

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE120266-O

U/ei

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vizepräsident, sowie
der Gerichtsschreiber Christian Fischbacher

Urteil vom 21. August 2012

in Sachen

A._____ SA,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Beklagte

sowie

C._____ AG,

Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Y._____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Zwecks Sicherung der Forderung der Gesuchstellerin gegenüber der Bestellerin E. _____ AG, F. _____, in der Gesamthöhe von CHF 107'192.65, sei das zuständige Grundbuchamt G. _____ anzuweisen, im Grundbuch z.L. des Grundstücks "..., [Adresse] / Kat.-Nr. ..." in J. _____ ein vorläufiges Bauhandwerkerpfandrecht zu Gunsten der Gesuchstellerin einzutragen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1.

Am 6. Juli 2012 überbrachte die Klägerin das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (act. 1). Mit gleichentags ergangener Verfügung wurde das Grundbuchamt G. _____ antragsgemäss angewiesen, ein Bauhandwerkerpfandrecht im genannten Umfang vorläufig im Grundbuch einzutragen (Prot. S. 3). Gleichzeitig wurde der Beklagten Frist zur Stellungnahme zum klägerischen Begehren angesetzt (Prot. S. 3). Innert Frist verkündete die Beklagte der C. _____ AG den Streit (act. 6). Diese trat daraufhin als Nebenintervenientin zugunsten der Beklagten dem Prozess bei (act. 8). Innert der auf Gesuch hin erstreckten Frist (Prot. S. 6) nahm die Nebenintervenientin schliesslich zum klägerischen Begehren Stellung (act. 10).

2.

Die Beklagte ist Bauherrin des Bürogebäude-Komplexes "... " und beauftragte die Nebenintervenientin als Generalunternehmerin mit der Erstellung des Gebäudes. Die Nebenintervenientin beauftragte für die Gartenbauarbeiten die Firma E. _____ AG, welche ihrerseits einen Vertrag mit der Klägerin schloss. Die Klägerin ist ein im Kanton H. _____ beheimatetes Natursteinunternehmen, das über eigene Steinbrüche verfügt (act. 1 Rz. 7 ff. und 15).

Die Klägerin macht geltend, sie habe auftragsgemäss das gesamte bestellte Material aus einem bestimmten Steinbruch in I. _____ gewonnen, gemäss Wunsch des Bestellers zugeschnitten, verpackt und nach J. _____ transportiert. Dabei betont sie, dass es sich beim gelieferten Stein nicht um Serienware handle, sondern um einmaliges exklusives Material, das nur an einem einzigen Ort auf der Welt vorkomme, (aufgrund der Eigentumsverhältnisse) nur von ihr – der Klägerin – gewonnen werden könne und schliesslich in die vom Kunden gewünschte Form gebracht werde (act. 1 Rz. 14 ff.). Weil die E. _____ AG sie für ihre Leistungen nicht bezahlt habe, stelle sie das vorliegende Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts.

Die Nebenintervenientin wendet dagegen ein, dass die letzte Lieferung der Klägerin Pflastersteine umfasst haben soll. Sie bestreite, dass eine solche Lieferung fristauslösend wirken soll. Der von der Klägerin eingereichte Plan (act. 3/7) sei nicht Grundlage der Bestellung gewesen, welche mit der Auftragsbestätigung vom 15. September 2011 in Zusammenhang stehe. Auf diesen Plan werde weder in der Auftragsbestätigung verwiesen, noch sei dieser zum Vertragsinhalt geworden. Hauptelement der Bestellung seien 50 Tonnen Pflastersteine gewesen, lose geladen. Dabei handle es sich naturgemäss um vertretbare Ware, welche nicht zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtige. Die Klägerin führe sodann selbst aus, dass das gelieferte Material nicht von ihr sondern von der E. _____ AG baulich verwendet bzw. eingebaut worden sei. Sie selbst habe die Steine folglich lediglich geliefert. Die Klägerin sei somit als Zu- bzw. Baumateriallieferantin zu qualifizieren und habe im Grundsatz keinen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Die von der Klägerin abgebauten Steine könnten sodann keine Einzigartigkeit für sich beanspruchen (act. 10 Rz. 7, 9 f., 12 und 14 f.).

3.

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts für Forderungen von Handwerkern und Unternehmern, die zu Bauten oder anderen Werken auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Ein Anspruch besteht auch für reine

Materiallieferungen, allerdings nur, wenn der Baustoff für das betreffende einzelne Bauwerk aufgrund einer individuellen Bestellung (mittels eines Baubeschriebs, aufgrund der Position in einem Leistungsverzeichnis oder nach einem Plan) eigens hergestellt wird. 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 (siehe BGE 92 II 227; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N 299 ff. und 869 ff.). Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu geschehen (Art. 839 Abs. 2 ZGB).

Geht es wie hier lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechtes, so muss die Klägerin 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 namentlich 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, a.a.O., N 1394 ff.).

4.

Im vorliegenden Fall stellen sich im Wesentlichen zwei Fragen: (1) Berechtigt die Lieferung der "..."-Produkte die Klägerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts und (2) wann wurde die Verwirkungsfrist ausgelöst?

4.1. Zur ersten Frage ist Folgendes festzuhalten: Das Argument der Einzigartigkeit des "...", welches im Ergebnis darauf hinaus läuft, dass die Klägerin behauptet, jeder einzelne Pflasterstein sei ein Unikat, überzeugt nicht. Soweit die Bundesgerichtsentscheide im Zusammenhang mit den Frischbetonlieferungen mit dem vorliegenden Fall in Bezug gebracht werden, ist festzuhalten, dass Frischbe-

ton als "verderbliche" Ware zu qualifizieren ist, die nach deren Herstellung innert kurzer Zeit auf dem jeweiligen Grundstück verarbeitet werden muss, da sie ansonsten nicht mehr verwendet werden kann. Anders bei Granitsteinen, deren Verarbeitung mit einem Baugrund zeitlich uneingeschränkt möglich ist und die – einmal eingebaut – sogar wieder entfernt und anderweitig verwendet werden können. Die Fälle lassen sich somit nicht vergleichen. Gegen die Pfandberechtigung spricht ferner, dass die Nebenintervenientin glaubhaft darlegen kann, dass es sich (zumindest) bei den Pflastersteinen um vertretbare Waren handelt (act. 10 Rz. 11; act. 11/1). In Bezug auf die Stellplatten und Blockstufen stellt die Nebenintervenientin aber lediglich die Behauptung auf, dass diese in handelsüblichen Standardgrössen bestellt worden seien (act. 10 Rz. 25), was von der Klägerin in Abrede gestellt wird (act. 1 Rz. 14). Aus der Auftragsbestätigung vom 15. September 2011 und dem Lieferschein vom 27. Oktober 2011 geht sodann hervor, dass die Klägerin einen Zuschlag für Bohrungen erhob (act. 3/2 S. 2; act. 3/3b). Damit ist zumindest indiziert, dass die Stellplatten und Blockstufen keine Standardprodukte der Klägerin waren resp. für die fragliche Überbauung abgeändert wurden. Unklar erscheint schliesslich die Bedeutung von act. 3/7 (Plan des Landschaftsarchitekten): Es fragt sich, ob die Stellplatten und Blockstufen eigens nach den im Plan aufgeführten Massen angefertigt wurden. Dies behauptet die Klägerin zumindest sinngemäss (act. 1 Rz. 16) und wird von der Nebenintervenientin vergleichsweise unpräzise bestritten (act. 10 Rz. 25). Der Umstand, dass in der Auftragsbestätigung nicht auf den von der Klägerin eingereichten Plan verwiesen wird, schliesst nicht aus, dass letztere die von ihr zu liefernden Steine nach diesem Plan herzustellen hatte. Es liegt damit zumindest im Bereich des Möglichen, dass es sich bei den Stellplatten und Blockstufen um *nicht vertretbare* Waren handelte.

4.2. Betreffend die zweite Frage ist festzuhalten, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung hinsichtlich der Frage des Fristbeginns der Viermonatsfrist inkonsistent ist. Nach der restriktiven Auslegung gelten nur objektspezifische und funktional notwendige Bauarbeiten als fristauslösende Vollendungsarbeiten. Nach der extensiven Auslegung beginnt die Frist erst zu laufen, wenn der Unternehmer alle Verrichtungen, die er gemäss Werkvertrag schuldete, ausgeführt hat (siehe SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O. N 1101 ff.). Adaptiert man

diese Rechtsprechung auf reine Materiallieferungen, wirken entweder nur Materiallieferungen, die objektspezifisch, d.h. ausdrücklich zur Verwendung auf dem Baugrund, hergestellt wurden und ohne die der Verwendungszweck nicht erreicht werden könnte, oder sämtliche vertraglich geschuldeten Materiallieferungen fristauslösend. Mithin kann sogar die Lieferung von Pflastersteinen fristauslösend wirken, wenn sie – wie vorliegend – Bestandteil einer vertraglich geschuldeten Leistung ist, die auch die Lieferung von nicht vertretbaren Waren umfasst. Im Lichte dieser Erwägungen liegt es im Bereich des Möglichen, dass die viermonatige Verwirkungsfrist im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB am 10. März 2012 zu laufen begann (siehe act. 3/1). Mit vorläufiger Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts am 6. Juli 2012 wäre diese Frist gewahrt.

4.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nicht unbedeutende Zweifel an der Eintragungsfähigkeit der klägerischen Leistung bestehen. Wie aus den Erwägungen ersichtlich wird, ist ein Anspruch aber nicht ausgeschlossen. Im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zu bestätigen und der endgültige Entscheid über die Eintragungsfähigkeit dem Gericht im ordentlichen Verfahren vorzubehalten.

5.

Die Kosten des vorliegenden Verfahrens (berechnet in Beachtung von § 4 Abs. 2 und § 8 Abs. 1 GebV OG) sind einstweilen von der Klägerin zu beziehen. Vorbehalten bleibt die endgültige Festsetzung und Verteilung der Prozesskosten durch das ordentliche Gericht. Für den Fall, dass die Klägerin die ordentliche Klage nicht fristgerecht anhängig macht, sind ihr die Kosten endgültig aufzuerlegen, und sie ist überdies antragsgemäss zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen (siehe Art. 105 ZPO). Die Parteientschädigung enthält keine Mehrwertsteuer, weil die Beklagte diese nicht verlangt hat. Keine Parteientschädigung steht der Nebenintervenientin zu. Besondere Billigkeitsgründe, die für eine Ausnahme von diesem Grundsatz sprechen würden, sind keine ersichtlich und wurden auch nicht behauptet (siehe dazu BSK ZPO-Frei, Art. 77 Rz. 3).

Der Einzelrichter erkennt:

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt G._____ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 6. Juli 2012 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. ... [Adresse], für eine Pfandsumme von Fr. 107'192.65.
2. Der Klägerin wird eine Frist von *60 Tagen* ab Zustellung dieses Urteils angesetzt, um eine Klage auf Feststellung der Forderung als Pfandsumme und definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Beklagte anzuheben. Bei Säumnis kann die Beklagte den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 1) löschen lassen.
3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 4'500.–.
4. Die Kosten werden von der Klägerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die Klägerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 2 die Klage nicht anhängig macht, wird ihr die Entscheidgebühr definitiv auferlegt.
5. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Klägerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 2 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 200.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Hauptparteien, an die Nebenpartei sowie an das Grundbuchamt G._____.
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).

Zürich, 21. August 2012

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. Christian Fischbacher