

ZH_HANDELSGERICHT HE210099 vom 30. September 2021

Zh Handelsgericht, 2021-09-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE210099

FR: ZH_HANDELSGERICHT HE210099 du 30 septembre 2021

IT: ZH_HANDELSGERICHT HE210099 del 30 settembre 2021

Erwägungen

E. 9

Rz. 34 ff.; act. 25 Rz. 48). Schliesslich sei in der Liste "Anwesenheitsbericht Mitarbeiter" am 8. März 2021 weder die Gesuchstellerin noch eine G._____ AG aufgeführt worden (act. 9 Rz. 34 ff.; act. 11/3; act. 25 Rz. 48 f.). Die Gesuchstellerin entgegnet, dass es sich um ein Bauprojekt gehandelt habe, bei dem alte Bauten umgebaut und mit neuen Bauten ergänzt worden seien. Sämtliche Bauten bildeten daher eine funktionale Einheit. Zudem habe die Gesuchstellerin an diesem Bauprojekt gleichartige Arbeiten, nämlich den Einbau von Fenstern aus Holz/Metall (wobei es sich um dasselbe Fenstersystem handle), erbracht (act. 21 Rz. 48, Rz. 79 ff.). Bezüglich des Regierapports führt sie aus, er sei von I._____ (Projektleiter der Gesuchstellerin, der auf dem Rapport aufgeführt werde) unterzeichnet worden. Bei der G._____ AG handle es sich um eine Kurzfassung der G'._____ AG. Auch könne aus dem Umstand, dass der Regierapport erst drei Wochen später unterzeichnet worden sei, nicht geschlossen werden, dass dieser falsch sei. Betreffend die Anwesenheitsliste der Gesuchsgegnerin macht sie geltend, dass die Monteure durch das für die Zufahrt der Hebebühne geöffnete Tor auf die Baustelle gelangt seien und nicht über den normalen Personalausgang, weshalb es nicht verwunderlich sei, dass sie nicht erfasst worden seien (act. 21 Rz. 101 ff.). 4.5.2. Würdigung Die vertieften Ausführungen der Gesuchstellerin in ihrer Eingabe vom 25. August 2021 (act. 21) betreffend die fristauslösenden Arbeiten sind zulässig, da sie erst aufgrund der detaillierten Bestreitung der Gesuchsgegnerin erforderlich wurden und sich in den Grundzügen aus dem Gesuch der damals nicht anwaltlich vertretenen Gesuchstellerin, den Werkverträgen 4 und 5 sowie dem Regierapport erge-

- 14 - ben (vgl. Erwägung 3.4; act. 1; act. 2/7). Die von der Gesuchsgegnerin eingereichte Anwesenheitsliste (act. 11/3) stellt ihrerseits ein Novum dar, weshalb die Stellungnahme der Gesuchstellerin dazu zulässig ist. Für dieses Verfahren ist aufgrund der nachvollziehbaren Ausführungen der Gesuchstellerin von einem einheitlichen Bauprojekt, einer funktionalen Einheit der Bauten auf dem betreffenden Grundstück und von einer einheitlichen Leistungserbringung der Gesuchstellerin auszugehen (vgl. auch Erwägung 4.3). Durch die Einreichung des Regierapports ist rechtsgenügend glaubhaft gemacht, dass am 8. März 2021 fristauslösende Arbeiten ausgeführt worden sind. Die Ausführungen der Beklagten sind nicht geeignet, den unterzeichneten Regierapport als unwahr zu entkräften, da eine Delegation der Arbeiten an Subunternehmer gemäss Art.

