

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE220123-O

U/pz

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, sowie
Gerichtsschreiberin Nadja Maurer

Urteil vom 2. Februar 2023

in Sachen

A._____ GmbH,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. Y1._____,

vertreten durch Rechtsanwältin M.A. HSG in Law Y2._____,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt C._____ (Notariat, Grundbuchamt, Konkursamt C._____, ... [Adresse]) sei gerichtlich anzuweisen, auf dem Grundstück Kat.-Nr. 1, Grundbuch C._____ (ZH), D._____ - Strasse 2, ... C._____ (ZH), der Gesuchsgegnerin zugunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht im Betrag von CHF 33'930.95 zzgl. Zins zu 5% seit 30. September 2022 vorläufig einzutragen;
2. Die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 sei vom Gericht superprovisorisch und ohne vorgängige Anhörung der Gesuchsgegnerin anzuordnen resp. vorzunehmen;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MWST auf die Parteientschädigung) zulasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

1.1. Mit Eingabe vom 15. Dezember 2022 stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts das vorstehend aufgeführte Begehren (act. 1; act. 3/2–15). Mit Verfügung vom 20. Dezember 2022 wurde das Grundbuchamt C._____ angewiesen, das Pfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Begehren der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen (act. 4). Mit Eingabe vom 5. Januar 2023 verkündete die Gesuchsgegnerin der E._____ AG den Streit und ersuchte um Fristerstreckung (act. 9). Mit Verfügung vom 6. Januar 2023 nahm das Einzelgericht von der Streitverkündung Vormerk und hiess das Fristerstreckungsgesuch gut (act. 11). Der Streitberufenen konnte die Verfügung vom 6. Januar 2023 trotz zweimaligem postalischem Zustellversuch nicht zugestellt werden (act. 12/3). Am 30. Januar 2023 teilte die Gesuchsgegnerin mit, auf eine Stellungnahme zu verzichten (act. 13).

1.2. 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 ge-

machte Anspruch besteht. Mangels Stellungnahme gelten die Behauptungen der Gesuchstellerin im vorliegenden Verfahren als unbestritten.

2. Streitverkündung

Dem Streitberufenen ist es während des laufenden Prozesses grundsätzlich jederzeit möglich, dem Verfahren als Nebenintervenient oder prozessführenden Streitberufenen beizutreten (TANJA DOMEJ, in: Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2021, N 7 zu Art. 78). Da im summarischen Verfahren aber grundsätzlich nur ein Schriftenwechsel stattfindet, und dieser vorliegend mit dem Verzicht auf Stellungnahme (act. 13) abgeschlossen ist, ist eine Stellungnahme der Streitberufenen nun nicht mehr möglich. Angesichts der provisorischen Natur des vorliegenden Verfahrens rechtfertigt es sich, auf einen weiteren Zustellungsversuch an die Streitberufene zu verzichten. Da die Streitberufene noch keine Kenntnis vom vorliegenden Verfahren erlangt und sich nicht als Nebenpartei konstituiert hat, kann eine Zustellung des vorliegenden Urteils an sie unterbleiben (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_212/2015 vom 4. November 2015 E. 4.3), zumal sie durch diesen Entscheid nicht beschwert ist.

3. Sachverhalt

Gemäss den schlüssigen, unbestritten gebliebenen Vorbringen der Gesuchstellerin ist von folgendem Sachverhalt auszugehen: Die streitberufene E.____ AG war von der Gesuchsgegnerin mit Umbau- bzw. Sanierungsarbeiten am streit betroffenen Grundstück der Gesuchsgegnerin in C.____ beauftragt worden. Erstere zog in der Folge die Gesuchstellerin als Subunternehmerin für die Abdichtung von Balkonen, Balkontüren und Fenstern bei. Mit Vertrag vom 17. August 2022 vereinbarten die E.____ AG und die Gesuchstellerin hierfür einen Pauschalpreis von CHF 21'836.25 (inkl. MWST). Die entsprechenden Arbeiten, namentlich das Vorbereiten des Untergrundes mittels Schleifen, das Anbringen von Dichtungstreifen, das Abdichten der Balkonböden sowie das punktuelle Abdichten bei der Schnittstelle zwischen den Pfosten der Balkongeländer und den Balkonböden, wurden zwischen dem 24. und dem 30. August 2022 ausgeführt (act. 1 S. 4 ff.; act. 3/3–4). Die Gesuchstellerin stellte hierfür der E.____ AG am 27. August

2022 Rechnung (act. 1 S. 11; act. 3/6). Die Gesuchstellerin und die E._____ AG vereinbarten zusätzlich zum Vertrag vom 17. August 2022, dass die Kosten für die Baustelleneinrichtung und für die Beratung durch die Experten der Gesuchstellerin durch die E._____ AG mit pauschal CHF 10'554.60 (inkl. MWST) abgegolten werden, wofür ihr die Gesuchstellerin am 23. August 2022 Rechnung stellte (act. 1 S. 8, 11; act. 3/5). Die Gesuchstellerin wurde während der Ausführung der Arbeiten gemäss dem Werkvertrag vom 17. August 2022 zudem mit dem Ausräumen, Schleifen und Abdichten der Blumentröge auf den Balkonen beauftragt. Die entsprechenden Arbeiten wurden am 25. und 26. August 2022 durchgeführt. Für die Entschädigung hierfür stellte die Gesuchstellerin mit Rechnungen vom 27. und 31. August 2022 der E._____ AG einen Betrag von insgesamt CHF 1'540.10 (inkl. MWST) in Rechnung (act. 1 S. 9, 11; act. 3/7–8). Ein Teil der Arbeiten wurde durch zwei weitere Subunternehmerinnen ausgeführt (act. 1 S. 10). Sämtliche Rechnungsbeträge blieben unbezahlt.

4. Rechtliches

4.1. 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". Weder die Erstellung von Baustelleneinrichtungen noch rein intellektuelle Arbeitsleistungen berechnigen grundsätzlich zur Errichtung eines Baupfandrechts. Beide können aber als gemischte Leistung mit pfandberechtigten Arbeiten ebenfalls pfandberechnigt sein (SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht – System und Anwendung, 4. Aufl. 2021, Rz. 245, 273, 377). Auch der Mehrwertsteuerzuschlag und Verzugszins gehören zur Forderung im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB (SCHUMACHER/REY, a.a.O., Rz. 418).

4.2. 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).

4.3. Aufgrund der besonderen Interessenlage darf die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist; im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung dem ordentlichen Richter zu überlassen (Urteil des BGer 5A_280/2021 vom 17. Juni 2022 E. 3.1; BGE 86 I 265 E. 3)

5. Subsumtion

Die Gesuchstellerin hat sich zu handwerklichen Arbeiten verpflichtet und ist entsprechend aktivlegitimiert. Die Gesuchsgegnerin ist Eigentümerin des Grundstücks, auf dem die von der Gesuchstellerin erbrachten Leistungen erbracht wurden und damit passivlegitimiert (act. 1 S. 4; act. 3/10). Bei den durch die Gesuchstellerin erbrachten Abdichtungs- und Versiegelungsarbeiten handelt es sich offensichtlich um pfandberechtigte Arbeiten samt Materiallieferungen im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Gleiches gilt für die Arbeiten im Zusammenhang mit den Blumentrögen. Nicht eindeutig ist die Pfandberechtigung dagegen bezüglich der gemeinsam abgerechneten Aufwendungen für die Baustelleneinrichtung und die Beratung durch Experten der Gesuchstellerin. Der Bestand eines diesbezüglichen Pfandrechts erscheint aber nicht als höchst unwahrscheinlich, so dass die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung dem ordentlichen Verfahren zu überlassen ist. Der Umstand, dass diese Arbeiten teilweise durch Subunternehmungen erbracht wurden, vermag an der Pfandberechtigung der Gesuchstellerin nichts zu ändern. Die Höhe der Pfandsumme beläuft sich auf insgesamt CHF 33'930.95 (CHF 21'836.25 + CHF 10'554.60 + CHF 1'540.10) und umfasst den Mehrwertsteuerzuschlag. Hinzu kommen die Verzugszinsen in gesetzlicher Höhe von 5 % ab dem 30. September 2022, da die letzte der vier Rechnun-

gen mit dem 29. September 2022 einen Verfalltag vorsieht (Art. 102 i.V.m. Art. 104 OR). Mit der provisorischen Eintragung am 20. Dezember 2022 wurde die von Art. 839 Abs. 2 ZGB verlangte Viermonatsfrist eingehalten, wurden die pfandberechtigenden Arbeiten doch zwischen dem 24. und dem 30. August 2022 ausgeführt. Demzufolge ist die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt C._____ gemäss Verfügung vom 20. Dezember 2022 als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB zu bestätigen.

6. Prosequierungsfrist

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

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. 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 33'930.95 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 2'200.– festzusetzen ist.

7.2. 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 Einzel-

gerichts 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.

7.3. Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorzubehalten. Mangels Antrag der Gesuchsgegnerin ist ihr für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, keine Parteientschädigung für das vorliegende Verfahren zuzusprechen (BGE 139 III 334 E. 4.3).

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 20. Dezember 2022 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses
auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 3,
D._____ -Strasse 2, ... C._____,
für eine Pfandsumme von CHF 33'930.95 nebst Zins zu 5 % seit
30. September 2022.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 4. April 2023 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.–.
Die weiteren Kosten betragen: CHF 55.– (Rechnung Nr. ... des Grundbuchamtes C._____ vom 21. Dezember 2022). Allfällige weitere Kosten 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.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von act. 13, 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 33'930.95.

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

Zürich, 2. Februar 2023

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Nadja Maurer