

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE190091-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie der Gerichtsschreiber
Roman Kariya

Urteil vom 4. April 2019

in Sachen

A._____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Fürsprecher lic. iur. X._____

gegen

B._____ Personalvorsorge ...,
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. Y1._____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y2._____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Gesuch:
(act. 1 S. 2)

- " 1. Das Grundbuchamt C._____ (... [Adresse]) sei im Sinne von Art. 961 ZGB – sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei – einstweilen anzuweisen, auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin (B._____ Personalvorsorge ..., D._____ -Strasse ..., ... Zürich, Alleineigentümerin, UID CHE-1) zu deren Lasten im Stadtquartier C._____, Grundbuch Blatt 2, Liegenschaft, Kataster 3, E-GRID 4, E._____ -Strasse .../.../.../.../..., F._____ -Quai .../.../.../..., ... Zürich, ein Pfandrecht provisorisch im Grundbuch für eine Pfandsumme im Betrage von Fr. 62'368.85 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 13. November 2018 zu Gunsten der Gesuchstellerin einzutragen.
2. Der Gesuchstellerin sei mindestens eine 3-monatige Frist anzusetzen, gerechnet ab Rechtskraft der Verfügung des Handelsgerichts betreffend vorläufige Vormerkung, um die Zivilklage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Ziffer 1 hiervor zu Lasten des Grundstückes der Gesuchsgegnerin einzureichen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Die Gesuchstellerin ersuchte mit ihrer Eingabe vom 6. März 2019 (gleichentags hierorts überbracht) samt Beilagen (act. 1; act. 3/1-11), um (vorerst) superprovisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem obgenannten Grundstück der Gesuchsgegnerin. Dem Gesuch wurde mit Verfügung vom 6. März 2019 einstweilen und ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen und das Grundbuchamt C._____ angewiesen, das Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist zur Erstattung der Gesuchsantwort bis zum 28. März 2019 angesetzt (act. 4). Die Gesuchsantwort vom 28. März 2019 samt Beilage (act. 8; act. 10/2) erging rechtzeitig. In der Gesuchsantwort hat die Gesuchsgegnerin G._____, ... [Adresse], den Streit verkündet.

2. Die Gesuchstellerin hat mit der H._____ (anscheinend im Auftrag von G._____) am 12. Juni 2018, gestützt auf die Offerte 183090-4906 vom 5. Juni 2018, einen Werkvertrag für die Arbeitsgattung 230-239 Elektroanlagen abgeschlossen (act. 1 Rz. 5.1. ff.; act. 8 Rz. 3 f.; act. 3/4-6).

Zur Begründung ihres Gesuchs um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts führt die Gesuchstellerin im Wesentlichen aus, dass sie vom 18. Mai 2018 bis und mit 13. November 2018 im Rahmen des entsprechenden Werkvertrags Leistungen (Arbeit und Material) im Betrag von CHF 142'368.85 in der Liegenschaft der Gesuchsgegnerin erbracht habe (act. 1 Rz. 6.1. ff.). Insgesamt seien für die Akontorechnung vom 7. Juni 2018 drei Akontozahlungen im Gesamtbetrag von CHF 80'000.– geleistet worden. Gestützt auf die erbrachten Leistungen im Betrag von CHF 142'368.85, abzüglich der geleisteten Akontozahlungen, belaufe sich der ausstehende Betrag gemäss letzter Abrechnung auf CHF 62'368.85 (act. 1 Rz. 7.1. ff und Rz. 11.1.). Der "letzte Hammerschlag" ("Verschliessen von sämtlichen unter Spannung stehenden Elektroverteilungen gemäss Werkvertrag", "Befestigen von sämtlichen herunterhängenden Deckenleuchten als unerlässliche Arbeit", "Isolieren von sämtlichen noch offenen Elektroanschlüssen im gesamten Bereich als unerlässliche Arbeit") habe am 13. November 2018 stattgefunden (act. 1 Rz. 8.1. f.). Ab dem 14. November 2018 habe die Gesuchstellerin ihre Bautätigkeit eingestellt, weil sie kein weiteres Risiko mehr habe eingehen wollen (act. 1 Rz. 6.4.). Die Gesuchstellerin habe ihre Leistungen mit zwei Akontorechnungen (mit Datum vom 7. Juni 2018 und 2. Juli 2018) in Rechnung gestellt. Die Zahlungsfristen seien stets auf 10 Tage netto angesetzt worden. Die Werklohnforderung sei für den gesamten Restbetrag von CHF 62'368.85 somit ab dem 13. Juli 2018 zur Zahlung fällig gewesen, allerspätestens ab den letzten Werkarbeiten am 13. November 2018. Der Verzugszins von 5 % werde ab dem 13. November 2018 verlangt (act. 1 Rz. 11.3.).

