

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE210132-O

U/mk

Mitwirkend: Obergerichter Roland Schmid, Präsident, sowie Gerichtsschreiber
Dr. Benjamin Büchler

Urteil vom 6. Dezember 2021

in Sachen

A. _____ AG Bauunternehmung,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X2. _____,

gegen

B. _____ SA,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt C._____ (D._____ -strasse ..., ... Zürich) sei anzuweisen, zu Gunsten der Klägerin und zu Lasten des beklaglichen Grundstückes im Stadtquartier C._____, Grundbuch Blatt Nr. 1, Liegenschaft, Kat. Nr. 2, ein Bauhandwerkerpfandrecht mit einer Pfandsomme von CHF 1'741'904.75 nebst Zins zu 5.75 % seit 05. Oktober 2021 als vorläufige Eintragung vorzumerken.
2. Die Anweisung gemäss Ziff. 1 hiervoor sei als vorläufige Massnahme superprovisorisch und ohne vorgängige Anhörung der Beklagten unverzüglich zu erteilen.
3. Der Klägerin sei eine Frist von mindestens vier Monaten anzusetzen, um die Klage auf (definitive) Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte gemäss Ziff. 1 hiervoor zu Lasten des beklaglichen Grundstückes auszuarbeiten und einzureichen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST, zu Lasten der Beklagten."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Mit Eingabe vom 8. Oktober 2021 stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts das vorstehend aufgeführte Begehren (act. 1; act. 3/2-22). Mit Verfügung vom 11. Oktober 2021 wurde das Grundbuchamt C._____ angewiesen, das Pfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Begehren der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen (act. 4). Am 22. November 2021 erstattete die Gesuchsgegnerin eine Eingabe, worin sie mitteilte, auf eine Stellungnahme und damit auf die Bestreitung der Zulässigkeit der provisorischen Eintragung zu verzichten und sich sämtliche Einreden, Bestreitungen und Einwendungen zum behaupteten Pfandanspruch für das ordentliche Verfahren vorzubehalten (act. 12). Die Eingabe wurde der Gegenseite zugestellt (Prot. S. 5), welche sich dazu nicht vernehmen liess.
2. Das Verfahren ist spruchreif. Vorab ist festzuhalten, dass ein Verzicht auf eine Stellungnahme nicht mit der Anerkennung des (vorsorglichen) Anspruchs gleichgesetzt werden kann. Entsprechend bleibt zu prüfen, ob der geltend gemachte Anspruch besteht.

3. Die Gesuchsgegnerin ist Eigentümerin des Grundstücks, auf dem die von der Gesuchstellerin behaupteten Leistungen erbracht worden sind (act. 1 Rz. 3; act. 3/4).

4. Die Gesuchstellerin macht geltend, sie sei auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin im Auftrag der E._____ AG tätig geworden. Im Rahmen des Ersatzneubaus eines Hotels habe sie Baumeisterarbeiten für die Erstellung des Rohbaus geleistet. Gemäss Schlussabrechnung betrage die offene Forderung CHF 1'342'299.05. Hinzu käme ein Betrag von CHF 399'605.70 für eine Akontozahlung sowie Nachtrags- und Regierechnungen, die zwar in der Schlussrechnung berücksichtigt worden, aber noch nicht beglichen seien. Diese Rechnungen seien nicht beglichen worden (act. 1 Rz. 10 ff.).

5. 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 Grundstücks, 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). Reine Materiallieferungen sind dann pfandberechtigt, wenn es sich um Baustoffe handelt, welche aufgrund einer individuellen Bestellung für das konkrete Bauwerk hergestellt worden sind (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. Zürich 2008, N 299).

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 Halbband, S. 158; ZR 79 Nr. 80 E. 1; SCHUMACHER, a.a.O., N 1394 ff.).

6.1. Die Gesuchsgegnerin hat auf Ausführungen im vorsorglichen Verfahren verzichtet, weshalb die Behauptungen der Gesuchstellerin im vorliegenden Verfahren als unbestritten gelten. Die Gesuchsgegnerin hat sich Einreden, Bestreitungen und Einwendungen für das ordentliche Verfahren vorbehalten und verhält sich entsprechend nicht widersprüchlich, wenn sie die einzelnen Tatsachenbehauptungen in einem späteren Verfahren bestreitet.

6.2. Glaubhaft behauptet und durch den eingereichten Werkvertrag belegt ist, dass die Gesuchstellerin mit der E._____ AG einen Vertrag abgeschlossen hat, der die Gesuchstellerin zu Arbeitsleistungen auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin verpflichtet hat (act. 1 Rz. 10 f.; act. 3/2).

6.3. Weiter ist glaubhaft und wird nicht bestritten, dass die von der Gesuchstellerin erbrachten Leistungen pfandberechtigt sind. Es handelt sich demnach um Baumeisterarbeiten (act. 1 Rz. 10; act. 3/2).

6.4. Sodann ist unbestritten geblieben, dass und in welchem Umfang die Arbeiten auch tatsächlich ausgeführt worden sind. Die entsprechenden Leistungen ergeben sich aus dem Werkvertrag wie auch aus den gestellten Rechnungen (act. 1 Rz. 14 ff.; act. 3/2; act. 3/9; act. 3/11-15). Die Höhe der Pfandsumme beläuft sich insgesamt auf CHF 1'741'904.75.

6.5. Die Gesuchstellerin beantragt eine Verzinsung des Pfandanspruchs ab dem 5. Oktober 2021. Den Beginn des Zinsenlaufs begründet sie mit einer Mahnung vom 4. Oktober 2021, welche der E._____ AG spätestens am 5. Oktober 2021 zugegangen sei (act. 1 Rz. 21; act. 3/19). Auch der Verzug der Schuldnerin kann füglich glaubhaft gemacht werden.

Die Höhe des Zinssatzes leitet die Gesuchstellerin aus Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118 ab, wonach der am Zahlungsort übliche Zinssatz für bankmässige Kontokorrent-Kredite an Unternehmer massgeblich sei. Dieser betrage gemäss Bestätigung der Zürcher Kantonalbank 5.75 % (act. 1 Rz. 22; act. 3/20). Damit gelingt der Gesuchstellerin auch die Glaubhaftmachung des Zinssatzes, da sowohl die Vereinbarung als auch der Inhalt der SIA-Norm 118 soweit belegt sind.

6.6. Schliesslich ergibt sich aus den eingereichten Tagesrapporten, dass die letzten Vormauerungen am 19.-22. Juli 2021 erfolgten (act. 1 Rz. 27; act. 3/22), wobei aufgrund der Darstellung der Gesuchstellerin und der eingereichten Pläne (act. 1 Rz. 26; act. 3/21) glaubhaft erscheint, dass es sich dabei um fristauslösende Arbeiten im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB gehandelt hat. Die Viermonatsfrist wurde folglich mit der provisorischen Eintragung am 11. Oktober 2021 eingehalten.

6.7. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es der Gesuchstellerin gelingt, einen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts von 1'741'904.75 nebst 5.75 % Zins seit 5. Oktober 2021 glaubhaft zu machen.

7. 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). Weshalb - so der Antrag der Gesuchstellerin (act. 1 S. 2) - von dieser Praxis abzuweichen wäre, begründet die Gesuchstellerin nicht näher. 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.

8. 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 1'741'904.75 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG und in Anwendung des Äquivalenzprinzips auf CHF 16'000.– 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 Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung zuzusprechen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Gesuchsgegnerin auf eine Stellungnahme verzichtet hat, aber konkret vorbringt, dass und welche Aufwendungen für die Instruktion bei ihr angefallen sind (act. 12). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 9 und § 11 Abs. 4 AnwGebV OG ist die bei Nichtprosequierung geschuldete Parteientschädigung demnach auf CHF 1'500.– festzusetzen.

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 11. Oktober 2021 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses
auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 1, EGRID F._____.

G. _____-str. ..., ... Zürich,

für eine Pfandsumme von CHF 1'741'904.75 nebst Zins zu 5.75 % seit 5. Oktober 2021.

2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 7. Februar 2022 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 16'000.–.
Weitere Kosten (insbesondere Kosten 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 1'500.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien 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 1'741'904.75.

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

Zürich, 6. Dezember 2021

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler