

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE210147-O

U/mk

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

## Urteil vom 26. Januar 2022

in Sachen

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

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X1.\_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt X2.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG [Bank],**  
Gesuchsgegnerin

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

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2 f.)

- "1. Das Gesuch sei gutzuheissen.
2. Der Grundbuchverwalter sei anzuweisen, auf dem Grundstück Gbbl. 1 Grundbuch Stadtquartier Zürich-C. \_\_\_\_\_ (Alleineigentum der Gesuchsgegnerin), provisorisch ein Bauhandwerkerpfandrecht mit folgender Pfandsumme einzutragen:  
CHF 393'627.70 nebst 5 % Zins p.a. seit 19. November 2021.
3. Der Grundbuchverwalter sei anzuweisen, auf dem Grundstück Gbbl. 2 Grundbuch Stadtquartier Zürich-C. \_\_\_\_\_ (Alleineigentum der Gesuchsgegnerin), provisorisch ein Bauhandwerkerpfandrecht mit folgender Pfandsumme einzutragen:  
CHF 236'176.60 nebst 5 % Zins p.a. seit 19. November 2021
4. Der Grundbuchverwalter sei anzuweisen, auf dem Grundstück Gbbl. 3 Grundbuch Stadtquartier Zürich-C. \_\_\_\_\_ (Alleineigentum der Gesuchsgegnerin), provisorisch ein Bauhandwerkerpfandrecht mit folgender Pfandsumme einzutragen:  
CHF 157'451.05 nebst 5 % Zins p.a. seit 19. November 2021.
5. Die Anordnung im Sinne der Rechtsbegehren 2 bis 3 hiavor sei in Form einer superprovisorischen Verfügung gemäss Art. 265 ZPO zu erteilen.  
  
Nachdem der Gesuchsgegnerin schriftlich oder mündlich die Möglichkeit zur Stellungnahme gewährt wurde:
6. Die provisorische Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte auf den in den Rechtsbegehren 2 bis 3 hiavor genannten Grundstücken sei aufrechtzuerhalten.
7. Der Gesuchstellerin sei eine Frist von drei Monaten zu setzen, gerechnet ab Rechtskraft der Verfügung der provisorischen Eintragung, um die definitive Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte zu verlangen.
8. Für den Fall, dass das provisorische Gesuch um Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte abgelehnt wird, sei die superprovisorisch verfügte Eintragung für 20 weitere Tage aufrechtzuerhalten, um es der Gesuchstellerin zu ermöglichen, bei der Rechtsmittelinstanz aufschiebende Wirkung für ihre Berufung zu beantragen.
9. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

**Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

1. Mit Eingabe vom 29. November 2021 stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts das vorstehend aufgeführte Begehren (act. 1; act. 3/2-58). Mit Verfügung vom tt.mm. 2021 wurde das Grundbuchamt C.\_\_\_\_-Zürich angewiesen, die Pfandrechte zugunsten der Gesuchstellerin einzutragen (act. 4). Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Begehren der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen (act. 4). Am 13. Januar 2022 erstattete die Gesuchsgegnerin eine Eingabe, worin sie mitteilte, auf eine Stellungnahme und damit auf die Bestreitung der Zulässigkeit der provisorischen Eintragung zu verzichten und sich sämtliche Einreden, Bestreitungen und Einwendungen zum behaupteten Pfandanspruch für das ordentliche Verfahren vorzubehalten (act. 11). Die Eingabe wurde der Gegenseite zugestellt (Prot. S. 7), welche sich dazu nicht vernehmen liess.
2. Das Verfahren ist spruchreif. Vorab ist festzuhalten, dass ein Verzicht auf eine Stellungnahme nicht mit der Anerkennung des (vorsorglichen) Anspruchs gleichgesetzt werden kann. Entsprechend bleibt zu prüfen, ob der geltend gemachte Anspruch besteht.
3. Die Gesuchsgegnerin ist Eigentümerin der Grundstücke bzw. Stockwerkeigentumsanteile, auf denen die von der Gesuchstellerin behaupteten Leistungen erbracht worden sind (act. 1 Rz. 11; act. 3/4).
4. Die Gesuchstellerin macht geltend, sie sei auf dem Grundstück (der Übersichtlichkeit halber werden die Stockwerkeinheiten in der Folge - wo diese keine Relevanz haben - gesamthaft als Grundstück im Sinne des Stammgrundstücks bezeichnet) der Gesuchsgegnerin im Auftrag der D.\_\_\_\_ Baumanagement AG bzw. der E.\_\_\_\_ Management und Service AG tätig geworden. Im Rahmen der Sanierung des Gebäudes auf dem streitgegenständlichen Grundstück habe die Gesuchstellerin Betonelemente und Dämmungen geplant, hergestellt und geliefert (act. 1 Rz. 13 ff.). Zum Leistungsumfang gemäss Werkvertrag seien verschiedene Projektänderungen gekommen, welche in Nachtragsforderungen bzw. Bestellungenänderungen resultiert hätten, die teilweise genehmigt worden seien (act. 1

Rz. 24 ff.). Gemäss Schlussabrechnung betrage die offene Werklohnforderung - unter Berücksichtigung sämtlicher Bestellungsänderungen, Minderleistungen und Zahlungen der Gesuchsgegnerin CHF 787'255.35 (act. 1 Rz. 91 ff.). Die Bauarbeiten seien an gemeinschaftlichen Bauteilen ausgeführt worden, weshalb die Stockwerkeigentumseinheiten jeweils anteilmässig nach den Wertquoten zu belasten seien (act. 1 Rz. 97).

5. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch 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. 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 hinreichende Sicherheit leistet (Art. 839 Abs. 2 und 4 ZGB). Reine Materiallieferungen sind dann pfandberechtigt, wenn es sich um Baustoffe handelt, welche aufgrund einer individuellen Bestellung für das konkrete Bauwerk hergestellt worden sind (RAINER SCHUMACHER/PASCAL REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl., Zürich 2022, N 237).

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 dann 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 102 Ia 86; BGE 112 Ib 484; DIETER ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 101 [102] II Halbband, S. 158; ZR 79 Nr. 80 E. 1; SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 1530 ff.).

6.1. Die Gesuchsgegnerin hat auf Ausführungen im vorsorglichen Verfahren verzichtet, weshalb die Behauptungen der Gesuchstellerin im vorliegenden Verfahren als unbestritten gelten. Die Gesuchsgegnerin hat sich Einreden, Bestreitungen und Einwendungen für das ordentliche Verfahren vorbehalten und verhält sich entsprechend nicht widersprüchlich, wenn sie die einzelnen Tatsachenbehauptungen in einem späteren Verfahren bestreitet.

6.2. Glaubhaft behauptet und durch die eingereichte Offerte, die nachmalige Korrespondenz und insbesondere die Auftragsbestätigung belegt ist, dass die Gesuchstellerin die behaupteten Arbeiten für das Grundstück der Gesuchsgegnerin im Rahmen eines Werkvertrages geleistet hat (act. 1 Rz. 13 ff.; act. 3/6-8).

6.3. Weiter ist glaubhaft und wird nicht bestritten, dass die von der Gesuchstellerin erbrachten Leistungen pfandberechtigt sind. Es handelt sich demnach um die Fertigung von individuellen Betonelementen die spezifisch für die Baute auf dem streitgegenständlichen Grundstück erstellt worden sind (act. 1 Rz. 13 ff.).

Eine andere Leistung zum Gegenstand hat die Projektänderung 07. Die Gesuchstellerin hält fest, dass die darin enthaltenen Kosten durch die Änderungen im Projektplan durch die Gesuchsgegnerin angefallen seien, welche eine bauseitige Verzögerung von 23 Wochen verursacht habe (act 1 Rz. 44 ff). Nach ständiger Rechtsprechung besteht für Schadenersatzforderungen kein Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (vgl. SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 397 ff.). Selbst wenn mit SCHUMACHER/REY davon ausgegangen wird, dass die Pfandberechtigung bei einem Verzögerungsschaden nicht generell ausgeschlossen ist (SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 402), kann dies nur geltend, wenn durch die Verzögerung die eigentlichen Bauarbeiten teurer werden. Stehen einem Schaden bzw. Mehrkosten keine wertvermehrenden Leistungen am Grundstück gegenüber, besteht auch kein Anspruch auf die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts.

Mit der Projektänderung bzw. dem abgelehnten Nachtrag 07 vom 7. Juli 2020 hat die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin Lagerplatzgebühren offeriert, welche für die aufgrund der Verzögerung erforderliche Lagerung der bereits gefe-

tigten Betonelemente angefallen sein sollen (act. 3/25). Dabei handelt es sich nicht um Leistungen, die einen Mehrwert bewirken können und für die ein Pfandrecht eingetragen werden kann. Allerdings ist eine Pfandberechtigung nicht gänzlich ausgeschlossen, zumal der behauptete Mehraufwand bei der Gesuchstellerin im Zusammenhang mit der Produktion der Betonelemente und deren Bereitstellung angefallen ist, was für sich eine pfandberechtigte Leistung darstellt. Unter diesen Umständen ist das Pfandrecht vorsorglich einzutragen und die Beurteilung der Pfandberechtigung ist dem Gericht im Hauptsacheverfahren zu überlassen.

6.4. Sodann ist unbestritten geblieben, dass und in welchem Umfang die Arbeiten auch tatsächlich ausgeführt worden sind. Die entsprechenden Leistungen ergeben sich aus dem Werkvertrag samt Nachträgen wie auch aus den gestellten Rechnungen (act. 1 Rz. 13 ff.; act. 3/6-30).

6.5. Gestützt auf die glaubhaften Ausführungen der Gesuchstellerin und die der Berechnung zugrundeliegenden Urkunden resultiert - unter Berücksichtigung der geleisteten Akontozahlungen - eine offene (pfandberechtigte) Forderung der Gesuchstellerin von CHF 787'255.35 (act. 1 Rz. 91; act. 3/47; act. 3/51).

6.6. Die von der Gesuchstellerin erbrachten Leistungen erfolgten auf drei im Eigentum der Gesuchsgegnerin stehenden Stockwerkeinheiten. Die Gesuchstellerin leistete Arbeiten an der Gebäudefassade. Dass die Arbeiten den Stockwerkeinheiten gleichermaßen dienen und eine Aufteilung entsprechend der quotenmässigen Anteile angemessen ist (act. 1 Rz. 97), erscheint demnach glaubhaft. Somit entfällt auf die Einheit GBBI 1 ein Anteil von 50% also CHF 393'627.70, auf die Einheit GBBI 2 ein Anteil von 30% also CHF 236'176.60 und auf die Einheit GBBI 3 ein Anteil von 20% also CHF 157'451.05 (jeweils auf CHF 0.05 gerundet).

6.7. Die Gesuchstellerin beantragt eine Verzinsung ab dem 19. November 2021. Den Beginn des Zinsenlaufs begründet sie mit der Zustellung der Schlussrechnung unter Ansetzung einer Zahlungsfrist am 10. September 2021. Dennoch verlangt sie Verzugszins erst ab Zahlung einer (letzten) Akontorechnung am 19. November 2021 (act. 1 Rz. 95 f.). Der Verzug der Schuldnerin kann folglich glaubhaft

gemacht werden. Die Höhe des Zinssatzes leitet die Gesuchstellerin zu Recht aus Art. 104 Abs. 1 OR ab.

6.8. Schliesslich ergibt sich aus dem eingereichten Tagesrapport, dass die letzten Arbeiten (neu Versetzen der Serviceklappen an den Fassaden) am 9. September 2021 erfolgten (act. 1 Rz. 78; act. 3/42), wobei aufgrund der Darstellung der Gesuchstellerin glaubhaft erscheint, dass es sich dabei um fristauslösende Arbeiten im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB gehandelt hat. Die Viermonatsfrist wurde folglich mit der provisorischen Eintragung am tt.mm. 2021 eingehalten.

6.9. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es der Gesuchstellerin gelingt, einen Anspruch auf Eintragung der folgenden Bauhandwerkerpfandrechte glaubhaft zu machen:

- auf Stockwerkeigentumsanteil GBBI 1 für eine Pfandsumme von CHF 393'627.70,
- auf Stockwerkeigentumsanteil GBBI 2 für eine Pfandsumme von CHF 236'176.60 und
- auf Stockwerkeigentumsanteil GBBI 3 für eine Pfandsumme von CHF 157'451.05

jeweils nebst Zins von 5% seit 19. November 2021.

7. Sodann ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequenzfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (BGE 143 III 554 E. 2.5.2). Weshalb - so der Antrag der Gesuchstellerin (act. 1 S. 3) - von dieser Praxis abzuweichen wäre, begründet die Gesuchstellerin nicht näher. 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. 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 787'255.35 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 11'000.– festzusetzen ist.

Über den Pfandanspruch der Gesuchstellerin ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob die Gesuchstellerin endgültig obsiegt. Daher rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren lediglich eine einstweilige Kostenregelung zu treffen. 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.

Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch jedoch nicht prosequieren sollte, ist der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung zuzusprechen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Gesuchsgegnerin auf eine Stellungnahme verzichtet hat, aber konkret vorbringt, dass und welche Aufwendungen für die Instruktion bei ihr angefallen sind (act. 11). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 9 und § 11 Abs. 4 AnwGebV OG ist die bei Nichtprosequierung geschuldete Parteientschädigung demnach auf CHF 1'000.– festzusetzen.

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

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt C.\_\_\_\_-Zürich wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom tt.mm. 2021 bis zur rechts-



kräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses

auf Stockwerkeigentumsanteil, GBB1 1, EGRID CH4, (50/100 Miteigentum an GBB1 5, Kataster 6, EGRID CH7),

F. \_\_\_\_\_-strasse 8 und 9, Zürich-C. \_\_\_\_\_,

für eine Pfandsumme von CHF 393'627.70 nebst 5 % Zins p.a. seit 19. November 2021,

auf Stockwerkeigentumsanteil, GBB1 2, EGRID CH10, (30/100 Miteigentum an GBB1 5, Kataster 6, EGRID CH7),

F. \_\_\_\_\_-strasse 8 und 9 Zürich-C. \_\_\_\_\_,

für eine Pfandsumme von CHF 236'176.60 nebst 5 % Zins p.a. seit 19. November 2021,

auf Stockwerkeigentumsanteil, GBB1 3, EGRID CH11, (20/100 Miteigentum an GBB1 5, Kataster 6, EGRID CH7),

F. \_\_\_\_\_-strasse 8 und 9, Zürich-C. \_\_\_\_\_,

für eine Pfandsumme von CHF 157'451.05 nebst 5 % Zins p.a. seit 19. November 2021.

2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 1. April 2022 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.
3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 11'000.–.  
Weitere Kosten (insbesondere Kosten des Grundbuchamts) bleiben vorbehalten).
4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 2 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.

5. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 2 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 1'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ - Zürich.
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 787'255.35.

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

Zürich, 26. Januar 2022

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler