

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE180506-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie Gerichtsschreiber  
Rafael Rutgers

## Urteil vom 17. Januar 2019

in Sachen

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

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**C.\_\_\_\_\_ des Kantons Zürich**,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. Y1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y2.\_\_\_\_\_

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

### **Rechtsbegehren:**

(act. 1)

" 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 vorläufig im Grundbuch einzutragen auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ..., E. \_\_\_\_\_-Quai ..., ... Zürich, für eine Pfandsumme von Fr. 81'427.50 nebst Zins zu 5 % seit 30. Oktober 2018. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

### **Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

#### 1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 17. Dezember 2018 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin das vorliegende Gesuch mit obigem Rechtsbegehren hierorts ein (act. 1). Mit Verfügung vom 18. Dezember 2018 wurde dem Gesuch einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen und das Grundbuchamt D. \_\_\_\_\_ wurde angewiesen, das beantragte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Mit Eingabe vom 14. Januar 2019 nahm die Gesuchsgegnerin Stellung (act. 8).

#### 2. Streitverkündung

In der Gesuchsantwort verkündet die Gesuchsgegnerin F. \_\_\_\_\_, G. \_\_\_\_\_-Strasse ..., ... Zürich, den Streit (act. 8).

Eine Partei, die für den Fall ihres Unterliegens eine dritte Person belangen will oder den Anspruch einer dritten Person befürchtet, kann diese auffordern, sie im Prozess zu unterstützen (Art. 78 Abs. 1 ZPO). Dadurch wirkt ein für die Hauptpartei ungünstiges Ergebnis des Prozesses auch gegen die streitberufene Person, es sei denn, diese sei durch die Lage des Prozesses zur Zeit ihres Eintritts oder durch Handlungen oder Unterlassungen der Hauptpartei verhindert gewesen, Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend zu machen, oder ihr unbekannte Angriffs- oder Verteidigungsmittel seien von der Hauptpartei absichtlich oder grobfahrlässig nicht geltend gemacht worden (Art. 77 i.V.m. Art. 80 ZPO). Die streitberufene

Person kann zugunsten der Partei, die ihr den Streit verkündet hat, ohne weitere Voraussetzungen intervenieren oder mit deren Einverständnis an ihrer Stelle den Prozess führen (Art. 79 Abs. 1 ZPO).

Aufgrund des späten Zeitpunkts der vorliegenden Streitverkündung durch die Gesuchsgegnerin und vor allem des Umstandes, dass im summarischen Verfahren grundsätzlich nur ein Schriftenwechsel stattfindet, dieser aber abgeschlossen ist, ist von der Streitverkündung direkt im vorliegenden Endentscheid Vormerk zu nehmen. Ein Prozessbeitritt der streitberufenen Personen wäre auch nach Eröffnung des Urteils während der Rechtsmittelfrist und jedenfalls in einem allfälligen Hauptsacheverfahren noch möglich (STAEHELIN/SCHWEIZER, in: SUTTERSOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016 Art. 74 N 25).

### 3. Prozessgegenstand

Die Gesuchstellerin verlangt die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin. Dies begründet sie zusammengefasst damit, dass sie dem H.\_\_\_\_\_ Training bzw. F.\_\_\_\_\_ oder I.\_\_\_\_\_ im Rahmen einer Richtpreisofferte ein Lüftungs- und Klimatisierungskonzept für das geplante ... Training am E.\_\_\_\_\_ -Quai ..., ... Zürich offeriert habe. Neben dem Grundausbau der Liegenschaft für die Gesuchsgegnerin habe im Rahmen eines Mieterausbaus durch das H.\_\_\_\_\_ Training ein ...geschäft im 1. und 2. UG in ein ... Center umgebaut werden sollen. Hierzu hätten bisherige Gerätschaften demontiert und neue Rohre, Armaturen, Leitungen sowie Steuerungen montiert werden müssen. I.\_\_\_\_\_ habe ihr am 8. April 2018 den Auftrag zur Planung und Installation erteilt. Die effektiven Kosten seien schliesslich auf CHF 101'427.50 netto festgesetzt worden. Am 18. Juli 2018 habe sie mit der Montage begonnen und dem H.\_\_\_\_\_ Training eine erste Rechnung über Fr. 67'618.30 gestellt. Am 27. August 2018 sei bei Montageende die Schlussrechnung über CHF 33'809.20 gestellt worden. Mit Ausnahme von CHF 20'000.- sei bei der Gesuchstellerin jedoch keine Zahlung eingegangen (act. 1 Rz 7 ff.).

