

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE190511-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie
Gerichtsschreiberin Daniela Solinger

Urteil vom 20. Dezember 2019

in Sachen

A._____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Baugenossenschaft B._____,
Gesuchsgegnerin

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 1 f.)

- "1. Das Grundbuchamt C. _____ sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks im Stadtquartier D. _____, Grunbuchblatt-Nr. 1, Kataster-Nr. 2, EGRID CH3, E. _____, zugunsten von der gesuchstellenden Partei ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen für eine Pfandsumme von CHF 200'452.00 nebst Zins zu 5% seit 30.03.2019.
2. Die Anweisung sei superprovisorisch (d.h. sofort nach Eingang des Gesuchs und ohne Anhörung der Gegenpartei) zu verfügen und dem Grundbuchamt unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 9. Dezember 2019 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin ein Gesuch mit dem obgenannten Rechtsbegehren ein (act. 1). Mit Verfügung vom 10. Dezember 2019 wurde dem Gesuch einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei für eine Pfandsumme von CHF 197'764.– nebst Zins zu 5% seit 6. Oktober 2019 auf CHF 155'415.95 und Zins zu 5% seit 8. November 2019 auf CHF 42'348.05 entsprochen und das Grundbuchamt C. _____ angewiesen, das Pfandrecht in diesem Umfang vorläufig im Grundbuch einzutragen. Im Mehrbetrag wurde das Begehren einstweilen abgewiesen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Begehren der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen (act. 4). Die Stellungnahme, datiert vom 17. Dezember 2019 (Datum Poststempel), ging innert Frist ein (act. 7).

2. Prozessvoraussetzungen

2.1. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich ist vorliegend gegeben (Art. 29 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 13 lit. b ZPO; Art. 6 Abs. 2 und Abs. 5 ZPO i.V.m. § 44 lit. b und § 45 lit. b GOG). Dies blieb denn auch unbestritten (act. 1 Rz. 3; act. 7).

2.2. Die weiteren Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt und geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass.

3. Sachverhalt

3.1. Die Gesuchsgegnerin teilte mit ihrer Eingabe vom 17. Dezember 2019 mit, sich vorzubehalten, im Hauptverfahren Unterlagen und Beweise vorzubringen (act. 7 S. 2). Damit verzichtet sie sinngemäss auf eine Stellungnahme im vorliegenden Verfahren. Unter Berücksichtigung der Eingabe der Gesuchstellerin (act. 1) und der eingereichten Unterlagen (act. 3/2-23) erscheint daher Folgendes als glaubhaft bzw. ist unbestritten geblieben:

- Die Gesuchstellerin wurde von der Totalunternehmerin F._____ AG für Arbeiten im Bereich Gebäudeautomation/Lüftungsanlagen inkl. Leitsystem auf dem Grundstück im Stadtquartier D._____, Grundbuchblatt-Nr. 1, Kataster-Nr. 2, EGRID CH3, E._____, als Subunternehmerin herangezogen, wobei sie namentlich das Lüftungssystem – inkl. Heizung – geplant, dafür das entsprechende Elektroschema mitsamt Software erstellt und zu dessen Umsetzung von diversen Herstellern auf eigene Kosten Steuerungskomponenten und Geräte wie insbesondere die Schaltschränke bestellt hat, um diese zu einem "intelligenten" Gesamtsystem zu verbauen und das Lüftungssystem in Betrieb zu setzen (act. 1 Rz. 1 f.).
- Für die getätigten Arbeiten stellte die Gesuchstellerin der F._____ AG Rechnung, wobei per 1. November 2019 ein Betrag in der Höhe von CHF 279'038.55 ausstehend war, welchen sie in Betreuung setzte (act. 1 Rz. 1 ff, insbesondere Rz. 4; act. 3/4 ff.). Da die Gesuchsgegnerin in der Folge eine Zahlung von CHF 78'586.55 leistete und Arbeiten im Umfang von CHF 2'688.– nicht ausgeführt wurden, verbleibt ein Restbetrag in der Höhe von CHF 197'764.– (und nicht wie von der Gesuchstellerin behauptet in der Höhe von CHF 200'452.– [act. 1 Rz. 6]). Der ausstehende Betrag von CHF 197'764.– setzt sich zusammen aus CHF 15'429.10 betreffend Arbeiten gemäss Nachtrag 2 (act. 3/8), in Betreuung gesetzt mit Zahlungsbefehl vom 8. November 2019, zugestellt gleichentags (act. 3/21; act. 1 Rz. 4), aus

CHF 26'918.95 betreffend Schlussrechnung, in Betreuung gesetzt mit Zahlungsbefehl vom 8. November 2018, zugestellt gleichentags (act. 3/21; act. 1 Rz. 4), und CHF 155'415.95 betreffend Rechnung Nr. 4 vom 6. August 2019, fällig am 6. Oktober 2019 (act. 3/18; act. 1 Rz. 3).

- Am 13. August 2018 sind letztmals in grösserem Umfang Schaltschränke geliefert und eingebaut sowie anschliessend von der Gesuchstellerin an die Heizungs- bzw. Lüftungsanlage angeschlossen worden (act. 1 Rz. 2). Die letzte grössere Materiallieferung erfolgte am 14. August 2019 (act. 1 Rz. 5).

4. Rechtliches

4.1. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen 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 (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, N 291 ff. und N 865 ff. m.w.H.). Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet (Art. 839 Abs. 2 und Abs. 3 ZGB).

4.2. Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechtes, 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 Pfandrechtes darf nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechtes ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfall ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechts dem Gericht im ordentlichen Verfahren vorzubehalten. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 86 I 265 E. 3; BGE 102 Ia 86; BGE 112 Ib 484;

BGE 137 III 563 E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts vom 22. Januar 2016 [5A_613/2015] E. 4; SCHUMACHER, a.a.O., N 1394 ff.; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011, N 609 ff.; ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 101 [1982] II Halbband S. 158, ZR 79 [1980] Nr. 80 S. 152 E. 1).

5. Würdigung

5.1. Aufgrund der glaubhaft gemachten Darstellungen bzw. des unbestritten gebliebenen Sachverhalts hat sich erwiesen, dass die Gesuchstellerin für Arbeiten und Materiallieferungen auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin eine offene Forderung gegenüber der F._____ AG im Umfang von CHF 197'764.– hat. Die erfolgten Arbeiten und Materiallieferungen sind als pfandberechtigte Leistungen im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB zu qualifizieren. Mit der letzten pfandberechtigten Lieferung am 14. August 2019 und der vorläufigen Eintragung im Grundbuch per 11. Dezember 2019 (act. 5) wurde die Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB ohne Weiteres eingehalten. Schliesslich erscheint als glaubhaft, dass bisher ein Betrag im Umfang der eingetragenen Pfandsumme von CHF 197'764.– (= CHF 279'038.55 - CHF 78'586.55 - CHF 2'688.–) unbezahlt geblieben ist. Was den Antrag der Gesuchstellerin auf Eintragung von Verzugszinsen von 5% seit 30. März 2019 auf die Pfandsumme anbelangt, so wurde bereits mit Verfügung vom 10. Dezember 2019 festgestellt, dass in dieser Hinsicht eine Begründung fehlt (act. 1 Rz. 6; act. 4 S. 2). Die Gesuchstellerin hat auch nicht dargetan, auf welche der ausstehenden Rechnungen die Zahlung der Gesuchsgegnerin von CHF 78'586.55 anzurechnen ist, weshalb in analoger Anwendung von Art. 87 Abs. 1 OR davon auszugehen ist, dass die zuerst fälligen Rechnungen Nr. 5 vom 6. Juni 2019 (act. 3/16) sowie Nr. 6 vom 14. Juni 2019 (act. 3/17) durch die Zahlung vollständig getilgt wurden (act. 1 Rz. 3; act. 4 S. 2). Da sich entsprechend zumindest im vorliegenden Verfahren als glaubhaft erweist, dass sich die offene Forderung der Gesuchstellerin aus CHF 15'429.10 und CHF 26'918.95 (je in Betreuung gesetzt mit Zahlungsbefehl vom 8. November 2019, zugestellt gleichentags) sowie CHF 155'415.95 (fällig am 6. Oktober 2019) zusammensetzt, erscheint der Verzugszins von 5% auf CHF 155'415.95

seit 6. Oktober 2019 und auf CHF 42'348.05 seit 8. November 2019 als ausgewiesen (vgl. dazu Art. 104 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 Abs. 1 und 2 OR; BSK OR I-WIEGAND, 6. Auflage 2015, N 9 ff. zu Art. 102 OR und N 3 zu Art. 104 OR).

5.2. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt C._____ gemäss Verfügung vom 10. Dezember 2019 ist daher als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB zu bestätigen. Im Mehrumfang ist das Begehren abzuweisen.

6. Prosequierung

Der Gesuchstellerin ist Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (BGE 143 III 554 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 Nachverfahren 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.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. 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). Vorliegend ist von einem Streitwert von CHF 200'452.– auszugehen. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 4'500.– festzusetzen.

7.2. 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 Ver-

fahren betreffend die vorläufige Eintragung des Pfandrechts von der Gesuchstellerin zu beziehen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt.

7.3. Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch jedoch nicht prosequieren sollte, ist der Gesuchsgegnerin keine Partei- bzw. Umtriebsentschädigung zuzusprechen, da diese nur in begründeten Fällen und nur auf Antrag zugesprochen wird (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO; BGE 139 III 334 E. 4.3; OFK ZPO-MoHS, 2. Auflage, Zürich 2015, N 2 zu Art. 105 ZPO), die Gesuchsgegnerin aber weder einen entsprechenden Antrag gestellt hat noch ersichtlich ist, inwiefern ein begründeter Fall im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO vorliegen sollte.

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 10. Dezember 2019 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses
auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 1,
E. _____, Stadtquartier D. _____,
für eine Pfandsumme von CHF 197'764.– nebst Zins zu 5%
 - seit 6. Oktober 2019 auf CHF 155'415.95,
 - seit 8. November 2019 auf CHF 42'348.05.Im Mehrumfang wird das Begehren abgewiesen.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 21. Februar 2020 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 4'500.–.
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, werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von act. 7, 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 200'452.–.

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

Zürich, 20. Dezember 2019

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Daniela Solinger