

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE180478-O

U/mk

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

Urteil vom 23. Januar 2019

in Sachen

A. _____ AG,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ des Kantons Zürich,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y2. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt C._____ sei gerichtlich anzuweisen, auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin, Grundbuch-Blatt ..., Kataster ..., ..., D._____quai ..., ... Zürich, ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin für die Pfandsumme von CHF 107'700.00 zuzüglich Zins von 5% auf CHF 53'850.00 seit 18. Juli 2018 und auf CHF 53'850.00 seit 15. August 2018 vorläufig im Grundbuch vorzumerken.
2. Die Anweisung gemäss Ziff. 1 vorstehend sei sofort und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin zu verfügen und es sei das Grundbuchamt C._____ anzuweisen, die Eintragung unverzüglich vorzunehmen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 23. November 2018 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin hierorts das Gesuch mit obigem Rechtsbegehren ein (act. 1 und act. 3/1-8). Mit Verfügung vom 26. November 2018 wurde dem Gesuch einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen und das Grundbuchamt C._____ wurde angewiesen, das beantragte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Mit Eingabe vom 17. Dezember 2018 beantragte die Gesuchsgegnerin, es sei das Gesuch vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei; ausserdem sei E._____, F._____-Strasse ..., ... Zürich, im Sinne von Art. 78 ZPO der Streit zu verkünden (act. 8 S. 2). Mit Verfügung vom 18. Dezember 2018 wurde der Gesuchstellerin – u.a. zur Wahrung des Replikrechts – Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 10), welche diese innert Frist einreichte (act. 12). Gleichzeitig wurde von der Streitverkündung der Gesuchsgegnerin gegenüber E._____, F._____-Strasse ..., ... Zürich, Vormerk genommen (act. 10). Die Eingabe der Gesuchstellerin vom 7. Januar 2019 wurde der Gesuchsgegnerin zugestellt (act. 12; act. 13). Weitere Eingaben der Parteien sind nicht eingegangen.

2. Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

2.1. Zusammengefasste Parteistandpunkte

Die Gesuchstellerin stützt sich darauf, sie habe mit E'._____, Inhaber des ...studios G._____, am 11./15. Juni 2018 einen Werkvertrag über die Ausführung von Deckenverkleidungsarbeiten in der gesuchsgegnerischen Liegenschaft abgeschlossen. Die Vertragssumme sei mit CHF 141'938.05 zzgl. MwSt. beziffert worden und es sei die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 vereinbart worden (act. 1 Rz. 11; act. 3/4-5). Als Baubeginn führt die Gesuchstellerin den 11. Juni 2018 an; die Bauvollendung und -abnahme hätte im August 2018 stattfinden sollen (act. 1 Rz. 12). Am 18. Juni 2018 und 16. Juli 2018 habe sie jeweils eine Akontorechnung à CHF 53'850.– inkl. MwSt. gestellt, welche gemäss Art. 190 SIA-Norm 118 innerhalb von 30 Tagen zu zahlen gewesen wären (act. 1 Rz. 13; act. 3/6-7). Infolge Zahlungsverzug habe sie ihre Leistungen im August 2018 eingestellt; die letzten Arbeiten hätten am 13. August 2018 stattgefunden (act. 1 Rz. 14; act. 3/8).

Den geltend gemachten Vertragsschluss zwischen der Gesuchstellerin und E'._____ ("E'._____") bestreitet die Gesuchsgegnerin nicht (act. 8 Rz. 4). Die Gesuchsgegnerin bestreitet gleichwohl in vierfacher Hinsicht den geltend gemachten Anspruch auf Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechts: Zum einen sei (i) die Fristeinhaltung nicht dargetan, (ii) es bestehe keine Pfandrechtsberechtigung für die Gesuchstellerin, da sinngemäss deren Aktivlegitimation fehle, (iii) es sei so dann weder die Pfandsumme noch (iv) die Zinsforderung nachvollziehbar dargetan. Zur Begründung stützt sich die Gesuchsgegnerin v.a. darauf, die Gesuchstellerin habe keinen eigenen Arbeitsrapport ins Recht gelegt, vielmehr einen solchen der H._____ GmbH. Notwendige Ausführungen hierzu fehlten (act. 8 Rz. 9). Selbst wenn es sich bei der H._____ GmbH um eine Subunternehmerin handle, so könne diese nur ein eigenes Pfandrecht für ihre Arbeiten eintragen lassen (act. 8 Rz. 9). Weiter bemängelt die Gesuchsgegnerin den ins Recht gelegten Arbeitsrapport insbesondere auch hinsichtlich Inhalt, da sich diesem jedenfalls nicht entnehmen lasse, dass die letzten Arbeiten am 13. August 2018 stattgefunden hätten (act. 8 Rz. 10 ff.). Zudem belege er in keiner Weise, wann welche Arbeiten geleistet worden sein sollen (act. 8 Rz. 12). In Bezug auf die von der Gesuchstel-

lerin angeführten Akontorechnungen wendet die Gesuchsgegnerin weiter ein, es sei notorisch, dass diese gerade nicht die effektiv ausgeführten Arbeiten belegen würden; somit sei die geltend gemachte Pfandsomme nicht nachvollziehbar dargetan (act. 8 Rz. 17). Zuletzt bestreitet die Gesuchsgegnerin auch den geltend gemachten Verzugszins, da sich den Akontorechnungen die Fälligkeit gar nicht entnehmen lasse (act. 8 Rz. 19 ff.). Es gebe überdies keinen Anlass zur Annahme, dass die Rechnungen nach Ablauf von 30 Tagen fällig würden, umso mehr, als dass im Werkvertrag festgehalten worden sei, dass Teilrechnungen nicht akzeptiert würden (act. 8 Rz. 23).

2.2. 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).

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).

2.3. Würdigung

Vorweg ist festzuhalten, dass die Parteien in ihren nach dem Aktenschluss erfolgten Eingaben keine zulässigen Noven geltend gemacht haben, welche zu berücksichtigen wären (vgl. hierzu die Hinweise in der Verfügung vom 18. Dezember 2018 [act. 10]), womit die entsprechenden Darstellungen grundsätzlich aus dem Bilde bleiben können.

Wie erwähnt wurde von der Gesuchsgegnerin nicht bestritten, dass sich die Gesuchstellerin – gestützt auf den zugrundeliegenden Werkvertrag und Offerte (act. 3/4-5) – dazu verpflichtet hat, auf ihrem Grundstück pfandberechtigte Arbeiten in Höhe von CHF 141'938.05 exkl. MwSt. zu leisten. Hauptsächlich wendet die Gesuchsgegnerin ein, es sei die notwendige Viermonatsfrist nicht eingehalten worden. Zentral ist hierbei der ins Recht gelegte Rapport Nr. 02721 (act. 3/8). Für die letzten und damit fristauslösenden Arbeiten führt die Gesuchstellerin den 13. August 2018 an. Wie die Gesuchsgegnerin an sich zu Recht einwendet, lässt sich dem Rapport indes kein Hinweis entnehmen, dass (letzte) Arbeiten am 13. August 2018 geleistet worden wären, lediglich der Rapport selber datiert von diesem Datum. Die Vorhaltung der Gesuchsgegnerin ist allerdings insofern unerheblich, als dass sich dem Rapport eine durchaus leserliche handschriftliche Notiz entnehmen lässt, wonach immerhin am 10. August 2018 noch Arbeiten geleistet worden sind. Selbst wenn man nun den 10. August 2018 als fristauslösend erachtet, ist die Einhaltung der Viermonatsfrist bei der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts mit Verfügung vom 26. November 2018 (act. 4) ausreichend glaubhaft gemacht.

Zum Einwand der Gesuchsgegnerin, die Gesuchstellerin hätte nicht dargetan, inwiefern sie (effektiv) Arbeiten auf dem Grundstück geleistet habe respektive zur sinngemässen Bestreitung deren Aktivlegitimation, ist Folgendes vor Augen zu halten: Gemäss Art. 839 Abs. 1 ZGB kann das Pfandrecht der Handwerker von dem Zeitpunkt an, da sie sich *zur Arbeitsleistung verpflichtet haben*, in das

Grundbuch eingetragen werden. Demnach sind sogar noch nicht geleistete Bauarbeiten pfandberechtigt (vgl. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 473). Daraus folgt, dass die Darlegung der tatsächlich geleisteten Arbeiten keine Eintragungsvoraussetzung ist. Somit genügt es, wenn sich aus einem Vertrag künftig zu leistende Arbeiten sowie eine konkrete Pfandsumme ergeben, bei denen das beantragte Baupfandrecht nicht mit Sicherheit bzw. höchstwahrscheinlich ausgeschlossen ist (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 473, Rz 1395). Gestützt auf die vertraglichen Grundlagen war es erkennbar die Gesuchstellerin, welche sich zu entsprechenden Arbeiten verpflichtet hat.

Die Pfandsumme beziffert die Gesuchstellerin auf insgesamt CHF 107'700.– gemäss Akontorechnungen vom 16. Juni 2018 und 16. Juli 2018 in Höhe von je CHF 53'850.–. Die Gesuchsgegnerin moniert, die Pfandsumme sei nicht nachvollziehbar dargetan, v.a. da sich diese nicht entsprechend erbrachten Arbeiten zuordnen liesse. Entscheidend ist allerdings – wie gesehen – dass sich die Gesuchstellerin zu entsprechenden Arbeiten *verpflichtet* hat (ursprünglich gemäss Werkvertrag sogar CHF 141'938.05). Nach den glaubhaften Ausführungen der Gesuchstellerin betrug der Leistungsumfang bei Arbeitseinstellung im August 2018 CHF 107'700.–. Gründe, welche eindeutig gegen die geltend gemachte Pfandsumme in dieser Höhe sprechen, wurden weder geltend gemacht noch sind solche ersichtlich.

Für die Zinsforderung stützt sich die Gesuchstellerin auf die beiden Akontorechnungen vom 18. Juni 2018 bzw. 16. Juli 2018 (act. 3/6-7) und begründet ihren Standpunkt – dass die Rechnungen innerhalb von 30 Tagen zu zahlen gewesen wären – im Wesentlichen mit Art. 190 SIA-Norm 118 und Art. 104 Abs. 1 OR. Die Gesuchsgegnerin stellt weder den ordnungsgemässen Zugang dieser Rechnungen noch die Vereinbarung und Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 in Frage. Ebenso wenig behauptet sie, dass entsprechende Zahlungen erfolgt wären. Beide Rechnungen weisen den Vermerk auf: "*Zahlungskonditionen: gemäss Sondervereinbarung*". Welche "Sondervereinbarung" damit gemeint sein soll, ergibt sich nicht ohne Weiteres, womit zumindest keine von Art. 190 SIA-Norm 118 abwei-

chende Zahlungsfrist zu erkennen ist. Damit ein Verzugszins geschuldet ist, wird grundsätzlich Fälligkeit und Verzug vorausgesetzt. Nachdem allerdings weder ausgeschlossen ist, dass die Fälligkeit mit der Rechnungsstellung des Unternehmers eintritt noch dass eine separate/spätere Mahnung u.U. unterbleiben kann (vgl. GAUCH/STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2017, N. 3.1 und 12 ff. zu Art. 190), kann an dieser Stelle auch nicht ausgeschlossen werden, dass ein Verzugszins ab dem 18. Juli 2018 respektive 15. August 2018 geschuldet ist.

Zusammenfassend hat die Gesuchstellerin die Eintragungsvoraussetzungen des Bauhandwerkerpfandrechts ausreichend glaubhaft gemacht, weshalb die vorläufig erfolgte Eintragung zu bestätigen ist.

3. 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 vom 16. August 2017, 5A_82/2016 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.

4. 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 107'700.– auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 4'500.– 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 5'500.– 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 26. November 2018 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBl. ..., D. _____ quai ..., ... Zürich, für eine Pfandsumme von CHF 107'700.– zzgl. Zins von 5 % auf CHF 53'850.– seit 18. Juli 2018 und auf CHF 53'850.– seit 15. August 2018.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 26. März 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 4'500.–.
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 5'500.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie 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 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 107'700.–.

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

Zürich, 23. Januar 2019

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Christian Markutt