

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE200352-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie Gerichtsschreiber
Leonard Suter

Verfügung und Urteil vom 20. November 2020

in Sachen

A._____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ [Pensionskasse],
Gesuchsgegnerin

sowie

1. **C1._____ AG,**

2. **C._____ AG,**

Streitberufene, 2 als prozessführende Streitberufene

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1, S. 2)

- " 1. Das Grundbuchamt D._____ (...) sei im Sinne von Art. 961 ZGB sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei einstweilen anzuweisen, zu Gunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin ein Bauhandwerkerpfandrecht wie folgt vorläufig im Grundbuch auf das Grundstück GBBI. Nr. 1, Kataster Nr. 2, E._____-strasse Nr. 3/Nr. 4, F._____-strasse Nr. 5/Nr. 6, ... Zürich, einzutragen:
- Eigentümerin: B._____, G._____-strasse Nr. 7, ... Zürich,
GBBI. Nr. 1, Grundbuch Gemeinde D._____ (...), lastend auf Grundstück Kat.-Nr. 2, E._____-strasse Nr. 3/Nr. 4, F._____-strasse Nr. 5/Nr. 6, ... Zürich,
- für eine Pfandsomme von CHF 99'438.10 nebst Zins zu 5 % seit 4. August 2020.
2. Die Anweisung sei superprovisorisch zu verfügen und dem Grundbuchamt D._____ (...) unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MwSt. zulasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 11. September 2020 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin hierorts ihr Gesuch samt Beilagen ein (act. 1; act. 3/1-13). Mit Verfügung vom 14. September 2020 wurde dem Gesuch einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei mit Ausnahme des Zinsbegehrens entsprochen und das Grundbuchamt D._____ (...) angewiesen, das beantragte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Mit gleicher Verfügung wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um schriftlich zum Begehren Stellung zu nehmen. Mit Eingabe vom 21. September 2020 verkündete die Gesuchsgegnerin der C1._____ AG den Streit (act. 8). Mit Verfügung vom 23. September 2020 wurde von der Streitver-

kündigung der Gesuchsgegnerin an die C1._____ AG Vormerk genommen (act. 10). Mit Eingabe vom 6. Oktober 2020 erklärte die C1._____ AG mit dem Einverständnis der Gesuchsgegnerin den Prozessbeitritt als prozessführende Streitberufene und verkündete der C._____ AG den Streit und beantragte eine Fristerstreckung für die Einreichung der Stellungnahme (act. 12). Mit Verfügung vom 7. Oktober 2020 wurde vom Prozessbeitritt als prozessführende Streitberufene der C1._____ AG und vom Ausscheiden der Gesuchsgegnerin aus der Prozessführung Vormerk genommen. Sodann wurde von der Streitverkündung der damaligen prozessführenden Streitberufenen an die C._____ AG Vormerk genommen. Ausserdem wurde die der damaligen prozessführenden Streitberufenen angesetzte Frist zur Stellungnahme erstreckt (act. 14). Mit Eingabe vom 6. November 2020 erklärte die C._____ AG als Streitberufene, sie trete mit dem Einverständnis der damaligen prozessführenden Streitberufenen (C1._____ AG) als prozessführende Streitberufene dem Prozess bei (act.16 Rz 1). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Neue prozessführende Streitberufene

Mit Verfügung vom 7. Oktober 2020 wurde von der Streitverkündung der prozessführenden Streitberufenen C1._____ AG an die C._____ AG, H._____ -strasse Nr. 8, I._____ Vormerk genommen (act. 14).

Mit Eingabe vom 6. November 2020 (Datum Poststempel) erklärte die streitberufene C._____ AG sinngemäss, sie trete als prozessführende Streitberufene dem Prozess bei. Sie legte eine Einverständniserklärung der bisherigen prozessführenden Streitberufenen (C1._____ AG) bei (vgl. act. 16 Rz. 1). Aus der Einverständniserklärung geht hervor, dass die C1._____ AG sich damit einverstanden erklärt, dass die C._____ AG den vorliegenden Prozess an ihrer Stelle führe (vgl. act. 17/2).

Vom Prozessbeitritt als prozessführende Streitberufene der C._____ AG ist Vormerk zu nehmen. Die C1._____ AG scheidet damit aus der Prozessführung aus.

3. Prozessgegenstand

Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des streitgegenständlichen Grundstücks an der E.____-strasse Nr. 3/Nr. 4, F.____-strasse Nr. 5/Nr. 6, ... Zürich (act. 3/4). Am 20. Dezember 2019 schlossen die prozessführende Streitberufene und die Gesuchstellerin einen Werkvertrag, gemäss welchem die Gesuchstellerin diverse Elektroinstallationen und damit im Zusammenhang stehende Arbeiten vornehmen sollte (act. 1 Rz 10; act. 3/3; act. 3/7).

Am 4. Juni 2020 stellte die Gesuchstellerin ihre Schlussrechnung über CHF 99'438.10 (act.3/8). Da diese jedoch bis anhin nicht bezahlt wurde, verlangte sie die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (act. 1).

4. Voraussetzungen zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

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 Vollen- dung der Arbeiten zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB).

Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, so muss die Gesuchstellerin ihr Gesuch nur glaubhaft machen. An die Glaubhaftmachung sind nach konstanter Lehre und Praxis keine strengen Anforderungen zu stellen (BGE 86 I 270; ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 101[1982] II Halbband S. 158, ZR 79 Nr. 80 Erw. 1; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N. 1394 ff.). 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).

5. Eintragsfrist

5.1. Parteivorbringen

5.1.1. Die Gesuchstellerin führt aus, sie habe das Werk vertragsgemäss erstellt und sämtliche von der Bauherrschaft oder der Bestellerin erhobenen Beanstandungen behoben (act. 1 Rz 12). Die Gesuchstellerin selbst habe ihre letzten Arbeiten am 29. Mai 2020 ausgeführt. Am 3. Juni 2020 seien zudem noch Arbeiten durch die Temporär-Arbeiter ausgeführt worden, welche der Gesuchstellerin von der der J._____ GmbH zur Verfügung gestellt worden seien (act. 1 Rz 14).

5.1.2. Die prozessführende Streitberufene behauptet, bei der geplanten Abnahme des Werks vom 28. Mai 2020 sei festgestellt worden, dass zahlreiche vereinbarte Arbeiten noch nicht vorgenommen worden seien. Konkret seien verschiedene Leuchten, der Kabelkanal für die Leuchtschrift sowie Heiz- und Kaltwasserzähler noch nicht montiert und die Schalter in der Empfangstheke sowie im Sitzungszimmer noch nicht eingesetzt gewesen. Aufgrund zahlreicher Mängel sei die Abnahme abgebrochen und im Abnahmeprotokoll festgehalten worden, welche Mängel bis zum 2. Juni 2020 zu beheben seien (act. 16 Rz 8). Auch der nächste Abnahmeversuch vom 2. Juni 2020 sei wegen wesentlicher Mängel gescheitert. Vergeblich sei die Gesuchstellerin danach zur Fertigstellung des Werkes und zur Behebung der gerügten Mängel angehalten worden. Schliesslich sei der Gesuchstellerin der Auftrag bezüglich der Beleuchtungen und der Erschliessung der Heiz- und Kaltwasserzähler entzogen worden (act. 16 Rz 11). Weiter sei festgestellt worden, dass betreffend die Stromverkabelung schwerwiegende Mängel bestanden hätten, deren Behebung noch ausstehend sei. Zusammenfassend habe die Gesuchstellerin noch nicht alle im Werkvertrag aufgelisteten Leistungen erbracht und bei den erbrachten Arbeiten würden wesentliche Mängel vorliegen, weshalb die Bauarbeiten noch nicht vollendet seien (act. 16 Rz 14). Aus diesem Grund habe die viermonatige Eintragsfrist noch nicht zu laufen begonnen, weshalb keine Gefährdung des klägerischen Pfandanspruchs bestehe (act. 16 Rz 16).

5.2. Rechtliches

Wie bereits ausgeführt, hat die Eintragung ins Grundbuch bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Zu präzisieren ist zweierlei: Erstens gelten Bauarbeiten grundsätzlich dann als vollendet, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Nachbesserungsarbeiten, da diese keinen Vergütungsanspruch des nachbesserungspflichtigen Unternehmers begründen (BGE 125 III 113 E. 2b m.w.H.; OGer ZH LF180018 vom 4. Juni 2018 E. 3.4.2; BSK ZGB II-THURNHERR, Art. 839/840 ZGB N 29). Zweitens kann die Viermonatsfrist auch ohne Vollendung der Arbeiten beginnen, wenn der Werkvertrag aufgelöst wird oder eine Partei vom Vertrag zurücktritt (vgl. SCHUMACHER, a.a.O., N. 1116 ff.). Die Eintragsfrist beginnt dann nicht mit Vollendung der Arbeiten zu laufen, sondern in dem Zeitpunkt, in welchem der Unternehmer erstmals mit Sicherheit erkannt hat, dass er inskünftig keine Bauarbeiten zu erbringen hat und deshalb die Bauarbeiten nicht zu vollenden hat (SCHUMACHER, a.a.O., N 1120).

Zwar besteht gestützt auf Art. 839 Abs. 1 ZGB die Möglichkeit, das Pfandrecht von dem Zeitpunkte an in das Grundbuch eintragen zu lassen, da sich der Handwerker zur Arbeitsleistung verpflichtet hat. Diese Bestimmung betrifft jedoch den materiellen Pfandrichtungsanspruch. Geht es jedoch wie hier um die vorläufige Eintragung des Pfandrechtes, muss die Klägerin neben ihrem Pfandanspruch auch die Gefährdung dieses Anspruchs glaubhaft machen. Dies, weil es sich bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes um eine vorsorgliche Massnahme handelt, welche verlangt, dass aus der Verletzung eines Anspruchs ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (BGE 137 III 563 E. 3.3). Der Zweck der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes liegt darin, eine drohende Gefährdung abzuwenden, nämlich den aus dem Ablauf der Eintragsfrist drohenden, nicht wieder gutzumachenden Rechtsnachteil abzuwenden (BGE 137 III 563, Erw. 3.3).

Verlangt ein Bauhandwerker bereits vor der Vollendung der Arbeit oder schon nach der Verpflichtung zur Arbeitsleistung (Art. 839 Abs. 1 ZGB) die vorläufige Eintragung, bleibt Raum, um auch den Interessen des Eigentümers Rechnung zu

tragen. Dies zeigt sich bereits darin, dass die Gefährdung des Pfandanspruches in diesen Fällen nicht einfach mit dem drohenden Ablauf der Verwirkungsfrist begründet werden kann. Es äussert sich auch darin, dass an das Beweismass zumindest für die Frage der Gefährdung die gewöhnlichen, höheren Anforderungen gestellt werden. Generell muss der befürchtete Nachteil aufgrund objektiver Anhaltspunkte wahrscheinlich sein, ohne dass eine Fehleinschätzung jedoch völlig auszuschliessen wäre (Botschaft zur ZPO, S. 7354). Es reicht in diesem frühen Stadium daher nicht aus, dass eine Gefährdung bloss nicht ausgeschlossen erscheint (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE130149 vom 29. August 2013 E. 4 m.w.H., publ. in: ZR 112/2013 Nr. 50 S. 189, S. 191 f.).

5.3. Würdigung

5.3.1. Der Bestand und die die Höhe der Pfandforderung wird von der prozessführenden Streitberufenen – zumindest im Rahmen des vorliegenden Verfahrens – nicht bestritten, weshalb sie rechtsgenügend glaubhaft gemacht wurde. Weiter ist offensichtlich, dass es sich bei den werkvertraglich vereinbarten Arbeiten um pfandberechtigte Leistungen i.S.d. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB handelt.

Umstritten bleibt im Rahmen des Summarverfahrens einzig die Gefährdung des Pfandanspruches, da gemäss der prozessführenden Streitberufenen der Ablauf der Viermonatsfrist vorliegend nicht droht (act.16 Rz 15). Damit dieser Auffassung gefolgt werden könnte, müsste zunächst als ausgeschlossen gelten, dass die Arbeiten bereits vollendet wurden.

Die von der prozessführenden Streitberufenen geltend gemachten Mängel sind vorliegend nicht von Bedeutung, da Nachbesserungsarbeiten wie oben erläutert keine Vollendungsarbeiten darstellen und somit den Beginn der Viermonatsfrist nicht hinauszuschieben vermögen. Auch die noch nicht erfolgte Abnahme des Werks sagt nichts darüber aus, ob die Arbeiten bereits vollendet wurden oder nicht. Betreffend die noch ausstehenden Vertragsleistungen führt die prozessführende Streitberufene aus, diese seien der Gesuchstellerin entzogen worden, soweit sie die Montierung der Leuchten und des Wasserzählers betreffen würden (act. 16 Rz 12; act. 17/8). In Bezug auf diese Leistungen hat die Gesuchstellerin

keine Vollendungsarbeiten mehr zu erbringen, da der Werkvertrag diesbezüglich aufgelöst wurde.

Ob noch vertraglich geschuldete Hauptleistungen ausstehend sind, und um welche es sich konkret handeln soll, bleibt unklar, entsprechende Nachweise liegen keine im Recht. Diesbezüglich stehen sich die gegensätzlichen Behauptungen der Gesuchstellerin und der prozessführenden Streitberufenen gegenüber. Dies führt dazu, dass keinesfalls ausgeschlossen werden kann, dass die Gesuchstellerin am 3. Juni 2020 die letzten vertraglich geschuldeten Leistungen erbracht hat. Es ist somit glaubhaft gemacht, dass die Viermonatsfrist an besagtem Datum zu laufen begonnen hat und somit ihr Ablauf droht.

5.3.2. Doch selbst wenn noch Vollendungsarbeiten ausstehend sein sollten und die Viermonatsfrist damit noch nicht zu laufen begonnen hätte, würde die Gefährdung des gesuchstellerischen Pfandanspruchs immer noch als glaubhaft erscheinen. Sollte die Gesuchstellerin ihren streitigen Pfandanspruch im ordentlichen Verfahren durchsetzen müssen, ist dabei erfahrungsgemäss mit einer Dauer zu rechnen, die vier Monate deutlich überschreitet. Zudem ist anzunehmen, dass die prozessführende Streitberufene der Gesuchstellerin allfällig noch nicht erbrachte Vertragsleistungen entziehen und an Dritte vergeben würde, wie sie dies bereits getan hat (vgl. act.16 Rz 11).

In diesem Fall würde die Viermonatsfrist aufgrund der Auflösung des Werkvertrags zu laufen beginnen und das Risiko für die Gesuchstellerin, das ordentliche Verfahren zur definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht rechtzeitig abschliessen zu können, wäre erheblich. Somit wäre die Gefährdung ihres Pfandanspruchs auch in diesem Fall glaubhaft.

5.4. Fazit

Die prozessführende Streitberufene anerkennt den Anspruch auf vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts, sofern das Handelsgericht die Gefährdung des gesuchstellerischen Pfandanspruchs annimmt (act. 16 Rz 17). Da wie oben ausgeführt die Gefährdung des Pfandanspruchs hinreichend glaubhaft ge-

macht wurde, sind somit die übrigen Voraussetzungen der vorläufigen Eintragung anerkannt und nicht mehr zu prüfen. Das Begehren ist daher gutzuheissen und die einstweilige Anweisung der vorläufigen Eintragung gemäss Verfügung vom 14. September 2020 zu bestätigen.

6. 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.

7. 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 99'438.10 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf rund CHF 4'500.– 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 bezie-

hen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt.

Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Weder die Gesuchsgegnerin noch die nicht anwaltlich vertretene prozessführende Streitberufene haben einen Antrag auf Entschädigung gestellt. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, sind darum keine Entschädigungen zuzusprechen.

Das Einzelgericht verfügt:

1. Es wird vorgemerkt, dass fortan die C._____ AG, C._____ Nr. 9, ... Zürich, den Prozess anstelle der C1._____ AG, H._____ -str. Nr. 8, I._____, als prozessführende Streitberufene führt und dass die C1._____ AG aus der Prozessführung ausgeschieden ist.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D._____ (...) wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 14. September 2020 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses
auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. Nr. 1,
E._____ -strasse Nr. 3/Nr. 4, F._____ -strasse Nr. 4/Nr. 5, ... Zürich,
für eine Pfandsumme von CHF 99'438.10 nebst Zins zu 5 % seit 14. August 2020.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 25. 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 4'500.–.
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 Entschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Grundbuchamt D. _____ (...), an die Parteien jeweils unter Beilage der Doppel von act. 16 und 17/1-11.
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 99'438.10.

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

Zürich, 20. November 2020

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Leonard Suter