

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE190118-O

U/mk

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

## Urteil vom 20. Mai 2019

in Sachen

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

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

gegen

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

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

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ sei anzuweisen, die mit Verfügung des Bezirksgerichts Andelfingen vom 7. Februar 2019 am 7. Februar 2019 zu Gunsten der Gesuchstellerin vorsorglich und vorläufig eingetragene Pfandsumme zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin an der D. \_\_\_\_\_-Strasse ..., ... E.\_\_\_\_\_, Kat.-Nr. ... (CH...), grundsätzlich vorgemerkt zu lassen, jedoch dahingehend abzuändern und zu ergänzen, oder, sofern das bereits vorgemerkte Pfandrecht zwischenzeitlich gelöscht worden sein sollte, neu im Grundbuch vorzumerken, so dass zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin an der D. \_\_\_\_\_-Strasse ..., ... E.\_\_\_\_\_, Kat.-Nr. ... (CH...), ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin für die Pfandsumme von CHF 98'884.05 nebst Zins zu 5% seit 16. Dezember 2018 auf CHF 98'884.05 vorläufig als Vormerkung eingetragen ist.
2. Die Anweisung sei superprovisorisch zu verfügen und dem Grundbuchamt unverzüglich zur Eintragung resp. Abänderung des bestehenden Eintrags mitzuteilen und anzumelden.
3. Es sei der Gesuchstellerin eine Frist von sechs Monaten seit Rechtskraft des Entscheids über die Bestätigung der superprovisorischen Massnahme zur Einreichung der Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzusetzen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

**Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 28. März 2019 (Datum Poststempel) stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich das vorstehend aufgeführte Begehren (act. 1). Mit Verfügung vom 29. März 2019 wurde das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ angewiesen, das Pfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Begehren der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen (act. 4). Mit Eingabe vom 13. Mai 2019 hat die Gesuchsgegnerin innert erstreckter Frist ihre Stellungnahme erstattet (act. 13).

## 2. Parteien

Die Gesuchsgegnerin ist Eigentümerin des Grundstücks, auf dem die von der Gesuchstellerin behaupteten Leistungen erbracht worden sind. Die Leistungen der Gesuchstellerin seien dabei im Auftrag der F.\_\_\_\_\_ AG erfolgt und durch die Gesuchstellerin sowie die G.\_\_\_\_\_ GmbH + Co KG ausgeführt worden (act. 1 Rz. 18 ff.).

## 3. Parteistandpunkte

Die Gesuchstellerin erachtet sich aufgrund der erbrachten Leistungen als pfandberechtigt. Sie habe selbst, unter Einsatz ihrer eigenen Mitarbeiter, Leistungen erbracht. So sei sie Vertragspartnerin der F.\_\_\_\_\_ AG gewesen, habe vorvertraglich die Bedürfnisse der Bauherrschaft abgeklärt, habe von den verantwortlichen Personen die erforderlichen Unterlagen eingefordert und sodann das Herstellerwerk über die erforderlichen Spezifikationen aufgeklärt. Zudem seien Richtspiesse aus ihrem Bestand geliefert worden. Bei den für das Bauprojekt benötigten Betonteilen handle es sich um Unikate, die spezifisch für das Bauprojekt hergestellt worden seien (act. 1 Rz. 22 ff.).

Die Gesuchsgegnerin stellt sich auf den Standpunkt, dass kein Anspruch auf eine Eintragung bestehe. Bei den gelieferten Betonteilen handle es sich um Norm-Betonelemente, was sich aus den Rechnungen ergebe. Dasselbe gelte für den verwendeten Betonstahl als Halbfertigstahl, der lediglich in der Menge angeboten worden sei. Sodann mache die Gesuchstellerin nicht geltend, die Betonhalbfertigteile selbst hergestellt zu haben. Die Beteiligungsverhältnisse würden dabei keine Rolle spielen; entscheidend sei, dass die Gesuchstellerin keine Leistungen in selbständiger Stellung erbracht habe, die pfandberechtigt wären. Die Bauherrschaft und die Bauleitung hätten lediglich mit der G.\_\_\_\_\_ GmbH + Co KG korrespondiert, die Gesuchstellerin sei nicht beteiligt gewesen. Alleine das Einfordern von Unterlagen und die Instruktion der Subunternehmerin sei nicht als relevante Arbeitsleistung anzusehen. diese seien lediglich vorbereitende Arbeiten für das Herstellerwerk gewesen, die nicht pfandberechtigt seien. Die Abklärungen zur Zufahrtsmöglichkeit und die Lieferung von Richtspiesen würden ebenfalls

nicht den erforderlichen funktionellen Zusammenhang aufweisen. Die intellektuellen Arbeitsleistungen für die Herstellung der Betonteile seien nicht von der Gesuchstellerin erbracht worden. Die allenfalls zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechnete G.\_\_\_\_\_ GmbH + Co. KG sei nach dem Wissen der Gesuchsgegnerin bezahlt worden. Auch deshalb könne die Leistung nicht zu Gunsten der Gesuchstellerin gesichert werden (act. 13 Ziff. 6 ff.).

#### 4. Rechtliches

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 3 ZGB). Reine Materiallieferungen sind dann pfandberechtigt, wenn es sich um Baustoffe handelt, welche aufgrund einer individuellen Bestellung für das konkrete Bauwerk hergestellt worden sind (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N 299).

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; ZOBL, Das Bau-

handwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 101 (1982) II Halbband, S. 158; ZR 79 Nr. 80 E. 1; SCHUMACHER, a.a.O., N 1394 ff.).

## 5. Würdigung

### 5.1. Vertragsbeziehungen

Unbestritten ist, dass die Gesuchstellerin in einer Vertragsbeziehung zur F.\_\_\_\_\_ AG stand und mit Arbeiten am Bauprojekt auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin betraut wurde. Ebenso ist unbestritten, dass ein Teil der Leistungen durch die G.\_\_\_\_\_ GmbH + Co. KG erbracht worden ist.

### 5.2. Pfandberechtigte Leistungen

Die Gesuchsgegnerin bringt vor, es seien lediglich Normelemente geliefert worden, womit keine Materiallieferungen vorliegen würden, die ein Pfandrecht begründen würden.

Mit ihren Ausführungen gelingt es der Gesuchstellerin glaubhaft zu machen, dass es sich bei den von der G.\_\_\_\_\_ GmbH + Co. KG gelieferten Bauteile um individuell hergestellte Bauteile handelt. Der Umstand, dass für die Planung der einzelnen Elemente verschiedene Informationen seitens der Bauherrschaft benötigt wurden, insbesondere Architektenpläne, Schalungspläne und Aussparungspläne (act. 1 Rz. 25), weist auf die Individualität der Betonelemente hin. Dies erscheint aber auch darum nachvollziehbar, weil die Gesuchsgegnerin eine individuelle Bauteile erstellen wollte und die dafür benötigten Bauteile entsprechend spezifisch sein müssen. An der Glaubhaftigkeit vermögen die pauschalen Bestreitungen seitens der Gesuchsgegnerin nichts zu ändern. Diese verweist lediglich auf die Rechnungen, welche teilweise von Normteilen sprechen. Auch Norm- oder Systemteile können individuell nach einem normierten Herstellungsprozess erstellt werden. Damit werden sie aber nicht zur Massenware, zumal sie in den konkret benötigten Ausmassen und Ausstattungen produziert werden. Konkretere Ausführungen dazu macht die Gesuchsgegnerin nicht. Ebenso wenig kann der Gesuchstellerin bzw. ihrer Subunternehmerin vorgehalten werden, dass die Abrechnung nach Ausmass oder Gewicht des Materials erfolgt. Dies ist eine Frage

des Werkvertrags und hat keinen Einfluss auf die Qualifikation der Materiallieferungen.

Aus dem Gesagten erhellt, dass die Gesuchstellerin glaubhaft machen kann, dass sie bzw. ihre Subunternehmerin pfandberechtigte Leistungen in Form der Lieferung von individuell hergestelltem Material erbracht hat.

### 5.3. Aktivlegitimation

Die Gesuchsgegnerin macht weiter geltend, dass die Gesuchstellerin nicht zur Eintragung berechtigt sei, da sie lediglich intellektuelle Leistungen erbracht habe und die Bauhandwerkerleistungen von der G. \_\_\_\_\_ GmbH + Co. KG als Subunternehmerin erbracht worden seien.

Wie ausgeführt, erfordert der Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechts die Erbringung von pfandberechtigten Arbeiten. Intellektuelle Leistungen können lediglich dann eingetragen werden, wenn diese verbunden mit anderen Arbeiten erbracht worden sind. Vorliegend behauptet selbst die Gesuchstellerin, lediglich intellektuelle Leistungen erbracht zu haben. Die für das Pfandrecht relevanten Arbeiten betreffend der Herstellung und Lieferung seien hingegen an die G. \_\_\_\_\_ GmbH + Co. KG ausgelagert worden. Dabei handelt es sich um eine Subunternehmerin der Gesuchstellerin, wobei das behauptete Konzernverhältnis irrelevant ist.

In Rechtsprechung und Lehre ist soweit unbestritten, dass ein Unternehmer auch für Leistungen, die ein Subunternehmer in seinem Auftrag erbracht hat, ein Pfandrecht erwirken kann. Dieses ist nur dann ausgeschlossen, wenn der Subunternehmer selbst ein Pfandrecht eintragen lässt oder der Antragsteller gar keine eigenen Leistungen erbracht hat (THURNHERR, in: HONSELL/VOGT/GEISER, Basler Kommentar ZGB II, 5. Auf., N 3 zu Art. 839/840 ZGB). Erstere Problematik stellt sich aber vorliegend nicht, zumal die Gesuchsgegnerin selbst festhält, dass die G. \_\_\_\_\_ GmbH + Co. KG nach ihrem Wissen bezahlt worden sei (act. 13 S. 16). Somit droht auch kein Bauhandwerkerpfandrecht seitens der ausführenden Unternehmerin. Hinsichtlich der selbst zu erbringenden Leistungen ist anzufügen,

dass auch Unternehmer pfandberechtigt sind, die selbst nur intellektuelle Leistungen erbracht haben (Urteil des Handelsgerichts vom 16. Februar 2017 HG160435). Dies ist vorliegend umstritten. Gestützt auf das Vorgebrachte erscheint aber glaubhaft, dass sich die Leistungen der Gesuchstellerin nicht in einer Rolle als Botin erschöpft haben. Vielmehr legt sie glaubhaft dar, dass sie selbstständig die erforderlichen Informationen bei der Generalunternehmerin und der Bauleitung zusammengetragen und die G.\_\_\_\_\_ GmbH + Co. KG betreffend der zu erbringenden Arbeiten instruiert hat. Auch hierzu macht die Gesuchsgegnerin keine Ausführungen, welche die Darstellung der Gesuchstellerin entkräften würden. Die eingereichte E-Mail Korrespondenz (act. 14/3) besteht bis auf wenige Ausnahmen aus Bitten zur Freigabe von Plänen. Diese stammen direkt vom Herstellerwerk. Hinsichtlich der Arbeitsaufteilung bei der Planung der Betonelemente kann daraus aber nichts geschlossen werden.

Damit erscheint nicht ausgeschlossen, dass die Gesuchstellerin massgebliche Leistungen erbracht hat, die Berechtigung zur Eintragung erscheint in Nachachtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (dazu SCHMID, BSK ZGB II, a.a.O., N 16 zu Art. 961 ZGB) glaubhaft und das Pfandrecht ist vorläufig einzutragen.

#### 5.4. Pfandsumme

Die Höhe der unbezahlt gebliebenen Leistungen und damit des Pfandrechts erscheint aufgrund der Ausführungen der Gesuchstellerin ebenfalls glaubhaft (act. 1 Rz. 46 ff.).

Die Gesuchsgegnerin bringt zur Pfandsumme lediglich vor, dass diese viel zu hoch sei, weil lediglich ein Unternehmer in der Vertragskette für die jeweilige Leistung pfandberechtigt sei (act. 13 S. 17). Dabei verkennt die Gesuchsgegnerin, dass ein Unternehmer grundsätzlich auch für Leistungen seiner Subunternehmer pfandberechtigt ist. Die von ihr propagierte Reduktion kommt einzig dann zur Anwendung, wenn der Subunternehmer selbst ebenfalls ein Pfandrecht für seine Leistungen beansprucht; Nur für dieselbe Leistung können nicht mehrere Pfandrechte eingetragen werden. Dies ist vorliegend aber gerade nicht der Fall.

### 5.5. Rechtzeitige Eintragung

Nach unbestritten gebliebener Darstellung der Gesuchstellerin wurden die letzten Elemente am 18. Dezember 2018 auf die Baustelle geliefert (act. 1 Rz. 44; act. 13 S. 15). Demnach ist die viermonatige Eintragsfrist im Zeitpunkt der vorsorglichen Eintragung am 29. März 2019 noch nicht abgelaufen. Auch diese Voraussetzung ist demnach gegeben.

### 5.6. Fazit

Aus den vorangehenden Ausführungen ergibt sich, dass es der Gesuchstellerin gelingt, einen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin im beantragten Umfang glaubhaft zu machen. Die vorläufige Eintragung ist dementsprechend zu bestätigen.

## 6. Prozessfortgang

Sodann ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Dabei beantragt die Gesuchstellerin die Ansetzung einer Frist von sechs Monaten (act. 1 S. 2). Weshalb die Gesuchstellerin auf eine derart lange Frist angewiesen sein soll, führt sie nicht aus. Auch wird dies aus dem Gesuch nicht ersichtlich. Die Prosequenzfrist ist deshalb praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (BGE 143 III 554 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 98'884.05 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 4'400.– 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 5'000.– zuzusprechen.

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

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 29. März 2019 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBl. ..., EGRID CH...  
D.\_\_\_\_\_-Strasse ..., E.\_\_\_\_\_, für eine Pfandsumme von CHF 98'884.05 nebst Zins zu 5 % seit 16. Dezember 2018.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 22. Juli 2019 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 4'400.–.  
Die weiteren Kosten betragen: CHF 60.– (Rechnung Nr. 1 des Grundbuchamtes C. \_\_\_\_\_ vom 1. April 2019).
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 5'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel von act. 13 und act. 14/1-3 sowie an das Grundbuchamt C. \_\_\_\_\_.
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 98'884.05.

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

Zürich, 20. Mai 2019

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler