

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE130120-O

U/mb

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vizepräsident, sowie
der Gerichtsschreiber Dr. Matthias Nänni

Urteil vom 4. Juli 2013

in Sachen

A._____ GmbH,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:
(act. 1 sinngemäss)

Das Grundbuchamt C. _____ sei im Sinne von Art. 961 ZGB einstweilen anzuweisen, zugunsten der Klägerin und zulasten des Grundstücks der Beklagten ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen
auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ...,
...strasse ..., ... D. _____,
für eine Pfandsomme von Fr. 62'050.60 nebst Zins zu 5% seit
01.02.2013.

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1.

Am 19. April 2013 überbrachte die Klägerin das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (act. 1). Mit gleichentags ergangener Verfügung wurde das Grundbuchamt C. _____ angewiesen, ein Bauhandwerkerpfandrecht im verlangten Betrag, aber ohne Zins, vorläufig im Grundbuch einzutragen (Prot. S. 3-4). Gleichzeitig wurde der Beklagten Frist zur Stellungnahme zum klägerischen Begehren angesetzt (Prot. S. 3-4). Die Beklagte beantwortete das Gesuch mit Eingabe vom 13. Mai 2013 (act. 13). Daraufhin setzte das Einzelgericht der Klägerin mit Verfügung vom 14. Mai 2013 Frist an, um darzulegen, wann die letzten Arbeiten an der ...strasse ... ausgeführt wurden (Prot. S. 5). Die Eingabe der Klägerin erfolgte am 27. Mai 2013 (act. 19). Hierzu nahm die Beklagte mit Eingabe vom 10. Juni 2013 Stellung (act. 28). Mit Verfügung vom 12. Juni 2013 (Prot. S. 7) wurde der Klägerin die Gelegenheit eingeräumt, zu den neuen Vorbringen Stellung zu nehmen. Dies tat sie mit Eingabe vom 18. Juni 2013 (act. 32). Diese Eingabe wurde der Beklagten mit Verfügung vom 19. Juni 2013 zugestellt (Prot. S. 8).

2.

Die Beklagte ist Eigentümerin der Liegenschaft an der ...strasse ... in D._____, unter anderem des Stockwerkeigentumsanteils mit der Grundbuchblattnummer ..., in dem sich eine Arztpraxis befindet. Die Klägerin erbringt Dienstleistungen im Bereich Haustechnik, insbesondere Heizung, Solartechnik und Sanitäranlagen. Sie hat im Zusammenhang mit dem Ausbau der Praxisräume verschiedene Arbeiten betreffend "Lüftung" und "Kälte" an der betreffenden Liegenschaft erbracht.

Die Klägerin legt verschiedene Rechnungen vor, die unbezahlt geblieben seien (act. 1, act. 2/4-7). Als Fertigstellungsdatum nannte sie den 30. Januar 2013 mit dem Stichwort "Abnahme" (act. 1). Die Beklagte wendet dagegen ein, dass nur ein Teil der Arbeiten im Rahmen des Werkvertrages erbracht wurden und dass die Arbeiten bereits wesentlich früher, nämlich bis spätestens 7. Dezember 2012, vollendet wurden (act. 13 S. 3). Weil die Eintragung am 19. April 2013 erst nach Ablauf der viermonatigen Frist erfolgt sei, sei das vorgemerkte Pfandrecht zu löschen.

3.

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 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 Baubeschriebes, aufgrund der Position in einem Leistungsverzeichnis oder nach einem Plan) eigens hergestellt wird. 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 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.

Die Klägerin hat glaubhaft dargetan, dass sie die folgenden Arbeiten gestützt auf einen oder mehrere Werkverträge erbrachte, dass diese Arbeiten pfandberechtigt sind und dass die für diese Arbeiten in Rechnung gestellten Beträge bisher nicht bezahlt wurden:

- Gemäss Werkvertrag vom 22. August, 23. August und 17. September 2012 war die Klägerin mit der "Anpassung der Lüftungsanlage" beauftragt (act. 33/7). Für diese Arbeiten stellte die Klägerin am 9. Januar 2013 den Restbetrag von CHF 9'300.40 (inkl. MWSt) in Rechnung (act. 2/6).
- Sodann führte die Klägerin auch Arbeiten an der "Kälteinstallation" aus, deren Umfang sich aus der Offerte vom 15. Oktober 2012 (act. 2/4) ergeben dürfte. Dass dieser Beilage die Seite 3 fehlt und die Seiten 6-8 doppelt angeheftet sind, worauf die Beklagte hinweist (act. 13 S. 3), schadet der Glaubhaftigkeit nicht. Für diese Arbeiten stellte die Klägerin am 20. Dezember 2012 den Betrag von CHF 31'654.25 (inkl. MWSt) in Rechnung (act. 2/4).
- Im Zusammenhang mit der Kälteinstallation führte die Klägerin sodann Arbeiten betreffend "Nachkühlung Praxisräume Lüftung" aus. Deren (geplanter) Umfang

ergibt sich aus der Offerte vom 17. Dezember 2012 (act. 2/7). Für diese Arbeiten stellte die Klägerin am 20. Dezember 2012 den Betrag von CHF 19'708.45 (inkl. MWSt) in Rechnung (act. 2/7).

- Schliesslich erbrachte die Klägerin Arbeiten, die sie in der Offert- und Rechnungsstellung als "Planungsarbeiten Sanitär" bezeichnet. Hierfür stellte sie am 8. Januar 2013 den Restbetrag von CHF 1'387.60 (inkl. MWSt) in Rechnung (act. 2/5).

5.

Die Beklagte bestreitet, dass die viermonatige Eintragsfrist für einen Pfandanspruch betreffend dieser Arbeiten gewahrt ist. Das wirft erstens die Frage auf, ob von einem einheitlichen Fristbeginn auszugehen ist (5.1.), und zweitens die Frage, ob die Frist oder eine der Fristen bereits vor dem 19. Dezember 2012 zu laufen begonnen hatte (5.2.).

5.1.

Von einem einheitlichen Fristbeginn ist dann auszugehen, wenn die Arbeiten gestützt auf denselben Werkvertrag, gestützt auf eine werkvertragliche Einheit oder gestützt auf mehrere, funktionell verbundene Werkverträge ausgeführt wurden. Ansonsten ist für die Arbeiten jedes Werkvertrages von einem je eigenen Fristbeginn auszugehen, auch wenn die Verträge zwischen denselben Parteien und mit Bezug auf dieselbe Liegenschaft abgeschlossen wurden. Eine werkvertragliche Einheit wird zum Beispiel bei Bestellungsänderungen oder Nachtragsarbeiten ausgegangen (vgl. Schumacher, a.a.O., N 1174 ff.). Eine funktionale Einheit liegt vor, wenn die Bauarbeiten zwar in verschiedenen Verträgen geregelt sind, aber in technischer Hinsicht eine Einheit bilden (vgl. Schumacher, a.a.O., N 1186).

Die von der Klägerin erbrachten Arbeiten unter dem Titel "Anpassung Lüftungsanlage", "Kälteinstallation" und "Nachkühlung Praxisräume Lüftung" betreffen dieselbe Anlage. Schon deswegen ist aufgrund des technischen Zusammenhangs der Arbeiten von einem einheitlichen Fristbeginn auszugehen.

Dass sich die Klägerin gegenüber den Bauherren zunächst in einem umfangreichen Werkvertrag zu Anpassungen an der Lüftungsanlage verpflichtete und später aufgrund von einfachen Offerten weitere Arbeiten an dieser Anlage übernahm, lässt eine rollende Planung vermuten. Insofern erscheint es sogar als wahrscheinlich, dass es sich bei den späteren Arbeiten um Nachträge zum früheren Werkvertrag handelt. Darauf weist auch der Umstand hin, dass die Klägerin der Bauherrschaft für die später vereinbarten Arbeiten dieselben Rabatte anbieten musste (vgl. act. 2/4, 6-7). Vermutlich waren diese Arbeiten also sogar unter demselben Werkvertrag geschuldet, was auf einen einheitlichen Fristbeginn schliessen lässt.

Weniger klar ist der Fristbeginn in Bezug auf die als "Planungsarbeiten Sanitär" bezeichneten Arbeiten. Ein technischer Zusammenhang oder eine einheitliche Vertragsleistung liegen nicht auf der Hand. Allerdings wird in der Rechnung vom 18. Oktober 2012 auf die Offerte betreffend Lüftungsanlage verwiesen, sodass zumindest in wirtschaftlicher Hinsicht ein Zusammenhang besteht. Die Beklagte äussert sich nicht zum Thema Sanitärplanung. Unter diesen Umständen kann ein einheitlicher Fristbeginn nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden, auch wenn erhebliche Zweifel bestehen. Mit Blick auf den oben erwähnten Charakter des summarischen Eintragungsverfahrens erscheint es daher gerechtfertigt, auch diese Arbeiten unter dem einheitlichen Fristbeginn zu behandeln.

Demnach ist für das summarische Verfahren von einem einheitlichen Fristbeginn für sämtliche Arbeiten auszugehen.

5.2.

Die Bestimmung des Fristbeginns bereitet in der Praxis immer wieder Probleme. Der Begriff der Arbeitsvollendung wird auch in der Lehre kontrovers diskutiert. Selbst die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage ist nicht ganz konsistent. Es lässt sich mal ein restriktiveres und mal ein extensiveres Verständnis beobachten: 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 schuldet, ausgeführt hat (siehe SCHUMACHER, a.a.O. N 1101 ff.).

Da im vorliegenden Fall das Pfandrecht am 19. April 2013 im Grundbuch vorgemerkt wurde, ist die Eintragsfrist gewahrt, wenn die Arbeiten erst am 19. Dezember 2012 oder später fertiggestellt wurden. Die Klägerin bezeichnete im Verlauf des Verfahrens verschiedene Arbeiten, die als Arbeitsvollendung in Frage kommen, unter anderem die "Lüftungskontrolle" vom 10. Januar 2013. Dabei handelt es sich wohl um eine Vollendungsarbeit gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB. Die Lüftungskontrolle war Bestandteil der unter dem Werkvertrag geschuldeten Leistungen (act. 33/7, zweitletztes Blatt). Aufgrund des eingereichten Protokolls (act. 20/2) ist glaubhaft, dass die Kontrolle am 10. Januar 2013 durch die E. _____ durchgeführt wurde.

Einzuräumen ist, dass sich aus den von den Parteien genannten Präjudizien und der Lehre kein klares Bild der Rechtslage ergibt: In BGE 106 II 22 ging es zwar um die Einregulierung einer Heizung, allerdings nur nebenbei. Der Entscheid beruht aber auf der Einschätzung, dass das Demontieren und Wiederanschiessen der Heizkörper (um in der Zwischenzeit Malerarbeiten auszuführen) eine wesentliche Vollendungsarbeit handelt. Ob auch das Einregulieren einer Heizung für sich allein als Vollendungsarbeit zu betrachten wäre, ergibt sich daraus nicht. In ZR 109/2010 Nr. 66 bezeichnete das Handelsgericht (im ordentlichen Verfahren) das Einregulieren von Klimakonvektoren und die Inbetriebnahme von Kältemaschinen als untergeordnete Arbeiten (S. 276). Gleichzeitig ging es davon aus, dass diese Handlungen nicht entbehrlich waren (S. 274). Im Unterschied zum vorliegenden Fall waren diese Arbeiten vertraglich nicht ausdrücklich vereinbart worden. Zudem stützte sich das Handelsgericht für sein Urteil damals auf andere Gründe. In der Lehre wird zum Teil ein restriktives Verständnis propagiert (vgl. SCHUMACHER, Ergänzungsband, 3. Aufl. 2011, N 252). Bei dieser Ausgangslage ist denkbar, dass die Rechtssprechung aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles differenziert. Derartige Unsicherheiten in der Rechtslage gehen im Rahmen des

summarischen Verfahrens nicht zu Lasten des Ansprechers. Da auch geringfügige Arbeiten als Vollendungsarbeiten in Frage kommen, namentlich wenn es sich um unerlässliche Arbeiten handelt, und da die Lüftungskontrolle im vorliegenden Fall Bestandteil der geschuldeten Leistungen war, lässt sich darin durchaus Vollendungscharakter erkennen.

Die beklaglichen Vorbringen vermögen diese Einschätzung nicht zu erschüttern. Die Beklagte bestreitet, dass die Kontrolle erst am 10. Januar 2013 durchgeführt worden sei. Sie bemängelt, dass das Protokoll nicht unterzeichnet sei und kein Datum enthalte (act. 28 S. 3). Das Datum des 10. Januar 2013 ist auf den zwei Seiten jeweils unten rechts vermerkt. Dass das Dokument ohne Unterschrift weniger Überzeugungskraft ausstrahlt als ein unterschriebenes, wäre vor allem dann von Bedeutung, wenn dem behaupteten Kontrolltermin ein anderer, früherer Termin entgegengesetzt worden wäre und auch dieser Termin mit einem Dokument belegt wäre. So aber vermag das Dokument hinreichend glaubhaft zu machen, dass am 10. Januar 2013 diese Kontrolle stattfand.

Sodann bringt die Beklagte vor, die Arztpraxis sei am 7. Dezember 2012 eingeweiht worden und ab dem 17. Dezember 2012 sei dort bereits operiert worden (act. 13 S. 3). Beides schliesst allerdings nicht aus, dass die Klägerin später noch Vollendungsarbeiten erbrachte. Gerade wenn es sich bei den Arbeiten vom 10. Januar 2013 mehr um eine Prüfung der kältetechnischen Installation handelte und weniger um eine Lüftungskontrolle, was die Beklagte selber vorbringt (act. 28 S. 3), ist angesichts der Jahreszeit nicht leicht verständlich, warum nicht bereits vor dieser Prüfung hätte operiert werden können.

Die Beklagte legt überdies ein Zertifikat ("F. _____ AG) vor (act. 29/1), das vor der ersten Operation habe eingeholt werden müssen und das am 11. Dezember 2012 ausgestellt worden sei. Die Bedeutung dieses Zertifikates ist dem Gericht nicht bekannt und ergibt sich nur teilweise aus dem Text der Urkunde. Es bezieht sich offenbar nur auf einen bestimmten Bereich der Räumlichkeiten ("OP - Zone"). Demgegenüber steht nicht fest, dass sich die Arbeiten der Klägerin auf diesen Bereich beschränkt hätten.

Schliesslich bringt die Beklagte vor, bei den Arbeiten am 10. Januar 2013 habe es

sich um eine bloss Mängelbehebung gehandelt (act. 28 S. 3-4). Nach ihren Ausführungen könnte damit ein Defekt an der Kaltwasserpumpe (act. 28 S. 3) oder eine Beschädigung der C-Bus-Steuerung (act. 28 S. 5) gemeint sein. Ob es sich hierbei um von der Klägerin zu vertretende Mängel an ihrem Werk handelt oder um Anpassungsbedarf auf Seiten der Bauherrschaft, kann das Gericht nicht mit der notwendigen Gewissheit beurteilen. Immerhin scheint die Bauherrschaft für die Behebung der Mängel eine neue Offerte eingeholt zu haben, was eher auf Anpassungsbedarf ihrerseits schliessen lässt.

Insgesamt vermögen die Vorbringen der Beklagten zwar gewisse Zweifel am klägerischen Tatsachenvortrag zu wecken. Trotzdem erscheint es unter Beachtung der diskutierten Umstände nicht unwahrscheinlich, dass die viermonatige Verwirkungsfrist im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB am 10. Januar 2013 zu laufen begann. Wenn dies zutrifft, wurde die Eintragsfrist mit vorläufiger Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts am 19. April 2013 gewahrt. Es erübrigt sich daher, die weiteren behaupteten Arbeiten auf ihren Vollendungscharakter zu prüfen.

5.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass an der Eintragungsfähigkeit der klägerischen Arbeiten gewisse Zweifel 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.

6.

Eine Mahnung wurde weder behauptet noch glaubhaft gemacht, weshalb für den Zinsanspruch kein Pfandrecht eingetragen werden konnte.

7.

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).

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 19. April 2013 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Stockwerkeigentumsanteil GGBI. ... der Liegenschaft ...strasse ..., ... D._____ (Kat. Nr. ..., GGBI. ...) für eine Pfandsumme von CHF 62'050.60. Im Mehrbetrag wird das Massnahmebegehren abgewiesen.
2. Der Klägerin wird Frist bis 9. September 2013 angesetzt, um eine Klage auf 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 3'300.00.
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 3'200 zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien 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 62'050.60.

Zürich, 4. Juli 2013

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Gerichtsschreiber:

Dr. iur. Matthias Nänni