

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE180112-O

U/ee

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, sowie  
Gerichtsschreiberin Helene Lampel

## Urteil vom 17. April 2018

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Gesuchsteller

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

gegen

**B.**\_\_\_\_\_ **AG**,  
Gesuchsgegnerin

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

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

1. *Es sei festzustellen, dass die durch die Gesuchstellerin im Original eingereichte Zahlungsgarantie Nr. ... der C.\_\_\_\_\_ AG vom 5. März 2018 zugunsten der Gesuchsgegnerin eine hinreichende Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB darstellt und an die Stelle des auf dem Grundstück der Gesuchstellerin Kat. Nr. ... , GBBl. ... , D.\_\_\_\_\_strasse 1/2/3 , E.\_\_\_\_\_ , zugunsten der Gesuchsgegnerin vorläufig eingetragenen Grundpfandrechts tritt;*
2. *es sei das Grundbuchamt F.\_\_\_\_\_ anzuweisen, das zugunsten der Gesuchsgegnerin auf dem Grundstück Kat. Nr. ... , GBBl. ... D.\_\_\_\_\_strasse 1/2/3 , E.\_\_\_\_\_ ; vorläufig eingetragene Grundpfandrecht für eine Pfandsumme von CHF 687'670.95 nebst Zins zu 5% seit 25. September 2017 zu löschen;*
3. *unter Kosten und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten der Gesuchsgegnerin.*

**Erwägungen:**

1. Prozessverlauf

1.1. Im Verfahren HE170373-O bestätigte das Einzelgericht des Handelsgerichts Zürich mit Urteil vom 15. Januar 2018 die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt F.\_\_\_\_\_ bezüglich vorläufiger Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Sinne von Art. 961 ZGB zugunsten der B.\_\_\_\_\_ AG, der Gesuchstellerin in jenem Verfahren (fortan "B.\_\_\_\_\_" genannt), und zulasten des Grundstücks Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBl. ..., D.\_\_\_\_\_strasse 1/2/3, E.\_\_\_\_\_, der

A.\_\_\_\_\_, der Gesuchsgegner in jenem Verfahren (fortan "Kirche" genannt), für eine Pfandsomme von CHF 687'670.95 nebst Zins zu 5 % seit 25. September 2017 (act. 7/25 S. 10).

1.2. Nach Abschluss des Verfahrens HE170373-O, während laufender, mit Verfügung vom 13. März 2018 erstreckter Frist (act. 7/28) zur Anhebung der Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Kirche gemäss Dispositiv Ziff. 2 des oben genannten Urteils (act. 7/25), reichte die Kirche mit Eingabe vom 9. März 2018 (Datum Poststempel) die Zahlungsgarantie Nr. ... der C.\_\_\_\_\_ AG vom 5. März 2018 ein (act. 3/1) und beantragte einerseits, es sei festzustellen, dass diese Zahlungsgarantie eine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB darstelle, und andererseits die Löschung des im Grundbuch eingetragenen Pfandrechts (act. 1 S. 2). Daraufhin wurde das vorliegende Verfahren mit gegenüber dem Verfahren HE170373-O umgekehrten Parteirollen eröffnet. Mit Verfügung vom 12. März 2018 wurden Fristen angesetzt, der Kirche zur Einreichung einer prozessgenügenden Vollmacht und der B.\_\_\_\_\_ zur Stellungnahme zum Sicherstellungsbegehren (act. 4). Die Kirche reichte die Vollmacht mit Eingabe vom 16. März 2018 ein (act. 8 f.). Die Stellungnahme der B.\_\_\_\_\_ datiert vom 28. März 2018 (act. 13). Dazu nahm die Kirche innert der ihr mit Verfügung vom 29. März 2018 angesetzten Frist (act. 15) mit Eingabe vom 4. April 2018 Stellung (act. 17). Diese Eingabe wurde der B.\_\_\_\_\_ am 6. April 2018 zugestellt (act. 18; Prot. S. 6).

## 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. 2008, N 1314 f.).

2.2. In ihrer Eingabe vom 28. März 2018 hat die B.\_\_\_\_\_ die Zahlungsgarantie Nr. ... der C.\_\_\_\_\_ AG vom 5. März 2018 (act. 3/1) ausdrücklich als hinreichende Sicherheit anerkannt (act. 13 S. 2; Rz. 6 f.). Zwar macht die B.\_\_\_\_\_ ihre Anerkennung davon abhängig, dass ihr im vorliegenden Verfahren keine Kosten auferlegt werden (act. 13 Rz. 6). Nachdem vorliegend lediglich eine einstweilige Kostenregelung und keine definitive Kostenaufgabe erfolgt (vgl. nachfolgend unter E. 4.5.), erweist sich der betreffende Vorbehalt hinsichtlich der Anerkennung als irrelevant. Dementsprechend ist festzustellen, dass die Kirche mit der oben genannten Zahlungsgarantie eine hinreichende Sicherheit für die von der B.\_\_\_\_\_ zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts anmeldete Forderung geleistet hat.

2.3. Sodann ist hinsichtlich des im Verfahren HE170373-O mit Verfügung vom 29. September 2017 (act. 7/4) vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts (bestätigt mit Urteil vom 15. Januar 2018; act. 7/25) die Löschung im Grundbuch anzuordnen. Das Grundbuchamt F.\_\_\_\_\_ ist anzuweisen, das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – zu löschen.

2.4. Zudem ist die Obergerichtskasse des Kantons Zürich anzuweisen, das Original der Zahlungsgarantie der C.\_\_\_\_\_ AG Nr. ... vom 5. März 2018 – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die B.\_\_\_\_\_ herauszugeben.

2.5. Des Weiteren ist der B.\_\_\_\_\_ die ihr im Verfahren HE170373-O in Disp. Ziff. 2 des Urteils vom 15. Januar 2018 angesetzte (act. 7/25 S. 10) und mit Verfügung vom 13. März 2018 verlängerte Frist (act. 7/28 S. 3) zur Anhebung einer Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts abzunehmen.

### 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 Kirche die Sicherheit ausdrücklich nur zur Ablösung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts (act. 1 Rz. 10; act. 17 Rz. 2). Demgemäss ist der

B.\_\_\_\_\_ eine neue Frist anzusetzen, um beim örtlich und sachlich zuständigen Gericht auf definitive Bestellung der Sicherheit zu klagen (vgl. dazu ZR 115 [2016] Nr. 51).

3.2. Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, wobei allfällige Gerichtsferien gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen sind (BGE 143 III 554 E. 2.5.2). 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

4.1. Zunächst ist festzuhalten, dass die im Verfahren HE170373-O mit Urteil vom 15. Januar 2018 festgesetzten Kosten- und Entschädigungsfolgen durch das vorliegende Urteil nicht geändert werden. Dispositiv Ziff. 3, 4 und 5 des genannten Urteils gelten daher unverändert (act. 7/25 S. 10).

4.2. Zu entscheiden ist in Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen betreffend das vorliegende Verfahren.

4.3. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG), während die Höhe der Parteientschädigung gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen ist (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Vorliegend ist von einem Streitwert in der Höhe von CHF 687'670.95 auszugehen (act. 1 S. 2; vgl. auch act. 7/25 Erw. 4).

4.4. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf rund einen Achtel der Grundgebühr bzw. CHF 3'000.00 festzusetzen.

4.5. Über den Pfand- bzw. Sicherstellungsanspruch der B.\_\_\_\_\_ ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob die B.\_\_\_\_\_ endgültig obsiegt. Daher rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren lediglich eine einstweilige Kostenregelung zu treffen.

Beide Parteien beantragten eine Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der jeweiligen Gegenpartei (Kirche: act. 1 S. 2 und act. 17 Rz. 2 ff.; RK: act. 13 S. 2, Rz. 9 ff.).

Zwar ist der B.\_\_\_\_\_ darin beizupflichten (act. 13 Rz. 9 f.), dass die Kirche das vorliegende, vorläufige Massnahmeverfahren nach Abschluss des von der B.\_\_\_\_\_ eingeleiteten Verfahrens HE170373-O betreffend Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts veranlasst hat, doch ist zu berücksichtigen, dass die B.\_\_\_\_\_ die geleistete Sicherheit im Rahmen dieses neuen Verfahrens als hinreichend anerkannt hat. Vor allem aber hat die Kirche im Gegensatz zur B.\_\_\_\_\_ keinen Einfluss auf die Wahrung der Prosequierungsfrist zur Einleitung des ordentlichen Verfahrens, in welchem über den Sicherstellungsanspruch erst definitiv zu entscheiden sein wird. Aufgrund dieser Ausgangslage erscheint es angemessen, die Gerichtskosten analog zur Praxis in Erstverfahren betreffend vorläufiger Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts bzw. vorläufiger Sicherheitsbestellung von der B.\_\_\_\_\_ zu beziehen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt. Für den Fall, dass die B.\_\_\_\_\_ innert der Prosequierungsfrist die Klage nicht anhängig macht, sind ihr die Kosten definitiv aufzuerlegen.

4.6. Dementsprechend ist auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die B.\_\_\_\_\_ ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, ist der Kirche eine Parteientschädigung zuzusprechen. Mangels Ausführungen hinsichtlich der allenfalls eingeschränkten

Möglichkeit zum Vorsteuerabzug erfolgt die Zusprechung der Parteientschädigung praxismässig ohne Mehrwertsteuerzuschlag (Urteil des Bundesgerichts 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG ist die bei Nichtprosequierung von der B.\_\_\_\_\_ an die Kirche zu leistende Parteientschädigung auf CHF 2'700.00 festzusetzen.

**Das Einzelgericht erkennt:**

1. Es wird festgestellt, dass der Gesuchsteller A.\_\_\_\_\_ mit Zahlungsgarantie der C.\_\_\_\_\_ AG Nr. ... vom 5. März 2018 eine hinreichende Sicherheit geleistet hat für die von der Gesuchsgegnerin B.\_\_\_\_\_ AG zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.
2. Das Grundbuchamt F.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 29. September 2017 im Verfahren HE170373-O vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht (bestätigt mit Urteil vom 15. Januar 2018) - nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist - vollumfänglich zu löschen auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ..., D.\_\_\_\_\_ -strasse 1/2/3, E.\_\_\_\_\_, für eine Pfandsumme von CHF 687'670.95 nebst Zins zu 5 % seit 25. September 2017.
3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, das Original der Zahlungsgarantie der C.\_\_\_\_\_ AG Nr. ... vom 5. März 2018 – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Gesuchsgegnerin herauszugeben.
4. Die der Gesuchsgegnerin im Verfahren HE170373-O in Disp. Ziff. 2 des Urteils vom 15. Januar 2018 angesetzte und mit Verfügung vom 13. März 2018 verlängerte Frist zur Anhebung einer Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts wird abgenommen.

5. Der Gesuchsgegnerin wird eine Frist bis 18. Juni 2018 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 der Gesuchsteller die Herausgabe der Sicherheit von der Gesuchsgegnerin verlangen kann.
6. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Urteil vom 15. Januar 2018 im Verfahren HE170373-O (Dispositiv Ziff. 3, 4 und 5) gelten unverändert.
7. Die Gerichtsgebühr für das vorliegende Verfahren wird festgesetzt auf CHF 3'000.00.
8. Die Kosten gemäss Dispositiv Ziff. 7 werden von der Gesuchsgegnerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren gemäss Dispositiv-Ziffer 5. Für den Fall, dass die Gesuchsgegnerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 5 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.
9. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchsgegnerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 5 angesetzte Frist zur Anhebung der Klage, wird sie verpflichtet, dem Gesuchsteller eine Parteientschädigung von CHF 2'700.00 zu bezahlen.
10. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich zur Veranlassung gemäss Dispositiv Ziff. 3 sowie an das Grundbuchamt F. \_\_\_\_\_ unter Hinweis auf Dispositiv Ziff. 2.
11. 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 687'670.95.

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

Zürich, 17. April 2018

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Helene Lampel