

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE170373-O

U/ee

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, sowie
Gerichtsschreiberin Adrienne Hennemann

Urteil vom 15. Januar 2018

in Sachen

A._____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B._____,
Gesuchsgegner

vertreten durch Rechtsanwalt Y. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

1. Das Grundbuchamt C.____ sei im Sinne von Art. 961 ZGB superprovisorisch, d.h. sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei, einstweilen anzuweisen, zugunsten des Gesuchstellers und zulasten des Grundstückes der Gesuchsgegnerin ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf Liegenschaft Kat. Nr. ... , GBBI. ... , D.____-strasse 1/2/3 , E.____ , für eine Pfandsumme von CHF 691'539.85 nebst Zins zu 5 % seit 25. September 2017.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin.

Angepasstes Rechtsbegehren:

(act. 17 S. 2)

1. Das Grundbuchamt C.____ sei im Sinne von Art. 961 ZGB einstweilen anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des Grundstückes der Gesuchsgegnerin ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf Liegenschaft Kat. Nr. ... , GBBI. ... , D.____-strasse 1/2/3 , E.____ , für eine Pfandsumme von Fr. 687'670.95 nebst Zins zu 5 % seit 25. September 2017.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin.

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessuales

Die Gesuchstellerin reichte am 28. September 2017 (Datum Poststempel) hierorts ein Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ein (act. 1A). Mit Verfügung vom 29. September 2017 wurde die Eintragung des verlangten Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandsumme von CHF 687'670.95 einstweilen angeordnet und der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 4). Unter dem 20. Oktober 2017 reichte die Gesuchsgegnerin die Gesuchsantwort ein (act. 11). Mit Verfügung vom 23. Oktober 2017 wurde der Gesuchstellerin Frist zur freiwilligen Stellungnahme angesetzt (act. 13), die innert erstreckter Frist einging (act. 15 und 17). Mit Verfügung vom 28. November 2017

wurde die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin zugestellt (act. 18). Innert erstreckter Frist ging die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin zur Stellungnahme der Gesuchstellerin ein (act. 20 bis 22), die sodann der Gesuchstellerin zugestellt wurde (Prot. S. 9; act. 24).

2. Rechtliches

2.1. Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

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, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks, auch wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind (siehe BGE 92 II 227; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., 2008, N 869 ff.). Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu geschehen und darf nur erfolgen, wenn die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist (Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB). Da bis zur rechtskräftigen gerichtlichen Feststellung von Pfandberechtigung und Pfandsumme in der Regel mehr als vier Monate vergehen, ist zum Schutz der Handwerker und Unternehmer die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vorgesehen.

Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO obliegt es dem Handwerker oder Unternehmer als gesuchstellender Partei, seinen Pfandanspruch sowie dessen Gefährdung durch den drohenden Ablauf der Verwirkungsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB und damit auch die zeitliche Dringlichkeit glaubhaft zu machen, worüber das Gericht im summarischen Verfahren zu entscheiden hat (Art. 961 ZGB; Art. 248 lit. d sowie Art. 249 lit. d Ziff. 5 und 11 ZPO). Unter der "besonderen Dringlichkeit" ist insbesondere die zeitliche Dringlichkeit zu verstehen. Dieses Kriterium ist bereits erfüllt, wenn der baldige Ablauf der gesetzlichen (nicht erstreckbaren) Verwirkungsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB bevorsteht und deshalb der rasche Verlust des Pfandan-

spruchs droht (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl., N 593, N 599).

Geht es wie hier lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, so muss die Gesuchstellerin ihr Begehren nur *glaubhaft* machen. An die Glaubhaftmachung sind nach konstanter Lehre und Praxis keine strengen Anforderungen zu stellen: Die vorläufige Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts darf nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts 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.).

Bereits mit Verfügung vom 23. Oktober 2017 wurden die Parteien darauf hingewiesen, dass nur ein einfacher Schriftenwechsel stattfindet, mit der schriftlichen Stellungnahme der Gesuchsgegnerin (act. 13) der Aktenschluss eingetreten ist und weitere Stellungnahmen nur noch der Wahrung des rechtlichen Gehörs dienen. Eine nachträgliche Erweiterung des Sachverhalts ist grundsätzlich ausgeschlossen. Neue Behauptungen und Beweismittel können nur noch unter den Voraussetzungen von 229 Abs. 1 ZPO. vorgebracht werden, wobei die Zulässigkeitsvoraussetzungen substantiiert darzutun sind.

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die von der Gesuchstellerin behaupteten, für einen Pfandanspruch erforderlichen Tatsachen glaubhaft gemacht sind.

2.2. Wahrung der Eintragsfrist

2.2.1. Fristbeginn

Die Frist beginnt am Tag der Arbeitsvollendung. Bauarbeiten gelten grundsätzlich dann als vollendet, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrags bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen jedoch dabei geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesse-

rungen wie der Ersatz gelieferter, aber fehlerhafter Teile oder die Behebung anderer Mängel. Geringfügige Arbeiten gelten aber dann als Vollendungsarbeiten, wenn sie unerlässlich und damit funktionell notwendig sind (SCHUMACHER, in: Breitschmid/Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, N 5 zu Art. 839 ZGB).

2.2.2. Parteistandpunkte

Die Gesuchstellerin führt aus, dass die Abnahme des Mehrfamilienhauses am 21. Juni 2017 stattgefunden habe. Die Gesuchstellerin bzw. ihre Subunternehmer hätten bis zur Abnahme und darüber hinaus an der Fertigstellung der hinterlüfteten Fassade gearbeitet. So habe der Bauleiter F._____ die Gesuchstellerin mit E-Mail vom 12. Mai 2017 über einen Kraneinsatz informiert. Aus den beigelegten Fotos sehe man, dass die Arbeiten am Mehrfamilienhaus noch im vollen Gang gewesen seien. Die Arbeiten an den Fugen seien erst am 18. Mai 2017 vom zuständigen Architekten freigegeben worden. Am 7. Juni 2017 habe der Projektleiter der G._____ AG den Tagesrapport vom 1. Juni 2017 des Subunternehmers H._____ dem Bauführer der Gesuchstellerin zur Visierung zukommen lassen. Betroffen seien Arbeiten an Geländern gewesen. Ende Juni 2017 seien u.a. die Fugenarbeiten noch nicht ausgeführt, die Sockelarbeiten noch nicht fertig gestellt und die Fassadenbleche noch nicht geliefert und montiert worden. Aus der aktualisierten Pendenzenliste vom 6. Juli 2017 würden sich die im Juni 2017 aufgenommenen Arbeiten und Materiallieferungen ergeben, die noch ausgeführt worden seien (act. 1 Rz. 6 mit Hinweis auf act. 3/3-8 und 3/15).

Die Gesuchsgegnerin hält dagegen, dass es sich bei der Abnahme vom 21. Juni 2017 um die Schlussabnahme zwischen der Totalunternehmerin und der Gesuchsgegnerin als Bauherrin ohne die Beteiligung der Gesuchstellerin gehandelt habe. Die relevante Abnahme zwischen der Gesuchstellerin und ihrer Vertragspartnerin, der G._____ AG, habe bereits am 26. Mai 2017 stattgefunden. Im Protokoll sei die Abnahme des Werkes der Gesuchstellerin mit unwesentlichen Mängeln vermerkt worden. Bei den nach dieser Abnahme geltend gemachten Arbeiten der Gesuchstellerin handle es sich ausschliesslich um Nachbesserungsarbeiten zur Behebung der anlässlich der gemeinsamen Prüfung festgestellten Mängel.

Aus der E-Mail vom 12. Mai 2017 könne die Gesuchstellerin ohnehin nichts ableiten, da damit die Frist nicht eingehalten worden wäre. Dasselbe gelte für die E-Mail vom 18. Mai 2017. Dabei handle es sich zudem lediglich um zwei Fugen, deren Ausführung weniger als eine Stunde in Anspruch genommen habe. Vielmehr handle es sich um letzte Schlussarbeiten eine Woche vor der Abnahme. Weiter habe die Subunternehmerin im Rapport unter der Rubrik Bemerkungen selbst von "Nacharbeiten" gesprochen. Damit handle es sich um Nachbesserungsarbeiten. Auch der E-Mail Verkehr vom 27. Juni 2017 betreffe die Mängelbehebung, was sich schon aus dem Betreff der E-Mail ergebe. Auch die E-Mail der Totalunternehmerin vom 6. Juli bzw. die angefügte Pendenzenliste würden eindeutig von Mangelbehebung sprechen. Sodann habe das Amt für Baubewilligungen die Bezugsbewilligung am 23. Mai 2017 erteilt (act. 11 Rz. 7 ff.; act. 12/2+3 und act. 3/3-8).

2.2.3. Würdigung

Soweit die Gesuchsgegnerin vorbringt, die Abnahme des Werks sei am 26. Mai 2017 erfolgt, so bringt die Gesuchstellerin zutreffend vor, dass sie dieses Abnahmeprotokoll nicht unterzeichnet habe (vgl. act. 17 Rz. 7). Sodann spricht das von der Gesuchsgegnerin eingereichte Schlussprotokoll, wo die Firma der Gesuchstellerin erscheint, von einer Abnahme am 21. Juni 2017. Damit vermag die Gesuchstellerin glaubhaft zu machen, dass die Abnahme am 21. Juni 2017 stattfand. Entscheidend ist aber ohnehin nicht die Abnahme, sondern der Zeitpunkt der letzten Vollendungsarbeiten. Die Gesuchsgegnerin bringt zwar zutreffend vor, dass die Gesuchstellerin diverse Nachbesserungsarbeiten ausgeführt habe (act. 11 Rz. 9). Dies wird von der Gesuchstellerin auch nicht bestritten. Unbestrittenermassen wurden aber Bleche erst nach dem von der Gesuchsgegnerin behaupteten Zeitpunkt der Vollendung der Arbeiten geliefert und montiert (vgl. act. 1 S. 4; act. 3/6-8; act. 11 Rz. 10 und Rz. 14; act. 17 Rz. 13; act. 22 S. 8). Die Gesuchstellerin vermag damit glaubhaft zu machen, dass sie nach dem Monat Mai 2017 noch unerlässliche Vollendungsarbeiten geleistet hat.

Der Einwand der Gesuchsgegnerin, dass es sich bei den Blechen um eine Ersatzlieferung gehandelt habe (act. 22 S. 8), erfolgte nach Aktenschluss und ist damit

verspätet. Diese Behauptung hätte in der Gesuchsantwort vorgebracht werden müssen, war doch in diesem Zeitpunkt schon klar, dass die Gesuchstellerin die Einhaltung der Frist u.a. auf die Lieferung von Blechen abstützt. Abgesehen davon würde die Gesuchsgegnerin auch keine Urkunden einreichen, die dies beweisen würden.

Die Behauptung der Gesuchsgegnerin, I._____ von der Gesuchstellerin sei anlässlich der Abnahme vom Mai 2017 dabei gewesen (act. 22 S. 5), erfolgt ebenfalls nach Aktenschluss und damit verspätet. Aus dem Gesuch ergab sich bereits, dass die Gesuchstellerin nicht von einer Abnahme im Mai 2017 ausging, weshalb die Gesuchsgegnerin bereits in der Beantwortung des Gesuchs die entsprechende Behauptung hätte aufstellen müssen. Doch selbst die Anwesenheit von I._____ an dieser "Abnahme" würde nichts daran ändern, dass im Schlussprotokoll von einer späteren Abnahme die Rede war und die Bleche im Mai 2017 noch fehlten und noch montiert werden mussten.

Nicht relevant kann ferner – entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin (act. 11 S. 7) – die Bezugsbewilligung vom 23. Mai 2017 sein. Ein Haus kann ohne weiteres bereits als bezugsbereit betrachtet werden, selbst wenn Handwerker noch letzte Vollendungsarbeiten erbringen müssen.

Zusammenfassend vermag die Gesuchstellerin die Wahrung der Viermonatsfrist glaubhaft zu machen.

2.3. Pfandsumme

2.3.1. Parteistandpunkte

Die Gesuchstellerin führt aus, als Bauunternehmung wesentlich zum Bau des Mehrfamilienhauses beigetragen zu haben. Aufgrund ungenauer Ausschreibungspläne seien diverse Nachträge erforderlich gewesen, für die sie Rechnungen gestellt habe. Nach wie vor unbezahlt sei ein Betrag von insgesamt CHF 687'670.95 (act. 1 Rz. 7, korrigiert in act. 17 Ziff. 4; act. 3/9-12 und 3/16).

Die Gesuchsgegnerin macht demgegenüber geltend, dass die Forderung ungerichtet sei. Unter anderem stellt sie sich auf den Standpunkt, die Teilrechnungen seien erst nach der Abnahme erstellt worden. Zudem fehle es an einer vorgängigen Offerierung und Bewilligung (act. 11 Rz. 19; act. 22 S. 2). Sodann macht sie rechtsmissbräuchliche Geltendmachung des Instituts des Bauhandwerkerpfandrechts geltend (act. 11 Rz. 20).

2.3.2. Würdigung

Bei der durch die Gesuchstellerin geleisteten Arbeiten handelt es sich um pfandberechtigte Forderungen i.S.v. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Von der Gesuchsgegnerin wird nicht bestritten, dass die Gesuchstellerin solche Leistungen auf ihrem Grundstück erbracht hat. Die Gesuchstellerin vermag durch die eingereichten Belege glaubhaft zu machen, dass sie die in den Nachträgen aufgeführten Arbeiten geleistet hat und ihr diesbezüglich eine Forderung zusteht, die noch offen ist. Inwiefern die Gesuchstellerin rechtsmissbräuchlich gehandelt haben soll, legt die Gesuchsgegnerin nicht dar. Ein Rechtsmissbrauch wäre auch nicht ersichtlich. Der verlangte Verzugszins wurde von der Gesuchsgegnerin nicht bestritten (vgl. act. 11), weshalb von den Angaben der Gesuchstellerin auszugehen ist.

2.4. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Gesuchstellerin sämtliche Eintragungsvoraussetzungen glaubhaft gemacht hat, weshalb die bereits superprovisorisch erfolgte Eintragung zu bestätigen ist.

3. Prozessfortgang

Sodann ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequenzfrist ist praxismässig auf 60 Tage festzulegen, allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts vom 16. August 2017, 5A_82/2016 E. 2.5.2). Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuches (Art. 144 Abs. 2 ZPO); dieses würde in einem kostenpflichtigen Nachver-

fahren behandelt. Als zureichende Gründe für eine Fristerstreckung gemäss Art. 144 Abs. 2 ZPO werden nur entweder die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe anerkannt.

4. 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). Die Gesuchstellerin hat mit Gesuch vom 28. September 2017 die Pfandsumme mit CHF 691'539.85 angegeben (act. 1 S. 2). Dieser Betrag stimmt nicht mit der Begründung überein (vgl. act. 1 Rz. 7), weshalb die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme denn auch die Pfandsumme auf CHF 687'670.95 korrigiert (act. 17 S. 2). Davon ist für die Streitwertberechnung auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips auf CHF 10'000.– festzusetzen ist.

Über den Pfandanspruch der Gesuchstellerin ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob die Gesuchstellerin endgültig obsiegt. Daher rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren lediglich eine einstweilige Kostenregelung zu treffen. Gemäss Praxis des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich sind die Gerichtskosten im Verfahren betreffend die vorläufige Eintragung des Pfandrechts von der Gesuchstellerin zu beziehen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt.

Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch jedoch nicht prosequieren sollte, ist die Parteientschädigung der Gesuchsgegnerin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG auf CHF 3'500.– festzusetzen. Die Parteientschädigung ist ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen (BGer 4A_552/2015 E. 4.5).

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 29. September 2017 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses
auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ...,
D._____ -str. 1/2/3, E._____,
für eine Pfandsumme von CHF 687'670.95 nebst Zins zu 5 % seit
25. September 2017.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 19. März 2018 angesetzt, um eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Bei Säumnis kann die Gesuchsgegnerin den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 1) löschen lassen.
3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 10'000.–.
Allfällige weitere Kosten (insbesondere Rechnung des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 2 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.
5. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 2 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 3'500.– 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 687'670.95.

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

Zürich, 15. Januar 2018

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Adrienne Hennemann