

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE200056-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie Gerichtsschreiber
Rafael Rutgers

Urteil vom 20. März 2020

in Sachen

A._____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur., LL.M. X._____

gegen

Baugenossenschaft B._____,
Gesuchsgegnerin

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- " 1. Das Grundbuchamt C. _____ sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin Gemeinde Zürich, Stadtquartier D. _____ [Ort], GBBI. 1, Liegenschaft Kataster 2, EGRID 3, E. _____ ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin für die Pfandsumme von CHF 569'500.00 nebst 5% Zins seit 31. Dezember 2019 vorläufig als Vormerkung einzutragen.
2. Die Anweisung sei superprovisorisch zu verfügen und dem Grundbuchamt unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 6. Februar 2020 (gleichentags überbracht) reichte die Gesuchstellerin das vorliegende Gesuch mit obigem Rechtsbegehren hierorts ein (act. 1). Mit Verfügung vom 7. Februar 2020 wurde dem Gesuch einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen und das Grundbuchamt C. _____ wurde angewiesen, das beantragte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Mit Eingabe vom 18. März 2020 nahm die Gesuchsgegnerin innert erstreckter Frist zum Gesuch Stellung (act. 9).

2. Prozessgegenstand

Die Gesuchstellerin verlangt die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin. Dies begründet sie zusammengefasst damit, dass die Gesuchsgegnerin im Rahmen des Bauprojekts Wohnüberbauung D'. _____ ..., im F. _____, die G. _____ AG mit der Errichtung der Lüftungsanlagen beauftragt habe. Diese habe einen Teil der Arbeiten durch ihre Subunternehmerin, die H. _____ AG, ausführen lassen, welche in der Folge selber und unter teilweiser Weitervergabe von Arbeiten an Subunternehmer die ihr übertragenen

Arbeiten an den Lüftungsanlagen der Gesuchsgegnerin ausgeführt habe. Die H._____ AG habe ihre Forderungen gegenüber der G._____ AG an sie (die Gesuchstellerin) abgetreten, weshalb das Recht zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf sie übergegangen sei. Per heute seien noch Forderungen in der Höhe von CHF 569'500.– unbezahlt (act. 1 Rz 7 ff.). Die Gesuchsgegnerin beantragt die Abweisung des Gesuches. Zum einen verneint sie die Aktivlegitimation der Gesuchstellerin, zum anderen bestreitet sie den Bestand der Forderungen und die Einhaltung der Viermonatsfrist zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (act. 9 Rz 3 ff.).

3. Rechtliches

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 Grundstückes, auch wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind. 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 3 ZGB).

Geht es 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 und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechts dem ordentlichen Gericht vorzubehalten. Dies gilt insbesondere 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 Halb-

band S. 158, ZR 79 Nr. 80 Erw. 1; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 1394 ff.).

4. Würdigung

4.1. Die Gesuchstellerin hat selber unstrittig keine pfandberechtigten Leistungen erbracht. Sie begründet ihre Aktivlegitimation vielmehr damit, ihr seien von der H._____ AG Forderungen abgetreten worden. Diesen lägen Arbeiten für die Errichtung der Lüftungsanlage im Bauprojekt F._____ zugrunde. Die Gesuchsgegnerin bestreitet nicht, dass solche Arbeiten grundsätzlich ausgeführt wurden. Ebenso stellt sie nicht in Abrede, dass es sich dabei um pfandberechtignte Leistungen im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB handelte. Dies ist denn auch einstweilen glaubhaft. Bestritten ist jedoch die Aktivlegitimation der Gesuchstellerin.

Ein Gläubiger kann eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners schriftlich an einen andern abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen (Art. 164 Abs. 1 und Art. 165 OR). Dabei gehen mit Ausnahme der untrennbar mit der Person des Abtretenden verknüpften Rechte die Vorzugs- und Nebenrechte mit der Forderung über (Art. 170 Abs. 1 OR). Dies gilt auch für den Pfanderrichtungsanspruch. Dieser geht damit mit dem Übergang der Vergütungsforderung von Gesetzes wegen zwingend auf den Rechtsnachfolger des Unternehmers über, so dass nach einem Gläubigerwechsel ausschliesslich der Rechtsnachfolger zur Klage auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts aktivlegitimiert ist (SCHUMACHER, a.a.O., Rz 538 ff.).

Die Gesuchsgegnerin hat unstrittig die G._____ AG mit der Erstellung der Lüftungsanlage für die Wohnüberbauung D'._____ ..., im F._____, auf ihrem Grundstück beauftragt. Entsprechendes ergibt sich auch aus dem eingereichten Werkvertrag (act. 10/2; vgl. auch act. 3/7). Weiter ist aufgrund der eingereichten Unterlagen und insbesondere der diversen E-Mails von I._____, in welchen er auf Arbeiten der H._____ AG auch für das "D'._____ ..." Bezug nimmt (act. 3/43-3/49), einstweilen ohne weiteres glaubhaft, dass die G._____ AG ihrerseits die

H._____ AG für diesen Auftrag beigezogen und diese auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin Arbeiten ausgeführt hat. Ob I._____ die G._____ AG mittlerweile verlassen hat, ist dabei nicht relevant. Zu einem anderen Ergebnis kann schliesslich auch act. 3/49 nicht führen, auch wenn diese Beilage aufgrund der aufgeführten Daten – wie von der Gesuchsgegnerin angemerkt – durchaus Fragen aufwirft.

Schliesslich gelingt es der Gesuchstellerin aufgrund der eingereichten schriftlichen Zessionsformulare (act. 3/28, 3/30, 3/32, 3/34, 3/36, 3/38, 3/40 und 3/42) auch, einstweilen glaubhaft zu machen, dass ihr im Rahmen eines Factoring-Vertrages von der H._____ AG die Forderungen im Zusammenhang mit deren Leistungen auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin abgetreten worden sind. Daran vermag nichts zu ändern, dass unklar bleibt, wer die Abtretungserklärungen unterschrieben hat (vgl. den Einwand der Gesuchsgegnerin in act. 9 Rz 10).

Damit ist jedenfalls im Rahmen des vorliegenden vorsorglichen Verfahrens die Aktivlegitimation der Gesuchstellerin zu bejahen.

4.2. Gesuchsgegnerin bei Begehren um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist stets die Grundeigentümerin. Da die Gesuchstellerin behauptet, dass die pfandgeschützten Leistungen auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin erbracht worden seien, ist deren Passivlegitimation gegeben (vgl. act. 3/4a und Prot. S. 2) und ohnehin unbestritten.

4.3. Die Gesuchstellerin begründet ihren Pfandanspruch mit offenen Forderungen aus dem genannten Bauprojekt. Konkret erklärt sie, es seien folgende Forderungen gegenüber der G._____ AG unbezahlt geblieben:

- (1.) Rechnung Nr. 179-2018 über CHF 53'000.–
- (2.) Rechnung Nr. 189-2018 über CHF 24'000.–
- (3.) Rechnung Nr. 4-2019 über CHF 12'000.–
- (4.) Rechnung Nr. 17-2019 über CHF 13'500.–
- (5.) Rechnung Nr. 39-2019 über CHF 25'000.–
- (6.) Rechnung Nr. 44-2019 über CHF 19'000.–
- (7.) Rechnung Nr. 56-2019 über CHF 18'000.–

- (8.) Rechnung Nr. 189-2019 über CHF 405'000.–.

Die G._____ AG habe diese Ansprüche anerkannt, jedoch nicht bezahlt (act. 1 Rz 14 f.). Die Gesuchsgegnerin erklärt demgegenüber, die von der Gesuchstellerin bezeichneten Rechnungen seien teilweise fast zwei Jahre alt und wiesen nicht aus, welche behaupteten Leistungen zu welchem Zeitpunkt erbracht worden seien. Unklar sei auch, auf welcher Basis die Vergütung berechnet worden sei. Die Rechnungen würden demnach in Bestand und Umfang bestritten. Werkverträge oder Rapporte bzgl. der behaupteten Leistungen lege die Gesuchstellerin nicht ins Recht. Zudem werde der Zahlungsfluss an die Sub-Subunternehmer bestritten (act. 9 Rz 5 ff.).

Zu den Rechnungen (1.) bis (7.) reicht die Gesuchstellerin E-Mails ein, in welchen I._____ für die G._____ AG bestätigt, dass die Arbeiten von der H._____ AG erbracht worden seien (act. 3/43-3/49). Ob es sich dabei tatsächlich um gültige Schuldanerkenntnisse handelt, kann vorliegend offen bleiben. Diese Bestätigungen genügen jedenfalls vor dem Hintergrund der dargestellten tiefen Anforderungen, um das Bestehen der entsprechenden Forderungen der Gesuchstellerin glaubhaft zu machen. In Bezug auf die Rechnung (8.) liegt sodann immerhin ein Schreiben der H._____ AG im Recht, auf welchem die G._____ AG deren Akzeptanz zu erklären scheint. Jedenfalls befindet sich ein Stempel der G._____ AG auf dem entsprechenden Schreiben, der sodann mit einer Unterschrift versehen ist. Damit ist auch das Bestehen der Rechnung (8.) zugrunde liegenden Forderung jedenfalls nicht unwahrscheinlich und damit im Rahmen des vorliegenden Verfahrens glaubhaft. Ob die H._____ AG sodann weitere Subunternehmer beigezogen hat und diese tatsächlich bereits von der Gesuchstellerin bezahlt worden sind, erscheint schliesslich für den Bestand der Forderungen der Gesuchstellerin gegenüber der G._____ AG nicht relevant.

Insgesamt ist damit glaubhaft, dass die Gesuchstellerin gegenüber der G._____ AG noch Forderungen für pfandberechtigte Leistungen in der Höhe von insgesamt CHF 569'500.– hat.

Da unbestritten blieb, dass die Rechnungen der H._____ AG an die G._____ AG zugestellt worden sind und jeweils innert 60 Tagen zu bezahlen gewesen wären, erscheint einstweilen auch das Bestehen der geltend gemachten Zinsforderung glaubhaft.

4.4. Die Gesuchstellerin erklärt, die letzten Arbeiten auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin seien am 11. Oktober 2019 vorgenommen worden, an welchem Datum drei Mitarbeiter ihrer Subunternehmerin, der J._____, in der Siedlung Im F._____ in Nebenräumen, in der Garage und im Dachgeschoss Montage-, Isolations- und Brandschutzarbeiten ausgeführt hätten. Bei diesen Arbeiten habe es sich um typische Bauhandwerkerarbeiten gemäss dem Werkvertrag der Gesuchsgegnerin mit der G._____ AG für die Lüftungsanlage und den letzten Teil einer zusammengehörenden Bauleistung, die sukzessive erbracht worden sei, gehandelt (act. 1 Rz 17 ff.). Als Beweismittel reicht die Gesuchstellerin einen entsprechenden Arbeitsrapport ins Recht (act. 3/50). Die Gesuchsgegnerin erklärt demgegenüber, mangels Stempel bzw. Blockschrift sei unbekannt, wer den eingereichten Rapport unterschrieben haben soll. Dessen Inhalt werde bestritten, da er sich nicht mit den Aufzeichnungen der Baustelle decke. Sie gehe davon aus, dass die Viermonatsfrist abgelaufen sei (act. 9 Rz 16 f.).

Auch wenn mangels entsprechender Angaben nicht feststeht, wer den eingereichten Rapport (act. 3/50) unterzeichnet hat, gelingt es der Gesuchstellerin damit doch glaubhaft zu machen, dass vom 7. Oktober 2019 bis zum 11. Oktober 2019 von der J._____ auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin noch Arbeiten ausgeführt wurden. Da die Gesuchsgegnerin sodann weder bestreitet, dass es sich dabei um wesentliche Arbeiten gehandelt hat, noch in Abrede stellt, dass zu diesem Zeitpunkt der letzte Teil einer zusammengehörenden Bauleistung ausgeführt wurde, ist damit glaubhaft, dass mit der superprovisorischen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts am 7. Februar 2020 die viermonatige Eintragungsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB gewahrt worden ist.

4.5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Gesuchstellerin sämtliche Eintragungsvoraussetzungen des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts glaub-

haft gemacht hat, weshalb die bereits superprovisorisch erfolgte Eintragung zu bestätigen ist.

5. Prozessfortgang

Der Gesuchstellerin ist Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequierfrist ist aufgrund der aktuellen besonderen Lage auf 90 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 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.

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 569'500.– auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 9'600.– 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 der nicht anwaltlich vertretenen Gesuchsgegnerin mangels konkreter Begründung keine Parteientschädigung zuzusprechen.

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 7. Februar 2020 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Gemeinde/Stadtquartier Zürich/D._____, GBBl. 1, Kataster 2, EGRID 3, E._____, für eine Pfandsumme von CHF 569'500.– nebst Zins zu 5 % seit 31. Dezember 2019.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 23. Juni 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 9'600.–.
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 der Doppel von act. 9 und 10/1-4, 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 569'500.-.

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

Zürich, 20. März 2020

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Rafaël Rutgers