

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE200270-O

U/pz

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie Gerichtsschreiber  
Dario König

## Urteil vom 23. Dezember 2020

in Sachen

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

Gesuchstellerin

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

gegen

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

Gesuchsgegnerin

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

sowie

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

Nebenintervenientin

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

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_, ...[Adresse] sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks E.\_\_\_\_\_-strasse ... in ... F.\_\_\_\_\_, Grundbuch Blatt 1, Kataster 2, E-GRID CH3 zugunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 47'883.40 nebst 5% Zins seit 20. April 2020 vorläufig einzutragen.
2. Die Anweisung sei superprovisorisch (d.h. sofort nach Eingang des Gesuchs ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin) zu verfügen und dem Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Gesuchsgegnerin."

**Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

1. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin machte ihr Gesuch mit eingangs erwähntem Rechtsbegehren am 10. Juli 2020 (Datum Poststempel) hierorts anhängig (act. 1, act. 2 und act. 3/B,1-13). Dem Antrag auf superprovisorische Eintragung des Pfandrechts (Ziffer 2) wurde mit Verfügung vom 13. Juli 2020 (act. 4) entsprochen und das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ einstweilen ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin angewiesen, auf deren Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 1, EGRID CH3, E.\_\_\_\_\_-strasse ..., ... F.\_\_\_\_\_, ein Pfandrecht im Betrag von CHF 47'833.40 nebst Zins zu 5% seit 20. April 2020 einzutragen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist zur schriftlichen Stellungnahme angesetzt. Mit Eingabe vom 24. Juli 2020 (act. 8) verkündete die Gesuchsgegnerin der C.\_\_\_\_\_ Limited, G.\_\_\_\_\_ [Stadt in Irland], und der C.\_\_\_\_\_ (Switzerland) AG, H.\_\_\_\_\_, den Streit und beantragte gleichzeitig eine Erstreckung der Frist zur Beantwortung des Gesuchs. Mit Verfügung vom 27. Juli 2020 (act. 10) wurde von der Streitverkündung Vormerk genommen und der Gesuchsgegnerin die Frist zur Stellungnahme erstreckt. Mit Eingabe vom 24. August 2020 (act. 13) erklärte die C.\_\_\_\_\_ Limited, G.\_\_\_\_\_, (im Folgenden: Nebenintervenientin), die Gesuchsgegnerin im Prozess als Nebenintervenientin zu un-

terstützen, und beantragte, es sei das Gesuch um Bestellung eines Bauhandwerkerpfandrechts abzuweisen, eventualiter sei der Nebenintervenientin eine Frist von 90 Tagen zur Einreichung einer Bankgarantie anzusetzen. Gleichzeitig führte sie aus, dass die C.\_\_\_\_\_ (Switzerland) AG, H.\_\_\_\_\_, an den fraglichen Werkverträgen nicht beteiligt sei, weshalb sie nicht interveniere. Ebenfalls mit Eingabe vom 24. August 2020 (act. 12) reichte die Gesuchsgegnerin ihre eigene Stellungnahme ein und beantragte, es sei dem Antrag der Nebenintervenientin auf Abweisung des Begehrens um provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu entsprechen, eventualiter sei festzustellen, dass die von der Nebenintervenientin offerierte Bankgarantie eine hinreichende Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 23 ZGB darstelle. Mit Verfügung vom 26. August 2020 (act. 16) wurde die Nebenintervenientin ins Rubrum aufgenommen und der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um sich zur Frage zu äussern, ob mit dem Endentscheid maximal 90 Tage zugewartet werden soll, damit die Nebenintervenientin bzw. die Gesuchsgegnerin eine Bankgarantie einreichen kann. Für den Säumnisfall wurde angedroht, dass vom Einverständnis der Gesuchstellerin ausgegangen würde. Die Gesuchstellerin liess sich in der Folge nicht vernehmen, weshalb der Nebenintervenientin bzw. Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom 16. September 2020 (act. 18) eine entsprechende Frist zur Einreichung einer Bankgarantie angesetzt wurde. Die Gesuchsgegnerin bzw. die Nebenintervenientin wurden darauf hingewiesen, dass im Säumnisfall mit einem unverzüglichen Endentscheid gerechnet werden müsse. Mit Eingabe vom 17. Dezember 2020 (act. 20) teilte die Nebenintervenientin mit, dass sie auf die Einreichung einer Bankgarantie verzichte.

Das Verfahren erweist sich als spruchreif, weshalb ohne Weiterungen ein Urteil zu fällen ist.

## 2. Prozessgegenstand und Parteistandpunkte

2.1. Die inzwischen konkursite I.\_\_\_\_\_ AG erbrachte auf der streitbetroffenen Liegenschaft der Gesuchsgegnerin als Subunternehmerin der C.\_\_\_\_\_ (Switzerland) AG sowie aufgrund eines direkten Vertragsverhältnisses mit der Gesuchsgegnerin ab dem Sommer 2019 diverse Leistungen im Bereich Heizungs- und Kältetechnik. In diesem Zusammenhang beauftragte sie die Gesuchstellerin mit

Hilfsarbeiten bei Montage und Materialtransporten (act. 1 N 4 f.). Die Auftragserteilungen erfolgten jeweils mündlich durch den Projektleiter der I. \_\_\_\_\_ AG (act. 1 N 6).

2.2. Die Gesuchstellerin macht geltend, in den Kalenderwochen 6-12 des Jahres 2020, zuletzt am 20. März 2020 (act. 1 N 18), verschiedene Arbeiten bzw. Leistungen auf der Liegenschaft der Gesuchsgegnerin erbracht zu haben, vornehmlich Hilfsarbeiten bei Montagen sowie Transportunterstützung. Die Vergütung für diese Leistungen sei von der I. \_\_\_\_\_ AG mit insgesamt vier Rechnungen (act. 3/8, act. 3/10, act. 3/11 und act. 3/13) eingefordert worden, welche allerdings alle infolge des Konkurses der I. \_\_\_\_\_ AG unbezahlt geblieben seien. Die Einsatzzeiten der Mitarbeiter der Gesuchstellerin seien in den jeweiligen, vom Montagechef der I. \_\_\_\_\_ AG unterzeichneten Arbeitsrapporten ausgewiesen. Die I. \_\_\_\_\_ AG habe in der Vergangenheit nie Beanstandungen angebracht und alle Rechnungen der Gesuchstellerin stets bezahlt (act. 1 N 8 ff.).

2.3. Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Einhaltung der viermonatigen Frist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB. So handle es sich bei den Leistungen der Gesuchstellerin am 18. März 2020 (act. 3/18) um Transportfahrten auf der Baustelle, welche nicht pfandberechtigt seien. Die Rechnung vom 14. März 2020 (act. 3/11), auf welche die Gesuchstellerin zur Glaubhaftmachung der Fristwahrung verweise und welche zwischen dem 16. und dem 20. März 2020 erbrachte Arbeiten in Rechnung stelle, sei zudem mit dem 14. März 2020 datiert. Die Gesuchstellerin erkläre diesen Widerspruch auch mit ihrem Hinweis auf die undatierten Arbeitsrapporte nicht (act. 12 N 4). Ohnehin seien aber die von der Gesuchstellerin erbrachten Leistungen generell nicht pfandberechtigt, da es sich um Transporte auf die Baustelle bzw. innerhalb der Baustelle, konkret um den Ablad und die Bereitstellung von Rohren handle. Die bauhandwerklichen Leistungen seien mit der Schwesterfirma der Gesuchstellerin, der J. \_\_\_\_\_ GmbH, abgerechnet worden (act. 12 N 5).

2.4. Die Nebenintervenientin bringt vor, die Gesuchstellerin behaupte eine (mündliche) *Auftragserteilung*. Die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts setze sachlogisch aber einen Werkvertrag voraus, ein blosser Auftrag genüge nicht (act. 13 N 8 ff.). Die Gesuchstellerin lege darüber hinaus nicht dar, worin die

behaupteten Hilfsarbeiten bei Montagen und die Transportunterstützung bestanden hätten. Aus den eingereichten Arbeitsrapporten würden sich lediglich der Zeitaufwand, nicht aber die konkret erbrachten Arbeiten ergeben. Die Gesuchstellerin habe Rohre transportiert und Verpackungsmaterial entsorgt, was keine pfandberechtigten Arbeiten darstellen würden (act. 13 N 12 ff.).

### 3. Rechtliches

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 berechtigte Person zum Schuldner haben. Nicht objektspezifische Arbeitsleistungen wie der Transport von Baumaterial auf die Baustelle bzw. innerhalb der Baustelle sind – wie auch reine, nicht objektspezifische Materiallieferungen – grundsätzlich nicht pfandberechtigt, ausser sie werden in einer funktionellen Einheit mit pfandberechtigten Leistungen erbracht (BGE 97 II 212, S. 216 E. 2; vgl. zum Ganzen SCHUMACHER RAINER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematischer Aufbau, 3. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2008, S. 119 ff.; DERSELBE, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011, N 171).

Über das Gesuch um provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts wird im summarischen Verfahren entschieden (Art. 248 lit. a ZPO i.V.m. Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO), wobei die Voraussetzungen des Anspruchs auf Eintragung nur glaubhaft zu machen sind (Art. 261 Abs. 1 ZPO; Art. 961 Abs. 3 ZGB). An die Glaubhaftmachung sind nach konstanter Lehre und Praxis keine strengen Anforderungen zu stellen (BGE 86 I 265 E. 3; 102 Ia 81 E. 2; 112 Ib 482 E. 3b; Urteil des Bundesgerichts vom 12. September 2003 [5P.221/2003] E. 3.2.1). Das herabgesetzte Beweismass der Glaubhaftmachung ändert jedoch nichts an der Behauptungs- und Substantiierungslast der Gesuchstellerin. In Bezug auf den Inhalt

des Gesuchs sind die Vorgaben des ordentlichen Verfahrens massgebend (Art. 219 i.V.m. Art. 221 ZPO). Das Gesuch hat insbesondere die Tatsachenbehauptungen (Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO) zu enthalten (BSK ZPO-MAZAN, 3. Auflage, Basel 2017, N 4 und 9 zu Art. 252 ZPO). Der Behauptungs- und Substantiierungslast hat die Gesuchstellerin bereits im Rahmen ihrer Gesuchsbegründung nachzukommen (vgl. BSK ZPO-WILLISEGGER, a.a.O., N 26 zu Art. 221 ZPO). Die Behauptungslast verlangt von der Partei, dass sie die Tatsachen angibt, auf die sie ihre Begehren stützt (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Aus den Behauptungen sollen sich die Tatbestandsmerkmale der anwendbaren Rechtsnormen ergeben (BSK ZPO-WILLISEGGER, a.a.O., N 27 zu Art. 221 ZPO). Dem Bauunternehmer obliegt es daher nicht nur, Bestand und Höhe der von ihm geltend gemachten und zu sichernden Vergütungsforderung glaubhaft zu machen; er hat auch sämtliche übrigen in Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3, Art. 837 Abs. 2 und Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB genannten Voraussetzungen kurz darzulegen (vgl. SCHUMACHER RAINER, Ergänzungsband, a.a.O., N 182).

#### 4. Würdigung

4.1. Die Gesuchstellerin macht geltend, auf der Liegenschaft der Gesuchsgegnerin "*vornehmlich Hilfsarbeiten bei Montagen wie auch Transportunterstützung*" erbracht zu haben (act. 1 N 9). Weitere Angaben zur Natur der konkreten Leistungen fehlen. Die von der Gesuchstellerin eingereichten Rechnungen (act. 3/8, act. 3/10, act. 3/11 und act. 3/13) enthalten ebenfalls keine weiterführenden Informationen; auch die Arbeitsrapporte (act. 3/9a-h und act. 3/12a-f) weisen soweit ersichtlich bloss den Stundenaufwand, nicht aber die konkret erbrachten Leistungen aus.

4.2. Vor diesem Hintergrund trifft es nicht zu, dass die Gesuchstellerin mit den eingereichten Unterlagen und der dazugehörigen Begründung die Anforderungen an die Glaubhaftmachung ihres Anspruchs "erheblich übertrifft" (act. 1 N 13). Sie hat es im Gegenteil unterlassen, die von ihr erbrachten Arbeiten konkret zu behaupten und deren Pfandberechtigung glaubhaft zu machen. Nicht objektspezifische Transport- und Entsorgungsleistungen sind grundsätzlich nicht pfandberechtigt. Konkrete eigene, pfandberechtigte Leistungen der Gesuchstellerin, insbeson-

dere im Zusammenhang mit der Montage nicht näher spezifizierter Gegenstände durch Dritte, schildert die Gesuchstellerin nicht. Sie bringt lediglich vor, die konkreten Arbeiten könnten nicht nur von den – allerdings nicht näher bezeichneten – Personen, welche die Arbeitsrapporte unterzeichnet hätten, sondern auch vom Projektleiter der I. \_\_\_\_\_ AG, K. \_\_\_\_\_, bestätigt werden (act. 1 N 10 und N 15). Die blosser Bestätigung der geleisteten Stunden, welche aber ohnehin nicht bestritten wären, durch das Zeugnis von K. \_\_\_\_\_ würde an der ungenügenden Behauptung pfandberechtigter Leistungen durch die Gesuchstellerin nichts ändern. Sofern die Gesuchstellerin das genannte Zeugnis offeriert, damit der Zeuge zur Art der konkret erbrachten Leistungen Auskunft gibt, ist daran zu erinnern, dass ein Beweisverfahren nicht dazu dient, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, sondern solche vielmehr voraussetzt (BGE 144 III 67 ff. E. 2.1 mit Hinweisen). Eine Zeugenbefragung fiele deshalb selbst dann ausser Betracht, wenn die Beweisabnahme mit Blick auf Art. 254 ZPO ausnahmsweise als zulässig erachtet würde.

4.3. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Gesuchstellerin die Erbringung pfandberechtigter Leistungen nicht glaubhaft macht, weshalb sich weitere Ausführungen zur Sache erübrigen. Das Gesuch ist abzuweisen und das zuständige Grundbuchamt ist anzuweisen, das vorläufig eingetragene Pfandrecht zu löschen.

## 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 47'883.40 auszugehen (act. 1 S. 2), wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 2'700.– festzusetzen ist.

5.3. Zudem ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 3'400.– zu bezahlen.

5.4. Der Nebenintervenientin wird im Grundsatz keine Parteientschädigung zugesprochen. Sie wahrt Interessen, die sich aus ihrem 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 ff. E. 6; GRABER, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], 3. Aufl., Basel 2017, Art. 77 N 3). Die Nebenintervenientin legt keine Gründe dar, die vorliegend eine Parteientschädigung aus Billigkeitsgründen rechtfertigen würden. Es sind auch keine solchen ersichtlich. Es ist ihr deshalb keine Parteientschädigung zuzusprechen.

#### **Das Einzelgericht erkennt:**

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 13. Juli 2020 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht **vollumfänglich zu löschen**  
  
auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 1, EGRID CH3,  
E. \_\_\_\_\_-strasse ..., ... F. \_\_\_\_\_,  
für eine Pfandsumme von CHF 47'833.40 nebst Zins zu 5 % seit 20. April 2020.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 2'700.–.  
Allfällige weitere Kosten (insbesondere Kosten des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden der Gesuchstellerin auferlegt.

5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 3'400.– zu bezahlen.
6. Der Nebenintervenientin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin und die Gesuchsgegnerin je unter Beilage eines Doppels von act. 20, sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ unter Hinweis auf Dispositiv-Ziffer 2.
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 47'883.40.

Zürich, 23. Dezember 2020

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dario König