

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE200346-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie Gerichtsschreiber Jan Busslinger

Urteil vom 13. November 2020

in Sachen

A. _____ AG,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

1. *Es sei das Grundbuchamt C._____ im Sinne von Art. 961 ZGB sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei einstweilen anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten der Gesuchsgegnerin ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf der Liegenschaft Kat.-Nr. ... GBBl. ... | ... strasse ... in | C._____ , für eine Pfandsumme von | Fr. 60'866.15 nebst Zins zu 4 % seit 10.08.2020.*
2. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin.*

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 8. September 2020 stellte die Gesuchstellerin ein Gesuch betreffend provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts i.S.v. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB (Eingang beim Einzelgericht am 9. September 2020; act. 1; act. 2; act. 3/2-15). Das Grundbuchamt C._____ nahm gestützt auf die Verfügung vom 9. September 2020 (act. 4) die vorläufige Eintragung am 9. September 2020 vor (act. 7). Der Rechtsvertretung der Gesuchsgegnerin wurde das Gesuch mit Beilagen am 18. September 2020 in Kopie zugestellt (act. 8; act. 9/1-2; act. 10). Innerhalb erstreckter Frist (act. 11) reichte die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 30. Oktober 2020 ihre Gesuchsantwort ein (act. 12A-B; act. 15; act. 16/1-2). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Prozessgegenstand

Die Gesuchstellerin verlangt die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin Kat-Nr., GBBl., ...strasse ... in C._____ für eine behauptete noch offene Vergütungsforderung von CHF 60'866.15 zuzüglich Zinsen.

Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in Zürich ZH; sie bezweckt die Ausführung von Schreinerarbeiten, die Gestaltung

von Wohneinrichtungen, das Planen von Neu- und Umbauten, Bauleitungen sowie die Herstellung von und den Handel mit Bauelementen aller Art, insbesondere Küchen und Bädern.

Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in ... GR; sie bezweckt die Vornahme von Immobiliengeschäften aller Art.

Mit Pauschalwerkvertrag Nr. ... vom 6. Februar 2020 verpflichtete sich die Gesuchstellerin zur Erstellung von Kücheneinrichtungen auf dem streitgegenständlichen Grundstück der Gesuchsgegnerin über CHF 211'181.10 (inkl. MWST; act. 1 Rz. 6; act. 15 Rz. 2 S. 2-3; act. 3/5). Weiter vereinbarten die Parteien die Nachträge Nr. 1 vom 19. Februar 2020, Nr. 2 vom 20. Februar 2020, Nr. 3 vom 20. Februar 2020, Nr. 4 vom 9. März 2020 und Nr. 5 vom 9. März 2020 (act. 1 Rz. 6; act. 3/6-10). Die Gesuchstellerin installierte Küchen in insgesamt 24 Wohnungen (act. 1 Rz. 8).

Auf die Ausführungen der Parteien ist nachfolgend einzugehen, soweit sich dies für die Entscheidungsfindung als erforderlich erweist.

3. Formelles

3.1. Die Rechtsvertretungen haben sich durch genügende Vollmachten ausgewiesen (Art. 68 Abs. 3 ZPO). Die Vollmacht an die Rechtsvertretung der Gesuchstellerin vom 4. September 2020 wurde durch die kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigten Verwaltungsräte D._____ und E._____ unterzeichnet (act. 2). Die Vollmacht an die Rechtsvertretung der Gesuchsgegnerin wurde durch die kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigten Verwaltungsräte F._____ und G._____ unterzeichnet (act. 12A-B).

3.2. Das streitgegenständliche Grundstück liegt im Kanton Zürich (act. 1 Rz. 2; act. 3/2). Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 13 lit. a i.V.m. Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO.

3.3. Die sachliche Zuständigkeit folgt aus Art. 6 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 und 2 ZPO sowie § 45 lit. b GOG (BGE 137 III 563 E. 3.4 S. 568-569).

3.4. Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

4. Materielles

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 berechnigte Person zum Schuldner haben".

Im vorläufigen Eintragungsverfahren gilt das Beweismass der Glaubhaftmachung (Art. 961 Abs. 3 ZGB; Art. 261 Abs. 1 ZPO). 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 S. 566-567; BGer 5A_613/2015 v. 22.01.2015 E. 4; RAINER SCHUHMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N 1394). An die Glaubhaftmachung dürfen folglich keine besonderen Anforderungen gestellt werden (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGE 79 II 424 E. 6 S. 439; BGE 39 II 139 E. 2 S. 139-140; BGer 5P.221/2003 v. 12.09.2003 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 S. 269-270; BGer 5A_933/2014 v. 16.04.2015 E. 3.3.2; 5D_116/2014 v. 13.10.2014 E. 5.3; 5A_475/2010 v. 15.09.2010 E. 3.1.2). Im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen (BGE 102 Ia 81 E. 2b/bb S. 86; BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGer 5A_933/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2; 5A_932/2014 v. 16.04.2015 E. 3.3.2; 5A_475/2010 v. 15.09.2010 E. 3.1.2) und die Entscheidung dem definitiven Eintragungsverfahren zu überlassen (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270). Bei Abweisung des Gesuchs um vorläufige Eintragung droht der gesuchstellenden Partei aufgrund der ablaufenden Eintragungsfrist ein definitiver Rechtsverlust (BGE 137 III 563 E. 3.3 S. 566-567; BGE 86 I 265 E. 3

S. 268, 269-270; BGE 39 II 139 E. 2 S. 139-140), während bei einer Gutheissung im vorläufigen Eintragungsverfahren der Gegenpartei lediglich ein vorübergehender Nachteil droht, da die gesuchstellende Partei die Massnahme zu prosequieren haben wird (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270). Insofern verhält es sich gerade umgekehrt zum Verfahren des klaren Rechtsschutzes, wo bei einer Gutheissung des Gesuchs ein definitiver Vollstreckungstitel mit materieller Rechtskraft resultiert, weshalb bereits substantiiert und schlüssig vorgetragene, erhebliche Einwände der Gegenpartei einer Gutheissung entgegenstehen (BGE 138 III 620 E. 5.1.1 S. 623-624).

4.1. Es ist unbestritten, dass die Gesuchstellerin pfandberechtigte Arbeiten auf dem streitgegenständlichen Grundstück ausgeführt hat. Die Gesuchstellerin ist aktivlegitimiert.

4.2. Der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks (BGE 134 III 147 E. 4.3 S. 150; BGE 92 II 227 E. 1 S. 229-230). Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin der streitgegenständlichen Liegenschaft (act. 1 Rz. 4; act. 3/2; Prot. S. 3). Die Gesuchsgegnerin ist passivlegitimiert.

4.3. Gemäss Darstellung der Gesuchstellerin beläuft sich die pfandberechtigte Forderung auf CHF 60'866.15.

4.3.1. Die Handwerker und Unternehmer sind bereits mit Übernahme der Verpflichtung zur Arbeitsleistung berechtigt, ein Bauhandwerkerpfandrecht einzutragen (Art. 839 Abs. 1 ZGB).

Die Gesuchstellerin stützt sich auf die Schlussrechnung 15425 vom 2. Juni 2020 über CHF 27'642.85 und die in diesem Betrag bereits abgezogene, jedoch noch nicht bezahlte Akontorechnung 14998 vom 10. März 2020 über CHF 33'223.30 (act. 1 Rz. 7; act. 15 Rz. 1 S.2; act. 3/11-12). Die Gesuchsgegnerin stellt in Frage, ob der Betrag materiell ausgewiesen wäre (act. 15 Rz. 3 S. 4). Das in der Schlussrechnung 15425 vom 2. Juni 2020 ausgewiesene Total der Arbeiten von CHF 226'982.65 deckt sich mit dem Werkvertrag und den Nachträgen Nr. 1-5. Die

Verpflichtung der Gesuchstellerin zur Ausführung von Arbeiten im Umfang von CHF 60'866.15 ist damit glaubhaft gemacht. Die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts setzt die Fälligkeit der Werklohnforderung nicht voraus.

Die Gesuchstellerin vermag eine pfandberechtigte Forderung von CHF 60'866.15 glaubhaft zu machen.

