

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE130149-O

U/mb

Mitwirkend: die Ersatzoberrichterin Franziska Egloff sowie der Gerichtsschreiber
Dr. Matthias Nänni

Urteil vom 29. August 2013

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Das Grundbuchamt C. _____ sei anzuweisen, zugunsten der Klägerin auf dem Grundstück der Beklagten Kat.-Nr. ... an der D. _____-Strasse .../E. _____ ein Bauhandwerkerpfandrecht im Betrag von Fr. 3'839'850.50 vorläufig im Grundbuch vorzumerken.

Es sei der Beklagten Frist zur Stellungnahme, der Klägerin in der Folge Frist zur Klage anzusetzen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1.

Mit Gesuch vom 21. Mai 2013 ersuchte die Klägerin das Gericht, ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig einzutragen, einstweilen superprovisorisch ohne Anhörung der Gegenpartei (act. 1). Mit Verfügung vom 23. Mai 2013 wies das Gericht das Gesuch, einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei vorzugehen, ab und setzte der Beklagten Frist zur Stellungnahme an (Prot. S. 3). Die Beklagte beantragte mit Stellungnahme vom 17. Juni 2013, auf das Gesuch sei nicht einzutreten, eventualiter sei das Gesuch abzuweisen, zumindest soweit es den Betrag von CHF 2'990'846.45 übersteige (act. 7). In der Folge liessen die Parteien dem Gericht weitere Stellungnahmen und Noveneingaben zukommen, die Klägerin mit Eingaben vom 1. Juli 2013 (act. 12), vom 5. Juli 2013 (act. 16) sowie vom 28. August 2013 (act. 27) und die Beklagte mit Eingaben vom 18. Juli 2013 (act. 19) sowie vom 27. August 2013 (act. 23). Im Rahmen dieser Stellungnahmen reduzierte die Klägerin ihr Begehren aufgrund von unterdessen geleisteten Akontozahlungen um den Betrag von insgesamt CHF 2'000'000 (act. 12 S. 5, act. 16 S. 2, act. 27 S. 2) auf einen Pfandbetrag von CHF 1'839'850.50.

2.

Im Umfang von CHF 2'000'000 ist das Begehren der Klägerin zufolge Rückzug ihres Gesuches als erledigt abzuschreiben (Art. 241 ZPO).

3.

Die Klägerin erbringt als Generalunternehmerin Arbeiten auf dem Grundstück der Beklagten. Grundlage ist der Werkvertrag zwischen den Parteien vom 29. Februar 2012. Die Bauvollendung war ursprünglich auf den 22. September 2013 vorgesehen und wurde unterdessen auf den 15. Oktober 2013 verschoben (act. 1 S. 3).

Die Parteien streiten über den Umfang der zu leistenden Arbeiten bzw. darüber, für welche Nachforderungen die Beklagte zusätzlich, über den vereinbarten Pauschalpreis hinaus, aufkommen muss. Nach Ansicht der Klägerin sind die Nachforderungen berechtigt, weil sie im Rahmen der Offertphase und Vergebung falsche und unvollständige Angaben über Altlasten im Baugrund erhalten habe (act. 1 S. 4). Sie spricht von Informationspannen, die an der Grenze zur Täuschung lägen. Die Beklagte weigere sich, hierfür die Verantwortung zu übernehmen. Deswegen will die Klägerin ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig im Grundbuch eintragen (act. 1 S. 4).

Die Beklagte wehrt sich gegen das Vorhaben, weil es sich grösstenteils um unbestrittene Werklohnforderungen handle, die noch nicht zur Zahlung fällig seien und die für Leistungen vereinbart seien, die die Klägerin noch gar nicht erbracht habe (act. 7 S. 5). Sie wendet überdies ein, dass der Klägerin in absehbarer Zeit kein Rechtsverlust drohe, da die Arbeitsvollendung erst auf Mitte Oktober 2013 vorgesehen sei und die Frist zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes demzufolge erst Mitte Februar 2014 ende (act. 7 S. 5).

4.

4.1. 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 Materi-

al und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Die Eintragung ins Grundbuch kann ab Vertragsabschluss erfolgen (Art. 839 Abs. 1 ZGB) und hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu geschehen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Geht es wie hier um die vorläufige Eintragung des Pfandrechtes, muss die Klägerin ihren Pfandanspruch und die Gefährdung dieses Anspruchs glaubhaft machen.

4.2. Dass neben dem Pfandanspruch auch dessen Gefährdung glaubhaft zu machen ist, ergibt sich sowohl aus Art. 261 ZPO als auch aus Art. 961 ZGB, unter dessen Regime die vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten gemeinhin gestellt wird (vgl. Art. 52 Abs. 2 GBV; vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUPP, Sachenrecht, 4. Aufl. 2012, N 1772).

4.2.1. Gemäss Art. 961 Abs. 3 ZGB ist die vorläufige Eintragung durch den Richter zu verfügen, wenn der Anspruch glaubhaft gemacht wird. Das Bundesgericht legt diese Bestimmung in einem Entscheid aus dem Jahr 2003 wie folgt aus: "Dabei ist (erstens) die materielle Berechtigung und (zweitens) die Gefährdung der fraglichen Rechtsposition glaubhaft zu machen" (Entscheid vom 12. September 2003, 5P.221/2003, Erw. 3.2.1 = ZBGR 85/2004, S. 97 ff., vgl. SCHMID, in: Basler Kommentar ZGB II, 4. Aufl. 2012, N 15 zu Art. 961; HOMBERGER, in: Zürcher Kommentar, 2. Aufl. 1938, N 13 zu Art. 961).

Zum gleichen Resultat, dass nämlich eine Gefährdung des zu sichernden Anspruchs oder Rechtes vorausgesetzt ist, gelangt sodann, wer sich zusätzlich auf die ZPO abstützt (vgl. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband 2011, N 599). Bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes handelt es sich um eine vorsorgliche Massnahme (BGE 137 III 563). Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO hat die Partei, die um Erlass vorsorglicher Massnahmen ersucht, glaubhaft zu machen, dass erstens ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist (Verfügungsanspruch) und zweitens dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Verfügungsgrund).

4.2.2. Der zitierte Entscheid des Bundesgerichtes (Entscheid vom 12. September 2003, 5P.221/2003, Erw. 3.2.1 = ZBGR 85/2004, S. 97 ff.) betrifft

die Vormerkung eines Eigentumsanspruchs und nicht die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes. Indessen liesse es sich nicht rechtfertigen, das Bauhandwerkerpfandrecht punkto Verfügungsgrund anders zu behandeln. Wohl ist das Bauhandwerkerpfandrecht ein Institut besonderer Ausprägung. *Sedes materiae* sind die Art. 837, 839-841 ZGB. Im vorliegenden Zusammenhang fällt die Bestimmung von Art. 839 Abs. 1 ZGB auf, wonach das Pfandrecht bereits von dem Zeitpunkte an, ab dem sich der Bauunternehmer zur Arbeitsleistung verpflichtet hat, in das Grundbuch eingetragen werden kann. Die Bestimmung betrifft allerdings den materiellen Pfanderrichtungsanspruch. Zum Verfahren, in dem ein streitiger Pfanderrichtungsanspruch mit Hilfe des Gerichts durchgesetzt werden kann, äussert sich diese Bestimmung nicht. In erster Linie steht für die Durchsetzung streitiger Ansprüche das ordentliche Verfahren (Art. 219 ff. ZPO) zur Verfügung. Ob und unter welchen Voraussetzungen das summarische Verfahren (Art. 248 ff. ZPO) mit seiner Beweismittelbeschränkung zur Verfügung steht, ergibt sich aus der eidgenössischen Zivilprozessordnung. Diese sieht für vorsorgliche Massnahmen das summarische Verfahren unter den bereits genannten Voraussetzungen vor. Die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes ist ein Musterbeispiel vorsorglicher Massnahmen (BGE 137 III 563, Erw. 3.3). Ihr Zweck liegt gerade darin, eine drohende Gefährdung abzuwenden, nämlich den aus dem Ablauf der Eintragsfrist drohenden, nicht wieder gutmachenden Rechtsnachteil abzuwenden (BGE 137 III 563, Erw. 3.3) oder den Rang zu wahren (BGE 126 III 462, Erw. 2c.aa).

4.2.3. Zu diesem Resultat passt auch das Bild, das grundsätzlich in der Lehre von der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes gezeichnet wird. Sämtliche konsultierten Autoren nennen als Zweck der vorläufigen Eintragung die Wahrung der Eintragsfrist (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUPP, a.a.O., N 1770; SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N 1347; STEINAUER, Les droits réels III, 4. Aufl. 2012, N 2894; ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 101 (1982) II Halbband, S. 156-157; HOFSTETTER/TURNHERR, in: Basler Kommentar ZGB II, 4. Aufl. 2012, N 35 zu Art. 839/840 ZGB). Damit sprechen sie stets eine Gefährdung des Pfandanspruchs an und setzen diese zumindest implizit für die vorläufige Eintragung voraus.

4.3. Beim Bauhandwerkerpfandrecht ergibt sich die Gefährdung des Pfandanspruchs regelmässig aus dem drohenden Ablauf der Eintragsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB. Ob die Wahrung des Ranges beim Bauhandwerkerpfandrecht eine vorläufige Eintragung rechtfertigt, ist im Einzelfall zu entscheiden. Hierbei sind die besonderen Privilegien der Bauhandwerker (Art. 840-841 ZGB) zu berücksichtigen. Nicht Prozessthema im Massnahmeverfahren ist dagegen die Gefährdung der Werklohnforderung. Das Bauhandwerkerpfandrecht ist unabhängig von rechtzeitig bezahlten Akontozahlungen oder einer drohenden Insolvenz (vgl. ZR 1986 Nr. 102) einzutragen.

4.4. Lehre und Praxis haben den Grundsatz entwickelt, dass an die in Art. 961 Abs. 3 ZGB verlangte Glaubhaftmachung keine strengen Anforderungen gestellt werden dürfen. Nach diesem Grundsatz darf die vorläufige Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechtes 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, a.a.O., S. 158, ZR 79 Nr. 80 Erw. 1; SCHUMACHER, a.a.O., N 1394 ff.). Begründet wird dieser Grundsatz mit dem Rechtsverlust, der dem Bauhandwerker droht, wenn sein Pfandrecht nicht innerhalb der Frist von Art. 839 Abs. 2 ZGB zumindest vorläufig im Grundbuch eingetragen wurde. Die für derartige Fälle gültige Interessenabwägung des Bundesgerichts in BGE 86 I 265 lautet: "[...] dass der Baugläubiger das Pfandrecht wegen der kurzen Verwirkungsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB im Falle der Verweigerung der vorläufigen Eintragung endgültig verliert, während die Bewilligung, sofern das Pfandrecht im nachfolgenden ordentlichen Prozess nicht anerkannt wird, für den Grundeigentümer nur eine vorübergehende Belastung seiner Liegenschaft zur Folge hat, die zudem durch Leistung einer anderweitigen hinreichenden Sicherheit vermieden werden kann (Art. 839 Abs. 3 ZGB)" (BGE 86 I 265, Erw. 3). Folglich wird in Fällen, in denen durch Ablauf der Verwirkungsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB droht, das Beweismass wie beschrieben herabgesetzt. Eine weitere Interessenabwä-

gung als jene, die das Bundesgericht zugunsten des Bauhandwerkers vorgenommen hat, findet nicht statt. An dieser Praxis ist nicht zu rütteln.

Indessen zeigt sich schon an der Begründung des Bundesgerichtes, dass eine derart starke Herabsetzung des Beweismasses nicht in allen Fällen gerechtfertigt ist. Kein Anlass besteht, solange noch nicht der Ablauf der Verwirkungsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB und damit eine endgültige Verwirkung des Pfandanspruches droht, wenn die vorläufige Eintragung zu Unrecht verweigert würde. Verlangt ein Bauhandwerker bereits vor Vollendung der Arbeit oder schon nach der Verpflichtung zur Arbeitsleistung (Art. 839 Abs. 1 ZGB) die vorläufige Eintragung, bleibt Raum, um auch den Interessen des Eigentümers Rechnung zu tragen. Dies zeigt sich bereits darin, dass die Gefährdung des Pfandanspruches in diesen Fällen nicht einfach mit dem drohenden Ablauf der Verwirkungsfrist begründet werden kann. Es äussert sich auch darin, dass an das Beweismass zumindest für die Frage der Gefährdung die gewöhnlichen, höheren Anforderungen gestellt werden. Generell muss der befürchtete Nachteil aufgrund objektiver Anhaltspunkte wahrscheinlich sein, ohne dass eine Fehleinschätzung jedoch völlig auszuschliessen wäre (Botschaft zur ZPO, S. 7354). Es reicht in diesem frühen Stadium daher nicht aus, dass eine Gefährdung bloss nicht ausgeschlossen erschiene. Da es sich beim Pfandanspruch des Bauhandwerkers (noch) nicht um eine dingliches Recht handelt, sondern um einen realobligatorischen Anspruch auf Errichtung eines dinglichen Rechts, lässt sich in seiner Bestreitung nicht ohne weiteres ein Verfügungsgrund erblicken.

5.

Es ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine vorläufige Eintragung im vorliegenden Fall glaubhaft gemacht wurden, zunächst ob die Klägerin eine hinreichende Gefährdung ihres Pfandanspruches darlegen konnte.

Fest steht, dass die Eintragungsfrist nicht vor "Januar 2014" (so die Klägerin, vgl. act. 1 S. 4), eher nicht vor Mitte Februar 2014 ablaufen wird. Aus dem Ablauf dieser Frist droht momentan und in den nächsten Monaten noch kein Rechtsverlust.

Im Übrigen öffnet der noch in weiter Ferne liegende Ablauf der Frist den Raum für eine eingehendere Interessenabwägung im Sinne der obigen Erwägungen.

Die Klägerin macht hier geltend, dass eine definitive Eintragung im ordentlichen Verfahren nicht rechtzeitig erledigt wäre (act. 1 S. 11) und dass also vorsorgliche Massnahmen ohnehin notwendig würden (act. 12 S. 6). Diese Sicht ist zutreffend, aber einseitig. Sie übergeht, dass die vorläufige Eintragung die Beklagte einschränken bzw. ihr Kosten verursachen würde, wenn sie das Pfandrecht mit einer Sicherheit ablösen wollte. Wird die Gefährdung des Pfandanspruches einzig damit begründet, dass zu einem späteren Zeitpunkt ohnehin eine vorsorgliche Massnahme notwendig würde, fällt die Interessenabwägung stets zugunsten des Eigentümers aus.

Die Klägerin begründet Dringlichkeit und Gefährdung ihres Anspruches weiter mit dem Verweis auf "Machenschaften, welche der Klägerin nachteilig sein können" (act. 1 S. 4) und "mögliche Vorkehrungen der Beklagten" (act. 12 S. 6). Sie denkt dabei an die Schmälerung des "Sicherstellungsanspruches" durch Errichtung weiterer Schuldbriefe bzw. Pfandrechte (act. 1 S. 5 und S. 11). Damit benennt die Klägerin blosse Möglichkeiten einer Gefährdung. Objektive Anhaltspunkte bringt sie keine vor. Im Übrigen wäre aufgrund der Priviligen gemäss Art. 840 und 841 ZGB ohnehin noch näher darzulegen, mit welcher Art von Pfandrechten der Sicherstellungsanspruch vermindert werden könnte bzw. inwiefern die Möglichkeit, den Werkbeginn im Grundbuch anmerken zu lassen (Art. 840 Abs. 3 ZGB, Art. 54 Abs. 3 GBV), zum Schutz ihres Ranges nicht ausreicht.

Schliesslich fügt die Klägerin noch die Begründung an, ein rechtsmissbräuchliches Verhalten ihrerseits sei nicht behauptet worden (act. 12 S. 7). Dies hilft ihr nach der oben dargestellten Rechtslage nicht. Wie ausgeführt dient die Voraussetzung eines Verfügungsgrundes dazu, die missbräuchliche Verwendung des Massnahmeverfahrens einzuschränken. Die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes obliegt indessen der Klägerin (Art. 8 ZGB).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin keine objektiven Anhaltspunkte für Gefährdung ihres Pfandanspruches darzulegen hat. Demzufolge ist das Gesuch um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts abzuweisen.

Entscheide über vorsorgliche Massnahmen erwachsen nicht in materielle Rechtskraft (JOHANN ZÜRCHER, in: DIKE-Kommentar, N 1 zu Art. 268 ZPO). Der Klägerin ist es daher unbenommen, bald ein weiteres Gesuch einzureichen, in dem sie die Gefährdung des Pfandanspruches konkret darlegt, oder aber zuzuwarten, bis der Ablauf der Eintragsfrist droht, um dann rechtzeitig, d.h. einige Wochen vor Ablauf der Frist, ein Gesuch einzureichen.

6.

Ausgangsgemäss wird die Klägerin kostenpflichtig. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens sind in Beachtung von § 2 lit. a, c und d, § 4 Abs. 2, § 8 Abs. 1 sowie § 10 Abs. 1 GebV OG zu bestimmen und der Klägerin zu auferlegen. Für jenen Teil des Begehrens, der zufolge Rückzuges abzuschreiben ist, sind die Kosten aufgrund des hohen Streitwertes in Anwendung des Äquivalenzprinzips auf einige tausend Franken zu reduzieren. Zudem ist sie antragsgemäss zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung (berechnet in Beachtung von § 2 lit. a, c, d und e, § 4 Abs. 1 sowie § 9 AnwGebV) zu bezahlen (siehe Art. 105 ZPO). Der Streitwert beträgt CHF 3'839'850.50.

Das Einzelgericht verfügt und erkennt:

1. Im Umfang von CHF 2'000'000.– wird das Verfahren zufolge Rückzug des Begehrens abgeschrieben.
2. Im Restbetrag wird das Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 18'000.–.
4. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.

5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 12'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von act. 27.
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 3'839'850.50.

Zürich, 29. August 2013

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Gerichtsschreiber:

Dr. iur. Matthias Nänni