

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE220081-O

U/pz

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

Urteil vom 7. Oktober 2022

in Sachen

A. _____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

B. _____,
Gesuchsgegnerin

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt C. _____ sei anzuweisen, ein Bauhandwerkerpfandrecht im Umfang von gesamthaft CHF 34'218.15 zuzüglich Zins zu 5% seit dem
11. Oktober 2021 auf dem Teilbetrag von CHF 2'889.30
23. April 2022 auf dem Teilbetrag von CHF 14'983.50
20. Mai 2022 auf dem Teilbetrag von CHF 6'810.70
23. Mai 2022 auf dem Teilbetrag von CHF 5'448.35
28. Mai 2022 auf dem Teilbetrag von CHF 4'086.30
auf dem Grundstück: | Grundbuch Blatt 1, Kataster 2, EGRID CH3
| zu Gunsten der Gesuchstellerin vorläufig einzutragen.
2. Die Anweisung sei superprovisorisch, das heisst sofort nach Eingang des Gesuchs und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin, zu verfügen und dem Grundbuchamt C. _____ unverzüglich (vorab telefonisch, per Fax oder per E-Mail) zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Mit Eingabe vom 23. August 2022 stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts das vorstehend aufgeführte Begehren (act. 1). Mit Verfügung vom 24. August 2022 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 3. Oktober 2022 erstattete die Gesuchsgegnerin eine Eingabe, worin sie auf eine Stellungnahme der Totalunternehmerin D. _____ AG verweist (act. 9; act. 10/1+2).
2. Die Eingabe der Gesuchstellerin beschränkt sich auf einen Verweis auf eine Stellungnahme der D. _____ AG (act. 9). An sich erfüllt dies die Anforderungen an eine genügende Rechtsschrift nicht. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Gesuchsgegnerin - wie auch die D. _____ AG - anwaltlich nicht vertreten ist. Der Verweis auf die Stellungnahme der D. _____ AG ist unter diesen Umständen als

genügend anzusehen. Zumal es sich dabei um ein weitgehend selbsterklärendes Schreiben handelt und klar ist, welche Darstellungen der D._____ AG die Gesuchsgegnerin sich hat zu eigen machen wollen. Dasselbe gilt für die Stellungnahme der D._____ AG an sich, welche insbesondere über keine nummerierten Beilagen verfügt. Es rechtfertigt sich aber im konkreten Fall, auch Weiterverweisungen auf die Beilagen der Beilage soweit diese klar sind als genügend anzusehen, zumal der Gesuchsgegnerin als anwaltlich nicht vertretene Partei unter Wahrnehmung der richterlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO Gelegenheit zur Verbesserung zu geben wäre. Dies ist im Rahmen der jeweiligen Behauptung zu beurteilen.

3. Die Gesuchsgegnerin ist Eigentümerin des Grundstücks, auf dem die von der Gesuchstellerin behaupteten Leistungen erbracht worden sind (act. 1 Rz. 16; act. 3/4).

4. Die Gesuchstellerin macht geltend, sie sei auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin im Auftrag der E._____ AG tätig geworden. Dabei habe sie insbesondere speziell angefertigte Sanitär-Elemente geliefert, welche auf dem Grundstück eingebaut worden seien. Der Gesamtbetrag der offen gebliebenen Rechnungen betrage CHF 34'218.15. Zahlungen habe die Bestellerin keine geleistet (act. 1 Rz. 9 ff.).

Die Gesuchsgegnerin bestreitet einen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im geltend gemachten Umfang. Vereinbart worden sei ein Pauschalpreis von CHF 33'000.– für 26 Element, bei lediglich 23 gelieferten Elementen sei der Betrag entsprechend tiefer. Zur Rechnung vom 10. September 2021 könne nichts gesagt werden, da diese zu lange zurück liege (act. 10/1).

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/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl., Zürich 2022, N 237).

Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung eines 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 den Bestand und Umfang des Pfandrechts dem ordentlichen Gericht vorzubehalten. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 86 I 270; BGE 102 I) a 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/REY, a.a.O., N 1529 ff.).

6.1. Die Gesuchstellerin behauptet einen Werkvertrag mit der E._____ AG (act. 1 Rz. 9) während die D._____ AG von sich selbst als Bestellerin spricht, aber eine Offerte einreichte, die wiederum der E._____ AG zugestellt worden ist (act. 10/1+2). Wer letztlich den Vertrag mit der Gesuchstellerin abgeschlossen hat - wobei F._____ im Zeitpunkt des Vertragsschlusses soweit ersichtlich für beide Gesellschaften zeichnungsberechtigt war (vgl. www.zefix.ch) - ist für das vorliegende Verfahren irrelevant. Dass die Gesuchstellerin gestützt auf einen Vertrag Leistungen auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin erbracht hat, ist unbestritten geblieben.

6.2. Weiter ist glaubhaft und wird nicht bestritten, dass die von der Gesuchstellerin erbrachten Leistungen pfandberechtigt sind. Es handelt sich demnach um die Fertigung speziell angefertigter Sanitär-Elemente (act. 1 Rz. 9).

6.3. Unbestritten ist auch geblieben, dass und in welchem Umfang die Arbeiten auch tatsächlich ausgeführt worden sind. Die entsprechenden Leistungen ergeben sich aus den Lieferscheinen wie auch aus den gestellten Rechnungen (act. 1 Rz. 9 f.; act. 10).

6.4. Bestritten wird seitens der Gesuchsgegnerin die Höhe der berechtigten Pfandsumme. Diese falle in Bezug auf die Lieferung der Sanitär-Elemente tiefer aus, da von den vereinbarten 26 Elementen lediglich 23 Elemente geliefert worden seien. Mündlich sei ein Pauschalpreis von CHF 33'000.– vereinbart worden, was bei Nichtlieferung dreier Elemente einen Preis von CHF 29'192.30 ergebe (act. 10). Diesbezüglich ist der von den Parteien unterschiedlich geschilderte Sachverhalt nicht ganz klar. So verweist die Gesuchstellerin nicht auf die von der Gesuchsgegnerin eingereichte Offerte, weshalb unklar ist, inwiefern die streitgegenständlichen Lieferungen überhaupt von der Offerte gedeckt sind. Insbesondere wird zu Recht geltend gemacht, dass der auf den Lieferscheinen und Rechnungen enthaltene Preis von CHF 1'264.70 pro Element keinem der in der Offerte enthaltenen Preise für die verschiedenen Elemente entspricht. Der Einwand der Gesuchsgegnerin ist aber wenig stichhaltig. Immerhin bringt sie selbst vor, es wäre, nachdem die Offerte gestellt worden ist, telefonisch ein anderer Preis vereinbart worden. Zwar könnte die Behauptung einer mündlich vereinbarten Abweichung vom schriftlichen Angebot die glaubhafte Darstellung der Gesuchsgegnerin ohnehin nicht erschüttern, doch zeigt dies immerhin, dass nicht alleine auf die Offerte abgestellt werden kann. So fällt bei der Durchsicht der Rechnungen auch auf, dass sämtliche Sanitär-Elemente gleich bezeichnet worden sind (act. 3/8-11). Eine Unterscheidung zwischen verschiedenen Typen, wie dies in der Offerte offenbar der Fall war, findet sich dagegen nicht (mehr). Worauf also die Preise für die gelieferten Einheiten basieren, wird nicht ganz klar. Diese unterschiedlichen Darstellungen der Parteien abschliessend zu beurteilen ist nicht Gegenstand des summarischen Verfahrens über die provisorische Eintragung. Fakt ist, dass die Gesuchstellerin 23 Sanitär-Elemente geliefert hat und nicht ausgeschlossen werden kann, dass der in Rechnung gestellte Betrag pro Element der Parteivereinbarung entspricht. Angesichts der tiefen Anforderungen an die Glaubhaftmachung ist dies als genügend anzusehen, sodass die behauptete Pfandsumme für die

Sanitär-Elemente glaubhaft erscheint. Daran könnte auch eine substantiiere Behauptung der Gesuchsgegnerin zum vereinbarten Preis und den gelieferten Elementen nichts ändern. Entsprechend kann auf die Ausübung der richterlichen Fragepflicht verzichtet werden.

Zur Rechnung vom 10. September 2021 führt die Gesuchsgegnerin lediglich aus, sie könne dazu keine Stellung nehmen (act. 10/1). Eine Bestreitung der Höhe des Pfandanspruchs ist darin nicht zu sehen, zumal nicht geltend gemacht wird, die Leistungen seien nicht erbracht worden.

6.5. Die Gesuchstellerin beantragt eine Verzinsung des Pfandanspruchs jeweils 30 Tage nach dem jeweiligen Rechnungsdatum. Dies aufgrund der angegebenen Zahlungsfrist (act. 1 Rz. 10). Die Zahlungskonditionen sind nicht bestritten worden und auf den Rechnungen vermerkt. Der Verzug der Schuldnerin kann folglich glaubhaft gemacht werden.

6.6. Aus den eingereichten Lieferscheinen ergibt sich, dass die letzte Lieferung von Sanitär-Elementen am 27. April 2022 erfolgt ist (act. 1 Rz. 17; act. 3/5), wobei glaubhaft erscheint - und auch nicht bestritten wird - 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 24. August 2022 eingehalten.

Bezüglich der Rechnung vom 10. September 2021 macht die Gesuchsgegnerin geltend, die Frist sei verpasst (act. 10/1). Dabei verkennt sie, dass nicht das Rechnungsdatum sondern vielmehr der Abschluss der auszuführenden Bauarbeiten für die Einhaltung der Frist massgebend ist. Tatsächlich äussert sich auch die Gesuchstellerin nicht näher dazu, inwiefern die Lieferung vom September 2021 mit denjenigen vom März/April 2022 zusammenhängen soll. Aus den Lieferscheinen ergibt sich aber, dass es sich auch dabei um die Lieferung von PE-Elementen für den Sanitärbedarf handelte. Zudem wurden diese Arbeiten soweit ersichtlich im Rahmen desselben Bauprojekts auf der gesuchsgegnerischen Liegenschaft geleistet. Unter diesen Umständen erscheint gerade noch glaubhaft und ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass die Arbeiten einen genügenden Zusammenhang

für die Annahme eines einheitlichen Vollendungsdatums aufweisen. Die Ausübung der richterlichen Fragepflicht erscheint auch zu diesem Thema nicht zielführend, zumal die D._____ AG nicht nur keine substantiierten Ausführungen gemacht hat, sondern vielmehr deutlich zum Ausdruck gebracht hat, zu solchen gar nicht in der Lage zu sein. Zudem ergibt sich aus dem Handelsregister, dass ihr einziger Verwaltungsrat per Anfang mm. 2022 ausgeschieden ist (vgl. www.zefix.ch), was eine substantiierte Stellungnahme zusätzlich erschwert. Eine verbesserte Stellungnahme könnte folglich an der Glaubhaftigkeit der klägerischen Darstellung nichts ändern.

6.7. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass zwar durchaus Aspekte vorliegen, die im Rahmen eines ordentlichen Verfahrens (deutlich) substantiiert darzulegen wären, es der Gesuchsteller aber gerade noch gelingt, einen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts von CHF 34'218.15 nebst Zins auf die verschiedenen Teilbeträge glaubhaft zu machen.

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

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 34'218.15 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 2'200.– 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. Mangels Antrag der Gesuchsgegnerin sind für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, keine Parteientschädigungen 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 24. August 2022 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBI. 1, EGRID CH3, ...-strasse 4 + 5 (projektiert), ... Zürich, für eine Pfandsumme von CHF 34'218.15 nebst Zins zu 5 % seit 11. Oktober 2021 auf dem Teilbetrag von CHF 2'889.30, 23. April 2022 auf dem Teilbetrag von CHF 14'983.50, 20. Mai 2022 auf dem Teilbetrag von CHF 6'810.70, 23. Mai 2022 auf dem Teilbetrag von CHF 5'448.35 und 28. Mai 2022 auf dem Teilbetrag von CHF 4'086.30.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 9. Dezember 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 2'200.–.
Weitere Kosten (insbesondere Kosten des Grundbuchamts C._____) 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 Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage von Doppeln von act. 9 und act. 10/1-2, 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 34'218.15.

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

Zürich, 7. Oktober 2022

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler