

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE180278-O

U/dz

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

Verfügung und Urteil vom 5. Oktober 2018

in Sachen

A._____ GmbH,

Gesuchstellerin

gegen

B._____ -Genossenschaft Zürich,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1A S. 2)

Das Grundbuchamt C._____, ... [Adresse] (Fax ...) sei im Sinne von Art. 961 ZGB sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei einstweilen anzuweisen, zugunsten des Gesuchstellers und zu Lasten des Grundstücks des Gesuchgegners, Kat-Nr. 1 (Kataster), GBBL. 2 (Grundbuchblatt), ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen für die Pfandsummen von

- Fr. 65'428.00 nebst 5% Zins seit 28.02.2018

- Fr. 77'953.50 nebst 5% Zins seit 05.03.2018

- Fr. 79'570.30 nebst 5% Zins seit 08.06.2018

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners.

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessuales

Die Gesuchstellerin reichte am 29. Juni 2018 (Datum Poststempel) hierorts ein Gesuch um vorläufige Eintragung von drei Bauhandwerkerpfandrechten ein (act. 1A und 1B). Mit Verfügung vom 3. Juli 2018 wurde die Eintragung der drei einverlangten Bauhandwerkerpfandrechte einstweilen im beantragten Umfang angeordnet und der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 5). Innert erstreckter Frist reichte die Gesuchsgegnerin ihre Stellungnahme ein (act. 8 und 11). Mit Verfügung vom 14. August 2018 wurde die Gesuchsantwort der Gesuchstellerin zugestellt (act. 14), die am 24. August 2018 eine Stellungnahme einreichte (act. 16). Am 27. August 2018 wurde die Eingabe der Gesuchsgegnerin zugestellt (act. 18). Am 7. September 2018 ging eine weitere Stellungnahme der Gesuchsgegnerin ein (act. 20), die an die Gegenseite ging (Prot. S. 9). Die Gesuchstellerin holte die Sendung nicht ab (act. 21). Es gilt die Zustellfiktion (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Auf Ersuchen der Gesuchstellerin wurde ihr das Doppel von act. 20 erneut – diesmal zur Kenntnisnahme – zugestellt (act. 22). Am 5. Oktober 2018 teilte RA Y._____ per Fax mit, von der Gesuchstellerin mit der Wahrung von deren Interessen betraut worden zu sein und stellte gleichzeitig ein Akteneinsichtsgesuch (act. 23). Nach telefonischer Rücksprache teilte RA Y._____ mit, einstweilen auf die Zustellung der Akten zu verzichten (Prot. S. 10).

2. Rechtliches

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. Zwischen den pfandberechtigten Bauforderungen und dem Pfandrecht muss ein enger sachlicher und funktionaler Zusammenhang bestehen. Die Unternehmer müssen sich die Sicherheit (Bauhandwerkerpfandrecht) selber erschaffen. Weitere Forderungen (z.B. Schadenersatzforderungen wegen vorzeitigem Vertragsrücktritts) sind nicht gesichert, weil sie keinen baulichen Mehrwert generiert haben (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. Zürich 2008, N 221 und N 446). Vorausgesetzt ist stets eine Lieferung, was sich schon aus dem Gesetzestext ergibt (implizit davon ausgehend auch BSK ZGB II -THURNHERR, N 5a zu Art. 839/840 ZGB). Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung 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).

3. Parteistandpunkte

3.1. Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin führt im Wesentlichen aus, dass sie gestützt auf den Werkvertrag "272 Schlosserarbeiten" Arbeiten ausgeführt habe, zuletzt am 5. April 2018. Für die erbrachten Leistungen habe sie am 8. Mai 2018 Rechnung gestellt (Rechnungsbetrag CHF 79'570.30, Pfandrecht 3, act. 1B S. 2 mit Hinweis auf act. 3/18). Gestützt auf den Werkvertrag "272 Innentüren aus Metall" seien die letzten Arbeiten am 21. März 2018 erbracht worden. Die Rechnung für diese Leistungen sei am 5. Januar 2018 gestellt worden (Rechnungsbetrag CHF 77'953.50; Pfandrecht 2, act. 1B S. 2 mit Hinweis auf act. 3/17). Beide Werkverträge seien mit Brief vom 23. April 2018 von der Gesuchstellerin gekündigt worden. Infolge Änderung der Mehrwertsteuer seien die Leistungen für das Jahr 2017 und 2018

separat in Rechnungen gestellt worden (act. 1B S. 3; act. 3/16 [Rechnungsbetrag CHF 65'428.–, Pfandrecht 1] und act. 3/17)

3.2. Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin ruft zunächst die Praxis in Erinnerung, wonach an die Glaubhaftmachung der Voraussetzungen eines Bauhandwerkerpfandrechts im Massnahmeverfahren keine hohen Anforderungen gestellt werden und über die einzelnen Voraussetzungen sowie Einwendungen und Einreden in der Regel erst im anschliessenden Hauptverfahren befunden wird. Vor diesem Hintergrund anerkennt die Gesuchsgegnerin den Anspruch der Gesuchstellerin auf vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts mit der Ausnahme, dass die geltend gemachten Schadenersatzansprüche nicht pfandberechtigt seien (act. 11 Rz. 7).

Pfandrecht 2: In Bezug auf die Rechnung vom 5. Januar 2018 (act. 3/17) mache die Gesuchstellerin für die Produktion der unstrittig nicht gelieferten fünf Innentüren aus Metall diverse Positionen geltend mit dem Vermerk, dass jeweils 40% davon bearbeitet worden seien (act. 11 Rz. 9). Auch die übrigen Positionen der Rechnung (Materialverlust wegen schlechter Optimierung da nicht alle Türen kommen", der Planungsaufwand für die restlichen Türen bis bereinigte Korrex" und "entgangener Gewinn der restlichen Türen" würden zu keinem Mehrwert am Grundstück führen, vielmehr handle es sich um (bestrittene) Schadenersatzforderungen für nicht ausgeführte bzw. nicht gelieferte und montierte fünf Innentüren aus Metall. Da Schadenersatzforderungen nicht pfandberechtigt seien, bestehe keine pfandberechtigte offene Werklohnforderung von CHF 77'953.50. Folglich sei das Gesuch in diesem Umfang samt Verzugszinsen abzuweisen und das bereits vorläufig eingetragene zweite Pfandrecht zu löschen (act. 11 Rz. 11). Zudem sei auch die viermonatige Eintragungsfrist nicht eingehalten, behaupte die Gesuchstellerin doch bloss, sie habe die letzten Arbeiten an den Innentüren am 21. März 2018 geleistet ohne ansatzweise darzulegen, was für Vollendungsarbeiten sie erbracht habe. Das von der Gesuchstellerin angerufene Abnahmeprotokoll betreffe den Werkvertrag Schlosserarbeiten (act. 11 Rz. 12). Es werde bestritten, dass die Gesuchstellerin im Nachgang zur Rechnung vom 5. Januar 2018, worin

sie die geltend gemachten Forderungen beanspruche, noch irgendwelche Vollendungsarbeiten ausgeführt habe (act. 11 Rz. 13).

Pfandrecht 3: Hinsichtlich der Rechnung vom 8. Mai 2018 (act. 3/18) mache die Gesuchstellerin im Umfang von CHF 42'344.– entgangenen Gewinn geltend. Entsprechend sei die dritte geltend gemachte Pfandforderung von CHF 79'570.30 auf CHF 37'226.30 zzgl. Zins zu 5 % seit 8. Juni 2018 zu reduzieren (act. 11 Rz. 16).

Pfandrecht 1 werde im vorliegenden Verfahren in vollem Umfang (CHF 65'428.– zzgl. Zins seit 28. Februar 2018) anerkannt (act. 11 S. 2 und Rz. 17).

4. Würdigung

In Bezug auf das Pfandrecht 1 (CHF 65'428.– zzgl. Zins seit 28. Februar 2018) sowie Pfandrecht 3 (im Umfang von CHF 37'226.30 zzgl. Zins zu 5 % seit 8. Juni 2018) ist das Verfahren zufolge Anerkennung als erledigt abzuschreiben (Art. 241 Abs. 3 ZPO). Für die verlangte Vormerkung liegen somit die Einwilligungen aller Beteiligten vor (Art. 961 Abs. 2 ZGB), weshalb die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D. _____ als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB für eine Pfandsumme von CHF 65'428.– zzgl. Zins seit 28. Februar 2018 sowie CHF 37'226.30 zzgl. Zins zu 5 % seit 8. Juni 2018, zu bestätigen ist.

Was das Pfandrecht 2 und den bestrittenen Teil des Pfandrechts 3 anbelangt, so ist der Gesuchsgegnerin beizupflichten, dass Schadenersatzforderungen wie entgangener Gewinn keine pfandrechtsgesicherte Forderungen darstellen. Soweit die Gesuchstellerin in Bezug auf Pfandrecht 2 die in Ziff. 3.2 umschriebenen Forderungen geltend machen will, handelt es sich dabei um Schadenersatzansprüche. Selbst wenn mit der Produktion von Türen bereits begonnen worden ist, so wurden diese nie und werden auch nie im Sinne von Art. 837 Ziff. 3 ZGB geliefert. Was das Pfandrecht 3 betrifft, so lässt sich dem Gesuch explizit entnehmen, dass es sich im Umfang von CHF 42'344.– um eine (nicht pfandberechtigte) Forderung aus entgangenem Gewinn handelt (vgl. act. 3/18). Zusammenfassend ergibt sich, dass die Forderungen der Gesuchstellerin im nicht von der Gesuchsgegnerin anerkannten Umfang abzuweisen sind, da die Gesuchsgegnerin in diesem Umfang

nicht glaubhaft zu machen vermag, dass es sich um pfandrechtsgeschützte Forderungen handelt.

Zudem kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die in Rechnung gestellten Leistungen (Pfandrecht 1: CHF 65'428.– zzgl. Zins seit 28. Februar 2018 sowie Pfandrecht 3; CHF 37'226.30 zzgl. Zins zu 5 % seit 8. Juni 2018) teilweise dieselben Leistungen betreffen (vgl. act. 3/16 und 3/18). Da die Gesuchsgegnerin sich hierzu nicht äussert, ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass es sich um verschiedene Leistungen handeln könnte, weshalb sich weitere Ausführungen hierzu erübrigen.

5. Prosequierung

Da lediglich der provisorische Pfandanspruch der Gesuchstellerin teilweise anerkannt worden ist, ist der Gesuchstellerin sodann Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequierungsfrist ist praxismässig auf 60 Tage festzulegen. 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.

6. 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). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bei Eintritt der Rechtshängigkeit bestimmt und beträgt CHF 222'951.80. Dies ergibt eine Grundgebühr von CHF 6'800.– (§ 4 Abs. 1, § 8 Abs. 1 GebV OG). Wie dargelegt ist das Gesuch im Umfang von CHF 65'428.– und CHF 37'226.30, d.h. insgesamt im Umfang von CHF 102'654.50, also rund der Hälfte des gesamten Begehrens (ent-

spricht CHF 3'400.–) als durch Anerkennung gegenstandslos geworden erledigt abzuschreiben. In diesem Umfang rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr auf rund die Hälfte, also CHF 1'700.– festzusetzen (§ 10 Abs. 1 GebV OG). Hinsichtlich des abzuweisenden Pfandanspruchs im Umfang von insgesamt CHF 120'297.50 (entsprechend rund der Hälfte des gesamten Begehrens) beträgt die Gerichtsgebühr CHF 3'400.–. Die gesamten Gerichtskosten betragen folglich CHF 5'100.–.

Die Kosten von CHF 3'400.– sind der Gesuchstellerin definitiv aufzuerlegen. Mit Bezug auf die Kosten im Umfang von CHF 1'700.– ist über den Pfandanspruch der Gesuchstellerin 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.

In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG beträgt die Parteientschädigung CHF 3'200.– zzgl. MwSt., da die Gesuchsgegnerin nicht vorsteuerabzugsberechtigt ist (act. 11 Rz. 19). Die Gesuchstellerin unterliegt zur Hälfte, weshalb sie definitiv zu verpflichten ist, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 1'600.– zzgl MwSt. zu bezahlen. Im übrigen ist auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch jedoch nicht prosequieren sollte, ist der nicht vorsteuerabzugsberechtigten Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 1'600.– zzgl. MwSt. zuzusprechen.

Das Einzelgericht verfügt und erkennt:

1. Das Verfahren wird zufolge Anerkennung des Gesuchs in Bezug auf
- Pfandrecht 3 im Umfang von CHF 37'226.30 zzgl. Zins zu 5 % seit 8. Juni
2018 sowie

- Pfandrecht 1 in vollem Umfang von CHF 65'428.– zzgl. Zins zu 5 % seit 28. Februar 2018
als gegenstandslos geworden erledigt abgeschlossen.
2. Im übersteigenden Umfang wird das Begehren abgewiesen.
 3. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt C._____ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 5 einzuleitenden Prozesses
auf Liegenschaft Kat. NR. 1, GBBl. 2,
E._____, Stadtquartier C._____,
- für eine Pfandsumme von CHF 65'428.– zzgl. Zins zu 5 % seit 28. Februar 2018
- für eine Pfandsumme von CHF 37'226.30 zzgl. Zins zu 5 % seit 8. Juni 2018.
 4. Das Grundbuchamt C._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung vom 3. Juli 2018 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist im darüber hinausgehenden Umfang zu löschen.
 5. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 7. Dezember 2018 angesetzt, um eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Bei Säumnis kann die Gesuchsgegnerin den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 3) löschen lassen.
 6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 5'100.–.
Allfällige weitere Kosten (insbesondere Rechnung des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.
 7. Die Kosten werden der Gesuchstellerin im Umfang von CHF 3'400.– definitiv auferlegt und im Umfang von CHF 1'700.– von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehalten bleibt im Umfang von CHF 1'700.– der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass

die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 5 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr auch die Kosten von CHF 1'700.– definitiv auferlegt.

8. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 1'600.– zzgl. MwSt. zu bezahlen. Im Übrigen (CHF 1'600.– zzgl. MwSt) ist die Regelung der Entschädigungsfolgen dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 5 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 1'600.– zzgl. MwSt zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an RA Y._____, ... [Adresse], sowie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt C._____.
10. 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 222'951.80.

Zürich, 5. Oktober 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Adrienne Hennemann