[Briefkopf Anwaltskanzlei]

Einschreiben

Bezirksgericht Winterthur

Lindstrasse 10

8400 Winterthur

[Ort], [Datum]

Gesuch um provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

[Anrede]

In Sachen

[ToLette GmbH] Gesuchstellerin

[Adresse], [Wetzikon]

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

gegen

[Himmelfahrt AG] Gesuchsgegnerin

[Adresse], [Winterthur],

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

betreffend Bauhandwerkerpfandrecht

stelle ich namens und im Auftrag der Gesuchstellerin folgende

RECHTSBEGEHREN

* 1. Das Grundbuchamt Winterthur-[…] sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin [Adresse], GBBl. […] Kataster-Nr. […], ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin für die Pfandsumme von CHF 25‘000.00 nebst 5% Zins seit 23. Februar 2016 vorläufig als Vormerkung einzutragen.
  2. Die Anweisung sei superprovisorisch zu verfügen und dem Grundbuchamt unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.
  3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

**Bemerkung 1:** Eine **Streitverkündung** (Art. 78 ff. ZPO) ist zulässig, z.B. des Grundeigentümers, der von einem Subunternehmer ins Recht gefasst wird, gegenüber dem Hauptunternehmer. Tritt der Streitverkündete für den Streitverkündenden in den Prozess ein, erfolgt kein Parteiwechsel (HGer BE HG 15 12 vom 08.06.2015; OGer ZH, 06.06.2014, ZR 2014 Nr. 52 E.3; HGer ZH HG120163 vom 06.12.2012 E. 3 f.). Die Nebenintervention (Art. 74 ZPO) ist ebenfalls zulässig.

Begründung

I. Formelles

* 1. Der Unterzeichnende ist von der Gesuchstellerin gehörig bevollmächtigt.

BO: Vollmacht vom [Datum] Beilage 1

* 1. Gemäss Art. 13 lit. b ZPO bzw. Art. 13 lit. a i.V.m Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO wird das Bauhandwerkerpfandrecht durch das Gericht am Ort des Grundstücks provisorisch eingetragen. Es ist das summarische Verfahren anwendbar (Art. 249 lit d. Ziff. 5 ZPO). Die sachliche und funktionale Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 6 ZPO (e contrario) sowie der kantonalen Gerichtsorganisation, vorliegend aus § 24 lit. c GOG/ZH. Die Gesuchstellerin hat Bauarbeiten auf dem Grundstück der Himmelfahrt AG an der [Adresse] in Winterthur geleistet. Der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur ist örtlich und sachlich zuständig.

BO: Grundbuchauszug der Liegenschaft [Adresse], GBBl. […] Kataster-Nr. […] Beilage 2

Bemerkung 2: Wo die Parteien ihren (Wohn-)**Sitz** haben, ist nicht von Belang. Der **Gerichtsstand** der Vollstreckung und der Hauptsache fallen in der Regel am forum rei sitae zusammen. Praktisch nicht von Relevanz ist die Möglichkeit, die provisorische Eintragung am vereinbarten Gerichtsstand zu verlangen (Art. 13 lit. a i.V.m. Art. 17 ZPO) – was nur möglich ist, wenn der Grundeigentümer zugleich Vertragspartei der Gerichtsstandsvereinbarung ist.Praktische Überlegungen, wie die Nähe des Gerichts zum Grundbuchamt, sprechen für den Gerichtsstand der Vollstreckung. Eine Gerichtsstandsvereinbarung bindet die Parteien grundsätzlich nicht bezüglich gesetzlicher dinglicher Ansprüche (KGer LU, 24.09.2015, LGVE I 2015 Nr. 14, mit Verweis auf die einhellige Lehre).

**Bemerkung 3:** Der **Grundbuchauszug** sollte **aktuell** sein. Eine telefonische Nachfrage beim Grundbuchamt am Tag der Eingabe ist empfehlenswert. Abzuklären ist, ob die **Eigentümerschaft** **unverändert** ist. Das Grundbuchamt darf die Auskunft nicht von der Glaubhaftmachung einer Gefährdung der Forderung abhängig machen (BGE 112 Ib 482). Bis zur (superprovisorischen) vorläufigen Eintragung können Mutationen bei der Eigentümerschaft den Anspruch auf Eintragung vereiteln.

**Bemerkung 4:** Der **Grundbucheintrag am Tag der Eintragung** des Pfandrechts ist massgeblich. Wird beispielsweise ein Grundstück mit drei Wohnhäusern nach Beendigung der Arbeiten, aber vor der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts, parzelliert, hat der Gesuchsteller, welcher für alle Wohnhäuser Leistungen erbracht hat, seine Forderung grundsätzlich nach dem Mehrwertprinzip auf die einzelnen neuen Parzellen aufzuteilen (Gesamtüberbauung; BGE 102 Ia 81 E. 2.b).

**Bemerkung 5:** Der **Rechtsnachfolger** eines Grundeigentümers ist nicht davor geschützt, den Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechts gewärtigen zu müssen, wenn im Zeitpunkt der Eigentumsübertragung nicht sämtliche möglichen Eintragungsfristen abgelaufen sind.

* 1. Der Streitwert beträgt CHF 25‘000.00 (vgl. nachfolgende Begründung).

**II. Materielles**

**Bemerkung 6:** Die **Voraussetzungen für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts** sind in den Art. 837 Abs. 1 und Art. 839 ZGB umschrieben. Danach können Handwerker und 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, für ihre Forderung ein Pfandrecht an diesem Grundstück eintragen lassen, wobei der Eintrag bis spätestens vier Monate nach Vollendung der Arbeiten zu erfolgen hat. Die Forderung muss nicht fällig sein (vgl. Art. 839 Abs. 1 ZGB) und darf nicht bereits anderweitig gesichert sein (Art. 839 Abs. 3 ZGB).

**Bemerkung 7:** Dass diese Voraussetzungen erfüllt sind, hat die Gesuchstellerin im summarischen Verfahren lediglich glaubhaft zu machen (Art. 961 Abs. 3 ZGB). An die **Glaubhaftmachung** werden **keine strengen Anforderungen** gestellt, insbesondere werden **Bestand und Umfang der Forderung** höchstens auf ihre **Plausibilität** hin geprüft; «im Zweifelsfall ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über den Bestand des Pfandrechts dem ordentlichen Richter zu überlassen» (BGE 86 I 265 E. 3, so bereits BGE 79 II 424 E. 6 und BGE 39 II 137 E. 2). Einwendungen und Einreden der Gegenpartei werden nur dann berücksichtigt, wenn die Darstellung der Gesuchstellerin dadurch nicht mehr glaubhaft oder haltlos erscheint. Es ist zu beachten, dass im summarischen Verfahren **kein doppelter Schriftenwechsel** vorgesehen ist (Art. 253 ZPO; OGer ZH LF140087 vom 16.12.2014 E. 7). Das gesamte Klagefundament ist mit dem Gesuch um provisorische Eintragung zu liefern. Einzig ein Rechtsbegehren zu stellen und Urkunden einzureichen genügt nicht; das Gesuch ist **hinreichend zu begründen** (OGer ZH PF140061 vom 30.01.2015 E. 4.b).

**Bemerkung 8:** Die Glaubhaftmachung hat grundsätzlich durch **Urkunden** zu erfolgen (Art. 254 Abs. 1 ZPO; BGE 138 III 636 = Pra 2013 Nr. 38 E. 4).

* 1. Die ToLette AG hat mit der der Geldknapp AG am 13. Oktober 2015 einen Vertrag über CHF 25‘000.00 für Sanitärleistungen auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin abgeschlossen.

**BO:** Werkvertrag vom 13.10.2015 **Beilage 3**

**Bemerkung 9:** **Pfandberechtigt** ist, wer den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechtigte Person zum Schuldner hat (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB).

Ist ein **Mieter, ein Pächter oder eine andere am Grundstück berechtigte Person** Schuldner der Forderung, so besteht der Anspruch auf Eintragung nur, wenn der Grundeigentümer seine **Zustimmung** zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat (Art. 837 Abs. 2 ZGB; so bereits BGE 116 II 677 E. 4.c). Als **andere am Grundstück berechtigte Personen** kommen beispielsweise in Frage: Der Nutzniesser, der Wohnrechtsberechtigte, der aufgrund einer Grund- oder Personaldienstbarkeit Berechtigte (Schumacher, Ergänzungsband, Rz 204 ff.).

Wer den **Grundeigentümer** zum vertraglichen Schuldner hat, ist für seine vertragliche Bauleistungen pfandberechtigt. Fehlt die Zustimmung des Grundeigentümers und damit eine vertragliche Grundlage, bleibt bei gutem Glauben des Bauunternehmers die Möglichkeit, sich auf **Art. 672 i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB analog** zu berufen; auch der **ausservertragliche Anspruch** gemäss Art. 672 Abs. 1 ZGB kann Grundlage der Pfandberechtigung sein (BGE 95 II 221 E. 3; Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 484 ff. sowie 497 ff.). Gegenstand der «angemessenen Entschädigung» nach Art. 672 Abs. 1 ZGB ist nicht nur das eingebaute Material, sondern der ganze Bauaufwand, soweit sich daraus ein Wertzuwachs für das Grundstück ergibt (BGE 95 II 221 E. 2.c; BGE 99 II 131 E. 3–9).

**Subunternehmer** haben einen **Handwerker oder einen Unternehmer zum Schuldner.** Subunternehmer sind auf allen Stufen einer Vertragskette baupfandberechtigt (BGE 95 II 87 E. 3; BGE 126 III 467 E. 3).

Vor der Gesetzesrevision per 1. Januar 2012 wurde der Anspruch beim **Mieterausbau** von drei Voraussetzungen abhängig gemacht: von der Zustimmung des Grundeigentümers, von einem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge objektiv zu bemessenden Mehrwert und von der dauerhaften Verbindung mit dem Grundstück (BGE 116 III 677 E. 4.c und d). Das Bundesgericht liess eine stillschweigende Einwilligung oder konkludente Hinnahme des Grundeigentümers genügen. Wenn der Vermieter den Anschein der Duldung erweckt habe, dürfe der Bauunternehmer gutgläubig auf seine Einwilligung schliessen (BGer 5C.208/2004 vom 12.04.2005 E. 5.1; BGer 5C.118/1999 vom 21.07.1999 E. 1.c). Bezüglich der Wertvermehrung liess das Bundesgericht zuletzt die Berechnung anhand der Forderung des Bauunternehmers genügen (BGE 126 III 505 E. 4.c). Mit Blick auf die Bestimmung der Pfandsumme nach der vertragsmässigen Vergütungsforderung in altArt. wie revArt. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht damit praktisch das Erfordernis eines objektiv zu bemessenden Mehrwerts nicht mehr (Schumacher, Bauhanwerkerpfandrecht, Rz 916). Der Mieterausbau, wie die Bestellung durch weitere am Grundstück Berechtigte, wurde mit der Revision kodifiziert, jedoch wurde einzig die Voraussetzung der Zustimmung des Grundeigentümers in den Gesetzestext übernommen. Damit dürften die weiteren Voraussetzungen gemäss bundesgerichtlicher Praxis zu altArt. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB wegfallen. Ob der gutgläubige Bauunternehmer geschützt bleibt, wenn keine ausdrückliche Zustimmung erfolgt ist, ist nicht höchstrichterlich geklärt. Der Schutzzweck des Rechtsinstituts spricht für eine solche Auslegung (vgl. Schumacher, Ergänzungsband, Rz 213 und 228 f., der sich für eine Fortgeltung des Gutglaubensschutzes gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ausspricht). Gemäss Botschaft aber wurde das Zustimmungserfordernis «eingeführt», um einen weiten Kreis von Bestellern zu erfassen; die Bauunternehmer hätten in ihrem eigenen Interesse dafür besorgt zu sein, die Zustimmung in beweisbarer Form vorlegen zu können (BBl 2007 5283, S. 5284 und 5320).

* 1. Vom 24. Oktober 2015 bis 7. Januar 2016 erbrachte die Gesuchstellerin die vertraglich vereinbarte Leistung auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin und verbaute hierbei von ihr beigebrachtes Material. Es wurden neue Armaturen und Duschzellen installiert. Es handelt sich um Fabrikate der Hersteller X und Y.

**BO:** Grundbuchauszug der Liegenschaft [Adresse], GBBl. […] Kataster-Nr. […] Beilage 2

**BO:** Werkvertrag vom 13.10.2015 Leistungsverzeichnis S. […] NPK […] **Beilage 3**

**BO:** Arbeitsrapporte der KW 44 bis 1 **Beilage 4**

**Bemerkung 10:** Pfandberechtigt sind die Leistung von «Material und Arbeit» oder «Arbeit allein» «zu Bauten oder anderen Werken auf einem Grundstück» (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Die Begriffe sind auslegungsbedürftig. Seit der Revision werden exemplifikatorisch («und dergleichen») Abbrucharbeiten, Gerüstbau und Bauarbeiten auf einem Grundstück genannt.

**«Material und Arbeit»** beinhaltet nach gefestigter Lehre und Rechtsprechung die Verwendung von Material zur Erstellung des geschuldeten Werkes oder die Herstellung von objektspezifischen Bauteilen ohne den Einbau durch den Materiallieferanten selbst; der Lieferant von nicht eigens für einen bestimmten Bau hergestellten Bauteilen ist nicht eintragungsberechtigt (BGE 136 III 6 E. 5.4; 72 II 347 S. 349 f.). Gemischte Lieferungen (vertretbaren und objektspezifischen Materials) gelten gesamthaft als Werklieferungen und geben im vollen Umfang Anspruch auf Eintragung, wenn nichts anderes vereinbart worden ist oder wenn die Ausscheidung unterblieben ist (BGE 125 III 113 2.a; 103 II 33 E. 4).

Was als **«Arbeit allein»** pfandberechtigt ist, bleibt umstritten. Vor der Revision verfolgte das Bundesgericht eine restriktive Auslegung. Gefordert waren eine «sachenrechtliche Beziehung» und eine «Verbindung mit dem Werk auf dem Grundstück». Das Baugerüst erfüllte diese Kriterien nicht (BGE 136 III 6 E. 5). Der Gerüstbau wurde neu ausdrücklich als Anwendungsfall kodifiziert, was zu einer Änderung der Auslegung durch das Bundesgericht führen wird (vgl. das obiter in BGE 136 III 6 E. 6). Schumacher definiert den Begriff der «Arbeit allein» (wie auch von «Material und Arbeit») als die physische, objektspezifische, auf das Bauvorhaben individuell abgestimmte Bauleistung eines Bauunternehmers bzw. Handwerkers (Schumacher, Ergänzungsband, Rz 141 f. i.V.m. Rz 148).

Sogenannt **intellektuelle Arbeiten** (z.B. des Architekten oder Ingenieurs) sind nicht pfandberechtigt (Schumacher, Ergänzungsband, Rz 79 m.w.H.; a.A. Streiff, Bauhandwerkerpfandrecht, S. 53 ff.; letztere Lehrmeinung wurde abgelehnt mit Urteil des OGer ZH, 17. 9.2014, ZR 2014 Nr. 80).

Die Pfandberechtigung bei **Vorliegen intellektueller und physischer Bauleistungen** ist nicht abschliessend geklärt. Nach Schumacher ist die funktionelle Einheit der intellektuellen mit den physischen Arbeiten und die ganzheitliche Qualifikation des Vertrags als Werkvertrag entscheidend; unter diesen Voraussetzungen seien auch der General- und der Totalunternehmer für ihre gesamte Forderung pfandberechtigt (Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 336 ff.; im Ergebnis stimmt die überwiegende Lehre dem zu, vgl. BSK ZGB II-Thurnherr Art. 839/840 N 4 m.w.H; Gauch, Werkvertrag, Rz 1309). Das Bundesgericht erwähnt in BGE 95 II 87 E. 3 die Möglichkeit, dass ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten eines Generalunternehmers bestellt wird.

* 1. Die Gesuchstellerin beendete ihre Arbeiten am 7. Januar 2016. An jenem Tag wurden die Armaturen montiert und poliert und die Fugen vervollständigt.

BO: Werkvertrag vom 13.10.2015 Leistungsverzeichnis S. […] NPK […] **Beilage 3**

BO: Arbeitsrapport der KW 1/16 **Beilage 4**

**Bemerkung 11:** Gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB ist das Bauhandwerkerpfandrecht spätestens 4 Monate nach **Vollendung der Bauarbeiten** im Grundbuch einzutragen. Der Begriff der Vollendung wird vom Bundesgericht teilweise restriktiv ausgelegt: «Arbeiten die geringfügig oder nebensächlich sind oder rein der Vervollkommnung dienen, vermögen den Beginn des Fristenlaufs nicht hinauszuzögern» (BGE 101 II 253); geringfügige Arbeiten gelten aber dann als Vollendungsarbeiten, wenn sie «unerlässlich und funktionell notwendig» sind (BGE 125 III 113 E. 2.b). Das Bundesgericht beurteilt Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten ([BGE 106 II 22](http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=de&type=show_document&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=&rank=0&highlight_docid=atf%3A%2F%2F106-II-22%3Ade&number_of_ranks=0&azaclir=clir#page22) E. 2.b und c m.w.H.; [BGE 102 II 206](http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=de&type=show_document&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=&rank=0&highlight_docid=atf%3A%2F%2F102-II-206%3Ade&number_of_ranks=0&azaclir=clir#page206) E. 1.b.aa; weiter Beispiele in BGE 106 II 22 E. 2; BGE 102 II 206 E. 1.b.aa; OGer ZH LF140087 vom 16.12.2014 E. 8.b). Schumacher versteht darunter die Vollendung aller geschuldeten objektspezifischen physischen Bauarbeiten, die in den Herstellungsprozess integriert sind (Schumacher, Ergänzungsband, Rz 242). Nicht zur Vollendung zählen beispielsweise: Nachbesserungsarbeiten, Reinigung und Entsorgung, Funktionskontrolle, Wartung und Unterhalt (Schumacher, Ergänzungsband, Rz 248 ff. m.w.H).

Jede «einheitliche Arbeit» löst mit deren Vollendung einen Fristenlauf aus (Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 1146). Arbeitet ein Unternehmer **aufgrund mehrerer Verträge,** so beginnt die Frist grundsätzlich für jeden Vertrag gesondert von der Vollendung der entsprechenden Arbeiten an zu laufen (BGE 76 II 134 E. 1). Sind die Arbeiten hingegen derart verknüpft, dass sie ein Ganzes bilden, läuft die Frist erst ab Abschluss der Gesamtheit der Arbeiten (BGE 106 II 123 E. 5.b und c). Erbringt der Gesuchsteller seine Leistung aufgrund mehrerer Verträge, die ökonomisch und materiell eine Einheit bilden, sind die Verträge wie ein einziger Vertrag zu behandeln. Entsprechend kann der Gesuchsteller die gesamte Forderung innerhalb von 4 Monaten nach der Vollendung der Arbeiten eintragen lassen (BGer 5D\_116/2014 vom 13.10.2014 E. 5.2.3). Bei einer sukzessiven Bestellung von Frischbeton ist beispielsweise auf die Beendigung der Lieferungen insgesamt abzustellen (BGE 104 II 348 E. II.2)

Führt ein Unternehmer **mehrere Arbeitsgattungen** aus, ist der Fristenlauf grundsätzlich getrennt je Arbeitsgattung (Schumacher, Bauhandwerkerpfandercht, Rz 1193). Einheitlich ist der Fristenlauf hingegen, wenn die mehreren Arbeitsgattungen eine funktionelle Einheit bilden oder ein Total/General-unternehmer ein Bauwerk als funktionelle Einheit erstellt (Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 1195 ff.).

Leistet ein Unternehmer Bauarbeiten für **mehrere Bauwerke auf ein- und demselben Grundstück**, so löst die Vollendung der Bauarbeiten für jedes einzelne Bauwerk einen eigenen Fristenlauf aus. Es gilt ein einheitlicher Fristbeginn, wenn die Bauwerke eine funktionelle Einheit bilden und die Bauarbeiten für die verschiedenen Bauwerke fortlaufend («in einem Zuge») erbracht wurden (BGE 125 III 113 E. 3.b; 111 II 343 E. 2.c).

Leistet ein Unternehmer Bauarbeiten für **Bauwerke auf mehreren Grundstücken**, wird je ein eigener Fristenlauf ausgelöst (BGE 102 Ia 81; z.B. Gesamtüberbauung). Nach Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 1207 gilt auch in dieser Konstellation ein einheitlicher Fristenbeginn, wenn die Bauwerke eine funktionelle Einheit bilden und die Arbeiten «in einem Zuge» ausgeführt werden (a.A. Steinauer, droits III, Rz 2890 f.; Thematik unter Willkürgesichtspunkten aufgegriffen in BGer 5A\_426/2015 vom 08.10.2015 E. 4.1).

Bei **gewöhnlichem Miteigentum** (vgl. hierzu auch nachfolgend unter III. Ergänzende Hinweise, 1. Passivlegitimation, Rz 21 f.) unterliegen die Bauarbeiten – bezüglich jedes Miteigentumsanteils – einem einheitlichen Fristenlauf (Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 1215). Analoges gilt mutatis mutandis bei Arbeiten für **gemeinschaftliche Bauteile bei Stockwerkeigentum.**

Für sämtliche Arbeiten und Materiallieferungen, die der Unternehmer zu Gunsten der einzelnen **Stockwerkeinheiten** erbracht hat, beginnt die Eintragungsfrist grundsätzlich mit dem Abschluss der Leistungen in den einzelnen von den Arbeiten betroffenen Stockwerkeinheiten zu laufen (BGE 112 II 214 E. 4). Es ist dabei nicht zwischen Standard und Sonderausbau zu unterscheiden – sofern die Leistung von ein- und demselben Unternehmer für denselben Besteller erbracht wurde (BGE 112 II 214 E. 4; Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 1223). Es sind dieselben Grundsätze zu beachten, welche bei der Belastung mehrerer Grundstücke einen getrennten oder aber einen einheitlichen Fristenlauf auslösen können (vgl. vorstehend).

* 1. Der Wert der Leistungen beläuft sich auf CHF 25‘000.00, wofür am 13. Januar 2016 Rechnung gestellt wurde mit einer Zahlungsfrist von 30 Tagen.

**BO:** Werkvertrag vom 13.10.2015, Ziffer [..] **Beilage 3**

**BO:** Rechnung vom 13.01.2016 **Beilage 5**

* 1. Die Geldknapp AG hat die Rechnung innert 30 Tagen nicht bezahlt, weshalb mit Schreiben vom 22. Februar 2016 eine Mahnung erfolgte. Damit ist Zins ab 23. Februar 2016 geschuldet (Art. 102 Abs. 1 OR). Mangels spezieller Vereinbarung bestimmt sich der Verzugszins nach Art. 104 Abs. 1 OR und beträgt 5%.

**BO:** Mahnung vom 22.02.2016. **Beilage 6**

**Bemerkung 12:** Das Bauhandwerkerpfandrecht bietet Sicherheit «für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer» (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Darin eingeschlossen sind die Verzugszinse (Art. 104 OR; Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 468 und 453). Die Verzugszinse sind zeitlich unlimitiert gesichert (BGE 121 III 445 E. 5.a). Die Regelung von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB geht Art. 794 Abs. 1 i.V.m. Art. 818 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB vor, weshalb die Verzugszinse nicht auf einen Zinssatz von 5% begrenzt sind (vgl. ZK ZGB-Dürr/Zollinger, Art. 818 N 38 m.w.H.) und im Grundbuch einzutragen sind (BSK ZGB II-Thurnherr, Art. 839/840 N 9; Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 569 und 589 f.).

* 1. Bis heute wurde die Forderung weder bezahlt noch von der Geldknapp AG, der Gesuchsgegnerin oder Dritten sichergestellt.

Bemerkung 13: Das Bauhandwerkerpfandrecht kann nicht verlangt werden, wenn für die Forderung **hinreichende Sicherheit** geleistet wurde (Art. 839 Abs. 3 ZGB), z.B. in Form einer (Bank-)Garantie, Solidarbürgschaft, durch Schuldbeitritt oder Sicherheitshinterlegung. Wird die Sicherheit während laufendem Verfahren geleistet, löst sie eine provisorische Eintragung ab. Damit die Sicherstellung hinreichend ist, müssen die Verzugszinse zeitlich unbegrenzt sichergestellt werden (BGE 121 III 445 E. 5.a mit Verweis auf Art. 818 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB), was in der Praxis problematisch ist (Bürgschaft und Sicherheitshinterlegung sind bspw. nicht flexibel). Möglich ist natürlich eine Vereinbarung der Parteien z.B. auf eine Kapitalisierung der Verzugszinsen (z.B. für 10 Jahre) im Sinne einer Maximalhypothek. Die praktischen Vorteile einer Sicherheitsleistung (keine weiteren Kosten des Eintragungsverfahrens, kein Ausfallrisiko in der Pfandverwertung) werden in der Regel eine Beschränkung des Zinslaufs überwiegen.

Bei der Bestellung einer Sicherheit ist darauf zu achten, klar zu formulieren, welcher Art die Sicherstellung ist. Es gibt drei Arten zu unterscheiden. Am einfachsten zu handhaben ist die Erklärung einer **definitiven Sicherstellung**. Dann bleibt nur noch der Forderungsprozess zu führen. Eine Sicherstellung kann vorläufig erklärt werden, in dem Sinne, dass sie wie eine provisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts wirken soll. Diese **provisorische Sicherstellung** löst das Verfahren der provisorischen Eintragung ab. Wird eine solche provisorische Sicherheit **vor dem summarischen Verfahren** bestellt, sollte mit der Sicherstellung eine Klagefrist verbunden werden. Wird die vorläufige Sicherheit **während des summarischen Verfahrens** bestellt, wird das Verfahren beendet und setzt das Gericht Frist zur Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit an. Es bleibt – analog dem Verfahren auf definitive Eintragung – im Prozess abzuklären, für welchen Betrag die Sicherstellung haftet (BGE 110 II 34 E. 1.b). Schliesslich kann die provisorische Sicherheit derart bestellt werden, dass der Grundeigentümer sich **Einreden und Einwendungen** im summarischen Verfahren gegen die vorläufige Bestellung der Sicherheit **vorbehält**. In diesem Fall ist das summarische Verfahren zu durchlaufen bzw. fortzusetzen, mit dem Unterschied, dass die provisorische Eintragung des Pfandrechts durch die provisorische Sicherstellung ersetzt wird, sofern die vorläufig angebotene Sicherheit hinreichend ist (zum Ganzen: Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 1303 ff.).

Im Prozess auf **definitive Bestellung der Sicherheit** ist dem Handelsgericht Zürich zufolge die Person passivlegitimiert, welche die Sicherheit geleistet hat – welche nicht mit dem Grundeigentümer identisch sein muss (HGer ZH HE140120 vom 24.07.2014 E. 7). Nach Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz 1306 ist der Grundeigentümer, der die Sicherheit geleistet hat bzw. für welchen die Sicherheit geleistet wurde, ins Recht zu fassen; bei einer Rechtsnachfolge des Grundeigentümers bleibt die Passivlegitimation unverändert.

* 1. Abschliessend ersuche ich um Gutheissung des Begehrens unter Kostenfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin und Zusprechung einer angemessenen Parteientschädigung an die Gesuchstellerin.

Mit freundlichen Grüssen

[Unterschrift des Rechtsanwaltes der Gesuchstellerin]

[Name des Rechtsanwaltes der Gesuchstellerin]

im Doppel

Beilage: Beweismittelverzeichnis im Doppel mit den Urkunden im Doppel