4.3.2. Gemäss Art. 102 Abs. 1 OR kommt der Schuldner einer fälligen Leistung durch Mahnung des Gläubigers in Verzug. Der gesetzliche Verzugszins beträgt 5 % (Art. 104 Abs. 1 OR).

Die Gesuchstellerin setzte der Gesuchsgegnerin mit der Mahnung vom 31. Juli 2020 eine Zahlungsfrist bis 7. August 2020 (act. 1 Rz. 7; act. 3/13). Welche Relevanz in diesem Zusammenhang der von der Gesuchsgegnerin aufgegriffenen Frage des Baufortschritts im Zeitpunkt der Akontorechnung vom 10. März 2020 zukommen soll (act. 15 Rz. 2 S. 3), ist nicht nachvollziehbar. Die Gesuchsgegnerin beruft sich zudem auf die Zahlungsbedingungen, wonach die Schlusszahlungen nach 60 Tagen ab Vorliegen der bereinigten und unterzeichneten Schlussabrechnung ausbezahlt wird, sofern die Abnahmeprotokolle und die Gewährleistungsgarantie vorliegen, und die Frist für die Prüfung der Schlussrechnung von drei Monaten gemäss Ziffer 19.8 der AGB (act. 15 Rz. 3 S. 3; act. 3/5). Es ist nicht anzunehmen, dass damit die Zahlungsfrist in das Belieben der Schuldnerin gestellt werden soll. Die entsprechenden Einwendungen sind in das Hauptverfahren zu verweisen. Demnach befindet sich die Gesuchsgegnerin seit dem 8. August 2020 in Verzug.

Der von der Gesuchstellerin geltend gemachte Zinsanspruch von 4 % ab dem 10. August 2020 ist glaubhaft gemacht.

4.4. Die Eintragung hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB).

Nach Darstellung der Gesuchstellerin hätten am 14. Mai 2020 noch Einbauarbeiten stattgefunden (act. 1 Rz. 8, 9). Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass die letzten Arbeiten am 14. Mai 2020 ausgeführt worden seien (act. 15 Rz. 4 S. 4). Die

Gesuchstellerin beruft sich auf die Abnahmerapporte vom 15. Mai 2020 (act. 1 Rz. 8; act. 3/15). Der Inhalt der E-Mail der Gesuchsgegnerin vom 14. Juli 2020, gemäss welcher die Gesuchstellerin den Einbau der Küchen im Januar/Februar 2020 und im März/April 2020 vorgenommen haben soll (act. 15 Rz. 5 S. 5; act. 16/2), steht der Darstellung der Gesuchstellerin nicht entgegen. Es ist nicht unüblich, dass gewisse Teile von Küchen aufgrund von Lieferverzögerungen, Änderungswünschen und dergleichen erst nachträglich fertiggestellt werden können.

Die Wahrung der Eintragsfrist ist glaubhaft dargetan.

4.5. Im Ergebnis ist die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt C._____ zu bestätigen als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 9. September 2020 bis zur rechtskräftigen Erledigung des einzuleitenden Hauptprozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBl. ..., ...strasse ..., C._____, für eine Pfandsumme von CHF 60'866.15 nebst Zins zu 4 % seit 10. August 2020.

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 (BGE 143 III 554 E. 2.5.2 S. 557-558 = Pra 107 [2018] Nr. 145). 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). Der Streitwert beträgt CHF 60'866.15. Die nach § 4 Abs. 2 GebV OG bestimmte ordentliche Gerichtsgebühr beträgt CHF 6'419.29. In Anwendung von § 8 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 4'900.00 festzusetzen.

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 Gesuchsgegnerin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von CHF 7'100.00 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 9. September 2020 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses
auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ...,
...strasse ..., C._____,
für eine Pfandsumme von CHF 60'866.15 nebst Zins zu 4 % seit 10. August 2020.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 18. Januar 2021 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 4'900.00.
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 7'100.00 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel von act. 15 und act. 16/1-2, 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 60'866.15.

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

Zürich, 13. November 2020

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Jan Busslinger