#### 4. Rechtliches

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes 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 Bauhandwerkerpfandrechtes richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstückes, auch wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind. Ist ein Mieter, ein Pächter oder eine andere am Grundstück berechtigte Person Schuldner der Forderung, so besteht der Anspruch nur, wenn der Grundeigentümer seine Zustimmung zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat (Art. 837 Abs. 2 ZGB). 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 3 ZGB).

Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechtes, 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 Pfandrechtes darf nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechtes ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. 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 270; BGE 102 Ia 86; 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 Erw. 1; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N 1394 ff.).

#### 5. Würdigung

5.1. Gesuchsgegnerin bei Begehren um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes ist stets die Grundeigentümerin. Da die Gesuchstellerin behauptet,

pfandgeschützte Leistungen auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin erbracht zu haben, ist deren Passivlegitimation gegeben (act. 3/2; Prot. S. 2) und ohnehin unbestritten.

5.2. Die Gesuchstellerin erklärt, sie habe auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin Gerätschaften demontiert und neue Rohre, Armaturen, Leitungen sowie Steuerungen montiert (act. 1 Rz 15). Bei den genannten Arbeiten handelt es sich um pfandberechtigte Leistungen im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Dies stellt auch die Gesuchsgegnerin nicht in Abrede. Sie führt indes aus, dass die Gesuchstellerin nicht genügend dargelegt habe, welche Arbeiten an welchen Daten von wem geleistet worden sein sollen. Insbesondere habe sie keinen einzigen Arbeitsrapport eingereicht. Daher werde die Erbringung von pfandberechtigten Leistungen bestritten (act. 8 Rz 9 ff.).

Die Gesuchsgegnerin bestreitet nicht, dass sich die Gesuchstellerin zu den von ihr genannten Leistungen verpflichtet hat. Sie stellt lediglich deren Ausführung in Abrede. Vor dem Hintergrund der eingereichten Rechnungen und aufgrund der unbestrittenen Tatsache, dass immerhin ein Betrag in der Höhe von CHF 20'000.– bezahlt worden ist, erscheint es jedoch durchaus wahrscheinlich, dass die Gesuchstellerin die von ihr behaupteten Arbeiten auch erbracht hat. Sodann ist aufgrund des vereinbarten fixen Preises unklar, ob und was für Arbeitsrapporte überhaupt erstellt worden sind. Aufgrund der im vorliegenden vorsorglichen Verfahren sehr tiefen Anforderungen ist damit einstweilen glaubhaft, dass die Gesuchstellerin pfandberechtigte Arbeiten auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin erbracht hat. Sodann kann festgehalten werden, dass der Pfandrechtsanspruch – im Gegensatz zum (gesamten) Vergütungsanspruch – auch bestehen würde, wenn die Gesuchstellerin noch gar nicht mit den vereinbarten Arbeiten begonnen haben sollte. Denn das Pfandrecht der Handwerker und Unternehmer kann von dem Zeitpunkte an, da sie sich zur Arbeitsleistung verpflichtet haben, in das Grundbuch eingetragen werden (Art. 839 Abs. 1 ZGB).

5.3. Die Gesuchstellerin begründet ihren Pfandanspruch mit offenen Forderungen aus dem für letztendlich CHF 101'427.50 netto (inkl. MWSt.) offerierten und angenommenen Auftrag zur Planung und Installation. Nach Abzug der Teilzah-

lung über CHF 20'000.– sei eine Werklohnforderung von CHF 81'427.50 ausgewiesen. Gleiches gelte für den Zins von 5 % seit 30. Oktober 2018, da sie am 19. Oktober 2018 die Mahnung ausgesprochen und nach Ablauf der Zahlungsfrist von 10 Tagen netto den Verzug ausgelöst habe (act. 1 Rz 18).

Die Gesuchsgegnerin bestreitet sinngemäss die Fälligkeit der Werklohnforderung der Gesuchstellerin, indem sie ausführt, die Rechnung über CHF 67'618.30 sei zu früh gestellt worden. Dabei verkennt sie, dass für die Entstehung des Pfandrechtsanspruches nicht vorausgesetzt ist, dass die zugrunde liegende Werklohnforderung fällig ist. Wie dargelegt, kann die Pfandrechteintragung bereits ab Vertragsschluss ins Grundbuch eingetragen werden. Dies unabhängig davon, was für Zahlungskonditionen vereinbart werden (vgl. Art. 839 Abs. 1 ZGB).

Demgegenüber erscheint der Einwand der zu früh gestellten Rechnungen für die Frage der Pfandforderung für den geltend gemachten Verzugszins durchaus von Relevanz. Denn nur wenn eine Verbindlichkeit fällig ist, wird der Schuldner durch Mahnung in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Die Gesuchstellerin hat F. \_\_\_\_\_ bzw. H. \_\_\_\_\_ Training mit den Schreiben vom 19. Oktober 2018 unter Ansetzung einer 10-tägigen Zahlungsfrist über CHF 33'809.20 (act. 3/12) sowie über CHF 47'618.30 (act. 3/13) gemahnt. In der angenommenen Offerte vom 9. Juni 2018 wurde als Zahlungsbedingung vereinbart, dass je ein Drittel des Werklohnes bei Auftragserteilung, Montagestart und nach Abschluss und Abnahme zu zahlen sei (act. 3/6). Wie dargelegt ist glaubhaft, dass die Gesuchstellerin die von ihr behaupteten Arbeiten erbracht hat. Damit ist einstweilen davon auszugehen, dass sie die Montagearbeiten am 27. August 2018 abgeschlossen hat und diese Arbeiten auch abgenommen wurden. Letzteres kann auch aus der E-Mail von I. \_\_\_\_\_ namens des H. \_\_\_\_\_ Training vom 7. November 2018 gefolgert werden, in welcher dieser eine Lösung in Zusammenarbeit mit der Verwaltung in Aussicht stellt, ohne irgendwelche Einwendungen gegen die Forderung der Gesuchstellerin geltend zu machen. Dies nota bene zu einem Zeitpunkt, in welchem er bereits über die volle Summe unter Androhung der Einleitung eines Verfahrens zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gemahnt worden war. Es ist jedenfalls keineswegs ausgeschlossen, dass die gesamte Werklohnforderung der Gesuchstellerin

zum Zeitpunkt der Mahnungen bereits fällig war. Damit erscheint einstweilen auch das Bestehen der Zinsforderung glaubhaft.

5.4. Aufgrund dessen, dass es der Gesuchstellerin gelingt, glaubhaft zu machen, dass sie die Arbeiten wie von ihr behauptet ausgeführt hat, ist sodann ohne weiteres davon auszugehen, dass die viermonatige Eintragsfrist im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB mit der superprovisorischen Eintragung am 18. Dezember 2018 eingehalten ist. Dies unabhängig davon, ob die letzten Arbeiten nun auf die Inbetriebsetzung am 25. September 2018 oder das Montageende am 27. August 2018 festgelegt werden. Zudem wäre die Eintragsfrist auch dann eingehalten, wenn mit der Gesuchsgegnerin davon ausgegangen würde, dass die Gesuchstellerin ihre Leistungen noch gar nicht (vollständig) erbracht hätte. Diesfalls hätte die Frist noch gar nicht zu laufen begonnen.

5.5. Schliesslich hat die Gesuchsgegnerin nicht bestritten, zumindest konkludent ihre Einwilligung im Sinne von Art. 837 Abs. 2 ZGB für die Arbeiten erteilt zu haben bzw. dass F.\_\_\_\_\_ als eine am Grundstück berechnete Person gilt und sie selber Kenntnis vom parallel zum Grundausbau erfolgten Mieterausbau hatte (act. 1 Rz 16).

5.6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Gesuchstellerin sämtliche Eintragungsvoraussetzungen des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts glaubhaft gemacht hat, weshalb die bereits superprovisorisch erfolgte Eintragung zu bestätigen ist.

## 6. Prozessfortgang

Der Gesuchstellerin ist Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequierfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts vom 16. August 2017, 5A\_82/2016 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.

#### 7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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 81'427.50 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 4'000.– 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 in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von CHF 2'500.– (zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

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

1. Die Streitverkündung an F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_-Strasse ..., ... Zürich wird vorgemerkt.



2. 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 18. Dezember 2018 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 3 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBl. ..., J. \_\_\_\_\_-Strasse / E. \_\_\_\_\_-Quai ...quartier ..., für eine Pfandsumme von CHF 81'427.50 nebst Zins zu 5 % seit 30. Oktober 2018.
3. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 19. März 2019 angesetzt, um eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Bei Säumnis kann die Gesuchsgegnerin den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 2) löschen lassen.
4. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 4'000.–.  
Allfällige weitere Kosten (insbesondere Rechnung des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.
5. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 4 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 3 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.
6. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 3 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 2'500.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel von act. 8, und an das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ sowie im Auszug gemäss Erwägung Ziffer 2 und Dispositiv Ziffern 1 und 7 an den Streitberufenen.

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 81'427.50.

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

Zürich, 17. Januar 2019

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Rafael Rutgers