

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE130353-O

U/ee

Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, sowie die Gerichtsschreiberin Claudia Feier

## Urteil vom 24. Februar 2014

in Sachen

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

Klägerin

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

gegen

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

Beklagte

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 sinngemäss)

1. Das Grundbuchamt C. \_\_\_\_\_ sei anzuweisen, zu Gunsten der Klägerin und zu Lasten des Grundstücks an der ...strasse ..., ..., ..., ... und ..., C. \_\_\_\_\_, Grundbuch Blatt ..., Liegenschaft, Kat.-Nr. ..., ein Bauhandwerkerpfandrecht mit einer Pfandsumme von CHF 166'439.95 nebst Zins zu 5% ab Fälligkeit provisorisch einzutragen.
2. Es sei dem Begehren gemäss Ziff. 1 im Sinne einer superprovisorischen Anordnung ohne Anhörung der Beklagten zu entsprechen.

**Geändertes Rechtsbegehren:**

(act. 16 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt C. \_\_\_\_\_ sei im Sinne von Art. 961 ZGB anzuweisen, zugunsten der Klägerin ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf Liegenschaft Kat.-Nr. ..., GGBl. ...  
...strasse ..., ..., ..., ..., ..., C. \_\_\_\_\_  
für eine Pfandsumme von CHF 140'439.95 nebst Zins zu 5 % wie folgt:
- auf CHF 166'439.95 vom 5. Dezember bis 13. Dezember 2013
  - auf CHF 149'939.95 vom 14. Dezember bis 20. Dezember 2013
  - auf CHF 140'439.95 seit 21. Dezember 2013
- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

1. Prozessverlauf

Die Klägerin machte ihr Gesuch am 5. Dezember 2013 (Datum Eingang) hierorts anhängig (act. 1). Dem Gesuch wurde mit Verfügung vom 5. Dezember 2013 entsprochen und das Grundbuchamt angewiesen, die Pfandsumme im begehrten Umfang einzutragen. Gleichzeitig wurde der Beklagten Frist zur schriftlichen Stellungnahme angesetzt (act. 3). Am 20. Dezember 2013 (Datum Poststempel)

reichte die Beklagte innert erstreckter Frist ihre Stellungnahme zum klägerischen Begehren ein (act. 8). Mit Verfügung vom 23. Dezember 2013 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um sich zu der in der Stellungnahme enthaltenen Unzuständigkeitseinrede zu äussern (act. 10). Die Klägerin nahm mit Eingabe vom 8. Januar 2014 zur Unzuständigkeitseinrede Stellung (act. 12). Mit Verfügung vom 23. Januar 2014 wurde die Klägerin zudem aufgefordert, zu der von der Beklagten behaupteten, nach Klageeinleitung geleisteten Teilzahlung Stellung zu nehmen (act. 14). Die entsprechende Stellungnahme der Klägerin datiert vom 31. Januar 2014 (act. 16). Diese Stellungnahme enthielt eine Änderung des Rechtsbegehrens im Sinne einer Reduktion der Pfandsumme und wurde der Beklagten zugestellt (act. 17).

## 2. Zuständigkeit

2.1. Die Beklagte bestreitet die Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich, da aufgrund einer im Werkvertrag geschlossenen Gerichtsstandsvereinbarung die Gerichte in Höfe bzw. Wollerau ausschliesslich zuständig seien (act. 8 S. 3).

2.2. Gerichtliche Anmeldungen des vorläufigen Grundbucheintrags von Baupfandrechten beim Grundbuchamt sind vorsorgliche Massnahmen. Gemäss Art. 13 ZPO ist für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zwingend das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist oder die Massnahme vollstreckt werden soll, zuständig. Dabei handelt es sich um einen alternativ zwingenden Gerichtsstand (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2011, Ergänzungsband zur 3. Auflage, N. 548 und N. 558). Beim Hauptsachegerichtsstand kann es sich zwar um einen vereinbarten Gerichtsstand handeln. Eine Gerichtsstandsvereinbarung bindet jedoch nur den Grundeigentümer, der zugleich Vertragspartner des klagenden Unternehmers ist. Selbst wenn dies im Einzelfall zutreffen sollte, kann das Gesuch um Anordnung des vorläufigen Grundbucheintrags beim ebenfalls (zwingend) zuständigen Gericht des Vollstreckungsortes, der mit dem Ort der gelegenen Sache (Grundstücksort) identisch ist und nicht durch eine Gerichtsstandsvereinbarung wegbedungen werden kann,

eingereicht werden (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband, a.a.O., N. 560).

2.3. Da sich das Grundstück, auf dem das Pfandrecht eingetragen werden soll, im Kanton Zürich befindet, sind die zürcherischen Gerichte gemäss Art. 13 ZPO für die Anordnung der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts örtlich zuständig. Eine allfällige zwischen der Klägerin und der (nicht mit der Beklagten identischen) Werkbestellerin geschlossene Gerichtsstandsvereinbarung tangiert diese Zuständigkeit nicht. Gestützt auf Art. 6 Abs. 1, 2 und 5 ZPO i.V.m. § 44 und 45 GOG ist auch die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich gegeben. Auf das Begehren der Klägerin um vorsorgliche Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ist somit einzutreten.

### 3. Klagereduktion

Mit Eingabe vom 31. Januar 2014 reduzierte die Klägerin die Pfandsumme gemäss ihrem Rechtsbegehren vom 4. Dezember 2013 zufolge zweier nach diesem Datum erfolgten Zahlungen des Werkbestellers auf CHF 140'439.95 nebst Zinsen (act. 16 S. 2). Dieses Vorgehen ist zulässig.

### 4. Anspruch auf vorläufige Eintragung

4.1. 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 Grundstückes, 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 (Art. 839 Abs. 2 ZGB).

Geht es wie hier lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, so muss die Klägerin ihr Begehren nur glaubhaft machen. An die Glaubhaftmachung sind nach konstanter Lehre und Praxis keine strengen Anforderungen zu stellen:

Die vorläufige Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechtes darf nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechtes ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfalle ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechtes dem ordentlichen Gericht vorzubehalten. Dies gilt namentlich bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 86 I 270; BGE 102 Ia 86; BGE 112 Ib 484; ZOB, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 101(1982) II Halbband S. 158, ZR 79 Nr. 80 Erw. 1; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N 1394 ff.).

4.2. Es ist unbestritten, dass die Klägerin auf dem Grundstück der Beklagten zu einer Baute Material und Arbeit geliefert hat. Unstrittig ist auch, dass im Zeitpunkt der Eintragung die Viermonatsfrist noch nicht abgelaufen ist. Die Beklagte bestreitet jedoch einen Anspruch auf vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts, weil keine Gefährdung des Anspruchs der Klägerin bestehe, zumal das Werk der Klägerin noch gar nicht vollendet sei und deshalb die Viermonatsfrist noch gar nicht begonnen habe (act. 8 S. 4 ff.).

4.3. Beim Bauhandwerkerpfandrecht ergibt sich die Gefährdung des Pfandanspruchs regelmässig aus dem drohenden Ablauf der verhältnismässig kurzen Eintragsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB. SCHUMACHER hielt hierzu (in Bezug auf die Rechtslage vor der Revision) fest, dass selbst wenn die Eintragsfrist noch nicht in den nächsten Tagen abzulaufen drohe, dies während eines mehrwöchigen summarischen Verfahrens der Fall sein könnte, zumal die Frist kurz bemessen sei und der Grundeigentümer versucht sein könnte, das summarische Verfahren in die Länge zu ziehen. Zudem sei zu beachten, dass der Unternehmer gemäss Art. 839 Abs. 1 ZGB bereits nach Vertragsabschluss berechtigt ist, das Baupfandrecht frühzeitig eintragen zu lassen, ohne die Vertragserfüllung und eine Gefährdung seines Vergütungsanspruchs nachzuweisen (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N. 1398). Diesen Ausführungen ist auch unter der Geltung der neuen, um einen Monat verlängerten Eintragsfrist zuzustimmen.

4.4. Die vorliegend relevanten Werkverträge datieren vom 17. Januar 2013 (Plattenarbeiten) und vom 19. Juni 2013 (Fugenabdichtungen). Die Klägerin macht geltend, die Plattenarbeiten seien am 23. August 2013 und die Fugenarbeiten am 24. September 2013 abgeschlossen worden (act. 1). Diese Behauptung wird durch die von der Klägerin eingereichten Urkunden gestützt: Namentlich wurden die Fugenarbeiten am 24. September 2013 und am 11. Oktober 2013 (act. 2/13 und act. 2/16) und die Plattenarbeiten am 28. Oktober 2013 und 14. November 2013 in Rechnung gestellt (act. 2/17 und act. 2/18). Zudem wies die Bauleitung die Klägerin mit E-Mail vom 9. September 2013 darauf hin, dass im Haus ... und ... noch nicht alle Fugen ausgeführt worden seien und dies bis am 18. September 2013 zu erledigen sei. Mit Email vom 10. September 2013 wies die Bauleitung sodann mit Nachdruck darauf hin, dass am 16. und 23. September 2013 Übergaben stattfinden würden, weshalb bis zum 13. September 2013 bzw. 20. September 2013 alles fertigzustellen sei (act. 2/19). Mit diesen Urkunden hat die Klägerin glaubhaft gemacht, dass ihre letzten Arbeiten auf dem Grundstück der Beklagten Ende September 2013 abgeschlossen wurden, zumal an die Glaubhaftmachung keine hohen Anforderungen zu stellen sind. Der Einwand der Beklagten, wonach noch wesentliche funktionale Arbeiten ausstehend seien, vermag daran nichts zu ändern, zumal die Beklagte nur ausstehende Nachbesserungsarbeiten geltend macht, welche überdies eher nebensächlich erscheinen (verstopfte Duschabläufe, zu geringes Gefälle bei Duschabläufen, zu ergänzende Bodenplatten, act. 8 S. 4 ff.).

Mithin hat die Klägerin ihr Gesuch um superprovisorische Eintragung lange nach Vertragsschluss und klar nach Abschluss der Arbeiten eingereicht. Die Eintragsfrist war im Einreichungszeitpunkt schon deutlich fortgeschritten. Diese Konstellation kann nicht mit jener verglichen werden, die dem von der Beklagten ins Feld geführten in ZR 112 (2013) Nr. 50 publizierten Entscheid zugrunde lag. Angesichts der kurzen noch verbleibenden Eintragsfrist hat die Klägerin die Gefährdung ihres Anspruchs hinreichend glaubhaft gemacht.

4.5. Weiter macht die Beklagte geltend, der Werklohn der Klägerin sei noch gar nicht fällig, weshalb die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts rechtsmiss-

bräuchlich sei. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Fälligkeit der Werklohnforderung keine Voraussetzung der Eintragung ist (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N. 473). Dies geht insbesondere auch aus Art. 839 ZGB hervor, der vorsieht, dass das Bauhandwerkerpfandrecht bereits ab Vertragsschluss eingetragen werden kann. Der Einwand der Beklagten ist daher nicht zu hören.

#### 5. Pfandsomme

Die Beklagte bestritt nicht, dass bei Verfahrenseinleitung eine Werklohnforderung von CHF 166'439.95 offen war. Sie bestritt die Höhe der Pfandsomme nur insofern, als sie geltend machte, es sei eine seither geleistete Teilzahlung von CHF 16'500.– unberücksichtigt geblieben (act. 8. S. 8). Die Klägerin bestätigte in ihrer Stellungnahme vom 31. Januar 2014, dass mit Valutadatum vom 13. Dezember 2013 die Akontozahlung von CHF 16'500.– bei ihr eingegangen ist. Darüber hinaus wies sie darauf hin, dass mit Valutadatum vom 20. Dezember 2013 zudem eine weitere Zahlung von CHF 9'500.– eingegangen sei. Die Klägerin führte selber aus, dass sich die offene Werklohnforderung deshalb auf CHF 140'439.95 reduziere (act. 16). Nachdem damit die Einwände der Beklagten bezüglich der Pfandsomme gegenstandslos geworden sind, hat die Klägerin hinreichend glaubhaft gemacht, dass eine offene Werklohnforderung von CHF 140'439.95 besteht.

Hinsichtlich der Verzugszinsen hat die Klägerin ihr Begehren den nach Klageeinleitung geleisteten Teilzahlungen angepasst (act. 16 S. 2). Das neu formulierte Rechtsbegehren ist nicht zu beanstanden.

Die Pfandsomme ist demnach antragsgemäss auf CHF 140'439.95 nebst Zins zu 5 %

- auf CHF 166'439.95 vom 5. Dezember 2013 bis 13. Dezember 2013,
- auf CHF 149'939.95 vom 14. Dezember 2013 bis 20. Dezember 2013 und
- auf CHF 140'439.95 seit 21. Dezember 2013

festzusetzen. Im darüber hinausgehenden Umfang ist das eingetragene Pfandrecht zu löschen.

## 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens sind einstweilen von der Klägerin zu beziehen. Sie sind nach § 4 Abs. 2 und § 8 Abs. 1 GebV OG zu bemessen. Die endgültige Festsetzung und Verteilung der Prozesskosten (inklusive Parteientschädigung) ist dem ordentlichen Gericht vorzubehalten. Für den Fall, dass die Klägerin die ordentliche Klage nicht fristgerecht anhängig macht, sind die Prozesskosten definitiv festzulegen.

6.2. Der der Reduktion der Pfandsumme im klägerischen Begehren zugrundeliegende Sachverhalt stellt entgegen der klägerischen Ansicht keine Teilanerkennung dar. Dieser Schluss könnte höchstens dann gezogen werden, wenn die Beklagte die Zahlungen selber geleistet hätte, die zur Reduktion geführt haben. Da die Teilzahlungen gemäss den Angaben der Klägerin aber vom Werkbesteller geleistet wurden, rechtfertigt es sich nicht von einer Teilanerkennung auszugehen. Vielmehr entspricht die Reduktion der Pfandsumme einem Teilrückzug, welcher es rechtfertigt, die Kosten für den Fall der ausbleibenden Prosequierung vollständig der Klägerin aufzuerlegen und der Beklagten eine Parteientschädigung zuzusprechen.

6.3. Die Beklagte liess sich ausdrücklich durch ihren einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrat vertreten und beantragte eine Entschädigung ihrer Aufwendungen, ohne aber nähere Angaben zu diesen Aufwendungen zu machen (act. 8 S. 2).

Gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO ist in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung zuzusprechen, 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. Die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung für nicht berufsmässig vertretene Parteien stellt eine zu begründende Aus-

nahme dar (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 erscheint indessen angemessen, der Beklagten für den offenkundigen Aufwand für das Aktenstudium und das Verfassen der Eingabe vom 20. Dezember 2013 (act. 8) für den Fall der ausbleibenden Prosequierung eine Umtriebsentschädigung in der Höhe von CHF 1'000.– zuzusprechen.

### **Das Einzelgericht erkennt:**

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ gemäss Verfügung vom 5. Dezember 2013 wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 3 einzuleitenden Prozesses  
auf Liegenschaft Kat. Nr. ...., GBBl. ....,  
...strasse ...., ...., ...., ...., ...., C.\_\_\_\_\_,  
**für eine Pfandsumme von CHF 140'439.95 nebst Zins zu 5 %**
  - **auf CHF 166'439.95 vom 5. Dezember 2013 bis 13. Dezember 2013,**
  - **auf CHF 149'939.95 vom 14. Dezember 2013 bis 20. Dezember 2013****und**
  - **auf CHF 140'439.95 seit 21. Dezember 2013.**
2. Das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung vom 5. Dezember 2013 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht – nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils – im darüber hinausgehenden Umfang zu löschen.
3. Der Klägerin wird eine Frist bis 12. Mai 2014 angesetzt, um direkt beim zuständigen Gericht eine Klage auf Feststellung der Forderung als Pfandsumme und definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Beklagte anzuh-

ben. Bei Säumnis kann die Beklagte beim Handelsgericht Zürich den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 1) löschen lassen.

4. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 3'800.–.
5. Die Gerichtskosten werden von der Klägerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die Klägerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 3 die Klage nicht anhängig macht, wird ihr die Entscheidgebühr definitiv auferlegt.
6. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Klägerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 3 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 1'000.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_.
8. 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 166'439.95.

Zürich, 24. Februar 2014

---

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Claudia Feier