

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE170085-O

U/dz

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, sowie der  
Gerichtsschreiber Roman Kariya

## Urteil vom 18. Mai 2017

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ AG,**

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

**B. \_\_\_\_\_ Anlagestiftung,**

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

sowie

1. **C. \_\_\_\_\_ AG,**

2. **D. \_\_\_\_\_ AG,**

Nebenintervenientinnen

2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. \_\_\_\_\_,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Gesuch:**  
(act. 1 S. 2)

1. Das Grundbuchamt E. \_\_\_\_\_ sei im Sinne von Art. 961 ZGB richterlich anzuweisen, im Grundbuch zugunsten der Klägerin auf dem Grundstück der Beklagten F. \_\_\_\_\_ Nr. ... ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsumme von insgesamt CHF 240'000.00, zuzüglich Zins zu 5% für den Betrag von CHF 48'000.00 seit dem 06.11.2016, für den Betrag von CHF 32'000.00 seit dem 14.02.2017 und für den Betrag von CHF 160'000.00 ab dem 15.06.2017, sofort vorläufig einzutragen.
2. In einer superprovisorischen Verfügung sei das Grundbuchamt E. \_\_\_\_\_ anzuweisen, das gemäss Ziff. 1 hiervoor beantragte Bauhandwerkerpfandrecht **sofort** ohne Anhörung der Gegenpartei vorläufig im Grundbuch vorzumerken.
3. Der Klägerin sei eine angemessene Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Ziff. 1 hiervoor zu Lasten des Grundstücks der Beklagten einzureichen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

1. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin ersuchte mit ihrer Eingabe vom 20. März 2017 (Datum Poststempel) samt Beilagen (act. 1; act. 3/2-11) um (vorerst) superprovisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem betreffenden Grundstück der Gesuchsgegnerin. Dem Gesuch wurde mit Verfügung vom 21. März 2017 einstweilen und ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen, und das zuständige Grundbuchamt E. \_\_\_\_\_ wurde angewiesen, das entsprechende Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist bis zum 11. April 2017 angesetzt, um zum Gesuch Stellung zu nehmen (act. 4). Die beiden Nebenintervenientinnen 1 und 2 sind in der Folge dem Prozess beigetreten bzw. zugelassen worden (act. 7-13; act. 20-22; act. 24). Mit ihrer Eingabe vom 6. April 2017 (Datum Poststempel) verzichtete die Gesuchsgegnerin im vorliegenden summarischen Verfahren auf eine Stellungnahme (act. 7).

Die beiden Stellungnahmen der Nebenintervenientinnen 1 und 2 vom 10. April 2017 bzw. vom 20. April 2017 sind rechtzeitig eingegangen (act. 13 und act. 14/1-4; act. 18 und act. 19/1-10). Da die Nebenintervenientin 1 in ihrem Eventualantrag eine Zahlungsgarantie stellte, wurde der Gesuchstellerin hierzu mit Verfügung vom 11. April 2017 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben (act. 15). In ihrer Eingabe vom 21. April 2017 führte die Gesuchstellerin aus, dass sie die Zahlungsgarantie der UBS Nr. 1 vom 6. April 2017 (act. 14/4) nicht als hinreichende Sicherheit erachte (act. 20). In der Folge reichte die Nebenintervenientin 1 mit ihrer Eingabe vom 2. Mai 2017 (act. 27) eine (angepasste) Zahlungsgarantie der UBS Nr. 1 vom 2. Mai 2017 (act. 28) ein, welche die Gesuchstellerin als hinreichende Sicherheit anerkannt hat (act. 32).

## 2. Voraussetzungen zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

### 2.1. Rechtliche Grundlagen

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts 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 Vollerfüllung der Arbeiten zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB).

Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, so muss die Gesuchstellerin ihr Gesuch 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. Im Zweifelsfalle ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechts dem ordentlichen Verfahren vorzubehalten. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer

Rechtslage (BGE 86 I 270; BGE 102 Ia 86; BGE 112 Ib 484; ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 101[1982] II Halbband S. 158, ZR 79 Nr. 80 Erw. 1; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N. 1394 ff.).

## 2.2. Wesentliche Parteivorbringen

2.2.1. Die Gesuchsgegnerin verzichtete mit ihrer Eingabe vom 6. April 2017 auf eine Stellungnahme (act. 7).

2.2.2. Die Nebenintervenientin 1 führt in ihrer Stellungnahme im Wesentlichen aus, dass die Gesuchstellerin ihre Forderung gegen die D.\_\_\_\_\_ AG betreffend die Baustelle G.\_\_\_\_\_ an die H.\_\_\_\_\_ AG abgetreten habe. Entsprechend fehle es der Gesuchstellerin an der Aktivlegitimation. Im Weiteren bestreitet sie mit Nichtwissen die Wahrung der Viermonatsfrist sowie die offene Vergütungsforderung von total CHF 240'000.– (act. 13 S. 4 f. Rz. 7 ff.).

2.2.3. Die Nebenintervenientin 2 moniert in ihrer Stellungnahme ebenfalls die fehlende Aktivlegitimation der Gesuchstellerin. Sodann führt sie im Wesentlichen aus, dass die Gesuchstellerin keinen Anspruch darauf habe, nach Aufwand bezahlt zu werden. Soweit die Gesuchstellerin mehr geleistet habe, als im Pauschal-Werkvertrag vereinbart worden sei, so seien diese Mehrleistungen in Regie erbracht worden. Die Regie-Leistungen seien im Umfang von CHF 22'631.40 (inkl. MwSt.) anerkannt und im Betrag von CHF 20'552.40 auch bezahlt worden. Im Maximum seien daher lediglich noch Werklohn-Ansprüche der Gesuchstellerin im Betrag von CHF 82'079.– inkl. MwSt. (CHF 80'000.– gemäss Pauschal-Werkvertrag + CHF 2'079.– für Regie-Leistungen) offen. Für weitergehende Ansprüche der Gesuchstellerin fehle eine vertragliche Grundlage.

Im Weiteren hält die Nebenintervenientin 2 die Pfandrechtsanmeldung für verspätet. Denn ein erster Abnahmetermin sei auf den 17. November 2016 festgelegt worden. Da die Gesuchstellerin nicht erschienen sei, sei ein neuer Ersatztermin am 24. November 2016 fixiert worden. Die Arbeiten würden daher seit dem

17. November 2016 als vollendet geltend, weshalb die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts am 21. März 2017 verspätet erfolgt sei.

Alsdann sei die Nebenintervenientin 2 auch nicht zur Zahlung verpflichtet, da sie aufgrund von massiven Mängeln zur Zurückhaltung des Werklohnes berechtigt sei (act. 18 S. 2 ff. Rz. 2 ff.).

2.2.4. Die Gesuchstellerin führt in ihrer Eingabe vom 21. April 2017 aus, dass ihr von der H.\_\_\_\_\_ AG die entsprechende Werklohnforderung gegen die Nebenintervenientin 2 rückziediert worden sei. Entsprechend sei die Gesuchstellerin aktivlegitimiert (act. 20 S. 2 Rz. 1).

### 2.3. Würdigung

2.3.1. Nachdem die entsprechende Werklohnforderung von der H.\_\_\_\_\_ AG an die Gesuchstellerin (rück-)ziediert wurde (act. 20 S. 2 Rz. 1; act. 21), erscheint glaubhaft, dass die Gesuchstellerin auch zur Eintragung des entsprechenden Bauhandwerkerpfandrechts berechtigt ist.

2.3.2. Da an die Glaubhaftmachung – wie erwähnt – keine strengen Anforderungen gestellt werden, verfangen die pauschalen Vorbringen der Nebenintervenientin 1, wonach mit Nichtwissen bestritten werde, dass die Viermonatsfrist eingehalten sei und die Vergütungsforderung von total CHF 240'000.– bestehe, nicht. Vielmehr wäre es an der Nebenintervenientin 1 gewesen, diesbezüglich entsprechende Nachweise zu erbringen, so dass ein Pfandanspruch geradezu als ausgeschlossen erachtet werden müsste.

2.3.3. Auch die Einwendungen der Nebenintervenientin 2 vermögen – im Lichte der zitierten Lehre und Rechtsprechung – die Vorbringen der Gesuchstellerin nicht derart in Zweifel zu ziehen, dass die geltend gemachte Forderung als höchst unwahrscheinlich zu bezeichnen wäre. Es kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass die Gesuchstellerin dazu berechtigt war, nach Aufwand abzurechnen, ist doch auch der Werkvertragsinhalt bestritten und unklar. Eine offene Vergütungsforderung in der geltend gemachten Höhe von CHF 240'000.– erscheint daher gerade noch als glaubhaft. Ob die Nebenintervenientin 2 wegen

angeblichen massiven Mängeln zur Zurückhaltung des Werklohnes berechtigt gewesen ist oder nicht, wird Gegenstand des ordentlichen Verfahrens sein.

Auch der weitere Einwand der verspäteten Pfandrechtsanmeldung verfängt – im vorliegenden summarischen Verfahren – nicht. Es ist nämlich durchaus denkbar, dass die letzten Arbeiten – wie die Gesuchstellerin vorbringt – erst am 24. November 2016 geleistet wurden. Jedenfalls können die letzten Arbeiten nicht mit dem Abnahmetermin am 17. November 2016 gleichgesetzt werden, geht doch aus der E-Mail vom 18. November 2016 (act. 19/5) hervor, dass die Arbeiten zu jenem Zeitpunkt noch gar nicht fertiggestellt waren.

2.3.4. Es ist daher (gerade noch) glaubhaft gemacht worden, dass die Gesuchstellerin für die eingetragene Pfandsumme auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB Material und Arbeit geliefert bzw. geleistet hat, ihr ein Betrag in der Höhe der eingetragenen Pfandsumme zusteht, die Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB mit der vorläufigen Eintragung gewahrt wurde und der Zins von 5 % ab den jeweils geltend gemachten Daten geschuldet ist (act. 1 S. 4 ff. Rz. 4 ff.; act. 3/2-11).

## 2.4. Fazit

Demnach sind die Voraussetzungen zur *vorläufigen* Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im mit Verfügung vom 21. März 2017 verfügten Umfang (act. 4) gegeben.

## 3. Leistung einer hinreichenden Sicherheit

3.1. Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB kann die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht verlangt werden, wenn die Eigentümerin oder eine Dritte für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet. Ein bereits eingetragenes Pfandrecht ist in diesem Fall zu löschen. Sofern die Unternehmerin 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, a.a.O., N. 1314 f.).

3.2. In ihrer Eingabe vom 2. Mai 2017 (act. 27) hat die Gesuchstellerin die von der Nebenintervenientin 1 eingereichte (angepasste) Zahlungsgarantie der UBS Nr. 1 vom 2. Mai 2017 (act. 28) ausdrücklich als hinreichende Sicherheit anerkannt (act. 32 S. 3 Rz. 1 f.).

3.3. Entsprechend ist die Löschung des mit Verfügung vom 21. März 2017 vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts anzuordnen. Demgemäss ist das Grundbuchamt E.\_\_\_\_\_ anzuweisen, das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – zu löschen.

Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – das Original der Zahlungsgarantie der UBS Nr. 1 vom 6. April 2017 (act. 14/4) an die Nebenintervenientin 1 und das Original der Zahlungsgarantie UBS Nr. 1 vom 2. Mai 2017 (act. 28) an die Gesuchstellerin zurück- bzw. herauszugeben.

#### 4. 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 Nebenintervenientin 1 die Sicherheit 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, liegt in ihrer eigenen Verantwortung.

#### 5. Prosequierungsfrist

Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, wobei allfällige Gerichtsferien bei der Fristansetzung berücksichtigt werden. 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

6.1. 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). Ausgehend von einem Streitwert von CHF 240'000.– ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 10'800.– festzusetzen.

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.

6.2. Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorzubehalten. Versäumt es die Gesuchstellerin, ihren Anspruch innert Frist zu prosequieren, gilt was folgt:

Der Gesuchstellerin ist diesfalls keine Parteientschädigung zuzusprechen. Gleiches gilt auch betreffend die Gesuchsgegnerin, sind hierfür doch die Voraussetzungen gemäss § 11 AnwGebV nicht gegeben.

Für die Nebenintervenientin 1 fiele eine Parteientschädigung (angemessene Umtriebsentschädigung) höchstens in begründeten Fällen in Betracht (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO). Da eine entsprechende Entschädigung in erster Linie aber nur zur Ausgleichung von Verdienstaufschlägen einer selbstständig erwerbenden Person zur Verfügung stünde (vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006 7221, 7293), was vorliegend je-

doch nicht der Fall ist, und die Nebenintervenientin 1 ohnehin auch ihre Aufwendungen nicht dargelegt hat, ist ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Der Nebenintervenientin 2 ist diesfalls hingegen – in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 und 11 AnwGebV OG – unter Berücksichtigung ihrer eher kürzeren Stellungnahme – eine Parteientschädigung von CHF 4'500.– zuzusprechen.

### Das Einzelgericht erkennt:

1. Es wird festgestellt, dass die Nebenintervenientin 1 mit der Zahlungsgarantie der UBS Nr. 1 vom 2. Mai 2017 eine hinreichende Sicherheit für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung geleistet hat.
2. Das Grundbuchamt E.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 21. März 2017 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – vollumfänglich zu *löschen*:  
auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ...,  
... [Adresse],  
für eine Pfandsumme von CHF 240'000.– nebst Zins zu 5 %
  - auf CHF 48'000.– seit 6. November 2016
  - auf CHF 32'000.– seit 14. Februar 2017
  - auf CHF 160'000.– seit 15. Juni 2017.
3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist –
  - das Original der Zahlungsgarantie der UBS Nr. 1 vom 6. April 2017 (act. 14/4) an die **Nebenintervenientin 1**  
und
  - das Original der Zahlungsgarantie der UBS Nr. 1 vom 2. Mai 2017 (act. 28) an die **Gesuchstellerin**  
zurück- bzw. herauszugeben.

4. Der Gesuchstellerin wird – auch unter Berücksichtigung allfälliger Gerichtsferien – eine Frist bis 22. August 2017 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 Herausgabe der Sicherheit verlangt werden kann.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 10'800.–.  
Allfällige weitere Kosten (insbesondere Rechnung des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten werden von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren gemäss Dispositiv-Ziffer 4. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 4 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.
7. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin die ihr in Dispositiv-Ziffer 4 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, ist weder der Gesuchstellerin noch der Gesuchsgegnerin noch der Nebenintervenientin 1 eine Parteientschädigung zuzusprechen.  
Hingegen wird die Gesuchstellerin diesfalls verpflichtet, der Nebenintervenientin 2 eine Parteientschädigung von CHF 4'500.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin sowie die Nebenintervenientinnen 1 und 2 je unter Beilage eines Doppels von act. 32, und – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – sowohl an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich zur Veranlassung gemäss Dispositiv-Ziffer 3 als auch an das Grundbuchamt E.\_\_\_\_\_.
9. 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 240'000.–.

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

Zürich, 18. Mai 2017

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Roman Kariya