

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE170325-O

U/jo

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

## Urteil vom 23. Oktober 2017

in Sachen

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

gegen

**B.\_\_\_\_\_ Genossenschaft für ...,**  
Gesuchsgegnerin

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

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1)

- "1. Es sei das Grundbuchamt ...-Winterthur richterlich anzuweisen, auf der im Eigentum der Gesuchsgegnerin stehenden Liegenschaft Grundblatt Nr. 1 (selbständiges und dauerndes Baurecht), Plan Nr. 20, Kataster Nr. 2, C. \_\_\_\_\_-Strasse ... und ..., ... Winterthur, zugunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB im Betrag von CHF 360672.65 zuzüglich Zins zu 5% aus Fr. 9'229.70 seit 05.05.2017, Zins zu 5% seit 12.05.2017 aus Fr. 9'755.70 sowie zins zu 5% seit 19.05.2017 aus Fr. 8161.60 und Zins zu 5 % seit 26.5.2017 aus Fr. 9'525.65 zu Gunsten der Gesuchstellerin vorläufig vorzumerken.
2. Die Eintragung sei ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin zu verfügen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gesuchsgegnerin."

**Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 30. August 2017 (Datum Poststempel) stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich das vorstehend aufgeführte Begehren (act. 1). Mit Verfügung vom 1. September 2017 wurde das Grundbuchamt ...-Winterthur 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 25. September 2017 hat die Gesuchstellerin ihre Stellungnahme erstattet (act. 8). Der Gesuchstellerin wurde daraufhin mit Verfügung vom 26. September 2017 der Aktenschluss angezeigt und es wurde ihr Frist zur freigestellten Stellungnahme angesetzt (act. 11). Die Stellungnahme der Gesuchstellerin erging am 2. Oktober 2017 (act. 13). Diese Eingabe wurde der Gesuchsgegnerin am 9. Oktober 2017 zugestellt (Prot. S. 7). Die Gesuchstellerin hat dazu nicht Stellung genommen.

## 2. Parteistandpunkte

2.1. Die Gesuchstellerin macht geltend, auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin im Auftrag der D.\_\_\_\_\_ AG / ... Küchen Küchenabdeckungen nach Mass hergestellt, geliefert und montiert zu haben. Die Arbeiten seien ausgeführt und der Auftraggeberin in Rechnung gestellt worden. Die Rechnungen im Gesamtbetrag von CHF 36'672.65 seien nicht beglichen worden, dies trotz telefonischer Aufforderung. Die letzten Arbeiten hätten je nach Wohneinheit zwischen dem 5. und dem 26. Mai 2017 stattgefunden (act. 1 S. 2 ff.).

2.2. Die Gesuchsgegnerin hält dagegen fest, die Küchenabdeckungen seien für jede Küche einzeln bestellt worden und als Liefertermin seien der 24. und 25. April 2017 aufgeführt worden. Die pauschale Behauptung die Lieferung sei erst später erfolgt, genüge nicht, um die Einhaltung der Viermonatsfrist zu belegen. Ebenfalls nicht ausgewiesen seien die Verzugszinsen, zumal auf den eingereichten Rechnungen eine Zahlungsfrist von 60 Tagen festgehalten sei. Ein früheres Inverzugsetzen der D.\_\_\_\_\_ AG bzw. E.\_\_\_\_\_ AG sei nicht belegt (act. 8 Rz. 3 f.).

## 3. Wahrung der Eintragungsvoraussetzungen

3.1. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes für Forderungen von Handwerkern und Unternehmern, die zu Bauten oder anderen Werken auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Ein Anspruch besteht auch für reine Materiallieferungen, allerdings nur, wenn der Baustoff für das betreffende einzelne Bauwerk aufgrund einer individuellen Bestellung eigens hergestellt wird. 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 (siehe BGE 92 II 227; RAINER SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, N 299 ff. und 869 ff.). Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollen- dung der Arbeiten zu geschehen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Massgebend sind dieje- nigen Arbeiten, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, wobei geringfügige oder nebensächliche Arbeiten, die rein der Vervollkommnung dienen sowie Aus-

besserungsarbeiten, wie etwa die Mängelbehebung nicht entscheidend sind (CHRISTOPH THURNHERR, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 5. Aufl., Basel 2015, N 29 zu Art. 839/840 ZGB m.w.H.; vgl. dazu auch SCHUMACHER, a.a.O., N 1101 ff.).

Geht es wie hier lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechtes, so muss die Klägerin 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 namentlich bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 86 I 270; BGE 102 Ia 86; BGE 112 Ib 484, DIETER ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht 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.).

3.2. Dass die Gesuchstellerin auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin pfandberechtigte Arbeiten ausgeführt hatte wurde nicht bestritten. Ebenso wurde - abgesehen von den Zinsen - nicht bestritten, dass die Restforderung der Gesuchstellerin im geltend gemachten Umfang besteht. Diese wird von der Gesuchstellerin auch schlüssig dargestellt und durch Rechnungen belegt (act. 2/5-31).

Hingegen bestreitet die Gesuchsgegnerin die rechtzeitige Eintragung des Pfandrechts (act. 8 Rz. 3). Tatsächlich ergibt sich aus den Bestellungen, dass als Liefertermine der 24. und 25. April 2017 vereinbart worden sind (act. 2/4). Allerdings legt die Gesuchstellerin schlüssig dar, dass die Montage erst ab dem 5. Mai 2017 erfolgt ist (act. 1 S. 2 ff.). Dies ergibt sich auch aus den zahlreichen Rechnungen der Gesuchstellerin, welche jeweils kurz nach den entsprechenden Terminen gestellt worden sind. Da zudem gerichtsnotorisch ist, dass es bei Grossbauten zu Verzögerungen im Terminplan kommen kann, kann der pauschale Verweis auf die Bestellung durch die D.\_\_\_\_\_ AG die Darstellung der Gesuchstellerin nicht erschüttern. Auch legt die Gesuchsgegnerin nicht hinreichend dar, dass entgegen der soweit glaubhaften Ausführung der Gesuchstellerin Lieferscheine

auch bei Baumontagen ausgestellt würden. Damit erscheint glaubhaft, dass die relevanten Arbeiten ab dem 5. Mai 2017 erfolgt sind, womit der Eintrag am 1. September 2017 rechtzeitig ist. Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob die mit der Eingabe vom 2. Oktober 2017 eingereichte Bestätigung (act. 13) noch zu berücksichtigen wäre.

Zutreffend ist der Einwand der Beklagten bezüglich des Beginns des Zinsenlaufs (act. 8 Rz. 4). Sowohl aus den Bestellungen (act. 2/4) als auch aus den Rechnungen (act. 2/5-31) ergibt sich eine Zahlungsfrist von 60 Tagen. Damit kann die D. \_\_\_\_\_ AG bzw. die E. \_\_\_\_\_ AG erst nach Ablauf dieser Frist in Verzug geraten sein. Angesichts der Tatsache, dass über die E. \_\_\_\_\_ AG mittlerweile der Konkurs eröffnet worden ist, erscheint die Behauptung der Gesuchstellerin, telefonisch die Rechnungen gemahnt zu haben, gerade noch als genügend, um eine Mahnung glaubhaft zu machen. Damit ist nach Ablauf der 60-tägigen Zahlungsfrist ein Zins von 5% einzutragen. Der darüber hinausgehende einstweilen eingetragene Zinsenlauf ist aus dem Grundbuch zu streichen.

#### 4. Prosequierungsfrist

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, wobei allfällige Gerichtsferien bei der Fristansetzung berücksichtigt werden. 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.

#### 5. 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 36'672.65 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 2'500.– 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 2'000.– zuzusprechen.

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

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt ...-Winterthur wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 1. September 2017 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 3 einzuleitenden Prozesses  
auf Grundstück (Baurecht) Kat. Nr. 2, GBBl. 1,  
C.\_\_\_\_\_-Str. ... und ..., ... Winterthur,  
für eine Pfandsumme von CHF 36'672.65 nebst Zins zu 5 %
  - auf CHF 9'229.70 seit **8. Juli 2017**
  - auf CHF 9'755.70 seit **15. Juli 2017**
  - auf CHF 8'161.60 seit **22. Juli 2017**
  - auf CHF 9'525.65 seit **29. Juli 2017**.

2. Im Mehrbetrag (Beginn Zinsenlauf) wird das Begehren abgewiesen.
3. Der Gesuchstellerin wird – auch unter Berücksichtigung allfälliger Gerichtsferien – eine Frist bis 18. Januar 2018 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 2'500.–.  
Die weiteren Kosten betragen: CHF 60.– (Rechnung Nr. 161419.01 des Grundbuchamtes ...-Winterthur vom 8. September 2017).
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 2'000.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Grundbuchamt ...-Winterthur.
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 36'672.65.

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

Zürich, 23. Oktober 2017

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler