

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE220015-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie Gerichtsschreiberin  
Zoë Biedermann

## Urteil vom 17. Mai 2022

in Sachen

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

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur., LL.M. 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 richterlich anzuweisen, auf dem sich im Eigentum der Beklagten befindlichen Grundstück Kataster 1, Grundbuch Blatt 2, EGRID CH3, E.\_\_\_\_\_, ein Pfandrecht zu Gunsten der Klägerin im Betrag von CHF 270'944.17 zuzüglich Zins zu 5 % seit 11. Februar 2022 **superprovisorisch** und vorläufig einzutragen.

Das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ sei richterlich anzuweisen, auf dem sich im Eigentum der Beklagten befindlichen Grundstück Kataster 1, Grundbuch Blatt 2, EGRID CH3, E.\_\_\_\_\_, ein Pfandrecht zu Gunsten der Klägerin im Betrag von CHF 25'912.03 zuzüglich Zins zu 5 % seit 11. Februar 2022 **superprovisorisch** und vorläufig einzutragen.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlich geschuldeter Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten."

**Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

1. Prozessverlauf

Am 11. Februar 2022 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin hierorts ihr Gesuch mit den vorstehenden Rechtsbegehren ein (act. 1; act. 3/2-11). Mit Verfügung vom 15. Februar 2022 wurde dem Gesuch einstweilen ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin entsprochen und das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ wurde angewiesen, die beantragten Pfandrechte vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um eine Stellungnahme einzureichen (act. 4). Die Anmeldung zum Vollzug im Grundbuch erfolgte am 15. Februar 2022 (act. 7).

Mit Eingabe vom 3. März 2022 verkündete die Gesuchsgegnerin der C.\_\_\_\_\_ AG den Streit. Zudem ersuchte sie um Fristerstreckung (act. 9; act. 10/1-3). Mit Eingabe vom 4. März 2022 ersuchte die C.\_\_\_\_\_ AG um Zulassung als Nebenintervenientin auf Seiten der Gesuchsgegnerin und um Fristerstreckung (act. 11; 13/2). Mit Verfügung vom 7. März 2022 wurde vom Prozessbeitritt der Nebenintervenientin Vormerk genommen und die Fristerstreckungsgesuche wurden gutgeheissen (act. 14). Am 25. März 2022 ersuchte die Nebenintervenientin mit Zustimmung der Gesuchsgegnerin abermals um Fristerstreckung (act. 17; act. 20).

Die Gesuchstellerin gab gleichentags bekannt, weder mit einer weiteren Fristerstreckung noch mit der Stellung einer Sicherheit (Bankgarantie) einverstanden zu sein (act. 16). Mit Verfügung vom 28. März 2022 wurde das Fristerstreckungsgesuch der Nebenintervenientin gutgeheissen (act. 18).

Am 5. April 2022 reichte die Nebenintervenientin eine Bankgarantie ein. Sie beantragte, diese als hinreichende Sicherheit anzuerkennen und die vorläufig eingetragenen Pfandrechte zu löschen (act. 21; act. 22). Mit Verfügung vom 6. April 2022 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Stellungnahme, insbesondere zur angebotenen Sicherheit, angesetzt, unter Androhung von Säumnisfolgen (act. 24). Mit Eingabe vom 7. April 2022 verzichtete die Gesuchsgegnerin auf eine materielle Stellungnahme zur provisorischen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts, unter Verweis auf die von der Nebenintervenientin eingereichte provisorische Bankgarantie (act. 26). Diese Stellungnahme wurde der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 8. April 2022 zugestellt (act. 27). Mit Gesuch vom 12. April 2022 ersuchte die Gesuchstellerin um Fristerstreckung, welchem Gesuch mit Verfügung vom 13. April 2022 entsprochen wurde (act. 29). Die Gesuchstellerin liess sich in-nerst erstreckter Frist nicht mehr verlauten.

## 2. Voraussetzungen zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

### 2.1. Rechtliche Grundlagen

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 Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gegen den jeweiligen 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 Vollen-dung der Arbeiten zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 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. 2022, Rz. 1534 f.). 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.).

## 2.2. Parteistandpunkte

Die Gesuchstellerin führt aus, sie habe auf den Grundstücken der Gesuchsgegnerin Arbeiten erbracht, gestützt auf den Werkvertrag vom 26. Juni 2020 betreffend das Gewerk BKP Nr. 4 Heizungsanlagen. Die letzten Hauptarbeiten seien in der Kalenderwoche 42 vom 18. bis 21. Oktober 2021 erfolgt (act. 1 Rz.11 ff.). Die Gesuchstellerin macht geltend, die Akontozahlung Nr. 7 im Umfang von CHF 99'675.55 (inkl. MWST) und die Schlussrechnung im Betrag von CHF 197'180.67 seien noch nicht beglichen worden. Dies ergebe eine Summe von CHF 296'856.20, welche im Umfang von CHF 270'944.17 dem Grundstück Kataster 1, Grundbuch Blatt 2, EGRID CH3, und im Umfang von CHF 25'912.03 dem Grundstück Kataster 5, Grundbuch Blatt 6, EGRID CH7, zuzuordnen sei (act. 1 Rz.16 ff.).

Die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientin führen aus, dass die Bankgarantie nur provisorisch gestellt werde, sodass die Gesuchstellerin die ordentliche Prosequierungsklage erheben müsse. Aufgrund des im summarischen Verfahren betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts geltenden, massiv herabgesetzten Beweismasses würden sie auf eine detaillierte materielle Stellungnahme verzichten. Sämtliche formellen und materiellen Einreden und Einwendungen würden für das ordentliche Verfahren auf definitive Bestellung der Sicherheit vorbehalten. Sie bestreiten jedoch das Vorliegen der Vergütungsforde-

rung in Höhe und Bestand, die Pfandsumme sowie die Einhaltung der viermonatigen Frist (act. 21 Rz. 6 f.; act. 26 Rz. 3 ff.).

### 2.3. Subsumtion

Die Gesuchstellerin erfüllt die Bauhandwerkereigenschaft, da sie selbständig, d.h. auf eigene Rechnung tätig ist. Durch den schlüssigen, nicht substantiiert bestrittenen Tatsachenvortrag der Gesuchstellerin, den eingereichten Werkvertrag und die Grundbuchauszüge hat die Gesuchstellerin glaubhaft gemacht, dass sie im Auftrag der Nebenintervenientin auf den Grundstücken der Gesuchsgegnerin Arbeiten im Bereich Heizungsanlagen erbracht hat (act. 1 Rz. 11 ff.; act. 3/3-4; act. 3/6). Damit leistete sie pfandberechtigte Arbeiten im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Der Umfang der pfandberechtigten Forderungen wird von der Gesuchstellerin mit total CHF 296'856.20 beziffert, auf die beiden Grundstücke aufgeteilt und ist durch Rechnungen belegt (act. 1 Rz. 16 ff., Rz. 22 f.; act. 3/8-9). Die letzten Hauptarbeiten erfolgten in der Kalenderwoche 42 vom 18. bis 21. Oktober 2021, was aus dem Arbeitsrapport dieser Zeitspanne hervorgeht (act. 1 Rz. 12 f.; act. 3/5). Mit der letzten pfandberechtigten Leistung am 21. Oktober 2021, und der vorläufigen Eintragung im Grundbuch per 15. Februar 2022 ist die Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB gewahrt (act. 4; act. 7).

Zusammengefasst sind die Voraussetzungen der vorsorglichen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts einstweilen glaubhaft gemacht. Zu prüfen bleibt, ob eine (andere) hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB vorliegt.

## 3. Hinreichende Sicherheit

### 3.1. Rechtliche Grundlagen

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/REY, a.a.O., Rz. 1301 f.). Inhaltlich ist die Sicherheit dann hinreichend, wenn sie die Forderung voll und ganz sichert. Die Vergütungsforderung umfasst in der Regel einen Kapitalbetrag und Verzugszinsen. Letztere sind ohne zeitliche Beschränkung pfandberechtigt (SCHUMACHER/REY, a.a.O., Rz. 1226, Rz. 1239 ff.). Bei der Prüfung durch das Gericht gilt das Rügeprinzip. Die Gesuchstellerin hat ihre Einwendungen substantiiert darzulegen (SCHUMACHER/REY, a.a.O., Rz. 1301 m.w.H.).

### 3.2. Parteistandpunkte

Die Nebenintervenientin und die Gesuchsgegnerin führen aus, bei der vorliegenden Bankgarantie handle es sich lediglich um eine provisorische Zahlungsgarantie. Der Zins werde unbefristet gesichert, die Garantie sei lediglich relativ befristet, was zulässig sei und der Gerichtsstand sei E.\_\_\_\_\_, also der Ort der gelegenen Sache. Daher handle es sich um eine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB (act. 21 Rz. 3 ff.; act. 22; act. 26 Rz. 5 f.).

Die Gesuchstellerin gab noch vor Einreichung der Bankgarantie bekannt, nicht mit der Stellung einer Sicherheit einverstanden zu sein (act. 16). Am 12. April 2022 ersuchte sie um Fristansetzung, liess sich im Anschluss jedoch nicht mehr verlauten (act. 29).

### 3.3. Subsumtion

Die Gesuchstellerin hat sich innert erstreckter Frist nicht zur eingereichten Bankgarantie geäußert, was androhungsgemäss als Verzicht auf Stellungnahme zu werten ist (vgl. act. 24 Dispositiv-Ziffer 1). Entsprechend sind die Tatsachenbehauptungen der Gesuchsgegnerin bzw. Nebenintervenientin unbestritten geblieben. Zu prüfen bleibt einzig, ob die Garantie offensichtlich ungenügend ist, was zu bejahen wäre, wenn sie nicht den gesamten Pfandbetrag inkl. Zins sichert (quantitative Elemente der Gleichwertigkeit), absolut oder relativ – mit offensichtlich zu kurzer Reaktionszeit – befristet ist oder die Inanspruchnahme durch die vorgesehenen Modalitäten faktisch verunmöglicht (qualitative Elemente der Gleichwertigkeit; SCHUMACHER/REY, a.a.O., Rz. 1239 ff.).

Die eingereichte Bankgarantie sichert die Forderungssumme inkl. Zins (act. 22 Ziff. 1), sieht relative Befristungen mit nicht offensichtlich unangemessenen Reaktionszeiten vor (act. 22 Ziff. 3) und schafft keine unüberwindbaren Hürden für deren Inanspruchnahme (act. 22 Ziff. 2 und Ziff. 4). Entsprechend ist sie als hinreichende Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB zu qualifizieren.

#### 4. 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 zur Ablösung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts (vgl. act. 21 Rz. 3). 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.

#### 5. Prosequierungsfrist

Die Prosequierungsfrist 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.

#### 6. 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 296'856.20 auszugehen,

wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 5'500.– 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, ist der Gesuchsgegnerin mangels dargelegter Umtriebe keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen (vgl. act. 26). Insoweit die Nebenintervenientin eine Parteientschädigung verlangt, ist daran zu erinnern, dass es sich gemäss bundesgerichtlicher Praxis grundsätzlich nicht rechtfertigt, einer Nebenintervenientin einen Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten einzuräumen. Die Nebenintervenientin mag zwar ein direktes eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens haben; doch ändert dies nichts daran, dass sie mit ihrer Teilnahme am Prozess Interessen wahrnimmt, die im Rechtsverhältnis zwischen ihr und der von ihr unterstützten Gesuchsgegnerin begründet sind, woran die Gesuchstellerin nicht beteiligt ist (vgl. zum Ganzen BGE 130 III 571 E. 6).

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

1. Es wird festgestellt, dass die Nebenintervenientin mit Zahlungsgarantie der F. \_\_\_\_\_ AG Nr. 8 vom 1. April 2022 hinreichende Sicherheit geleistet hat für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten angemeldeten Forderungen.
2. Das Grundbuchamt D. \_\_\_\_\_ wird angewiesen, die aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 15. Februar

2022 vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen

auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2, EGRID CH3,  
für eine Pfandsumme von CHF 270'944.17 zuzüglich Zins zu 5 % seit  
11. Februar 2022;

auf Liegenschaft Kat. Nr. 5, GBBl. 6, EGRID CH7,  
für eine Pfandsumme von CHF 25'912.03 zuzüglich Zins zu 5 % seit  
11. Februar 2022.

3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Bankgarantie der F. \_\_\_\_\_ AG Nr. 8 vom 1. April 2022 (act. 22) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Gesuchstellerin herauszugeben.
4. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 18. Juli 2022 angesetzt, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit anzuhängen, unter der Androhung, dass sonst Verzicht auf die Sicherstellung angenommen wird und die Nebenintervenientin die Herausgabe der Sicherheit von der Gesuchstellerin verlangen kann.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 5'500.–.  
Die weiteren Kosten betragen CHF 205.45 (Rechnung Nr. 9 des Grundbuchamtes D. \_\_\_\_\_ vom 18. Februar 2022).
6. Die Kosten werden von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren gemäss Dispositiv-Ziffer 4. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin 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 Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 4 angesetzte Frist zur Anhebung der Klage, wird

der Gesuchsgegnerin keine Umtriebsentschädigung und der Nebenintervenientin keine Parteientschädigung zugesprochen.

8. 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.
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 296'856.20.

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

Zürich, 17. Mai 2022

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Zoë Biedermann