

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE150166-O

U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, sowie Gerichtsschreiber Dr. Thomas Steininger

## Urteil vom 12. Juni 2015

in Sachen

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

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**Genossenschaft B.\_\_\_\_\_,**

Beklagte

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

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

### **Rechtsbegehren:**

(act. 1)

1. Es sei das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ richterlich anzuweisen, auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin Kataster Nr. ... Grundregisterblatt ... ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsumme von CHF 713'032.-- zu Gunsten der Gesuchstellerin vorläufig vorzumerken;
2. Es sei das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ richterlich anzuweisen, auf dem Grundregisterblatt ... über das im Eigentum der Gesuchsgegnerin stehende selbständige und dauernde Baurecht ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsumme von CHF 356'516.-- zu Gunsten der Gesuchstellerin vorläufig vorzumerken;
3. Diese Verfügung sei superprovisorisch (ohne Anhörung der Gegenpartei) zu erlassen;
4. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8 % MwSt.) zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

### **Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

#### 1. Prozessverlauf

Die Klägerin machte ihr Gesuch mit Eingabe vom 16. April 2015 (Datum Poststempel) hierorts anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 17. April 2015 wurde dem klägerischen Gesuch um Eintragung eines Pfandrechts zulasten der im Rechtsbegehren genannten Liegenschaften der Beklagten – einstweilen ohne diese anzuhören – stattgegeben, und das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ wurde angewiesen, die Pfandrechte vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig erging die Aufforderung an die Beklagte, zum klägerischen Begehren Stellung zu nehmen (act. 4). Mit Eingabe vom 7. Mai 2015 ersuchte die Beklagte um eine Fristerstreckung und brachte dem Gericht zur Kenntnis, dass zwischen der Gesuchstellerin und der D.\_\_\_\_\_ AG, E.\_\_\_\_\_ [Ort] [nachfolgend "D.\_\_\_\_\_"], als Bestellerin der Werkleistung Vergleichsgespräche liefen, auf welche die Beklagte vermittelnd einzuwirken versuche, damit das Pfandrecht durch eine hinreichende Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB abgelöst werden könne. Der Beklagten wurde hierauf eine Fristerstreckung bis zum 1. Juni 2015 gewährt (act. 8/1). Mit Eingabe vom 20. Mai 2015 brachte die D.\_\_\_\_\_ dem Gericht die von ihr gestellte Bankgarantie Nr. ... der

F.\_\_\_\_\_ Kantonalbank vom 18. Mai 2015 (act. 12) bei, welche die Klägerin gemäss Darstellung der D.\_\_\_\_\_ als hinreichende Sicherheit für die beiden provisorisch eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte anerkannt habe. Die D.\_\_\_\_\_ beantragte daher die Abschreibung des Verfahrens (act. 10). Mit Verfügung vom 21. Mai 2015 wurde der Klägerin eine Kopie der Bankgarantie zugestellt, und es wurde ihr Frist bis zum 5. Juni 2015 angesetzt, um zur angebotenen Sicherheit Stellung zu nehmen (act. 14). Mit Eingabe vom 28. Mai 2015 reichte die Beklagte ihre Stellungnahme ein und beantragte die Löschung der vorläufig eingetragenen Pfandrechte (act. 16). Mit Eingabe vom 2. Juni 2015 beantragte die Klägerin die Aushändigung der zu ihren Gunsten lautenden Bankgarantie sowie die Löschung der beiden vorläufig eingetragenen Pfandrechte (act. 19).

## 2. Hinreichende Sicherheit

2.1. 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.).

2.2. Die Klägerin akzeptierte die durch die D.\_\_\_\_\_ eingereichte Sicherheit (Bankgarantie Nr. ... der F.\_\_\_\_\_ Kantonalbank vom 18. Mai 2015, act.12) als hinreichend i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB. Das Original sei ihr auszuhändigen und die vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte seien nach Eintritt der Rechtskraft durch das Gericht löschen zu lassen (act. 19 Rz. 6).

2.3. Da die Klägerin die Sicherheit als genügend erachtet, kann eine entsprechende Prüfung der Sicherheit bzw. der die Sicherheit leistenden Person durch das Gericht unterbleiben. Demnach ist die Löschung der beiden vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte anzuordnen, und es ist das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ anzuweisen, die vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte zu löschen.

### 3. Folgen der Sicherheitsleistung

3.1. Mit Leistung einer hinreichenden Sicherheit wird der Streit nur dann beendet, wenn die Sicherheit definitiv bestellt wird. Im vorliegenden Fall leistete die D.\_\_\_\_\_ AG, E.\_\_\_\_\_, die Sicherheit nur zur Ablösung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts, was sich bereits aus dem einleitenden Wortlaut der vorliegend eingereichten Bankgarantie ergibt ("[...] wird zur Löschung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts [...]"; act. 12). Der definitive Anspruch auf Eintragung des Pfandrechts bzw. nunmehr auf Inanspruchnahme der Sicherheit gilt deshalb als bestritten. Demgemäss ist der Klägerin Frist anzusetzen, um beim zuständigen Gericht auf definitive Bestellung der Sicherheit zu klagen. Es liegt dabei in der Verantwortung der Klägerin, ob sie die Klage gegen die Sicherheit leistende D.\_\_\_\_\_ AG, Zürich, und / oder die Beklagte (als Grundeigentümerin) einreicht.

3.2. Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, wobei allfällige Gerichtsferien berücksichtigt werden. Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuches (Art. 144 Abs. 2 ZPO); dieses wird 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.

3.3. Die Bankgarantie Nr. ... der F.\_\_\_\_\_ Kantonalbank vom 18. Mai 2015 (act. 12) wurde zugunsten der Klägerin ausgestellt und ist demzufolge nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist im Original an die Klägerin herauszugeben.

### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Die D.\_\_\_\_\_ trägt vor, das vorliegende Verfahren sei vermeidbar gewesen, da die D.\_\_\_\_\_ der Klägerin auf deren Schreiben vom 16. April 2015, worin die Klägerin die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts in den nächsten Tagen angekündigt habe, mit E-Mail vom 19. April 2015 mitgeteilt habe, sie würde die Gesamtforderung mit einer Bankgarantie sichern. Die Klägerin habe ihr Gesuch um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts dennoch bereits am 16. April

2015 eingereicht. Zudem habe die Klägerin im Betrag von CHF 529'548.-- überklagt, was aus dem Umstand ersichtlich sei, dass sie eine Bankgarantie über CHF 540'000.-- als hinreichende Sicherheit anerkenne. Dies sei bei der Verlegung der Prozesskosten zu berücksichtigen. Zudem seien Kosten, welche der Beklagten auferlegt würden, direkt zulasten der D.\_\_\_\_\_ zu verlegen (act. 10 S. 2). Die Beklagte schliesst sich diesen Überlegungen die Kostenverlegung betreffend vollumfänglich an (act. 16 S. 2).

4.2. Die Klägerin wendet dagegen ein, dass sie der D.\_\_\_\_\_ bereits am 17. Februar 2015 mitgeteilt habe, dass sie beabsichtige, in den nächsten Wochen ein Bauhandwerkerpfandrecht einzutragen, falls die Werklohnzahlung unterbleiben würde. Die D.\_\_\_\_\_ habe darauf geantwortet, dass sie die Forderung bestreite und der Ansicht sei, der angedrohte Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechts sei missbräuchlich. Darauf habe die Klägerin zur Wahrung der gesetzlichen Frist das Bauhandwerkerpfandrecht eintragen lassen und dies der Rechtsvertreterin der D.\_\_\_\_\_ kollegialiter mitgeteilt. Die diesbezüglichen Ausführungen der D.\_\_\_\_\_ gingen daher an der Sache vorbei (act. 19 Rz. 2-4). Es läge auch kein Überklagen ihrerseits vor, da das Bauhandwerkerpfandrecht auch für die Sicherung zukünftiger Werklohnforderungen diene, weshalb die gesamte Werklohnforderung eingetragen werden könne (act. 19 Rz. 7). Würde zudem hinreichende Sicherheit geleistet, so verhalte es sich hinsichtlich der Prozesskostenverlegung gleich, wie wenn die Grundeigentümerin den Anspruch auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anerkannt habe. Diejenige Partei, welche ein Begehren anerkenne, gelte jedoch als unterliegend, weshalb dieser die Prozesskosten aufzuerlegen seien (act. 19 Rz. 9). Die Kosten seien daher der Beklagten bzw. der D.\_\_\_\_\_ aufzuerlegen. Die Beklagte sei zudem dazu zu verpflichten, der Klägerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (act. 19 Rz. 11).

4.3. 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). Der Streitwert wiederum bestimmt sich nach den Verhältnissen zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit und resultiert aus dem Rechts-

begehren (STEIN-WIGGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg]., Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl. 2013, N 12, 16 zu Art. 91 ZPO). Vorliegend ist somit von einem Streitwert von CHF 1'069'548.-- auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG sowie unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_237/2013 vom 8. Juli 2013, E. 3.2.) auf CHF 5'000.-- festzusetzen ist. Ob seitens der Klägerin allenfalls ein Überklagen vorlag oder nicht, ist für die Ermittlung des Streitwerts bzw. der daraus abgeleiteten Gerichtsgebühr irrelevant.

4.4. Über den Pfand- bzw. Sicherstellungsanspruch der Klägerin ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren erst noch festzustellen sein, ob die Klägerin endgültig obsiegt. Daher rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren lediglich eine einstweilige Kostenregelung zu treffen. Gemäss Praxis des Handelsgerichtes des Kantons Zürich werden die Gerichtskosten im Verfahren betreffend die vorläufige Eintragung des Pfandrechts von der Klägerin bezogen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt. Auch unter Berücksichtigung der von den Parteien hinsichtlich der Kostenverlegung vorgetragenen Argumente ist hiervon aufgrund des provisorischen Charakters nicht abzuweichen.

4.5. Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen wird dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Klägerin ihren Anspruch jedoch nicht prosequieren sollte, ist der Beklagten in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von CHF 8'000.-- zuzusprechen.

#### **Das Einzelgericht erkennt:**

1. Es wird festgestellt, dass die Klägerin die von der D.\_\_\_\_\_ AG, E.\_\_\_\_\_, eingereichte Bankgarantie Nr. ... der F.\_\_\_\_\_ Kantonalbank vom 18. Mai 2015 (act. 12) als hinreichende Sicherheit für die zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldeten Forderung anerkannt hat.

2. Das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, die aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 17. April 2015 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrechte nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen  
auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ...,  
G.\_\_\_\_\_, [Strasse] Gemeinde C.\_\_\_\_\_,  
für eine Pfandsumme von CHF 713'032.00;  
auf Liegenschaft GBBL. ..., selbständiges und dauerndes Recht,  
G.\_\_\_\_\_, Gemeinde C.\_\_\_\_\_,  
für eine Pfandsumme von CHF 356'516.00.
3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Original-Bankgarantie Nr. ... der F.\_\_\_\_\_ Kantonbank vom 18. Mai 2015 (act. 12) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Klägerin herauszugeben.
4. Der Klägerin wird eine Frist bis 14. August 2015 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 Beklagte / die D.\_\_\_\_\_ AG die Herausgabe der Sicherheit von der Klägerin verlangen können.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 5'000.--.  
Die weiteren Kosten betragen CHF 484.25 (Rechnung Nr. ... des Grundbuchamtes C.\_\_\_\_\_ vom 20. April 2015).
6. Die Kosten werden von der Klägerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren gemäss Dispositiv-Ziffer 4. Für den Fall, dass die Klägerin 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 Klägerin jedoch die ihr in

Dispositiv-Ziffer 4 angesetzte Frist zur Anhebung der Klage, wird sie verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 8'000.-- zu bezahlen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die D.\_\_\_\_ AG, E.\_\_\_\_, an die Klägerin unter Beilage von act. 16, act. 17/1-2, an die Beklagte unter Beilage von act. 19, act. 20/1-4, an die D.\_\_\_\_ unter Beilage von act. 16, act. 17/1-2, act. 19, act. 20/1-4, an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich sowie nach Eintritt der Rechtskraft an das Grundbuchamt C.\_\_\_\_.
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 1'069'548.--.

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

Zürich, 12. Juni 2015

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Dr. Thomas Steininger