

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE230032-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin sowie Gerichtsschreiber Dr. Pierre Heijmen

Urteil vom 8. Juni 2023

in Sachen

A. _____ AG,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt M.A. HSG X. _____

gegen

B. _____ AG,

Gesuchsgegnerin

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei zu Gunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht auf dem Grundstück Kataster Nr. 1, Plan 2, C._____, Blatt 3, C._____-str. 1/1a D._____, Grundbuch D._____, in der Höhe von Fr. 80'000.- nebst Zins zu 5 % seit 14.03.2023 vorläufig zu errichten.
2. Das Notariat/Grundbuchamt D._____ sei richterlich anzuweisen, das Pfandrecht vorläufig vorzumerken.
2. Der Eintrag sei superprovisorisch, also ohne Anhörung der Gegenpartei, zu erlassen.
3. Es sei eine Prosequierungsfrist von mind. 2 Monaten ab vorläufiger Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts festzusetzen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin machte ihr Gesuch mit Eingabe vom 23. März 2023 (Datum Eingang am Handelsgericht) hierorts anhängig (act. 1, act. 2, act. 3 und act. 4/2-16). Mit Verfügung vom 24. März 2023 wurde dem Gesuch einstellen entsprochen und das Grundbuchamt D._____ ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin angewiesen, das Pfandrecht im beantragten Betrag vorläufig einzutragen; gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist zur schriftlichen Stellungnahme bis am 17. April 2023 angesetzt (act. 5). Das Grundbuchamt D._____ nahm die vorsorgliche vorläufige Eintragung am 24. März 2023 zum Vollzug im Grundbuch entgegen (act. 6). Die Verfügung vom 24. März 2023 wurde von der Gesuchsgegnerin nicht abgeholt (act. 7/2). Mit Verfügung vom 11. April 2023 wurde der Gesuchsgegnerin eine neue Frist von 20 Tagen ab Zustellung angesetzt (act. 10). Auch die Verfügung vom 11. April 2023 wurde von der Gesuchsgegnerin nicht abgeholt (act. 11/2). Mit Schreiben vom 27. April 2023 ersuchte das hiesige Gericht die Kantonspolizei Appenzell Ausserrhoden um Zustellung der Verfügung vom 11. April 2023 (act. 12). Mit Eingabe vom 2. Mai 2023 reichte die Gesuchsgegnerin eine Stellungnahme ein (act. 14, act. 15/1-4). Aus dem Zustellungsbeleg der Kantonspolizei Appenzell Ausserrhoden geht hervor, dass die Zustellung an die

Gesuchsgegnerin am 5. Mai 2023 erfolgte (act. 16). Weitere Eingaben wurden nicht eingereicht.

2. Sachverhaltsübersicht

Die Gesuchstellerin verlangt die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für Arbeiten auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin in D. _____ in der Höhe von CHF 80'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit 14. März 2023. Sie begründet diesen Anspruch mit der ausstehenden Zahlung des vereinbarten Werkpreises. Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Pfandforderung teilweise in Bestand und Berechtigung.

3. Formelles

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 13 lit. a i.V.m. Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO, die sachliche Zuständigkeit aus Art. 6 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 und 2 ZPO sowie § 45 lit. b GOG (BGE 137 III 563 E. 3.4). Die übrigen Eintretensvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

4. Voraussetzungen des Bauhandwerkerpfandrechts

4.1. Gemäss 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". 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).

4.2. 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. Im Zweifelsfalle ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechtes dem ordentlichen Gericht vorzubehalten. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 137 III 563 E. 3.3; 102 Ia 86; 112 Ib 484; 86 I 265 E. 3; BGer 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4; ZR 79/3 Nr. 80 S. 152 E. 1; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2021, N 1533 ff.).

5. Pfandforderung und -berechtigung

5.1. Unbestritten ist, dass die Gesuchstellerin auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin in D._____ als Subunternehmerin für die E._____ GmbH tätig geworden ist. Die E._____ GmbH ist von der F._____ AG beauftragt worden, welche den Gesamtauftrag von der Gesuchsgegnerin erhalten hat (act. 2 Rz. 3 f.; act. 14 S. 1). Im Rahmen des Auftrags vom 28. September 2022 hat sich die Gesuchstellerin gegenüber der E._____ GmbH zu diversen Tiefbauarbeiten verpflichtet (act. 4/2). Weiter ist unbestritten, dass die Gesuchstellerin die offerierten Leistungen erbracht hat. Die Gesuchstellerin bereinigte die Schlussrechnung direkt und einigte sich mit der Gesuchsgegnerin grundsätzlich auf einen Betrag in Höhe von CHF 80'000.– für die von der Gesuchstellerin geleisteten Arbeiten (act. 2 Rz. 9; act. 4/15). Auch die E._____ GmbH stimmte im Wesentlichen zu, bezahlte aber weder die vorgängigen Rechnungen noch die Schlussrechnung (act. 2 Rz. 3 ff.; act. 4/3-5; act. 4/9).

5.2. Die Gesuchsgegnerin wendet ein, dass sie der F._____ AG bereits CHF 200'000.– überwiesen habe. Diese habe ihrerseits einen Betrag in Höhe von CHF 135'000.– an die E._____ GmbH für Tiefbauarbeiten geleistet, mit welchem die offene Forderung an die Gesuchstellerin hätte bezahlt werden sollen (act. 14; act. 15/1-4). Dieser Einwand verfängt nicht, da damit nicht nachgewiesen ist, dass die Gesuchstellerin für die geleisteten Arbeiten bezahlt wurde, zumal die Ge-

suchsgegnerin selber ausführt, sie wisse nicht genau, ob die E._____ GmbH die Zahlungen an die Gesuchstellerin geleistet habe (act. 14 S. 2). Daher ist davon auszugehen, dass die Werklohnforderung der Gesuchstellerin nach wie vor besteht. Zusammenfassend lässt sich die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Pfandsumme in der Höhe von CHF 80'000.– nachvollziehen.

5.3. Darüber hinaus wendet die Gesuchsgegnerin ein, dass die in der Schlussrechnung aufgeführten Positionen der Baustelleneinrichtung, der Zufahrt zur Baustelle und der Arbeitsunterbrüche nicht pfandberechtigt seien (act. 14).

5.4. Zutreffend ist, dass die Erstellung von Baustelleneinrichtungen grundsätzlich nicht zum Baupfandrecht berechtigt. Eine Pfandberechtigung kann für Arbeiten in diesem Bereich jedoch angenommen werden, wenn es sich um objektspezifische Arbeitsleistungen handelt. Dies ist namentlich bei jenen Elementen der Baustelleneinrichtung der Fall die (ähnlich z.B. wie Baugerüste) dem Ein- und Ausbau, dem An- und Abtransport von Baumaterial und Bauschutt oder der Bearbeitung vorhandener Bausubstanz dienen und baustellenspezifisch entworfen wurden (SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2021, N 377 ff).

5.5. Unbestrittenermassen führte die Gesuchstellerin auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin diverse Tiefbauarbeiten aus. Dazu gehörten unter anderem die Erstellung von Baugrubenabschlüssen und Aussteifungen, die Lieferung von Ausfachungen in Beton, die Errichtung von Absperrungen und der Transport und die Lagerung verschiedener Materialien im Zusammenhang mit der Baugrube (vgl. act. 1 Rz. 3; act. 4/2; act. 4/15). Diese Leistungsumschreibungen legen objektspezifische Tätigkeiten nahe. Es erscheint daher nicht als höchst unwahrscheinlich, dass es sich bei diesen Leistungen um pfandberechtigten Arbeitsleistungen handelt. Damit sind die Leistungen der Gesuchstellerin einstweilen als Lieferung von "Arbeit" im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB zu qualifizieren.

5.6. Die Gesuchstellerin beantragt eine Verzinsung von 5 % ab dem 14. März 2023 (act. 1 S. 2). Gemäss den unbestritten gebliebenen Behauptungen der Gesuchstellerin hat sich die E._____ GmbH zur sofortigen Zahlung der offenen

Schlussrechnung vom 14. März 2023 verpflichtet (act. 4/15). Vor diesem Hintergrund ist glaubhaft, dass der Zinsenlauf am 14. März 2023 begann.

5.7. Schliesslich ist unbestritten geblieben, dass die letzten Arbeiten am 1. Dezember 2022 ausgeführt worden sind (act. 2 Rz. 11; act. 4/5; act. 4/6n). Es erscheint glaubhaft, dass diese der Vollendung dienten, weshalb die viermonatige Frist mit der superprovisorischen Eintragung des Pfandrechts am 24. März 2023 (vgl. act. 8) gewahrt wurde.

5.8. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es der Gesuchstellerin gelingt, einen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandsomme von CHF 80'000.– nebst Zins zu 5 % seit 14. März 2023 glaubhaft zu machen.

6. Fristansetzung zur Prosequierung

Der Gesuchstellerin ist sodann 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 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). Vorliegend ist von einem Streitwert von CHF 80'000.– auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf rund die Hälfte der Grundgebühr, nämlich CHF 4'000.–, festzusetzen ist.

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. Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorzubehalten. Mangels Antrag der Gesuchsgegnerin ist ihr für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, keine Parteientschädigung für das vorliegende Verfahren zuzusprechen (BGE 139 III 334 E. 4.3).

Das Einzelgericht erkennt:

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D._____ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 24. März 2023 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 3, EGRID ..., C._____-strasse 1 und 1a, D._____, für eine Pfandsumme von CHF 80'000.– nebst Zins zu 5 % seit 14. März 2023.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 8. August 2023 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 4'000.–.
Die weiteren Kosten betragen: CHF 58.– (Rechnung Nr. ... des Grundbuchamtes D._____ vom 27. März 2023).

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 die ihr in Dispositiv-Ziffer 2 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird der Gesuchsgegnerin keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage von act. 14 und act. 15/1-4 sowie an das Grundbuchamt D._____.
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 80'000.-.

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

Zürich, 8. Juni 2023

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Pierre Heijmen