

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE200330-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie die Gerichtsschreiberin
Corina Bötschi

Urteil vom 25. September 2020

in Sachen

A. _____ AG,
Gesuchstellerin

gegen

B. _____ AG,
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X2. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:
(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei das Grundbuchamt C. _____ sofort und ohne Anhörung der Beklagten (superprovisorisch) anzuweisen, auf dem Grundstück Grundbuchblatt ..., Kat.-Nr. ..., D. _____-Str. ..., E. _____, ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 73'785.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 11. August 2020 zugunsten der Klägerin und zulasten der Beklagten vorläufig im Grundbuch vorzumerken;
2. Es seien die vorstehend beantragten Eintragungen dem Grundbuchamt C. _____ gemäss Art. 48 Abs. 2 lit. b GBV sowohl telefonisch oder elektronisch als auch schriftlich mitzuteilen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zulasten der Beklagten."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin machte ihr Gesuch mit eingangs erwähntem Rechtsbegehren am 16. August 2020 (Datum Poststempel) hierorts anhängig (act. 1 f.). Mit Verfügung vom 17. August 2020 wurde das Gesuch um superprovisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts mangels rechtsgenügender Tatsachenbehauptungen zur Dringlichkeit abgewiesen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 3). Mit Eingabe vom 26. August 2020 machte die Gesuchstellerin alsdann glaubhaft, dass ihr aufgrund zeitlicher Dringlichkeit die Verwirkung des Anspruchs auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts drohe (act. 5). Ihrem Gesuch um superprovisorische Eintragung wurde mit Verfügung vom 28. August 2020 schliesslich entsprochen (act. 8) und das Grundbuchamt C. _____ einstweilen ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin angewiesen, ein Pfandrecht im beantragten Betrag auf dem gesuchsgegnerischen Grundstück Kat. Nr. ..., GBBl. ..., D. _____-Str. ..., E. _____, einzutragen. Mit Eingabe vom 21. September 2020 beantragte die Gesuchsgegnerin innert erstreckter Frist (act. 11) die Abweisung des Gesuchs (act. 14).

2. Anspruch auf vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

2.1. Prozessgegenstand und Parteistandpunkte

Die Parteien schlossen anlässlich eines Sanierungsprojekts der Gesuchsgegnerin, das die streitgegenständliche Liegenschaft betrifft, einen Werkvertrag mit der Bezeichnung "... – ...-Metall Fenster" vom 20. Mai 2019 ab (act. 2/4). Die Leistungen der Gesuchstellerin bestanden vereinfacht dargestellt im Entfernen der alten Fenster sowie im Einbau von jeweils 29 neuen Fenstern pro Stockwerk (1. OG bis 4. OG). Der vereinbarte Pauschalwerklohn betrug CHF 360'000.– (inkl. MwSt.) (act. 1 N. 7; act. 14 N. 7). Dieser Sachverhalt ist unbestritten geblieben.

Die Gesuchstellerin führt aus, sie habe die Leistungen gemäss Werkvertrag (Lieferung und Montage von Fenstern inkl. Zubehör) auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin erbracht (act. 1 N. 8). Ferner hätten die Parteien mündlich – und mit schriftlicher Bestätigung per E-Mail – Nachträge betreffend Arbeiten im Zusammenhang mit den Fensterlieferungen abgeschlossen. Diese umfassten u.a. die Lieferung bzw. Montage von VSG Gläsern für 29 Fenster zu einem Pauschalpreis von CHF 6'300.– sowie die Lieferung bzw. Montage von Öffnungsbegrenzern im 1. OG bei 26 Fenstern zu einem Pauschalpreis von CHF 4'950.– (act. 1 N. 8). Am 12. August 2020 erfolgten schliesslich im Auftrag der Gesuchsgegnerin Nachbesserungsarbeiten (act. 1 N. 22; act. 2/10). Nach Abzug der bereits geleisteten Zahlungen betrage die offene Werklohnforderung CHF 73'785.– (act. 1 N. 23). Schliesslich seien spätestens mit Fertigstellung der Nachbesserungsarbeiten am 12. August 2020 sämtliche Forderungen aus dem Werkvertrag fällig geworden, weshalb ab diesem Datum ein Verzugszins von 5% geschuldet sei (act. 1 N. 24).

Die Gesuchsgegnerin wendet ein, die Gesuchstellerin habe die Lieferung bzw. Montage der Fenster im 2., 3. und 4. OG mangelhaft ausgeführt. Es sei u.a. auch zu Verzögerungen gekommen. Die Fenster im 1. OG seien im Übrigen noch gar nicht verbaut, weshalb sich die Gesuchstellerin seit Monaten im Verzug befinde (act. 1 N. 9). Zudem werde bestritten, dass es die von der Gesuchstellerin geltend gemachten – und unbelegt gebliebenen – Nachträge gegeben habe (act. 1 N. 22).

Die mit Schlussrechnung vom 11. August 2020 ausgewiesene Pfandsumme sei in rechnerischer Hinsicht schliesslich nicht nachvollziehbar (act. 1 N. 21).

2.2. Rechtliche Grundlagen

Gemäss Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB kann eine vorläufige Eintragung vorgemerkt werden zur Sicherung des Anspruchs 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, an diesem Grundstück, sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechtigte Person zum Schuldner haben". Aktivlegitimiert für das Gesuch um die gerichtliche Anordnung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist der Unternehmer (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, N. 1361).

Gemäss Art. 961 Abs. 3 ZGB und Art. 261 Abs. 1 ZPO gilt im vorläufigen Eintragungsverfahren das Beweismass der Glaubhaftmachung. Nach allgemeiner Ansicht ist das Beweismass in diesem Verfahren gegenüber anderen Arten vorsorglicher Massnahmen allerdings besonders stark herabgesetzt (BGE 137 III 563 E. 3.3; SCHUMACHER, a.a.O., N. 1394). An die Glaubhaftmachung dürfen folglich keine besonderen Anforderungen gestellt werden (BGE 86 I 265 E. 3; Urteil 5P.221/2003 des Bundesgerichts vom 12. September 2003, E. 3.2.1). Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint (BGE 86 I 265 E. 3; Urteil des Bundesgerichts 5A_933/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2). 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 265 E. 3; BGE 102 Ia 81 E. 2b/bb).

Gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB hat die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen. Bei dieser

Frist handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, die weder unterbrochen noch erstreckt werden kann und bei welcher der gesetzliche Fristenstillstand (Art. 145 ZPO) nicht gilt. Sie wird nur dadurch gewahrt, dass das Pfandrecht in- nert Frist im Grundbuch eingetragen wird, wobei bereits die Einschreibung der Anmeldung der vorläufigen Grundbucheintragung in das Tagebuch des Grund- buchamtes genügt (Art. 76 Abs. 3 GBV; Art. 972 Abs. 2 ZGB).

3. Würdigung

3.1. Forderung und Pfandberechtigung

Die Gesuchstellerin stützt ihre Pfandforderung in der Höhe von CHF 73'785.– auf die Schlussrechnung vom 11. August 2020 (act. 2/9).

Gemäss übereinstimmender Parteidarstellungen betrug der Pauschalwerkpreis CHF 360'000.– (inkl. MWSt.). Die Gesuchstellerin zieht davon Anzahlungen in der Höhe von insgesamt CHF 302'315 (inkl. MWSt.), die von der Gesuchsgegnerin bereits geleistet worden sind, ab (act. 1 N. 10 ff.; act. 2/5–9). Daraus resultiert ein offener Betrag in der Höhe von CHF 57'685.–. Zusätzlich macht sie in ihrem Ge- such Forderungen betreffend Nachträge in der Höhe von CHF 6'300.– (inkl. MWSt.) (VSG Gläser für 29 Fenster) und CHF 4'950.– (inkl. MWSt.) (Öffnungsbe- grenzer für 26 Fenster im 1. OG) geltend (act. 1 N. 8). Daraus errechnet sich eine Pfandforderung in der Höhe von CHF 68'935.– (inkl. MWSt.). Es bleibt eine Diffe- renz von CHF 4'850.– zur geltend gemachten Pfandforderung in der Höhe von CHF 73'785.– (inkl. MWSt.). Die verbleibende Differenz lässt sich zwar aufgrund der Darstellung der Gesuchstellerin in ihrer Rechtsschrift nicht vollständig erklären (vgl. act. 1 N. 8). Indes lässt sie sich anhand der Schlussrechnung vom 11. Au- gust 2020 (act. 2/9) nachvollziehen. Dort sind zwei weitere Positionen aufgeführt – "E-Motoren 4OG" (Position Nr. 130) zu CHF 3'714.– (exkl. MWSt.) sowie "Kitt- fugen und Anschlüsse im Treppenhaus" (Position Nr. 140) zu CHF 789.– (exkl. MWST). Die Position Nr. 130 "E-Motor" ist im Werkvertrag vom 20. Mai 2019 als Eventualposition aufgeführt (act. 2/4 S. 4). Auch bei der Position Nr. 140 "Kittfu- gen und Anschlüsse im Treppenhaus" ist mangels gegenteiliger Anhaltspunkte davon auszugehen, dass sie im Zusammenhang mit den streitgegenständlichen

Nachträgen steht, zumal die Gesuchstellerin – wie ebenfalls der Schlussrechnung vom 11. August 2020 zu entnehmen ist (act. 2/9) – auch Treppenhausfenster lieferte bzw. montierte. Addiert man die Positionen Nr. 130 und Nr. 140 und ergänzt sie um die Mehrwertsteuer, so resultiert daraus der vorgenannte Betrag von (gerundet) CHF 4'850.–. Zusammenfassend lässt sich die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Pfandsumme in der Höhe von CHF 73'785.– rechnerisch nachvollziehen.

Die Gesuchsgegnerin wendet ein, dass die Gesuchstellerin nicht glaubhaft dargetan habe, dass der Werkvertrag vom 20. Mai 2019 mit Nachträgen ergänzt worden sei. Diesem Vorbringen kann nicht beigespflichtet werden. Der für diese Nachträge angefallene Mehraufwand lässt sich zumindest der Schlussrechnung vom 11. August 2020 entnehmen (act. 2/9). In Anbetracht der Tatsache, dass das Beweismass in diesem Verfahren gegenüber anderen Arten vorsorglicher Massnahmen besonders stark herabgesetzt ist, erscheint es nicht als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich, dass der Gesuchstellerin trotz Pauschalwerklohn ein Mehraufwand – etwa aufgrund einer Beststellungsänderung – entstanden ist, der durch die vereinbarte Pauschalvergütung nicht mehr abgegolten wurde. Ebenso schadet es – zumindest in diesem Verfahren – nicht, dass sich der Mehraufwand zahlenmässig nicht (vollständig) der Rechtsschrift der Gesuchstellerin, sondern erst der Schlussrechnung entnehmen lässt. Aus diesem Grund lediglich auf eine Pfandsumme in der Höhe von CHF 68'935.– (CHF 73'785.– abzüglich CHF 4'850.–) zu erkennen, wäre den Verhältnissen – namentlich angesichts des drohenden Rechtsverlusts – nicht angemessen. Die von der Gesuchsgegnerin schliesslich bemängelte Differenz betreffend die Höhe der Akontozahlungen lässt sich – anders als von ihr behauptet (act. 14 N. 21) – darauf zurückführen, dass diese einzelnen Zahlungen in der Schlussrechnungen exkl. MWSt. aufgeführt sind (act. 2/9, Anzahlungen 1–4; act. 15/3–6).

Zusammenfassend ist die Pfandforderung in der Höhe von CHF 73'785.– glaubhaft dargetan. Die Gesuchstellerin ist indes bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass im ordentlichen Verfahren das Regelbeweismass gilt. Damit verbunden sind auch erhöhte Anforderungen an die Behauptungsdichte.

3.2. Wahrung der Eintragungsfrist

Die Gesuchsgegnerin wendet ein, die von der Gesuchstellerin behaupteten Nachbesserungsarbeiten vom 12. August 2020 seien nicht fristwährend (act. 1 N. 30). Indes bringt die Gesuchsgegnerin eigens vor, dass die Arbeiten in Bezug auf das 1. OG noch nicht vollendet seien. Diesbezüglich vertritt sie den Standpunkt, dass die Arbeiten am 2., 3. und 4. OG getrennt zu betrachten seien. Entsprechend habe die Frist nach Abschluss der Arbeiten am jeweiligen Stockwerk gesondert zu laufen begonnen. Daraus leitet sie ab, dass die Eintragungsfrist für das 2., 3. und 4. OG – mit Ausnahme der noch nicht vollendeten Arbeiten im 1. OG – verpasst sei (act. 1 N. 34). Diese Rechtsauffassung trifft nicht zu. Es ist weder dargelegt noch ersichtlich, dass es sich bei den (angeblich) noch nicht ausgeführten Arbeiten im 1. OG um eine Leistung handelt, die mit den bisher erbrachten Leistungen betreffend das 2., 3. und 4. OG in keinem funktionellen Zusammenhang steht. Vielmehr ist das Gegenteil der Fall, zumal gemäss Werkvertrag vom 20. Mai 2019 auf sämtlichen Stockwerken gleichartige Leistungen – Lieferung und Montage von je 29 Fenstern – zu erbringen waren (act. 2/4; act. 14 N. 7). Schliesslich ist einstweilen weder dargetan noch ersichtlich, dass die Gesuchstellerin die Arbeiten im 1. OG absichtlich nicht vollendet hätte, um den Beginn des Fristenlauf rechtsmissbräuchlich hinauszuzögern. Damit ist von einem einheitlichen Fristenbeginn auszugehen.

Überdies macht die Gesuchsgegnerin geltend, dass die gemäss Darstellung der Gesuchsgegnerin am 12. August 2020 abgeschlossenen Nachbesserungsarbeiten ohnehin nicht pfandberechtigt – und damit fristwährend – seien (act. 14 N. 29 f.). Wie es sich damit verhält, kann in Anbetracht des eben Gesagten offen bleiben.

Zusammenfassend ist glaubhaft dargetan, dass die Eintragungsfrist mangels Arbeitsvollendung noch nicht verstrichen ist bzw. noch nicht zu laufen begonnen hat.

3.3. Zins

Die Gesuchsgegnerin macht Verzugszinsen in der Höhe von 5% seit dem 11. August 2020 (Datum der Schlussrechnung) geltend (act. 1 N. 24). Gemäss Werkvertrag vom 20. Mai 2019 sind 30% des Pauschalwerklohns bei Bestellung, 30% bei Lieferung, 30% nach der Montage sowie 10% nach 30 Tagen ab Abnahme fällig (act. 2/4 S. 5). Die Parteien stimmen darin überein, dass es Nachbesserungsarbeiten gegeben hat bzw. dass sie immer noch im Gange sind (act. 1 N. 22; act. 14 N. 15). In Anbetracht dieses Umstands ist davon auszugehen, dass vorgängig bereits eine (erste) Abnahme stattgefunden hat. Die Parteien sind sich uneinig darüber, ob die vertraglich vereinbarten Leistungen in Bezug auf das 1. OG erfüllt wurden und ob Mehraufwände betreffend Nachträge zu vergüten sind. Wie es sich damit im Einzelnen verhält – und inwiefern sich dies auf den Zinsenlauf auswirkt –, wird im ordentlichen Verfahren zu klären sein. Einstweilen ist der behauptete Fristenlauf weder ausgeschlossen noch höchst unwahrscheinlich, so dass einstweilen davon auszugehen ist, dass der Verzugszins von 5% ab dem 11. August 2020 geschuldet ist.

3.4. Fazit

Die Gesuchstellerin hat sämtliche Eintragungsvoraussetzungen des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts glaubhaft gemacht. Die Gesuchsgegnerin kann diesbezüglich nichts Substantielles entgegensetzen. Die einstweilige Anweisung der vorläufigen Eintragung gemäss Verfügung vom 28. August 2020 ist um Umfang von CHF 73'785.– samt Zins von 5% (Art. 104 Abs. 1 OR) ab dem 11. August 2020 zu bestätigen.

4. Prosequierungsfrist

Sodann ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequierungsfrist ist praxismässig 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.

5. 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 73'785.– auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf rund die Hälfte der Grundgebühr bzw. auf CHF 3'700.– festzusetzen ist. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

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 doch nicht prosequieren sollte, ist der Gesuchsgegnerin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von rund der Hälfte der Grundgebühr bzw. CHF 4'600.– 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 28. August 2020 bis zur rechtskräftigen Eintragung.

tigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBl. ..., EGRID CH..., D. _____-Str. ..., E. _____, für eine Pfandsumme von CHF 73'785.00 nebst Zins zu 5% seit 11. August 2020.

2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 30. November 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 3'700.–. Allfällige weitere Kosten (insbesondere Gebühren des Grundbuchamts) 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 4'600.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel von act. 14 und act. 15/1–6, 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 73'785.–.

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

Zürich, 25. September 2020

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Corina Bötschi