

# ZH\_HANDELSGERICHT HE240032 vom 15. Mai 2024

Zh Handelsgericht, 2024-05-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HE240032](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE240032)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HE240032 du 15 mai 2024

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HE240032 del 15 maggio 2024

## Erwägungen

### E. 1

Prozessverlauf Mit Eingabe vom 12. März 2024 (elektronisch zugestellt) stellte die Gesuchstellerin das obgenannte Gesuch um (vorerst) superprovisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (act. 1; act. 2; act. 3/2–17). Gleichentags wurde dem Gesuch einstweilen und ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Gesuch Stellung zu nehmen (act. 5). Mit Eingabe vom 2. April 2024 reichte die Gesuchsgegnerin sodann innert Frist ihre Stellungnahme ein (act. 10; act. 11; act. 12/2–5), welche der Gesuchstellerin zur Wahrung des Replikrechts am 15. April 2024 zugestellt wurde (Prot. S. 4; act. 13). Die Gesuchstellerin liess sich daraufhin nicht vernehmen. Das Verfahren erweist sich folglich als spruchreif.

### E. 2

Prozessgegenstand und Parteien

#### E. 2.1

Die Gesuchstellerin und die E.\_\_\_\_\_ AG (vormals F.\_\_\_\_\_ AG) schlossen am 12. September 2023 einen Subunternehmervertrag über Gipsarbeiten mit Aufwandvergütung auf dem Grundstück D.\_\_\_\_\_ -Strasse ... in C.\_\_\_\_\_ (Kat. Nr. 2, GBBL. 3; act. 1 Rz. 9; act. 3/5). Die Gesuchsgegnerin ist Eigentümerin des vorgenannten Grundstücks und hat mit der E.\_\_\_\_\_ AG am 16. Oktober 2023 einen Werkvertrag über Gipsarbeiten abgeschlossen (act. 1 Rz. 6; act. 10 Rz. 5;

- 3 - act. 3/7; act. 12/2). Die E.\_\_\_\_\_ AG stellt folglich gegenüber der Gesuchstellerin die Bestellerin und gegenüber der Gesuchsgegnerin die Unternehmerin dar.

#### E. 2.2

Gestützt auf eine Debitorenliste und sechs Rechnungen verlangt die Gesuchstellerin die vorläufige Eintragung einer Pfandsumme im Umfang von CHF 146'320.65 nebst Zins zu 5% seit dem 30. November 2023 (act. 1 Rz. 11; act. 3/6, 11–16).

### E. 3

Voraussetzungen des Bauhandwerkerpfandrechts

#### E. 3.1

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. 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).

### **E. 3.2**

Im vorläufigen Eintragungsverfahren gilt das Beweismass der Glaubhaftmachung (Art. 961 Abs. 3 ZGB; Art. 261 Abs. 1 ZPO). Nach allgemeiner Ansicht ist das Beweismass in diesem Verfahren gegenüber anderen Arten vorsorglicher Massnahmen allerdings besonders stark herabgesetzt (BGE 137 III 563 E. 3.3.; BGer 5A\_613/2015 vom 22. Januar 2015 E. 4; SCHUMACHER RAINER/REY PASCAL, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. A. Zürich 2021, Rz. 1534). 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; 5D\_116/2014 vom 13. Oktober 2014 E. 5.3; 5A\_475/2010 vom 15. September 2010 E. 3.1.2). Im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige

- 4 - Eintragung zu bewilligen (BGE 102 Ia 81 E. 2.b.bb; BGE 86 I 265 E. 3; BGer 5A\_933/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2; 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). Bei Abweisung des Gesuchs um vorläufige Eintragung droht der gesuchstellenden Partei aufgrund der ablaufenden Eintragungsfrist ein definitiver Rechtsverlust (BGE 137 III 563 E. 3.3; BGE 86 I 265 E. 3; BGE 39 II 139 E. 2), während bei einer Gutheissung im vorläufigen Eintragungsverfahren der Gegenpartei lediglich ein vorübergehender Nachteil droht, da die gesuchstellende Partei die Massnahme zu prosequieren haben wird (BGE 86 I 265 E. 3).

### **E. 4**

Fehlende Zustimmung zum Beizug eines Subunternehmers

#### **E. 4.1**

Die Gesuchsgegnerin beanstandet, sie sei nie über den Beizug der Gesuchstellerin als Subunternehmerin der F.\_\_\_\_\_ AG bzw. der E.\_\_\_\_\_ AG informiert worden bzw. habe dementsprechend ihre Zustimmung zu deren Beizug nicht erteilt (act. 10 Rz. 8 f.).

#### **E. 4.2**

Der Subunternehmer hat auch dann Anspruch auf ein Baupfand, wenn der Bauherr vom Subunternehmervertrag nichts wusste. Der Pfandanspruch besteht auch dann, wenn der Besteller des Subunternehmers den Untervertrag mit diesem unerlaubterweise abgeschlossen hat, weil z.B. der Bauherr die Weitervergabe an einen Subunternehmer untersagt oder einen anderen Subunternehmer vorgeschrieben hatte (BGE 105 II 264 ff. = Pra 69 [1980] Nr. 109).

#### **E. 4.3**

Somit ist unerheblich, ob die Gesuchsgegnerin je über den Beizug der Gesuchstellerin als Subunternehmerin der E.\_\_\_\_\_ AG informiert wurde bzw. ob diese ihre Zustimmung zu deren Beizug erteilt hat, da ein (potentieller) Pfandanspruch der Gesuchstellerin davon unberührt bleibt.

## **E. 5**

Pfandberechtigung, Arbeitsvollendung und Fristenlauf

### **E. 5.1**

Zusammengefasste Parteistandpunkte

- 5 -

#### **E. 5.1.1**

Die Gesuchstellerin führt mit Verweis auf Arbeitsrapporte aus, dass die letzten Arbeiten am 23. November 2023 erfolgt seien. Bei sämtlichen Leistungen habe es sich um Arbeiten am Hauptvertrag bzw. um unerlässliche Handlungen für die Vervollständigung der Baustelle gehandelt (act. 1 Rz. 23 ff.; act. 3/15).

#### **E. 5.1.2**

Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass die letzten Arbeiten am 23. November 2023 stattgefunden hätten (act. 10 Rz. 10 ff.). Die vertraglich geschuldeten Gipsarbeiten seien spätestens am 10. November 2023 abgeschlossen worden (act. 10 Rz. 14). Sie verweist auf die Schlussrechnung der E.\_\_\_\_\_ AG vom 31. Oktober 2023 und bringt vor, dass im Baujournal der Bauleitung vom 10. November 2023 vermerkt sei, dass die Arbeiten nach Vertrag heute abgeschlossen seien (act. 10 Rz. 13; act. 12/3–4).

## **E. 5.2**

Rechtliches

### **E. 5.2.1**

Die Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch hat spätestens vier Monate nach Vollendung der Arbeiten zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Bauarbeiten gelten grundsätzlich dann als vollendet, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen wie der Ersatz gelieferter, aber fehlerhafter Teile oder die Behebung anderer Mängel. Geringfügige Arbeiten gelten aber dann als Vollendungsarbeiten, wenn sie unerlässlich sind; insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt. Insofern ist der Begriff der Arbeitsvollendung restriktiv auszulegen (BGer 5A\_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4; BGE 125 III 113 E. 2.b m.w.H.; OGer ZH LF180018 vom 4. Juni 2018 E. 3.4.2. und LF140087 vom 16. Dezember 2014 E. 8; vgl. auch THURNHEER, in: Geiser/Wolf [Hrsg.], Basler Kommentar, ZGB II, Rz. 29 zu Art. 839/840).

#### **E. 5.2.2**

Der Zeitpunkt der Einreichung der Schlussrechnung ist als solcher nicht alleine aussagekräftig; er stellt jedoch ein Indiz dafür dar, dass die Arbeiten dann vollendet sind (vgl. insb. Urteile des BGer 5A\_282/2016 vom 17. Januar 2017, E. 4.1 und 5A\_518/2020 vom 22. Oktober 2020 E. 3.1).

- 6 -

## **E. 5.3**

Würdigung

### **E. 5.3.1**

Zwar erscheinen die Behauptungen der Gesuchstellerin als teilweise widersprüchlich, wenn sie einerseits vorbringt, es handle sich um "Ausbesserungsarbeiten", und andererseits behauptet, es seien "Gipserarbeiten" gewesen (vgl. act. 1 Rz. 26). Ausbesserungsarbeiten stellen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine fristauslösenden Arbeiten dar, ausser sie sind für die Werkvollendung unerlässlich (vgl. vorstehend Ziff. 5.2.1). Hingegen können Gipserarbeiten fristauslösend sein und stellen pfandberechtigte Arbeiten dar. Indessen stellt die Gesuchstellerin klar, dass es sich bei sämtlichen Leistungen um unerlässliche Handlungen für die Vervollständigung der Baustelle gehandelt habe (vgl. act. 1 Rz. 28). Dass im November 2023 Arbeiten auf der streitgegenständlichen Baustelle vorgenommen wurden, anerkennt im Grundsatz auch die Gesuchsgegnerin, wenn sie vorbringt, dass die E.\_\_\_\_\_ AG im November 2023 noch gewisse Arbeiten erbracht habe (vgl. act. 10 Rz. 13). Auch ist aus den eingereichten Arbeitsrapporten ersichtlich, dass "G.\_\_\_\_\_" und "H.\_\_\_\_\_" am 23. November 2023 4 bzw. 9 1/2 Stunden gearbeitet haben (vgl. act. 3/15 S. 4 und S. 6). Diese Arbeiten sind zwar nur mit dem Vermerk "Diverse Arbeiten" beschrieben; konkrete Ausführungen zu diesen Arbeiten finden sich auch in den Vorbringen der Gesuchstellerin nicht. Indessen kann nicht ausgeschlossen werden, dass es sich bei den Arbeiten am 23. November 2023 um der Vollendung dienende und daher um fristlauslösende Arbeiten gehandelt hat. Darauf deutet auch die schriftliche Bestätigung der E.\_\_\_\_\_ AG vom

### **E. 5.3.2**

Demgegenüber lässt die Behauptung der Gesuchsgegnerin mit Verweis auf das Baujournal, dass die E.\_\_\_\_\_ AG die Arbeiten nach Vertrag am 10. November 2023 abgeschlossen habe, nicht genügend Zweifel an den Ausführungen der Gesuchstellerin im Rahmen dieses Verfahrens der vorsorglichen Eintragung aufkommen. Bei der im Baujournal erwähnten E.\_\_\_\_\_ AG handelt es sich nämlich nicht um die Gesuchstellerin, sondern um deren Bestellerin bzw. gegenüber der Gesuchsgegnerin um die Unternehmerin. Anderes lässt sich auch nicht aus der im

- 7 - Recht liegenden Schlussrechnung vom 31. Oktober 2023 ableiten, die zum einen höchstens als Indiz für den Zeitpunkt der Vollendung dienen kann, und zum anderen auch nicht von der Gesuchstellerin selbst erstellt wurde, sondern von der E.\_\_\_\_\_ AG (vgl. act. 12/3). Diese Vorbringen der Gesuchsgegnerin führen insgesamt nicht dazu, dass ausgeschlossen werden könnte oder dass es höchst unwahrscheinlich erscheint, dass die letzten Arbeiten noch am 23. November 2023 stattgefunden haben.

### **E. 5.4**

Fazit Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Rahmen dieses Verfahrens mit dem reduzierten Beweismass der Glaubhaftmachung nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Gesuchstellerin am 23. November 2023 fristauslösende Arbeiten auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin erbracht hat, zumal Gipserarbeiten pfandberechtigte Arbeiten darstellen. Daher ist der Pfandanspruch der Gesuchstellerin gegeben. 6. Pfandsumme und Verzugszinsen 6.1 Die Gesuchstellerin macht eine ausstehende Werklohnsumme von CHF 146'320.65 geltend (act. 1 Rz. 11, Rz. 31). Diese ergibt sich aus den offenen Debitoren und den entsprechenden Rechnungen (act. 3/6; act. 3/11–16). Die Pfandsumme von CHF 146'320.65 wird von der Gesuchsgegnerin nicht bestritten und ist glaubhaft. 6.2 Die Gesuchstellerin verlangt weiter Zins zu 5% seit dem 30. November 2023 ohne nähere Begründung. Die Rechnungen (act. 3/11–16) enthalten jeweils eine Zahlungsfrist von 30

Tagen, wobei für die vorläufige Eintragung einstweilen davon auszugehen ist, dass es sich dabei um Verfalltage handelt (vgl. Art. 102 Abs. 2 OR), ab welchen Verzugszinsen geschuldet sind (Art. 104 OR). Dabei kann nicht mehr Zins zugesprochen werden, als von der Gesuchstellerin begehrt wird bzw. superprovisorisch eingetragen wurde. Für diejenigen Rechnungen im Umfang von total CHF 91'103.40, bei welchen der Verfalltag vor dem 30. November 2023 lag (act. 3/11–13), ist der Zins folglich – wie bereits superprovisorisch – ab ebendiesem

- 8 - Tag zuzusprechen. Für den Betrag von CHF 7'129.20 ist Zins ab dem 24. Dezem- ber 2023 (act. 3/6, 15) und für den Betrag von CHF 48'088.05 ab dem 30. Dezem- ber 2023 geschuldet (act. 3/16; jeweiliger Verfalltag).

#### **E. 7**

Zusammenfassung Die Gesuchstellerin hat – abgesehen vom Zeitpunkt, ab welchem Verzugszinsen geschuldet sind – sämtliche Eintragungsvoraussetzungen des beantragten Bau- handwerkerpfandrechts glaubhaft gemacht. Die bereits superprovisorisch erfolgte vorläufige Eintragung ist demzufolge mit den genannten Anpassungen betreffend Verzugszinsen vorläufig zu bestätigen. Im Mehrbetrag (Zins) ist das Gesuch abzu- weisen und das Grundbuchamt anzuweisen, den Grundbucheintrag im entspre- chenden Umfang zu löschen.

#### **E. 8**

Fristansetzung zur Prosequierung Sodann ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequierungsfrist ist praxismässig 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 kosten- pflichtigen Nachverfahren behandelt. Als zureichende Gründe für eine Fristerstre- ckung gemäss Art. 144 Abs. 2 ZPO werden nur entweder die Zustimmung der Ge- genpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinde- rungsgründe anerkannt.

#### **E. 9**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

##### **E. 9.1**

Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der Gebührenverordnung des Ober- gerichts 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 146'320.65 auszugehen, wo- bei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 5'000.– festzusetzen ist.

- 9 -

##### **E. 9.2**

Über den Pfandanspruch der Gesuchstellerin ist noch nicht definitiv entschie- den. 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. 9.3**

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 5'400.– 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 12. März 2024 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 3 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 3, EGRID CH1 D.\_\_\_\_\_ -Strasse ..., C.\_\_\_\_\_, für eine Pfandsumme von – CHF 91'103.40 nebst Zins zu 5 % seit 30. November 2023; – CHF 7'129.20 nebst Zins zu 5 % seit 24. Dezember 2023; – CHF 48'088.05 nebst Zins zu 5 % seit 30. Dezember 2023; 2. Im Mehrbetrag (Zins) wird das Gesuch abgewiesen. Das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung vom 12. März 2024 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht – nach Eintritt der Rechts-

- 10 - kraft dieses Urteils – in dem über Dispositiv-Ziffer 1 hinausgehenden Umfang zu löschen. 3. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 16. Juli 2024 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. 4. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 5'000.–. Die weiteren Kosten betragen: CHF 81.15 (Rechnung Nr. ... des Grundbuchamtes C.\_\_\_\_\_ vom 14. März 2024). 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 5'400.– zu bezahlen. 7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_. 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 146'320.65.

- 11 - Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 46 Abs. 2 BGG). Zürich, 15. Mai 2024 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.