

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE170204-O

U/jo

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

Urteil vom 16. Oktober 2017

in Sachen

A._____ AG in Liquidation,

Gesuchstellerin

vertreten durch Konkursamt Küsnacht,

diese vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ Immobilien AG,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y2._____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- "1. Das Grundbuchamt C._____ sei anzuweisen, zu Gunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten des Grundstücks Kat.Nr. 1, Grundbuch Blatt 1, ohne Verzug ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsomme von CHF 367'402.50 zuzüglich Verzugszins von 5% seit dem 20. Juni 2017 gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3, Art. 839 und Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB vorläufig als Vormerkung einzutragen.
2. Im Sinne einer superprovisorischen Verfügung sei das Grundbuchamt C._____ sofort anzuweisen, das in Ziffer 1 beantragte Bauhandwerkerpfandrecht sofort vorläufig einzutragen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Anträge der Gesuchsgegnerin:

(act. 8 S. 2)

- "1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sei vollumfänglich abzuweisen und das Grundbuchamt C._____ sei anzuweisen, das aufgrund der Verfügung des Handelsgerichts Zürich vom 21. Juni 2017 zulasten der Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBB. 1, ... [Adresse 1], superprovisorisch eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsomme von CHF 367'402.50 nebst Zins zu 5% seit 20. Juni 2017 sofort zu löschen.
2. Eventualiter sei das zulasten der Gesuchsgegnerin superprovisorisch eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht gemäss Ziff. 1 sofort zu löschen, gegen Übergabe der heute eingereichten Bankgarantie der ZKB vom 3. Juli 2017 im Betrag von CHF 367'402.50 nebst Zins zu 5% seit 20. Juni 2017 an die Gesuchstellerin.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 20. Juni 2017 (überbracht) stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich das vorstehend aufgeführ-

te Begehren (act. 1). Mit Verfügung vom 21. Juni 2017 wurde das Grundbuchamt C._____ angewiesen, das Pfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt um zum Begehren der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen (act. 4). Mit Eingabe vom 11. Juli 2017 hat die Gesuchsgegnerin ihre Stellungnahme erstattet (act. 8). Darin beantragte sie die Abweisung des Gesuchs und stellte eventualiter eine Bankgarantie. Der Gesuchstellerin wurde daraufhin mit Verfügung vom 13. Juli 2017 der Aktenschluss angezeigt und es wurde ihr Frist zur freigestellten Stellungnahme sowie zur Stellungnahme zur eingereichten Bankgarantie angesetzt (act. 11). Die Stellungnahme der Gesuchstellerin erging am 28. August 2017 (act. 16). Die Gesuchsgegnerin erstattete mit Eingabe vom 19. September 2017 innert angesetzter Frist eine freigestellte Stellungnahme (act. 19). Zudem reichte sie am 26. September 2017 ein in einem Parallelverfahren vor dem Bezirksgericht Zürich ergangenes Urteil ein (act. 21; act. 22). Diese Eingaben wurden der Gesuchstellerin am 29. September 2017 zugestellt (Prot. S. 8). Die Gesuchstellerin hat dazu nicht Stellung genommen.

2. Massgebliche Akten

2.1. Das Gesetz sieht für das summarische Verfahren keinen doppelten Schriftenwechsel vor (Art. 253 ZPO). Die gesuchstellende Partei hat mithin das gesamte Gesuchsfundament (substantiierte Parteibehauptungen und Bezeichnung der Beweismittel) mit dem Gesuch vorzutragen. Nach Eingang der Gesuchsantwort ist der Schriftenwechsel grundsätzlich abgeschlossen (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 16. Juni 2015, 5A_82/2015 E. 4.1). Die Verfügungen vom 13. Juli 2017 (act. 11) und vom 29. August 2017 (act. 17) dienten der Gewährung des Replikrechts und insbesondere der Stellungnahme zur eingereichten Bankgarantie, führen aber nicht dazu, dass die Parteien den Sachverhalt beliebig ergänzen können.

2.2. Die Vorbringen der Parteien in den Eingaben vom 28. August 2017 und vom 19. September 2017 können entsprechend nur soweit berücksichtigt werden als dass die Voraussetzungen von Art. 229 ZPO eingehalten werden. Dies ist von der entsprechenden Partei darzulegen.

3. Parteistandpunkte

3.1. Unbestritten ist, dass die Gesuchstellerin im Rahmen eines Werkvertrages Arbeiten auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin erbracht hat. Es handelte sich um die Sanierung und den Umbau eines Bürokomplexes. Das Bauprojekt umfasste zwei Gebäudeteile auf benachbarten Grundstücken. Während der Gebäudeteil auf dem vorliegend in Streit stehenden Grundstück ([Adresse 1]) weiterhin für Büros genutzt wird, wurden im anderen Gebäudeteil ([Adresse 2]) Eigentumswohnungen erstellt, die in der Zwischenzeit verkauft worden sind (act. 1 Rz. 6 ff.).

3.2. Die Gesuchstellerin erachtet sich aufgrund von ihr auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin erbrachten Arbeiten (Elektroanlagen) und offenen Rechnungen im Umfang der Pfandsumme zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigt. Mehrere Mitarbeiter hätten noch im Februar 2017 verschiedene Arbeiten ausgeführt, die letzten Arbeiten seien am 24. Februar 2017 erbracht worden, womit die Frist gewahrt sei. Bezüglich der beiden Grundstücke handle es sich um eine architektonische Einheit und auch der Werkvertrag unterscheide nicht zwischen den Arbeiten auf den verschiedenen Grundstücken. Zudem seien die Elektroinstallationen miteinander verbunden bzw. von einander abhängig. Demnach sei ein einheitlicher Fristenlauf massgebend. Zur Aufteilung der Forderung bringt die Gesuchstellerin verschiedene Aspekte vor. Das Grundstück [Adresse 1] sei kleiner (616 m^2 gegenüber 1486 m^2), dafür sei es dichter überbaut. Gleichzeitig seien die Elektroinstallationen in den Eigentumswohnungen umfangreicher und anspruchsvoller. Dementsprechend rechtfertige sich, eine Aufteilung im Verhältnis 1:2 vorzunehmen, was für das vorliegende Grundstück eine Pfandsumme von CHF 367'402.50 ergebe (act. 1 Rz. 9 ff.).

3.3. Die Gesuchsgegnerin bestreitet einen Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Sie macht zusammengefasst geltend, die Forderung sei unzureichend dem in Frage stehenden Grundstück zugeteilt worden. Die Gesuchsgegnerin habe es unterlassen, zu erläutern, welche Arbeiten auf welchem Grundstück ausgeführt worden seien. Zudem seien die Arbeiten im Leistungsverzeichnis auf zwei Lose aufgeteilt worden, welche ausserdem nach den einzelnen Wohnungen unterscheiden würden. Entsprechend genüge eine grobe Schätzung

nicht. Weiter werde die Höhe der Forderung bestritten, diese finde im Werkvertrag keine Stütze. Schliesslich stellt sich die Gesuchsgegnerin auf den Standpunkt, die Eintragsfrist sei abgelaufen, unabhängig davon, ob von einer einheitlichen Frist ausgegangen werde. Die Schlussabnahmen hätten im November 2016, in Übereinstimmung mit den vorliegenden Sicherheitsnachweisen, stattgefunden. Dass die Arbeiten bereits früher als am 24. Februar 2017 abgeschlossen gewesen seien, ergebe sich auch aus der Korrespondenz zwischen den Parteien (act. 8 Rz. 5 ff.). Für den Fall, dass wider Erwarten von einem Pfandanspruch der Gesuchstellerin ausgegangen werde, hat die Gesuchsgegnerin zudem eine Bankgarantie der ZKB eingereicht (act. 25 ff.).

4. Wahrung der Eintragungsvoraussetzungen

4.1. 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 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; RAINER SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, N 299 ff. und 869 ff.). Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollen-
dung der Arbeiten zu geschehen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Massgebend sind dieje-
nigen Arbeiten, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, wobei geringfügige
oder nebensächliche Arbeiten, die rein der Vervollkommnung dienen sowie Aus-
besserungsarbeiten, wie etwa die Mängelbehebung nicht entscheidend sind
(CHRISTOPH THURNHERR, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, Basler Kommentar Zivilge-
setzbuch II, 5. Aufl., Basel 2015, N 29 zu Art. 839/840 ZGB m.w.H.; vgl. dazu
auch SCHUMACHER, a.a.O., N 1101 ff.).

Geht es wie hier lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, 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, DIETER ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 101 [1982], II. Halbband, S. 158; ZR 79 Nr. 80 E. 1; SCHUMACHER, a.a.O., N 1394 ff.).

4.2. Dass die Gesuchstellerin auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin pfandberechtigte Arbeiten ausgeführt hat, ist anerkannt. Ebenso erscheint glaubhaft, dass die Restforderung der Gesuchstellerin im geltend gemachten Umfang besteht. Immerhin legt die Gesuchstellerin schlüssig dar, welche Kosten sie geltend macht (act. 1 Rz. 9 ff.), daran vermögen auch die Ausführungen der Gesuchsgegnerin nichts zu ändern (act. 8 Rz. 9 ff.).

Hingegen gelingt es der Gesuchstellerin nicht, glaubhaft zu machen, dass die Eintragsfrist gewahrt worden ist. Die Gesuchstellerin hält in ihrem Gesuch lediglich pauschal fest, dass bis zum 24. Februar 2017 "verrechenbare Stunden an Werkleistungen erbracht" worden seien (act. 1 Rz. 17). Sie äussert sich allerdings nicht dazu, worin diese Leistungen bestanden haben sollen. Dabei verkennt die Gesuchstellerin, dass nicht jegliche Leistungen, die vom Werkvertrag abgedeckt sind, auch für die Wahrung der Frist massgebend sind. Wie gezeigt sind nur diejenigen Arbeiten relevant, die für die Vollendung des Werks massgebend sind. Hingegen können untergeordnete Arbeiten und Mängelbehebungsarbeiten für die Fristberechnung nicht berücksichtigt werden. Ein Indiz ist dabei die Abnahme des Werks. In aller Regel dürfte dieses - und damit die wesentlichen Arbeiten - mit der Abnahme vollendet sein und spätere Arbeiten dienen lediglich der Ausbesserung. Vorliegend wird von der Gesuchsgegnerin denn auch geltend gemacht, das Werk sei bereits im Laufe des Novembers 2016 abgenommen worden. Sie legt dabei unter Vorlage sämtlicher relevanter Protokolle substantiiert dar, wann welche Abnahme stattgefunden hat (act. 8 Rz. 10 ff.). Dies spricht deutlich dafür, dass im

Februar 2017 keine massgeblichen Arbeiten mehr durchgeführt worden sind. Aber auch die von der Gesuchstellerin eingereichte Schlusszusammenstellung (act. 3/15) lässt Zweifel an ihrer eigenen Darstellung aufkommen. Insbesondere ist höchst fragwürdig, wie bereits am 12. Januar 2017 eine abschliessende Abrechnung zusammengestellt werden kann, wenn danach noch mehr als einen Monat lang für die Vollendung wesentliche Arbeiten ausgeführt werden müssten. Entscheidend kommt vorliegend die von der Gesuchsgegnerin eingereichte Korrespondenz zwischen den Parteien hinzu. Wie die Gesuchsgegnerin zu Recht vorbringt, ist in verschiedenen Schreiben der Gesuchstellerin nur noch von der Mängelbehebung und der Schlussabrechnung die Rede (act. 8 Rz. 15 ff.; act. 10/60-64). Am deutlichsten wird die Gesuchstellerin im Schreiben der Treuhand D._____ AG vom 28. Januar 2017, worin sie schreibt der Bau sei per 30. November 2016 abgeschlossen worden und sie hätte keine Meldungen über Verzug oder Mängel (act. 10/65). Unter diesen Umständen erscheint nicht glaubhaft, dass knapp drei Monate später noch wesentliche Vollendungsarbeiten erfolgt sind und es gelingt der Gesuchstellerin nicht, die Einhaltung der Eintragsfrist glaubhaft zu machen.

An dieser Würdigung vermögen auch die Ausführungen der Gesuchstellerin in ihrer Eingabe vom 28. August 2017 nichts ändern. Vorab ist festzuhalten, dass es an der Gesuchstellerin gewesen wäre, die Grundlagen für die Eintragung bereits in ihrem Gesuch substantiiert zu begründen. Entschuldbar wäre dies einzig, wenn die Gesuchstellerin nicht mit einem Bestreiten ihrer Darstellung rechnen musst. Dies ist vorliegend aber klar nicht der Fall, zumal die Gesuchsgegnerin bereits mit Schreiben vom 7. Juni 2017 den Ablauf der Frist moniert hatte (act. 3/21). Zudem ist sie darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung, wonach die vorläufige Eintragung nur verweigert werden darf, wenn der Bestand des Pfandrechts mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, die Gesuchstellerin nicht von ihren Substantiierungspflichten befreit. Sie hat das Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen zu begründen. Insbesondere hätte sie vorliegend darzulegen, welche für die Fristauslösung relevanten Arbeiten bis zum 24. Februar 2017 geleistet worden sind. Dazu macht die Gesuchstellerin aber auch in ihrer Eingabe vom 28. August 2017 keine näheren Ausführungen. Der pauschale Hinweis, diese seien für den

bestimmungsmässen Gebrauch unerlässlich (act. 16 Rz. 13), kann dafür nicht genügen. Weiter mag zwar zutreffen, dass nicht sämtliche Sicherheitsnachweise vorlagen und nicht alle Gebäudeteile abgenommen wurden (act. 16 Rz. 14) - wobei auch dies nicht glaubhaft dargestellt wird, zumal die Gesuchstellerin rund sechs Monate nach behaupteter Vollendung keinen anderen Abnahmetermin nennt oder gar belegt -; im Rahmen der Gesamtbeurteilung fällt dies aber nicht ins Gewicht. Der Fristenlauf im Rahmen der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts wird nicht an der Abnahme sondern an der Vollendung der Arbeiten gemessen. Diese können sowohl vor als auch erst nach der Abnahme abgeschlossen werden. Somit kann die Übergabe lediglich ein Indiz für den Beginn des Fristenlaufs darstellen. Aufgrund der vorgenannten weiteren Umstände, muss aber vorliegend klar davon ausgegangen werden, dass es sich bei den teilweise mehr als drei Monate später erfolgten Arbeiten lediglich noch um untergeordnete Arbeiten gehandelt haben kann, auch wenn gewisse Gebäudeteile bis dahin noch nicht abgenommen sind. Ausserdem können die von der Gesuchstellerin bemängelten ungenauen Schreiben ihrerseits (act. 16 S. 5) nicht zu ihren Gunsten gewertet werden. Damit die Gesuchstellerin ihren Standpunkt glaubhaft machen könnte, wäre es an ihr gewesen, die Art der Arbeiten darzulegen; nur so hätte beurteilt werden können, ob diese Arbeiten noch als wesentlich anzusehen sind. Die diesbezüglich offerierte Befragung der eingesetzten Mitarbeiter (act. 16 Rz. 15), kann nur schon unterlassen werden, weil die Gesuchstellerin die wesentlichen Behauptungen nicht aufgestellt hat.

4.3. Da es der Gesuchstellerin damit nicht gelingt, die Einhaltung der viermonatigen Eintragsfrist glaubhaft zu machen, ist das Gesuch um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts abzuweisen und das Grundbuchamt C._____ ist anzuweisen, das mit Verfügung vom 21. Juni 2017 vorläufig eingetragene Pfandrecht zu löschen.

5. Hinreichende Sicherheit

Im Eventualstandpunkt macht die Gesuchsgegnerin geltend, dass sie mit der Bankgarantie der ZKB eine genügende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB zu leisten bereit sei, weshalb die vorläufige Eintragung auch aus die-

sem Grund zu löschen sei (act. 8 Rz. 25 ff.). Nachdem eine Sicherheit nur zu leisten ist, wenn die Voraussetzungen für die Eintragung eines Pfandrechts erfüllt sind, was hier gerade nicht der Fall ist, ist nicht weiter zu prüfen, ob die eingereichte Bankgarantie den Anforderungen an eine hinreichende Sicherheit entspricht. Die eingereichte Bankgarantie ist deshalb der Gesuchsgegnerin wieder herauszugeben.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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 367'402.50 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 9'000.– festzusetzen und ausgangsgemäss der Gesuchstellerin aufzuerlegen ist (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Sodann ist der Gesuchsgegnerin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von CHF 10'000.–.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt C._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Juni 2017 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen

auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBB. 1,
[Adresse 1],

für eine Pfandsomme von CHF 367'402.50 nebst Zins zu 5% seit 20. Juni 2017.

3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Bankgarantie der Zürcher Kantonalbank Nr. ... vom 3. Juli 2017 (act. 10/67) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Gesuchsgegnerin herauszugeben.
4. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 9'000.–.
Allfällige weitere Kosten (insbesondere Kosten des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.
5. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden der Gesuchstellerin auferlegt.
6. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 10'000.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie - nach Ablauf der Rechtsmittelfrist - an das Grundbuchamt C._____ und die Obergerichtskasse des Kantons Zürich.
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 367'402.50.

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

Zürich, 16. Oktober 2017

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler