

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE200153-O

U/mk

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

Urteil vom 8. Juni 2020

in Sachen

A._____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

...-Anlagestiftung B._____,
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2._____,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

1. Das Grundbuchamt C._____ sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks in der Stadt Zürich, Grundbuchblatt 1, Kataster 2, (Liegenschaft D._____ -strasse ..., E._____ -strasse ...) zugunsten der A._____ AG ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 36'105.05 nebst 5% Zins seit 25. Februar 2020 als vorläufige Eintragung vorzumerken.
2. Die Anweisung sei superprovisorisch (d.h. sofort nach Eingang des Gesuchs ohne Anhörung der Gegenpartei) zu verfügen und dem Grundbuchamt C._____ unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. 7.7% MwSt) zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 23. April 2020 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin ihr Gesuch mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren samt Beilagen hierorts ein (act. 1, 2 und 3/1-8). Mit Verfügung vom 24. April 2020 wurde dem Gesuch im Umfang von CHF 36'105.05 nebst Zins zu 5% seit 1. März 2020 einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen und das Grundbuchamt C._____ angewiesen, das Pfandrecht im genannten Umfang vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um schriftlich zum Begehren der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen (act. 4). Mit Eingabe vom 14. Mai 2020 nahm die Gesuchsgegnerin innert Frist Stellung (act. 7, 8 und 9/1-5). Mit Verfügung vom 15. Mai 2020 wurde das Doppel der Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 14. Mai 2020 samt Beilagen der Gesuchstellerin zugestellt und dieser – zur Wahrung des Replikrechts und unter Hinweis auf den mit der Gesuchsantwort (act. 7) eingetretenen Aktenschluss sowie Art. 229 Abs. 1 ZPO – Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 10). Unter dem 28. Mai 2020 reichte die Gesuch-

stellerin fristgerecht ihre als "Replik" bezeichnete Eingabe sowie weitere Urkunden als Beweismittel ein (act. 12 und 13/1-5).

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 f.; act. 7 Rz. 2).

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

3. Parteien

3.1. Die Gesuchstellerin ist eine im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, welche die Erbringung von Dienstleistungen aller Art in der Schweiz und international im Bereich der ... – bezweckt (act. 1 Rz. 1; act. 3/1).

3.2. Die Gesuchsgegnerin ist eine im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene Stiftung mit Sitz in Zürich, welche die gemeinschaftliche Anlage und Verwaltung der ihr von Anlegern gemäss Art. 5 der Statuten anvertrauten Mittel in ... [Geschäftsbereich] bezweckt (act. 1 Rz. 1; act. 3/2). Zugleich ist sie (Allein-)Eigentümerin des Grundstücks Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 1, D. _____-strasse ..., E. _____-strasse ... in ... Zürich (act. 1 Rz. 2; act. 3/3; Prot. S. 2).

4. Prozessgegenstand / Wesentliche Parteistandpunkte

4.1. Die Gesuchstellerin erachtet sich aufgrund von ihr auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin erbrachten Malerarbeiten und offenen Rechnungen im Umfang der Pfandsumme von CHF 36'105.05 nebst 5% Zins seit 25. Februar 2020 (act. 1 S. 2 [Rechtsbegehren Ziffer 1]) bzw. – folgt man ihren Ausführungen im Rahmen des Gesuchs vom 23. April 2020 (act. 1 Rz. 3 und Rz. 10) – im Umfang von CHF 36'106.05 nebst 5% Zins seit 25. Februar 2020 zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigt. Dies begründet sie zusammengefasst damit,

dass die Mieterin der Gesuchsgegnerin, die F. _____ AG, sie (die Gesuchstellerin) anfangs Dezember 2019 mündlich beauftragt habe, deren Büroräumlichkeiten neu zu streichen. Obwohl sie die entsprechenden Malerarbeiten ausgeführt und in Rechnung gestellt habe, sei der Werklohn teilweise nicht bezahlt worden (act. 1 Rz. 5 ff.).

4.2. Die Gesuchsgegnerin bringt im Wesentlichen vor, weder Kenntnis der behaupteten Malerarbeiten auf dem streitgegenständlichen Grundstück gehabt noch diese wahrgenommen zu haben (act. 7 Rz. 8 und 12). Diese würden auch in Bestand und Umfang bestritten (act. 7 Rz. 9). Zudem habe sie nie eine Zustimmung zu den behaupteten Malerarbeiten erteilt (act. 7 Rz. 6 f. und 11 f.). Die Gesuchstellerin behaupte denn auch nicht, sie (die Gesuchsgegnerin) hätte je in irgendeiner Form ihre Zustimmung zu den Arbeiten erteilt oder – auch wenn dies dem Zustimmungserfordernis nicht genügen würde – diese auch nur zur Kenntnis genommen und damit geduldet. Damit komme die Gesuchstellerin, welche für die Frage der Zustimmung die Beweislast trage, bereits ihrer Behauptungslast nicht nach, weshalb das Gesuch abzuweisen sei (act. 7 Rz. 12).

5. Rechtliches

5.1. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes 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 Bauhandwerkerpfandrechtes richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstückes, 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.). Ist ein Mieter, ein Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person Schuldner von Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, so besteht der Anspruch nur, wenn der Grundeigentümer seine Zustimmung zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat (Art. 837 Abs. 2 ZGB). 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).

5.2. Über das Gesuch um provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts wird im summarischen Verfahren entschieden (Art. 248 lit. a ZPO i.V.m. Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO), weshalb die Voraussetzungen des Anspruchs auf Eintragung nur glaubhaft zu machen sind (Art. 261 Abs. 1 ZPO; Art. 961 Abs. 3 ZGB). An die Glaubhaftmachung sind nach konstanter Lehre und Praxis keine strengen Anforderungen zu stellen (BGE 86 I 265 E. 3; 102 Ia 81 E. 2; 112 Ib 482 E. 3b; Urteil des Bundesgerichts vom 12. September 2003 [5P.221/2003] E. 3.2.1). Das herabgesetzte Beweismass der Glaubhaftmachung ändert jedoch nichts an der Behauptungs- und Substantiierungslast der Gesuchstellerin:

In Bezug auf den Inhalt des Gesuchs sind die Vorgaben des ordentlichen Verfahrens massgebend (Art. 219 i.V.m. Art. 221 ZPO). Das Gesuch hat insbesondere die Tatsachenbehauptungen (Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO) zu enthalten (BSK ZPO-MAZAN, 3. Auflage, Basel 2017, N 4 und 9 zu Art. 252 ZPO). Der Behauptungs- und Substantiierungslast hat die Gesuchstellerin bereits im Rahmen ihrer Gesuchsbegründung nachzukommen (vgl. BSK ZPO-WILLISEGGER, a.a.O., N 26 zu Art. 221 ZPO). Die Behauptungslast verlangt von der Partei, dass sie die Tatsachen angibt, auf die sie ihre Begehren stützt (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Aus den Behauptungen sollen sich die Tatbestandsmerkmale der anwendbaren Rechtsnormen ergeben (BSK ZPO-WILLISEGGER, a.a.O., N 27 zu Art. 221 ZPO). Dem Bauunternehmer obliegt es daher nicht nur, Bestand und Höhe der von ihm geltend gemachten und zu sichernden Vergütungsforderung glaubhaft zu machen; er hat auch sämtliche übrigen in Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3, Art. 837 Abs. 2 und Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB genannten Voraussetzungen kurz darzulegen (vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. Juni 2014 [LF140031] E. 2; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011, N 182). Dazu gehört insbesondere auch, dass der Grundeigentümer die Zustimmung zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat (vgl. Art. 837 Abs. 2 ZGB).

6. Würdigung

6.1. Die Gesuchstellerin stützt ihren Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf von ihr auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin erbrachte und von der Mieterin der Gesuchsgegnerin – der F._____ AG – in Auftrag gegebene Malerarbeiten. Sie macht in ihrem Gesuch vom 23. April 2020 Ausführungen zur Aktiv- und Passivlegitimation (act. 1 Rz. 3 und 10), zu den pfandberechtigten (Maler-)Arbeiten (act. 1 Rz. 3, 5, 6 und 7), zur Pfandsumme (act. 1 Rz. 3 und 5 bis 10) sowie zur Vollendung der Arbeiten und zur Wahrung der Eintragsfrist (act. 1 Rz. 11), lässt aber jegliche Tatsachenbehauptungen zur – im vorliegenden Fall ebenfalls anspruchsbegründenden – Zustimmungserteilung der Grundeigentümerin zur Ausführung der Arbeiten im Sinne von Art. 837 Abs. 2 ZGB vermissen. Damit ist sie ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast im Rahmen ihres Gesuchs vom 23. April 2020 (act. 1) nicht genügend nachgekommen.

6.2. Erst im Rahmen ihrer als "Replik" bezeichneten Eingabe vom 28. Mai 2020 äussert sich die Gesuchstellerin dahingehend, dass die Verwaltung der streitgegenständlichen Liegenschaft – die G._____ AG – darüber informiert gewesen sei, dass die F._____ AG Ende letzten Jahres/anfangs dieses Jahres Malerarbeiten durch sie (die Gesuchstellerin) habe ausführen lassen und diesen konkludent zugestimmt habe (act. 12 Rz. 8). Mit derselben Eingabe reichte sie auch gleich neue Beweismittel ein (act. 13/1-5).

Im Summarverfahren tritt der Aktenschluss grundsätzlich nach dem ersten Schriftenwechsel ein. Wie den Parteien bereits mit Verfügung vom 15. Mai 2020 angezeigt, ist vorliegend der Aktenschluss nach der schriftlichen Gesuchsantwort der Gesuchsgegnerin (act. 7) eingetreten. In derselben Verfügung wurde darauf hingewiesen, dass ab dem Aktenschluss neue Tatsachen und Beweismittel nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen seien, wobei diejenige Partei, die der Meinung sei, sie könne sich auf neue Tatsachen/Beweismittel stützen, für jede einzelne neue Tatsache und jedes einzelne neue Beweismittel substantiiert darzutun habe, dass die Zulässigkeitsvorausset-

zungen gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht erfüllt seien (act. 10).

Bei der von der Gesuchstellerin im Rahmen ihrer Eingabe vom 28. Mai 2020 neu vorgebrachten Behauptung, die Verwaltung der streitgegenständlichen Liegenschaft – die G._____ AG – sei darüber informiert gewesen, dass die F._____ AG Ende letzten Jahres/anfangs dieses Jahres Malerarbeiten durch sie (die Gesuchstellerin) habe ausführen lassen und diesen konkludent zugestimmt habe (act. 12 Rz. 8), handelt es sich – wie bei den in diesem Zusammenhang eingereichten Urkunden – um unechte Noven, da diese bereits vor Eintritt des Aktenschlusses entstanden sind. Die Gesuchstellerin legt in ihrer Eingabe vom 28. Mai 2020 nicht dar, inwiefern die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO vorliegend erfüllt sind. Sie erklärt insbesondere nicht, inwiefern es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen wäre, die Tatsachenbehauptungen hinsichtlich der Zustimmungserteilung der Grundeigentümerin im Sinne von Art. 837 Abs. 2 ZGB vorher – im Rahmen ihres Gesuchs vom 23. April 2020 – vorzutragen und die Beweismittel hierzu vorher – mit ihrem Gesuch – einzureichen. Vielmehr bringt sie lediglich pauschal vor, keinen Anlass dazu gehabt zu haben, die konkludente Zustimmung der Gesuchsgegnerin in ihrem Gesuch zu thematisieren, weil sie nicht davon ausgegangen sei, dass die Gesuchsgegnerin die falsche Behauptung aufstelle, sie habe von den ausgeführten Malerarbeiten nichts gewusst und diesen auch nicht konkludent zugestimmt (act. 12 Rz. 2). Wie aber bereits in Ziffer 5.2 hiervor erwähnt, handelt es sich bei der Zustimmungserteilung des Grundeigentümers zur Ausführung der Arbeiten um eine anspruchsbegründende Tatsache, welche bereits im Rahmen des Gesuchs hätte behauptet werden müssen. Die Gesuchstellerin äusserte sich in ihrem Gesuch aber mit keinem Wort zur Zustimmungserteilung im Sinne von Art. 837 Abs. 2 ZGB. Es wäre ihr ohne Weiteres möglich und zumutbar gewesen, sich hierzu im Rahmen ihres Gesuchs zu äussern. Die im Rahmen der als "Replik" bezeichneten Eingabe neu vorgetragenen Tatsachenbehauptungen wie auch die in diesem Zusammenhang neu eingereichten Beweismittel sind damit als unzulässige Noven unbeachtlich.

7. Fazit

Die Gesuchstellerin ist ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast im Rahmen ihres Gesuchs vom 23. April 2020 (act. 1) nicht genügend nachgekommen. Die im Rahmen ihrer als "Replik" bezeichneten Eingabe neu vorgetragene Tatsachenbehauptungen und in diesem Zusammenhang neu eingereichten Beweismittel stellen unzulässige Noven dar und sind folglich unbeachtlich. Das Gesuch ist daher abzuweisen und das zuständige Grundbuchamt C. _____ ist anzuweisen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 24. April 2020 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht auf der streitgegenständlichen Liegenschaft vollumfänglich zu löschen.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

8.2. 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 36'105.05 auszugehen (act. 1 S. 2), wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 2'300.– festzusetzen ist.

8.3. Zudem ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 2'900.– zu bezahlen. Mangels Darlegung der fehlenden Berechtigung zum Vorsteuerabzug auf Seiten der Gesuchsgegnerin (act. 7) ist die Parteientschädigung praxisgemäss ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 25. Mai 2016 [4A_552/2015] E. 4.5).

Das Einzelgericht erkennt:

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt C._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 24. April 2020 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht **vollumfänglich zu löschen** auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 1, D._____ -strasse ..., E._____ -strasse ..., ... Zürich, für eine Pfandsumme von CHF 36'105.05 nebst Zins zu 5% seit 1. März 2020.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 2'300.–. Allfällige weitere Kosten (insbesondere Kosten des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden der Gesuchstellerin auferlegt.
5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 2'900.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage der Doppel von act. 12 und 13/1-5, sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt C._____ unter Hinweis auf Dispositiv-Ziffer 2.
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 36'105.05.

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

Zürich, 8. Juni 2020

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Daniela Solinger