

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE150386-O

U/jc

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, sowie Gerichtsschreiberin Claudia Feier

## Urteil vom 3. Dezember 2015

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_**,  
Klägerin

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

gegen

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

sowie

**C.\_\_\_\_\_ AG**,  
Prozessführende Streitberufene

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2.\_\_\_\_\_

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1)

- " 1. Das Grundbuchamt des Notariats D.\_\_\_\_\_ sei anzuweisen, zugunsten der Klägerin ein Bauhandwerkerpfandrecht auf dem Grundstück Kat. Nr. ..., Grundbuch Blatt ..., E.\_\_\_\_\_ -Strasse ..., Zürich, für eine Pfandsumme von CHF 1'565'428.40 nebst Zins zu 5% seit 12. August 2015 einzutragen.
2. Die Anweisung sei superprovisorisch, das heisst sofort nach Eingang des Gesuchs ohne Anhörung der Gegenpartei, zu verfügen und dem Grundbuchamt unverzüglich (vorab formlos, z.B. telefonisch) zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

**Erwägungen:**

1. Prozessverlauf

Die Klägerin reichte ihr Gesuch am 12. August 2015 (Datum Poststempel) samt Beilagen hierorts ein (act. 1, 4/1-7). Mit Verfügung vom 14. August 2015 wurde das Gesuch, mit Ausnahme des Verzugszinses, gutgeheissen, die nötigen Anweisungen vorgenommen und der Beklagten Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 5). Innert zweimal erstreckter Frist reichte die Beklagte mit Datum vom 24. September 2015 eine Eingabe ein, worin sie der C.\_\_\_\_\_ AG den Streit verkündete und beantragte, die C.\_\_\_\_\_ AG sei aufzufordern, zu erklären, ob sie bereit sei, den Prozess anstelle der Beklagten und mit deren Einverständnis zu führen (act. 12). Die C.\_\_\_\_\_ AG erklärte innert hierauf angesetzter Frist, dass sie den Prozess anstelle der Beklagten führen wolle. Überdies beantragte sie die Löschung des Pfandrechts zufolge einer von ihr eingereichten Solidarbürgschaft. Auf eine Stellungnahme zum geltend gemachten Anspruch auf Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechts verzichtete die C.\_\_\_\_\_ AG (act. 16). Mit Verfügung vom 8. Oktober 2015 wurde vorgemerkt, dass die C.\_\_\_\_\_ AG den Prozess fortan anstelle der Beklagten als prozessführende Streitberufene führt. Überdies wurde der Klägerin Frist angesetzt, um sich insbesondere zur Sicherheitsleistung zu äussern (act. 19). Die Stellungnahme der Klägerin datiert vom 9. November 2015

(act. 22). Mit Verfügung vom 11. November 2015 wurde der prozessführenden Streitberufenen Frist zur Stellungnahme zu den in der klägerischen Eingabe enthaltenen Einwendungen angesetzt (Prot. S. 10 f.). Mit Eingabe vom 30. November 2015 äusserte sich die prozessführende Streitberufene und reichte eine teilweise angepasste Solidarbürgschaft ein (act. 26, 27/1).

## 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.). Inhaltlich ist die Sicherheit dann hinreichend, wenn sie die Forderung voll und ganz sichert. Der Grundsatz, dass eine Sicherstellung die Rechtslage des Unternehmers gegenüber dem Sicherungsgrundpfandrecht nicht verschlechtern darf, erfordert auch, dass die allfällige Beanspruchung der Sicherheit in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht erschwert werden darf. In der Regel erleichtert und beschleunigt die Leistung einer anderen Sicherheit deren Realisierung, während eine Betreuung auf Grundpfandverwertung sehr aufwendig und zeitraubend ist (SCHUMACHER, a.a.O., N 1254 ff.).

2.2. Die Klägerin erachtet die Solidarbürgschaft aus verschiedenen Gründen als ungenügend: Zunächst bezeichnet die Klägerin eine Solidarbürgschaft als mit einem Baupfandrecht nicht ganz gleichwertig, da die Rechtsdurchsetzung namentlich hinsichtlich zusätzlich erforderlicher rechtlicher Belangung des Hauptschuldners (Art. 496 Abs. 1 OR), gesetzlicher Einreden des Bürgen bei Leistung anderweitiger Realsicherheiten (Art. 501 Abs. 2 OR) sowie bürgschaftsspezifischer Obliegenheiten des Baugläubigers (Art. 503 OR) und besonderer Fristvorgaben bei der unbefristeten Bürgschaft (Art. 511 OR) für die Klägerin erschwert sei (act. 22 S. 3). Sodann beanstandet die Klägerin, dass sich die Solidarbürgschaft nur auf den Werkvertrag zwischen der Klägerin und der prozessführenden

Streitberufenen vom 20. November 2013 beziehe. Nicht abgedeckt würden indes-  
sen die zahlreichen Nachträge (act. 22 S. 4). Ferner moniert die Klägerin, dass  
die Solidarbürgschaft vorsehe, dass sie "einen rechtskräftigen Entscheid [...], wo-  
nach das Recht der Begünstigten auf definitive Sicherstellung [...] mittels der vor-  
liegenden und anstelle des Bauhandwerkerpfandrechts tretenden Solidarbürg-  
schaft, geschützt wird" nachzuweisen habe. Über die Tauglichkeit der Solidar-  
bürgschaft als definitive Ersatzsicherheit für das gelöschte Bauhandwerkerpfand-  
recht sei mit dem definitiven Sicherstellungsentscheid nicht erneut zu befinden  
(act. 22 S. 5). Schliesslich macht die Klägerin geltend, die Bürgin habe sich zu-  
mindest im Aussenverhältnis nicht rechtsgültig verpflichtet, da die Unterzeichnen-  
den nicht über die nötige Zeichnungsberechtigung verfügten (act. 22 S. 6).

Die prozessführende Streitberufene macht geltend, die Einwände der Klägerin  
seien unbegründet. In Bezug auf den letzten Einwand der Zeichnungsberechtig-  
ung verweist sie auf entsprechende Handlungsvollmachten, reicht aber dennoch  
eine geänderte Solidarbürgschaft ein, welche nunmehr die Unterschriften zweier  
im Handelsregister als kollektivzeichnungsbeauftragter ausgewiesener Personen  
enthält (act. 27/1).

2.3. Die Solidarbürgschaft ist grundsätzlich eine hinreichende Sicherheitslei-  
tung im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB (SCHUMACHER, a.a.O., N 1288). Bezüglich  
der von der Klägerin genannten Verfahrensvorschriften (Art. 496 Abs. 1, 501 Abs.  
2, 503 und 511 OR) ist festzuhalten, dass das Verfahren betreffend Beanspru-  
chung einer Solidarbürgschaft selbstredend mit jenem der Beanspruchung eines  
Bauhandwerkerpfandrechts nicht identisch sein kann. Dies ist auch nicht erforder-  
lich. Es genügt, dass das Verfahren zur Beanspruchung der Ersatzsicherheit im  
Vergleich zu jenem der Beanspruchung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht  
erschwert ist. Vorliegend ist nicht erkennbar, inwiefern die von der Klägerin ge-  
nannten Verfahrensvorschriften die Beanspruchung der Sicherheit gegenüber der  
Beanspruchung eines Grundpfandrechts, für welche ebenfalls eine Vielzahl von  
Verfahrensvorschriften besteht, erschweren sollten. Die Klägerin begründet diese  
Position denn auch nicht näher.

In Bezug auf die Nachträge ist festzuhalten, dass solche regelmässig keine neuen, eigenständigen Werkverträge darstellen, sondern – wie es die prozessführende Streitberufene ausführt – Änderungen eines bestehenden Werkvertrages. Dass hier auch das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der prozessführenden Streitberufenen keine Ausnahme ist, zeigt sich bei einem Blick in die Beilagen zum klägerischen Eintragungsgesuch: So enthält der Werkvertrag in Art. 5.6 die Klausel: "Nachträge/Bestellungsänderungen: Der Werkpreis verändert sich um die Mehr- und Minderkosten, welche durch Nachträge oder Bestellungsänderungen ausgelöst werden. Die Vergütung von Nachträgen/Bestellungsänderungen auf dem Werkpreis erfolgt aufgrund der Einheitspreise im Angebot (...)" (act. 4/2). Überdies ist in den Annahmen der Nachtragsofferten der Hinweis zu finden: "Dieser Nachtrag wird zum integrierten Bestandteil des Werkvertrags (...)" (vgl. beispielhaft act. 4/3). Würde bei einer allfälligen Beanspruchung der Bürgschaft tatsächlich der von der Klägerin befürchtete Einwand erhoben werden, so wäre dieser vor dem genannten Hintergrund haltlos, wenn nicht gar rechtsmissbräuchlich. Da die Klausel der Bürgschaft, welche sich auf den Werkvertrag bezieht, klar so auszulegen ist, dass davon auch der durch Nachträge veränderte Werkvertrag erfasst wird, schadet die entsprechende Formulierung der Gleichwertigkeit nicht.

Der Einwand der Klägerin, dass über die Tauglichkeit der Solidarbürgschaft als definitive Ersatzsicherheit für das gelöschte Bauhandwerkerpfandrecht mit dem Sicherstellungsentscheid nicht erneut zu befinden sei, ist unbegründet. Über die Frage, ob die Solidarbürgschaft hinreichend ist, ist in der Tat nicht erneut zu entscheiden. Indessen zielt die beanstandete Klausel auch nicht darauf ab, sondern stellt klar, dass die Solidarbürgschaft lediglich als provisorische Sicherheit geleistet wird. Das bedeutet, dass die Klägerin mittels gerichtlichen Entscheiden einerseits den Bestand ihrer Werklohnforderung und andererseits ihren Sicherstellungsanspruch nachzuweisen hat. Letzteres bedeutet, dass das Gericht das Vorliegen der Voraussetzungen des Pfandanspruchs bestätigen muss (z.B. Einhaltung der Viermonatsfrist). Dass die Ersatzsicherheit nur provisorisch geleistet wird, ist zulässig, zumal das Bauhandwerkerpfandrecht in diesem Verfahrensstadium ebenfalls erst vorläufig eingetragen ist und die definitive Eintragung vom

Nachweis von Forderung und Pfandanspruch abhängt (vgl. hierzu SCHUMACHER, a.a.O., N 1300 f.).

In Bezug auf die Zeichnungsberechtigung ergeben sich nach Einreichung der diesbezüglich geänderten Bürgschaft keine Probleme mehr.

2.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die geänderte Solidarbürgschaft der E.\_\_\_\_\_ AG vom 26. November 2015 mit der Nummer ... eine hinreichende Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB darstellt. Das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht ist demnach zu löschen. Das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ ist entsprechend anzuweisen.

### 3. 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 prozessführende Streitberufene die Sicherheit nur zur Ablösung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts. Demgemäss ist der Klägerin Frist anzusetzen, um beim örtlich und sachlich zuständigen Gericht auf definitive Bestellung der Sicherheit zu klagen. Die Beurteilung, gegen wen die Klägerin ihre Klage einzureichen hat (gegen die Sicherheit leistende prozessführende Streitberufene und / oder die Beklagte [als Grundeigentümerin]), liegt in der Verantwortung der Klägerin.

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.

#### 4. 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 1'565'428.40 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 12'000.– festzusetzen ist.

Über den Pfand- bzw. Sicherstellungsanspruch der Klägerin ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob die Klägerin 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 Klägerin zu beziehen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt.

Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. In Bezug auf die Beklagte ist festzuhalten, dass gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO nur in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung zuzusprechen ist, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist. Die Regelung zielt u.a. auf Fälle ab, wo ein Anwalt in eigener Sache auftritt, als Organ einer Partei oder Angestellter ihres Rechtsdienstes handelt. Aufgabe der ansprechenden Partei ist es, die Entschädigung zu beantragen und dem Gericht sachlich überzeugende Gründe für die geltend gemachte Höhe der Umtriebsentschädigung vorzulegen (RÜEGG, in: Basler Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2013, N 21 zu Art. 96 ZPO m.w.H.). Die Beklagte hat es unterlassen, ihren Aufwand im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren darzulegen und zu begründen. Es ist ihr daher keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen, zumal ihr auch kein nennenswerter Aufwand entstanden ist (vgl. act. 8, 10/1, 12).

Für den Fall, dass die Klägerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, rechtfertigt es sich hingegen der anwaltlich vertretenen prozessführenden Streitberufenen

eine Parteientschädigung zuzusprechen, zumal sie nicht nur unterstützend für die Beklagte gewirkt, sondern den Prozess im Wesentlichen alleine geführt hat. Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG auf CHF 7'400.– festzusetzen. Entgegen dem Antrag der prozessführenden Streitberufenen ist in der Parteientschädigung keine Mehrwertsteuer zu berücksichtigen (Praxisänderung des Kassationsgerichts des Kantons Zürich, Entscheid vom 19. Juli 2005; ZR 104 [2005] Nr. 76, SJZ 101 [2005] 531 ff.).

### **Das Einzelgericht erkennt:**

1. Es wird festgestellt, dass die prozessführende Streitberufene mit Solidarbürgschaft der E.\_\_\_\_\_ AG Nr. ... vom 26. November 2015 hinreichende Sicherheit geleistet hat für die von der Klägerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.
2. Das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 14. August 2015 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ..., E.\_\_\_\_\_ -Strasse ..., ... Zürich, für eine Pfandsumme von CHF 1'565'428.40.
3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Solidarbürgschaft der E.\_\_\_\_\_ AG Nr. ... vom 26. November 2015 (act. 27/1) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Klägerin herauszugeben.
4. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Solidarbürgschaft der E.\_\_\_\_\_ AG Nr. ... vom 25. September 2015 (act. 18/2) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die prozessführende Streitberufene herauszugeben.

5. Der Klägerin wird – auch unter Berücksichtigung allfälliger Gerichtsferien – eine Frist bis 22. Februar 2016 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 prozessführende Streitberufene die Herausgabe der Sicherheit von der Klägerin verlangen kann.
6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 12'000.–.  
Allfällige weitere Kosten (insbesondere Rechnung des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.
7. Die Kosten werden von der Klägerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren gemäss Dispositiv-Ziffer 5. Für den Fall, dass die Klägerin 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 Klägerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 5 angesetzte Frist zur Anhebung der Klage, wird sie verpflichtet, der prozessführenden Streitberufenen eine Parteientschädigung von CHF 7'400.– zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die prozessführende Streitberufene, an die Klägerin und die Beklagte unter Beilage der Doppel von act. 26 und 27/1-2, an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich sowie nach Eintritt der Rechtskraft an das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_.
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 1'565'428.40.

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

Zürich, 3. Dezember 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Claudia Feier