

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE120522-O

U/ei

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vizepräsident, sowie
der Gerichtsschreiber Christian Fischbacher

Urteil vom 14. März 2013

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

gegen

B._____ Immobilien AG,

Beklagte

vertreten durch Dr. iur. X._____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:
(act. 1B sinngemäss)

Das Grundbuchamt C. _____ sei im Sinne von Art. 961 ZGB einstweilen anzuweisen, zugunsten der Klägerin und zulasten des Grundstücks der Beklagten ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ...,
... [Adresse],
für eine Pfandsomme von Fr. 164'990.60.

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessgeschichte

Die Klägerin liess das Gesuch vom 13. Dezember 2012 samt Beilagen am 20. Dezember 2012 durch Herrn D. _____ überbringen (act. 1A und 1B). Das Begehren erwies sich als mangelhaft, weshalb der Klägerin in Anwendung von Art. 132 Abs. 1 ZPO mit Verfügung vom 21. Januar 2012 Frist zur Verbesserung angesetzt wurde. Aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit wurde das Grundbuchamt C. _____ zudem angewiesen, das Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig antragsgemäss im Grundbuch einzutragen (act. 4, Dispositiv-Ziffer 1 und 2). Innert Frist reichte die Klägerin am 7. Januar 2013 eine verbesserte Eingabe zu den Akten (act. 10), welche jedoch wiederum einen Mangel im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO aufwies, weshalb der Klägerin mit Verfügung vom 8. Januar 2013 erneut Frist zur Verbesserung angesetzt wurde (act. 11). Nach fristgerechter Mangelbehebung (act. 13 und 14) wurde der Beklagten mit Verfügung vom 17. Januar 2013 Frist zur Stellungnahme angesetzt. Die Stellungnahme erfolgte mit Eingabe ihres einzigen Verwaltungsrats, Dr. X. _____, vom 28. Januar 2013 (act. 17). Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs wurde der Klägerin mit Verfügung vom 4. Februar 2013 nochmals Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt (act. 20). Die daraufhin eingegangene Stellungnahme vom 12. Februar 2013 (act. 22 und act. 23/1) wurde der Beklagten wiederum zur Kenntnis gebracht (Prot. S. 12).

2. Formelles

2.1. Zuständigkeit

Das streitrelevante Grundstück liegt in E. _____ im Kanton Zürich. Der Streitwert übersteigt den Grenzwert von CHF 30'000, beide Parteien sind im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaften und die Streitsache betrifft die geschäftliche Tätigkeit der Klägerin (act. 1B, 10, 14; nicht bestritten in act. 17). Damit erweist sich das Handelsgericht des Kantons Zürich gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO und Art. 6 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit § 44 lit. b GOG als örtlich und sachlich zuständig.

2.2. Einhaltung der Formvorschriften an die Klageschrift

2.2.1. Die Beklagte ist der Meinung, dass die Klägerin die Frist zur Einreichung des Gesuchs um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts versäumt habe. Nachdem es einer zweifachen Aufforderung des Gerichtes bedurft habe, bis die Klägerin ihr Gesuch mit der rechtsgenügenden Unterschrift versehen hatte, Art. 132 ZPO aber nur von einer gerichtlichen Verbesserung spreche, habe die Eingabe entsprechend demselben Artikel als nicht erfolgt zu gelten (act. 17 S. 2 Rz. 2).

2.2.2. Erweist sich die Eingabe einer Partei als mangelhaft, so wird dieser eine gerichtliche Nachfrist zur Verbesserung angesetzt (Art. 132 ZPO). Sinn der Bestimmung ist es unter anderem zu gewährleisten, dass auch Rechtssuchenden, denen Fehler unterlaufen oder die sich in ihren Eingaben in der Form oder im Inhalt vergreifen, der Rechtsweg nicht voreilig und aus zu formalistischen Gründen abgeschnitten wird (BSK ZPO-Bornatico, Basel 2010, N 1 zu Art. 132).

2.2.3. Die erste Eingabe der Klägerin war vom Geschäftsführer unterzeichnet. Dieser war aber gemäss Online-Handelsregisterauszug nur kollektivzeichnungsberechtigt (act. 1B). Die zweite Eingabe war vom Geschäftsführer und dem Bauführer unterzeichnet (act. 10). Es blieb aber unklar, ob der Bauführer (kollektiv-)zeichnungsberechtigt war. Deshalb wurde der Klägerin zur Klärung nochmals Frist angesetzt. Die dritte Eingabe war schliesslich von zwei Personen unter-

zeichnet, die gemäss Eintrag im Handelsregister beide kollektivzeichnungsbe-rechtigt waren (act. 14).

Es erhellt, dass der juristisch nicht vertretenen Klägerin von Anfang an daran ge-legen war, eine formell korrekte Klage einzuleiten. Sobald ihr jeweils zur Kenntnis gebracht wurde, dass ihre Eingabe den formellen Voraussetzungen (Art. 221 Abs. 1 lit. f ZPO) an eine Klage noch nicht genüge, reagierte sie prompt und ver-suchte, ihr Gesuch diesen Voraussetzungen anzupassen. Dies gelang ihr zwar nicht beim ersten Anlauf, doch der Wille war ohne weiteres erkennbar.

Der Gesetzgeber hat mit Art. 132 Abs. 1 ZPO klargemacht, dass den rechtssu-chenden Parteien ihre Rechte nicht vorschnell aus rein formalistischen Gründen verweigert werden sollen. Art. 221 Abs. 1 lit. f ZPO ist eine reine Formvorschrift (siehe BSK ZPO-Frei/Willisegger, Basel 2010, N 26 zu Art. 221). Gleichwohl soll dieser Rechtsschutzgedanke auch seine Grenzen haben. Deshalb wurde im 2. Satz eine Säumnisandrohung eingebaut, die ein prozessökonomisches Vorge-hen der Gerichte sicherstellen soll. Der Wortlaut ("*innert einer gesetzlichen Nach-frist*") ist nicht derart zu verstehen, dass der rechtssuchenden Partei nur *eine ein-zige* Gelegenheit zur Verbesserung eingeräumt werden darf. Es ist vielmehr im Einzelfall zu entscheiden, wieviele Gelegenheiten der rechtssuchenden Partei einzuräumen sind. Anders lässt sich dem Grundgedanken, dass überspitzter Formalismus verhindert werden soll, nicht gebührend Rechnung tragen. Im vorlie-genden Fall wäre es nach wie vor als überspitzt formalistisch zu taxieren, würde man der Klägerin ihr Recht auf ein Begehren um Eintragung eines Bauhandwer-kerpfandrechts verweigern, nur weil ihre Vertreter als Laien es nicht auf Anhieb schafften, das Formerfordernis der Unterschrift zu erfüllen. Anders wäre es, wenn sich die Klägerin trotz Fristansetzung nicht um die Verbesserung gekümmert hät-te.

2.2.4. Die Klägerin hat die Formmängel damit fristgerecht behoben, weshalb auf die Klage einzutreten ist.

3. Materielles

3.1. Sachverhalt und Parteistandpunkte

3.1.1. Unbestrittenermassen kam zwischen den Parteien ein Werkvertrag zustande. Mit diesem wurde die Klägerin im Wesentlichen beauftragt, den Vorplatz vor dem Gebäude an der ... [Adresse], mit einer Ausgleichschicht aus Beton mit einem Gefälle von 1 % vom Gebäude weg gegen die Strasse zu versehen (act. 17 S. 4; act. 3/1).

3.1.2. Die Klägerin macht sinngemäss geltend, sie habe das von ihr geschuldete Werk am 30. August 2012 fertiggestellt. Aus dem Werkvertrag erwachse ihr noch eine Restforderung von CHF 164'990.60 (act. 1B, 10 und 14).

3.1.3. Die Beklagte behauptet, die Rechnungen der Klägerin seien unzutreffend (act. 17 S. 3 Rz. 4). Sie erhebe gegenüber der Klägerin sodann bedeutende Schadenersatzforderungen wegen schwerwiegender Mängel bei der Bauleistung (act. 17 S. 4 Rz. 5) und schliesslich sei zwischen den Parteien ein formlos vereinbartes Verfahren pendent, in welchem festzustellen sei, wie die Verantwortlichkeiten liegen und ob die Klägerin überhaupt etwas zu fordern habe. Je nach Ausgang dieses Vermittlungsverfahrens, das man als formlose Mediation bezeichnen könne, werde die Klägerin auch entschädigt werden, sodass kein Grund bestanden habe und bestehe, eine superprovisorische Anordnung zu treffen (act. 17 S. 6 Rz. 8 f.).

3.2. Rechtliches

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes 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 Bauhandwerkerpfandrechtes richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstückes, auch wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind (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; ZÖBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht *de lege lata* und *de lege ferenda*, ZSR 101(1982) II Halbband S. 158, ZR 79 Nr. 80 Erw. 1; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N 1394 ff.).

3.3. Subsumption

3.3.1. Die Klägerin hat durch Eingabe der Tagesrapporte (act. 3/10) glaubhaft dargelegt, dass sie am 30. August 2012 noch die letzten fristauslösenden Arbeiten vorgenommen hat, sodass die viermonatige Eintragungsfrist mit der Eintragung vom 21. Dezember 2012 gewahrt erscheint.

3.3.2. In Bezug auf die umstrittene Höhe der Pfandsumme ist festzuhalten, dass die klägerische Zusammenstellung der Rechnungen (act. 3/9) fehlerbelastet ist: Die Rechnungen unter der Rubrik "Vorplatz" umfassen insgesamt den Betrag von CHF 199'487.25, also CHF 100 mehr als in der Zusammenstellung behauptet (CHF 80'000 + CHF 60'790.40 + CHF 38'748.10 + CHF 19'948.75; act. 3/6-8). Die Rechnung Nr. ... ist sodann um CHF 0.05 tiefer, als in der Zusammenstellung angegeben (act. 3/4). Für das Gesamttotal ergibt dies einen Betrag von CHF 245'090.65, von dem wiederum CHF 80'000 abzuziehen sind, was einen offenen Forderungsbetrag von CHF 165'090.65 ergibt. Die Klägerin bestreitet zwar in ihrer Eingabe vom 12. Februar 2013 vorsorglich eine Zahlung von CHF 80'000. Damit setzt sie sich aber in Widerspruch mit ihrer eigenen Zusammenstellung

(act. 3/9), in der sie selbst einen Abzug von CHF 80'000 vornimmt. Die Klägerin verlangt die Eintragung eines Pfandrechts für eine tiefere Pfandsumme, was im Rahmen der Dispositionsmaxime zu beachten ist.

3.3.3. Zum Einwand der Beklagten, wonach ihr andere Rechnungen vorliegen würden, ist zunächst festzuhalten, dass die als act. 18/2o eingereichte Rechnung der in act. 3/8 bereits in den Akten befindlichen Rechnung entspricht. Act. 18/3k entspricht act. 3/4, act. 3l entspricht act. 3/3 und act. 18/4 entspricht act. 3/5. Bei den übrigen beklagtischerseits eingereichten Unterlagen handelt es sich nicht um Rechnungen, sondern um Auszüge aus einem Ausmass-Protokoll. Es verhält sich demnach nicht so, wie die Beklagte behauptet, dass ihr andere Rechnungen vorliegen würden.

3.3.4. Dass die Beklagte die klägerischen Rechnungen nicht akzeptiert, schmälert den klägerischen Anspruch auf *vorläufige* Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht. Aus den Vorbringen der Beklagten wird klar, dass diese handschriftlichen Korrekturen in act. 18/2a-p, 18/3a-l und 18/4 von ihr oder seitens des bauleitenden Architekturbüros vorgenommen wurden. Es handelt sich damit um blosser Parteibehauptungen, die klägerischerseits bestritten werden (act. 22) und deshalb in einem Beweisverfahren zu beweisen sein werden. Kann ein beklagtischer Einwand nicht ohne weiteres bewiesen werden und muss stattdessen ein aufwendiges Beweisverfahren geführt werden, kann auf jeden Fall nicht davon ausgegangen werden, dass der klägerische Anspruch geradezu ausgeschlossen sei. Damit ist die Voraussetzung für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts aber bereits erfüllt.

3.3.5. An dieser Stelle rechtfertigt sich sodann die Stellungnahme zu den Vorbringen der Beklagten betreffend Liquidität des Sachverhaltes (act. 17 S. 3 Rz. 3). Die Beklagte verwechselt dabei das Verfahren nach Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen) mit dem Verfahren nach Art. 261 ff. ZPO (vorsorgliche Massnahmen). In Letzterem wird das vorliegende Begehren beurteilt. Der liquide Sachverhalt ist dabei gerade nicht Voraussetzung für die Gutheissung eines Anspruchs (siehe dazu Art. 261 Abs.1 ZPO).

3.3.6. Was die Schadenersatzforderungen der Beklagten anbelangt, gilt auch da, dass die Beklagte vorderhand lediglich eine Behauptung aufstellt, die von der Klägerin bestritten wird (act. 22). Nachdem die Beklagte ihre Gegenforderungen nicht ohne weiteres durch Urkunden zu beweisen vermag, ist sie mit diesen auf den Hauptprozess zu verweisen. Im summarischen Massnahmeverfahren ist kein Platz für ein aufwendiges Beweisverfahren (siehe dazu Art. 254 Abs. 2 lit. a ZPO). Den klägerischen Anspruch auf *vorläufige* Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vermag die Beklagte unter der gegebenen Behauptungslage nicht zu entkräften.

3.3.7. Schliesslich ist festzuhalten, dass allfällige Vergleichsverhandlungen einer Klage auf vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht entgegen stehen. Der Umstand, dass sich die Klägerin offenbar auf die Gespräche eingelassen hat, lässt ihren gesetzlichen Anspruch auf ein solches Begehren nicht untergehen.

3.3.8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin glaubhaft dargelegt hat, dass sie auf dem Grundstück der Beklagten berechtigterweise Arbeit geleistet und Material geliefert hat. Die viermonatige Eintragsfrist erscheint gewahrt, weshalb die mit Verfügung vom 21. Dezember 2012 erfolgte Anweisung an das Grundbuchamt C._____, das Bauhandwerkerpfandrecht antragsgemäss vorläufig im Grundbuch einzutragen, zu bestätigen ist.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Kosten des vorliegenden Verfahrens (berechnet in Beachtung von § 4 Abs. 2 und § 8 Abs. 1 GebV OG) sind einstweilen von der Klägerin zu beziehen. Vorbehalten bleibt die endgültige Festsetzung und Verteilung der Prozesskosten durch das ordentliche Gericht. Für den Fall, dass die Klägerin die ordentliche Klage nicht fristgerecht anhängig macht, sind ihr die Kosten endgültig aufzuerlegen. Eine Parteientschädigung ist der Klägerin schon deshalb nicht zuzusprechen, weil sie keine verlangt hat. Der Beklagten ist keine Entschädigung zuzusprechen, da sie weder berufsmässig vertreten ist, notwendige Auslagen behauptet hat, noch

ein begründeter Fall von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO vorliegt (siehe BGer 5D_229/2011 vom 16. April 2012).

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 21. Dezember 2012 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ..., ... [Adresse], für eine Pfandsumme von Fr. 164'990.60.
2. Der Klägerin wird Frist bis 4. Juni 2013 angesetzt, um eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Beklagte anzuheben. Bei Säumnis kann die Beklagte den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 1) löschen lassen.
3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 3'800.–. Die weiteren Kosten für die Eintragung im Grundbuch betragen CHF 87.50.
4. Die Kosten werden von der Klägerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die Klägerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 2 die Klage nicht anhängig macht, wird ihr die Entscheidgebühr definitiv auferlegt.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Grundbuchamt C._____.
6. 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 164'990.60.

Zürich, 14. März 2013

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. Christian Fischbacher