Die Gesuchsgegnerin beantragt die Abweisung des Gesuchs um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts aus verschiedenen Gründen (act. 8; dazu sogleich).

3. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts 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 Bauhandwerkerpfandrechts 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 (Art. 839 Abs. 2 ZGB).

Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, so muss die Gesuchstellerin ihr Gesuch 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 und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechts dem ordentlichen Gericht vorzubehalten. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 86 I 270; BGE 102 Ia 86; BGE 112 Ib 484; ZOBL, 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, 3. Aufl., N. 1394 ff.).

4. In Anbetracht der geringen Anforderungen an die Glaubhaftmachung vermögen sämtliche Vorbringen der Gesuchsgegnerin den behaupteten Pfandanspruch (bei Weitem) nicht derart zu erschüttern, dass der Bestand des Pfandrechts geradezu als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erachtet werden müsste.

Mit dem eingereichten Werkvertrag inkl. dazugehöriger Offerte ergibt sich ohne Weiteres, dass die entsprechende Arbeitsgattung 230-239 Elektroanlagen geschuldet war (act. 3/4-6). Mit der von der Gesuchstellerin eingereichten Beilage bezüglich des Ausmasses (act. 3/8) ist sodann glaubhaft gemacht, dass Arbeiten dieser Art erbracht wurden. Unbehelflich sind die dagegen erhobenen Vorbringen

der Gesuchsgegnerin, so insbesondere ihre Argumente betreffend die Unklarheit hinsichtlich der auf dem Ausmass (act. 3/8) befindlichen Unterschrift sowie hinsichtlich des fehlenden Datums auf den eingereichten Fotos (act. 8 Rz. 13; act. 3/9). Auch aus dem behaupteten Baustopp kann die Gesuchsgegnerin nichts zu ihren Gunsten ableiten, geht aus der von ihr eingereichten E-Mail vom 27. Juli 2018 (act. 10/2) doch lediglich hervor, dass ein solcher Baustopp – wenn überhaupt – nur zwei Wochen hätte dauern sollen. Ebenso ungeeignet zur Erschütterung des Pfandrechts ist der Einwand der Gesuchsgegnerin, wonach sie es kaum glauben könne, dass die Gesuchstellerin, obwohl diverse Rechnungen nicht bezahlt worden seien, noch bis Mitte November 2018 Arbeiten erbracht habe (act. 8 Rz. 13). Die Werklohnforderung ist im Rahmen dieses Verfahrens um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ohne Weiteres glaubhaft gemacht.

Gleiches gilt hinsichtlich der Wahrung der Eintragsfrist. Der diesbezügliche Einwand der Gesuchsgegnerin, wonach die nach dem Vorbringen der Gesuchstellerin am 13. November 2018 geleisteten fünf Stunden Arbeit bei einer Vertragssumme von rund CHF 190'000.– in Anbetracht der Geringfügigkeit nicht als wesentliche Arbeiten zu bezeichnen seien (act. 8 Rz. 13), verfängt angesichts der geringen Anforderungen an die Glaubhaftmachung nicht.

Schliesslich genügt auch der geltend gemachte Verzugszinsenlauf den Anforderungen an die Glaubhaftmachung. Diesbezüglich stützt sich die Gesuchstellerin auf die von ihr eingereichten Akontorechnungen vom 7. Juni 2018 und 2. Juli 2018. Wie es sich mit den gestellten Akontorechnungen zum vereinbarten Werkvertrag und den darin enthaltenen Klauseln verhält – wie es die Gesuchsgegnerin ins Feld führt (act. 8 Rz. 16 ff.) –, braucht vorliegend nicht näher geprüft zu werden. Die Gesuchsgegnerin bestreitet nämlich nicht, dass gestützt auf die gestellte Akontorechnung vom 17. Juni 2018 drei Akontozahlungen geleistet wurden (act. 8 Rz. 9). Nachdem die geltend gemachte Forderung auf den gestellten Akontorechnungen vom 17. Juni 2018 und 2. Juli 2018 basiert, ist deshalb einstweilen glaubhaft gemacht, dass die Gesuchstellerin den Verzugszins (spätestens) ab dem 13. November 2018 verlangen kann.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Gesuchstellerin ihre Werklohn- und Verzugszinsforderung sowie die übrigen Eintragungsvoraussetzungen glaubhaft gemacht hat. Folglich ist die bereits superprovisorisch verfügte Anweisung zur Eintragung des entsprechenden Bauhandwerkerpfandrechts zu bestätigen.

5. Der Gesuchstellerin ist Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzusetzen. Eine längere Frist – wie von der Gesuchstellerin beantragt – ist vorliegend nicht angezeigt. Bei dieser Prosequierungsfrist sind allfällige Gerichtsferien nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (BGE 143 III 554, E. 2.5.2).

Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuchs (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. In ihrer Gesuchsantwort hat die Gesuchsgegnerin G._____ den Streit verkündet (act. 8 Rz. 3 f.; Antrag Ziff. 2). Dem Streitberufenen ist es während des laufenden Prozesses grundsätzlich jederzeit möglich, dem Verfahren als Nebenintervenient oder prozessführenden Streitberufenen beizutreten (FREI, in: SPÜHLER/INFANGER/TENCHIO [HRSG.], Basler Kommentar, Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 78 N. 10 ff.; TAKEI, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [HRSG.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 78 N. 10 f.). Da im summarischen Verfahren aber grundsätzlich nur ein Schriftenwechsel stattfindet, und dieser vorliegend mit der Gesuchsantwort (act. 8) abgeschlossen ist, ist eine Stellungnahme des Streitberufenen nun nicht mehr möglich. Dem Streitberufenen brauchte daher die Streitverkündung nicht vor Urteilsfällung angezeigt zu werden.

In Anbetracht dessen, dass dem Streitberufenen mangels Parteistellung kein Akteneinsichtsrecht zusteht, ergeht an ihn eine Mitteilung nur im Auszug der diesbezüglichen Erwägung 6 sowie der ihn betreffenden Dispositiv-Ziffern.

7. 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). Ausgehend von einem Streitwert von CHF 62'368.85 ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 4'000.– festzusetzen.

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 – unter Berücksichtigung des tiefen Schwierigkeitsgrads des vorliegenden Verfahrens – in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von CHF 2'000.– zuzusprechen. Der beantragte Mehrwertsteuerzuschlag steht der Gesuchsgegnerin aufgrund der grundsätzlichen Möglichkeit des Vorsteuerabzugs aber nicht zu. Wäre ein entsprechender Abzug nicht oder nicht vollumfänglich möglich, so hätte dies die Gesuchsgegnerin behaupten und belegen müssen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5.; ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.), was sie indessen nicht tat.

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 der vorläufigen Eintragung gemäss Verfügung vom 6. März 2019 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 3, GBBl. 2, EGRID 4, C._____, für eine Pfandsumme von CHF 62'368.85 nebst Zins zu 5 % seit 13. November 2018.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 4. Juni 2019 angesetzt, um eine Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Bei Säumnis kann die Gesuchsgegnerin den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziff. 1) löschen lassen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 4'000.–. 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-Ziff. 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-Ziff. 2 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 2'000.– zu bezahlen.
6. Die Streitverkündung der Gesuchsgegnerin an G._____, ... [Adresse], wird vorgemerkt.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel von act. 8 und 10/2, an G. _____ im Auszug (Erwägung 6 und Dispositiv-Ziff. 6 und 7), 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 62'368.85.

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

Zürich, 4. April 2019

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Roman Kariya