

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE210072-O

U/ei

Mitwirkend: Ersatzoberrichterin Franziska Egloff sowie Gerichtsschreiber
Dr. Giulio Donati

Urteil vom 2. März 2022

in Sachen

A._____ GmbH,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____,

gegen

B._____ Immobilien AG,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1, S. 2)

"Das Grundbuchamt C. _____ sei anzuweisen, auf der Liegenschaft Blatt 1, Kataster 2 vorläufig ein Bauhandwerkerpfandrecht im Umfang von CHF 72'910.00 zu Gunsten der Gesuchstellerin einzutragen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

1.1. Mit Eingabe vom 28. April 2021 beantragte die Gesuchstellerin die superprovisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (vgl. act. 1; act. 3/1–10). Mit Verfügung vom 28. April 2021 wurde der Antrag auf Eintragung superprovisorisch gutgeheissen und ein Bauhandwerkerpfandrecht über CHF 72'910.00 auf das bezeichnete Grundstück der Gesuchsgegnerin eingetragen. Mit gleicher Verfügung wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um zum Gesuch Stellung zu nehmen (vgl. act. 5).

1.2. Mit Verfügung vom 6. Mai 2021 wurde den Parteien mitgeteilt, dass die Gesuchstellerin bereits mit Eingabe vom 21. April 2021 im Verfahren HE210068-O ein Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gestellt hatte, wobei alles darauf hindeute, dass es sich in beiden Verfahren um den gleichen Streitgegenstand handle und Parteiidentität gegeben sei (vgl. auch act. 1 in HE210068-O). Im Verfahren HE210068-O sei das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts mit Urteil vom 22. April 2021 abgewiesen worden. Weiter wurde auf Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO hingewiesen, wonach Prozessvoraussetzung ist, dass die Sache noch nicht rechtskräftig entschieden sei. Der Gesuchstellerin wurde Frist angesetzt, um sich zur Frage der *res iudicata* zu äussern und der Gesuchsgegnerin wurde die Frist zur Stellungnahme abgenommen (vgl. act. 10). Die Gesuchstellerin nahm mit Eingabe vom 25. Mai 2021 innert erstreckter Frist Stellung und verneinte das Vorliegen einer *res iudicata* (vgl. act. 17).

1.3. Die Gesuchstellerin erhob sodann im Verfahren HE210068-O Beschwerde an das Bundesgericht gegen das Urteil HE210068-O vom 22. April 2021. Da der Ausgang des bundesgerichtlichen Verfahrens auch für das vorliegende Verfahren relevant war, wartete das hiesige Gericht mit weiteren Verfahrensschritten zu. Das Bundesgericht trat mit Urteil 5A_540/2021 vom 28. Oktober 2021 auf die Beschwerde der Gesuchstellerin im Verfahren HE210068-O nicht ein. Mit Verfügung vom 11. Januar 2022 hielt das Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich fest, es liege keine *res iudicata* vor, und setzte der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme zum Gesuch an (act. 19).

1.4. Mit Eingabe vom 23. Februar 2022 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchsgegnerin innert erstreckter Frist ihre Stellungnahme ein (act. 26). Mit gleicher Eingabe verkündete die Gesuchsgegnerin gleichzeitig mit ihrer Stellungnahme der D._____ AG, E._____ -strasse ..., ... Zürich den Streit, um diese für den Fall ihres Unterliegens belangen zu können (act. 26 S. 3).

2. Streitverkündung

2.1. Gemäss Art. 78 Abs. 1 ZPO kann eine Partei, die für den Fall ihres Unterliegens eine dritte Person belangen will oder den Anspruch einer dritten Person befürchtet, diese auffordern, sie im Prozess zu unterstützen. Die Streitverkündung ist grundsätzlich in jedem Stadium des Verfahrens bis zu dessen rechtskräftigem Abschluss möglich (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] vom 28. Juni 2006, BBI 2006 7221, S. 7283; TANJA DOMEJ, in: Kurzkomentar ZPO, hrsg. von Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas, 3. Aufl. 2021, N. 7 zu Art. 78 ZPO). Die streitberufene Nebenpartei kann jedoch Prozesshandlungen lediglich in dem Umfang vornehmen, in welchem diese auch der Hauptpartei im jeweiligen Prozessstadium zustehen (MICHAEL GRABER, in: Karl Spühler/ Luca Tenchio/ Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N. 1-8 zu Art. 76 ZPO).

2.2. Im summarischen Verfahren findet grundsätzlich nur ein Schriftenwechsel statt (Art. 253 ZPO; BGE 138 III 252 E. 2.1 S. 254). Damit ist der Schriftenwechsel mit der Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 23. Februar 2022 zum Abschluss

gekommen. Das Verfahren ist spruchreif. Da die Rechte der Streitberufenen nicht weiter gehen als jene der Hauptpartei, wäre eine allfällige Stellungnahme der Streitberufenen verspätet. Der Streitberufenen erwächst deshalb kein Nachteil, wenn ihr die Streitverkündung erst im Urteilszeitpunkt angezeigt wird. Entsprechend erübrigt sich eine Vernehmlassung der Streitberufenen vor Fällung des Urteils. Ein Prozessbeitritt könnte einzig im Hinblick auf ein allfälliges Rechtsmittelverfahren von Bedeutung sein.

2.3. Der Streitberufenen kommt ein Akteneinsichtsrecht erst zu, wenn sie sich als Nebenpartei konstituiert hat (Urteil des Bundesgerichts 4A_212/2015 vom 4. November 2015 E. 4.3). Die Vormerknahme der Streitverkündung und deren Mitteilung an die Streitberufene erfolgen deshalb mit separater Verfügung.

3. Rechtliches

3.1. Nach Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB kann eine vorläufige Eintragung vorgemerkt werden zur Sicherung des Anspruchs 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, an diesem Grundstück, sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person zum Schuldner haben".

3.2. Gemäss Art. 961 Abs. 3 ZGB und Art. 261 Abs. 1 ZPO gilt im vorläufigen Eintragungsverfahren das Beweismass der Glaubhaftmachung. Nach allgemeiner Ansicht ist das Beweismass in diesem Verfahren gegenüber anderen Arten vorsorglicher Massnahmen besonders stark herabgesetzt (BGE 137 III 563 E. 3.3 S. 566-567; BGer 5A_613/2015 vom 22. Januar 2015 E. 4; RAINER SCHUHMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N 1394). An die Glaubhaftmachung dürfen folglich keine besonderen Anforderungen gestellt werden (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGE 79 II 424 E. 6 S. 439; BGE 39 II 139 E. 2 S. 139-140; BGer 5P.221/2003 vom 12. September 2003 E. 3.2.1). Die vorläufige Eintragung darf

nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGer 5A_933/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2; 5D_116/2014 vom 13. Oktober 2014 E. 5.3; 5A_475/2010 vom 15. September 2010 E. 3.1.2). Im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen (BGE 102 Ia 81 E. 2b/bb S. 86; BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGer 5A_933/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2; 5A_932/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2; 5A_475/2010 vom 15. September 2010 E. 3.1.2) und die Entscheidung dem definitiven Eintragungsverfahren zu überlassen (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270).

4. Parteivorbringen

4.1. Die Gesuchstellerin stützt sich auf einen mündlich abgeschlossenen Werkvertrag mit der D._____ AG über die Errichtung einer hinterlüfteten Fassade in Akkordarbeit sowie weiterer Aufträge auf der streitgegenständlichen Liegenschaft. Sie macht stichwortartige Ausführungen zu mehreren Arbeiten, teilweise auch betreffend Arbeiten, für die die Gesuchstellerin gar kein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen lassen will.

4.2. Die Gesuchsgegnerin bringt zusammenfassend vor, das Gesuch sei nicht ausreichend substantiiert, weil die Gesuchstellerin die angeblich geleisteten Arbeiten nicht behauptete und zum Beweis bloss eine Parteibefragung offerierte (act. 26 Rz. 6). Weiter ergebe sich, dass die Arbeiten, die zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigen könnten, alle bereits vor dem 1. Dezember 2020 vollendet gewesen seien. Eine fristgerechte vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts hätte bis spätestens am 1. April 2021 erfolgen müssen. Die Arbeiten ab dem 1. Dezember 2021 stellten nur geringfügige Ausbesserungen, Korrekturen oder Nachbesserungen dar. Das Gesuch sei demnach verspätet eingereicht worden (act. 26 Rz. 7).

5. Würdigung

5.1. Die Gesuchstellerin stützt sich auf einen mündlich abgeschlossenen Werkvertrag mit der D._____ AG über die Errichtung einer hinterlüfteten Fassade in Akkordarbeit sowie weiterer Aufträge auf der streitgegenständlichen Liegenschaft (act. 1 S. 3). Die Arbeiten umfassen die Lieferung von Material mit anschliessender Montage, Zuschnitt, Bohrungen und andere Bauarbeiten nach Ausmass (act. 1 S. 3-5; act. 3/3-10). Das Quantitativ ergibt sich aus den (behaupteten) offenen Beträgen aus vier Rechnungen (act. 1 S. 5; act. 3/6-10).

5.2. Den "Ausführungen" der Gesuchstellerin lässt sich zu den angeblich geleisteten Arbeiten nicht viel entnehmen. Die Gesuchstellerin möchte – soweit verständlich – nicht für sämtliche noch nicht bezahlten Arbeiten ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen lassen. Einzig für Arbeiten, für die sie am 16. Februar 2021, am 1. März 2021 und am 6. April 2021 insgesamt vier Rechnungen gestellt hat, soll ein Bauhandwerkerpfandrecht eingetragen werden (act. 1 Rz. IV.5). Zu den Arbeiten, für welche vier Rechnungen gestellt wurden (vgl. Randziffer IV.5) und für die ein Bauhandwerkerpfandrecht eingetragen werden soll, macht die Gesuchstellerin kaum Ausführungen.

5.3. Das Bundesgericht hat jedoch in den letzten Jahren eine Rechtsprechung entwickelt, die im Ergebnis stets zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für nahezu jede Arbeit führt, die zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigt, unbeschrieben davon, ob die gesuchstellende Partei in ihrem Gesuch ihren Substanziierungsobliegenheiten nachkommt. Diese Rechtsprechung hat auch vorliegend zur Folge, dass das Gesuch um Eintragung trotz dürftiger Substantiierung gutzuheissen ist.

5.4. Die Einwände der Gesuchsgegnerin zielen auf die Einhaltung der viermonatigen Eintragsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB. Laut der Gesuchsgegnerin vollendete die Gesuchstellerin ihre Arbeiten vor dem 1. Dezember 2020. Alle nach diesem Datum geleisteten Arbeiten stellten gemäss der Gesuchsgegnerin bloss untergeordnete Arbeiten dar. Die Frist zur Eintragung habe am 1. Dezember 2020

zu laufen begonnen und sei am 1. April 2021 abgelaufen. Die Gesuchstellerin habe mit ihrem Gesuch vom 28. April 2021 die Frist verpasst.

5.5. Die Einwände der Gesuchsgegnerin sind angesichts des dürftig begründeten Gesuchs verständlich, aber sie reichen zur Abwehr des Eintragungsgesuchs *nicht* aus. Die Gesuchsgegnerin bestreitet nicht, dass es sich bei den in den Rechnungen vom 16. Februar 2021, vom 1. März 2021 und vom 6. April 2021 ersichtlichen Arbeiten um Arbeiten handelt, die zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigen. Auch lassen sich die Arbeiten nicht eindeutig als blossе Ausbesserungen, Korrekturen oder Nachbesserungen qualifizieren. Demnach waren erst diese Arbeiten fristauslösend. Die letzten Arbeiten fanden laut Gesuchstellerin am 25. Januar 2021 statt (act. 1 Rz. 6). Die mit Verfügung vom 28. April 2021 angeordnete – und gleichentags erfolgte (act. 8) – superprovisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts in das Grundbuch war damit fristwährend. Das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist gestützt auf die zurzeit bestehende bundesgerichtliche Rechtsprechung gutzuheissen.

6. Fristansetzung zur Prosequierung

Der Gesuchstellerin ist 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 (BGE 143 III 554 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.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 bestimmt (GebV OG; 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 72'910.00 auszugehen. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 5'600.00 festzusetzen.

7.2. 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.

7.3. Bei berufsmässig vertretenen Parteien richtet sich die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Im Verfahren betreffend die vorläufige Eintragung des Pfandrechts werden die Entschädigungsfolgen dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Der Gesuchsgegnerin wird eine Parteientschädigung lediglich für den Fall zugesprochen, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte. Der Gesuchsgegnerin ist für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, eine Parteientschädigung von CHF 6'000.00 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 28. April 2021 bis zur rechtskräftigen

gen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 1, EGRID CH3, F._____-strasse ..., ... G._____, für eine Pfandsumme von CHF 72'910.00.

2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 2. Mai 2022 angesetzt, um eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuhängen. Bei Säumnis kann die Gesuchsgegnerin den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 1) löschen lassen.
3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 5'600.00.
Die weiteren Kosten betragen: CHF 58.00 (Rechnung Nr. 155602.01 des Grundbuchamtes C.____ vom 30. April 2021).
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 6'000.00 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von act. 26 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 72'910.00.

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

Zürich, 2. März 2022

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Giulio Donati