

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE190431-O

U/mk

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

## Urteil vom 16. Januar 2020

in Sachen

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

Gesuchstellerin

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

gegen

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

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. Y1.\_\_\_\_\_,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw, LL.M. Y2.\_\_\_\_\_,

sowie

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

Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y3.\_\_\_\_\_,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

"Das Grundbuchamt D. \_\_\_\_\_ sei im Sinne von Art. 961 ZGB zunächst superprovisorisch und hernach vorläufig anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des folgenden Grundstücks der Gesuchsgegnerin einzutragen auf:

Grundstück Grundbuch Blatt 1, Liegenschaft, Kataster 2, E. \_\_\_\_\_ [Ort], F. \_\_\_\_\_-Strasse (F. \_\_\_\_\_-Strasse ...-..., ... Zürich), für die maximale Pfandsumme von CHF 753'750.31 zuzüglich 5% Zins seit 25. Oktober 2019;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zulasten der Gesuchsgegnerin."

**Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 25. Oktober 2019 (überbracht) stellte die Gesuchstellerin das vorliegende Gesuch um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (act. 1). Gleichentags wurde das Gesuch ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin einstweilen gutgeheissen und das Grundbuchamt D. \_\_\_\_\_ angewiesen, das Pfandrecht vorläufig einzutragen (act. 4). Mit Eingabe vom 12. November 2019 stellte die Nebenintervenientin ein Interventionsgesuch (act. 7). Innert angesetzter Frist nahmen die Hauptparteien dazu am 18. November 2019 Stellung (Gesuchstellerin act. 12; Gesuchsgegnerin act. 13), woraufhin die Nebenintervenientin zum Prozess zugelassen wurde (act. 15). Die Stellungnahmen zum Massnahmegesuch ergingen jeweils am 5. Dezember 2019 (Gesuchsgegnerin act. 19; Nebenintervenientin act. 17). In Ausübung ihres Replikrechts erstattete die Gesuchstellerin dazu zwei weitere Stellungnahmen (act. 24; act. 25).

## 2. Parteien und ihre Stellung

Die Gesuchsgegnerin ist Eigentümerin des Grundstücks, auf dem die von der Gesuchstellerin behaupteten Leistungen erbracht worden sind. Die Leistungen der Gesuchstellerin sind dabei im Auftrag der Nebenintervenientin erfolgt (act. 1 Rz. 4).

## 3. Parteidarstellungen

Unbestritten ist, dass die Gesuchstellerin als Subunternehmerin der Nebenintervenientin im Rahmen eines Neubaus von insgesamt 10 Gebäuden auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin Bauarbeiten ausgeführt hat, welche grundsätzlich pfandberechtigt sind. Umstritten sind dagegen der vereinbarte Werklohn bzw. die daraus resultierende offene Forderung und der Zeitpunkt der letzten Arbeiten.

Die Gesuchstellerin macht dazu geltend, es sei ein Werkpreis nach Ausmass vereinbart worden, wobei das Leistungsverzeichnis vom 8. November 2018 massgebend sei. Von der Werksumme nach Ausmass seien verschiedene Rabatte in Abzug zu bringen. Sodann habe die Nebenintervenientin verschiedentlich Material geliefert und es seien Provisionszahlungen vereinbart worden, welche ebenfalls zu einer Verminderung des Werkpreises führen würden. Schliesslich habe die Gesuchstellerin zusätzliche Regiearbeiten ausführen müssen und ein Teil der Forderung sei seitens der Nebenintervenientin mittels Akontozahlungen beglichen worden. Daraus resultiere die Restforderung von CHF 753'750.31 (act. 1 Rz. 10 ff.). Die letzten Arbeiten seien am 28. Juni 2019 ausgeführt worden. Zwei Arbeiter der Gesuchstellerin hätten an diesem Tag Stahltonenelemente mit Graffitischutz imprägniert. Dies hätte aufgrund des Kälteeinbruchs vor dem Winter nicht früher ausgeführt werden können, was der Nebenintervenientin mit E-Mail vom 12. November 2018 kommuniziert worden sei (act. 1 Rz. 7). In ihren Stellungnahmen vom 6. Januar 2020 bestätigt die Gesuchstellerin sodann ihren Standpunkt. Sie bleibt dabei, dass die letzten relevanten Arbeiten am 28. Juni 2019 stattgefunden hätten. Die Nebenintervenientin selbst hätte die Gesuchstellerin mit E-Mail vom 18. September 2018 zur Ausführung der Graffitischutzarbeiten aufgefordert. In den Abnahmeprotokollen werde sodann der Graffitischutz nicht

erwähnt. Die Nebenintervenientin selbst sei erst am 12. November 2018 darauf hingewiesen worden, dass diese Arbeiten noch ausgeführt werden müssten, eine Mängelrüge sei aber nie erfolgt. Das Vorgehen zeige einzig, dass bei der Abnahme nicht mit der nötigen Aufmerksamkeit gewaltet worden sei. Aufgrund des E-Mail-Verkehrs vom 12. November 2018 sei klar gewesen, dass die Graffiti-schutzarbeiten nicht abgeschlossen gewesen seien, sondern erst im Frühsommer 2019 ausgeführt werden können; mit diesem Vorgehen sei die Nebenintervenientin einverstanden gewesen. Es handle sich auch nicht um geringfügige und von der Gesuchstellerin selbst aufgeschobene Arbeiten (act. 25 Rz. 6 ff; act. 25 Rz. 15 ff.).

Die Gesuchsgegnerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Fassadenarbeiten bei sämtlichen Häusern bereits im Sommer 2018 fertiggestellt worden seien. Die Endabnahme sei im August 2018 erfolgt. Seitens der Nebenintervenientin seien im April 2019 die Schlussabrechnung und die Baugarantie übergeben, womit der Nachweis erbracht sei, dass die Hauptarbeiten abgeschlossen gewesen seien. Bei den Arbeiten im Juni 2019 könne es sich höchstens um Nachbesserungsarbeiten gehandelt haben. Ohnehin sei unglaubwürdig, dass in diesem Zeitpunkt noch Arbeiten stattgefunden hätten, zumal das Werk übergeben worden und sämtliche Wohnungen bezogen gewesen seien, weshalb Arbeiten angekündigt hätten werden müssen. Der eingereichte Rapport könne keine Arbeiten belegen. Schliesslich hätte sich die Gesuchstellerin - sofern es sich tatsächlich um wesentliche Arbeiten gehandelt hätte - längst in Verzug befunden, welchen die Gesuchstellerin verursacht hätte. Die Eintragsfrist sei folglich nicht gewahrt (act. 19 Rz. 8 ff.).

Die Nebenintervenientin führt aus, dass es sich beim Leistungsverzeichnis nicht um eine Werklohnvereinbarung handle. Die Gesuchstellerin lege auch nicht dar, wie viele Einheiten welcher Leistungspositionen zu welchem Preis erbracht worden seien. Der vereinbarte Werklohn ergebe sich alleine aus dem Zahlungsplan, auf welchen der Werkvertrag explizit verweise. Dieser Werklohn sei durch die geleisteten Akontozahlungen vollständig beglichen. Bestritten werde zudem, dass die letzten Hauptarbeiten im Juni 2019 ausgeführt worden seien. Vielmehr

ergebe sich aus den Abnahmeprotokollen, dass die geschuldeten Arbeiten spätestens am 19. Oktober 2018 vollendet gewesen seien. Die Gesuchstellerin habe auch mit E-Mail vom 24. Oktober 2018 mitgeteilt, dass die Arbeiten fertig seien, worauf sie zu behaften sei. Bei allfälligen Arbeiten im Juni 2019 könne es sich daher nur um Nachbesserungsarbeiten handeln. Immerhin sei die Arbeit auch in der Ausmassurkunde vom 8. November 2018 enthalten gewesen. Weiter handle es sich bei der Imprägnierung der Stahltonelemente mit Graffitischutz um eine geringfügige, von der Gesuchstellerin selbst aufgeschobene Arbeit, die für den Beginn der Viermonatsfrist nicht massgebend sein könne. Entsprechend sei die Eintragungsfrist nicht gewahrt (act. 17 Rz. 12 ff.).

#### 4. Rechtliches

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes für die Forderungen der Handwerker und 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 Grundstücks, auch wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind. Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichend Sicherheit leistet (Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB).

Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, 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 Pfandrechts darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfalle ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechts dem ordentlichen Gericht vorzubehalten. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 86 I 270; 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 E. 1; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N 1394 ff.).

## 5. Würdigung

### 5.1. Pfandberechtigung

Wie ausgeführt, ist die grundsätzliche Pfandberechtigung der Gesuchstellerin nicht umstritten. Sie hat auf dem relevanten Grundstück Bauarbeiten ausgeführt und ist damit berechtigt, ein Pfandrecht zu beantragen.