E. 11

der Werkverträge 4 und 5 nicht absolut ausgeschlossen ist und die Gesuchstellerin eine plausible Erklärung dafür liefern konnte, weshalb sie bzw. die G._____ AG in der Liste "Anwesenheitsbericht Mitarbeiter" am 8. März 2021 nicht erfasst wurde. Angesichts des Arbeitsaufwandes ist glaubhaft, dass es sich bei den Arbeiten vom 8. März 2021 nicht bloss

um nebensächliche Vervollkommnungsarbeiten handelt, wobei es für das vorliegende Verfahren nicht von entscheidender Bedeutung ist, welche Art von Schutzgittern montiert wurden (vgl. Erwägung 4.3). Nachdem die superprovisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts am 1. Juli 2021 erfolgte (vgl. act. 6), ist die Eintragsfrist gewahrt. Den Ausführungen der Gesuchsgegnerin bezüglich der fehlenden Dringlichkeit (vgl. act. 9 Rz. 53 ff.; act. 25 Rz. 53) ist nicht zu folgen. Zwar ist die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts als vorsorgliche Massnahme zu qualifizieren, doch handelt es sich bei der Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB um eine Verwirkungsfrist, bei deren Nichtwahrung die Gesuchstellerin einen nicht wieder gutzumachenden Rechtsnachteil erleidet. Daraus ergibt sich zugleich die zeitliche Dringlichkeit (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage, 2011, Rz. 546).

- 15 - 4.5.3. Fazit Die Wahrung der Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB ist glaubhaft gemacht. 4.6. Keine anderweitige hinreichende Sicherheit (Art. 839 Abs. 3 ZGB) 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. 2017, Rz. 1742). Sofern der Unternehmer 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, a.a.O., Rz. 1314). Dazu muss sie sowohl qualitativ als auch quantitativ die gleiche Sicherheit bieten wie das Bauhandwerkerpfandrecht (BGE 142 III 738 E. 4.4.2). Bei der Prüfung durch das Gericht gilt das Rügeprinzip. Der Handwerker oder Unternehmer hat seine Einwendungen substantiiert darzulegen (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., Rz. 1314). 4.6.1. Wesentliche Parteistandpunkte Die Gesuchstellerin ist der Ansicht, die von der Nebenintervenientin eingereichte Bankgarantie (Zahlungsgarantie) Nr. 3 vom 15. Juli 2021 über den Betrag von CHF 772'757.32 (act. 14) sei in qualitativer Hinsicht ungenügend, da sie in Ziff. 3 Abs. 1 eine relative Befristung per 31. Mai 2022 vorsehe, welche die Gesuchstellerin zu einer verfrühten Forderungsklage zwingt, was unüblich sowie rechtsmissbräuchlich sei und zu einer Verschlechterung der Position der Gesuchstellerin führen würde (act. 21 Rz. 16 ff.). Sodann sehe sie in Ziff. 4 lediglich die einmalige Inanspruchnahme vor, was insbesondere die Möglichkeit einer Teilklage – welche aufgrund der Eigenheiten des Zwangsverwertungsverfahrens bei Bau-

- 16 - handwerkerpfandrechten möglich sei – verunmögliche und daher die Position der Gesuchstellerin ebenfalls verschlechtere (act. 21 Rz. 19 ff.). Die Gesuchsgegnerin verzichtet auf eine Stellungnahme zur Bankgarantie (act. 25 Rz. 14). Die Nebenintervenientin hält daran fest, dass die Bankgarantie vom

E. 15

Juli 2021 aus ihrer Sicht eine hinreichende Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB darstellt. Nur eventualiter – sollte das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen, dass die Einwände der Gesuchstellerin begründet sind und die Bankgarantie die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllt – wird eine angepasste Bankgarantie vom 9. September 2021 ins Recht gereicht (act. 26; act. 27). Zu dieser neuen Garantie lässt sich die Gesuchstellerin nicht mehr verlauten (act. 31 Rz. 1). 4.6.2. Würdigung In Ziff. 3 Abs. 1 der Garantie vom

15. Juli 2021 wird vorgesehen, dass die Garantie am 31. Mai 2022 erlischt, sofern nicht eine schriftliche Bestätigung eingereicht wird, dass im Grundgeschäft eine Klage vor einem staatlichen Gericht (die Gesuchseinreichung bei der Schlichtungsbehörde genügt nicht) gegen die Nebenintervenientin eingereicht wurde und sich diese nicht in einem Konkurs oder Nachlassverfahren befindet (act. 14). Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung darf die provisorische Sicherheitsleistung nicht an die auflösende Bedingung geknüpft werden, dass der Unternehmer eine Forderungsklage einreichen muss, bevor die definitive Sicherheit bestellt worden ist (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N 1301; Urteil HG/ZH HE140512-O vom 26. Mai 2015 E. 3.3.1). Genau dazu könnte die Gesuchstellerin jedoch mit der vorliegenden relativen Befristung gezwungen werden. Entsprechend ist die Garantie bereits diesbezüglich als nicht hinreichend zu qualifizieren. Zudem wird in Ziff. 4 der Garantie vorgesehen, dass diese nur einmal in Anspruch genommen werden kann. Diese Beschränkung führt ebenfalls zu einer Verschlechterung für den Unternehmer, da ihm die Einleitung einer Teilklage verunmöglicht wird, welche im Rahmen der Betreuung auf Pfandverwertung allenfalls sinnvoll wäre (vgl. Art. 126 SchKG, Art. 102 i.V.m. Art. 54 Abs. 2 VZG, Art. 135 Abs. 2 SchKG etc.; Urteil HG/ZH HE140512-O vom 26. Mai 2015 E. 3.2.3). Entsprechend ist die Bankga-

- 17 - rantie vom 15. Juli 2021 nicht als hinreichende Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB zu qualifizieren. Die angepasste Garantie vom 9. September 2021 ist auf die gerügten Punkte eingegangen und hat diese angepasst. Der gerügte Abs. 1 von Ziff. 3 wurde in der angepassten Garantie ersatzlos gestrichen. Sodann sieht Ziff. 4 der Garantie neu vor, dass sie mehrmals in Anspruch genommen werden kann, wobei sie automatisch und vollumfänglich verfällt, sobald der Zahlungsbetrag geleistet wurde (act. 27). Damit ist die angepasste Bankgarantie vom 9. September 2021 als hinreichende Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB zu qualifizieren. Die Voraussetzungen zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sind somit nicht erfüllt und das mit Verfügung vom 30. Juni 2021 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht (act. 3) ist – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – zu löschen. Das Grundbuchamt D._____ ist entsprechend anzuweisen. 4.7. Gesamtfazit Die Gesuchstellerin hat ihren Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts glaubhaft gemacht. Die in diesem Zusammenhang eingereichte Bankgarantie der F._____ AG Nr. 3 vom 15. Juli 2021 (act. 14) stellt in qualitativer Hinsicht keine hinreichende Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB dar. Demgegenüber ist die angepasste Bankgarantie vom 9. September 2021 als hinreichende Sicherheit zu qualifizieren. Das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht ist zu löschen und das Grundbuchamt D._____ entsprechend anzuweisen. 4.8. Prosequierung und Herausgabe der provisorischen Sicherheit Ist die Eintragung im Grundbuch aufgrund eines Massnahmeverfahrens erst vorläufig erfolgt, besteht die Möglichkeit, dass die Sicherheit unter denselben Bedingungen wie die vorsorgliche Eintragung ebenfalls nur vorläufig geleistet wird. Diesfalls erfolgt die Prosequierung durch Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit. Im vorliegenden Fall leistet die Nebenintervenientin die Sicherheit nur zur Ablösung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts als proviso-

- 18 - rische Sicherheit (act. 12 S. 2 Ziff. 4; act. 26). An diesen Antrag ist das Gericht gebunden (Art. 58 Abs. 1 ZPO). 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

ihrer eigenen Verantwortung. 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 Gesuchs (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. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich ist anzuweisen, das Original der angepassten Bankgarantie Nr. 3 vom 9. September 2021 der F._____ AG – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Gesuchstellerin herauszugeben. Der Antrag Ziff. 6 der Nebenintervenientin, wonach die Garantie bis zum rechtskräftigen Entscheid über den Anspruch der Gesuchstellerin auf definitive Inanspruchnahme bei der Gerichtskasse zu verwahren sei (act. 12 S. 2), ist abzuweisen. Eine Sicherheit ist tatsächlich zu leisten (SCHUMACHER, a.a.O., Rz. 1237). Dazu gehört bei einer Bankgarantie letztlich auch die Herausgabe der Garantie an die Gesuchstellerin. Die Gesuchstellerin kann die Garantie zudem auch bei Vorliegen eines Vergleichs in Anspruch nehmen (vgl. act. 27 Ziff. 3 Abs. 2b) und bedarf hierzu nicht zwingend eines rechtskräftigen gerichtlichen Entscheides. Damit rechtfertigen auch die in der Bankgarantie erklärten Bedingungen, unter welchen sie in Anspruch genommen werden kann, keine Verwahrung der Garantie bei der Gerichtskasse. Demgegenüber ist die Obergerichtskasse anzuweisen, das Original der Bankgarantie Nr. 3 vom 15. Juli 2021 der F._____ AG (act. 14) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Nebenintervenientin zurückzugeben.

- 19 - 5. 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 772'757.32 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 26'200.– festzusetzen ist. Über den Pfandanspruch der Gesuchstellerin bzw. den Anspruch der Gesuchstellerin auf Bestellung der Sicherheit 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 bzw. Bestellung der Sicherheit 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 Abs. 1 und Abs. 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von CHF 28'000.– zuzusprechen. Die nicht berufsmässig vertretene Nebenintervenientin beantragt gestützt auf Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO eine Umtriebsentschädigung (act. 12 Rz. 16). In der Stellung der Nebenintervenientin als streitberufene Partei ist diese nicht Hauptpartei und erhält entsprechend auch keine Umtriebsentschädigung zugesprochen. Die Nebenintervenientin wahrt Interessen, die sich aus ihrem Rechtsverhältnis zur Gesuchsgegnerin und nicht zur Gesuchstellerin ergeben. Die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung wäre nur (ausnahmsweise) im Einzelfall und

aus Billigkeitsgründen gerechtfertigt (BGE 130 III 571 E. 6; GRABER, in: BSK ZPO, a.a.O., Art. 77 N 3). Die Nebenintervenientin macht einzig geltend, das Verfahren durch

- 20 - den internen Rechtsdienst zu führen, legt jedoch keine Gründe dar, die eine Umtriebsentschädigung aus Billigkeitsgründen rechtfertigen würden (act. 12 Rz. 16). Es sind auch keine solchen ersichtlich, weshalb ihr keine Parteientschädigung im Sinne einer Umtriebsentschädigung zuzusprechen ist. Das Einzelgericht erkennt: 1. Es wird festgestellt, dass die Nebenintervenientin mit der angepassten Bankgarantie Nr. 3 vom 9. September 2021 der F._____ AG für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit geleistet hat. 2. Das Grundbuchamt D._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 30. Juni 2021 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – vollumfänglich zu löschen auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 1, H._____ ..., ... Zürich, für eine Pfandsumme von CHF 772'757.32 nebst Zins. 3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die angepasste Bankgarantie Nr. 3 vom 9. September 2021 der F._____ AG (act. 27) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Gesuchstellerin herauszugeben. 4. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Bankgarantie Nr. 3 vom 15. Juli 2021 der F._____ AG (act. 14) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – der Nebenintervenientin zurückzugeben. 5. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 3 Dezember 2021 angesetzt, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit anzuheben, unter der Androhung, dass sonst Verzicht auf die Sicherstellung

- 21 - angenommen wird und die Nebenintervenientin die Herausgabe der Sicherheit von der Gesuchstellerin verlangen kann. 6. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 26'200.–. Die weiteren Kosten betragen: CHF 305.– (Rechnung Nr. 6 des Grundbuchamtes D._____ vom 1. Juli 2021). 7. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 6 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 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 Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 28'000.– zu bezahlen. Der Nebenintervenientin wird keine Parteientschädigung zugesprochen. 9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Nebenintervenientin, an die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientin je unter Beilage eines Doppels von act. 31, sowie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt D._____ 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 772'757.32. Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 46 Abs. 2 BGG).

- 22 - Zürich, 30. September 2021 HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht Die Gerichtsschreiberin: Zoë Biedermann

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