

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE160228-O

U/ee

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, sowie Gerichtsschreiber  
Rafael Rutgers

## Urteil vom 6. Juni 2016

in Sachen

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

Klägerin

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

gegen

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

Beklagte

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

### **Rechtsbegehren:**

(act. 1)

- " 1. Es sei das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_-Strasse ..., C.\_\_\_\_\_, im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme anzuweisen, zulasten des Grundstücks Kat. Nr. ..., GBBl. ..., E.\_\_\_\_\_, vorläufig ein Bauhandwerkerpfandrecht einzutragen für eine Pfandsumme von CHF 76'234.80 nebst Zins zu 5 % seit 24. Mai 2016.
2. Es sei die Eintragung bereits superprovisorisch ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin anzuordnen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

### **Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

#### 1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 24. Mai 2016 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin das vorliegende Gesuch mit obigem Rechtsbegehren hierorts ein (act. 1). Mit Verfügung vom 26. Mai 2016 wurde dem Gesuch der Klägerin einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen und das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ wurde angewiesen, das beantragte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Mit Eingabe vom 30. Mai 2016 nahm die Beklagte zum klägerischen Gesuch Stellung und beantragte sinngemäss dessen Abweisung (act. 7).

#### 2. Parteistandpunkte

Die Klägerin macht zusammengefasst geltend, die Beklagte sei Eigentümerin des zu belastenden Grundstücks und somit passivlegitimiert (act. 1 Rz 1). Die Parteien hätten am 15. Dezember 2015 in Oerlikon einen mündlichen Bauwerkvertrag abgeschlossen, welcher insbesondere Baumeisterarbeiten allgemein, den Gerüstbau, den Aushub und die Kanalisationsarbeiten am Grundstück umfasst habe. Für die vereinbarten Arbeiten sei eine Entschädigung von CHF 220'000.– festgelegt worden. Für die Abbrucharbeiten sei eine separate Entschädigung von netto CHF 3'500.– vereinbart worden. Im Weiteren seien vereinbarte Mehraufwendun-

gen für die Lieferung und das Erbringen des Gerölls, das Spitzen der Treppen, der Kontrollschacht, die XPS-Dämmung sowie die Mehrleistungen betreffend die Deckenstärke dazugekommen. Die Kosten für die Mehrleistungen betragen insgesamt CHF 16'234.80. Der Abnahmetermin sei am 23. April 2016 gewesen. An diesem Termin habe sich die Beklagte als mit den Arbeiten einverstanden und zufrieden erklärt und die Bezahlung der noch ausstehenden Beträge versprochen. Die geschuldete Restzahlung sei jedoch bis heute nicht erfolgt (act. 1 Rz 8). Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts werde einerseits für den noch offenen Betrag von CHF 60'000.– von den vereinbarten CHF 220'000.– und andererseits für die Mehrkosten in der Höhe von CHF 16'234.80 beantragt (act. 1 Rz 16). Die erbrachten Leistungen würden Baumeisterarbeiten, Aushub, Gerüstbau, Kanalisationsarbeiten sowie die Mehrleistungen betreffen (act. 1 Rz 13). Das Gerüst sei im März 2016 aufgebaut worden, stehe immer noch und müsse noch abgebaut werden. Die restlichen Arbeiten seien "mit dem letzten Hammerschlag" einen Tag vor Abnahme und damit am 22. April 2016 erfolgt (act. 1 Rz 15). Eine hinreichende Sicherheit sei bis heute nicht geleistet worden (act. 1 Rz 17).

Die Beklagte beantragt sinngemäss die Abweisung des klägerischen Gesuchs ("Auf die Verfügung vom 26. Mai 2016 sei nicht einzugehen" bzw. "Aus diesen Gründen weisen wir die Verfügung ab" [act. 7]). Zur Begründung führt sie aus, es liege eine Expertise über das Schadenausmass infolge nicht sachgemässer Arbeit seitens der Klägerin vor, es bestünden offene Rechnungen infolge nicht Bezahlung seitens der Klägerin, die Mehraufwände in Höhe von CHF 16'234.80 würden nicht akzeptiert und seien nie vereinbart worden sowie der Werkvertrag sei immer noch pendent, er sei seitens der Klägerin nicht visiert worden. Weiter führt sie aus, es sei doch naheliegend, dass keine Rechnungen an die Klägerin bezahlt würden, solange diese Angelegenheit nicht geklärt sei (act. 7).

### 3. Rechtliches

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 Materi-

al und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechtes 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 und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet (Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB).

Ist die Pfandsomme nicht vom Eigentümer anerkannt, darf eine entsprechende Eintragung nur erfolgen, wenn diese gerichtlich festgestellt worden ist (Art. 839 Abs. 3 ZGB). Da ein ordentlicher Zivilprozess in der Regel nicht innert vier Monaten abgeschlossen ist, sieht das Gesetz die Möglichkeit einer vorläufigen Eintragung vor (Art. 76 Abs. 3 GBV; Art. 961 ZGB). Im Rahmen vorsorglicher Massnahmen (Art. 248 lit. d und 249 lit. d Ziff. 5 ZPO) hat der Bauhandwerker beim zuständigen Gericht glaubhaft zu machen, dass die Voraussetzungen für das Bestehen eines Pfandrechts hinsichtlich einer bestimmten Pfandsomme erfüllt sind, wobei das Gericht bei besonderer Dringlichkeit – wie vorliegend geschehen – das zuständige Grundbuchamt sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei einstweilen anweisen kann, das beantragte Pfandrecht im Grundbuch vorzumerken (Art. 265 ZPO). Heisst das Gericht nach Durchführung des Massnahmeverfahrens das Gesuch um provisorische Eintragung gut, bestätigt es die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB und setzt dem Bauhandwerker Frist zur Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts an (Art. 263 ZPO). Dieser hat in einem ordentlichen Zivilprozess auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zu klagen, wobei er seinen Anspruch strikt zu beweisen hat. Erst wenn das Gericht den Anspruch auf Pfanderrichtung definitiv bejaht, ordnet es die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts an. Andernfalls weist es das Grundbuchamt an, die vorläufige Eintragung zu löschen (vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 4. Aufl., Zürich 2012, § 30 Rz 1770 ff.).

Geht es – wie vorliegend – lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechtes, so muss die Klägerin ihr Begehren demnach 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 insbesondere 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, 3. Aufl., N 1394 ff.).

#### 4. Würdigung

4.1. Beklagte Partei bei Begehren um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist stets die Grundeigentümerin. Da die Klägerin behauptet, pfandgeschützte Leistungen auf dem Grundstück der Beklagten erbracht zu haben, ist die Passivlegitimation der Beklagten gegeben (vgl. act. 3/2 und Prot. S. 2).

4.2. Bei den von der Klägerin geschilderten Arbeiten (insbesondere Baumeisterarbeiten, Gerüstbau, Aushub und Kanalisationsarbeiten) handelt es sich um pfandberechtigte Leistungen im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Dass die Klägerin solche Leistungen auf dem Grundstück der Beklagten erbracht hat, wird von letzterer nicht bestritten.

4.3. Die Klägerin begründet ihren Pfandanspruch mit offenen Forderungen aus Werkvertrag in der Höhe von insgesamt CHF 76'234.80 nebst Zins zu 5 % seit 24. Mai 2016. Die Beklagte hält dieser Forderung sinngemäss entgegen, die Leistungen der Klägerin seien mangelhaft und es bestünden infolge nicht Bezahlung [wohl: der von der Klägerin beigezogenen Subunternehmern] seitens der Klägerin offene Rechnungen. Zudem scheint die Beklagte das Vorliegen eines Werkvertrages in Frage zu stellen. Schliesslich verneint die Beklagte eine Entschädigungspflicht für die vorgebrachten Mehraufwendungen der Klägerin, da diese nie vereinbart worden seien (vgl. act. 7).

Die einzutragende Pfandsumme wird durch die Höhe der (unbezahlten) Vergütungsforderung bestimmt (SCHUMACHER, a.a.O., Rz 582). Damit hat die Klägerin glaubhaft zu machen, dass sie gegenüber der Beklagten eine Werklohnforderung im beantragten Umfang hat, wofür – wie dargelegt – im Rahmen des vorliegenden vorsorglichen Verfahrens sehr geringe Anforderungen gelten. Die Klägerin hat lediglich die Möglichkeit eines Baupfandanspruchs nachzuweisen (SCHUMACHER, a.a.O., Rz 1395).

Mit ihren Schilderungen bzw. durch die Tatsache, dass die Klägerin unstrittig die von ihr vorgebrachten Leistungen erbracht hat, ist ohne Weiteres glaubhaft, dass die Parteien einen Werkvertrag über die geltend gemachten Leistungen abgeschlossen haben. Da ein solcher auch mündlich oder durch konkludentes Handeln zustande kommen kann (vgl. Art. 11 Abs. 1 OR), ist nicht entscheidend, dass die Klägerin den ihr von der Beklagten zugestellten Werkvertragsentwurf nicht unterzeichnete. Dass für die Baumeisterarbeiten ursprünglich ein Werklohn in der Höhe von CHF 220'000.– vereinbart wurde, ist mit den eingereichten Rechnungen und dem Werkvertragsentwurf (act. 3/4 und 3/6) ebenfalls glaubhaft gemacht, welcher Betrag denn auch von der Beklagten nicht in Abrede gestellt wird. Aufgrund derselben Rechnungen (act. 3/4) ist zudem glaubhaft, dass die Beklagte bisher Akontozahlungen von insgesamt CHF 160'000.– geleistet hat. Auch die Beklagte führt nichts anderes aus. Damit ist vorliegend insgesamt glaubhaft, dass die Beklagte der Klägerin aufgrund des ursprünglichen Werkvertrages aktuell einen Betrag in der Höhe von CHF 60'000.– schuldet. Daran vermag der beklagti-sche Einwand betreffend vorhandene Mängel nichts zu ändern. Denn ob der klägerischen Forderung allenfalls tatsächlich Mängelrechte der Beklagten entgegenstehen, kann im vorliegenden vorsorglichen Verfahren nicht abschliessend beurteilt werden, womit der klägerische Pfandanspruch ohne Weiteres möglich bleibt. Diese Frage müsste in einem allfälligen Hauptverfahren geklärt werden.

Mit der eingereichten Mehrkostenaufstellung (act. 3/5) hat die Klägerin sodann glaubhaft gemacht, dass sie durch zusätzlichen Aufwand Mehrkosten in der geltend gemachten Höhe hatte. Den Mehraufwand selber bestreitet die Beklagte nicht. Sie macht jedoch geltend, dieser sei nicht vereinbart worden, weshalb die-

ser Betrag nicht akzeptiert werde. Auch über diesen Einwand muss letztendlich in einem allfälligen Hauptverfahren entschieden werden. Ein entsprechender Pfandanspruch ist jedenfalls nicht völlig unwahrscheinlich oder gar ausgeschlossen. Schliesslich würde sich an der Werklohnforderung der Klägerin gegenüber der Beklagten nichts ändern, sollten die Ausführungen der Beklagten zutreffen, dass die Klägerin ihre Subunternehmer teilweise nicht bezahlt habe.

Weiter ist – insbesondere aufgrund der eingereichten Zahlungsaufforderung vom 17. Mai 2016 (act. 3/8) auch glaubhaft, dass sich die Beklagte am 24. Mai 2016 in Verzug befand (Art. 102 OR).

4.4. Die Beklagte bestreitet nicht, dass die Klägerin die letzten Arbeiten am 22. April 2016 ausführte bzw. diese betreffend den Gerüstbau noch bevorstehen würden. Mit der superprovisorischen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts am 26. Mai 2016 wurde die gesetzliche viermonatige Eintragsfrist damit gewahrt.

4.5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin sämtliche Eintragungsvoraussetzungen des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts glaubhaft gemacht hat, weshalb die bereits superprovisorisch erfolgte Eintragung zu bestätigen ist.

## 5. 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 76'234.80 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 4'000.– festzusetzen ist.

Über den Pfandanspruch der Klägerin ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob die Klägerin endgültig obsiegt. Daher rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren lediglich eine einstweilige Kostenregelung zu treffen. Gemäss Praxis des Einzelgerichts des Handelsge-

richts des Kantons Zürich sind die Gerichtskosten im Verfahren betreffend die vorläufige Eintragung des Pfandrechts von der Klägerin 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 Klägerin ihren Anspruch jedoch nicht prosequieren sollte, sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

#### 6. Prozessfortgang

Der Klägerin ist Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Beklagte anzuheben. Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, wobei allfällige Gerichtsferien bei der Fristansetzung berücksichtigt werden. 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.

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

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 26. Mai 2016 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ...,  
F.\_\_\_\_\_-Strasse ..., C.\_\_\_\_\_,  
für eine Pfandsumme von CHF 76'234.80 nebst Zins zu 5 % seit 24. Mai 2016.
2. Der Klägerin wird – auch unter Berücksichtigung allfälliger Gerichtsferien – eine Frist bis 8. September 2016 angesetzt, um eine Klage auf definitive Ein-

tragung des Pfandrechts gegen die Beklagte anzuheben. Bei Säumnis kann die Beklagte den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 1) löschen lassen.

3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 4'000.–.  
Allfällige weitere Kosten (insbesondere Rechnung des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden von der Klägerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die Klägerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 2 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.
5. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Klägerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 2 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_, an die Klägerin unter Beilage einer Kopie von act. 7 und der Doppel von act. 8/1-3).
7. 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 76'234.80.

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

Zürich, 6. Juni 2016

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Rafael Rutgers