

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE240001-O

U/pz

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, sowie  
Gerichtsschreiberin Nadja Kiener

## Urteil vom 9. April 2024

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ GmbH,**

Gesuchstellerin

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

gegen

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

Gesuchsgegnerin

sowie

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

Nebenintervenientin

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

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

"1.

Das Grundbuchamt D. \_\_\_\_\_ sei gerichtlich anzuweisen, zu Lasten des Grundstücks E. \_\_\_\_\_ / 1 (Kataster 1, Plan 2, F. \_\_\_\_\_; E-GRID: 3) zu Gunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 103'196.70 zzgl. Zins zu 5 % seit dem 10.12.2023 vorläufig einzutragen.

2.

Die Anweisung sei superprovisorisch und demnach sofort nach Eingang des Gesuches und ohne Anhörung der Gesuchgegnerinnen zu verfügen und dem Grundbuchamt unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchgegnerin (inkl. MWST)."

**Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

1. Prozessverlauf

Am 8. Januar 2024 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin hierorts das Gesuch mit den vorstehenden Rechtsbegehren ein (act. 1; act. 3/2-19). Mit Verfügung vom 9. Januar 2024 wurde dem Gesuch einstweilen – ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin – entsprochen und das Grundbuchamt D. \_\_\_\_\_ wurde angewiesen, das beantragte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Begehren der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen (act. 4). Mit Eingabe vom 18. Januar 2024 verkündete die Gesuchsgegnerin der C. \_\_\_\_\_ AG (fortan als Nebenintervenientin bezeichnet) den Streit (act. 7), wovon das Gericht mit Verfügung vom 19. Januar 2024 Vormerk nahm (act. 9).

Mit Eingabe vom 31. Januar 2024 reichte die Nebenintervenientin eine Stellungnahme zum Gesuch samt einer Bankgarantie der G. \_\_\_\_\_ AG Nr. 4 vom 30. Ja-

nuar 2024 ein, und beantragte die Abweisung des Gesuchs der Gesuchstellerin sowie die Feststellung, dass die von ihr eingereichte Bankgarantie für die Forderung eine hinreichende Sicherheit sei. Ausserdem beantragt sie die Zulassung als Nebenintervenientin auf der Seite der Gesuchsgegnerin (act. 12 und act. 14/2). Die Gesuchsgegnerin reichte mit Eingabe vom 31. Januar 2024 ihre Gesuchsantwort innert Frist ein. Sie beantragte die Feststellung, dass die von der Nebenintervenientin eingereichte Bankgarantie eine hinreichende Sicherheit sei (act. 11). Mit Verfügung vom 1. Februar 2024 wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um sich zur Pfandforderung und zur angebotenen Sicherheit zu äussern (act. 15). Die Gesuchstellerin liess sich innert Frist zur angebotenen Bankgarantie verlauten (act. 17). Mit Verfügung vom 19. Februar 2024 wurde der Gesuchsgegnerin bzw. Nebenintervenientin Frist angesetzt, um zur Eingabe der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen und allenfalls eine neue Bankgarantie einzureichen (act. 18). Dieser Aufforderung kamen die Gesuchsgegnerin sowie die Nebenintervenientin mit Eingaben vom 11. März 2024 nach (act. 20 und act. 21), wobei die Nebenintervenientin eine neue Bankgarantie der G. \_\_\_\_\_ AG Nr. 4 vom 8. März 2024 einreichte (act. 22/1). Mit Verfügung vom 12. März 2024 wurde der Gesuchstellerin alsdann Frist angesetzt, um sich zu den Eingaben der Gesuchsgegnerin sowie der Nebenintervenientin und insbesondere zur neu angebotenen Sicherheit zu äussern (act. 25). Diese liess sich am 25. März 2024 vernehmen (act. 25). Die Sache ist spruchreif.

## 2. Prozessuales

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 13 lit. a i.V.m. Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO, die sachliche Zuständigkeit aus Art. 6 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 und Abs. 2 ZPO sowie § 45 lit. b GOG (BGE 137 III 563 E. 3.4). Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt. Auf das Gesuch ist einzutreten.

## 3. Rechtliche Voraussetzungen

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 Abbrucharbei-

ten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gegen den Eigentümer des Grundstücks, auch wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind. Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer bzw. ein Dritter für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet (Art. 839 Abs. 2 und Abs. 3 ZGB).

Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, so muss die Gesuchstellerin ihr Begehren nur glaubhaft machen (Art. 961 Abs. 3 ZGB und Art. 261 Abs. 1 ZPO). Nach allgemeiner Ansicht ist das Beweismass in diesem Verfahren gegenüber anderen Arten vorsorglicher Massnahmen allerdings besonders stark herabgesetzt (BGE 137 III 563 E. 3.3; Urteil BGer 5A\_688/2019 E. 4.2; SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2021, Rz. 1531). Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint. Im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung dem definitiven Eintragungsverfahren zu überlassen (BGE 86 I 265 E. 3; Urteil BGer 5A\_688/2019 E. 4.2 m.w.H.).

#### 4. Unbestrittener und bestrittener Sachverhalt

Die Gesuchstellerin und die Nebenintervenientin haben unbestrittenermassen einen Werkvertrag vom 17. Mai 2022 abgeschlossen, mit welchem die Gesuchstellerin von der Nebenintervenientin für das Projekt "Wohnüberbauung H. \_\_\_\_\_" auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin mit der Einsetzung fugenloser Bodenbeläge beauftragt wurde (act. 1 Rz. 14 ff.; act. 3/5; act. 11; act. 12). Bestritten wird, dass die Voraussetzungen für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vorliegen, wobei die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientin aufgrund des stark herabgesetzten Beweismasses auf eine Stellungnahme dazu verzichteten (act. 11 Rz. 6; act. 12 Rz. 5).

## 5. Würdigung

### 5.1. Pfandberechtigte Arbeiten

Die Gesuchstellerin macht gestützt auf den Handelsregisterauszug und den Werkvertrag glaubhaft, dass sie als Unternehmerin, welche bauhandwerkliche Leistungen erbringt, auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin Arbeiten erbracht und Material geliefert hat (act. 1 Rz. 10, Rz. 20 ff.; act. 3/3; act. 3/5). Solche Arbeiten sind gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB pfandberechtigt.

### 5.2. Bestand und Umfang der Pfandforderung

Die Gesuchstellerin macht eine offene Pfandforderung von CHF 103'196.70 geltend. Diese setze sich einerseits aus dem Pauschalhonorar gemäss Werkvertrag, den Nachträgen 1 (Regierapporte 1-32) und 2 (Böden für Treppenhäuser) sowie diversen Regiearbeiten (Regierapporte 33-45) zusammen, wobei Rabatte und Abzüge berücksichtigt worden seien. Unter Aufrechnung der Mehrwertsteuer ergebe sich ein Total von CHF 453'172.10, wovon Akontobeträge von CHF 349'975.40 abzuziehen seien. Dies ergebe eine offene Pfandsumme von CHF 103'196.70 (act. 1 Rz. 37 ff.; act. 3/5-6; act. 3/11-18). Die Diskrepanz zur Schlussrechnung vom 10. Juni 2023 erklärt sie nicht (vgl. act. 3/6). Trotz dieser Unschlüssigkeit hat die Gesuchstellerin durch die Einreichung des Werkvertrags, der grossmehrheitlich gegengezeichneten Regierapporte und des Entwurfs des Nachtrags 2 Bestand und Umfang der Pfandforderung von CHF 103'196.70 glaubhaft gemacht.

Den Verzugszins macht die Gesuchstellerin ab 10. Dezember 2023 geltend, ohne dies näher zu begründen (act. 1 S. 2). Aufgrund der gesetzlichen Vermutung der Fälligkeit gemäss Art. 75 OR und der eingereichten Mahnung vom 10. November 2023 ist sowohl die Fälligkeit der Forderung als auch die Inverzugsetzung glaubhaft gemacht (act. 3/9-10; vgl. Urteil BGer 4A\_78/2023 E. 3.1).

### 5.3. Wahrung der Viermonatsfrist

Bezüglich der Viermonatsfrist führt die Gesuchstellerin an, die letzten pfandberechtigten Arbeiten am 15. September 2023 erbracht zu haben, was sie durch den Regierapport vom 15. September 2023 belegt (act. 1 Rz. 31; act. 3/14). Das Datum

der Vollendung der Arbeiten ist glaubhaft gemacht. Mit der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts am 10. Januar 2024 ist die viermonatige Frist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB gewahrt.

#### 5.4. Keine anderweitige hinreichende Sicherheit

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.

Mit Eingaben vom 31. Januar 2024 und vom 11. März 2024 hat die Nebenintervenientin jeweils eine Bankgarantie der G.\_\_\_\_\_ AG (Nr. 4 vom 30. Januar 2024 [act. 14/2] und Nr. 4 vom 8. März 2024 [act. 22/1]) eingereicht und zusammen mit der Gesuchsgegnerin beantragt, es sei festzustellen, dass mit diesen *provisorisch* eine hinreichende Sicherheit geleistet worden sei.

Die Gesuchstellerin erachtet die Bankgarantie der G.\_\_\_\_\_ AG Nr. 4 vom 8. März 2024 (act. 22/1) als hinreichende provisorische Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 2 ZGB (act. 25).

Infolge der anerkanntermassen hinreichenden Sicherheit ist die Löschung der bereits erfolgten vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzuordnen (BSK ZGB II-THURNHERR, 5. Aufl. 2015, Art. 839/840 N. 11). Demgemäss ist das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ anzuweisen, das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht – nach Ablauf der Rechtsmittelfrist – zu löschen. Ausserdem ist die Obergerichtskasse entsprechend anzuweisen, wiederum nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist, das Original der Bankgarantie der G.\_\_\_\_\_ AG Nr. 4 vom 8. März 2024 (act. 22/1) an die Gesuchstellerin und das Original der Bankgarantie der G.\_\_\_\_\_ AG Nr. 4 vom 30. Januar 2024 (act. 14/2) an die Nebenintervenientin herauszugeben.

## 6. 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 die Sicherheit nur provisorisch, 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 (gegen die Sicherheit leistende Nebenintervenientin und / oder die Gesuchsgegnerin [als Grundeigentümerin]), liegt in der Verantwortung der Gesuchstellerin.

Die Prosequierfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen. Allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (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.

## 7. 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 103'196.70 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 6'700.– festzusetzen ist.

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.

Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, hat die Gesuchsgegnerin als nicht anwaltlich vertretene Partei Anspruch auf den Ersatz notwendiger Auslagen und in begründeten Fällen auf eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. a und lit. c ZPO). Die Zuspreehung einer Umtriebsentschädigung bedarf einer besonderen Begründung (Urteil BGer 5A\_695/2020 E. 5.1 m.w.H.). Die Gesuchsgegnerin hat keine Umstände dargelegt, welche einen Anspruch auf Auslagenersatz oder eine Umtriebsentschädigung begründen (vgl. act. 11). Der Gesuchsgegnerin ist folglich weder Auslagenersatz noch eine Umtriebsentschädigung zuzusprechen.

Bezüglich der Nebenintervenientin ist festzuhalten, dass diese als Nebenpartei Interessen aus dem Rechtsverhältnis zwischen ihr und der Gesuchsgegnerin wahrt. An diesem Rechtsverhältnis ist die Gesuchstellerin nicht beteiligt, weshalb sich die Zuspreehung einer Parteientschädigung an die Nebenintervenientin nur ausnahmsweise aus Gründen der Billigkeit rechtfertigt (BGE 130 III 571 E. 6). Solche Umstände hat die Nebenintervenientin nicht dargelegt (vgl. act. 12). Es sind auch keine solchen ersichtlich, weshalb ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

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

1. Es wird festgestellt, dass die Nebenintervenientin mit der Bankgarantie der G. \_\_\_\_\_ AG Nr. 4 vom 8. März 2024 (act. 22/1) hinreichende Sicherheit geleistet hat für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.
2. Das Grundbuchamt D. \_\_\_\_\_ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Januar 2024 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen

auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 5, EGRID 3

Plan 2, F. \_\_\_\_\_

für eine Pfandsumme von CHF 103'196.70 nebst Zins zu 5 % seit 10. Dezember 2023.

3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Bankgarantie der der G. \_\_\_\_\_ AG Nr. 4 vom 8. März 2024 (act. 22/1) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Gesuchstellerin herauszugeben.
4. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird weiter angewiesen, die Bankgarantie der der G. \_\_\_\_\_ AG Nr. 4 vom 30. Januar 2024 (act. 14/2) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Nebenintervenientin herauszugeben.
5. Der Gesuchstellerin wird – auch unter Berücksichtigung allfälliger Gerichtsferien – eine Frist bis 10. Juni 2024 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 Gesuchsgegnerin / die Nebenintervenientin die Herausgabe der Sicherheit von der Gesuchstellerin verlangen kann.
6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 6'700.–.
7. Die Kosten werden von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren gemäss Dispositiv-Ziffer 5. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin 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 Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 5 angesetzte Frist zur Anhebung der Klage, hat sie der Gesuchsgegnerin keine Umtriebsentschädigung zu bezahlen.

9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Nebenintervenientin sowie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ und an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich.
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 Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 103'196.70.

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

Zürich, 9. April 2024

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Nadja Kiener