

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE140114-O

U/ei

Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, sowie Gerichtsschreiber David Egger

## Urteil vom 12. Juni 2014

in Sachen

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

Klägerin

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

gegen

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

Beklagte

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- " 1. Das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ sei gerichtlich anzuweisen, zu Gunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten Grundbuchblatt ..., Liegenschaft, Katasternummer ..., ..., in D.\_\_\_\_\_, ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 100'645.95 nebst Zins zu 5% seit 19.03.2014 vorläufig im Grundbuch einzutragen.
2. Das Grundbuchamt E.\_\_\_\_\_ sei gerichtlich anzuweisen, zu Gunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten Liegenschaft, Katasternummer ... / F.\_\_\_\_\_, in F.\_\_\_\_\_, ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 100'645.95 nebst Zins zu 5% seit 19.03.2014 vorläufig im Grundbuch einzutragen.
3. Die unter Ziff. 1 und 2 gestellten Begehren sind gemäss Art. 265 ZPO superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin, gut zu heissen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

**Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

1. Prozessverlauf

Die Klägerin reichte am 10. April 2014 hierorts ein Gesuch um superprovisorische Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten ein (act. 1). Mit Verfügung vom 14. April 2014 (act. 4) wurde dem Gesuch entsprochen und die Eintragung der verlangten Bauhandwerkerpfandrechte für eine Pfandsumme von je CHF 100'645.95 nebst Zins zu 5 % seit 19. März 2014 einstweilen angeordnet. Gleichzeitig wurde der Beklagten Frist zur Stellungnahme zu den klägerischen Begehren angesetzt. Innert Frist reichte die Beklagte ihre Stellungnahme samt Beilagen am 6. Mai 2014 (Datum Poststempel; act. 10; act. 11) ein. Die Klägerin reichte in der Folge mit Eingabe vom 13. Mai 2014 eine unaufgeforderte Stellungnahme samt Beilagen ein (act. 13 und act. 14). Diese Eingabe samt Beilagen wurde der Beklagten zugestellt (Prot. S. 5).

## 2. Parteibehauptungen

### 2.1. *Klägerin*

Die Klägerin beantragte superprovisorisch die vorläufige Eintragung der folgenden Bauhandwerkerpfandrechte:

- auf der Liegenschaft Grundbuchblatt ..., Katasternummer ..., ..., ..., D.\_\_\_\_\_, ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 100'645.95 nebst Zins zu 5% seit 19.03.2014;
- auf der Liegenschaft, Katasternummer ... / F.\_\_\_\_\_, in F.\_\_\_\_\_, ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 100'645.95 nebst Zins zu 5% seit 19.03.2014.

Zur Begründung ihres Anspruchs machte die Klägerin im Wesentlichen geltend (act. 1 S. 3 ff.), die Beklagte sei Eigentümerin der Liegenschaften, auf welchen der B1.\_\_\_\_\_ betrieben werde. Im Zusammenhang mit der Anschaffung von neuen Flugzeugen müssten nördlich von Dock ... neue Standplätze realisiert werden. Neben den Standplätzen werde auch ein neuer Rollweg zur Erschliessung der Standplätze realisiert. Dazu kämen Flächen für Handling und Abfertigungsaktivitäten. Gemäss Bauprojektinformation der Beklagten im Internet seien bei ca. 25'000 m<sup>2</sup> befestigter Fläche Asphalt eingebaut worden. Mit den beschriebenen Arbeiten sei die ARGE ... B1.\_\_\_\_\_, c/o G.\_\_\_\_\_ AG, beauftragt worden. Die ARGE ... B1.\_\_\_\_\_ habe ihrerseits für die Ausführung der Belagsarbeiten die H.\_\_\_\_\_ AG, ..., beauftragt. Der entsprechende Werkvertrag liege der Klägerin als Subunternehmerin nicht vor. Die H.\_\_\_\_\_ AG habe den für die Belagsarbeiten erforderlichen Asphalt bei der Klägerin herstellen lassen. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2013 sei eine entsprechende Auftragsbestätigung ausgestellt worden, wonach insgesamt 8'635 t Asphalt (Tragschicht, Bindschicht, Deckschicht) für insgesamt CHF 627'270.00 herzustellen und zu liefern seien. Die Klägerin habe auftrags- und vereinbarungsgemäss den bestellten Asphalt hergestellt. Der Transport vom Werk der Klägerin zur Baustelle sei durch ein Drittunternehmen erfolgt. Bisher seien 2'234 t in Etappen hergestellt und abgeliefert worden. Die bislang letzte Teillieferung sei am 17. Dezember 2013 erfolgt. Noch nicht hergestellt und gelie-

fert seien 6'401 t. Die bisherigen Lieferungen seien seitens der Klägerin der H.\_\_\_\_\_ AG gegenüber mit vier Einzelrechnungen verrechnet worden. Keine dieser Rechnungen sei bislang bezahlt worden, so dass ein Betrag von CHF 167'743.25 offen sei.

Die Klägerin sei ein im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenes Unternehmen, welches Asphalt für Strassenbelag herstelle. Der von der Klägerin hergestellte und abgelieferte Asphalt sei, wie bei allen Belagsmaterialien, auf die spätere, vorgesehene Verwendung hin speziell hergestellt worden. Der hier hergestellte (und noch herzustellende) Asphalt sei konkret für den Belag auf der Baustelle B.\_\_\_\_\_ in ihrem eigenen Werk I.\_\_\_\_\_, ..., produziert worden. Die Herstellung von Asphalt erfolge nach Rezeptur und jeweils fortlaufend am Tag, an welchem dieser im Werk – noch warm – abgeholt werde. Die Leistung der Klägerin sei damit durch das Bauhandwerkerpfand geschützt. Gemäss Auftragsbestätigung vom 23. Oktober 2013 seien 8'635 t Asphalt bestellt worden. Bislang seien 2'234 t geliefert worden. Die Arbeiten der Klägerin seien damit grundsätzlich noch gar nicht vollendet, so dass die Viermonatsfrist noch nicht zu laufen begonnen habe. Die einstweilen letzte Lieferung von Asphalt sei am 17. Dezember 2013 erfolgt. Selbst wenn auf diese Teillieferung abgestellt würde, sei die Viermonatsfrist mit heutiger Eingabe gewahrt.

Ferner hat die Klägerin in ihrer unaufgeforderten Stellungnahme vom 13. Mai 2014 die Herstellung des Asphalts genauer belegt (act. 13; act. 14).

## 2.2. *Beklagte*

Die Beklagte beantragt die Abweisung des klägerischen Gesuchs vom 10. April 2014 (act. 10 S. 3 ff.). Die Beklagte habe mit Datum vom 25. Januar resp. 8. Februar 2014 einen Werkvertrag mit der ARGE ... B1.\_\_\_\_\_ (B1.\_\_\_\_\_), bestehend aus der G.\_\_\_\_\_ AG und J.\_\_\_\_\_ – ... (ebenfalls eine ARGE), abgeschlossen. Inhalt des Vertrages stellten im Wesentlichen Bauarbeiten für die K.\_\_\_\_\_, d.h. neue Standplätze in Beton inkl. deren Erschliessung dar. Für die Ausführung der Arbeiten betreffend Schwarzbeläge habe die ARGE ... B1.\_\_\_\_\_ den Beizug der Firma H.\_\_\_\_\_ AG, ... (als Subunternehmerin), angezeigt. Es sei weiter davon

auszugehen, dass die H. \_\_\_\_\_ AG und die Klägerin ein Vertragsverhältnis betreffend Mischgutlieferung (Trag-, Binde- und Deckschicht) eingegangen seien. Soweit die Beklagte jedoch nicht Partei in den vorerwähnten Rechtsbeziehungen sei, könne sie mangels Kenntnis zum Inhalt allfällig abgeschlossener Verträge nicht substantiiert Stellung nehmen.

Die Beklagte beantragt insbesondere aus zwei Gründen die Abweisung des klägerischen Gesuchs: Erstens sei nicht belegt, dass die Klägerin den Asphalt (selber) hergestellt habe und dieser geliefert worden sei. Zweitens könne – selbst unter der Annahme, die Klägerin habe den Asphalt selber hergestellt und anschliessend durch ein Drittunternehmen liefern lassen – die Klägerin für die Herstellung von Asphalt kein Bauhandwerkerpfandrecht geltend machen, da es sich bei dem Asphalt um eine vertretbare Sache handle und die Klägerin somit als Baulieferantin oder Zulieferantin zu bezeichnen sei und nicht als Unternehmerin im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB (act. 10 S. 3 f.).

### 3. Rechtliches und Würdigung

#### 3.1. *Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts*

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts für Forderungen von Handwerkern und Unternehmern, die zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks, selbst wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind (siehe BGE 92 II 227; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N 869 ff.).

Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollen-  
dung der Arbeiten zu geschehen und darf nur erfolgen, wenn die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist (Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB). Da bis zur rechtskräftigen gerichtlichen Feststellung von Pfandberechti-

gung und Pfandsumme in der Regel mehr als vier Monate vergehen, ist zum Schutz der Handwerker und Unternehmer die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vorgesehen. Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO obliegt es dem Handwerker oder Unternehmer als gesuchstellender Partei, seinen Pfandanspruch sowie dessen Gefährdung durch den drohenden Ablauf der Verwirkungsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB und damit auch die zeitliche Dringlichkeit glaubhaft zu machen, worüber das Gericht im summarischen Verfahren zu entscheiden hat (Art. 961 ZGB; Art. 248 lit. d sowie Art. 249 lit. d Ziff. 5 und 11 ZPO). Unter der "besonderen Dringlichkeit" ist insbesondere die zeitliche Dringlichkeit zu verstehen. Dieses Kriterium ist bereits erfüllt, wenn der baldige Ablauf der gesetzlichen (nicht erstreckbaren) Verwirkungsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB bevorsteht und deshalb der rasche Verlust des Pfandanspruchs droht (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl., N 593, N 599).

Geht es wie im vorliegenden Verfahren lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, so muss die Klägerin ihr Begehren nur *glaubhaft* machen. Die besondere Interessenlage gebietet dabei, dass an die Glaubhaftmachung keine strengen Anforderungen gestellt werden, weil die Bewilligung, sofern das Pfandrecht im nachfolgenden ordentlichen Prozess nicht anerkannt wird, für den Grundeigentümer nur eine vorübergehende Belastung seiner Liegenschaft zur Folge hat, die er zudem durch Leistung einer hinreichenden Sicherheit vermeiden kann (Art. 839 Abs. 3 ZGB). Demgegenüber kann ein fälschlicherweise verweigerter Eintrag in der Regel nicht mehr nachgeholt werden, weil der Baugläubiger das Pfandrecht wegen der kurzen Verwirkungsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB im Falle der Verweigerung der vorläufigen Eintragung endgültig verliert, da die Frist in der Zwischenzeit meist abgelaufen sein wird. Nach konstanter Lehre und Praxis dürfen deshalb keine strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden. Die vorläufige Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts darf nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfalle ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen bzw. die aufgrund einer superprovisorischen Verfügung bereits erfolgte vorläufige Eintragung zu bestätigen und der Entscheid über die Berechtigung des Baupfandrechts dem Hauptprozess betreffend definitive Eintragung zu überlassen

(BGE 86 I 265 E. 3 S. 268; BGE 102 Ia 81 E. 2.b.bb S. 268; BGE 112 Ib 482 E. 3.b S. 483; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N 1394 ff.).

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die von der Klägerin behaupteten, für einen Pfandanspruch erforderlichen Tatsachen glaubhaft gemacht sind.

### 3.2. *Grundeigentümerin*

Beklagte Partei bei Begehren um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist stets die Grundeigentümerin. Keine Rolle spielt dabei, wer dem Unternehmer den Auftrag zum Bauen erteilt hat. Da die Klägerin glaubhaft macht, dass sie im Zusammenhang mit den im Alleineigentum der Beklagten stehenden Grundstücken (act. 3/2a; act. 3/2b) Asphalt hergestellt hat, ist die Passivlegitimation der Beklagten zu bejahen.

### 3.3. *Grundstücke im Verwaltungsvermögen*

3.3.1. Vorliegend ist zwischen den Parteien strittig, ob es sich bei den Grundstücken der Beklagten um Grundstücke im Verwaltungsvermögen i.S.v. Art. 839 Abs. 4 ZGB handelt (act. 1 S. 4; act. 10 S. 2). Die Klägerin führt aus, dass – da für sie die Rechtslage in Bezug auf die Frage, ob es sich bei den beiden mit einem Bauhandwerkerpfandrecht zu belegenden Grundstücke um Verwaltungsvermögen im Sinne von Art. 839 Abs. 4 ZGB handle, einstweilen noch unklar sei – sie mit Schreiben vom 17. März 2014 der Beklagten vorsorglich die Geltendmachung der einfachen Bürgschaft gemäss Art. 839 Abs. 4 ZGB in Verbindung mit Art. 495 OR angezeigt habe. Denn immerhin sei es denkbar, dass die betroffenen Grundstücke Verwaltungsvermögen darstellten, weil deren Nutzung im öffentlichen Interesse stehe. Solange die Frage, ob die Grundstücke Verwaltungsvermögen darstellten, nicht geklärt sei, könne der Unternehmer gleichzeitig auch die vorläufige Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch verlangen, was mit dem vorliegenden Gesuch erfolge (act. 1 S. 4).

3.3.2. Ist – wie vorliegend – zwischen den Parteien strittig (act. 1 S. 4; act. 10 S. 2), ob das fragliche Grundstück Gegenstand des Verwaltungsvermögens des betreffenden Gemeinwesens ist, können die Handwerker oder Unternehmer (und

insb. die Subunternehmer) gemäss Art. 839 Abs. 5 ZGB bis spätestens vier Monate nach Vollendung der Arbeit die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts verlangen. Daraus folgt, dass die ungeklärte Zugehörigkeit des Grundstücks (Verwaltungs- oder Finanzvermögen) alleine – bzw. das Argument des Gemeinwesens, es handle sich um Verwaltungsvermögen – der provisorischen Eintragung nicht entgegen steht. Anders verhält es sich jedoch mit der definitiven Eintragung. Diese ist grundsätzlich nur dann möglich, wenn es sich um ein Grundstück im Finanzvermögen handelt (HOFSTETTER/THURNHERR, in: BSK-ZGB II, Basel 2011, N 42j zu Art. 839/840 ZGB).

3.3.3. Da vorliegend zwischen den Parteien strittig ist, ob es sich bei den mit Bauhandwerkerpfandrechten zu belegenden Grundstücken um Grundstücke im Verwaltungsvermögen i.S.v. Art. 839 Abs. 4-6 ZGB handelt (act. 1 S. 4; act. 10 S. 2), kann der Bauhandwerker eine vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts verlangen.

#### 3.4. *Pfandgeschützte Bauleistung*

3.4.1. Ferner ist zwischen den Parteien umstritten, ob der Asphalt, welchen die Klägerin für die Bauarbeiten auf den beklaglichen Grundstücken hergestellt hat, eine pfandgeschützte Bauleistung i.S.v. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB darstellt.

3.4.2. Die Klägerin macht – wie bereits ausgeführt wurde – geltend, sie habe pfandgeschützte Bauleistungen erbracht, da der hergestellte und abgelieferte Asphalt – wie bei allen Belagsmaterialien – auf die spätere, vorgesehene Verwendung hin speziell hergestellt worden sei. Der hier hergestellte (und noch herzustellende) Asphalt sei konkret für den Belag auf der Baustelle B.\_\_\_\_\_ in ihrem eigenen Werk I.\_\_\_\_\_, ..., produziert worden. Die Herstellung von Asphalt erfolge nach Rezeptur und jeweils fortlaufend am Tag, an welchem dieser im Werk (noch warm) abgeholt werde. Die Leistung der Klägerin sei damit durch das Bauhandwerkerpfand geschützt (act. 1 S. 6).

Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerin baupfandberechtigte Leistungen erbracht habe. Sie führt insbesondere aus, dass – selbst unter der Annahme, die

Klägerin habe den Asphalt selber hergestellt und anschliessend durch ein Drittunternehmen liefern lassen – zu bemerken sei, dass hierfür kein Bauhandwerkerpfandrecht geltend gemacht werden könne. Den Einbau von Asphalt durch die Klägerin behaupte diese nicht. Beim Asphalt gemäss Auftragsbestätigung vom 23. Oktober 2013 handle es sich um vertretbare Sachen. Die verschiedenen Asphalttypen seien standardisierte Produkte. Asphalte würden als Bauprodukte im Sinne des Bundesgesetzes über Bauprodukte (BauPG; SR 933.0) gelten. Jeder Asphalttyp sei vor einem Inverkehrbringen einer technischen Zulassung zu unterziehen, welche die Einhaltung der bezeichneten massgeblichen technischen Normen überprüfe (vgl. Art. 4 und 5 BauPG). Mit der Erstprüfung gelte der Asphalt als "zugelassen" im Sinne der Norm SN 640 431-20-NA. Hinsichtlich des Asphaltmischgutes resp. der Mischgutanforderungen bestünden ebenfalls entsprechende Normen mit festgelegten Anforderungen (vgl. SN 640 431-X-NA). Es handle sich daher um Grundmaterialien oder allenfalls um Serienprodukte. Die Klägerin sei somit als Baulieferantin oder Zulieferantin zu bezeichnen und nicht als Unternehmerin im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Der Umstand, dass die Klägerin den Asphalt gegebenenfalls tatsächlich selber "hergestellt" resp. aus Einzelkomponenten wie Sande, Kiese, Splitte, Bitumen etc. abgemischt habe, ändere nichts daran, dass es sich um nicht pfandberechtigtes Baumaterial handle. Jedenfalls könne nicht die Rede davon sein, dass der Asphalt z.B. ähnlich einer Stahlkonstruktion aufgrund konkreter Planvorgaben individuell (für ein spezifisches Bauvorhaben) extra habe erstellt werden müssen (act. 10 S. 4 f.).

3.4.3. Dreht sich der Streit der Parteien wie vorliegend um Materiallieferungen, sind diese Leistungen nur pfandgeschützt, wenn sie einen eindeutigen Bezug zum konkreten Bauwerk aufweisen, diesem individuell angepasst und damit spezifisch auf genau dieses ausgerichtet sind. Dies bedeutet, dass grundsätzlich reine Materiallieferungen, d.h. der Verkauf von vertretbaren Sachen, keine pfandgeschützten Leistungen darstellen. Sind Materiallieferungen hingegen mit spezifischen (vom Lieferanten erbrachten) Bauarbeiten verbunden oder werden die Objekte gar mit dem Grundstück fest verbunden, liegt eine geschützte Bauleistung vor. Gleiches gilt, wenn es sich um Gegenstände handelt, die gemäss individueller Bestellung eigens angefertigt werden. In diesem Fall ist es ohne Be-

deutung, ob damit spezifische Bauarbeiten verbunden sind (HOFSTETTER/THURNHERR, in: BSK-ZGB II, Basel 2011, N 6 zu Art. 839/840 ZGB).

3.4.4. Vorliegend ist daran zu erinnern (Erwägung 3.1), dass die vorläufige Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts nur dann verweigert werden darf, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfalle ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen bzw. die aufgrund einer superprovisorischen Verfügung bereits erfolgte vorläufige Eintragung zu bestätigen und der Entscheid über die Berechtigung des Baupfandrechts dem Hauptprozess betreffend definitive Eintragung zu überlassen (vgl. vorstehend Ziff. 3.1). Die Klägerin vermag vor diesem Hintergrund gestützt auf die von ihr eingereichten Urkunden glaubhaft zu machen, dass sie den Asphalt auf die spätere, vorgesehene Verwendung auf den Grundstücken der Beklagten hin im eigenen Werk I.\_\_\_\_\_ speziell hergestellt hat. Die Herstellung von Asphalt erfolgte dabei nach Rezeptur und jeweils fortlaufend am Tag, an welchem dieser im Werk – noch warm – abgeholt wurde und anschliessend auf den Grundstücken der Beklagten sofort eingebaut wurde (act. 1 S. 5 ff.; act. 3/7-12; act. 13 S. 1 ff.; act. 14). Folglich erscheint es nicht als ausgeschlossen oder nicht höchst unwahrscheinlich, dass die Klägerin eine pfandberechtigte Leistung i.S.v. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB erbracht hat.

### 3.5. Pfandsumme

3.5.1. Nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB wird die Pfandsumme durch die vertragsgemässe Vergütungsforderung des Unternehmers bestimmt. Die Vergütung wird im Austausch mit Bauarbeiten geleistet. Ob der Unternehmer Anspruch auf ein Entgelt für die Bauarbeiten besitzt, beurteilt sich nach dem vereinbarten Vertragsinhalt (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N 440 f.).

3.5.2. Die Beklagte ist vorliegend nicht Vertragspartei der Klägerin. Die Klägerin hat vielmehr im Rahmen von Bauarbeiten im Zusammenhang mit dem Dock ... des B1.\_\_\_\_\_ Asphalt für eine Subunternehmerin der Beklagten, die H.\_\_\_\_\_ AG, geliefert (act. 1 S. 5). Die Klägerin hat der H.\_\_\_\_\_ AG dabei mit Schreiben vom 23. Oktober 2013 die Herstellung von insgesamt 8'635 t Asphalt

für CHF 627'270.– bestätigt (act. 1 S. 5). Die Beklagte bestreitet grundsätzlich nicht, dass die Klägerin mit der H.\_\_\_\_\_ AG ein Vertragsverhältnis einging (act. 10 S. 3).

Die Klägerin vermag glaubhaft zu machen, dass sie bis zum heutigen Zeitpunkt den bestellten Asphalt auftrags- und vereinbarungsgemäss hergestellt hat und dieser auf die betreffenden Grundstücke der Beklagten geliefert wurde. Der Transport vom Werk der Klägerin zur Baustelle erfolgte dabei durch ein Drittunternehmen. Die Klägerin vermag ferner glaubhaft zu machen, dass bisher 2'234 t Asphalt in Etappen hergestellt (und abgeliefert) wurde (act. 1 S. 5 ff.; act. 3/7-12; act. 13 S. 1 ff.; act. 14).

Die Klägerin vermag schliesslich glaubhaft zu machen, dass sie ihre Leistungen der H.\_\_\_\_\_ AG gegenüber mit vier Einzelrechnungen verrechnet hat und keine dieser Rechnungen bislang bezahlt wurden, so dass ein Betrag von CHF 167'743.25 noch offen ist. Daraus resultiert der von der Klägerin geltend gemachte Forderungsbetrag. Damit hat die Klägerin glaubhaft gemacht, dass sie insgesamt Arbeiten im Wert von CHF 167'743.25 erbracht hat, womit die Pfandsumme bestimmt ist. Der angebehrte Zins ist zwischen den Parteien unbestritten. Der Entscheid über das tatsächliche Bestehen der Vergütungsforderung der Klägerin bleibt dem Hauptprozess im ordentlichen Verfahren vorbehalten. Die Frage, ob die Arbeiten erwiesenermassen im behaupteten Umfang erbracht und erforderlich waren und vertraglich tatsächlich geschuldet waren, ist im vorliegenden summarischen Verfahren nicht zu prüfen.

### 3.6. *Wahrung der Viermonatsfrist*

3.6.1. Eine negative Voraussetzung für das Bauhandwerkerpfandrecht ist die Nichtverwirkung der viermonatigen Eintragsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB. Für den Beginn der Viermonatsfrist ist auf die letzte verrichtete, objektspezifische Bauarbeit abzustellen, welche noch als Vollendungsarbeit gilt, was bedeutet, dass sie zur Vollendung unerlässlich sein muss (FREY, in: Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl. 2011, Art. 839 N 1).

3.6.2. Die Klägerin macht vorliegend glaubhaft geltend, dass sie mit der Herstellung von insgesamt 8'635 t Asphalt beauftragt worden ist und bislang 2'234 t hergestellt und abgeliefert hat. Die Arbeiten der Klägerin sind damit grundsätzlich noch gar nicht vollendet, so dass die Viermonatsfrist noch nicht zu laufen begonnen hat. Selbst wenn aber die einstweilen letzte Lieferung von Asphalt am 17. Dezember 2013 erfolgt wäre und auf diese Teillieferung abgestellt würde, ist die Viermonatsfrist mit der klägerischen Eingabe vom 10. April 2014 (act. 1 S. 6) und der anschliessenden superprovisorischen Eintragung der verlangten Bauhandwerkerpfandrechte am 14. April 2014 gewahrt. Denn mit ihrem Lieferschein vom 17. Dezember 2013 (act. 3/8) kann die Klägerin glaubhaft machen, dass sie zumindest an diesem Datum noch Asphalt hergestellt hat und diesen liefern liess. Bilden die pfandberechtigten Leistungen der Klägerin – wie vorliegend – eine funktionelle Einheit, rechtfertigt sich für sämtliche Teillieferungen ein einheitlicher Fristbeginn. Die Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB ist damit gewahrt.

### *3.7. Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte auf unterschiedlichen Grundstücken*

3.7.1. Die Klägerin rechtfertigt ihre Begehren um Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten auf zwei unterschiedlichen Grundstücken der Beklagten wie folgt:

3.7.2. Die Klägerin macht geltend, die Rechnungen für den hergestellten und gelieferten Asphalt beliefen sich auf CHF 167'743.25. Dieser Asphalt sei für die oben beschriebene Baustelle auf dem B1.\_\_\_\_\_ verwendet worden. Die Baustelle erstrecke sich über die beiden Grundstücke Katasternummer ... / D.\_\_\_\_\_ und ... / F.\_\_\_\_\_. Grundsätzlich verhalte es sich nach dem Mehrwertprinzip so, dass die Vergütungsforderung eines Unternehmens nur soweit pfandberechtigt sei, als die Leistungen dem belasteten Grundstück einen Mehrwert verschafften. Dies habe zur Folge, dass grundsätzlich das Bauhandwerkerpfandrecht auf demjenigen Grundstück einzutragen sei, auf welchem der Mehrwert entstanden sei. Für den Unternehmer bzw. Subunternehmer, welcher nie auf der Baustelle selber tätig gewesen sei, wie dies bei der Klägerin der Fall sei, bestehe die Schwierigkeit darin, dass sie keine Kenntnisse davon habe, wo die Unternehmerin (Bestellerin des

Asphalts, H. \_\_\_\_\_ AG) den Asphalt tatsächlich eingebaut habe. Es müsse im weiteren Verfahren an Hand von Bauprotokollen genau geprüft werden, wo der bisher hergestellte Asphalt eingebaut worden sei. In der Lehre werde zur Behebung dieses Problems empfohlen, jede einzelne Pfandsumme um 10-20% zu erhöhen und eine entsprechende vorläufige Eintragung zu beantragen. Die Rechtsprechung habe in einzelnen Fällen sogar die gesamte unbezahlte Vergütungsforderung des Unternehmers allen Grundstücken einer Gesamtüberbauung vorläufig belastet. Gemäss mündlicher Auskunft des zuständigen Bauleiters der Arge ... B1. \_\_\_\_\_, Herr L. \_\_\_\_\_, c/o G. \_\_\_\_\_ AG, sei der Asphalt in etwa zu gleichen Teilen auf den beiden genannten Grundstücken eingebaut worden. Da es sich dabei um eine zwar kompetente, aber einstweilen nur mündliche Aussage handle, werde einstweilen beantragt, dass die gesamte Pfandsumme von CHF 167'743.25 mit je einem Sicherheitszuschlag von 20%, total somit je CHF 100'645.95 auf beiden von der Baustelle betroffenen Grundstücken vorläufig eingetragen werde. Dieses Vorgehen habe zwar zur Folge, dass die Summe des Bauhandwerkerpfandrechtes um 40% höher sei als die unbezahlten Rechnungen der Klägerin. Nach der Vormerkung im Grundbuch würden die Pfandsummen selbstverständlich abgestimmt und entsprechend berichtigt. Es sei im weiteren Verfahren anhand von Baustellenprotokollen nachzuvollziehen, in welchem Umfang der Asphalt auf dem einen und auf dem anderen Grundstück verbaut worden sei; dementsprechend sei die Pfandsumme in Teilpfandsummen aufzuteilen und auf den beiden Grundstücken zu korrigieren. Einstweilen und innert der kurzen zur Verfügung stehenden Zeit sei es aber für die Klägerin, welche auf der Baustelle selber nicht tätig gewesen sei, schlicht unmöglich zu beurteilen, auf welchem Grundstück exakt wieviel Asphalt für welche Pfandsumme eingebaut worden sei. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich einstweilen, die hälftige Pfandsumme mit einem 20%-Zuschlag auf beiden Grundstücken einzutragen. Ein Gesamtpfandrecht existiere im Bauhandwerkerpfandrecht nicht. Die Bereinigung der Pfandsummen könne im summarischen Verfahren korrigiert werden, im superprovisorischen Vollzug des Gesuches sei aber die angemeldete Forderung mit entsprechendem Zuschlag auf den Grundstücken als Bauhandwerkerpfand einzutragen. Dies insbesondere auch deshalb, weil eine Erhöhung der Pfandsumme nach Ab-

lauf der Viermonatsfrist nicht mehr möglich sei und damit die Klägerin ungebührlich benachteiligt würde (act. 1 S. 7).

Die Beklagte bestreitet diese Ausführungen der Klägerin pauschal (act. 10 S. 5).

3.7.3. Die Klägerin zitiert zur Begründung der Ermittlung der Teilpfandsummen SCHUMACHER (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, N 848 ff.). Gemäss der Lehrmeinung von SCHUMACHER sind die Teilpfandsummen ferner nach der Vormerkung im Grundbuch gegenseitig abzustimmen und entsprechend zu berichtigen, z.B. aufgrund von Akten (Ausmassprotokolle und Regierapporte), von Zeugenaussagen, einer Expertise usw. Bereits in den summarischen Verfahren betreffend vorläufige Eintragungen oder spätestens in den Hauptprozessen um die definitiven Eintragungen der Baupfandrechte seien die Teilpfandsummen für die einzelnen Grundstücke der Gesamtüberbauung zu ermitteln und die vorgemerkten Teilpfandsummen entsprechend zu berichtigen, d.h. die zu hohen Teilpfandsummen herabzusetzen. Da zu niedrige Teilpfandsummen für einzelne Grundstücke nach Ablauf der Frist des Art. 839 Abs. 2 ZGB nicht mehr erhöht werden könnten, seien die Vormerkungen nur vorläufige und damit vorübergehende Belastungen, die von den Grundeigentümern anfänglich in Kauf genommen werden müssten. Da jedoch Prozesse um die definitive Eintragung von Baupfandrechten gelegentlich viele Jahre dauern könnten und das Recht der Grundeigentümer, die Baupfandrechte durch genügende Sicherheiten abzulösen, nicht übermässig erschwert werden solle, sollten die Teilpfandsummen bereits in den summarischen Verfahren betreffend vorläufige Eintragungen und nicht erst in darauf folgenden Hauptprozessen bereinigt werden. Ob eine frühere oder spätere Bereinigung zumutbar sei, müsse aufgrund der Umstände des Einzelfalls entschieden werden. Dabei und auch bei der Verlegung der Gerichts- und Anwaltskosten sei zu berücksichtigen, wer ausschliesslich oder überwiegend die Unsicherheiten der Abgrenzung der Teilpfandsummen zu vertreten habe: der Unternehmer, welcher nicht innert angemessener Frist zuverlässige Abrechnungen über jedes einzelne Bauwerk vorlegen konnte, oder die betroffenen Grundeigentümer, die nicht selber als Bauherren in ihren Verträgen (d.h. in ihren direkten Verträgen mit den Unternehmern oder im Generalunternehmerver-

trag) oder als neue Eigentümer mit dem Verkäufer transparente Verhältnisse geschaffen hätten. Der oder die Grundeigentümer könne/könnten vor oder nach den Vormerkungen im Grundbuch bei der Ermittlung der Teilpfandsummen mitwirken (z.B. durch gegenseitig abgestimmte Anerkennungserklärungen) und damit bewirken, dass die definitiven Teilpfandsummen rasch festgelegt und dementsprechend im Grundbuch eingetragen bzw. berichtigt werden könnten (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, N 851).

3.7.4. Vorliegend rechtfertigt es sich, die vorzumerkenden Teilpfandsummen einstweilen bei den Teilpfandsummen im Sinne der Verfügung vom 14. April 2014 zu belassen. Die Beklagte hat in keiner Weise dazu beigetragen, bei der Ermittlung der Teilpfandsummen mitzuwirken. Ferner konnte sich die Klägerin auch auf keine neuen Urkunden der Beklagten stützen, welche es ihr ermöglicht hätten, eine Abstimmung der Teilpfandsummen vornehmen zu können. Die Ermittlung der Teilpfandsummen ist daher dem späteren Hauptprozess um definitive Eintragung der Pfandrechte vorzubehalten.

#### 4. Fazit

Da sämtliche Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts erfüllt sind, sind die mit Verfügung vom 14. April 2014 (act. 4) erfolgten einstweilige Anweisungen an das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ und an das Grundbuchamt E.\_\_\_\_\_ als vorläufige Eintragungen im Sinne von Art. 961 ZGB für eine Pfandsumme von je CHF 100'645.95 nebst Zins zu 5 % seit 19. März 2014 zu bestätigen. Der Klägerin ist eine Frist anzusetzen, um direkt beim zuständigen Gericht eine Klage auf Feststellung der Forderung als Pfandsumme und definitive Eintragung der Pfandrechte gegen die Beklagte anzuheben. Diese Fristansetzung ist gerichtsüblich auf 60 Tage anzusetzen.

#### 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Kosten des vorliegenden Verfahrens (berechnet in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 und § 8 Abs. 1 GebV OG; Streitwert: CHF 201'291.90) sind einstweilen von der Klägerin zu beziehen. Sie sind aufgrund des erheblichen Begründungsauf-



4. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 8'500.–.  
Die weiteren Kosten betragen: CHF 56.30 (Rechnung Nr. ... des Grundbuchamtes C.\_\_\_\_\_ vom 15. April 2014).
5. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 4 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, werden ihr die Kosten 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 Umtriebsentschädigung von CHF 1'000.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die beiden Grundbuchämter C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ sowie an die Obergerichtskasse.
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 201'291.90.

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

Zürich, 12. Juni 2014

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

David Egger