

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE170201-O

U/dz

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, sowie  
Gerichtsschreiberin Adrienne Hennemann

## Urteil vom 7. September 2017

in Sachen

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

gegen

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

vertreten durch Konkursamt Niederglatt,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

### **Rechtsbegehren:**

(act. 1A)

" Das Grundbuchamt C. \_\_\_\_\_ sei im Sinne von Art. 961 ZGB sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei einstweilen anzuweisen, zugunsten des Gesuchstellerin uns zulasten des Grundstücks des Gesuchsgegnerin ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen. Dies auf der Liegenschaft Kat. Nr. 1, Gbbl 1 ... [Adresse] und für eine Pfandsumme von CHF 30'588.20 zuzüglich Zins seit dem 1. Juni 2017, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

### **Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

#### 1. Prozessuales

Die Gesuchstellerin reichte am 16. Juni 2017 (Datum Eingang) hierorts ein Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ein (act. 1A und 1B). Mit Verfügung vom 16. Juni 2017 wurde die Eintragung des verlangten Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandsumme von CHF 30'588.20 einstweilen angeordnet und der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 3). Unter dem 10. Juli 2017 reichte die Gesuchsgegnerin die Gesuchsantwort ein (act. 11). Mit Verfügung vom 11. Juli 2017 wurde der Gesuchstellerin Frist zur freiwilligen Stellungnahme angesetzt (act. 13), die innert erstreckter Frist einging (act. 15 und 17). Mit Verfügung vom 23. August 2017 wurde die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin zugestellt, die sich nicht mehr vernehmen liess (act. 19).

#### 2. Sachverhalt

##### 2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Gesuchsgegnerin bestreitet nicht, dass Umbauarbeiten in der Wohnung an der ... [Adresse] ausgeführt worden sind, die Fertigstellung der Wohnung am 20. Mai 2017 erfolgt ist und die Gesuchstellerin die Handwerker bezahlt hat (act. 1A S. 1; act. 11 S. 3).

##### 2.2. Parteistandpunkte

2.2.1. Die Gesuchstellerin stellt sich auf den Standpunkt, im Rahmen des bevorstehenden Verkaufs der Liegenschaft an der ... [Adresse] mündlich beauftragt worden zu sein, als Generalunternehmerin dringende Umbau- und Renovationsarbeiten (Maurer - Plattenleger, Maler Küchenbauer, Elektriker-, Sanitärarbeiten) an der Liegenschaft vorzunehmen. Da sich die Gesuchsgegnerin in Nachlassstundung befunden habe und grosse Liquiditätsschwierigkeiten gehabt habe, sei es entgegen den Erwartungen nicht möglich gewesen, die Sanierungs- und Renovationsarbeiten aus den laufenden Erträgen zu finanzieren. Umgekehrt sei es aber absolut notwendig gewesen, diese Arbeiten im Hinblick auf den bevorstehenden Verkauf zu realisieren, da die Gefahr bestanden habe, dass der damalige Kaufinteressent abgesprungen wäre. In diesem Zusammenhang habe sich die Gesuchstellerin quasi bereit erklärt, als Generalunternehmer in Vorleistung zu gehen. Dies hätte dann im Rahmen des geplanten, aber geplatzten Verkaufs der Liegenschaft bezahlt werden sollen. Der Sachwalter sei über die Umbauarbeiten informiert gewesen (act. 1A S. 1).

2.2.2. Die Gesuchsgegnerin hält dagegen, der Sachwalter habe die Gesuchstellerin zu keiner Zeit beauftragt, Umbau- oder Renovationsarbeiten an der Liegenschaft in D.\_\_\_\_\_ vorzunehmen (act. 11 S. 2). Vielmehr sollten die damaligen Umbaukosten direkt mit dem Erwerber geregelt werden (act. 11 S. 3). Zudem habe die Gesuchstellerin selbst keine Arbeiten ausgeführt, sondern die Handwerker gemäss eigener Aussage lediglich bezahlt (act. 11 S. 3). Ausserdem stehe im öffentlich beurkundeten Vorvertrag vom 24. März 2017, dass die Liegenschaft im aktuellen Zustand (wie gesehen) ohne verkäuferseitige Instandstellungsarbeiten vom Käufer übernommen werde (act. 11 S. 4; act. 12/7). Die Gesuchsgegnerin habe sich zu keinem Zeitpunkt in irgendeiner Art und Weise an die Gesuchstellerin gewandt, so dass sich diese "quasi" hätte bereit erklären können, als Generalunternehmerin in Vorleistung zu gehen. Gemäss E-Mail von E.\_\_\_\_\_ vom 7. April 2017 sei denn auch festgehalten worden, dass "alles bezahlt sei und keine Forderungen mehr kämen" (act. 11 S. 4; act. 12/4).

### 3. Rechtliches

#### 3.1. Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

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, auch wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind (siehe BGE 92 II 227; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., 2008, N 869 ff.). Intellektuelle Arbeitsleistungen sind nach wie vor nicht pfandberechtigt. Bilden sie jedoch mit den physischen Arbeitsleistungen eine funktionelle Gesamtleistung, sind sie ebenfalls pfandberechtigt. Die Vergütungsansprüche der General- und Totalunternehmer sind daher vollumfänglich pfandberechtigt (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband, a.a.O., N 79; SCHUMACHER, in: Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Sachenrecht, 3. Auflage, Zürich 2016; vgl. auch BGE 136 III 6 E. 5.3; a. A. BERCHTOLD, Zur Revisionsbedürftigkeit des Bauhandwerkerpfandrechts, Zürcher Studien zum Privatrecht, Diss. Zürich 2008, S. 90; ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR NF 101, 1982 II 95). Der Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts besteht zugunsten der Unternehmer auch für diejenigen Arbeiten, die sie an Subunternehmer weitergegeben haben. Nach der Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Zürich profitieren jedoch Unternehmer, welche die Ausführung sämtlicher vertraglich vereinbarter Leistungen an Dritte übertragen und damit selbst keinerlei Leistungen "im Zusammenhang mit der Erstellung des geschuldeten Werks" erbringen, nicht vom Pfandschutz (THURNHERR, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. Auflage, Basel 2015, Art. 839/840 Rz. 3; ZR 2014 Nr. 80, 273; anders noch ZR 1980 Nr. 80, 153).

Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vervollendung der Arbeiten zu geschehen und darf nur erfolgen, wenn die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist (Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB). Da bis zur rechtskräftigen gerichtlichen Feststellung von Pfandberechtigung und Pfandsumme in der Regel mehr als vier Monate vergehen, ist zum Schutz der Handwerker und Unternehmer die vorläufige Eintragung eines Bau-

handwerkerpfandrechts vorgesehen. Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO obliegt es dem Handwerker oder Unternehmer als gesuchstellender Partei, seinen Pfandanspruch sowie dessen Gefährdung durch den drohenden Ablauf der Verwirkungsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB und damit auch die zeitliche Dringlichkeit glaubhaft zu machen, worüber das Gericht im summarischen Verfahren zu entscheiden hat (Art. 961 ZGB; Art. 248 lit. d sowie Art. 249 lit. d Ziff. 5 und 11 ZPO). Unter der "besonderen Dringlichkeit" ist insbesondere die zeitliche Dringlichkeit zu verstehen. Dieses Kriterium ist bereits erfüllt, wenn der baldige Ablauf der gesetzlichen (nicht erstreckbaren) Verwirkungsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB bevorsteht und deshalb der rasche Verlust des Pfandanspruchs droht (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl., N 593, N 599).

Geht es wie hier lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, 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 Pfandrechts darf nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfalle ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen bzw. die aufgrund einer superprovisorischen Verfügung bereits erfolgte vorläufige Eintragung zu bestätigen und der Entscheid über die Berechtigung des Baupfandrechts dem Hauptprozess betreffend definitive Eintragung zu überlassen (BGE 86 I 265 E. 3; BGE 102 Ia 81 E. 2.b.bb; BGE 112 Ib 482 E. 3.b; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N 1394 ff.).

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die von der Klägerin behaupteten, für einen Pfandanspruch erforderlichen Tatsachen glaubhaft gemacht sind.

## 3.2. Pfandsumme

### 3.2.1. Pfandberechtigung

Bei den geleisteten Arbeiten handelt es sich um pfandberechtigte Forderungen i.S.v. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Von der Gesuchsgegnerin wird denn auch nicht bestritten, dass diese Leistungen erbracht worden sind. Soweit sich die Gesuchsgegnerin auf den Standpunkt stellt, die Gesuchstellerin habe als Generalunternehmerin gar keine eigenen Leistungen erbracht und gemäss eigener Aussage die Handwerker lediglich bezahlt, so trifft dieses Zitat nicht zu. Die Gesuchstellerin hat ausgeführt, dass sie als Generalunternehmerin tätig gewesen sei und sämtliche Handwerker bezahlt habe (act. 1A S. 1). Damit vermag die Gesuchstellerin zumindest glaubhaft zu machen, dass sie als Generalunternehmerin Leistungen "im Zusammenhang mit der Erstellung des geschuldeten Werks" erbracht hat.

### 3.2.2. Vorliegen eines Vertragsverhältnisses

Die Gesuchsgegnerin bestreitet das Vorliegen eines mündlichen Generalunternehmervertrags hinsichtlich der Wohnung, d.h. das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses, woraus sich die Berechtigung zur Geltendmachung eines Bauhandwerkerpfandrechts ableitet.

Die Gesuchstellerin führt aus, sie sei mit den dringenden Umbau- und Renovationsarbeiten beauftragt worden. Über die genaueren Umstände (wann, wo, wie) schweigt sie sich zwar aus. Sie erwähnt auch nicht explizit, von der Gesuchsgegnerin bzw. dem Sachwalter damit beauftragt worden zu sein (act. 1A S. 1). Auch ihre Ausführungen, die Gesuchstellerin habe sich "quasi" bereit erklärt, als Generalunternehmerin in Vorleistung zu gehen, bleiben unscharf. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass trotz der Klausel des Vorvertrags, abgeschlossen am 24. März 2017, "Die Liegenschaft (vgl. Grundstückbeschreibung, Ziff. II) wird im aktuellen Zustand (wie gesehen) ohne verkäuferseitige Instandstellungsarbeiten vom Käufer übernommen" (vgl. act. 12/7 Ziff. 6; auch Ziff. 4 im Anhang zum Vorvertrag) eine mündliche Vereinbarung zwischen den Parteien über die Renovation der besagten Wohnung stattgefunden hat. Es ist unbestritten, dass der Sachwalter Kenntnis

vom Umbau hatte (act. 11 S. 4). Gestützt auf die E-Mails vom 8. März 2017 (Zusendung der Fotos; act. 2/7) und 7. April 2017 (Zusendung der Schlussrechnung; act. 2/6) erscheint nicht ausgeschlossen, dass ein Generalunternehmervertrag zwischen den Parteien vereinbart worden ist. Zwar schrieb E.\_\_\_\_\_ am 7. April 2017 dem Sachwalter "In der Beilage erhalten Sie gemäss Ihrem Wunsche noch die offenen Belege zu meinem Mail vom 08.03.2017. Es sind dies die Schlussrechnung für den Umbau in D.\_\_\_\_\_ Wohnung F.\_\_\_\_\_ mit der Bestätigung, dass alles bezahlt ist und keine Forderungen mehr kommen" (act. 2/6). Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass kein Vertrag vereinbart worden sein soll, insbesondere vor dem Hintergrund, dass gleichzeitig die Schlussrechnung gestellt worden ist. Vielmehr kann es sich auch einfach um eine Bestätigung handeln, dass nicht mit Forderungen (und entsprechenden Bauhandwerkerpfandrechten) der Subunternehmer zu rechnen sei.

### 3.2.3. Pfandsumme und Verzugszins

Aus den eingereichten Belegen ist unklar, wie die Gesuchstellerin auf die Pfandsumme von CHF 30'588.20 kommt. Ihre Ausführungen hierzu sind äusserst dürftig, verweist sie doch lediglich auf die Rechnungen 1 bis 4 (act. 1A mit Hinweis auf act. 2/1-4). Da die Gesuchsgegnerin die Höhe der Pfandsumme indes nicht bestreitet (act. 11 S. 3) und die Addierung der Rechnungen 1 bis 4 einen Betrag von CHF 31'995.20 ergibt, steht es der Gesuchstellerin mit Blick auf die Dispositionsmaxime frei, einen tieferen Betrag geltend zu machen, weshalb von einer Pfandsumme von CHF 30'588.20 auszugehen ist. Der verlangte Verzugszins wurde nicht bestritten, weshalb von den diesbezüglichen Angaben der Gesuchstellerin auszugehen ist (vgl. act. 1A S. 2).

### 3.3. Wahrung der Eintragungsfrist

Die Gesuchsgegnerin bestreitet nicht, dass am 20. Mai 2017 noch Arbeiten ausgeführt worden sind. Damit erweist sich die bereits superprovisorisch am 16. Juni 2017 verfügte Eintragung im Grundbuch als innert der viermonatigen Verwirkungsfrist vorgenommen.

### 3.4. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die bereits superprovisorisch erfolgte Eintragung im Umfang von CHF 30'588.20 zzgl. 5 % Zins seit 1. Juni 2017 zu bestätigen ist.

### 4. Prozessfortgang

Über die Gesuchsgegnerin wurde am 27. April 2017 der Konkurs eröffnet (act. 12/1). Die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts wurde am 16. Juni 2017 verfügt (act. 3). Nach Lehre und Rechtsprechung ist 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, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Rz. 1697 f., m.w.H., ins. RZ. 1704 f.). Es ist davon auszugehen, dass Baupfandrechte, die erst nach der Konkurseröffnung im Grundbuch eingetragen worden sind, bereits vor Ablauf der Eingabefrist (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) dem Konkursamt bekannt geworden sind, sei es durch die Anmeldung der grundpfandgesicherten Forderung durch den Pfandgläubiger oder sei es spätestens aus dem aktuellen Grundbuchauszug, den das Konkursamt unmittelbar vor Erstellung des Lastenverzeichnisses beizuziehen hat (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., Rz. 1706).

Prozessual ist zu beachten, dass für die Dauer des Konkursverfahrens die ordentlichen Zivilgerichte nicht mehr zuständig sind, um eine Klage auf definitiven

Grundbucheintrag eines Baupfandrechts zu beurteilen und einen definitiven Grundbucheintrag beim Grundbuchamt anzumelden (SCHUMACHER, a.a.O., Rz. 1698). 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 Konkursverfahrens hingegen berührt das für die vorläufige Eintragung zuständige Gericht nicht mehr (HIERHOLZER, Basler Kommentar, SchKG II, 2. Aufl., 2010, Art. 247 N 26).

Demnach ist vorliegend von der Ansetzung einer Klagefrist für die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts abzusehen. Stattdessen ist das Konkursamt Niederglatt bzw. das Notariatsinspektorat des Kantons Zürich 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. Andernfalls erfolgt die Beurteilung im Konkursverfahren.

##### 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss sind die Kosten des vorliegenden Verfahrens von CHF 3'000.– (berechnet in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG) der Gesuchgegnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Die Gesuchstellerin hat keinen Anwalt beigezogen. Somit hat sie nur in begründeten Fällen Anspruch auf eine Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO). Die Gesuchstellerin unterlässt es, darzulegen, inwiefern ein solch begründeter Fall vorliegen sollte. Damit ist ihr keine Umtriebsentschädigung 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 16. Juni 2017 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBI. 1,  
... [Adresse],  
für eine Pfandsumme von CHF 30'588.20 nebst Zins zu 5 % seit 1. Juni 2017.
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 Niederglatt bzw. das Notariatsinspektorat des Kantons Zürich wird aufgefordert, das Handelsgericht des Kantons Zürich über eine allfällige Einstellung des Konkurses über die Gesuchsgegnerin mangels Aktiven oder über einen Widerruf des Konkurses über die Gesuchsgegnerin umgehend schriftlich in Kenntnis zu setzen.
4. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 3'000.–.  
Die weiteren Kosten betragen: CHF 59.– (Rechnung Nr. .... des Grundbuchamtes C.\_\_\_\_\_ vom 21. Juni 2017).
5. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 4 werden der Gesuchsgegnerin auferlegt.
6. Es wird keine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie 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 30'588.20.

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

Zürich, 7. September 2017

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Adrienne Hennemann