

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE220091-O

U/pz

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie Gerichtsschreiber
Dr. Benjamin Büchler

Urteil vom 21. Oktober 2022

in Sachen

A._____ GmbH,
Gesuchstellerin

gegen

B._____ AG,
Gesuchsgegnerin

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Das Grundbuchamt C. _____ sei im Sinne von Art. 961 ZGB sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei einstweilen anzuweisen, zugunsten des Gesuchstellers und zulasten des Grundstückes des Gesuchsgegners ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, Plan 2, D. _____-strasse ..., in E. _____ für eine Pfandsumme von Fr. 33200.00 nebst Zins zu 5% seit 11.07.2022.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchsgegners."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Mit Eingabe vom 24. September 2022 stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich das vorstehend aufgeführte Begehren (act. 1). Mit Verfügung vom 27. September 2022 wurde das Grundbuchamt C. _____ angewiesen, das Pfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 3). Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Begehren der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen (act. 3). Am 16. Oktober 2022 erstattete die Gesuchsgegnerin ihre Stellungnahme (act. 8).

2. Die Gesuchstellerin macht geltend, sie sei gestützt auf einen Werkvertrag mit der Gesuchsgegnerin auf deren Grundstück tätig gewesen. Der Werkvertrag habe Fassadenbauarbeiten umfasst. In der Folge seien Zusatzarbeiten hinzu gekommen. Akontorechnungen im Umfang von CHF 25'000.– seien bezahlt worden, die nach Abschluss der Arbeiten gestellte Schlussrechnung dagegen unbezahlt geblieben (act. 1 S. 3).

Die Gesuchsgegnerin hält dem entgegen, der Werkvertrag sei «mit der GmbH» abgeschlossen worden. Laufende Zusatzarbeiten seien nicht angefallen, nur einzelne, welche durch einen Subunternehmer ausgeführt worden seien. Die eingereichte Schlussrechnung sei falsch. Sie habe erst eine Schlussrechnung über CHF 6'500.– erhalten und danach mit gleichem Datum und Rechnungsnummer eine über CHF 32'000.–. Auch seien nicht sämtliche Arbeiten vollendet worden (act. 8).

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 Grundstücks, 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). Reine Materiallieferungen sind dann pfandberechtigt, wenn es sich um Baustoffe handelt, welche aufgrund einer individuellen Bestellung für das konkrete Bauwerk hergestellt worden sind (SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl., Zürich 2022, N 237).

Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung eines Pfandrechts, 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 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 den 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 E. 1; SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 1529 ff.).

4.1. Die Gesuchsgegnerin ist Eigentümerin des Grundstücks, auf dem die von der Gesuchstellerin behaupteten Leistungen erbracht worden sind (act. 2/5). Die Gesuchsgegnerin ist darauf hinzuweisen, dass sie als Grundeigentümerin für den Prozess um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts passivlegitimiert ist, unabhängig davon, wer der Vertragspartner des Bauhandwerkers ist. Ein Formfehler, wie von ihr vorgebracht (act. 8 Punkt 1) liegt entsprechend nicht vor.

4.2. Die Gesuchstellerin behauptet einen mündlichen Werkvertrag mit der B._____ AG, also der Gesuchsgegnerin (act. 1 S. 3), während die Gesuchsgegnerin von einem Vertrag mit der Generalunternehmerin F._____ GmbH spricht (act. 8 Punkt 2). Wer letztlich den Vertrag mit der Gesuchstellerin abgeschlossen hat - wobei G._____ soweit ersichtlich für beide Gesellschaften handeln kann und konnte (vgl. www.zefix.ch) - ist für das vorliegende Verfahren irrelevant. Dass die Gesuchstellerin gestützt auf einen Vertrag Leistungen auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin erbracht hat, ist unbestritten geblieben.

4.3. Weiter ist glaubhaft und wird nicht bestritten, dass die von der Gesuchstellerin erbrachten Leistungen pfandberechtigt sind. Es handelt sich demnach um Leistungen im Bereich Fassadenbau (act. 1 S. 3).

4.4. Pauschal bestreitet die Gesuchsgegnerin die Vollendung der Arbeiten (act. 8 Punkt 9). Welche Arbeiten gegebenenfalls nicht ausgeführt worden sein sollen, führt sie allerdings nicht aus. Entsprechend ist die Ausführung der Gesuchstellerin als glaubhaft anzusehen.

4.5. Bestritten wird seitens der Gesuchsgegnerin die Höhe der berechtigten Pfandsumme. Nach ihrer eigenen Berechnung seien lediglich noch CHF 1'390.- offen, dies gestützt auf einen Einheitspreis für die Fassade von CHF 60.- pro m² sowie einer Pauschale von CHF 2'000.- für die Balkone (act. 9/6). Laufende Zusatzarbeiten seien nicht erfolgt (act. 8 Punkt 4).

Für den Umfang der Zusatzarbeiten verweist die Gesuchstellerin auf die Rechnungen. Die Schlussrechnung - welche selbsterklärend ist, womit der Verweis für die Substantiierung genügt - führt nebst der Aussenisolation verschiedene Arbeiten auf (act. 2/10): Konsolen für Fensterläden, Fensterbänke, Leibungen, Innenbereich Balkone, Regiearbeiten Anpassung Isolation. Die Gesuchsgegnerin führt selbst Zusatzarbeiten bezüglich den Balkonen auf und verweist im Übrigen auf eine Aufstellung, die sie vor Abschluss des Werkvertrages erstellt hat, welche Arbeiten im Bereich der Fensterbänke, der Leibungen und der Rollläden enthält (act. 8 Punkt 4, act. 9/6). Damit erscheint glaubhaft, dass die von der Gesuchstellerin benannten Arbeiten in Auftrag gegeben worden sind. Ob es sich um Zusatz-

arbeiten handelt oder diese gegebenenfalls vom vereinbarten Preis umfasst sind, ergibt sich aus den Parteibehauptungen und den vorgelegten Unterlagen nicht abschliessend. Dies muss im vorliegenden Verfahren auch nicht definitiv geklärt werden. Jedenfalls erscheint nicht ausgeschlossen, dass es sich um Zusatzarbeiten handelt, welche entsprechend zu entschädigen wären. Zudem ist festzuhalten, dass die Gesuchstellerin auch berechtigt ist, ein Pfandrecht für Leistungen einzutragen, welche ein Subunternehmer in ihrem Auftrag erbracht hat, sofern dieser seinerseits kein Pfandrecht geltend macht (SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 538 ff.). Die Ausführung durch einen Gipser H._____, steht einer Eintragung folglich nicht entgegen.

Weiter bringt die Gesuchsgegnerin vor, ihr seien zwei unterschiedliche Schlussrechnungen gestellt worden (act. 8 Punkt 8; act. 9/5+5a). Die Gesuchstellerin hat sich bisher zu diesem Sachverhalt nicht äussern können. Eine Fristansetzung zur Stellungnahme erscheint jedoch nicht erforderlich, zumal die Ausführungen der Gesuchsgegnerin die Glaubhaftigkeit des Anspruchs ohnehin nicht in genügender Weise zu erschüttern vermögen. So kann zwar nicht von der Hand gewiesen werden, dass die beiden von der Gesuchsgegnerin eingereichten Rechnungen vom 3. Juli 2022 Fragen aufwerfen (act. 9/5+5a). Insbesondere ist unklar, weshalb die Gesuchstellerin mit der Zustellung der Schlussrechnung vom 3. Juli 2022 bis zum 27. August 2022 zugewartet hat oder diese dann erneut zugestellt hat (act. 2/13; act. 9/9 S. 4). Dass die Rechnung später korrigiert worden ist, könnte eine Erklärung dafür sein. Allerdings widerspricht der von der Gesuchstellerin geschilderte Ablauf den von ihr eingereichten Beilagen. Dass die erhöhte Rechnung über CHF 33'200.– eine Reaktion auf ein in Frage stellen der Schlussrechnung sein soll (so die Gesuchsgegnerin, act. 8 Punkt 8), lässt sich nicht erhärten. Die von der Gesuchsgnerin angerufene E-Mail datiert vom 28. August 2022, also einen Tag nach der Zustellung der (neuen) Rechnung (act. 9/9 S. 5). Ausserdem ist ihre Darstellung insofern widersprüchlich, als dass sie unterschiedliche Behauptungen zum offenen Restbetrag aufstellt (act. 9/6 S. 2: CHF 1'390.–; act. 9/9 S. 5+7 CHF 1'200.–; act. 8 S. 2 CHF 2'000.–), was ihren Standpunkt auch nicht glaubwürdiger erscheinen lässt. Dagegen ist die Darstellung der Gesuchstellerin in sich stimmig

und die Rechnung widerspiegelt - wie gezeigt - die nach glaubhafter Darstellung geleisteten Arbeiten.

Insgesamt erscheint damit zumindest nicht ausgeschlossen, dass ein Pfandanspruch in der geltend gemachten Höhe besteht.

4.6. Die Gesuchstellerin beantragt eine Verzinsung des Pfandanspruchs ab dem 11. Juli 2022. Dies aufgrund der angegebenen Zahlungsfrist auf der Rechnung vom 3. Juli 2022 (act. 2/10). Die Gesuchsgegnerin äussert sich zum Zinsanspruch nicht. Es kann somit nicht ausgeschlossen werden, dass die Rechnung der Gesuchsgegnerin sogleich zugestellt und diese mit Ablauf der angegebenen Zahlungsfrist in Verzug geraten ist.

4.7. Aus den eingereichten Wochenrapporten ergibt sich, dass die letzten Arbeiten am 2. Juli 2022 erfolgt sind (act. 1 S. 3; act. 2/25). Die pauschale Behauptung falscher Arbeitsrapporte kann an der Glaubhaftigkeit dieser Darstellung nichts ändern. Hinzu kommt, dass nach der Aufstellung der Gesuchsgegnerin die Arbeiten bis zum 13. Juni 2022 dauern sollten (act. 9/6 S. 1) und noch nicht abgeschlossen seien (act. 8 S. 2). Selbst wenn dies zutreffen würde, wäre mit provisorischen Eintragung am 27. September 2022 (act. 6) die Viermonatsfrist eingehalten worden.

4.8. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass zwar durchaus Aspekte vorliegen, die im Rahmen eines ordentlichen Verfahrens (deutlich) substantiiert darzulegen wären, es der Gesuchstellerin aber gerade noch gelingt, einen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts von CHF 33'200.– nebst Zins zu 5 % seit 11. Juli 2022 glaubhaft zu machen.

5. Sodann ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequenzfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (BGE 143 III 554 E. 2.5.2). Da eine 60-tägige Frist am 23. Dezember 2022 enden würde, erscheint vorliegend das Ansetzen einer leicht verlängerten Prosequenzfrist angemessen. Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich, bedarf aber eines ge-

sonderten 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.

Die anwaltlich nicht vertretene Gesuchstellerin ist darauf hinzuweisen, dass das Handelsgericht Zürich als Fachgericht zuständig ist für handelsrechtliche Streitigkeiten, deren Streitwert CHF 30'000.– übersteigt (Art. 6 ZPO). Eine Klage hat die Anforderungen von Art. 221 ZPO zu erfüllen, also insbesondere ein klares Rechtsbegehren (was soll das Gericht entscheiden), die erforderlichen Tatsachenbehauptungen (Begründung auf welcher Grundlage das Gericht so entscheiden soll) und die Bezeichnung der Beweismittel (woraus ergibt sich das Behauptete) zu enthalten. Es ist nicht Aufgabe eines Gerichts, den Sachverhalt aus Unterlagen zusammenzusuchen bzw. diesen selbst zu ermitteln und nach freiem Ermessen zu entscheiden.

6. 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 33'200.– auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 1'100.– 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. Mangels Antrag der Gesuchsgegnerin sind für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt I. _____ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 27. September 2022 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 3, EGRID CH4
D. _____-strasse ..., E. _____,
für eine Pfandsumme von CHF 33'200.– nebst Zins zu 5 % seit 11. Juli 2022.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 6. Januar 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 1'100.–.
Die weiteren Kosten betragen: CHF 56.– (Rechnung Nr. ... des Grundbuchamtes I. _____ vom 27. September 2022).
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, werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel der act. 8 und act. 9/1-13, sowie an das Grundbuchamt I._____.
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 33'200.-.

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

Zürich, 21. Oktober 2022

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler