

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE190203-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie Gerichtsschreiberin  
Susanna Schneider

## Urteil vom 25. September 2019

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG, Baugeschäft, B.\_\_\_\_\_ [Ort],**

Gesuchstellerin

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

gegen

**C.\_\_\_\_\_ AG,**

Gesuchsgegnerin

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

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**  
(act. 1; sinngemäss)

" Das Grundbuchamt D. \_\_\_\_\_ sei im Sinne von Art. 961 ZGB [sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei] einstweilen anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin ein Pfandrecht auf der Liegenschaft, D. \_\_\_\_\_, Grundbuch Blatt 1, EGRID 2, Kataster Nr. 3, Plan Nr. 4, E. \_\_\_\_\_, für eine Pfandsumme von CHF 350'201.95 nebst Zins zu 5% seit 25. März 2019 im Grundbuch vorläufig einzutragen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin. "

**Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

1. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin machte ihr Gesuch am 5. Juni 2019 (Datum Poststempel) hierorts anhängig (act. 1 f.). Dem Gesuch wurde mit Verfügung vom 6. Juni 2019 (weitgehend) entsprochen, und das Grundbuchamt einstweilen ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin angewiesen, ein Pfandrecht im beantragten Betrag, aber mit einem Verzugszinsenlauf erst ab 25. April 2019 einzutragen. Im Mehrbetrag (Zins vom 25. März 2019 bis 25. April) 2019 wurde das Gesuch abgewiesen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist zur schriftlichen Stellungnahme angesetzt (act. 4), welche mit Eingabe vom 4. Juli 2019 fristgerecht erfolgte (act. 12). Mit Verfügung vom 12. Juli 2019 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um ihre Replik im Sinne der Erwägungen zu erstatten (act. 14). Nach Eingang der Replik vom 30. Juli 2019 (act. 21) wurde der Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom 31. Juli 2019 Frist zur Erstattung der Duplik angesetzt (act. 24). Die Duplik datiert vom 23. August 2019 (act. 28). Sie wurde der Gesuchstellerin am 27. August 2019 zugestellt (Prot. S. 12; act. 30), welche sich dazu nicht vernehmen liess.

## 2. Prozessgegenstand

Die Parteien schlossen am 7. April 2017 einen Werkvertrag betreffend Baumeisterarbeiten inkl. Gerüst. Es wurde ein Pauschalpreis von CHF 1'260'000.– netto (inkl. MwSt.) vereinbart (act. 23/1). Die Arbeiten betrafen die Mehrfamilienhäuser In der E. \_\_\_\_\_ 5 und 6 (Baumeisterarbeiten Etappe 1) sowie In der E. \_\_\_\_\_ 7 und 8 (Baumeisterarbeiten Etappe 2) auf dem streitgegenständlichen Grundstück (act. 12 S. 4 Rz. 2; act. 21 Rz. 105-110). Die Arbeiten der Gesuchstellerin der ersten Etappe begannen im März 2017 und wurden im Februar 2018 mit Abbau des Gerüsts beendet. Das Mehrfamilienhaus In der E. \_\_\_\_\_ 5 und 6 wurde am 29. März 2018 gesamthaft abgenommen. Die Arbeiten der Gesuchstellerin der zweiten Etappe begannen im Februar 2018 (so die Gesuchsgegnerin) oder März 2018 (so die Gesuchstellerin) und wurden mit Abbau des Gerüsts am 14. November 2018 beendet. Die Gesamtabnahme des Mehrfamilienhauses In der E. \_\_\_\_\_ 7 und 8 erfolgte am 28. Januar 2019 (act. 12 S. 4 f. Rz. 3; act. 21 Rz. 111-113). Am 20. Februar 2019 wurden durch Mitarbeiter der Gesuchstellerin auf entsprechende Anzeige der Gesuchsgegnerin hin (mindestens) zwei Schachtleitern in Kontrollschächten auf dem vorliegenden Grundstück angebracht (act. 21 Rz. 95 f.; act. 28 S. 17 f. Rz. 28, 30).

Die Gesuchstellerin verlangt vorliegend die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Umfang von CHF 350'201.95 zuzüglich Zinsen auf dem streitgegenständlichen, im Eigentum der Gesuchsgegnerin stehenden Grundstück. Sie stützt sich dabei auf ihre Schlussrechnung vom 25. März 2019 (act. 3/4), worin sie zusätzlich zur vorerwähnten Pauschalwerklohnsumme Mehrleistungen im Umfang von CHF 314'888.45 sowie Regiearbeiten im Wert von CHF 6'606.– bzw. insgesamt den um den Reduktionsfaktor bereinigten Betrag von CHF 287'201.93 für nicht im Pauschalbetrag enthaltene Leistungen geltend macht und nach Abzug der von der Gesuchsgegnerin geleisteten Akontozahlungen von CHF 1'197'000.– den vorliegend geltend gemachten Betrag ausweist.

Die Gesuchsgegnerin bestreitet den Bestand sowie teilweise die Pfandberechtigung der von der Gesuchstellerin geltend gemachten Forderung. Überdies stellt

sie sich auf den Standpunkt, dass die viermonatige Eintragsfrist nicht gewahrt worden sei.

### 3. Rechtliche Grundlagen im Allgemeinen

Gemäss Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB kann eine vorläufige Eintragung vorgemerkt werden zur Sicherung des Anspruchs 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, an diesem Grundstück, sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person zum Schuldner haben".

Gemäss Art. 961 Abs. 3 ZGB und Art. 261 Abs. 1 ZPO gilt im vorläufigen Eintragsverfahren das Beweismass der Glaubhaftmachung. Nach allgemeiner Ansicht ist das Beweismass in diesem Verfahren gegenüber anderen Arten vorsorglicher Massnahmen allerdings besonders stark herabgesetzt (BGE 137 III 563 E. 3.3; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1394). An die Glaubhaftmachung dürfen folglich keine besonderen Anforderungen gestellt werden (BGE 86 I 265 E. 3; Urteil des Bundesgerichts 5P.221/2003 vom 12. September 2003 E. 3.2.1). Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint (BGE 86 I 265 E. 3; Urteil des Bundesgerichts 5A\_933/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2). 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 265 E. 3; BGE 102 Ia 81 E. 2b/bb).

#### 4. Forderung und Pfandberechtigung

##### 4.1. Ausgangslage

Unbestritten ist, dass die Gesuchsgegnerin Akontozahlungen im Umfang von CHF 1'197'000.– geleistet hat. Aus der Werkpreispauschale von CHF 1'260'000.– netto (inkl. MwSt.) verbleibt somit noch ein offener Betrag von CHF 63'000.–.

Hingegen bestreitet die Gesuchsgegnerin die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Forderung aus Zusatzleistungen und Regiearbeiten. Sie macht dazu im Wesentlichen geltend, diese seien bereits im Pauschalwerkpreis enthalten. Sofern dies nicht zutreffe, fehle es an unterzeichneten bzw. den Anforderungen des Werkvertrages (Ziff. 13 und Ziff. 17) genügenden Offerten/Nachträgen und Regierapporten. In Bezug auf einzelne Forderungspositionen bestreitet die Gesuchsgegnerin alsdann deren Pfandberechtigung.

##### 4.2. Rechtliches

Wie gesehen, setzt die (vorläufige) Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts eine (glaubhaft gemachte) Forderung eines Handwerkers bzw. Unternehmers voraus.

Pfandberechtigt sind ausschliesslich die Forderungen der Unternehmer für ihre Lieferung von Material und Arbeit oder Arbeit alleine. Ausschlaggebend für die Pfandberechtigung bzw. massgebliches Qualifikationskriterium ist somit die Leistung von Bauarbeiten, die gegen Entgelt versprochen sind. Dementsprechend sind Schadenersatzansprüche nicht pfandberechtigt (SCHUMACHER, a.a.O., N. 445 f.). Sogenannte primäre Bauleistungen liegen vor, wenn Material und Arbeit oder Arbeit allein Bauten oder anderen Werken auf einem Grundstück dienen (d.h. Leistungen mit Akzessionsfolgen bzw. mit unmittelbaren physischen Einwirkungen auf das Grundstück). Diese sind ohne Weiteres pfandberechtigt. Wird die Lieferung von Material und Arbeit oder Arbeit alleine erbracht, ohne dass diese unmittelbar Bauten oder anderen Werken auf einem Grundstück im obigen Sinn dienen, ist für deren Pfandberechtigung zunächst vorauszusetzen, dass sie für die

primären Bauleistungen unterstützenden Charakter haben oder Voraussetzung für solche Bauleistungen bilden. Pfandberechtigt sind dabei aber nur diejenigen Leistungen, welche einen eindeutigen Bezug zum konkreten Bauwerk aufweisen, diesem individuell angepasst und damit spezifisch genau auf dieses ausgerichtet sind. Es sind somit objektsspezifische Bauleistungen vorauszusetzen. Kein Pfandrechtsschutz besteht mithin für Transporte, Entsorgungsarbeiten, Ladearbeiten für Transporte, Vermietung von Baustelleneinrichtungen oder Baugeräten, Arbeiten für den Auf- und Abbau eines Krans sowie reine Materiallieferungen (THURNHERR, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl. 2019, N. 4-6 zu Art. 839/840 ZGB; SCHUMACHER, a.a.O., N. 293 ff., 314 f., 326; Ders., Ergänzungsband zur 3. Auflage, 2011, N. 109 ff., 130 ff., 143, 160). Reine Materiallieferungen bzw. Sachleistungen sowie für sich allein nicht pfandberechtigende Arbeitsleistungen sind aber dann pfandgeschützt, wenn sie zusammen mit pfandberechtigenden Bauarbeiten von ein und demselben Unternehmer erbracht werden und wenn sie entweder mit den ohnehin pfandberechtigenden Bauarbeiten eine funktionale Einheit bilden oder nebensächliche Leistungen sind (sogenannte gemischte Leistungen; SCHUMACHER, a.a.O., N. 327 ff.; Ders., Ergänzungsband, N. 56).

#### 4.3. Würdigung

Zunächst ist auf die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Forderung einzugehen. Aufgrund der Replik der Gesuchstellerin vom 30. Juni 2019 ist nachvollziehbar, welche Leistungen die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin zusätzlich zur Pauschalwerklohnsumme in Rechnung stellt und weshalb sie der Meinung ist, dass diese zusätzlich zu vergüten sind (vgl. act. 21 Rz. 19 ff.). Wesentlicher Streitpunkt bildet vorliegend, ob die von der Gesuchstellerin geltend gemachten zusätzlichen Leistungen bereits durch die Pauschalwerklohnsumme abgegolten sind (so betreffend Positionen Nr. 7-10 und 13-23 der Mehr-/Minderliste der Gesuchstellerin; act. 3/4 S. 2). Die abschliessende Prüfung dieser Frage erforderte eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem umfangreichen Werkvertrag der Parteien sowie eine Auslegung desselben und beiliegender Korrespondenz wie auch die eingehende Analyse von Plänen. Dafür besteht im Rahmen des vorläufigen Eintragungsverfahrens indessen kein Raum. Auch führen die von der Gesuchs-

gegnerin vorgebrachten Argumente – was bei Auslegungsfragen denn auch nicht weiter erstaunt – nicht von vorneherein zum (vorliegend für eine Abweisung erforderlichen) klaren Ergebnis, dass für die von der Gesuchstellerin geltend gemachten zusätzlichen Leistungen keine separate Vergütung geschuldet bzw. dass ein entsprechender Anspruch höchst unwahrscheinlich oder ausgeschlossen ist, zumal die Gesuchsgegnerin diesbezüglich die Leistungserbringung an sich nicht bestreitet. Gleiches gilt, insoweit die Auseinandersetzung der Parteien den Inhalt bzw. Umfang eines (genehmigten) Antrages betrifft (Position Nr. 2 der Mehr-/Minderliste).

Auch führt der gesuchsgegnerische Einwand betreffend das Nichteinhalten der werkvertraglichen Formvorschriften und Anforderungen hinsichtlich Offer-ten/Nachträgen und Regierapporten nicht dazu, dass ein zusätzlicher Werklohnanspruch der Gesuchstellerin als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint, da sich die Gesuchstellerin auf eine gegenteilige mündliche Abrede beruft (act. 21 Rz. 26, 110). Zudem hat die Gesuchsgegnerin in ihrem Schlussabrechnungsformular vom 29. März 2019 (act. 23/39) Positionen anerkannt, für welche offenbar ein Nachtrag fehlt (Positionen 11, 12 und 24 der Mehr-/Minderliste). Auch hat sie im betreffenden Schlussabrechnungsformular einen Betrag von CHF 3'778.– für Regiearbeiten berücksichtigt, obwohl sie geltend macht, dass sämtliche Regiearbeiten ohne vorgängige Absprache ausgeführt worden seien und kein einziger Regierapport innert drei Tagen der Bauleitung versandt worden sei (act. 28 S. 16 Rz. 27). Demzufolge ist im vorliegenden Verfahren ein zusätzlicher Entschädigungsanspruch der Gesuchstellerin auch unter diesem Gesichtspunkt glaubhaft.

Somit ist in einem letzten Schritt der gesuchsgegnerische Einwand betreffend nicht pfandberechtigter Leistungen anhand der in Ziff. 4.2 aufgeführten Kriterien zu prüfen (Positionen 3-6 und 24 der Mehr-/Minderliste).

*Position Nr. 3:*

Die Gesuchstellerin stützt ihren unter dieser Position geltend gemachten Anspruch auf einen – zwischen den Parteien strittigen – viermonatigen Bauunter-

bruch zwischen der ersten und zweiten Etappe und verrechnet für diese Standzeit des Krans insgesamt CHF 28'000.–, d.h. monatlich CHF 7'000.–, weil gemäss Werkvertrag die zweite Etappe unmittelbar nach der ersten hätte erstellt werden müssen (act. 21 Rz. 34-36). Die Gesuchstellerin macht vorliegend mithin einen Schadenersatzanspruch geltend. Dieser ist nach dem Gesagten klarerweise nicht pfandberechtigt.

*Position Nr. 4:*

Die unter dieser Position geltend gemachte Forderung in der Höhe von CHF 18'000.– gründet gemäss Darstellung der Gesuchstellerin wiederum im (bestrittenen) viermonatigen Bauunterbruch zwischen der ersten und zweiten Etappe. Sie betrifft den Verlust, welchen die Gesuchstellerin dadurch erlitten habe, dass sie ihre Maschinen und ihr Grossinventar ungenutzt auf der streitgegenständlichen Baustelle bereitgehalten habe (act. 22 Rz. 37-39). Die Gesuchstellerin macht somit auch unter diesem Punkt einen Schadenersatz geltend, welcher klarerweise nicht pfandrechtsberechtigt ist.

*Position Nr. 5:*

Diese Forderungsposition in der Höhe von CHF 4'519.80 basiert darauf, dass die Gesuchstellerin ihren Kran der Firma F. \_\_\_\_\_ AG, welche Geröll auf die Baustelle lieferte, zwecks Entladung zur Verfügung gestellt hat (act. 21 Rz. 40 f.). Bei dieser Verrichtung handelt es sich nicht um eine objektsspezifische Leistung, da sie einzig das Abladen von geliefertem Material zum Gegenstand hatte. Insofern bestünde für diese Leistung für sich alleine betrachtet klarerweise keine Pfandberechtigung. Indessen ist nicht ausgeschlossen, dass sie aufgrund des geringen Betrages als nebensächliche Arbeitsleistung pfandberechtigt ist, weshalb der diesbezügliche Entscheid dem ordentlichen Gericht zu überlassen und die Pfandberechtigung vorliegend als glaubhaft zu qualifizieren ist.

*Position Nr. 6:*

Unter dieser Position verrechnet die Gesuchstellerin insgesamt CHF 1'200.–, weil sie den von ihr installierten Baustromverteiler acht Monate länger als im Werkvertrag vorgesehen habe zur Verfügung stellen müssen (act. 22 Rz. 42-44). Auch in

dieser Hinsicht ist das Kriterium der objektsspezifischen Bauleistungen und damit für sich alleine betrachtet eine Pfandberechtigung zu verneinen. Allerdings spricht der Umstand, dass es sich um eine geltend gemachte Verlängerung von werkvertraglich vereinbarten Leistungen handelt, für eine funktionale Einheit mit pfandberechtigten Arbeiten. Auch dürfte diese Position angesichts des geringen Wertes unter dem Titel der nebensächlichen Leistung pfandberechtigt sein. Somit ist auch in dieser Hinsicht eine Pfandberechtigung als glaubhaft zu qualifizieren.

*Position Nr. 24:*

Unter dieser Forderungsposition macht die Gesuchstellerin CHF 3'500.– für das Versetzen der Strassenüberquerung der Kabel-Neuführung sowie das Umstellen der Baracken geltend (act. 22 Rz. 83). Das blosses Versetzen bzw. Umstellen der betreffenden Baustelleneinrichtungen stellt klarerweise keine objektsspezifische Bauleistung dar. Dementsprechend ist eine Pfandberechtigung für sich alleine betrachtet zu verneinen. Auch hier dürften die Kriterien der funktionalen Einheit bzw. der nebensächlichen Leistungen erfüllt sein, weshalb die Pfandberechtigung glaubhaft ist.

#### 4.4. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Forderung glaubhaft ist. Indessen ist eine Pfandberechtigung für die unter den Positionen Nr. 3 und 4 der Mehr-/Minderliste geltend gemachten Forderungen zu verneinen. Dies entspricht einem – um den Reduktionsfaktor gemäss Schlussabrechnung bereinigten – Betrag von (gerundet) CHF 41'093.35 (CHF 46'000.– \* 0.89333401).

## 5. Wahrung der viermonatigen Eintragungsfrist

### 5.1. Streitpunkte

Die Gesuchstellerin beruft sich für die Wahrung der Eintragungsfrist einerseits auf den am 20. März 2019 erfolgten Einbau von fünf Schachtleitern in den von ihr erstellten fünf Kontrollschächten. Gemäss Werkvertrag sei der Einbau von zwei Leitern vorgesehen gewesen. Der Einbau von fünf Leitern sei aufgrund einer zusätz-

lichen Bestellung von drei weiteren Kontrollschächten durch die Gesuchsgegnerin erfolgt (act. 21 Rz. 95 f.). Andererseits beruft sie sich für fristwahrende Arbeiten auf die am 19. März 2019 erfolgte Weiterleitung des Spülprotokolls an G. \_\_\_\_\_ (act. 21 Rz. 97-99).

Die Gesuchsgegnerin macht geltend, dass die viermonatige Eintragsfrist nicht gewahrt worden sei und wendet ein, dass es sich beim Einbau der betreffenden Leitern um unentgeltliche und damit nicht pfandberechtigte Nachbesserungsarbeiten handle. Dies begründet sie insbesondere damit, dass die Gesuchstellerin den Einbau der Leitern bei der Schachterstellung im Frühjahr 2018 vergessen habe, dass die Baumeisterarbeiten im November 2018 abgeschlossen gewesen seien und dass die fehlenden Schachtleitern erst nach der ihrerseits erfolgten Mängelrüge vom 12. März 2019 und direkt kausal zu derselben eingebaut worden seien. Sie macht weiter geltend, dass keine zusätzlichen Kontrollschächte bestellt worden seien (act. 12 S. 11 Rz. 2.2.; act. 28 S. 17 Rz. 28, S. 18 Rz. 30). Sie verneint das Vorliegen von Vollendungsarbeiten bzw. eine Pfandberechtigung hinsichtlich des Einbaus der Leitern weiter damit, dass es sich bei den betreffenden Arbeiten um absolut untergeordnete Nachbesserungsleistungen handle, da diese insgesamt knapp CHF 2'000.– gekostet haben dürften. Dass diese Arbeiten absolut untergeordnet gewesen seien, ergebe sich sodann daraus, dass die Gesamtbauwerke am 29. März 2018 und 28. Januar 2019 von der Bauleitung der Eigentümerin übergeben und abgenommen worden seien. Dies indiziere, dass die Baumeisterarbeiten schon vor Monaten abgeschlossen gewesen seien, ansonsten die Nachfolgeunternehmer nicht hätten weiterarbeiten können (act. 12 S. 12). Weiter macht die Gesuchsgegnerin geltend, sie habe aus dem Umstand, dass die Gesuchstellerin auf ihre am 20. November 2018 und 11. Dezember 2018 erfolgten Aufforderungen zur Zustellung der Schlussrechnungen nicht eingewendet habe, dass noch Vollendungsarbeiten ausstehend seien, und die Zustellung der Schlussrechnung mit E-Mail vom 29. Januar 2019 für die erste Februarwoche versprochen habe, auf eine Fertigstellungsabsicht der Gesuchstellerin schliessen dürfen, was ebenfalls für die Qualifikation als Nachbesserungsarbeiten spreche (act. 28 S. 18 f. Rz. 30). In Bezug auf die Erstellung bzw. Zustellung des Spülprotokolls bestreitet sie (ebenfalls) die Pfandberechtigung bzw. deren Qualifikation

als Vollendungsarbeiten, da es sich um eine intellektuelle Leistung handle (act. 28 S. 20).

## 5.2. Rechtliches

Gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB hat die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen. Bei dieser Frist handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, die weder unterbrochen noch erstreckt werden kann und bei welcher der gesetzliche Fristenstillstand (Art. 145 ZPO) nicht gilt. Sie wird nur dadurch gewahrt, dass das Pfandrecht innert Frist im Grundbuch eingetragen wird, wobei bereits die Einschreibung der Anmeldung der vorläufigen Grundbucheintragung in das Tagebuch des Grundbuchamtes genügt (Art. 76 Abs. 3 GBV; Art. 972 Abs. 2 ZGB; SCHUMACHER, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 3. Aufl. 2016, N. 2 zu Art. 839).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 839 Abs. 2 ZGB gelten Bauarbeiten grundsätzlich dann als vollendet, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen dabei 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; insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt. Insofern ist der Begriff der Arbeitsvollendung restriktiv auszulegen (Urteil des Bundesgericht 5A\_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4; BGE 125 III 113 E. 2b m.w.H.; Urteile des Obergerichts des Kantons Zürich LF180018 vom 4. Juni 2018 E. 3.4.2. und LF140087 vom 16. Dezember 2014 E. 8; THURNHERR, a.a.O, N. 29 zu Art. 839/840). So sind auch reine Aufräumarbeiten oder der Abtransport von Material nicht als Vollendungsarbeiten zu qualifizieren und deshalb für den Fristenlauf ohne Bedeutung. Hingegen gelten vertragliche Leistungen, wenn sie für den bestimmungsgemässen Gebrauch und die Funktionalität notwendig sind oder wenn sie aus Sicherheitsgründen zu erbringen sind, als Vollendungsarbeiten, mögen sie auch noch so geringfügig sein. Dies gilt auch dann wenn diese Arbeiten nur wenig Aufwand und Material erforderten (zit. Urteile des Obergerichts des

Kantons Zürich LF180018 E. 3.4.2. und LF140087 E. 8; THURNHERR, a.a.O., N. 29 zu Art. 839/840).

Bauarbeiten bewirken, wie erwähnt, nur dann eine Pfandberechtigung, wenn für die betreffenden Bauarbeiten, d.h. im Austausch mit ihnen, ein Entgelt geschuldet wird. Nachbesserungsarbeiten hat der haftbare Unternehmer grundsätzlich unentgeltlich zu erbringen und besitzt deshalb für diese keinen Vergütungsanspruch, der pfandberechtigt wäre (SCHUMACHER, a.a.O., N. 448, 450, 455). Insofern sind Nachbesserungsarbeiten keine Vollendungsarbeiten im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB und vermögen den Beginn der Viermonatsfrist nicht herauszuschieben (SCHUMACHER, a.a.O., N. 1114).

Die gesetzlichen Mängelrechte des Bestellers im Sinne von Art. 367 ff. OR und damit auch die Entstehung eines Nachbesserungsanspruchs im Sinne von Art. 368 Abs. 2 OR setzen eine Ablieferung des Werkes durch den Unternehmer voraus. Bei Bauarbeiten auf Grund und Boden des Bestellers liefert der Unternehmer das vollendete Werk dadurch ab, dass er die Vollendung des Werkes seinem Besteller ausdrücklich oder stillschweigend mitteilt, indem er beispielsweise eine schriftliche Vollendungsanzeige erstattet (GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N. 92). Die Ablieferung des Werkes ist nicht mit der Rechnungsstellung gleichzusetzen. Der Unternehmer kann dem Besteller aber die Vollendung des Werkes gerade dadurch mitteilen, dass er ihm eine Schlussrechnung übermittelt. Die Mitteilung der Vollendung erfolgt dann stillschweigend als mitverständlicher Inhalt des Zahlungsbegehrens. Ob die Rechnungsstellung des Unternehmers eine derartige stillschweigende Mitteilung enthält, ist eine Frage, die nach den konkreten Umständen des Einzelfalles zu entscheiden und nicht von vornherein für alle Fälle zu bejahen ist (GAUCH, a.a.O., N. 95 f.). Ablieferung und Abnahme im Sinne des Gesetzes bezeichnen ein und denselben Vorgang, von zwei Seiten aus betrachtet und sind korrelative Begriffe (GAUCH, a.a.O., N. 97). Ablieferung und Abnahme eines Werkes setzen nach dem Gesagten dessen Vollendung voraus. Dieses Erfordernis ist erfüllt, sobald sämtliche vereinbarten Arbeiten ausgeführt sind, die der Unternehmer unter Mitberücksichtigung allfälliger Bestellungenänderungen zur Herstellung seines Werkes schuldet, sodass das Werk des Unterneh-

mers nach dem Inhalt des in Frage stehenden Werkvertrages als fertig anzusehen ist. Vollendung nur in der Hauptsache genügt nicht. Dagegen hängt die Vollendung des Werkes nicht davon ab, ob im konkreten Falle Werkmängel vorliegen oder nicht bzw. Nachbesserungsarbeiten zur Beseitigung von Werkmängeln anstehen. Hat der Unternehmer das Werk in erkennbarer Erfüllungsabsicht als vollendet abgeliefert, so muss er sich im Allgemeinen bei seinem Verhalten behaften lassen, auch wenn zur Vollendung noch vereinzelt Arbeiten fehlen. Gilt das Werk in diesem Sinne als abgeliefert, so kommen in Bezug auf die unvollendeten Arbeiten die Regeln über die Mängelhaftung (Art. 367 ff. OR) zu Anwendung. Die Nichtvollendung des Werkes ist indessen kein Werkmangel, sondern wird im vorliegenden Zusammenhang lediglich als solcher behandelt (GAUCH, a.a.O., N. 101, 104 f.). Das hat unter anderem zur Folge, dass der Besteller die Ausführung der noch ausstehenden Arbeiten nur unter dem Gesichtspunkt der Nachbesserung (Art. 368 Abs. 2 OR) verlangen kann (GAUCH, a.a.O., N. 1448).

### 5.3. Würdigung

Vorliegend war der Einbau von (mindestens) zwei Schachtleitern unbestrittenermassen Leistungsgegenstand des Werkvertrages. Läge – wie die Gesuchsgegnerin geltend macht – (spätestens) aufgrund des E-Mails der Gesuchstellerin vom 29. Januar 2019 tatsächlich eine stillschweigende Werkablieferung vor, so führte dies nach dem Gesagten dazu, dass von der Ablieferung eines (wohl) unvollendeten Werkes auszugehen wäre und die Gesuchsgegnerin den Einbau der fraglichen Schachtleitern nur noch über den Weg der Nachbesserung geltend machen konnte. Insofern ist der Gesuchsgegnerin zuzustimmen, dass diesfalls von einem Nachbesserungsanspruch auszugehen wäre. Anders als bei Nachbesserungsarbeiten, welche auf einen eigentlichen Werkmangel zurückzuführen sind, stünde dem vorliegenden, auf die Ausführung der noch ausstehenden Arbeiten gemäss Werkvertrag gerichteten Nachbesserungsanspruch der Gesuchsgegnerin nach dem Gesagten noch immer der entsprechende Werklohn gegenüber. Somit erscheint zumindest fraglich, ob in dieser Konstellation noch immer von unentgeltlichen und damit nicht pfandberechtigten und demzufolge für den Fristenlauf gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB unbedeutenden Nachbesserungsarbeiten auszugehen

wäre. Somit erscheint unter diesen Gesichtspunkten eine Pfandberechtigung für den am 20. Februar 2019 erfolgten Einbau der Schachtleitern nicht ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich und damit auch die Wahrung der viermonatigen Eintragsfrist als glaubhaft. Darüber hinaus erscheint fraglich, ob alleine aufgrund des Inaussichtstellens der Schlussabrechnung bzw. aufgrund der in diesem Zusammenhang von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten fehlenden Anzeige von noch ausstehenden Vollendungsarbeiten bereits auf eine stillschweigende Werksablieferung durch die Gesuchstellerin geschlossen werden kann, zumal die Schlussabrechnung effektiv erst nach den von der Gesuchstellerin geltend gemachten Vollendungsarbeiten erstellt wurde.

Weiter stellt sich die Frage, ob die streitgegenständlichen Arbeiten vom 20. Februar 2019 unter qualitativen Gesichtspunkten als für die Fristwahrung gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB massgebliche Vollendungsarbeiten zu qualifizieren sind. Der Einbau der fraglichen (mindestens zwei) Leitern bildete, wie gesehen, Gegenstand des vorliegenden Werkvertrages. Auch wenn der Gesuchsgegnerin darin zuzustimmen ist, dass es sich dabei im Verhältnis zu den übrigen von der Gesuchstellerin zu erbringenden Leistungen hinsichtlich Wert und Umfang um geringfügige Verrichtungen handelt, so ist deren Notwendigkeit für den Unterhalt und damit die Funktionalität der betreffenden Schächte (so auch die Gesuchstellerin; act. 21 Rz. 101) sowie unter Sicherheitsaspekten nicht von der Hand zu weisen bzw. erscheint eine solche weder ausgeschlossen noch höchst unwahrscheinlich. Somit ist auch in dieser Hinsicht das Vorliegen von Vollendungsarbeiten glaubhaft.

#### 5.4. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass glaubhaft ist, dass die Gesuchstellerin mit dem Einbau der (mindestens zwei) Schachtleitern am 20. Februar 2019 Vollendungsarbeiten im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB geleistet hat. Demzufolge ist ebenfalls glaubhaft, dass die viermonatige Eintragsfrist vorliegend gewahrt wurde. Insofern ist auf das Spülprotokoll nicht mehr einzugehen.

## 6. Zusammenfassung

Die Gesuchstellerin hat – abgesehen von den einen Schadenersatz betreffenden Forderungspositionen (vgl. Ziff. 4) – sämtliche Eintragungsvoraussetzungen des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts glaubhaft gemacht. Die bereits supervisorisch erfolgte vorläufige Eintragung ist demzufolge im Umfang von CHF 309'108.60 (CHF 350'201.95 abzüglich CHF 41'093.35) nebst Zins zu 5 % seit 25. April 2019 zu bestätigen. Im Mehrbetrag ist das Gesuch abzuweisen und das Grundbuchamt anzuweisen, den Grundbucheintrag im entsprechenden Umfang zu löschen.

## 7. Prozessfortgang

Sodann ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (BGE 143 III 554 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.

## 8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### 8.1. Gerichtsgebühr

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 350'201.95 auszugehen. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr, auch angesichts der Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels, auf CHF 8'900.– festzusetzen. Die weiteren Kosten betragen CHF 178.10 (act. 8).

Da das vorliegende Gesuch um vorläufige Eintragung teilweise abzuweisen ist, sind der Gesuchstellerin in diesem Umfang ausgangsgemäss die diesbezüglichen Gerichtskosten definitiv aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gesuchstellerin unterliegt vorliegend zu rund einem Achtel, weshalb es sich rechtfertigt, ihr die Gerichtskosten im Umfang von CHF 1'135.– definitiv aufzuerlegen.

Über den restlichen Pfandanspruch der Gesuchstellerin (CHF 309'108.60) ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob die Gesuchstellerin in dieser Hinsicht endgültig obsiegt. Daher rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren in Bezug auf die verbleibenden Gerichtskosten in der Höhe von CHF 7'943.10 lediglich eine einstweilige Kostenregelung zu treffen, für den Fall dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte. 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.

## 8.2. Parteientschädigung

Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren zu bemessen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage bildet ebenfalls der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). In Anwendung von § 4 Abs. 1, § 9 und § 11 AnwGebV und unter Berücksichtigung der Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels ist von einer Parteientschädigung in der Höhe von CHF 10'000.– auszugehen und der Gesuchsgegnerin – entsprechend der teilweisen Abweisung des vorliegenden Gesuchs – definitiv eine um sieben Achtel reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von CHF 1'250.– zuzusprechen.

Im Übrigen ist der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen dem ordentlichen Verfahren vorzubehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch jedoch nicht prosequieren sollte, hat sie die Gesuchsgegnerin mit zusätzlichen CHF 8'750.– zu entschädigen.

**Das Einzelgericht erkennt:**

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 6. Juni 2019 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 3 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 3, GBBL 1, EGRID 2, E.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_,  
**für eine Pfandsumme von CHF 309'108.60 nebst Zins zu 5 % seit 25. April 2019.**
2. Im Mehrbetrag wird das Gesuch abgewiesen. Das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung vom 6. Juni 2019 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht – nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils – in dem über Dispositiv-Ziffer 1 hinausgehenden Umfang zu löschen.
3. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 29. November 2019 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 8'900.–.  
Die weiteren Kosten betragen: CHF 178.10 (Rechnung Nr. ... des Grundbuchamtes D.\_\_\_\_\_ vom 12. Juni 2019).
5. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 4 werden von der Gesuchstellerin bezogen. Im Umfang von CHF 1'135.– werden sie der Gesuchstellerin definitiv auferlegt. Im übrigen Umfang bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 3 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr auch die restlichen Kosten definitiv auferlegt.

6. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Prozessentschädigung in der Höhe von CHF 1'250.– zu bezahlen. Im Übrigen wird die Regelung der Entschädigungsfolgen dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 3 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, hat sie die Gesuchsgegnerin mit weiteren CHF 8'750.– zu entschädigen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – nach Ablauf der Rechtsmittelfrist – an das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_.
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 350'201.95.

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

Zürich, 25. September 2019

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Susanna Schneider