

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE180277-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, sowie Gerichtsschreiber  
Dr. Giulio Donati

## Urteil vom 5. Juli 2018

in Sachen

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

vertreten durch Rechtsanwältin X1. \_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt X2. \_\_\_\_\_

gegen

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

vertreten durch Rechtsanwalt Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

" Es sei das Grundbuchamt C. \_\_\_\_\_ im Sinne von Art. 961 ZGB zunächst superprovisorisch und hernach provisorisch anzuweisen, sofort im Grundbuch zugunsten der Gesuchstellerin folgendes Bauhandwerkerpfandrecht einzutragen:

Auf dem Grundstück Grundbuch-Blatt ..., Kataster-Nr. ..., D. \_\_\_\_\_-strasse ..., ... [Ort], im Alleineigentum der Gesuchsgegnerin für die Pfandsumme von CHF 465'525.90 nebst Zins zu 5 % seit 5. Mai 2017;

unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

**Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

1. Prozessuales

Die Gesuchstellerin reichte am 29. Juni 2018 (Datum Eingang) hierorts ein Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts samt Beilagen ein (act. 1; act. 3/1–15). Die Gesuchstellerin beruft sich für die örtliche Zuständigkeit auf eine Gerichtsstandsvereinbarung (act. 1 Rz. 2). Sowohl die örtliche Zuständigkeit als auch die sachliche Zuständigkeit sind gegeben. Auf eine Stellungnahme der Beklagten wurde verzichtet. Das Gesuch um Eintragung ist ohne Weiteres abzuweisen.

2. Vorbringen der Gesuchstellerin

2.1. Die Gesuchstellerin bringt vor, sie habe gestützt auf einen Werkvertrag vom 29. Mai 2015 verschiedene Leistungen erbracht, die die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts rechtfertigen würden. Letzte Vollendungsarbeiten hätten Ende März 2018 bzw. am 5. April 2018 stattgefunden. Konkret seien am 5. April 2018 in Absprache mit der E. \_\_\_\_\_ AG (Bauleitung der Gesuchsgegnerin) drei 18m<sup>3</sup>-Mulden Pflastersteine, welche seit Juli 2015 bei der Gesuchstellerin (bzw. bei der F. \_\_\_\_\_ AG als Subunternehmerin der Gesuchstellerin) gelagert

gewesen seien, bei der Baustelle an der D. \_\_\_\_\_-strasse ... abgeliefert worden. Die Abladearbeit habe sieben Stunden gedauert. Die Zwischenlagerung der Pflastersteine sei nötig gewesen, weil die Gesuchsgegnerin hierfür auf dem Baugelände keinen Platz gehabt habe. Die Lagerung sei gestützt auf eine Nachtragsofferte Nr. 30 in Rechnung gestellt worden. Alle anderen mit den Pflastersteinen zusammenhängenden Leistungen seien bereits mit der Schlussrechnung vom 26. Oktober 2017 (recte: 2016) und den Rechnungen vom 28. März 2018 in Rechnung gestellt worden. Sodann hätten sich Ende März 2018 auf der Baustelle der Gesuchsgegnerin noch eine Absturzsicherung für die Treppe des Neubaus und diverse Baustelleneinrichtungen befunden. Auch diese Gegenstände/Leistungen seien in Rechnung gestellt worden. Die Lieferung der Pflastersteine und die Baustelleneinrichtungen seien Teile des Werkvertrages zwischen den Parteien gewesen und würden daher Vollendungsarbeiten darstellen (act. 1 Rz. 31 ff.).

2.2. Gleichzeitig bring die Gesuchstellerin vor, die Vollendungsanzeige an die Gesuchsgegnerin sei am 29. September 2016 erfolgt. Eine Prüfung des Werks habe damals nicht stattgefunden. Vielmehr sei das Werk weiter gebaut worden, nachdem die Leistungen der Gesuchstellerin vollendet gewesen seien (act. 1 Rz. 29).

### 3. Rechtliches

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

3.1.1. 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, auch wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind (siehe BGE 92 II 227; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N 869 ff.). Der Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

besteht zugunsten der Unternehmer auch für diejenigen Arbeiten, die sie an Subunternehmer weitergegeben haben. Nach der Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Zürich profitieren jedoch Unternehmer, welche die Ausführung sämtlicher vertraglich vereinbarter Leistungen an Dritte übertragen und damit selbst keinerlei Leistungen "im Zusammenhang mit der Erstellung des geschuldeten Werks" erbringen, nicht vom Pfandschutz (THURNHERR, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. Auflage, Basel 2015, Art. 839/840 Rz. 3; ZR 2014 Nr. 80, 273; anders noch ZR 1980 Nr. 80, 153).

3.1.2. Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung 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 Pfandberechtigung 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).

3.1.3. 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 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; BGE 102 Ia 81 E. 2.b.bb; BGE 112 Ib 482 E. 3.b; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N 1394 ff.).

### 3.2. Wahrung der Eintragsfrist

3.2.1. Die Gesuchstellerin trägt vor, ihre Leistungen seien bereits im September 2016 vollendet gewesen und eine entsprechende Anzeige sei am 29. September 2016 erfolgt (act. 1 Rz. 29). CHF 438'895.00 von der zur Eintragung angemeldeten Forderung in Höhe von insgesamt CHF 465'525.90 gründen nach Darstellung der Gesuchstellerin denn auch auf Leistungen, die im September/Okttober 2016 in Rechnung gestellt wurden (vgl. act. 1 Rz. 19 ff.; act. 3/6–7). Gleichwohl sieht die Gesuchstellerin – etwas widersprüchlich – die viermonatige Eintragsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB als gewahrt. Es stellt sich die Frage, ob sich die behaupteten Vollendungsarbeiten tatsächlich als solche qualifizieren lassen und demnach hinsichtlich der viermonatigen Eintragsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB fristauslösend bzw. fristwährend sind.

3.2.2. Als Vollendungsarbeiten gelten alle gemäss Vertrag geschuldeten Hauptarbeiten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten Bauarbeiten grundsätzlich als vollendet, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Dabei nicht in Betracht fallen geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen wie der Ersatz gelieferter, aber fehlerhafter Teile oder die Behebung anderer Mängel. Geringfügige Arbeiten gelten aber dann als Vollendungsarbeiten, wenn sie unerlässlich sind (Urteil des Bundesgerichts 5A\_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4 unter Hinweis auf BGE 125 III 113 E. 2b). Leistungen, die für sich allein nicht baupfandberechtigt wären, sind trotz ihres allfälligen Pfandrechtsschutzes (z.B. als gemischte Leistungen) keine Vollendungsarbeiten im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB (vgl. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl. 2011, N 253; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N 1112).

3.2.3. Die Gesuchstellerin führt nicht aus, ob sie lediglich die Lagerung und den Transport der Pflastersteine übernahm, oder, ob sie diese Beschaffen (bzw. Herstellen), liefern und einbauen musste. Der pauschale Hinweis der Gesuchstellerin auf den über 200-seitigen Werkvertrag genügt nicht, um aufzuzeigen, worin ihre vertragliche Pflicht im Zusammenhang mit den Pflastersteinen bestand. Nur wenn glaubhaft dargelegt wäre, was die Gesuchstellerin schuldete (und leistete), wäre im Zusammenhang mit der Lieferung der Pflastersteine danach zu fragen, ob das Tun der Gesuchstellerin am 5. April 2018 als Vollendungsarbeit im Sinne von Art. 837 ff. ZGB zu qualifizieren ist – gerade wenn die erste behauptete Vollerfüllung des Werks rund anderthalb Jahre vor diesem Zeitpunkt liegt. Zwar sind die Anforderungen an die Gutheissung einer (super-)provisorischen Eintragung tief anzusetzen (vgl. E. 3.1.3). Dies ersetzt indes nicht die genügend konkrete Behauptung der Tatsachen, die eine Eintragung ermöglichen, denn auch das Beweismass der Glaubhaftmachung setzt entsprechende Behauptungen voraus, die einer (auch bloss rudimentären) Prüfung zugänglich sind. Dem kommt die anwaltlich vertretene Gesuchstellerin nicht nach. Dieses Versäumnis kann auch nicht durch ein tieferes Beweismass aufgewogen werden.

3.2.4. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die Lagerung (und der anschließende Transport) der Pflastersteine ausserhalb des eigentlichen Werkvertrages (welcher bereits im September 2016 erfüllt wurde) angesiedelt war, unbesehen davon, dass die Lagerung in einem Nachtrag zum Werkvertrag geregelt wurde. Nicht zielführend ist der Hinweis der Gesuchstellerin, wonach das Bundesgericht auch Transportleistungen als Arbeiten im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB qualifiziert, soweit sie mit der Werkerstellung zusammenhängen würden (act. 1 Rz. 6). Im von ihr angerufenen Bundesgerichtsentscheid (BGE 97 II 212, S. 216 E. 2) ging es um die Lieferung von Frischbeton und die Lieferung stellte gleichzeitig die geschuldete Leistung dar; der Transport war lediglich Teil der Erfüllung ("le transport du béton opéré par des transporteurs commis par la demanderesse ne constitue qu'une modalité d'exécution du contrat d'entreprise"). Das Bundesgericht erwog sodann, dass der Lieferant schützenswert ist, der Baumaterialien nach spezifischen Vorgaben des Bestellers herstellt und liefert, wobei auch die Haltbarkeit (und damit Wiederverwertbarkeit) des Produktes zu berücksichtigen sei (vgl.

BGE 97 II 212, S. 216 E. 1). Die Gesuchstellerin führt nun aber, wie erwähnt, nirgends aus, dass sie die Pflastersteine nach den Vorgaben der Bestellerin herstellte. Sie erklärt einzig, dass die Zwischenlagerung aus Platzmangel erfolgt sei (act. 1 Rz. 32) und zwar über einen längeren Zeitraum. Weshalb die Zwischenlagerung Arbeit im Sinne der einschlägigen Norm darstellen soll, ergibt sich aus den Ausführungen der Gesuchstellerin jedenfalls nicht. Wenn diese sodann ausführt, alle andern mit diesen Pflastersteinen zusammenhängenden Leistungen seien bereits mit der Schlussrechnung vom 26. Oktober 2017 (recte: 2016) verrechnet worden, bleibt unklar, was für konkrete Leistungen die Gesuchstellerin damit meint. Insgesamt ist keine eintragungsfähige Leistung glaubhaft gemacht. Dementsprechend kann die behauptete Leistung auch nicht als Vollendungsarbeit betrachtet werden.

3.2.5. Gleiches gilt *mutatis mutandis* hinsichtlich der sich bis Ende März 2018 auf der Baustelle befindende Absturzsicherung für die Treppe des Neubaus sowie auch hinsichtlich der diversen Baustelleneinrichtungen, namentlich Kleinmaterial Baustellenabschrankung, Gitterzäune etc. (vgl. act. 1 Rz. 33). Wiederum bleibt unklar, was die vertraglichen Pflichten der Gesuchstellerin im Zusammenhang mit den Baueinrichtungen waren. Die Gesuchstellerin bringt jedenfalls nicht vor, dass sie Material und Arbeit oder Arbeit allein beispielsweise zum Gerüstbau geleistet habe. Überlässt eine Unternehmerin nach Vollendung ihrer Arbeiten gewisse Baustelleneinrichtungen der Bestellerin zur Miete, kann sie diese Vermietung nicht als Vollendungsarbeiten im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB für ihre werkvertraglich geschuldeten Arbeitsleistungen betrachten, handelt es sich hierbei doch gerade nicht um Arbeiten im Sinne von Art. 837 ff. ZGB. Wiederum ist daran zu erinnern, dass Leistungen ,die für sich allein nicht baupfandberechtigt sind, trotz ihres allfälligen Pfandrechtsschutzes (z.B. als gemischte Leistungen) keine Vollendungsarbeiten im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB sind (vgl. E. 3.2.2 a.E.)

### 3.3. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Gesuchstellerin nicht glaubhaft macht, dass sie Ende März 2018 bzw. am 5. April 2018 rechtserhebliche Vollendungsarbeiten vornahm. Gemäss ihren eigenen Angaben beendete sie ihre werk-

vertraglich geschuldeten Leistungen bereits im September 2016. Die viermonatige Frist von Art. 839 Abs. 2 ZGB ist nicht eingehalten und das Gesuch der Gesuchstellerin darum abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des vorliegenden Verfahrens von CHF 7'000.00 (berechnet in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG) der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2. Der Gesuchsgegnerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, da ihr kein Aufwand entstand.

**Das Einzelgericht erkennt:**

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 7'000.00.
3. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. 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 70'408.12.

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

Zürich, 5. Juli 2018

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Dr. Giulio Donati