegnerin, welches indes nach der vorliegenden Aktenlage – sowie offenbar auch nach Ansicht der Parteien – gar nicht besteht. Eine damit verbundene Unsicherheit im Zusammenhang mit der Auslegung respektive Beanspruchung der Garantie liegt auf der Hand. Bereits aus diesem Grund entfällt die qualitative Gleichwertigkeit der Sicherheit im Vergleich zu einem entsprechenden Bauhandwerkerpfandrecht. Inwiefern diese Unsicherheit dadurch ausgeräumt werden soll, dass die Garantie eine "antizipierte Eintrittsanzeige nach Art. 110 Ziff. 2 OR" darstellen soll, ist nicht erkennbar. Zusammengefasst liegt keine hinreichende Sicherheit vor. Der zweite monierte Punkt zur Ausübung innert 120 Kalendertagen kann damit offen bleiben (vgl. hierzu BGE 142 III 738 E. 5 sowie Verfügung und Urteil des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE190060 vom 15. April 2019 E. 4.5.3. [S. 14]). 5. Fazit Die Gesuchstellerin hat ihren Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts glaubhaft gemacht, die Vorbringen der Nebenintervenientin vermögen daran nichts zu ändern. Die in diesem Zusammenhang eingereichte Garantie Nr. ... vom 14. August 2020 (act. 30) stellt in qualitativer Hinsicht keine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB dar; das Gesuch ist damit gutzuheissen. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D._____ ist als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 18. Mai 2020 zu bestätigen.

- 13 - 6. Prosequierung Sodann ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequenzfrist 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. 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 657'343.16 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf rund CHF 12'000.– festzusetzen ist. Über den Pfandanspruch 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 jedoch nicht prosequieren sollte, ist der Gesuchsgegnerin in Anwendung von § 4

- 14 - Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von rund CHF 13'000.– zuzusprechen. Das Einzelgericht erkennt: 1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D._____ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 18. Mai 2020 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 1, F._____-strasse 3 und 4, E._____, für eine Pfandsumme von CHF 657'343.16 nebst Zins zu 5 % seit 21. April 2020. 2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 30. November 2020 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 12'000.–. Allfällige weitere Kosten (insbesondere Rechnung des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten. 4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 2 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt. 5. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 2 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 13'000.– zu bezahlen.

- 15 - 6. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Garantie der J._____ AG Nr. ... vom 14. August 2020 über CHF 657'343.16 (act. 30) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Nebenintervenientin herauszugeben. 7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin und die Gesuchsgegnerin je unter Beilage eines Doppels von act. 37, sowie an das Grundbuchamt D._____. 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 657'343.16. Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 46 Abs. 2 BGG). Zürich, 28. September 2020 HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH Einzelgericht Der Gerichtsschreiber: Christian Markutt

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