

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE180160-O

U/ee

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, sowie Gerichtsschreiber  
Dr. Benjamin Büchler

## Urteil vom 29. Mai 2018

in Sachen

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

Gesuchstellerin

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

gegen

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

Gesuchsgegnerin

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

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

"Auf der Liegenschaft Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_, Grundbuchblatt Nr. ..., Parzellen-Nr. ... sei zugunsten der Gesuchstellerin ein vorläufiges Bauhandwerkerpfandrecht in Höhe von Fr. 247'824.83 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1.3.2018 vorläufig im Grundbuch einzutragen."

**Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 6. April 2018 (Datum Poststempel) stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich das vorstehend aufgeführte Begehren (act. 1). Mit Verfügung vom 9. April 2018 wurde das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ angewiesen, das Pfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt um zum Begehren der Gesuchstellerin Stellung zuzunehmen (act. 4). Mit Eingabe vom 26. April 2018 hat die Gesuchsgegnerin ihre Stellungnahme erstattet (act. 8). Zudem hat sie der D.\_\_\_\_\_ AG und der E.\_\_\_\_\_ GmbH den Streit verkündet (act. 8). Mit Verfügung vom 3. Mai 2018 wurde die Stellungnahme der Gesuchstellerin zugestellt und den Streitberufenen die Streitverkündung angezeigt (act. 11). Weder die Gesuchstellerin noch die Streitberufenen haben sich seither vernehmen lassen.

2. Parteien

Die Gesuchsgegnerin ist Eigentümerin des Grundstücks, auf dem die Gesuchstellerin Arbeiten geleistet hat. Diese erfolgten im Rahmen eines Umbaus der seitens der Mieterin der Gesuchsgegnerin bzw. deren Untermieterin in Auftrag gegeben wurde (act. 1 Rz. 6 ff.; act. 8 III.).

Die Streitberufenen haben sich nicht vernehmen lassen, womit der Prozess androhungsgemäss ohne Rücksicht auf diese weiterzuführen ist.

### 3. Parteistandpunkte

Die Gesuchstellerin erachtet sich aufgrund von ihr auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin erbrachten Arbeiten (Maler- und Gipserarbeiten) und offenen Rechnungen im Umfang der Pfandsumme zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigt. Die letzten Arbeiten seien im Januar 2018 erbracht worden (act. 1 Rz. 7 ff.).

Die Gesuchsgegnerin stellt sich auf den Standpunkt, dass kein Anspruch für eine Eintragung bestehe. Die letzten bestätigten Arbeiten seien im September/Oktober 2017 erfolgt; bei den Arbeiten im Januar 2018 handle es sich - soweit überhaupt entzifferbar - nicht um wesentliche Arbeiten, vielmehr um geringfügige Ausbesserungsarbeiten. Dies ergebe sich auch aus dem Umfang der rapportierten Arbeiten im Verhältnis zur Gesamtforderung der Gesuchstellerin. Ein Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts bestehe auch nicht, weil die Gesuchsgegnerin keine Kenntnis davon gehabt habe, dass zur Auftraggeberin der Umbauarbeiten ein Mietverhältnis bestanden habe. Auch sei ihr der Werkvertrag mit der Gesuchstellerin nie vorgelegt worden. Zwar habe sie gewusst, dass bauliche Veränderungen geplant gewesen seien; die mietvertraglich erforderliche Vorlage von Ausbauplanung und Kostenaufstellungen sei aber nie erfolgt. Eine Zustimmung habe sie dazu ebenfalls nie erteilt. Schliesslich hält sie fest, dass für sie kein Mehrwert bestehe, da sie selbst in einer anderen Branche tätig sei und die ausgebauten Mietflächen nach Mietende zurückgebaut werden müssen (act. 8 Rz. III.).

### 4. 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 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. Ist ein Mieter, ein Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person Schuldner der Forderung, so besteht der Anspruch nur, wenn der Grundeigentümer seine Zustimmung zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat (Art. 837 Abs. 2 ZGB). 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).

Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechnes, so muss die Gesuchstellerin ihr Begehren nur *glaubhaft* machen. An die Glaubhaftmachung sind nach konstanter Lehre und Praxis keine strengen Anforderungen zu stellen: Die vorläufige Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechnes darf nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechnes ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfalle ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechnes dem ordentlichen Gericht vorzubehalten. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 86 I 270; BGE 102 Ia 86; BGE 112 Ib 484; ZOBL, 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.).

## 5. Würdigung

5.1. Die Gesuchstellerin macht glaubhaft, dass sie auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin Arbeiten ausgeführt hat. Dies ergibt sich aus dem Werkvertrag und den eingereichten Rapporten (act. 1 Rz. 10; act. 3/9; act. 3/12; act. 3/13).

Die Höhe des geltend gemachten Pfandrechnsanspruchs ergibt sich nachvollziehbar aus den eingereichten Rechnungen und ist entsprechend ebenfalls glaubhaft (act. 1 Rz. 11; act. 3/11). Von der Gesuchsgegnerin wird dies nicht substantiiert bestritten. Insbesondere vermag der pauschale Hinweis, aufgrund der Werkvertragssumme von CHF 145'800.– sei eine Forderung von CHF 247'824.83 nicht erklärbar (act. 8 Rz. III. 15), die Ausführungen der Gesuchstellerin nicht zu erschüttern. Auch wenn nicht im Detail ausgeführt wird, welche Leistungen er-

bracht worden sind, erscheint doch glaubhaft, dass der Gesuchstellerin über den eingereichten Werkvertrag hinaus Aufträge erteilt worden sind. Es erscheint jedenfalls nicht geradezu ausgeschlossen, dass ihre Forderung im geltend gemachten Betrag pfandberechtigt ist. Insgesamt gelingt der Gesuchstellerin glaubhaft zu machen, dass sie am Grundstück der Gesuchsgegnerin Arbeiten ausgeführt hat und dafür im angebotenen Umfang nicht bezahlt worden ist. Entsprechend hat sie grundsätzlich einen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts in besagtem Umfang.

5.2. Sodann verlangt die Gesuchstellerin die Eintragung eines Pfandrechts für Verzugszins von 5% seit dem 1. März 2018, was sie aus der Zahlungsfrist von 14 Tagen in der Rechnung vom 14. Februar 2018 herleitet (act. 1 Rz. 12). Die Gesuchsgegnerin äussert sich dazu nicht.

Allerdings kann die Gesuchstellerin eine vereinbarte Zahlungsfrist nicht mittels einseitiger Erklärung abändern. Aus dem Werkvertrag ergibt sich eine Zahlungsfrist von 30 Tagen (act. 3/9 Ziff. 16.3). Der Verzug der Bestellerin ist damit frühestens am 17. März 2018 eingetreten, ein früherer Zinsenlauf erscheint nicht glaubhaft. Der Pfandanspruch besteht entsprechend ebenfalls ab diesem Zeitpunkt

5.3. Die Gesuchsgegnerin macht weiter geltend, dass die Frist für die Eintragung am 10. April 2018 bereits abgelaufen sei. Die Arbeiten im Januar/Februar 2018 seien reine Ausbesserungsarbeiten gewesen, während die letzten bestätigten Arbeiten im September/Oktober 2017 ausgeführt worden seien (act. 8 Rz. III. 6).

Der Gesuchsgegnerin ist dahingehend zuzustimmen, dass die Rapporte vom Januar und Februar 2018 tatsächlich auf untergeordnete Ausbesserungsarbeiten hindeuten, die nicht als Vollendungsarbeiten gelten. Soweit diese überhaupt lesbar sind, betreffen die Arbeiten etwa "allgemeine Ausbesserungsarbeiten", "ausbessern", "nachstreichen" etc. (act. 3/12a-d). Allerdings haben sich die von der Gesuchsgegnerin als ordentliche und bestätigte Arbeiten bezeichneten Tätigkeiten bis in den Dezember 2017 hingezogen. Insbesondere ergibt sich aus

den eingereichten Rapporten, dass am 17. Dezember 2017 verschiedene Beplankungs- und Verputzarbeiten stattgefunden haben (act. 3/13g). Dass es sich dabei um Vollendungsarbeiten gehandelt hat, ist zumindest nicht ausgeschlossen.

Damit ist mit der vorläufigen Eintragung des Pfandrechts am 9. April 2018 (act. 4) die viermonatige Frist gewahrt.

5.4. Weiter wendet die Gesuchsgegnerin gegen die Eintragung ein, keine Zustimmung im Sinne von Art. 837 Abs. 2 ZGB erteilt zu haben. Die D.\_\_\_\_\_ AG als Auftraggeberin der Gesuchstellerin sei Untermieterin der E.\_\_\_\_\_ GmbH gewesen, was die Gesuchsgegnerin nicht gewusst habe. Sie habe ihr entsprechend keine Zustimmung geben können. Auch wenn sie von den geplanten Umbauten gewusst habe, könne alleine der Empfang eines Bauentscheids keine Zustimmung zum Ausbau ersetzen (act. 8 Rz. III. 12 ff.). Die Gesuchstellerin leitet die Kenntnis der Gesuchsgegnerin aus deren Beteiligung im Bewilligungsverfahren ab (act. 1 Rz. 6).

Auch gemäss den Ausführungen der Gesuchsgegnerin, ist davon auszugehen, dass die E.\_\_\_\_\_ GmbH als Mieterin die Geschäftsräumlichkeiten der D.\_\_\_\_\_ AG untervermietet habe. Sodann stellt sie ein bestehendes Mietverhältnis zur E.\_\_\_\_\_ GmbH nicht in Abrede. Damit ist glaubhaft, dass die D.\_\_\_\_\_ AG zum Zeitpunkt der Auftragserteilung Mieterin der vorliegend relevanten Räume war. Zumindest war sie jedoch eine am Grundstück berechtigte Person im Sinne von Art. 837 Abs. 2 ZGB.

Da die Gesuchstellerin erklärt, dass ein Mieter der Grundeigentümerin die Bauarbeiten bestellt hat und deshalb ihr Forderungsschuldner ist, hat sie nach Art. 837 Abs. 2 ZGB zusätzliche glaubhaft zu machen, dass der Grundeigentümer seine Zustimmung zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat. Dabei ist nicht erforderlich, dass der Grundeigentümer dem betreffenden Vertragsabschluss oder dem Beizug des konkreten Unternehmers zugestimmt hat. Sodann schreibt das Gesetz für die Zustimmungserklärung keine besondere Form vor, insbesondere nicht die Schriftform. Der Grundeigentümer kann seine Zustimmung auch mündlich oder stillschweigend oder durch sein konkludentes Verhalten erteilen, indem er

gegen die ihm bekannten bzw. bei gehöriger Aufmerksamkeit erkennbaren Bauarbeiten nicht einschreitet. Die Zustimmung kann entweder gegenüber dem Besteller oder gegenüber dem Unternehmer oder gegenüber beiden zu irgendeinem Zeitpunkt erklärt werden, also auch nachträglich. Formvorschriften, die das Gesetz in anderen Rechtsgebieten aufstellt, sind für den Unternehmer unbeachtlich (SCHUHMACHER, in: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 837 N 21f.; Ders., Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N 220 ff.).

Die Gesuchsgegnerin erklärt selber, dass bereits im Mietvertrag der Mieterin das Recht zum Mieterausbau eingeräumt worden sei. Dies erscheint auch folgerichtig, wurde die Liegenschaft doch im Rohbau vermietet, womit für eine sinnvolle Nutzung durch den Mieter zwingend ein Ausbau erfolgen muss. Die Gesuchsgegnerin macht sodann nicht geltend, dass der von der D.\_\_\_\_\_ AG veranlasste Ausbau, nicht dem entspricht, was vom Mietvertrag grundsätzlich abgedeckt war. Von daher ist vorliegend einstweilen glaubhaft, dass eine schriftliche Zustimmung des Grundeigentümers zu einem Mieterausbau vorlag. Dabei ist – wie dargelegt – nicht notwendig, dass die Gesuchsgegnerin über die konkreten Werkverträge oder die beigezogenen Handwerker konkret im Bilde war. Allfällige von der E.\_\_\_\_\_ GmbH versäumte Obliegenheiten gegenüber der Gesuchsgegnerin, können der Gesuchstellerin, die sich gutgläubig auf eine vorliegende Zustimmung der Grundeigentümerin verliess, nicht entgegengehalten werden.

Zumindest ist jedoch glaubhaft, dass die Gesuchsgegnerin den Bauarbeiten konkludent zugestimmt hat. Denn durch die unstrittig auch ihr zugestellte Baubewilligung - die zudem die D.\_\_\_\_\_ AG und gerade nicht die E.\_\_\_\_\_ GmbH als Bauherrin aufführt - hatte sie detaillierte Kenntnis vom geplanten Ausbau. Dennoch erklärt sie nicht, gegen das Projekt bzw. den entsprechenden Mieterausbau je interveniert zu haben. Indem sie dies nun im vorliegenden Verfahren erstmals vorbringt, handelt sie treuwidrig.

Zusammenfassend ist glaubhaft, dass die erforderliche Zustimmung im Sinne von Art. 837 Abs. 2 ZGB vorliegt.

5.5. Insofern die Gesuchsgegnerin vorbringt, der Mieterausbau bringe keinen objektiven Mehrwert, weswegen die Arbeiten nicht pfandgeschützt seien (act. 8 Rz III. 20 ff.), ist sie nicht zu hören. Denn die Wertvermehrung des Baugrundstücks keine ist keine Voraussetzung des Baupfandanspruchs (SCHUMACHER, Ergänzungsband, a.a.O., N 82 ff.). Um pfandberechtigt zu sein, müssen die Bauarbeiten objektspezifisch und bloss geeignet sein, dem Baugrundstück einen Mehrwert zu verschaffen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_152/2009). Die Wertvermehrung ist nur, aber immerhin, ein wirtschaftlicher Erfolgsfaktor und ein Auslegungselement (SCHUMACHER, Ergänzungsband, a.a.O., N 84 ff.; Ders., Handkommentar, a.a.O., Art. 837 N 14a). Sodann profitiert die Gesuchsgegnerin durch die Einräumung der Möglichkeit des Mieterausbaus zumindest zweifellos von einem deutlich höheren Mietzins.

5.6. Aus dem Gesagten erhellt, dass es der Gesuchstellerin gelingt, einen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Umfang von CHF 247'824.83 glaubhaft zu machen, wobei der Zinsenlauf erst ab dem 17. März 2018 zu berücksichtigten ist. In diesem Umfang ist das Begehren gutzuheissen.

## 6. Prozessfortgang

Der Gesuchstellerin ist Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequierungsfrist ist praxismässig auf 60 Tage festzulegen, allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts vom 16. August 2017, 5A\_82/2016 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 247'824.83 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 7'500.– festzusetzen ist.

Über den Pfandanspruch 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 jedoch nicht prosequieren sollte, ist der Gesuchsgegnerin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von CHF 7'000.– zuzusprechen.

### 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 9. April 2018 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 3 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ..., F.\_\_\_\_\_ -strasse ... / G.\_\_\_\_\_ -strasse ... / H.\_\_\_\_\_ -strasse 1 und 2, ... [Ort], für eine Pfandsumme von CHF 247'824.83 nebst Zins zu 5 % seit **17. März 2018**.

2. Im Mehrbetrag (Beginn Zinsenlauf) wird das Begehren abgewiesen.
3. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 30. Juli 2018 angesetzt, um eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Bei Säumnis kann die Gesuchsgegnerin den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 1) löschen lassen.
4. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 7'500.–.  
Weitere Kosten (Insbesondere Kosten des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.
5. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 4 werden von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin 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 nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 3 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 7'000.– 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 247'824.83.

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

Zürich, 29. Mai 2018

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler