

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE200307-O

U/mk

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

## Urteil vom 14. September 2020

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ Immobilien AG,**

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2 f.)

- "1. Es sei das Grundbuchamt C. \_\_\_\_\_ anzuweisen
- zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin, Grundbuch Fällanden, D. \_\_\_\_\_-strasse ..., Grundbuch Blatt Nr. 1, EGRID Nr. 2, Stockwerkeigentum (14/100 Miteigentum am Grundstück Blatt Nr. 3, Kataster Nr. 4, EGRID Nr. 5) ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin für die Pfandsumme von CHF 4'917.39 plus Zins von 5% seit dem 23.10.2019.
  - zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin, Grundbuch Fällanden, D. \_\_\_\_\_-strasse ..., Grundbuch Blatt Nr. 6, EGRID Nr. 7, Stockwerkeigentum (15/100 Miteigentum am Grundstück Blatt Nr. 3, Kataster Nr. 4, EGRID Nr. 5) ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin für die Pfandsumme von CHF 5'268.39 plus Zins von 5% seit dem 23.10.2019.
  - zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin, Grundbuch Fällanden, D. \_\_\_\_\_-strasse ..., Grundbuch Blatt Nr. 8, EGRID Nr. 9, Stockwerkeigentum (7/100 Miteigentum am Grundstück Blatt Nr. 3, Kataster Nr. 4, EGRID Nr. 5) ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin für die Pfandsumme von CHF 2'458.69 plus Zins von 5% seit dem 23.10.2019.
  - zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin, Grundbuch Fällanden D. \_\_\_\_\_-strasse ..., Grundbuch Blatt Nr. 10, EGRID Nr. 11, Stockwerkeigentum (8/100 Miteigentum am Grundstück Blatt Nr. 3, Kataster Nr. 4, EGRID Nr. 5) ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin für die Pfandsumme von CHF 2'809.94 plus Zins von 5% seit dem 23.10.2019.
  - zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin, Grundbuch Fällanden, D. \_\_\_\_\_-strasse ..., Grundbuch Blatt Nr. Nr. 12, EGRID Nr. 13, Stockwerkeigentum (8/100 Miteigentum am Grundstück Blatt Nr. 3, Kataster Nr. 4, EGRID Nr. 5) ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin für die Pfandsumme von CHF 2'809.94 plus Zins von 5% seit dem 23.10.2019.
  - zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin, Grundbuch Fällanden, D. \_\_\_\_\_-strasse ..., Grundbuch Blatt Nr. 14, EGRID Nr. 5, Stockwerkeigentum (6/100 Miteigentum am Grundstück Blatt Nr. 3, Kataster Nr. 4, EGRID Nr. 5) ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstel-

lerin für die Pfandsumme von CHF 2'107.45 plus Zins von 5% seit dem 23.10.2019.

- zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin, Grundbuch Fällanden, D. \_\_\_\_\_-strasse ..., Grundbuch Blatt Nr. 15, EGRID Nr. 16, Stockwerkeigentum (21/100 Miteigentum am Grundstück Blatt Nr. 3, Kataster Nr. 4, EGRID Nr. 5) ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin für die Pfandsumme von CHF 7'376.09 plus Zins von 5% seit dem 23.10.2019.
- zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin, Grundbuch Fällanden, D. \_\_\_\_\_-strasse ..., Grundbuch Blatt Nr. 17, EGRID Nr. 5, Stockwerkeigentum (21/100 Miteigentum am Grundstück Blatt Nr. 3, Kataster Nr. 4, EGRID Nr. 5) ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin für die Pfandsumme von CHF 7'376.09 plus Zins von 5% seit dem 23.10.2019.

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."

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

#### 1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 31. Juli 2020 (Datum Poststempel) stellte die Gesuchstellerin das obgenannte Gesuch um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (act. 1). Mit Verfügung vom 4. August 2020 wurde das Gesuch ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin einstweilen gutgeheissen (act. 4). Innert angesetzter Frist nahm die Gesuchsgegnerin zum Gesuch Stellung (act. 11). Die Stellungnahme wurde der Gesuchstellerin zugestellt (Prot. S. 5). Die Gesuchstellerin liess sich nicht mehr vernehmen.

#### 2. Voraussetzungen

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts für die Forderungen der Handwerker oder Un-

ternehmer, 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 Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks, auch wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind.

Die Eintragung des Pfandrechts ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Die Eintragung im Grundbuch muss innert dieser Frist tatsächlich erfolgt sein, wobei die vorläufige Eintragung in Gestalt einer Vormerkung ausreicht (BGE 126 III 462 E. 2c)aa); BGE 119 II 429 E. 3a). Die Frist ist eingehalten, wenn die Anmeldung der Eintragung vor Ablauf der Frist im Tagebuch eingeschrieben ist; die spätere Eintragung im Hauptbuch des Grundbuches wird auf den Zeitpunkt der Tagebucheintragung zurückbezogen (Art. 972 Abs. 2 ZGB; TURNHERR, in: GEISER/WOLF [Hrsg.], Basler Kommentar, ZGB II, 6. A., 2019, Art. 839/840 N 31). Es genügt nicht, die Eintragung innert Frist nur zu verlangen (BGE 126 III 462 E. 2c)aa); BGE 119 II 429 E. 3a m.H.). Nach unbenutztem Ablauf der Frist ist der Anspruch auf das Bauhandwerkerpfandrecht verwirkt (TURNHERR, a.a.O., Art. 839/840 N 29; BGE 126 III 462 E. 2c)aa)).

Die Eintragsfrist berechnet sich nach Art. 77 Abs. 1 Ziffer 3 i.V.m. Abs. 2 OR. Demnach endet die Frist an demjenigen Tag des letzten Monats, der durch seine Zahl dem Tag der Arbeitsvollendung entspricht (um Mitternacht) (TURNHERR, a.a.O., Art. 839/840 N 31a).

### 3. Rechtzeitige Eintragung

3.1. Die Gesuchstellerin führt aus, ihre letzten Arbeiten im August/September 2019 ausgeführt zu haben. Danach sei ein Baustopp erfolgt, nachdem die Bauherrin (E. \_\_\_\_\_ GmbH) verkauft worden sei. Im Januar 2020 habe der Architekt mitgeteilt, seit dem Verkauf der Bauherrin nichts mehr zum Bauprojekt gehört zu haben. Mahnungen der Gesuchstellerin bzw. deren Rechtsvertreter seien ohne Reaktion geblieben. Im Februar 2020 sei die Gesuchstellerin von einem baldigen

Verkauf der Liegenschaft und einer Wiederaufnahme der Arbeiten ausgegangen. Mitte April 2020 habe sie von einem Bekannten erfahren, dass die Bauarbeiten wieder aufgenommen worden seien, wobei auf sie niemand zugekommen sei. Seit Mitte April 2020 habe die Gesuchstellerin damit rechnen müssen, die Arbeiten nicht vollenden zu können. Dementsprechend sei die Frist gewahrt (act. 1 Rz. 23 ff.).

Die Gesuchsgegnerin macht geltend, die Gesuchstellerin habe spätestens im Dezember 2019 gewusst, dass sie ihre weiteren werkvertraglichen Arbeiten nicht mehr ausführen müsse. Damals habe sie in einem Schreiben an die Eigentümerschaft einzig den Werklohn gefordert, ohne sich für einen Zeitplan der Bauausführung zu interessieren. Sie habe weiter am 3. Februar 2020 gewusst, dass ihre Vertragspartnerin kein gültiges Domizil mehr habe, was wie die Einleitung von Inkassomassnahmen, bis zur Konkursandrohung, für eine Vertragsbeendigung spreche. Ausserdem habe die Gesuchstellerin im Januar 2020 erfahren, dass die Liegenschaft verkauft werden wird. Da Werkverträge beim Verkauf nicht übergehen, habe sie auch daraus schliessen müssen, dass sie keine Arbeiten mehr leisten könne. Insbesondere sei aus der der Gesuchstellerin vorgelegenen Vollmacht hervorgegangen, dass diese nicht zur Übertragung der Werkverträge ermächtige (act. 11 Rz. 24 ff. und Rz. 43 ff.).

3.2. Die Gesuchstellerin stützt sich für die Berechnung der Viermonatsfrist auf SCHUMACHER. Dieser hält fest, die Frist beginne in Anlehnung an Art. 839 Abs. 2 ZGB zu laufen, wenn der Unternehmer erstmals mit Sicherheit erkannt habe, keine Bauarbeiten mehr leisten zu müssen (RAINER SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, N 1120). Das Bundesgericht hat den vorliegenden Fall so noch nicht entschieden. Immerhin hat es entschieden, dass bei einem Entzug des Werkvertrages nicht das Datum der letzten Arbeiten sondern vielmehr dasjenige der Kündigung massgebend sei. Dasselbe gelte, wenn der Auftragnehmer die Fortsetzung der Arbeiten verweigere und vom Vertrag zurücktrete (BGE 120 II 389 E. 1a).

3.3. Grundsätzlich ist dem Entscheid des Bundesgerichts zu folgen: Wenn der Unternehmer die unvollendeten Arbeiten vorübergehend einstellt bzw. einstellen

muss, kann er grundsätzlich davon ausgehen, dass er diese wieder aufnehmen und vollenden kann. Die Frist beginnt dann mit der Vollendung der Arbeiten zu laufen. Wird der Vertrag später aufgelöst bzw. hat er keine Arbeiten mehr zu leisten, soll die Eintragsfrist nicht durch den ungewissen Zustand faktisch verkürzt werden. Allerdings kann der Unternehmer nicht in jedem Fall auf eine formelle Kündigung des Werkvertrages warten. Vielmehr genügt für den Beginn der Viermonatsfrist, dass der Unternehmer davon ausgehen muss, dass er keine Arbeiten mehr leisten muss. Etwas anderes macht faktisch auch die Gesuchstellerin nicht geltend, zumal sie nicht behauptet, der Vertrag sei formell aufgelöst worden. Somit bleibt zu prüfen, ob die Frist erst mit der Arbeit durch einen anderen Unternehmer oder - wie die Beklagte behauptet - bereits aufgrund früherer Umstände zu laufen begonnen hat.

Vorab ist dazu zu bemerken, dass keine der Parteien eine formelle Beendigung des Werkvertrages geltend macht. Eine solche kommt für die Fristauslösung folglich nicht in Frage. Einen definitiven Charakter hat sodann - wie die Gesuchstellerin geltend macht - die Tatsache, dass ein anderer Unternehmer die von ihr begonnenen Arbeiten weiterführt. Vorliegend bestanden allerdings bereits vor diesem Zeitpunkt klare Indizien, aus welchen die Gesuchstellerin herleiten konnte, dass ihre Tätigkeit auf der Liegenschaft der Gesuchsgegnerin beendet ist.

Irrelevant ist dabei das Datum der letzten Arbeiten. Auch wenn aufgrund der Ausführungen der Gesuchstellerin und der eingereichten Urkunden nicht klar wird, von welcher Seite die Einstellung der Arbeiten letztlich ausgegangen ist, so kann dies mit Verweis auf die obigen Erwägungen nicht mehr als einen Schwebezustand darstellen. Allerdings ist auf die weiteren Vorkommnisse seit dem 4. September 2019 zu verweisen. So macht die Gesuchstellerin geltend, bis im Januar 2020, also rund vier Monate nach dem Unterbruch, nichts mehr über den weiteren Verlauf gehört zu haben (act. 1 Rz. 24). Damals habe ihr die Bauleitung mitgeteilt, selbst ebenfalls keine Informationen erhalten zu haben (act. 3/41). Anfragen bei der Bauherrschaft direkt sind nicht beantwortet worden (act. 1 Rz. 25). Dies lege bereits die Vermutung nahe, dass keine weiteren Arbeiten geleistet werden können. Weiter habe sie im Februar 2020 gewusst, dass die Liegenschaft verkauft

werden soll (act. 1 Rz. 27). Die - bereits damals anwaltlich vertretene - Gesuchstellerin musste wissen oder zumindest davon ausgehen, dass ein Verkauf ihren Werkvertrag nicht tangiert, sie also mit einer neuen Eigentümerschaft nicht in einem Vertragsverhältnis stehen wird. Auch dies ist ein klares Indiz dafür, dass die Arbeiten beendet sind.

Sodann ist auf die Inkassobemühungen der Gesuchstellerin hinzuweisen. Diese hat die Bauherrin mit Schreiben vom 10. September 2019 gemahnt und gleichzeitig die Betreibung angedroht (act. 3/11). Sodann hat ihr damaliger Rechtsvertreter die Bauherrin am 17. Dezember 2019 angeschrieben, wobei das Schreiben offenbar nicht zugestellt werden konnte (act. 3/12+13). Auch der neue Inhaber der Bauherrin wurde sodann angeschrieben (act. 3/14), wobei unklar ist, weshalb nach dem an der Adresse der Gesellschaft nicht zustellbaren Schreiben rund eineinhalb Monate mit einem erneuten Kontaktversuch zugewartet wurde. Auf keines dieser Schreiben erfolgte eine Reaktion. Dass die Gesuchstellerin von der Bauherrin hingehalten worden wäre, oder sie aufgrund deren Verhalten mit einer Weiterführung des Auftrags hätte rechnen dürfen, macht sie selbst nicht substantiiert geltend und wird aus den Akten nicht ersichtlich. Der pauschale Hinweis auf eine eigene Vermutung (act. 1 Rz. 27) kann dafür nicht genügen.

Wann genau die Gesuchstellerin aufgrund der konkreten Umstände davon ausgehen musste, dass sie keine Arbeiten mehr zu leisten hat, kann offen gelassen werden. Jedenfalls musste die Gesuchstellerin spätestens im Februar 2020, als sie vom geplanten Verkauf der Liegenschaft und der damit verbundenen vertragslosen Situation mit der (neuen) Eigentümerschaft erfahren hat, davon ausgehen, dass sie keine Arbeiten mehr leisten können wird. Gerade weil sie während mehr als vier Monaten keine Rückmeldung der Bauherrschaft erhalten hat, diese - was der Gesuchstellerin ebenfalls bekannt war - postalisch nicht mehr erreichbar war und selbst die Bauleitung keine Kenntnis von der Weiterführung der Arbeiten hatte, durfte sie nicht auf eine Weiterbeschäftigung vertrauen. Somit ist die Frist für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts spätestens im Juni 2020 abgelaufen.

Die vorläufige Eintragung der Pfandrechte erfolgte erst am 4. August 2020 und damit verspätet. Der Anspruch ist folglich verwirkt und das Begehren ist vollumfänglich abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Gesuchstellerin vollumfänglich Kosten- und Entschädigungspflichtig.

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 35'123.98 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 2'200.– festzusetzen ist.

Der Gesuchsgegnerin ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 9 AnwGebV eine Parteientschädigung von CHF 2'800.– zuzusprechen. Mangels Darlegung der fehlenden Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die Parteientschädigung praxisgemäss ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 25. Mai 2016, 4A\_552/2015 E. 4.5).

**Das Einzelgericht erkennt:**

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, die aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 4. August 2020 vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen  
  
auf Liegenschaft GBBI. Nr. 1, EGRID Nr. 2 (14/100 Miteigentum an GBBI. Nr. 3, Kat.Nr. Nr. 4, EGRID Nr. 5),  
D.\_\_\_\_\_ -str. ..., Fällanden,

für eine Pfandsumme von CHF 4'917.39 nebst Zins zu 5% seit 23. Oktober 2019,

auf Liegenschaft GBBI. Nr. 6, EGRID Nr. 7 (15/100 Miteigentum an GBBI. Nr. 3, Kat. Nr. 4, EGRID Nr. 5,

D. \_\_\_\_\_-str. ..., Fällanden,

für eine Pfandsumme von CHF 5'268.39 nebst Zins zu 5% seit 23. Oktober 2019,

auf Liegenschaft GBBI. Nr. 8, EGRID Nr. 9 (7/100 Miteigentum an GBBI. Nr. 3, Kat. Nr. 4, EGRID Nr. 5),

D. \_\_\_\_\_-str. ..., Fällanden,

für eine Pfandsumme von CHF 2'458.69 nebst Zins zu 5% seit 23. Oktober 2019,

auf Liegenschaft GBBI. Nr. 10, EGRID Nr. 11 (8/100 Miteigentum an GBBI. Nr. 3, Kat. Nr. 4, EGRID Nr. 5),

D. \_\_\_\_\_-str. ..., Fällanden,

für eine Pfandsumme von CHF 2'809.94 nebst Zins zu 5% seit 23. Oktober 2019,

auf Liegenschaft GBBI. Nr. 12, EGRID Nr. 13 (8/100 Miteigentum an GBBI. Nr. 3, Kat. Nr. 4, EGRID Nr. 5),

D. \_\_\_\_\_-str. ..., Fällanden,

für eine Pfandsumme von CHF 2'809.94 nebst Zins zu 5% seit 23. Oktober 2019,

auf Liegenschaft GBBI. Nr. 14, EGRID Nr. 18 (6/100 Miteigentum an GBBI. Nr. 3, Kat. Nr. 4, EGRID Nr. 5),

D. \_\_\_\_\_-str. ..., Fällanden,

für eine Pfandsumme von CHF 2'107.45 nebst Zins zu 5% seit 23. Oktober 2019,

auf Liegenschaft GBBI. Nr. 15, EGRID Nr. 16 (21/100 Miteigentum an GBBI. Nr. 3, Kat. Nr. 4, EGRID Nr. 5),

D.\_\_\_\_\_-str. ..., Fällanden,

für eine Pfandsumme von CHF 7'376.09 nebst Zins zu 5% seit 23. Oktober 2019,

auf Liegenschaft GBBI. Nr. 17, EGRID Nr. 19 (21/100 Miteigentum an GBBI. Nr. 3, Kat. Nr. 4, EGRID Nr. 5),

D.\_\_\_\_\_-str. ..., Fällanden,

für eine Pfandsumme von CHF 7'376.09 nebst Zins zu 5% seit 23. Oktober 2019.

3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 2'200.–.  
Die weiteren Kosten betragen CHF 405.– (Rechnung Nr. 188137.01 des Grundbuchamtes C.\_\_\_\_ vom 5. August 2020).
4. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteient-schädigung von CHF 2'800.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_.
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 Be-schwerde 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 35'123.98.

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

Zürich, 14. September 2020

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler