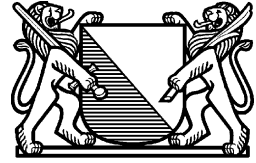


# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE140187-O

U/mb

Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, sowie Gerichtsschreiberin Claudia Feier

## Urteil vom 3. Juli 2014

in Sachen

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

Klägerin

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation,**

Beklagte

vertreten durch Konkursamt Pfäffikon,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1)

" Das Grundbuchamt ... sei im Sinne von Art. 961 ZGB (sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei einstweilen anzuweisen, zugunsten des Gesuchstellers und zulasten des Grundstücks des Gesuchsgegners ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBI Blatt ..., ...strasse für eine Pfandsumme von Fr. 48'719.40 nebst Zins zu 6.5 % seit 28.3.14."

**Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

1. Die Klägerin reichte am 5. Juni 2014 hierorts ein Gesuch um superprovisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ein (act. 1). Mit Verfügung vom 5. Juni 2014 wurde dem Gesuch (ausser in Bezug auf die Höhe des Verzugszinseszinses) entsprochen und die Eintragung des verlangten Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandsumme von CHF 48'719.40 nebst Zins zu 5 % seit 28. März 2014 einstweilen angeordnet. Gleichzeitig wurde der Beklagten Frist zur Stellungnahme zum klägerischen Begehren angesetzt (act. 4). Mit Eingabe vom 12. Juni 2014 teilte das Konkursamt Pfäffikon mit, dass über die Beklagte am 4. Juni 2014 der Konkurs eröffnet worden sei und ersuchte um Verfahrenseinstellung gemäss Art. 207 SchKG. Gleichzeitig wies das Konkursamt darauf hin, dass es C.\_\_\_\_\_, Delegierter des Verwaltungsrates der Beklagten, beauftragt und bevollmächtigt habe, zum klägerischen Begehren Stellung zu nehmen (act. 10). Das Sistierungsgesuch wurde am 13. Juni 2014 abgewiesen (act. 11). Die Stellungnahme von C.\_\_\_\_\_, zum Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts datiert vom 26. Juni 2014 (act. 13, act. 14/1-2). Die Stellungnahme wurde der Klägerin zugestellt (Prot. S. 5). Am 2. Juli 2014 reichte die Klägerin unaufgefordert eine Stellungnahme ein, worin sie an ihrem Begehren festhielt (act. 15).

2. Es ist unstrittig, dass die Beklagte die Klägerin beauftragt hat, die Überbauung ... auf dem Grundstück der Beklagten Kat. Nr. ..., GBBI Blatt ... in ... zu erstellen, welche acht Einfamilienhäuser (G1, G2, F, E, A, B, C und D) umfasste.

Dass die Klägerin die geschuldeten Arbeiten korrekt erbracht und in Rechnung gestellt hat, ist ebenfalls unstrittig.

In ihrem Begehren macht die Klägerin ausstehenden Werklohn in Bezug auf das Haus D geltend. Die Beklagte habe den entsprechenden Teil der Schlussabrechnung sowie notwendige oder von der Klägerin gewünschte Mehrarbeiten nicht bezahlt. Das Begehren erachtet sie als fristgerecht, da die letzten Arbeiten am Haus D am 4. Februar 2014 bzw. 5. Februar 2014 in Form von Ausmauerarbeiten ausgeführt worden seien. Zudem sei am 20. Februar 2014 die Gerüstdemontage erfolgt (act. 2).

Die Beklagte bestreitet die Höhe der Pfandsumme. Die Aufteilung der ausstehenden Zahlung sei zu summarisch. Es sei nicht ersichtlich wo die Arbeitsleistungen erbracht worden seien. Zudem bestreitet sie die Wahrung der Eintragsfrist, da die Baumeisterarbeiten bereits vor den von der Klägerin geltend gemachten Terminen abgeschlossen worden seien. Einzelne kleinere Arbeiten wie z.B. das Schliessen von Aussparungen und Leitungsschlitzten sowie die Demontage von Gerüsten sei nicht fristrelevant (act. 13).

3. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts für Forderungen von Handwerkern und Unternehmern, die zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks (siehe BGE 92 II 227; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N 869 ff.). Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu geschehen (Art. 839 Abs. 2 ZGB).

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; ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 101(1982) II Halbband S. 158, ZR 79 Nr. 80 Erw. 1; SCHUMACHER, a.a.O., Rz. 1394 ff.).

3.1. Die Verwirkungsfrist beginnt nach "Vollendung der Arbeit" zu laufen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Die Begriffe "Vollendung" und "Arbeit" sind auslegungsfähig und werden in Lehre und Rechtsprechung denn auch unterschiedlich ausgelegt. Zum Teil stellt sich das Bundesgericht auf den Standpunkt, dass geringfügige oder nebensächliche Arbeiten sowie Arbeiten, die rein der Vervollkommnung dienen, keine Vollendungsarbeiten im Sinne des Art. 839 Abs. 2 ZGB darstellen und deshalb nicht erst den Beginn der Verwirkungsfrist auszulösen vermögen. In anderen Entscheidungen führt das Bundesgericht aus, die Frist beginne erst zu laufen, wenn sämtliche vertraglich geschuldeten Leistungen erbracht wurden (siehe dazu: SCHUMACHER, a.a.O., Rz. 1100 ff.).

Ausmauerarbeiten, wie z.B. das von der Beklagten erwähnte Schliessen von Aussparungen und Leitungsschlitzten, sind entgegen der Ansicht der Beklagten einerseits im Rahmen des vorliegenden Werkvertrages geschuldete Leistungen und andererseits stellen sie auch keine nebensächlichen Arbeiten dar. Dass solche Arbeiten am 4. Februar 2014 bzw. 5. Februar 2014 vorgenommen wurden, bestreitet die Beklagte nicht. Auch bei der Gerüstdemontage handelt es sich zumindest um vertraglich geschuldete Arbeiten. Dass die Gerüstdemontage am 20. Februar 2014 erfolgte, bestreitet die Beklagte wiederum nicht. Da demnach am 4. Februar 2014 bzw. 5. Februar und am 20. Februar 2014 Vollendungsarbeiten ausgeführt wurden, ist die Eintragsfrist gewahrt.

3.2. Der Anspruch des Unternehmers auf Grundpfandsicherung besteht für die Forderungen auf Vergütung der Bauarbeiten (SCHUMACHER, a.a.O., Rz. 552).

Die Beklagte bestreitet nicht, dass neben den im Werkvertrag definierten Leistungen von ihr zu vergütende Mehraufwände entstanden sind. Sie bestreitet auch

nicht, dass noch offene Forderungen bestehen, insbesondere die Schlussabrechnung in Bezug auf das Haus D nicht beglichen und der Werklohn für die das Haus D betreffenden Regiearbeiten nicht bezahlt wurde. Sie macht lediglich geltend, aus den Beilagen sei nicht ersichtlich, welcher Betrag davon auf die Arbeiten am Haus D entfielen (act. 13). Aus den klägerischen Unterlagen ergibt sich, dass die Werkvertragssumme für alle acht Häuser CHF 1'750'000.– betrug (act. 3/11). Für das Haus D geht die Klägerin daher von einer Werkvertragssumme von CHF 218'750.– (entspricht einem Achtel) aus. Den geltend gemachten Mehraufwand in Bezug auf das Haus D belegt die Klägerin mit einer Schlussrechnung, welche sich explizit auf das "Objekt D" bezieht (act. 3/6) und mit mehreren Regierapporten und Rechnungen (act. 3/7). So ergibt sich ein Aufwand von gesamthaft CHF 251'219.40. Die bereits geleisteten Akontozahlungen hat die Klägerin ebenfalls mit entsprechenden Rechnungen belegt und auf die Häuser aufgeteilt, so dass auf das Haus D eine Akontozahlung von total CHF 202'500.– entfällt (act. 3/4). Die Differenz entspricht den eingeklagten CHF 48'719.40. Nach den von der Klägerin eingereichten Unterlagen ist es demnach nicht völlig ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich, dass die offene Werklohnforderung betreffend das Haus D noch CHF 48'719.40 beträgt. Die Beklagte hat auch nicht näher ausgeführt, inwiefern der geltend gemachte Betrag nicht das Haus D betreffe. Da an die Glaubhaftmachung der Pfandsumme, wie erwähnt, keine hohen Anforderungen zu stellen sind, reichen die von der Klägerin eingereichten Unterlagen zur Glaubhaftmachung der geltend gemachten Pfandsumme aus.

3.3. Die pfandberechtigte Forderung erhöht sich um Verzugszinse ohne zeitliche Beschränkung ab Verzug des Schuldners (Art. 102 Abs. 1 und 2 OR; BGE 121 III 445 E. 5a). Die Klägerin macht einen Verzugszins von 6.5 % seit 28. März 2014 geltend (act. 1). Wie bereits in der Verfügung vom 5. Juni 2014 ausgeführt, hat sie jedoch weder begründet noch belegt, woraus sie einen Anspruch auf einen Verzugszins von 6.5 % ableitet, weshalb vom gesetzlichen Verzugszins von 5 % auszugehen ist (Art. 104 Abs. 1 OR). Der geltend gemachte Beginn des Verzugszinsenlaufes wurde nicht bestritten, weshalb davon auszugehen ist.

3.4. Die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zugunsten der Klägerin und zulasten des Grundstücks der Beklagten auf der Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ..., ... [Adresse] ist demnach für eine Pfandsomme CHF 48'719.40 nebst Zins zu 5 % seit 28. März 2014 zu bestätigen.

4. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens (berechnet in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 und § 8 Abs. 1 GebV OG) sind einstweilen von der Klägerin zu beziehen. Vorbehalten bleibt die endgültige Festsetzung und Verteilung der Prozesskosten in einem allfälligen ordentlichen Verfahren über die definitive Eintragung. Für den Fall, dass es nicht zu einem ordentlichen Verfahren kommt, sind ihr die Kosten endgültig aufzuerlegen. Mangels eines entsprechenden Antrages ist der Beklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen.

5. Über die Beklagte wurde am 4. Juni 2014 der Konkurs eröffnet. Die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts erfolgte am 5. Juni 2014 (act. 4). Dies ist zulässig (SCHUMACHER, a.a.O., Rz. 1704). Ein solches Bauhandwerkerpfandrecht besitzt im Konkursverfahren den gleichen Wert wie ein vor Konkurseröffnung im Grundbuch (provisorisch oder definitiv) eingetragenes Bauhandwerkerpfandrecht. Nach Lehre und Rechtsprechung ist auch ein Bauhandwerkerpfandrecht, das erst vorläufig im Grundbuch eingetragen ist, zur Aufnahme in das Lastenverzeichnis fähig. Für die Zwangsverwertung des Grundstücks und damit auch für die Zwangsverwertung des Bauhandwerkerpfandrechts ist es nicht erforderlich, dass es noch definitiv im Grundbuch eingetragen wird. Unter der (resolutiven) Bedingung, dass es im rechtskräftigen Lastenverzeichnis eingetragen ist, wird es im konkreten Konkursverfahren genau gleich wie ein definitiv eingetragenes Baupfandrecht behandelt und ist insoweit gleichwertig mit einem definitiven Baupfandrecht. Der Prozess um die definitive Eintragung im Grundbuch wird durch das Lastenbereinigungsverfahren ersetzt, das die Rechte aller am Konkursverfahren beteiligten Personen wahrt. Dies wird damit begründet, dass die Behandlung eines Anspruchs im Lastenbereinigungs- oder Kollokationsverfahren auch zu einer gerichtlichen Beurteilung des materiellen Anspruchs führen kann (SCHUMACHER, a.a.O., Rz. 1697 f., m.w.H.). Prozessual ist zu beachten, dass für die Dauer des Konkursverfahrens die ordentlichen Zivilgerichte nicht mehr zu-

ständig sind, um eine Klage auf definitiven Grundbucheintrag eines Baupfandrechts zu beurteilen und einen definitiven Grundbucheintrag beim Grundbuchamt anzumelden (SCHUMACHER, a.a.O., Rz. 1701). Heisst das Gericht das Begehren um vorläufige Eintragung gut, so ist von einer Fristansetzung an den Baupfandgläubiger zur Klage auf definitive Eintragung abzusehen; stattdessen hat das Gericht die Konkursverwaltung aufzufordern, es gegebenenfalls über die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230/230a SchKG) oder über einen Widerruf des Konkurses (Art. 195/196 SchKG) zu informieren. Tritt einer dieser beiden Fälle ein, setzt das Gericht dem Baupfandgläubiger nachträglich Frist zur Klage im ordentlichen Verfahren an. Die Durchführung des Konkursverfahren hingegen berührt das für die vorläufige Eintragung zuständige Gericht nicht mehr (HIERHOLZER, Basler Kommentar, SchKG II, 2. Aufl., 2010, N. 26 zu Art. 247 SchKG).

Vor diesem Hintergrund ist vorliegend von der Ansetzung einer Klagefrist für die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts abzusehen. Stattdessen ist das Konkursamt Pfäffikon aufzufordern, das Gericht über eine allfällige Einstellung des Konkurses mangels Aktiven oder über einen Widerruf des Konkurses zu informieren. Sollte einer dieser Fälle eintreten, wäre die Frist zur Klage auf definitive Eintragung nachträglich anzusetzen.

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

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt ... wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 5. Juni 2014 bis zur rechtskräftigen Erledigung eines allfälligen Prozesses im Sinne von Dispositiv Ziffer 2 auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ...,  
... [Adresse],  
für eine Pfandsomme von CHF 48'719.40 nebst Zins zu 5 % seit 28. März 2014.

2. Von der Ansetzung einer Frist zur Anhebung einer Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Beklagte wird im heutigen Zeitpunkt abgesehen. Eine entsprechende Frist wird erst angesetzt, wenn der Konkurs über die Beklagte mangels Aktiven eingestellt oder der Konkurs widerrufen wird.
3. Das Konkursamt Pfäffikon wird aufgefordert, das Handelsgericht des Kantons Zürich über eine allfällige Einstellung des Konkurses über die Beklagte mangels Aktiven oder über einen Widerruf des Konkurses über die Beklagte umgehend schriftlich in Kenntnis zu setzen.
4. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 1'800.–.  
Die weiteren Kosten betragen: CHF 56.– (Rechnung Nr. ... des Grundbuchamtes ... vom 10. Juni 2014).
5. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 4 werden von der Klägerin bezogen. Für den Fall, dass es nicht zu einem ordentlichen Verfahren über die definitive Eintragung kommt, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.
6. Der Beklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 15, sowie an das Grundbuchamt ....
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 48'719.40.

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



Zürich, 3. Juli 2014

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Claudia Feier