

# ZH\_HANDELSGERICHT HE230005 vom 8. Februar 2023

Zh Handelsgericht, 2023-02-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HE230005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE230005)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HE230005 du 8 février 2023

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HE230005 del 8 febbraio 2023

## Erwägungen

### E. 2

Eventualiter sei das Grundbuchamt C. \_\_\_\_\_ richterlich anzuweisen, zu Lasten der neu von Grundstück Nr. 2 (E. \_\_\_\_\_-strasse 3, D. \_\_\_\_\_), Grundbuch D. \_\_\_\_\_, abparzellierten Grundstücke Nrn.

#### E. 2.1

Mit Eingabe vom 3. Februar 2023 (act. 12) verkündet die Gesuchsgegnerin der F. \_\_\_\_\_ GmbH den Streit und verlangt, es sei ihr (der F. \_\_\_\_\_ GmbH) Frist zur Stellungnahme zur Streitverkündung und insbesondere Frist zur Beantwortung des Gesuchs anzusetzen (act. 12 S. 2). Eventualiter sei die Streitverkündung im Urteil vorzumerken.

#### E. 2.2

Eine Partei, die für den Fall ihres Unterliegens eine dritte Person belangen will oder den Anspruch einer dritten Person befürchtet, kann diese im Sinne einer Streitverkündung auffordern, sie im Prozess zu unterstützen (Art. 78 Abs. 1 ZPO). Die Streitberufene hat den Prozess im vorgefundenen Stadium aufzunehmen und hat keinen Anspruch auf weiteren Schriftenwechsel. Ein Prozessbeitritt (v.a. im Hinblick auf die Ergreifung von Rechtsmitteln) ist auch nach Urteilsfällung bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist noch möglich ist (ERNST STAEHELIN / SILVIA SCHWEIZER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen ZPO, 3. A. Zürich, Rz. 25 zu Art. 74 ZPO).

#### E. 2.3

Der Streitberufenen erwächst aus der Tatsache, dass ihr die Streitverkündung erst im Urteil angezeigt wird, kein Nachteil. Im summarischen Verfahren findet nur ein Schriftenwechsel statt. Dieser wurde mit der Stellungnahme der Gesuchsgegnerin (act. 9) abgeschlossen. Somit hätte die Streitberufene ohnehin nicht mehr zum Gesuch Stellung nehmen können, weshalb der Prozessbeitritt vor allem im Hinblick auf ein allfälliges Rechtsmittelverfahren allenfalls von Bedeutung sein könnte. Es besteht daher keine Grundlage, der Streitberufenen eine Frist zur allfälligen Erklärung des Prozessbeitritts oder zur Beantwortung des Gesuchs anzusetzen, weshalb der entsprechende Antrag abzuweisen ist. Von der Streitverkündung der Gesuchsgegnerin an die F. \_\_\_\_\_ GmbH, G. \_\_\_\_\_-Strasse 6, H. \_\_\_\_\_, ist jedoch Vormerk zu nehmen.

- 4 -

#### E. 2.4

Der Streitberufenen kommt ein Akteneinsichtsrecht erst zu, wenn sie sich als Nebenpartei konstituiert hat (BGer 4A\_212/2015 vom 4. November 2015 E. 4.3). Entsprechend sind der Streitberufenen vom vorliegende Urteil lediglich die sie betreffenden Auszüge mitzuteilen.

3. Voraussetzungen zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts 3.1. Rechtliches 3.1.1. Nach 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 berechnigte Person zum Schuldner haben". Die Eintragung des Pfandrechts ins Grundbuch kann ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses verlangt werden und hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen (Art. 839 Abs. 1 und 2 ZGB). 3.1.2. Der Subunternehmer hat einen selbständigen Anspruch auf die Errichtung des Bauhandwerkerpfandrechts am Grundstück, für das er seine Leistung erbracht hat. Es ist bedeutungslos, ob der Unternehmer zum Beizug eines Subunternehmers berechnigt war (GERHARD FREY, in: Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser [Hrsg.], OFK ZGB Kommentar, 4. A., Zürich 2021, Rz. 22 zu Art. 837 ZGB). 3.1.3. Gemäss Art. 961 Abs. 3 ZGB und Art. 261 Abs. 1 ZPO gilt im vorläufigen Eintragungsverfahren das Beweismass der Glaubhaftmachung. Nach allgemeiner Ansicht ist das Beweismass in diesem Verfahren gegenüber anderen Arten vorsorglicher Massnahmen besonders stark herabgesetzt (vgl. BGE 137 III 563 E. 3.3; BGE 86 I 265 E. 3; BGer 5A\_280/2021 vom 17. Juni 2022 E. 3.1; RAINER SCHUMACHER/PASCAL REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. A., Zürich 2021,

- 5 - Rz. 1533 ff.). An die Glaubhaftmachung dürfen folglich keine besonderen Anforderungen gestellt werden (BGE 86 I 265 E. 3; BGE 79 II 424 E. 6; BGE 39 II 139 E. 2; BGer 5P.221/2003 vom 12. September 2003 E. 3.2.1). Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint (BGE 86 I 265 E. 3; BGer 5A\_933/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2; BGer 5D\_116/2014 vom 13. Oktober 2014 E. 5.3; BGer 5A\_475/2010 vom 15. September 2010 E. 3.1.2). Im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen (BGE 102 Ia 81 E. 2b/bb; BGE 86 I 265 E. 3; BGer 5A\_933/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2; BGer 5A\_932/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2; 5A\_475/2010 vom 15. September 2010 E. 3.1.2) und die Entscheidung dem definitiven Eintragungsverfahren zu überlassen (BGE 86 I 265 E. 3). Das herabgesetzte Beweismass führt jedoch nicht dazu, dass auch die Behauptungs- und Substantiierungsanforderungen herabgesetzt wären. Auch im summarischen Verfahren und auch bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist ein schlüssiger Tatsachenvortrag erforderlich (vgl. BGer 5A\_280/2021 vom 17. Juni 2022 E. 3.4.3). 3.2. Wesentliche Parteivorbringen 3.2.1. Die Gesuchstellerin stützt sich auf den Werkvertrag vom 1. Juli 2022 zwischen ihr als Unternehmerin und der F. \_\_\_\_\_ GmbH als Bestellerin bzw. als Generalunternehmerin, gemäss welchem sie Baumeisterarbeiten auf dem Grundstück Blatt 1, Kataster Nr. 2 im Grundbuch D. \_\_\_\_\_ der Gesuchsgegnerin erbrachte (act. 1 Rz. 2 ff.; act. 3/3). Die Gesuchstellerin stellte der Gesuchsgegnerin als Grundstückseigentümerin und Bauherrin die ausgeführten Arbeiten am 19. November 2022 in der Höhe von CHF 229'034.80 inkl. MwSt. in Rechnung. Diese Rechnung wurde nicht beglichen; daher versandte die Gesuchstellerin am 29. November 2022 eine schriftliche Mahnung (act. 1 Rz. 8; act. 3/4). Verlangt wird von der Gesuchstellerin die Eintragung der noch offenen Werklohnforderung von CHF 229'034.80 (inkl. MwSt.) zzgl. Zins zu 5% seit

dem 30. November 2022 auf dem Grundstück Grundbuch D.\_\_\_\_\_, Blatt 1, Kataster Nr. 2, eventualiter auf den Grundstücken Nr. 4 und 5 (act. 1 Rz. 4, Rz. 9).

- 6 - 3.2.2. Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass die F.\_\_\_\_\_  
GmbH berechtigt gewesen sei, mit der Gesuchstellerin als Subunternehmerin einen Werkvertrag abzuschliessen (act. 9 Rz. 4 S. 3). Der Werkvertrag zwischen der F.\_\_\_\_\_  
GmbH und der Gesuchstellerin sehe einen Werklohn im Gesamtbetrag von total CHF 220'000.– vor. Das von der Gesuchstellerin beantragte Pfandrecht in der Höhe von CHF 229'034.80 sei im Mehrbetrag von CHF 9'034.80 nicht ausgewiesen (act. 9 Rz. 4 S. 3 f.). Überdies bringt die Gesuchsgegnerin diverse Einwendungen vor, weshalb der Werklohn bzw. die Pfandsumme zu reduzieren sei (act. 9 Rz. 4, Rz. 5 f., Rz. 9, Rz. 13) 3.3. Pfandberechtigung 3.3.1. Einig sind sich die Parteien, dass die Gesuchstellerin aufgrund des Werkvertrags zwischen ihr und der F.\_\_\_\_\_  
GmbH pfandberechtigte Arbeiten ausführte und dass diese auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin durch die Gesuchstellerin vorgenommen wurden (act. 1 Rz. 2 f., Rz. 7; act. 9 Rz. 2; act. 3/3–5). 3.3.2. Weiter ist unbestritten, dass die Gesuchstellerin Subunternehmerin der F.\_\_\_\_\_  
GmbH ist. Die Gesuchsgegnerin bestreitet indessen die Berechtigung der Generalunternehmerin zur Weitergabe von Baumeisterarbeiten (act. 9 Rz. 4). Die Subunternehmerin ist aber auch ohne (vertragliche) Berechtigung zur Ausführung berechtigt, ein Bauhandwerkerpfandrecht i.S.v. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB für ihre Forderung gegenüber der Generalunternehmerin auf dem Grundstück eintragen zu lassen. Folglich ist die Gesuchstellerin als Subunternehmerin berechtigt, ein Grundpfand eintragen zu lassen. 3.4. Wahrung der Viermonatsfrist 3.4.1. Nach Darstellung der Gesuchstellerin erfolgte die Fertigstellung der Arbeit am 5. November 2022 (act. 1 Rz. 10). Die Gesuchsgegnerin behauptet hingegen auf der einen Seite, dass der Gesuchstellerin aufgrund des Verzugs mit Beendigung der Arbeiten am 5. November 2022 eine Konventionalstrafe von CHF 64'500.– vom Werklohn abzuziehen sei (act. 1 Rz. 4 S. 4). Auf der anderen Seite stellt sie sich jedoch auf den Standpunkt, dass am 5. November 2022 keine

- 7 - Vollendung und Abnahme des Werks erfolgt sei; diverse Arbeiten seien nur teilweise erbracht worden (act. 9 Rz. 13). Die Gesuchsgegnerin behauptet, dass Baumeister- und Kanalisationsarbeiten am 18. Januar 2023 abgeschlossen worden seien, daher sei eine Konventionalstrafe von CHF 171'000.– geschuldet (act. 9 Rz. 23). 3.4.2. Die Vorbringen der Gesuchstellerin scheinen substantiiert und glaubhaft. Demgegenüber erweist sich der Tatsachenvortrag der Gesuchsgegnerin als widersprüchlich. Soweit die Gesuchsgegnerin für die Fristwahrung auf die Vollendung des Werks abstellen will, entbehrt dies jeglicher gesetzlichen Grundlage. Eine Eintragung muss lediglich spätestens vier Monate nach Vollendung der Arbeit erfolgen (vgl. Art. 839 Abs. 2 ZGB). Ein Pfandrecht kann indessen aber bereits ab dem Zeitpunkt der Arbeitsverpflichtung eingetragen werden (vgl. Art. 839 Abs. 1 ZGB). Die Vollendung des Werkes ist somit nicht fristauslösend oder gar Voraussetzung für die Eintragung des Pfandrechts. Die Frage, ob die Arbeiten der Gesuchstellerin am 5. November 2022 oder, so wie es die Gesuchsgegnerin behauptet, am 18. Januar 2023 vollendet worden waren, kann offen bleiben, weil die viermonatige Eintragungsfrist sowohl bei Vollendung der Arbeiten am

#### **E. 4**

Der Gesuchstellerin sei eine ausreichende, zwei Monate nicht unterschreitende Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Ziff. 1 eventualiter Ziff. 2 hiervor zu Lasten des Grundstückes Grundbuch D.\_\_\_\_\_, Blatt 1,

Kataster 2 (E.\_\_\_\_\_-strasse 3, D.\_\_\_\_\_), einzureichen.

## **E. 5**

Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 8'400.–. Die weiteren Kosten betragen: CHF 134.50 (Rechnung Nr. 7 des Grundbuchamtes C.\_\_\_\_ vom 25. Januar 2023).

### **E. 5.1**

Ausgangsgemäss wird die Gesuchsgegnerin kosten- und entschädigungs- pflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

- 10 -

### **E. 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 229'035.– auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 8'400.– festzusetzen ist.

### **E. 5.3**

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.

### **E. 5.4**

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 6'800.– zuzusprechen. Mangels Darlegung der fehlenden Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die Parteientschädigung praxismässig ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. BGer 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5). 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 10. Januar 2023 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 4 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBL. 1, E.\_\_\_\_-strasse 3, D.\_\_\_\_,

- 11 - für eine Pfandsumme von CHF 229'034.80 nebst Zins zu 5 % seit 30. November 2022. 2. Die Streitverkündung der Gesuchsgegnerin an die F.\_\_\_\_ GmbH, G.\_\_\_\_-Strasse 6, H.\_\_\_\_, wird vorgemerkt. 3. Die weiteren prozessualen Anträge der Gesuchsgegnerin werden abgewiesen. 4. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 11. April 2023 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.

## **E. 6**

Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 5 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 4 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.

## **E. 7**

Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 4 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 6'800.– zu bezahlen.

## **E. 8**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von act. 9, act. 11/1–20 und act. 12), an das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ sowie auszugsweise (E. 2, Dispositiv Ziff. 2 und Ziff. 8) an die F.\_\_\_\_\_ GmbH, G.\_\_\_\_\_ -Strasse 6, H.\_\_\_\_\_.

- 12 -

## **E. 9**

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 229'035.–. Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 46 Abs. 2 BGG). Zürich, 8. Februar 2023 HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH Einzelgericht Die Gerichtsschreiberin: Dr. Isabel Geissberger

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.