

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE190296-O

U/mk

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

## Urteil vom 28. November 2019

in Sachen

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

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

gegen

**B.\_\_\_\_\_ GmbH,**  
Gesuchsgegnerin

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

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1, S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt I. \_\_\_\_\_ sei richterlich anzuweisen, auf dem Grundstück Grundbuch C. \_\_\_\_\_, Blatt ..., Eidg. Grundstückidentifikation (EGRID) ..., Kataster Nr. ..., Plan 2, ..., ...-Strasse ..., ..., ... in C. \_\_\_\_\_, ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 843'963.25 nebst Zins zu 5 % seit 25. April 2019 zu Gunsten der Klägerin vorläufig einzutragen.
2. Die Anweisung sei superprovisorisch (d.h. sofort nach Eingang des Gesuchs ohne Anhörung der Gegenpartei) zu verfügen und dem Grundbuchamt I. \_\_\_\_\_ unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.
3. Der Klägerin sei eine Frist von 60 Tagen ab Rechtskraft des Entscheids über die vorläufige Vormerkung anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Ziff. 1 zu Lasten des Grundstücks der Beklagten einzureichen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Erwägungen:**

1. Prozessverlauf

Am 30. Juli 2019 (Datum Eingang, überbracht) reichte die Gesuchstellerin hierorts ihr Gesuch mit obigem Rechtsbegehren samt Beilagen ein (act. 1; act. 3/1–35). Mit Verfügung vom 30. Juli 2019 wurde dem Gesuch einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen und das Grundbuchamt I. \_\_\_\_\_ angewiesen, das beantragte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen. Mit gleicher Verfügung wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um schriftlich zum Begehren Stellung zu nehmen (act. 4). Mit Eingabe vom 30. September 2019 nahm die Gesuchsgegnerin innert mehrmals erstreckter Frist Stellung (act. 16; act. 17/1–2). Die Stellungnahme samt Beilagen der Gesuchsgegnerin wurden anschliessend der Gesuchstellerin zugestellt (Prot. S. 6). Mit Eingabe vom 18. Oktober 2019 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin eine freiwillige Stellungnahme zur Eingabe der Gesuchsgegnerin ein (act. 19). Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Rechtliche Grundlagen

2.1. Gemäss Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB kann zur Sicherung des Anspruchs auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts eine vorläufige Eintragung vorgemerkt werden 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, sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person zum Schuldner haben. Die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts setzt nicht zwingend einen Werkvertrag voraus.

2.2. Keinen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts hat, wer einem Bauunternehmer bloss temporäre Arbeitskräfte zur Verfügung stellt bzw. vermittelt. Die Unternehmung, die Bauarbeiter ausleiht, hat nicht für ein bestimmtes Werk (und folglich auch nicht für Werkmängel) einzustehen (vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 31. Januar 2017, HE160403, E. 3.). Als Hilfskriterien zur Abgrenzung von Personalverleihverhältnissen gegenüber anderen Vertragsarten dienen zudem die Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) zum Arbeitsvermittlungsgesetz (vgl. Urteil des Bundesgericht vom 11. Februar 2013, 2C\_356/2012, E. 3.5). Danach können zur Abgrenzung des Vorliegens eines Personalverleihverhältnisses gegenüber einer anderen Vertragsart als Kriterien unter anderem herangezogen werden, ob a) die Weisungsbefugnisse des Arbeitgebers weitgehend an den Einsatzbetrieb abgetreten wurden oder nicht; b) der Arbeitnehmer weitgehend die Werkzeuge, Utensilien oder weitere Materialien im Einsatzbetrieb benutzt oder nicht; c) der primäre Zweck des Vertragsverhältnisses in einer Verrechnung von Einsatzstunden besteht, oder in einer klar definierten Arbeitsleistung (bzw. eines Arbeitsziels) für eine bestimmte Vergütung; und d) der Unternehmer im Falle einer Nichterfüllung dem Einsatzbetrieb für Nachbesserung oder Preismilderung haftet (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 11. Februar 2013, 2C\_356/2012, E. 3.5 und Urteil des Bundesgerichts vom 30. April 2007, 2A.425/2006, E. 3.2).

2.3. Gemäss Art. 961 Abs. 3 ZGB und Art. 261 Abs. 1 ZPO gilt im vorläufigen Eintragungsverfahren 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, S. 566 f. E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts vom 22. Januar 2015, 5A\_613/2015, E. 4; SCHUHMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 1394). An die Glaubhaftmachung dürfen folglich keine besonderen Anforderungen gestellt werden (BGE 86 I 265, S. 269 f. E. 3; BGE 79 II 424, S. 439 E. 6; BGE 39 II 139, S. 139 f. E. 2). Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint (BGE 86 I 265, S. 269 f. E. 3; Urteile des Bundesgerichts 5A\_933/2014 vom 16. April 2015, E. 3.3.2; 5D\_116/2014 vom 13. Oktober 2014, E. 5.3 und 5A\_475/2010 vom 15. September 2010, E. 3.1.2). Im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen (BGE 102 Ia 81, S. 86 E. 2b/bb; BGE 86 I 265, S. 269 f. E. 3; Urteile des Bundesgerichts 5A\_933/2014 vom 16. April 2015, E. 3.3.2; 5A\_932/2014 vom 16. April 2015, E. 3.3.2 und 5A\_475/2010 vom 15. September 2010, E. 3.1.2) und die Entscheidung dem definitiven Eintragungsverfahren zu überlassen (BGE 86 I 265, S. 269 f. E. 3). Bei Abweisung des Gesuchs um vorläufige Eintragung droht der gesuchstellenden Partei aufgrund der ablaufenden Eintragungsfrist ein definitiver Rechtsverlust (BGE 137 III 563, S. 566 f. E. 3.3; BGE 86 I 265, S. 268 ff. E. 3), während bei einer Gutheissung im vorläufigen Eintragungsverfahren der Gegenpartei lediglich ein vorübergehender Nachteil droht, da die gesuchstellende Partei die Massnahme prosequieren muss (BGE 86 I 265, S. 269 f. E. 3).

### 3. Wesentliche Parteivorbringen

3.1. Die Gesuchstellerin führt aus, die Gesuchsgegnerin habe auf dem streitgegenständlichen Grundstück einen Erweiterungsbau zum bereits bestehenden Rechenzentrum geplant. Mit dem Bau des Erweiterungsbaus sei die schwedische Unternehmung D.\_\_\_\_\_ betraut worden. Diese habe wiederum der Gesuchstellerin Bauaufgaben weitergegeben, welche insbesondere die Positionierung, das

Ausrichten, die Montage und das Zusammenschweißen der Container auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin umfassten (act. 1 Rz. 2 f.). Konkret habe die D.\_\_\_\_\_ die Gesuchstellerin damit betraut, die angelieferten Container ab dem 22. Oktober 2018 zu positionieren, auszurichten, zu montieren und zusammenzuschweißen. Im Zuge der Arbeiten habe D.\_\_\_\_\_ der Gesuchstellerin gewisse ergänzende Aufträge erteilt, namentlich die Erstellung einer Stahlkonstruktion für die Einhausung von Generatoren. Für diese Leistungen habe die Gesuchstellerin am 14. November 2018 eine separate *Guideline offer 'Steel Construction'* erstellt. Sämtliche Leistungen der Gesuchstellerin seien im Zusammenhang mit der Montage der modularen Elemente (Container) für die Erstellung des Erweiterungsbaus auf dem streitgegenständlichen Grundstück im Eigentum der Gesuchsgegnerin erfolgt. D.\_\_\_\_\_ und die Gesuchstellerin hätten darüber jedoch schriftlich keinen speziellen (Rahmen-) Vertrag abgeschlossen. Die Erbringung der Leistungen der Gesuchstellerin seien jeweils im Rahmen einer "Bestellung" (*Purchase Order*) von D.\_\_\_\_\_ erfolgt. Mit diesen Bestellungen habe D.\_\_\_\_\_ die für die Erbringung der anstehenden Arbeiten erforderlichen Stunden abgerufen (act. Rz. 6). Obwohl den Forderungen der Gesuchstellerin verschiedene Bestellungen von D.\_\_\_\_\_ zugrunde lägen, sei von einer vertraglichen Einheit auszugehen. Mit ihren *Purchase Orders* habe D.\_\_\_\_\_ jeweils gleichartige Leistungen der Gesuchstellerin für den Zusammenbau der Module des Erweiterungsbaus und dem damit zusammenhängenden zusätzlichen Bau einer Stahlkonstruktion für die Generatoren freigegeben. Die Freigabe sei nach Massgabe des Baufortschritts und der bisher erbrachten Teilleistungen der Gesuchstellerin erfolgt. Entsprechend sei von einer rechtlichen Einheit der Leistungen der Gesuchstellerin auszugehen. Funktional stünden sämtliche Leistungen der Gesuchstellerin ohnehin in einem engen Zusammenhang und würden somit jedenfalls eine funktionale Einheit bilden (Act. 1 Rz. 7). Es treffe nicht zu, dass vorliegend die Arbeitsleistung der Gesuchstellerin im Rahmen eines Personalverleihvertrags erfolgt sei. Es sei richtig, dass die Gesuchstellerin mit der D.\_\_\_\_\_ jeweils über den Stundenaufwand ihrer Mitarbeiter abgerechnet und dafür die Begriffe "Arbeitsverleih" und "Verleihvertrag" verwendet habe. Massgebend sei jedoch, dass die Gesuchstellerin Arbeit und Material für die Erstellung der Baute auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin geleis-

tet habe. Die Gesuchstellerin habe als Subunternehmerin von D.\_\_\_\_\_ gewirkt – und nicht bloss temporäre Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt (act. 1 Rz. 8). Die eingesetzten Monteure hätten der Weisungsbefugnis der Gesuchstellerin unterstanden. Der Bauführer der Gesuchstellerin, E.\_\_\_\_\_, habe die Bauarbeiten organisiert und seinen Monteuren die nötigen Weisungen erteilt. Sodann habe die Gesuchstellerin eigenes Werkzeug und Material im Wert von rund CHF 50'000.00 eingesetzt. Unerheblich für die Frage der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sei weiter, dass die Gesuchstellerin ihre Haftung für Werkmängel gegenüber D.\_\_\_\_\_ ausgeschlossen habe (act. 1 Rz. 8.2). Ein Personalverleihverhältnis könne auch darum nicht vorliegen, weil der vereinbarte Beginn der Arbeiten mehrmals verschoben worden sei, ohne dass die Gesuchsgegnerin eine Entschädigung für die Verschiebungsdauer habe zahlen müssen. Eine Entschädigung wäre aber bei einem Personalverleih geschuldet gewesen (act. 1 Rz. 8.3).

3.2. Die Gesuchsgegnerin bringt vor, sämtliche Rechnungen der Gesuchstellerin würden sich auf Verleihverträge stützen, was aus den von der Gesuchstellerin eingereichten Rechnungen selbst hervorgehe. Die Gesuchsgegnerin habe nach dem Ausscheiden der D.\_\_\_\_\_ aus dem Projekt mit der Gesuchstellerin direkt Personalverleihverträge abgeschlossen. In den Personalverleihverträgen werde ausdrücklich festgehalten, dass es sich um Verleihverträge, nicht um Werkverträge handle. Entsprechend werde auch die werkvertragliche Haftung ausgeschlossen (act. 16 Rz. 7). Aus den Arbeitsabrechnungen der einzelnen Leiharbeitnehmer ergebe sich das Datum des spezifischen Verleihvertrages. Auch nähmen die Rechnungen der Gesuchstellerin Bezug auf Verleihverträge. Der Aufbau des Stahlgerüsts vom 29. Januar 2019 bis zum 18. Februar 2019 durch die Gesuchstellerin sei ebenfalls im Rahmen eines Personalverleihvertrages erfolgt. Wäre dieser isolierte Einsatz in Abweichung zu allen anderen ein werkvertragliches gewesen, so wäre für diesen Einsatz die 4-monatige Eintragsfrist bei der Einreichung des Gesuchs bereits abgelaufen (act. 16 Rz. 8 ff.). Die Gesuchsgegnerin habe im Vertragsverhältnis mit der D.\_\_\_\_\_ ausschliesslich durch ihre Personalverleihsparte agiert. Es treffe nicht zu, dass die eingesetzten Monteure ausschliesslich unter der Weisungsbefugnis der Gesuchstellerin gestanden seien. Die Gesuchstellerin habe zwar in der Person von E.\_\_\_\_\_ eine bevorzugte Ansprech-

person gegenüber D.\_\_\_\_\_ gehabt, die die Weisungen weitergeleitet habe. Letztlich sei aber alles, was von den Leiharbeitern der Gesuchstellerin geleistet worden sei, von der Bauleitung von D.\_\_\_\_\_ angewiesen, von dieser auch kontrolliert und verantwortet worden. Aus diesem Grund findet sich in den wöchentlichen Arbeitsprotokollen auch immer der Vermerk auf die «tägliche Besprechung der auszuführenden Arbeiten mit F.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ ». F.\_\_\_\_\_ sei der Montageleiter der D.\_\_\_\_\_ gewesen und sei dafür verantwortlich gewesen, was die geliehenen Arbeitnehmer (inkl. E.\_\_\_\_\_) gemacht hätten (act. 16 Rz. 21). Weiter führe die Gesuchstellerin aus, sie habe ihr eigenes Werkzeug und Material für die Baute auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin eingesetzt. Das treffe nicht zu: Vielmehr zeige sich, dass die Leiharbeitnehmer über Monate mit nur 2 Werkzeugkoffern der Gesuchstellerin im Einsatz gestanden hätten. Grund dafür sei gewesen, dass die D.\_\_\_\_\_ verschiedene Werkzeugcontainer mit allen nötigen Geräten aus Schweden angeliefert habe. In den "Arbeitsabrechnungen für Personal im Auslandsdienst" sei ohnehin auch ausdrücklich vorgesehen, dass es solche Materialeinkäufe im Rahmen der Dienstverschaffungsleistung erlaubt seien. Teilweise sei auch Verbrauchsmaterial von der Bauleitung von D.\_\_\_\_\_, insb. von G.\_\_\_\_\_, über die Gesuchstellerin bestellt worden. Dabei habe die Gesuchstellerin in indirekter oder gar direkter Stellvertretung gehandelt (act. 16 Rz. 22). Es sei für den Personalverleih der Gesuchstellerin im Montagebereich vorgesehen, dass die Leiharbeitnehmer gewisse Materialeinkäufe erledigen könnten und diese dem Kunden in Rechnung gestellt würden, ohne dass sich hierdurch die Vertragsqualifikation ändern würde. Teilweise habe G.\_\_\_\_\_, von der Bauleitung der D.\_\_\_\_\_, Einkäufe von Verbrauchsmaterial über die Gesuchstellerin vor Ort abgewickelt, weil dies einfacher gewesen sei, als Kleinstbestellungen über die schwedische Firma abzuwickeln (act. 16 Rz. 26). Insbesondere habe das Aufstellen des Stahlgerüsts vom 29. Januar 2019 bis 18. Februar 2019 nicht den Kern eines einheitlichen Vertragsverhältnisses zwischen der Gesuchstellerin und der D.\_\_\_\_\_ dargestellt (act. 16 Rz. 31).

3.3. In ihrer freiwilligen Stellungnahme vom 18. Oktober 2019 macht die Gesuchstellerin geltend, dass die Bezeichnung des Vertragsverhältnisses für die rechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses nicht massgebend sei. Darum

könne aus den von der Gesuchstellerin verwendeten Begriffen "Arbeitsverleih" und "Verleihvertrag" nichts zugunsten der Gesuchsgegnerin abgeleitet werden (act. 19 Rz. 7 f.). Die von der Gesuchstellerin eingereichten Unterlagen, in welchen in der Tat von "Zurverfügungstellung von Personal" und von "Verleihvertrag" die Rede sei, würden nicht das zwischen der Gesuchstellerin und D.\_\_\_\_\_ tatsächlich Vereinbarte und Gehandhabte und auf der Baustelle tatsächlich Gelebte abbilden. D.\_\_\_\_\_ sei gar nicht in der Lage gewesen, fachliche Weisungen für die Montagearbeiten zu erteilen (act. 19 Rz. 10 f.). F.\_\_\_\_\_ sei der Montageleiter von D.\_\_\_\_\_ und Ansprechpartner von E.\_\_\_\_\_, Bauleiter der Gesuchstellerin, gewesen. Mit F.\_\_\_\_\_ habe E.\_\_\_\_\_ regelmässig die von der Gesuchstellerin auszuführenden Arbeiten besprochen. E.\_\_\_\_\_ (und nicht Herr F.\_\_\_\_\_) habe dann jeweils entschieden, was, wann, wo und von wem zu machen gewesen sei, habe die entsprechenden Arbeiten organisiert und die Monteure der Gesuchstellerin angewiesen. Die Bauleitung von D.\_\_\_\_\_ habe hingegen keine Weisungen erteilt. D.\_\_\_\_\_ sei auf der Baustelle ganz generell nur wenig präsent gewesen (act. 19 Rz. 11). Weiter sei aus den erfolgten Materiallieferung zu schliessen, dass es sich bei der Dienstleistung der Gesuchstellerin eben gerade nicht um Personalverleih handle. Ein Personalverleiher verleihe Personal, er liefere nicht Material. Die Gesuchstellerin habe die Materialien auch nicht als Stellvertreterin von D.\_\_\_\_\_ erworben, sondern diese auf eigene Veranlassung, auf eigenen Namen und auf eigene Rechnung gekauft. Es sei sodann irrelevant, ob die eingekauften Materialien mit oder ohne Marge der D.\_\_\_\_\_ in Rechnung gestellt worden seien (act. 19 Rz. 13 ff.). Auch habe die Gesuchstellerin nach einer kurzen Startphase, in welcher noch auf Werkzeug der D.\_\_\_\_\_ zurückgegriffen worden sei, weitgehend ihr eigens Werkzeug verwendet (act. 19 Rz. 16).

#### 4. Würdigung

4.1. Strittig und entscheidend ist vorliegend, ob die Leistungen der Gesuchstellerin als Personalverleih zu qualifizieren sind, oder ob sie pfandberechtigte Leistungen im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB darstellen.

4.2. Die Frage nach dem Vorliegen eines Personalverleihverhältnisses stellt sich darum, weil die Gesuchstellerin und die D.\_\_\_\_\_ in mehreren Urkunden, die

vorliegend als Beilagen eingereicht wurden, auf Personalverleihverträge verweisen. Nachfolgend ist näher auf diese Urkunden einzugehen. Vorweg ist jedoch an die Grundsätze des vorliegenden Verfahrens zu erinnern: Die Gesuchstellerin muss die Voraussetzungen, die eine Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht bloss behaupten, sondern glaubhaft machen. Zur Glaubhaftmachung der relevanten Tatsachen gehört auch, die Tatsachen *schlüssig* vorzutragen, umso mehr, wenn bereits die eingereichten Gesuchsbeilagen Erklärungsbedarf ergeben.

4.3. Die Gesuchstellerin behauptet, Arbeit und Material im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB geliefert zu haben, was sie zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtige. Sie will ihre Behauptung anhand mehrerer Rechnungen glaubhaft machen. In diesen Rechnungen findet sich jeweils der Vermerk "Zurverfügungstellung von Personal gemäss Verleihvertrag vom (Datum), Einsatz vom (Datum) bis (Datum)" (vgl. act. 3/18, 3/19, 3/23, 3/26, 3/28, 3/31). Diesen Rechnungen gingen jeweils sogenannte "*Purchase Orders*" der D.\_\_\_\_\_ voraus (vgl. act. 3/11, 13–15). Mit einer Ausnahme weisen diese "*Purchase Orders*" den Vermerk "*Rent of local manning on site Zurich*" auf (act. 3/11, act. 3/14 und act. 3/15, zur Ausnahme im Zusammenhang mit der Herstellung einer separat bestellten Stahlkonstruktion [siehe act. 3/13], siehe Erw. 4.9). Zu den Rechnungen gehören sodann detaillierte Aufstellungen über die von den Monteuren geleisteten Arbeitsstunden (vgl. act. 3/20, 3/24, 3/27, 3/29 und 3/32). In diesen als "Arbeitsabrechnung für Personal im Aussendienst" bezeichneten Aufstellungen wird jeweils – aufgeschlüsselt für jeden eingesetzten Monteur – auf diverse Verleihverträge verwiesen. Die erwähnten Verleihverträge datieren vom 12. Oktober 2018, 30. November 2018, 3. Dezember 2018, 14. Dezember 2018, 27. Dezember 2018, 18. Januar 2019 und 4. Februar 2019. Die Gesuchstellerin bringt vor, die in den eingereichten Beilagen verwendeten Begriffe würden nicht das zwischen der Gesuchstellerin und D.\_\_\_\_\_ tatsächlich Vereinbarte und Gehandhabte und auf der Baustelle tatsächlich Gelebte abbilden (act. 19 Rz. 10).

4.4. Die Gesuchstellerin bestreitet damit nicht, dass zwischen ihr und der D.\_\_\_\_\_ ursprünglich solche als Verleihverträge bezeichneten Vertragsdokumen-

te bestanden. Sie macht einzig geltend, dass die in den Rechnungen und Abrechnungen verwendeten Bezeichnungen nicht dem tatsächlich Vereinbarten entsprechen. Es reicht aber nicht aus, zu behaupten, das tatsächlich Vereinbarte sei halt etwas anderes gewesen als die verwendeten Vertragsbezeichnungen nahelegen würden, um den eigenen Anspruch *schlüssig* zu begründen. Die erwähnten Verleihverträge datieren teilweise weit nach Baubeginn (der Baubeginn war am 22. Oktober 2018, vgl. act. 3/16 S. 1). Auch wurden die Verweise auf – offenbar nicht mehr geltende – Verträge bis zur letzten ausgestellten Rechnung betreffend Personalaufwand beibehalten (vgl. act. 3/31, Rechnung vom 23. April 2019). Die Gesuchstellerin ist auch bei Geltung der besonders tiefen Eintragungsvoraussetzungen im vorläufigen Eintragungsverfahren gehalten, schlüssig zu erklären, weshalb sie und die D.\_\_\_\_\_ über Monate Begriffe verwendeten und auf Verträge verwiesen, die dem angeblich tatsächlich Vereinbarten widersprachen. Es ist nicht glaubhaft, dass ein Unternehmen wie die Gesuchstellerin, die sämtliche Leistungen äusserst genau dokumentiert, aufschlüsselt und abrechnet (und ursprünglich auch Verleihverträge abschloss), diese Vertragsbezeichnungen weiter verwendete, obwohl die Verträge nach ihrem Verständnis nicht mehr galten und rechtlich irrelevant waren. Erstaunlich ist auch, dass die Gesuchstellerin kein einziges Dokument vorweisen kann, aus welchem hervorgehen würde, dass die Verleihverträge nicht mehr gelten würden, sondern man diese anscheinend konkludent aufhob, um dann gleichwohl immer neue Verleihverträge abzuschliessen – den letzten am 4. Februar 2019. Die Gesuchstellerin betont, sie habe nie behauptet, es gebe keine spezifischen schriftlichen Verträge. Sie habe in ihrem Gesuch einzig darauf hingewiesen, dass sie mit D.\_\_\_\_\_ keinen speziellen schriftlichen Rahmenvertrag abgeschlossen habe (act. 19 Rz. 20). Umso mehr fragt sich, warum die Gesuchstellerin die offenbar doch vorhandenen spezifischen schriftlichen Verträge, die aber nach ihrem Dafürhalten keine Personalverleihverträge sind, nicht eingereicht hat, um ihren Anspruch *schlüssig* und *glaubhaft* zu behaupten. Die Gesuchstellerin führt aus, "die Erbringung der Leistungen der Klägerin [sei] jeweils im Rahmen einer "Bestellung" (*Purchase Order*) von D.\_\_\_\_\_ [erfolgt]. Mit diesen Bestellungen [habe] D.\_\_\_\_\_ jeweils die für die Erbringung der anstehenden Arbeiten erforderlichen Stunden abgerufen" (vgl. act. 1 Rz. 6). Damit konze-

diert die Gesuchstellerin im Endeffekt selbst, dass der Einkauf von Arbeitsstunden im Vordergrund stand – und nicht eine Leistung im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Nichts anderes folgt aus den *Purchase Orders*: Es fehlen jegliche Hinweise auf eine Leistung im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, jedoch werden die bestellten Monteure und die zu leistenden Einsatzstunden einzeln aufgelistet (mit dem Vermerk "*Rent of local manning*"). Auffallend ist sodann, dass sämtliche Rechnungen der Gesuchstellerin von ihrer Abteilung "H.\_\_\_\_\_" ausgestellt sind. Wie die Gesuchsgegnerin zu Recht ausführt, erbringt die "H.\_\_\_\_\_" Leistungen durch Personalverleih und verfügt sie über die entsprechenden eidgenössischen und kantonalen Bewilligungen für den Personalverleih (vgl. act. 16 Rz. 12). Auch dies ist ein weiteres Indiz dafür, dass ein Personalverleihverhältnis vorliegt. Dem steht auch nicht entgegen, dass für den mehrmals aufgeschobenen Baubeginn anscheinend keine Entschädigung zu entrichten war (vgl. act. 1 Rz. 8.3). Die Gesuchstellerin führt nicht aus, gestützt auf welche Überlegungen und Abreden auf eine Entschädigung verzichtet wurde. Ohnehin: Ob für die Verschiebungsdauer eine Entschädigung geschuldet ist, taugt als Abgrenzungskriterium nicht, weil eine solche Entschädigung weder vertragstypisch noch vertragsuntypisch für die voneinander abzugrenzenden Vertragsarten ist.

4.5. Soweit die Gesuchstellerin vorbringt, die von ihr erbrachten Arbeitsleistungen seien ihrer Art nach eintragungsfähig, ist dem entgegenzuhalten, dass die Art der Arbeit, die auf einer Baustelle geleistet wird, kaum weiterhilft, um Arbeiten im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB von solchen zu unterscheiden, die im Rahmen eines Personalverleihverhältnisses erbracht werden. Denn auch verliehene Arbeitnehmer können, betrachtet man ihre Arbeitsleistung isoliert vom Personalverleihverhältnis, Arbeiten erbringen, die zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigten.

4.6. Unbehelflich ist auch das Vorbringen, die Monteure der Gesuchstellerin seien unabhängig gewesen und nicht weisungsgebunden. Die Gesuchstellerin habe E.\_\_\_\_\_ als ihren Montageleiter eingesetzt und dieser habe den anderen Monteuren der Gesuchstellerin Weisungen erteilt. Aus den Unterlagen geht hervor, dass E.\_\_\_\_\_ stets an F.\_\_\_\_\_, unstrittig der Montageleiter der D.\_\_\_\_\_,

rapportierte. Letzterer unterzeichnete auch sämtliche Arbeitsrapporte. Auch führt die Gesuchstellerin selbst aus, dass E.\_\_\_\_\_ jeweils von F.\_\_\_\_\_ die nötigen Informationen betreffend die zu erledigende Arbeit erhielt (vgl. act. 19 Rz. 11). Aus den Beilagen ist sodann ersichtlich, dass F.\_\_\_\_\_ täglich die zu erledigenden Arbeiten mit E.\_\_\_\_\_ besprach und dieser *erst dann* die nötigen Anweisungen dem Team weitergab (vgl. act. 3/16). Weiter kann auch ein Montageleiter verliehen werden, mithin können vollständige Teams (inkl. der teaminternen Aufgabenteilung und der damit einhergehenden Hierarchie) verliehen werden. Wenig überraschend wird denn auch bei der Abrechnung betreffend E.\_\_\_\_\_ auf einen Verleihvertrag vom 12. Oktober 2018 verwiesen (vgl. act. 3/18/1; act. 3/20), weshalb die Vorbringen der Gesuchstellerin angesichts der Aktenlage nicht glaubhaft sind.

4.7. Zu berücksichtigen ist auch die fehlende Haftung der Gesuchstellerin für Werkmängel. Die Gesuchstellerin führt aus, eine solche Wegbedingung der Haftung stehe einer Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht entgegen. Ihr Tun sei erfolgsbezogen gewesen (act. 1 Rz. 8.2; act. 19 Rz. 17). Zu einem Arbeitserfolg kann man sich aber nur selbständig verpflichten, was die eigene Verantwortung voraussetzt, namentlich die Haftung für Werkmängel (vgl. SCHUMACHER, a.a.O., N 513). Die Haftung für Werkmängel liegt typischerweise bei Leistungen im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB vor, wohingegen sie bei Personalverleihverträgen gerade nicht wesentypisch ist und regelmässig ausgeschlossen wird. Es braucht hier nicht abschliessend geklärt zu werden, ob Ausnahmefälle denkbar sind. Auch wenn dieses Kriterium nicht allzu schwer wiegt: Es ist ein weiteres Indiz, das gegen die Vorbringen der Gesuchstellerin spricht.

4.8. Die Gesuchstellerin führt sodann aus, sie habe eigenes Material eingekauft und auf der Baustelle verbaut und dazu eigenes Werkzeug verwendet. Beides schliesse ein Personalverleihverhältnis aus (act. 1 Rz. 8). Die Gesuchsgegnerin hält dem entgegen, die Gesuchstellerin habe bei den Einkäufen als direkte oder indirekte Stellvertreterin der D.\_\_\_\_\_ gehandelt. Auch habe sie weitgehend auf Werkzeuge der D.\_\_\_\_\_ zurückgegriffen (act. 16 Rz. 22).

4.8.1. Die Lieferung von Material alleine genügt in der Regel nicht, um ein Bauhandwerkerpfandrecht einzutragen. Steht die Materiallieferung im Zusammen-

hang mit einer pfandberechtigten Arbeitsleistung, kann sie jedoch eingetragen werden. Die Lieferung von Material allein berechtigt dann zur Pfandeintragung, wenn das Material gemäss individueller Bestellung spezifisch für die betroffene Baustelle hergestellt wurde.

4.8.2. Es kann offen bleiben, ob der Einwand der Gesuchsgegnerin berechtigt ist. Die Gesuchstellerin nennt kein Material, welches eigens für das Bauvorhaben hergestellt wurde. Es handelt sich beim verwendeten Material vielmehr um gewöhnliches, im Baumarkt erhältliches Baumaterial. Die Gesuchstellerin zeigt auch nicht auf, dass das Material im Zusammenhang mit pfandberechtigten Arbeitsleistungen stand. Weiter trifft es nicht zu, dass der vereinzelte Einkauf von Material ein Personalverleihverhältnis ausschliesst. Liegt ein Personalverleihverhältnis vor, wandelt sich dieses nicht in ein Rechtsverhältnis, welches zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigt, nur weil Material eingekauft wurde. Stellt die Arbeitsleistung keine Arbeit im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB dar, kann sie mit anderen Worten auch durch die Lieferung von Material nicht in eine pfandberechtigte Arbeitsleistung gewandelt werden.

4.8.3. Was den Einsatz des eigenen Werkzeugs anbelangt, folgt aus den von der Gesuchstellerin eingereichten Unterlagen, dass in der ersten Projektwoche ein Werkzeugcontainer der D.\_\_\_\_\_ ausgeladen und die Werkstatt eingerichtet wurde (vgl. act. 3/16, S. 1). Ersichtlich ist sodann, dass in der Anfangsphase des Bauprojekts weitgehend mit den von D.\_\_\_\_\_ bereitgestellten Werkzeugen gearbeitet wurde. Erst im Dezember 2018 wurden zusätzliche Maschinen verwendet, welche angeblich der Gesuchstellerin gehörten (act. 19 Rz. 16). Die Gesuchstellerin behauptet dies aber erstmals in ihrer Stellungnahme vom 18. Oktober 2019, also nach Aktenschluss, obwohl sie die entscheidrelevante Problematik des vorliegenden Falles bereits in ihrem Gesuch erkannte und adressierte. Sie ist mit diesem Vorbringen verspätet. Ohnehin ist festzuhalten, dass das Kriterium des eigenen Werkzeugs nur als Indiz dienen kann, um die vorliegende Streitfrage zu entscheiden.

4.9. Schliesslich begründet die Gesuchstellerin ihren Anspruch auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts mit einem Zusatzauftrag betreffend die Herstel-

lung einer Stahlkonstruktion für die Einhausung von Generatoren, welcher ihr die D.\_\_\_\_\_ erteilt habe. Für diese Leistung habe die Gesuchstellerin eine separate Offerte unterbreitet. Der Auftrag betreffend die Herstellung der Stahlkonstruktion bilde eine rechtliche Einheit mit den anderen bestellten Arbeitsleistungen (act. 1 Rz. 6 f.).

4.9.1. Bilden Arbeits- und Sachleistungen, die für sich allein nicht pfandberechtigt wären, eine funktionelle Einheit mit pfandberechtigten Bauarbeiten, sind alle Leistungen pfandberechtigt (SCHUMACHER, a.a.O., N 327 ff.). Die Gesuchstellerin möchte anhand der Stahlkonstruktion aufzeigen, dass sämtliche von ihr erbrachten Leistungen pfandberechtigt sind.

4.9.2. Die Gesuchstellerin reicht eine als *Guideline offer`Steel Construction`* bezeichnete Offerte betreffend die Herstellung einer Stahlkonstruktion zu den Akten (act. 3/12). D.\_\_\_\_\_ bestellte in der Folge diese Stahlkonstruktion mit *Purchase Order* Nr. ... vom 3. Dezember 2018 zum offerierten Preis (act. 3/13). Aus der Offerte lässt sich durchaus schliessen, dass es sich bei den Arbeitsleistungen im Zusammenhang mit der Stahlkonstruktion um pfandberechtigende Leistungen der Gesuchstellerin handeln könnte. Es erscheint gleichwohl fraglich, ob die Herstellung der Stahlkonstruktion zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigt, denn auch hier wird bei der Abrechnung die Zurverfügungstellung von Personal gemäss Personalverleihvertrag vom 12. Oktober 2018 in Rechnung gestellt (vgl. act. 3/23 i.V.m. act. 1 Rz. 11). Die Gesuchstellerin führt diesbezüglich nichts Näheres aus. Letztlich spricht alles dafür, dass auch diese Leistung, wie alle anderen Leistungen der Gesuchstellerin, im Rahmen eines Personalverleihverhältnisses erfolgte. Selbst wenn man aber annähme, die Herstellung der Stahlkonstruktion berechtige die Gesuchstellerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts, zeigt die Gesuchstellerin mit keinem Wort auf, weshalb diese Leistung eine funktionale Einheit mit den anderen erbrachten Leistungen darstellt. Die bloss pauschale Behauptung, es bestehe eine funktionale Einheit, genügt auch im vorläufigen Eintragungsverfahren nicht. Wenn die Gesuchstellerin ausführt, funktional stünden sämtliche Leistungen der Gesuchstellerin ohnehin in einem engen Zusammenhang und würden somit jedenfalls eine funktionale Einheit

bilden (act. 1 Rz. 7), ist das ein Zirkelschluss. Zu Recht wendet die Gesuchsgegnerin sodann ein, dass es nicht angehe, die Offerte zur Stahlkonstruktion als das charakteristische Vertragsdokument sämtlicher Leistungen darzustellen, ohne auf die weiteren eingereichten Beilagen einzugehen (act. 16 Rz. 17). Besteht keine funktionale Einheit zwischen der Herstellung der Stahlkonstruktion und den übrigen von der Gesuchstellerin vorgebrachten Arbeiten, können Letztere somit auch dann nicht eingetragen werden, wenn die Herstellung des Stahlgerüsts eine pfandberechtigte Leistung darstellen würde. Anzuführen bleibt, dass die Herstellung der Stahlkonstruktion auch nicht zur Eintragung eines (summenmässig auf die Herstellung der Stahlkonstruktion beschränkten) Pfandrechts berechtigen würde, wenn sie als Arbeit im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB zu qualifizieren wäre. Die Herstellung der Stahlkonstruktion als getrennte Bauleistung wurde am 18. Februar 2019 beendet (vgl. act. 1 Rz. 11). Die viermonatige Eintragsfrist nach Art. 839 Abs. 2 ZGB lief spätestens am 18. Juni 2019 ab. Sie war bereits abgelaufen, als die Gesuchstellerin am 30. Juli 2019 ihr Gesuch hierorts einreichte.

4.10.

4.11. Zusammenfassend stellt die Gesuchstellerin in ihrem Gesuch ihrer eigenen Dokumentation letztlich nur Behauptungen entgegen und geht damit auch nicht über das blosses Behaupten der geltend gemachten Anspruchsgrundlage hinaus: Es sei tatsächlich eben anders gewesen, als es die Gesuchsbeilagen vermuten liessen. Es gelingt ihr nicht, selbst unter Achtung der im vorläufigen Eintragsverfahren besonders tiefen Anforderungen für die Eintragung, ihre Behauptungen *schlüssig vorzutragen* und *glaubhaft* zu machen. Das vorläufige Eintragsverfahren als kontradiktorisches Verfahren muss auch dem Rechtsschutzinteresse der Gegenpartei Rechnung tragen, weshalb blosses Behauptungen nicht ausreichen, um einen Anspruch gegen den Widerstand der Gegenpartei durchzusetzen. Dies gilt umso mehr, wenn die Aktenlage der Darstellung der gesuchstellenden Partei widerspricht. Das Bundesgericht und die Lehre betonen zwar zu Recht, dass der Anspruch auf vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts grosszügig zu gewähren ist. Folgerichtig wird darum die vorläufige Eintragung nur

verweigert, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint. Im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung dem definitiven Eintragungsverfahren zu überlassen. Die Nichteintragung des Pfandrechts im vorläufigen Eintragungsverfahren wiege für die gesuchstellende Partei weit schwerer als die vorläufige Eintragung für die Gegenpartei. Die Nichteintragung führe zum Verlust des Anspruchs, wohingegen die Eintragung vorläufig sei (vgl. auch vorstehende Erw. 2.3). Die Rechtslage ist vorliegend jedoch klar: Arbeitsleistungen, die im Rahmen eines Personalverleihverhältnisses erbracht werden, sind nicht pfandberechtigt. Die Gesuchsbeilagen lassen nur den Schluss zu, dass die Gesuchstellerin ihre Leistungen im Rahmen eines Personalverleihverhältnisses erbrachte. Daran vermögen weder der vereinzelte Einkauf von Material noch der Einsatz von teilweise eigenem Werkzeug durch die Gesuchstellerin etwas zu ändern. Es besteht eine lückenlose (und vorbildliche) Dokumentation der erbrachten Leistungen. Eine Unklarheit betreffend die Qualifikation des Rechtsverhältnisses entsteht vorliegend nur dann, wenn auf eine Beweiswürdigung ganz verzichtet und ausschliesslich auf die Behauptungen der Gesuchstellerin (unter Ausklammerung der Gesuchsbeilagen und den Vorbringen der Gesuchsgegnerin) abgestellt wird. Eine so definierte Unklarheit folgt indes weder aus dem anwendbaren Beweismass noch aus der Aktenlage. Sie ist vielmehr einzig der Gesuchstellerin zuzuschreiben und führt darum nicht zur Gutheissung des Gesuchs nach dem Grundsatz, dass im Zweifelsfall, d.h. bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, die vorläufige Eintragung zu bewilligen ist. Das Gesuch ist daher abzuweisen.

## 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

5.2. 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 843'963.25 auszugehen (act. 1 S. 2). Die der Gesuchstellerin aufzuerlegende Gerichtsgebühr ist in

Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 11'200.00 festzusetzen.

5.3. Zudem ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 9 und § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV OG eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 11'600.00 zu bezahlen.

**Das Einzelgericht erkennt:**

1. Das Begehren wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt I.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 30. Juli 2019 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht **vollumfänglich zu löschen**  
auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., Plan 2, GBBL. ...,  
EGRID ...  
...-Strasse ..., ..., ..., C.\_\_\_\_\_,  
für eine Pfandsumme von CHF 843'963.25 nebst Zins zu 5 % seit 25. April 2019.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 11'200.00.  
Weiteren Kosten bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 11'600.00 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage des Doppels von act. 19, sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt I.\_\_\_\_\_ unter Hinweis auf Dispositiv Ziffer 2.
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 843'963.25.

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

Zürich, 28. November 2019

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Giulio Donati