

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE190204-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie Gerichtsschreiber  
Christian Markutt

## Urteil vom 9. Juli 2019

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG ... [Ortschaft],**

Gesuchstellerin

gegen

**B.\_\_\_\_\_ (Switzerland) GmbH,**

Gesuchsgegnerin

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

"Das Grundbuchamt C. \_\_\_\_\_ 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. 1, GBB1 2 D. \_\_\_\_\_-Strasse ..., C. \_\_\_\_\_, für die Pfandsumme von Fr. 64'391.55 nebst Zins zu 5% seit 28.04.2019. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchsgegners."

**Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

1. Prozessverlauf

Am 5. Juni 2019 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin hierorts das Gesuch mit obigem Rechtsbegehren ein (act. 1-3). Mit Verfügung vom 7. Juni 2019 wurde dem Gesuch einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen (lediglich teilweise bzgl. Zins) und das Grundbuchamt ...-Zürich wurde angewiesen, das beantragte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin – unter Androhung der Säumnisfolgen – Frist angesetzt, um eine Stellungnahme einzureichen (act. 4). Obschon die Verfügung vom 7. Juni 2019 der Gesuchsgegnerin offensichtlich zugestellt werden konnte (vgl. act. 6/2), hat diese innert Frist keine Stellungnahme eingereicht.

2. Formelles

Mit Verfügung vom 7. Juni 2019 wurde der Gesuchsgegnerin Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt (Art. 253 ZPO). Im vorliegenden summarischen Verfahren ist nach einmaliger Anhörung kein zweiter Schriftenwechsel oder eine mündliche Hauptverhandlung vorgesehen. Nachdem die Gesuchsgegnerin auf eine Stellungnahme verzichtet hat, liegt Aktenschluss vor und es ist androhungsgemäss aufgrund der Akten zu entscheiden (BGE 144 III 117 E. 2.2.).

Nachdem (i) die Gesuchsgegnerin ihren Sitz in Zürich hat, (ii) die geschäftliche Tätigkeit mindestens der Gesuchstellerin (Stahl- und Metallbauten) betroffen ist, (iii) beide Parteien im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind (act. 3/9-

10) und (iv) der Streitwert CHF 30'000.– übersteigt, ist das Handelsgericht des Kantons Zürich (Einzelgericht) gemäss Art. 6 Abs. 2 und 5 ZPO sowie Art. 13 und 31 ZPO i.V.m. § 45 lit. b GOG *örtlich* und *sachlich* zuständig.

### 3. Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

#### 3.1. Unbestrittener Sachverhalt

Unter Berücksichtigung der Eingabe der Gesuchstellerin (act. 1 und 2) und der eingereichten Unterlagen (act. 3/1-13) erscheint Folgendes als glaubhaft bzw. ist unbestritten geblieben:

- Die Gesuchstellerin wurde von der schwedischen Firma E.\_\_\_\_\_ AB Ende November 2018 beauftragt, für den Bau eines ... Center auf dem Grundstück D.\_\_\_\_\_ -Strasse ..., ... C.\_\_\_\_\_, welches im Eigentum der Gesuchgegnerin steht, verschiedene *objektbezogene* Blechlieferungen zu machen (act. 2 S. 1).
- Es wurde zwischen der Gesuchstellerin und E.\_\_\_\_\_ AB abgemacht, dass jeweils kurzfristig entschieden werde, welche Bleche vermessen und geliefert würden. Damit die Bleche in den unterschiedlichen richtigen Grössen geliefert werden konnten, mussten jeweils Konstrukteure [der Gesuchstellerin] für die entsprechenden Messungen auf die Baustelle. Nach der Ausmessung erfolgte zuerst eine Mitteilung über den Preis sowie den voraussichtlichen Liefertermin per Offerte oder Auftragsbestätigung durch die Gesuchstellerin. Später – teilweise nach bereits erfolgter Lieferung – wurden die Auftragsbestätigungen noch als "purchase order" von E.\_\_\_\_\_ AB schriftlich bestätigt (act. 2 S. 1).
- Die Gesamtforderung von CHF 64'391.55 setzt sich zusammen aus fünf Rechnungen:
  - Rechnung 19-0089 über CHF 35'390.45 (Lieferungen 14. Februar 2019 bis 27. März 2019) (act. 2 S. 2; act. 3/1)
  - Rechnung 19-0068 über CHF 13'486.– (Lieferungen 20./27. Februar 2019) (act. 2 S. 2; act. 3/2)

- Rechnung 19-0130 von CHF 10'915.20 (Lieferung vom 5. April 2019) (act. 2 S. 2; act. 3/3)
  - Rechnung 19-0136 von CHF 3'791.05 (Lieferung vom 17. April 2019) (act. 2 S. 2; act. 3/4)
  - Rechnung 19-0135 von CHF 808.85 (Lieferung vom 2. April 2019) (act. 2 S. 2; act. 3/5)
- Die entsprechenden Bleche sind von der Gesuchstellerin *individuell* und *auf Mass für das vorliegende Bauprojekt* hergestellt worden.
- Die *letzte Lieferung* ist am 14. April 2019 erfolgt (act. 1 S. 3; act. 3/12). Der letzte Zahlungseingang von E. \_\_\_\_\_ AB erfolgte am 27. März 2019 für eine Rechnung vom 11. Februar 2019. Gemäss Rechnungen wurde jeweils eine Zahlungsfrist von 30 Tagen netto eingeräumt (act. 1 S. 1). In der Folge wurde die Forderung von der Gesuchstellerin per Telefon und E-Mail geltend gemacht (act. 1 S. 1; act. 3/7).

### 3.2. Rechtliches

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes 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 Bauhandwerkerpfandrechtes richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstückes, auch wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind. 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).

Reine Materiallieferungen ohne Bauarbeiten, d.h. Sachlieferungen von vertretbaren Baumaterialien wie Kies, Sand, Zement, Ziegel, Backsteine, usw., sind grundsätzlich nicht baupfandberechtigt (CHK ZGB-SCHUMACHER, 3. Aufl. 2016, Art. 837 N. 11). Immerhin besteht eine Baupfandberechtigung, wenn das hergestellte bzw.

gelieferte Material (welches von einem Dritten in das Bauwerk eingebaut wird) das Merkmal der *Individualität* aufweist. D.h. das Material wurde nach einzelfallbezogenen Weisungen (z.B. Plänen oder Baubeschrieben, Rezepturen für Transportbeton oder Strassenasphalt) hergestellt und auf das einzelne konkrete Bauwerk individuell abgestimmt. Bei solchem "Material" kann es sich um ganze Bauteile wie Fassadenelemente oder Fenster und Türen handeln. Unter anderem ist auf das Kriterium der "schweren Wiederverwendbarkeit" abzustellen, welches vorliegt, wenn Material spezifisch auf die besonderen Bedürfnisse und Anforderungen eines bestimmten Bauwerks ausgelegt sowie hergestellt wurde und für andere Bauten überhaupt nicht oder nur schwer verwendet werden könnte (BGE 86 I 270 E. 3; BGE 136 III 6 E. 5.4; BGE 103 II 33 E. 3; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl. 2011, N. 146 f.; ZR 104 [2010] Nr. 66 S. 268 ff. = BR 2011 S. 71 mit Anm. von SCHUMACHER; BSK ZGB II-THURNHERR, 5. Aufl. 2015, Art. 839/840 N. 6 m.w.H.).

Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechtes, so muss die Gesuchstellerin 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. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 86 I 265 E. 3; BGE 137 III 563 E. 3.3; BGE 102 Ia 86; BGE 112 Ib 484; Urteil des Bundesgerichts 5A\_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1394 ff. bzw. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl., 2011, N. 609 ff.; ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 101(1982) II Halbband S. 158, ZR 79 [1980] Nr. 80 S. 152 E. 1).

### 3.3. Würdigung

Aufgrund der glaubhaft gemachten Darstellungen bzw. des unbestritten gebliebenen Sachverhalts hat sich erwiesen, dass die Gesuchstellerin für Arbeiten auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin Bleche im Wert von gesamthaft CHF 64'391.55 geliefert hat. Da es sich bei den eigens angefertigten und gelieferten Blechen um individuell angefertigtes "Material" im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB handelt, welches in das Bauwerk integriert wird, liegt zusammengefasst eine *pfandberechtigte Leistung* vor. Mit der letzten pfandberechtigten Lieferung datierend vom 14. April 2019 und der vorläufigen Eintragung im Grundbuch per 7. Juni 2019 (act. 7) wurde die Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB ohne Weiteres eingehalten. Schliesslich hat die Gesuchstellerin weiter dargetan, dass die geltend gemachte Vergütungsforderung von gesamthaft CHF 64'391.55 (=Pfandsumme) trotz Mahnung unbezahlt geblieben ist. Wie bereits mit Verfügung vom 7. Juni 2019 festgestellt, ist der Zins allerdings lediglich teilweise ausgewiesen (5 % Zins auf CHF 48'876.45 seit 28. April 2019; 5 % Zins auf CHF 15'515.10 seit 6. Juni 2019). Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ ist daher als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB zu bestätigen.

### 4. Prosequierung

Sodann ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 5A\_82/2016 vom 16. August 2017 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 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 64'391.55 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 3'360.– 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 4'150.– zuzusprechen.

### **Das Einzelgericht erkennt:**

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt ...-Zürich wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 7. Juni 2019 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBI. 2, EGRID CH...,  
D.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_,  
für eine Pfandsumme von CHF 64'391.55 nebst Zins zu 5 % auf

CHF 48'876.45 seit 28. April 2019 sowie Zins zu 5 % auf CHF 15'515.10 seit 6. Juni 2019.

2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 9. September 2019 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.
3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 3'360.–.  
Allfällige weitere Kosten (insbesondere Rechnung des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 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 2 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.
5. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 2 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 4'150.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Grundbuchamt ...-Zürich.
7. 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 64'391.55.

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

Zürich, 9. Juli 2019

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Christian Markutt