

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE130107-O

U/mb

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vizepräsident, sowie  
der Gerichtsschreiber Dr. Matthias Nänni

## Urteil vom 17. Juni 2013

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG**, (vormals A1.\_\_\_\_\_ AG),  
Klägerin

vertreten durch Fürsprecher X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG**,  
Beklagte

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

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt C. \_\_\_\_\_ sei richterlich anzuweisen, zu Gunsten der Gesuchstellerin an folgenden Stockwerk(mit)eigentumsanteilen (der Liegenschaft D. \_\_\_\_\_, Grundbuch Blatt ..., Kataster Nr. ..., E. \_\_\_\_\_, F. \_\_\_\_\_-Strasse ... und ...) Bauhandwerkerpfandrechte mit nachstehend aufgeführten Pfandsummen provisorisch einzutragen:
  - Grundbuch Blatt 1: Fr. 14'144.96,
  - Grundbuch Blatt 2: Fr. 10'868.44,
  - Grundbuch Blatt 3: Fr. 11'667.59,
  - Grundbuch Blatt 4: Fr. 14'624.45,
  - Grundbuch Blatt 5: Fr. 11'028.27,
  - Grundbuch Blatt 6: Fr. 11'747.51 und
  - Grundbuch Blatt 7 bis 8: je Fr. 530.45.
2. Alle Pfandsummen seien zuzüglich Zins zu 5 % seit 25. Januar 2013 einzutragen.
3. Das Grundbuchamt C. \_\_\_\_\_ sei durch Anordnung einer superprovisorischen Massnahme sofort anzuweisen, das beantragte Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig vorzumerken.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchgegnerin."

**Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

1.

Die Klägerin machte das Gesuch am 9. April 2013 (überbracht) am hiesigen Gericht hängig (act. 1). Das Einzelgericht zog die Akten der von der Beklagten bereits am 15. März 2013 eingereichten Schutzschrift (act. 4/1, 4/3/2-7) bei und liess den Pfandanspruch der Klägerin mit Verfügung vom 9. April 2013 einstweilen ohne Stellungnahme der Gegenseite im Grundbuch vormerken (Prot. S. 3-4). Mit Eingabe vom 30. April 2013 (act. 12) nahm die Beklagte zum Gesuch Stellung und kündigte an, sie werde dem Gericht zuhanden der Klägerin in den nächsten Tagen gleichwertige Sicherheiten (act. 19) einreichen. Dies geschah mit

Eingabe vom 14. Mai 2013 (act. 14). Die Klägerin nahm hierzu innert Frist mit Eingabe vom 11. Juni 2013 Stellung (act. 21).

2.

Die Beklagte beantragt sinngemäss, dass Begehren der Klägerin sei abzuweisen und die vorgemerkten Pfandrechte seien zu löschen (act. 12 Rz. 1). Nach ihrer Ansicht fehlen bereits die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Eintragung eines Pfandrechtes. Zudem ist sie der Ansicht, die zuhanden der Klägerin eingereichten Bankgarantien stellten hinreichende Sicherheiten dar. Dies ist im Folgenden zu prüfen, wobei zunächst der Pfandanspruch und danach - allenfalls, wenn ein Pfandanspruch grundsätzlich besteht - die Sicherheit zu thematisieren sein wird.

3.

3.1. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes für Forderungen von Handwerkern und Unternehmern, die zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen auf einem Grundstück 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 (siehe BGE 92 II 227; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N 869 ff.). Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu geschehen (Art. 839 Abs. 2 ZGB).

3.2. Für die vorläufige Eintragung des Pfandrechtes muss die Klägerin ihr Begehren bloss 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. Im Zweifelsfalle ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechtes dem

ordentlichen Gericht vorzubehalten. Dies gilt namentlich bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 86 I 270; BGE 102 Ia 86; BGE 112 Ib 484; ZR 79 Nr. 80 Erw. 1; Schumacher, a.a.O., N 1394 ff.).

3.3. Kein Anspruch auf Eintragung eines Pfandrechtes besteht, wenn der Eigentümer oder ein Dritter für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet (Art. 839 Abs. 3 ZGB). Wurde das Bauhandwerkerpfandrecht bereits vorläufig im Grundbuch eingetragen, ordnet das Gericht dessen Löschung an, sofern und sobald die geleistete Sicherheit von ihm oder vom Unternehmer als hinreichend anerkannt worden ist. Sofern der Unternehmer die Sicherheit nicht ausdrücklich 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.). Die Sicherheit gilt dann als hinreichend, wenn sie dem Bauhandwerkerpfandrecht in vollem Umfang gleichwertig ist, namentlich wenn sie für die Pfandsumme und für allfällige Verzugszinsen volle Deckung leistet.

4.

4.1. Es ist unbestritten, dass zwischen der Klägerin und der G.\_\_\_\_\_ AG ein Werkvertrag vom 29. Juni/12. Juli 2012 mit einer Auftragssumme von CHF 200'000 inkl. MWSt. abgeschlossen wurde, der die Herstellung, Lieferung und Montage von Fenstern in Holz-Alluminium (BKP 221.1) betrifft (act. 1 Rz. 5, vgl. act. 3/5), und dass die Klägerin in der Folge derartige Arbeiten auf den Grundstücken der Beklagten ausführte. Unbestritten ist weiter, dass zwischen denselben Parteien aufgrund der Nachtragsofferte vom 22. Januar 2013 (act. 3/6) zu demselben BKP ein Nachtrag zum Werkvertrag vom 1. Februar 2013 (act. 3/7) mit einer Auftragssumme von CHF 11'924.80 inkl. MWSt. abgeschlossen wurde (act. 1 Rz. 5). Unbestritten ist auch, dass weitere Nachtragsbestellungen erfolgten, die nicht in schriftliche Nachträge mündeten (act. 1 Rz. 6). Über deren Art und Umfang gibt die von der Klägerin eingereichte Aufstellung Aufschluss (vgl. act. 3/8). Weiter ist unbestritten, dass Angestellte der Klägerin am 10. Dezember 2012 24 Fenster einglasten und am 11. Dezember 2012 die Wetterschenkelschienen an den Schiebetürenfenstern anbrachten (act. 1 Rz. 9).

4.2. Die Beklagte bringt vor, der Umfang der Forderung sei nicht substantiiert (act. 12 Rz. 2). Im Übrigen hält sie an der mit der Schutzschrift dargelegten Begründung fest. Dort liess sie ausführen, die Klägerin mache für Nachtragsbestellungen anstelle von CHF 11'924.80 inkl. MWSt. den Betrag von CHF 78'074.34 exkl. MWSt. geltend, was nicht glaubhaft sei (act. 4/1 Rz. 3).

4.2.1. Dieser Einwand vermag die Darstellung der Klägerin zur Höhe der Forderung nicht als unglaubhaft auszuweisen. Die Klägerin legte im Gesuch Schritt für Schritt dar, wie sich die Forderung berechnet. Den zusätzlichen Werklohn, den sie für die Nachträge verlangt, bezifferte sie im vorliegenden Verfahren mit CHF 67'256.62 exkl. MWSt. (act. 1 Rz. 14). Dieser Betrag ergibt sich schlüssig aus der ebenfalls vorgelegten Aufstellung (act. 3/8). Hierzu äusserte sich die Beklagte nicht. Die wesentlichen Mehrkosten sind zum einen mit dem Werklohn für den unbestrittenen Nachtrag (CHF 11'707.50 exkl. MWSt.) zum anderen mit Nachforderungen für Mehrausmasse gegenüber dem Werkvertrag (Rahmenverbreiterungen CHF 14'469; Fensterausmass CHF 32'895.77) begründet. Die Mehrausmasse sind anhand einer dreiseitigen Tabelle dargestellt (act. 3/8) und insofern hinreichend glaubhaft gemacht. Auch hierzu äusserte sich die Beklagte nicht. Zudem führt die Klägerin einen Betrag von CHF 1'851.85 exkl. MWSt. an. Diesen Betrag begründet sie mit geschätzten Kosten für das Anbringen von Kittfugen unter den Wetterschenkeln, was noch nicht erfolgt sei. Da ein Pfandrecht auch für geschuldete, aber noch nicht erbrachte Arbeiten eingetragen werden kann und da sich die Beklagte hierzu nicht äussert, ist auch dieser Posten glaubhaft gemacht.

4.2.2. Von der gesamten Werklohnforderung von CHF 254'293.67 zieht die Klägerin geleistete Akontozahlungen in der Höhe von insgesamt CHF 180'298.11 ab, was zuzüglich MWSt. in der Höhe von 8% zur Pfandsumme von insgesamt CHF 79'915.20 führt (act. 1 Rz. 14). Bezüglich Akontozahlungen bringt die Beklagte mit der Schutzschrift vor, die Klägerin habe bereits mit Schreiben vom 27. Februar 2013 (act. 4/3/2) Akontozahlungen im Umfang von CHF 187'166.40 anerkannt. Dieser Einwand vermag die Glaubhaftigkeit der klägerischen Vorbringen indessen nicht zu erschüttern, weil sich weder das Schreiben vom

27. Februar 2013 noch die beklagtische Schutzschrift mit der Frage auseinandersetzen, ob die Mehrwertsteuer in diesen Zahlungen inbegriffen war. Die Mehrwertsteuer dürfte in den im Schreiben vom 27. Februar 2013 aufgeführten Zahlungen zum Teil berücksichtigt gewesen sein: CHF 92'721.96 entspricht rund 108% der von der Klägerin im Gesuch aufgeführten Akontozahlung von CHF 85'853.66. Dies erklärt die Differenz der beiden Darstellungen. Demgegenüber berechnet die Klägerin im Gesuch ihren Restanspruch zunächst ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer, weshalb die auf den Akontozahlungen bezahlte Steuer hier nicht zu berücksichtigen ist. Der Zinsanspruch ist nicht bestritten.

4.2.3. Damit erscheint die Pfandsumme von insgesamt CHF 79'915.20 zuzüglich Zins zu 5% seit 25.01.2013 als glaubhaft geschuldet.

4.3. Die Beklagte bringt weiter vor, die Beklagte befinde sich seit mehreren Monaten in Verzug und habe weniger Material geliefert und Arbeit geleistet als ursprünglich vereinbart (act. 4/1 Rz. 5). Dieser Einwand ist zu wenig konkret, da sich anhand dieser Angaben ein Einschlag auf den Worklohn nicht berechnen liesse, was im Übrigen im summarischen Verfahren um provisorische Eintragung auch nur ausnahmsweise angezeigt wäre (vgl. Schumacher, a.a.O., N 470).

4.4. Der Eventualantrag der Beklagten, ein Eintragungsanspruch sei im Mehrbetrag von CHF 24'758.40 abzuweisen (act. 4/1 Antrag Ziffer 2), ist nicht begründet. Er vermag die schlüssige und soweit glaubhafte Darstellung der Gegenseite nicht zu erschüttern.

4.5. Die Klägerin teilt den Gesamtbetrag der Forderung anteilmässig auf die Stockwerkeigentumsanteile (Quote) der überbauten Liegenschaft auf, wogegen die Beklagte ebenfalls nichts einwendet.

4.6. Nach dem Gesagten ist ein Anspruch auf Errichtung der Pfandrechte im verlangten Umfang glaubhaft, soweit für die Forderung nicht eine hinreichende Sicherheit geleistet wurde. Dies ist nachfolgend zu prüfen.

5.

5.1. Die Beklagte reichte für jedes Pfandrecht eine Bankgarantie der ... [Bank] ein (act. 19/1-17). Diese Garantien weist die Klägerin in ihrer Stellungnahme vom 11. Juni 2013 als nicht hinreichend zurück (act. 21). Sie begründet dies mit den Schwierigkeiten, welche die Abklärung der Bonität der Garantin mit sich bringe, und mit der Sicherung des Forderungszinses. Nachfolgend ist deshalb vom Gericht zu prüfen, ob die Bankgarantien den oben genannten Anforderungen an eine Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB genügen.

5.2. Die Garantien enthalten eine Aufzählung von Erlöschungsgründen, unter anderem die folgende Bestimmung:

"2. Die Garantie erlöscht ohne weiteres, falls die A. \_\_\_\_\_ AG:

- a) nicht innerhalb von drei Monaten nach Ausstellung der Garantie für Ansprüche aus Leistungen für das Grundstück GBBl. Nr. 1, Grundbuch C. \_\_\_\_\_, beim zuständigen Gericht gegen die G. \_\_\_\_\_ AG, in ... [Ort], Klage auf Bezahlung ihrer Forderung erhebt oder beim zuständigen Gericht gegen die B. \_\_\_\_\_ AG, ... [Ort], Klage auf Feststellung ihrer Forderung erhebt; [...]"

Ausgestellt wurden die Garantien mit dem Datum vom 3. Mai 2013 (vgl. act. 19/1-17). Nach der zitierten Bestimmung erlöschten die Garantien demnach am 3. August 2013, wenn der Sicherstellungsanspruch bis dann nicht prosequiert würde. Damit sind die vorgelegten Garantien den vorgemerkten Pfandrechten nicht ebenbürtig: Für die Prosequierung vorgemerkter Grundpfandrechte setzt das Handelsgericht in der Regel eine rund 60-tägige Frist unter Berücksichtigung der Gerichtsferien an. Diese Frist endete im vorliegenden Fall - wenn es beim vorliegenden Entscheid bleibt - erst nach Ablauf der Gerichtsferien, d.h. nach dem 20. August 2013 ab. Überdies ist die Frist aus besonderen Gründen erstreckbar. Sie würde auch neu angesetzt oder zumindest erstreckt, wenn gegen den Entscheid ein Rechtsmittel ergriffen würde. Diese Möglichkeiten lässt die Formulierung der zitierten Bestimmung nicht offen, weshalb die Garantien den vorgemerkten Grundpfandrechten nicht ebenbürtig sind.

5.3. Erwähnt sei zudem, dass sich den eingereichten Urkunden nur gerade die allernotwendigsten Angaben über ihre tatsächlichen Aussteller entnehmen lassen. Warum die Garantien weder Briefkopf noch Namen und Adresse der Garantin tragen oder warum die Namen der unterzeichnenden Personen nicht aufgeführt sind, ist dem Gericht nicht klar. Solche Dokumente erscheinen nicht als geeignet, um im Grundbuch vorgemerkte Pfandrechte abzulösen.

5.4. Damit kann offen bleiben, ob ein Garantieverprechen der ... [Bank] eine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB darstellt. Anzumerken ist hierzu, dass an der Bonität einer schweizerischen Bank grundsätzlich keine Zweifel bestehen. Blosser Hinweis auf die theoretische Möglichkeit eines Scheiterns der Bank und auf den Umstand, dass kleinere Banken mangels Systemrelevanz vom Bund vermutlich nicht als *too big to fail* eingestuft würden, reichen für sich allein kaum aus, um berechtigte Zweifel an der Bonität zu erwecken.

5.5. Im Sinne eines Hinweises an die Parteien sei zudem angefügt, dass die Garantien *in puncto* Zins eine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB darstellen. Die Garantien bieten Sicherheit für die Forderungssumme zuzüglich 5% Zins während unbeschränkter Dauer. Für einen weiteren Betrag böten auch Grundpfandrechte keine Sicherheit.

5.6. Die Beklagte erwähnt zudem, sie habe die gesamte Forderungssumme bereits in bar hinterlegt (act. 12 Rz. 2). Mehr ist hierzu nicht vorgebracht, weder bei wem und wann hinterlegt wurde noch aus welchem Beleg der Vorgang ersichtlich wäre. Die Erwähnung ist offensichtlich nicht geeignet, die Leistung hinreichender Sicherheit glaubhaft zu machen. Im Übrigen lassen sich mit einer Barhinterlegung die Zinsen nicht unbeschränkt sicherstellen lassen, weshalb sie als Sicherheit für die Ablösung eines Grundpfandrechtes nur ausnahmsweise (eilvernehmlich) in Frage käme (vgl. BGE 121 III 447).

5.7. Nach dem Gesagten kann dem Lösungsbegehren der Beklagten mangels hinreichender Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB nicht entsprochen werden.

6.

Soweit die Klägerin verlangt, es sei der Beklagten Frist zur Leistung einer hinreichenden Sicherheit durch eine schweizerische Grossbank oder Kantonalbank anzusetzen (act. 21 Begehren 2), ist ihr entgegen zu halten, dass kein Anspruch auf Leistung einer anderen Sicherheit besteht. Es steht der Beklagten frei, das eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht jederzeit durch eine hinreichende Sicherheit abzulösen. Dies kann - soweit sich die Parteien auf eine Sicherheit einigen können - aussergerichtlich erfolgen, indem die Klägerin dem Grundbuchamt die Löschung ihrer Vormerkung beantragt. Wenn die Parteien darüber streiten, ob eine neuerlich angebotene Sicherheit hinreichend ist, kann sich die heutige Beklagte mit einem Löschungsbegehren an das Gericht wenden, das nach Stellungnahme der heutigen Klägerin darüber befinden wird, ob die Sicherheit den gesetzlichen Anforderungen entspricht.

7.

Da über den Pfandanspruch der Klägerin noch nicht definitiv entschieden ist und im ordentlichen Verfahren erst noch festzustellen sein wird, ob die Klägerin endgültig obsiegt, rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren lediglich eine einstweilige Kosten- und Entschädigungsregelung zu treffen. Vorbehalten bleibt die endgültige Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen durch das ordentliche Gericht. Ausgangsgemäss sind die Kosten (berechnet in Beachtung von § 4 Abs. 2 und § 8 Abs. 1 GebV OG) einstweilen der Klägerin aufzuerlegen. Für den Fall, dass diese ihren Anspruch auf definitive Eintragung des Pfandrechts nicht prosequiert, ist der Beklagten eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.

**Das Einzelgericht erkennt:**

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt C. \_\_\_\_\_ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 9. April 2013 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden

Prozesses auf den folgenden Stockwerkeigentumsanteilen der Liegenschaft F. \_\_\_\_\_-Strasse ... und ... in D. \_\_\_\_\_, Kat. Nr. ... (Grundstück GBBl. ...)

- auf Grundstück GBBl. 1 für eine Pfandsumme von CHF 14'144.96 nebst Zins zu 5 % seit 25. Januar 2013;
  - auf Grundstück GBBl. 2 für eine Pfandsumme von CHF 10'868.44 nebst Zins zu 5 % seit 25. Januar 2013;
  - auf Grundstück GBBl. 3 für eine Pfandsumme von CHF 11'667.59 nebst Zins zu 5 % seit 25. Januar 2013;
  - auf Grundstück GBBl. 4 für eine Pfandsumme von CHF 14'624.45 nebst Zins zu 5 % seit 25. Januar 2013;
  - auf Grundstück GBBl. 5 für eine Pfandsumme von CHF 11'028.27 nebst Zins zu 5 % seit 25. Januar 2013;
  - auf Grundstück GBBl. 6 für eine Pfandsumme von CHF 11'747.51 nebst Zins zu 5 % seit 25. Januar 2013;
  - auf den Grundstücken GBBl. 7 bis GBBl. 8 je für eine Pfandsumme von CHF 530.45 nebst Zins zu 5 % seit 25. Januar 2013.
2. Der Klägerin wird eine Frist bis 20. September 2013 angesetzt, um direkt beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Beklagte anzuheben. Bei Säumnis kann die Beklagte den vorläufigen Eintrag (Dispositiv Ziffer 1) beim Einzelgericht löschen lassen.
  3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 4'000.–.
  4. Die Kosten werden von der Klägerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die Klägerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 2 die Klage nicht anhängig macht, wird ihr die Entscheidgebühr definitiv auferlegt.

5. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Klägerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 2 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 1'900.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_, an die Beklagte unter Beilage von act. 21, 22/1-7.
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 79'915.20.

Zürich, 17. Juni 2013

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Gerichtsschreiber:

Dr. iur. Matthias Nänni