### 5.2. Massgebende Pfandsumme

Die Schilderung der Gesuchstellerin zum vereinbarten Werklohn und zu ihrer offenen Forderung ist soweit nachvollziehbar. Zwar ist der eingereichte Werkvertrag hinsichtlich des Werkpreises nur bedingt klar. So haben die Parteien zwei Varianten zur Preisbestimmung vorgesehen. Welche letztlich gewählt worden ist, wäre Gegenstand der Vertragsauslegung. Im Rahmen des summarischen Verfahrens ist keine abschliessende Beurteilung vorzunehmen. Aufgrund der Darstellung der Gesuchstellerin und der eingereichten Beilagen, insbesondere etwa dem Leistungsverzeichnis (act. 3/5), welches Aufschluss über die geleisteten Arbeiten gibt und die angerechneten Provisionszahlungen an die Nebenintervenientin (act. 1 Rz. 19; act. 17 Rz. 37), welche sich nach der Darstellung der Nebenintervenientin auf rund 40% der Vertragssumme belaufen würde, scheint glaubhaft, dass eine Werksumme im behaupteten Bereich vereinbart worden ist - sei es als Pauschalpreis oder als Einheitspreis. Zumindest können die Ausführungen der Nebenintervenientin die Glaubhaftigkeit der Darstellung der Gesuchstellerin nicht erschüttern und es ist für das Massnahmeverfahren von dieser auszugehen.

### 5.3. Eintragungsfrist

Nach der Darstellung der Gesuchstellerin sollen die für die Eintragungsfrist massgebenden letzten Arbeiten am 28. Juni 2019 stattgefunden haben. Dass sie an diesem Datum noch Arbeiten ausgeführt hat, hat sie in für das summarische Verfahren in gerade noch genügender Weise dargetan (act. 1 Rz. 7 ff.; act. 3/8).

Allerdings gelingt es der Gesuchstellerin nicht, glaubhaft zu machen, dass diese Arbeiten für die Eintragsfrist relevant gewesen sein sollen. So ist ihr zwar zuzustimmen, dass die Graffitienschutzmassnahmen Teil des Werkvertrags waren. Dies alleine genügt jedoch nicht um das Einhalten der Viermonatsfrist glaubhaft zu machen. So können auch Arbeiten die im Werkvertrag erwähnt werden untergeordneter Natur sein. Sodann sind Mängelbehebungsarbeiten weder pfandberechtigt noch fristauslösend. Weiter bringen die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientin zu Recht vor, dass eine freiwillige Verzögerung seitens des Unternehmers den Beginn der Eintragsfrist nicht verzögern kann (SCHUMACHER, a.a.O., N 1105; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl., Zürich 2011, N 236).

Vorliegend hat die Gesuchstellerin der Nebenintervenientin mit E-Mail vom 24. Oktober 2018 mitgeteilt, die Arbeiten - insbesondere die Graffiti-Imprägnierung - seien abgeschlossen, woraufhin die Nebenintervenientin eine Abnahme in Aussicht stellte (act. 9/6). Aus der Behauptung, aus dem E-Mail-Verkehr vom 12. November 2018 ergebe sich, dass die Arbeiten nicht vollständig waren (act. 24 Rz. 18), kann nicht abgeleitet werden, dass das Zuwarten mit den Arbeiten auf einer Vereinbarung mit der Nebenintervenientin basiert; schon gar nicht auf einer Vereinbarung, welche vor der Vollendungsmeldung der Gesuchstellerin getroffen worden wäre. Vielmehr ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang, dass es sich bei den Arbeiten im Juni 2019 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit um Nachbesserungsarbeiten gehandelt hat. Die Gesuchstellerin hat die Vollendung gemeldet, worauf die Nebenintervenientin - wem das Fehlen aufgefallen ist, ist irrelevant - einen Mangel bzw. das Fehlen gewisser Arbeiten angezeigt hat (act. 3/7). Alleine dass sie dies nicht ausdrücklich als Mängelrüge bezeichnet hat, kann nicht dazu führen, dass die Arbeiten nach der Fertigstellungsmeldung der Gesuchstellerin als relevant für den Fristbeginn angesehen werden. Sodann verkennt die Gesuchstellerin, dass es nicht an der Gesuchsgegnerin bzw. Nebenintervenientin ist, einen früheren Vollendungstermin zu belegen. Massgebend ist alleine die Frage, ob die Gesuchstellerin die Einhaltung der Viermonatsfrist glaubhaft machen kann.

Aber auch wenn nicht von Mangelbeseitigungsarbeiten ausgegangen wird, kann die Gesuchstellerin den Beginn des Fristenlaufs nicht beliebig herauszögern. Mit ihrer einseitigen E-Mail vom 12. November 2018 kann keine Vereinbarung eines späteren Fertigstellungstermin belegt werden. Bereits am 18. September 2018 hat die Gesuchstellerin zudem die erforderlichen Materialien bei der Nebenintervenientin abgeholt (act. 18/10). Der Logik der Gesuchstellerin folgend müsste zudem die unwidersprochen gebliebene Bitte der Nebenintervenientin, mit den Arbeiten sofort zu beginnen (act. 18/10), als eine Vereinbarung der Ausführung im September/Oktober 2018 angesehen werden. Eine einvernehmliche Verzögerung der Arbeiten kann aus den E-Mails jedenfalls nicht abgeleitet werden. Hinzu kommt, dass die Gesuchstellerin am 12. November 2018 die Arbeiten für den April/Mai 2019 angekündigt hat (act. 3/7), weshalb aus dem Schweigen der Nebenintervenientin höchstens eine Zustimmung zu diesem Zeitraum abgeleitet werden könnte. Die neuerliche Verzögerung bis Ende Juni 2019 liesse sich damit ebenfalls nicht rechtfertigen. Diese ergibt sich auch nicht - wie behauptet - aus der E-Mail vom 14. Mai 2019 (act. 18/9), in welcher eine fehlende Vollendung mit keinem Wort erwähnt wird. Vielmehr betonte der Geschäftsführer der Gesuchstellerin erneut, dass der Auftrag erfüllt sei. Auch dies erschüttert die Glaubhaftigkeit der gesuchstellerischen Darstellung.

Schliesslich erscheinen auch die Ausführungen der Gesuchstellerin zur Frage der Wesentlichkeit der nachträglichen Arbeiten äusserst knapp. Immerhin ist unbestritten geblieben, dass die Imprägnierungsarbeiten zumindest teilweise (Sockelplatten) ausgeführt worden sind und die nachträglichen Arbeiten lediglich Fenster- und Türeinfassungen betroffen haben (act. 24 Rz. 19). Aufgrund dieser pauschalen Angaben lässt sich der Umfang und die Wesentlichkeit der Arbeiten nicht abschätzen.

#### 5.4. Fazit

Zusammenfassend ergibt sich aus dem Gesagten, dass es der Gesuchstellerin nicht gelingt, die Einhaltung der viermonatigen Eintragungsfrist glaubhaft zu machen. Zwar kann davon ausgegangen werden, dass Ende Juni 2019 noch einzelne Arbeiten ausgeführt worden sind, doch handelte es sich dabei um Nach-

besserungsarbeiten oder zumindest um geringfügige Arbeiten, welche die Gesuchstellerin in eigenem Interesse bzw. auf eigene Veranlassung erst später ausgeführt hat. Nachdem sie der Nebenintervenientin sowohl im Oktober 2018 als auch im Mai 2019 den Abschluss der Arbeiten gemeldet hat, kann sie sich für das Bauhandwerkerpfandrecht nicht auf eine spätere Vollendung berufen.

Das vorliegende Gesuch ist damit abzuweisen und das Grundbuchamt ist zur Löschung des vorläufig eingetragenen Pfandrechts anzuweisen.

#### 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Gesuchstellerin kosten- und entschädigungspflichtig.

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 753'750.31 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 10'800.– festzusetzen ist.

Die Gesuchsgegnerin beantragt die Zusprechung einer Parteientschädigung (act. 19 S. 2). Diese ist gemäss § 11 Abs. 1 AnwGebV mit der Ausarbeitung der Gesuchsantwort verdient. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 und § 9 AnwGebV ist der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 10'000.– zuzusprechen.

Die Nebenintervenientin beantragt ebenfalls die Zusprechung einer Parteientschädigung, mit der Begründung, sie sei auf den Beizug eines Rechtsvertreters angewiesen gewesen (act. 17 S. 2 und Rz. 59). Dem Nebenintervenienten wird indes im Grundsatz keine Parteientschädigung zugesprochen. Er wahrt Interessen, die sich aus seinem Rechtsverhältnis zur unterstützten Hauptpartei und nicht zum Prozessgegner ergeben. Die Zusprechung einer Parteientschädigung ist daher nur im Einzelfall und aus Billigkeitsgründen gerechtfertigt (BGE 130 III 571 E. 6 S. 578; GRABER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommen-

tar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 3 zu Art. 77 ZPO m.w.H.). Die Nebenintervenientin legt keine Gründe dar, die vorliegend eine Parteientschädigung aus Billigkeitsgründen rechtfertigen würde. Es sind auch keine solchen ersichtlich. Es ist ihr deshalb keine Parteientschädigung zuzusprechen.

### **Das Einzelgericht erkennt:**

1. Das Begehren wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 25. Oktober 2019 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht **vollumfänglich zu löschen**  
  
auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 1, EGRID CH3, E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_ -  
Strasse ...-..., ... Zürich-D.\_\_\_\_\_ [Ort], für eine Pfandsumme von CHF 753'750.31 nebst Zins zu 5 % seit 25. Oktober 2019.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgelegt auf CHF 10'800.-.  
Weitere Kosten (insbesondere Kosten des Grundbuchamts) bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 10'000.- zu bezahlen.
6. Der Nebenintervenientin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientin unter Beilage von Doppeln der Stellungnahmen der Gesuchstellerin (act. 24; act. 25), 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 753'750.31.

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

Zürich, 16. Januar 2020

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler