

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE120479-O

U/dz

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vizepräsident, sowie
die Gerichtsschreiberin Claudia Marti

Urteil vom 24. Januar 2013

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:
(act. 1 sinngemäss)

Es sei das Grundbuchamt C._____ im Sinne von Art. 961 ZGB anzuweisen, zugunsten der Klägerin ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf der Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ..., D._____strasse ..., E._____, für eine Pfandsumme von CHF 44'131.30 nebst Zins zu 5 % seit 5. November 2012.

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Klägerin reichte am 16. November 2012 (Datum Poststempel) ein Gesuch um superprovisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ein (act. 1 und 2). Diesem Gesuch wurde entsprochen und die Eintragung des verlangten Bauhandwerkerpfandrechts mit Verfügung vom 19. November 2012 einstweilen angeordnet (act. 4). Zugleich wurde der Beklagten Frist zur Stellungnahme angeordnet (act. 4). Innert erstreckter Frist (Prot. S. 4) reichte die Beklagte am 10. Dezember 2012 ihre Stellungnahme ein, die der Klägerin am 13. Dezember 2012 zugestellt wurde (Prot. S. 5).

Mit Eingabe vom 27. Dezember 2012 ersuchte die Klägerin darum, ihr sei Gelegenheit zu bieten, zu den Vorbringen der Beklagten betreffend Passivlegitimation und Rechtzeitigkeit des Begehrens um vorläufige Eintragung Stellung zu nehmen (act. 13). Mit Verfügung vom 8. Januar 2013 wurde die Klägerin darauf hingewiesen, dass es ihr frei steht, sich binnen angemessener Frist zur Stellungnahme der Beklagte zu äussern (act. 15). Eine Stellungnahme der Klägerin ging nicht ein.

Der offensichtliche Schreibfehler der Verfügung vom 19. November 2012 betreffend den beantragten Pfandbetrag (CHF 44'131.30 anstelle von CHF 44'121.30; act. 4 S. 2) ist zu korrigieren und das einstweilen vorgemerkte Pfandrecht im Umfang von CHF 10.– durch das zuständige Grundbuchamt löschen zu lassen.

2. Parteibehauptungen

2.1. Die Klägerin beantragt die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf der Liegenschaft der Beklagten für eine Forderung CHF 44'121.30 (act. 1). Die Klägerin macht geltend, die F._____ AG habe bei ihr für die Waschstrasse an der D._____strasse in E._____ auf der Liegenschaft der Beklagten den Abbruch und das Neuerstellen der Tiefbauarbeiten für pauschal netto inkl. 8 % MWSt CHF 385'000.– (CHF 356'481.50 exkl. MWSt) bestellt (act. 1 S. 1, act. 3/3). Die Arbeiten der Klägerin seien am 26. Juli 2012 fertig gestellt worden (act. 1 S. 2, act. 3/2). Zur Pauschale seien gemäss Schlussrechnung die Nachtrags- und Regierechnungen über CHF 85'385.15 (exkl. MWSt), Ausmass zus. Arbeiten sowie nicht ausgeführte Arbeiten von CHF 5'729.– und die Rapporte 48-55 über CHF 6'213.65 hinzugekommen. Vom Total in Abzug zu bringen seien CHF 409'459.25 an bezahlten Rechnungen und CHF 5'660.– für Aufwendungen Plattenleger. Zusätzlich stellt die Klägerin CHF 103.– Betriebskosten, CHF 60.– Eintragung ins Grundbuch (Bauhandwerkerpfandrecht) und CHF 2'000.– Kosten Handelsgericht Kt. Zürich (Bauhandwerkerpfandrecht) in Rechnung (act. 3/3 S. 2). Die Schlussrechnung der Klägerin lautet insgesamt auf CHF 40'853.05 zuzüglich 8 % MWSt, somit inkl. MWSt CHF 44'121.30 (act. 3/3 S. 1), was dem zur Eintragung als Pfandsumme des Bauhandwerkerpfandrechts beantragten Betrag entspricht.

2.2. Die Beklagte beantragt die Abweisung des Begehrens. Sie wendet gegen den Anspruch der Klägerin auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts für CHF 44'121.30 auf ihrer Liegenschaft an der D._____strasse in E._____ ein, die Klägerin äussere sich nicht klar zur Frage der Passivlegitimation. Sie gehe offensichtlich davon aus, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten ein Vertragsverhältnis bestehe. Ein solches Vertragsverhältnis habe sie aber weder behauptet noch belegt. Die Beklagte sei nicht Bestellerin und sie bestreite daher ausdrücklich ihre Passivlegitimation. Der von der Klägerin eingereichte Tagesrapport vom 26. Juli 2012 sei weder von der Klägerin noch von der F._____ als Bestellerin unterzeichnet und damit auch als Beweismittel im summarischen Verfahren nicht tauglich. Vielmehr liste die Klägerin selbst in ihrer Zusammenstellung zur Schluss-

rechnung diverse "Regierechnungen Bauherr" auf, welche allesamt gemäss der Auflistung spätestens im Juni 2012 in Rechnung gestellt worden seien. Auch führe die Klägerin in ihrem E-Mail vom 6. November 2012 an G._____, Präsident des Verwaltungsrats der F._____, auf, dass die Regierapporte, welche an ihn geliefert worden seien, bereits seit dem 25. Juli 2012 bei ihm seien. Aufgrund dieser Daten sei nicht nachvollziehbar, inwiefern die geltend gemachten letzten Arbeiten am 26. Juli 2012 hätten erfolgen sollen. Schliesslich sei das Werk am 20. April 2012 zur Ablieferung vorgesehen gewesen. Die Pflichtwidrigkeit der Verzögerung mache der Präsident des Verwaltungsrats der Bestellerin F._____ in seiner Stellungnahme zur Schlussrechnung der Klägerin unter der noch zu klärenden Position Bauverzögerung zumindest sinngemäss geltend. Damit wäre die Frist für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bereits am 20. August 2012 abgelaufen (act. 11 S. 2 ff.).

Betreffend die Pfandsumme bringt die Beklagte vor, die Bestellerin habe zu den Detailpositionen auf einer eigenen Auflistung Stellung genommen. Damit habe sie deutlich gemacht, dass diverse Positionen nicht anerkannt gewesen seien. Dies anerkenne die Klägerin teilweise auch, indem sie in ihrer E-Mail an den Verwaltungsratspräsidenten der Bestellerin sinngemäss ausführe, dass sie wohl Schuld sein könnte, dass diese Positionen noch nicht erfüllt seien, sie aber kein Nachbesserungsrecht erhalten habe. Das Nachbesserungsrecht stehe der Bestellerin aber selbstredend zu und es sei als rechtsmissbräuchlich zu bezeichnen, für Forderungen, welche man selbst als nachbesserungswürdig anerkenne, ein Pfandrecht geltend zu machen. Schliesslich hätten die Parteien in ihrer Auftragsbestätigung eine pauschale Vergütung von CHF 385'000.– für die Erstellung der neuen Waschstrasse vereinbart. Von zusätzlichen Regiearbeiten sei nirgends die Rede gewesen. Insofern die Positionen nicht ausdrücklich von der F._____ anerkannt worden seien, seien sie auch nicht als zusätzlich zu vergütende Regiearbeiten geschuldet. Die Klägerin belege jedenfalls nicht, welche Arbeiten als zusätzliche Vergütung tatsächlich geschuldet seien und auf den geltend gemachten Regiearbeiten im März bis Juli 2012 beruhten, sondern mische sämtliche Positionen zusammen. Von einer substantiierten Forderung sei diese Auflistung weit entfernt und es könne nicht nachvollzogen werden, dass die geltend gemachte Forderung

mit einer vertraglich tatsächlich vereinbarten Leistung zusammenhänge (act. 11 S. 4).

3. Rechtliches

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes für Forderungen von Handwerkern und Unternehmern, die zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechtes 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 869 ff.).

Ist ein Mieter, ein Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person Schuldner von Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, so besteht ein Anspruch nur, wenn der Grundstückseigentümer seine Zustimmung zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat (Art. 837 Abs. 2 ZGB). Dabei ist der Unternehmer in seinem allfälligen guten Glauben in die (direkte oder indirekte) Ermächtigung des Bestellers zum Vertragsschluss zu schützen. Da Bauarbeiten auf einem Baugrundstück stattfinden oder mindestens für ein solches bestimmt sind, sind sie in der Regel offensichtlich und deshalb häufig schon deshalb erlaubt, weil der Grundeigentümer gegen die Bauarbeiten nicht einschreitet und diese damit mindestens stillschweigend duldet (RAINER SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl. 2011, N 213; fortan zitiert als RAINER SCHUMACHER, Ergänzungsband, a.a.O., N [...]).

Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollen- dung der Arbeiten zu geschehen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Ein Werk kann mit einem Werkmangel behaftet und gleichwohl vollendet sein (RAINER SCHUMACHER, Ergänzungsband, a.a.O., N 243).

Pfandberechtigt sind ausschliesslich die Forderungen der Unternehmer für ihre Lieferungen von Material und Arbeit oder Arbeit allein. Andere Forderungen der Unternehmer wie Rechtsverfolgungskosten sind grundsätzlich nicht pfandberechtigt. Da Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB Sonderrecht ist und Art. 818 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB verdrängt, können auch die Kosten der Betreibung nicht durch ein Baupfandrecht gesichert werden (SCHUMACHER, a.a.O., N 439, 445 ff., 658 f.).

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 bzw. die aufgrund einer superprovisorischen Verfügung bereits erfolgte vorläufige Eintragung zu bestätigen und der Entscheid über die Berechtigung des Baupfandrechts dem Hauptprozess betreffend definitive Eintragung zu überlassen (BGE 86 I 265 E. 3 ; BGE 102 Ia 81 E. 2.b.bb; BGE 112 Ib 482 E. 3.b; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N 1394 ff.).

4. Subsumtion

4.1. Es blieb unbestritten, dass zwischen der F._____ AG und der Klägerin ein Werkvertrag betreffend Bauarbeiten auf der Liegenschaft D._____strasse ..., E._____ der Beklagten zustande gekommen ist und die Klägerin auf diesem Grundstück zu Abbrucharbeiten und Bauten Material und Arbeit geliefert hat. Eigentümerin der betreffenden Liegenschaft ist die Beklagte, weshalb sich der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts gegen sie richtet. Die Beklagte ist daher passivlegitimiert.

4.2. Da die Beklagte nicht Bestellerin der Bauarbeiten war, besteht nur ein Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts, sofern glaubhaft ist, dass sie ihre Zustimmung zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat. Die Klägerin äussert sich nicht explizit zur Erteilung der Zustimmung durch die Beklagte. Indessen umfassen die von ihr übernommenen Arbeiten den Abbruch und die Neuerstellung

der Tiefbauarbeiten einer Waschstrasse auf der Liegenschaft der Beklagten (act. 3/3). Obwohl diese Arbeiten zweifellos offensichtlich waren, wurde nicht geltend gemacht, die Beklagte sei dagegen eingeschritten oder auch nur damit nicht einverstanden gewesen. Damit erscheint immerhin glaubhaft, dass die von der F._____ AG bestellten Bauarbeiten bereits deshalb erlaubt waren, weil die Beklagte sie mindestens stillschweigend geduldet hat.

4.3. Die Beklagte bestreitet die Rechtzeitigkeit der Eintragung und macht insbesondere eine pflichtwidrige Verzögerung der Arbeiten durch die Klägerin geltend, weshalb die Vollendung der Arbeiten am 20. April 2012 anzunehmen sei. Die Klägerin hat zum Beleg der letzten Arbeiten einen Tagesrapport vom 26. Juli 2012 eingereicht, gemäss welchem an diesem Tag von Arbeitern der Klägerin auf der Liegenschaft der Beklagten insbesondere ein "EW Graben gefüllt und verdichtet" wurde (act. 3/2). Eine objektiv pflichtwidrige Verzögerung vermag dazu zu führen, dass die viermonatige Eintragsfrist nicht erst mit der späteren Arbeitsvollendung beginnt, sondern vorverlegt wird (vgl. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N 1134 ff., insbesondere N 1140). Das von der Beklagten zur pflichtwidrigen Verzögerung Vorgebrachte reicht jedoch nicht aus, um die Vorverlegung der Arbeitsvollendung auf den 20. April 2012 glaubhaft zu machen und damit die Einhaltung der viermonatigen Frist zur Eintragung des Pfandrechts als höchst unwahrscheinlich erscheinen zu lassen. Aufgrund dessen ist im Sinne obiger Erwägungen zur Bestätigung der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts rechtgenügend glaubhaft gemacht, dass die Arbeiten der Klägerin am 26. Juli 2012 vollendet wurden und die Frist erst an diesem Tag zu laufen begann. Mit der einstweiligen vorläufigen Eintragung vom 19. November 2012 (vgl. act. 8) ist damit die viermonatige Frist gewahrt.

4.4. Die Pfandsomme bestreitet die Beklagte insofern, als diese über die vereinbarte pauschale Vergütung von CHF 385'000.– hinausgeht und Regiearbeiten von der F._____ nicht ausdrücklich anerkannt sind. Gemäss der Schlussrechnung der Klägerin (act. 3/1 S. 2) ist insbesondere von der in der Auftragsbestätigung vereinbarten Pauschale von CHF 385'000.– ein Betrag von CHF 35'000.– (inkl. MWSt.) noch ausstehend. Die Pfandsomme ist demnach im Rahmen des vorlie-

genden Verfahrens in diesem Umfang nicht bestritten. Die Regierechnungen Bauherr über CHF 53'857.65 (exkl. MWSt) wie auch die Nachtragsrechnungen über CHF 31'527.50 (exkl. MWSt) wurden gemäss der Schlussrechnung vollumfänglich beglichen. Noch offen sind das Ausmass zusätzlicher Arbeiten von CHF 5'729.– und die Rapporte 48-55 über CHF 6'213.–, wovon CHF 5'660.– Aufwendungen Plattenleger in Abzug gebracht wurden (act. 3/1 S. 2). Aufgrund der Zahlung sämtlicher Regie- und Nachtragsrechnungen durch die Bestellerin erscheint zumindest nicht ausgeschlossen, dass auch der noch offene Betrag von CHF 6'282.– bezüglich zusätzlicher Arbeiten und der Rapporte 48-55 auf einer entsprechenden Vereinbarung der Klägerin mit der Bestellerin beruht. Auch dieser Betrag ist rechtsgenügend glaubhaft gemacht.

Die von der Beklagten sodann geltend gemachten Werkmängel vermögen der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht entgegen zu stehen. Denn die Beklagte legt selbst dar, dass der Klägerin selbstredend ein Nachbesserungsrecht zustehe, und behauptet nicht eine Minderung des Werkpreises.

Damit ist die einstweilige Anweisung der vorläufigen Eintragung gemäss Verfügung vom 19. November 2012 im Umfang von CHF 41'785.25 (CHF 35'000.– inkl. MWSt plus CHF 6'282 zuzüglich 8 % MWSt) zu bestätigen. Gemäss Schlussrechnung vom 5. Oktober 2010 wurde eine Zahlungsfrist von 30 Tagen eingeräumt, weshalb glaubhaft ist, dass die Bestellerin ab 5. November 2012 in Verzug geriet (Art. 102 OR). Damit ist die einstweilige Anweisung der vorläufigen Eintragung auch für den gesetzlichen Verzugszins von 5 % (Art. 104 Abs. 1 OR) ab dem 5. November 2012 zu bestätigen.

4.5. In der Forderung der Klägerin von CHF 40'853.05 exkl. MWSt, für die sie gemäss ihrer Schlussrechnung vom 5. Oktober 2012 die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (inkl. MWSt) verlangt hat, sind CHF 103.– Betriebskosten, CHF 60.– für Eintragung ins Grundbuch Bauhandwerkerpfandrecht und CHF 2'000.– Kosten des Handelsgerichts des Kt. Zürich Bauhandwerkerpfandrecht (act. 3/1 S. 2) enthalten. Bei diesen Forderungen handelt es sich um Rechtsverfolgungskosten, für die kein Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts besteht. Das Begehren der Klägerin ist daher im Umfang von

CHF 2'336.05 (inkl. MWSt von 8 %) abzuweisen und das Grundbuchamt anzuweisen, die einstweilige Vormerkung in diesem Umfang zu löschen.

4.6. Zusammenfassung

Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt C._____ ist als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB für eine Pfandsumme von CHF 41'785.25 nebst Zins zu 5 % seit 5. November 2012 zu bestätigen. Im Umfang von CHF 2'346.05 nebst Zins zu 5 % seit 5. November 2012 ist das Grundbuchamt anzuweisen, das vorläufig auf der Liegenschaft der Beklagten eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu löschen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Kosten des vorliegenden Verfahrens (berechnet in Beachtung von § 4 Abs. 1 und 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 ist sie überdies antragsgemäss zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientuschädigung von CHF 2'000.– zu bezahlen (Art. 105 Abs. 2 ZPO, § 4 Abs. 1 und § 9 AnwGebV).

Der Einzelrichter 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 19. November 2012 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 3 einzuleitenden Prozesses
auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBl. ...,
D._____strasse ..., E._____,
für eine Pfandsumme von CHF 41'785.25 nebst Zins zu 5 % seit 5. November 2012.

2. Das Grundbuchamt C._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung vom 19. November 2012 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils auf auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ..., D._____strasse ..., E._____, im Umfang von CHF 2'346.05 nebst Zins zu 5 % seit 5. November 2012 zu löschen.
3. Der Klägerin wird Frist bis 15. April 2013 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.
4. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 2'000.–.
5. 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 3 die Klage nicht anhängig macht, wird ihr die Entscheidgebühr definitiv auferlegt.
6. 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 2'000.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien 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 44'121.30.

Zürich, 24. Januar 2013

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
EINZELGERICHT

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Claudia Marti