

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE240099-O

U/pz

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin,
sowie Gerichtsschreiber Jan Busslinger

Urteil vom 16. September 2024

in Sachen

A. _____ GmbH,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt X. _____

gegen

B. _____ AG,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y2. _____

sowie

C. _____ AG,

Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Z. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Das Grundbuchamt D. _____ sei anzuweisen, auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin, Grundbuch D. _____, Grundstück-Nr. 1, E-GRID CH2 zu Gunsten der Gesuchstellerin ein **Bauhandwerkerpfandrecht** für die Pfandsumme von CHF 89'071.40 zuzüglich Zins zu 5.00 % seit 12. März 2024 **vorläufig als Vormerkung einzutragen**.
2. Die Anweisung gemäss Ziffer 1 sei superprovisorisch zu verfügen und dem Grundbuchamt D. _____ unverzüglich mitzuteilen.
3. Der Gesuchstellerin sei eine angemessene Frist von mindestens vier Monaten anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes gemäss Ziffer 1 einzureichen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin reichte ihr Gesuch mit Eingabe vom 4. Juli 2024 ein (Eingang am 5. Juli 2024; act. 1; act. 2; act. 3/2-16). Mit Verfügung vom 5. Juli 2024 wurde das Grundbuchamt einstweilen angewiesen, zugunsten der Gesuchstellerin ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen, und der Gesuchsgegnerin eine Frist von 20 Tagen zur Stellungnahme zum Begehren der Gesuchstellerin angesetzt (act. 4). Das Grundbuchamt erhielt die Anmeldung am 5. Juli 2024 vorab elektronisch zugestellt (act. 5). Die Gesuchsgegnerin reichte mit Eingabe vom 25. Juli 2024 eine Vollmacht vom 11. Juli 2024 ein und stellte ein Fristerstreckungsgesuch (act. 8; act. 9). Mit Verfügung vom 29. Juli 2024 wurde der Gesuchsgegnerin die Frist zur Stellungnahme erstreckt und aufgegeben, dem Gericht schriftlich bekannt zu geben, wer die Vollmacht vom 11. Juli 2024 unterzeichnet hat (act. 10). Innerhalb erstreckter Frist reichte die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 9. August 2024 eine Stellungnahme ein und verkündete der Nebenintervenientin den Streit (act. 12; act. 13/1-3). Mit Verfügung vom 12. August 2024 wurde von der Streitverkündung Vormerk genommen und das Doppel der Gesuchsantwort der Gesuchsgegnerin vom 9. August 2024 der Gesuchstellerin zugestellt (act. 14). Die Gesuchstellerin beantragte mit Eingabe vom 15. August 2024 die Ansetzung einer Frist zur Wahr-

nehmung des Replikrechts (act. 16). Die Nebenintervenientin reichte mit Eingabe vom 15. August 2024 fristgerecht eine eigene Stellungnahme ein (act. 17; act. 18; act. 19/2-42); zudem reichte sie mit Eingabe vom 16. August 2024 nicht korrekt nummerierte bzw. eingereichte Beilagen sowie zusätzliche Exemplare der Beilagen ein (act. 20; act. 21/20, 30, 36-42). Mit Verfügung vom 19. August 2024 wurde von der durch die Streitberufene erfolgten Nebenintervention Vormerk genommen, die Stellungnahme der Nebenintervenientin vom 15. August 2024 der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin zugestellt und der Antrag der Gesuchstellerin auf Ansetzung einer Frist zur Ausübung des Replikrechts abgewiesen (act. 22). Die Gesuchstellerin nahm je mit Eingabe vom 3. September 2024 zur Gesuchsantwort (act. 24) und zur Stellungnahme der Nebenintervenientin (act. 25) Stellung. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Sachverhalt

Die Gesuchstellerin begehrt die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts.

Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des zu belastenden Grundstücks (act. 1 Rz. 4, 12; act. 3/2; Prot. S. 3). Die geltend gemachte Forderung stützt sie auf die Rechnung RE-00225 vom 28. Februar 2024 mit den handschriftlichen Korrekturen vom 11. März 2024 über CHF 208'407.00 (inkl. MWST), abzüglich Zahlungen von insgesamt CHF 119'335.60 (act. 1 Rz. 8, 9, 17, 18; act. 3/10-14). Die Nebenintervenientin hat die ursprüngliche Rechnung vom 28. Februar 2024 über CHF 219'836.00 (inkl. MWST) mit Schreiben vom 29. Februar 2024 zurückgewiesen (act. 1 Rz. 10; act. 3/10; act. 3/15).

Die Gesuchstellerin behauptet, sie habe durch Annahme ihres Angebots AN-00200 vom 2. April 2023 durch die Nebenintervenientin einen Werkvertrag über die Lieferung und Montage von Küchengeräten, einer Bar und einer Waschküche sowie über Projektleitung, Planung, Transport, Zoll und Montage zu einem Preis von CHF 282'996.40 (inkl. MWST) geschlossen (act. 1 Rz. 6, 7; act. 3/5). Sie habe Küchengeräte auf das streitgegenständliche Grundstück geliefert und verbaut sowie

eine Waschküche errichtet (act. 1 Rz. 4, 8, 14). Die letzten Arbeiten habe sie am 11. März 2024 vorgenommen (act. 1 Rz. 8, 21; act. 3/10).

Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Erbringung werkvertraglicher Leistungen durch die Gesuchstellerin (act. 12 Rz. 9, 11, 30). Insbesondere habe die Gesuchstellerin die Geräte auf dem streitgegenständlichen Grundstück nicht fest verbaut (act. 12 Rz. 9, 12, 15, 22, 30). Das Angebot AN-00200 vom 2. April 2023 habe die Nebenintervenientin nicht angenommen und unterzeichnet (act. 12 Rz. 10). Die Gesuchstellerin lege nicht dar, welche Arbeiten sie erbracht habe (act. 12 Rz. 19, 31, 32). Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass am 11. März 2024 pfandberechtigte Vollendungsarbeiten vorgenommen worden oder eine Abnahme erfolgt seien (act. 12 Rz. 20). Die handschriftlichen Bemerkungen und die Unterschrift auf der Rechnung RE-00225 vom 11. März 2024 würden nicht vom Zeichnungsberechtigten der Nebenintervenientin stammen (act. 12 Rz. 21).

Die Nebenintervenientin behauptet, die Gesuchstellerin habe lediglich Gastroeinrichtungsmöbel und -geräte geliefert (act. 17 Rz. 7, 15). Die Gesuchstellerin habe keine Planungs- und Installationsarbeiten für die Nebenintervenientin ausgeführt (act. 17 Rz. 9, 14, 15). Das Angebot AN-00200 vom 2. April 2023 habe die Nebenintervenientin, welche erst am 1. Juni 2023 gegründet wurde, nicht angenommen; dieses betreffe eine andere Gesellschaft bzw. eine Franchisenehmerin und sei nicht vom einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrat der Nebenintervenientin gegengezeichnet worden (act. 17 Rz. 12, 13; act. 3/5). Auch die Rechnung RE-00225 vom 11. März 2024 sei nicht vom einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrat der Nebenintervenientin unterzeichnet worden (act. 17 Rz. 18; act. 3/10).

3. Formelles

3.1. Die Vollmacht der Gesuchstellerin vom 11. Juli 2024 wurde durch die Präsidentin des Verwaltungsrates und durch den Vorsitzenden der Geschäftsleitung, beide je mit kollektiver Zeichnungsberechtigung, unterzeichnet (act. 12 Rz. 2; act. 9). Die Gesuchstellerin ist rechtsgültig vertreten (Art. 68 Abs. 3 ZPO).

3.2. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 13 lit. a i.V.m. Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO, die sachliche Zuständigkeit 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). Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass.

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). Dieses ist gegenüber anderen Arten vorsorglicher Massnahmen besonders stark herabgesetzt (BGE 137 III 563 E. 3.3 S. 566-567; BGer 5A_613/2015 v. 22.01.2015 E. 4; RAINER SCHUMACHER/PASCAL REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2022, N 1534). Nach ständiger Rechtsprechung darf die vorläufige Eintragung "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 dagegen zu bewilligen und die Entscheidung dem ordentlichen Richter zu überlassen" (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGer 5A_822/2022 v. 14.03.2023 E. 4.2; 5A_395/2020 v. 16.03.2021 E. 2). Das herabgesetzte Beweismass lässt jedoch die Behauptungs- und Substantiierungslast des Ansprechers unberührt (BGer 5A_822/2022 v. 14.03.2023 E. 4.5; 5A_280/2021 v. 17.06.2022 E. 3.4.3; SCHUMACHER/REY, a.a.O., N. 1466).

4.1. Die vorläufige Eintragung hat unter Verwirkungsfolge "bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen" (Art. 839 Abs. 2 ZGB i.V.m.

Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 ZGB; Art. 76 Abs. 3 GBV; BGE 126 III 462 E. 2c/aa S. 464). Die für den Beginn des Fristenlauf entscheidende Vollendung der Arbeiten tritt ein, "wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen dabei geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen wie der Ersatz gelieferter, aber fehlerhafter Teile oder die Behebung anderer Mängel" (BGE 125 III 113 E. 2b S. 115-116 m.H.; BGer 5A_144/2024 v. 22.05.2024 E. 4.1; 5A_109/2022 v. 15.09.2022 E. 2.2). Jedoch gelten auch geringfügige Arbeiten "als Vollendungsarbeiten, wenn sie unerlässlich sind; insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt" (BGE 125 III 113 E. 2b S. 115-116 m.H.; BGer 5A_144/2024 v. 22.05.2024 E. 4.1). Nicht unter die Vollendungsarbeiten i.S.v. Art. 839 Abs. 2 ZGB fällt die Mitwirkung des Unternehmers bei der Abnahme (BGer 5A_208/2010 v. 17.06.2010 E. 5; SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 1070, 1096).

4.1.1. Für den Beginn der Eintragsfrist ist der Zeitpunkt der Ausführung der Vollendungsarbeiten massgeblich, nicht jener der Rechnungsstellung (BGE 102 II 206 E. 1b/aa S. 209; BGer 5A_218/2020 v. 22.10.2020 E. 3.1; 5A_282/2016 v. 17.01.2017 E. 4.1; 5A_420/2014 v. 27.11.2014 E. 3.1). Die Ausstellung einer Schlussrechnung begründet jedoch die tatsächliche Vermutung, der Unternehmer erachte das Werk als vollendet (BGE 101 II 253 S. 255-256; BGer 5A_218/2020 v. 22.10.2020 E. 3.1 m.H.; CHRISTOPH THURNHERR, in: Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, hrsg. von Thomas Geiser/Stephan Wolf, 7. Aufl. 2023, N. 29 zu Art. 839/840 ZGB). Der Ansprecher kann diese Vermutung beseitigen, indem er behauptet und nachweist, dass er nach Ausstellung der Schlussrechnung noch Vollendungsarbeiten ausgeführt hat, welche keine Ausbesserungs- oder Mangelbehebungsarbeiten darstellen (BGer 5A_218/2020 v. 22.10.2020 E. 3.1; 5A_282/2016 v. 17.01.2017 E. 4.1; 5A_420/2014 v. 27.11.2014 E. 3.1).

Die Gesuchstellerin behauptet: "Die letzten Arbeiten wurden am 11. März 2024 von der Gesuchstellerin vorgenommen. Gleichentags wurde die Rechnung vom 28. Februar 2024 im Sinne eines Abnahmeprotokolls durch die C._____ AG im Betrag angepasst, kontrolliert und unterzeichnet (vgl. die handschriftliche Bemerkung auf

der Rechnung bzw. dem Protokoll wonach alles '*controllato e confermato*' sei)." (act. 1 Rz. 8). Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Darstellung der Gesuchstellerin; selbst wenn am 11. März 2024 irgendwelche Leistungen seitens der Gesuchstellerin erbracht worden seien, wäre überhaupt nicht dargelegt, welche Arbeiten an diesem Datum konkret vorgenommen worden seien und ob diese einen Pfandanspruch begründen würden (act. 12 Rz. 20, 36). Die Gesuchstellerin machte in der Stellungnahme zur Gesuchsantwort geltend, die Nebenintervenientin und die Gesuchstellerin hätten an diesem Tag die Räumlichkeiten begangen und die Nebenintervenientin habe jede erfüllte Position auf der Rechnung bestätigt; dieses Vorgehen werde üblicherweise am letzten Tag der Arbeiten, nachdem das Werk vollendet worden sei, gemacht, so auch in diesem Fall (act. 24 Rz. 40).

Die Gesuchstellerin legt auch in der Stellungnahme zur Gesuchsantwort nicht dar, welche Arbeiten sie am 11. März 2024 vorgenommen haben will. Den Behauptungen der Gesuchstellerin lässt sich damit nicht entnehmen, ob sie an diesem Tag Vollendungsarbeiten ausführte. Die handschriftlichen Änderungen auf der Rechnung RE-00225 vom 28. Februar 2024 und die Bemerkung "*controllato e confermato*" [geprüft und bestätigt] legen nahe, dass am 11. März 2024 bloss die Abnahme stattfand (act. 3/10). Dafür spricht auch der Umstand, dass die Nebenintervenientin die streitgegenständliche Rechnung mit Schreiben vom 29. Februar 2024 zurückgewiesen hatte, bevor am 11. März 2024 die Begehung vor Ort stattfand (act. 1 Rz. 10, 18; act. 3/15). Ein Erfahrungssatz i.S.v. Art. 151 ZPO, wonach die Abnahme unmittelbar im Anschluss an die letzten Vollendungsarbeiten stattfindet, wurde von der Gesuchstellerin nicht glaubhaft gemacht und ist dem Einzelgericht nicht bekannt. Offen bleiben kann daher, ob die Gesuchstellerin angesichts der mit der Ausstellung der Schlussrechnung verbundenen tatsächlichen Vermutung gehalten gewesen wäre, ihren Tatsachenvortrag in Erwartung der gegnerischen Bestreitungen bereits im Gesuch hinreichend zu substantzieren, da sie im summarischen Verfahren nicht bzw. nur bei ausnahmsweiser Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels über ein zweites umfassendes Äusserungsrecht verfügt (BGer 5A_822/2022 v. 14.03.2023 E. 4.4; 5A_280/2021 v. 17.06.2022 E. 3.4.3).

4.1.2. Die Gesuchstellerin vermag nicht glaubhaft zu machen, dass nach Stellung der Schlussrechnung am 28. Februar 2024 noch Vollendungsarbeiten stattfanden. Die Eintragungsfrist lief somit spätestens am 28. Juni 2024 ab (Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR). Im Zeitpunkt der vorläufigen Eintragung am 5. Juli 2024 war die Frist abgelaufen. Der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts ist erloschen.

4.2. Bei diesem Ausgang sind die weiteren Anspruchsvoraussetzungen nicht mehr zu prüfen.

4.3. Im Ergebnis ist das Gesuch abzuweisen. Das Grundbuchamt ist anzuweisen, das mit Verfügung vom 5. Juli 2024 vorläufig im Grundbuch eingetragene Pfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist zu löschen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 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). Beim vorliegenden Streitwert von CHF 89'071.40 beträgt die nach § 4 Abs. 1 GebV OG bestimmte einfache Grundgebühr CHF 8'312.86. In Anwendung von § 8 Abs. 1 GebV OG ist diese auf rund die Hälfte zu reduzieren. Die Gerichtsgebühr ist auf CHF 4'000.00 festzusetzen.

5.2. Bei berufsmässig vertretenen Parteien bestimmt sich die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Beim vorliegenden Streitwert beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV bestimmte einfache Anwaltsgebühr CHF 10'244.28. In Anwendung von § 9 AnwGebV OG ist diese auf rund die Hälfte zu reduzieren. Die Gesuchstellerin ist zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 5'000.00 zu bezahlen. Der beantragte Mehrwertsteuerzusatz ist nicht zuzusprechen, da die Gesuchsgegnerin selber mehrwertsteuerpflichtig ist und

nicht nachgewiesen hat, dass sie die auf das Anwaltshonorar bezahlte Mehrwertsteuer nicht als Vorsteuerabzug geltend machen kann (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 Ziffer 2.1.1 S. 3; abrufbar unter <https://www.gerichte-zh.ch/kreisschreiben/kreisschreiben.html>; BGer 4A_552/2015 v. 25.05.2016 E. 4.5).

5.3. Die Nebenintervenientin beantragt die Zusprechung einer Parteientschädigung (act. 17 S. 2). Eine Nebenpartei nimmt regelmässig Interessen aus einem Rechtsverhältnis zwischen der unterstützten Hauptpartei und der Nebenpartei wahr, an welchem die gegnerische Hauptpartei nicht beteiligt ist, weshalb sich die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Nebenpartei nur ausnahmsweise aus Gründen der Billigkeit rechtfertigt (BGE 130 III 571 E. 6 S. 578; MEINRAD VETTER/ANTONIO CARBONARA, Das Bauhandwerkerpfandrecht – Ein praxisbezogener Leitfaden zur gerichtlichen Anordnung, 2023, N 192). Die Nebenintervenientin hat solche Umstände nicht dargelegt. Der Nebenintervenientin ist deshalb keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt D._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Juli 2024 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, Blatt 2416, Grundregister D._____, E-GRID CH2, E._____-strasse 1, 1a und 1b, D._____, für eine Pfandsumme von CHF 89'071.40 nebst Zins zu 5 % seit 12. März 2024.
3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 4'000.00.
Die weiteren Kosten betragen: CHF 55.00 (Rechnung Nr. 169164.01 des Grundbuchamtes D._____ vom 8. Juli 2024).

Allfällige noch nicht in Rechnung gestellte weitere Kosten bleiben vorbehalten.

4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden der Gesuchstellerin auferlegt.
5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteienschädigung von CHF 5'000.00 zu bezahlen.
6. Der Nebenintervenientin wird keine Parteienschädigung zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin und an die Nebenintervenientin je unter Beilage eines Doppels von act. 24 und 25, sowie nach unbenutztem Ablauf der der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt D._____.
8. 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 89'071.40.

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

Zürich, 16. September 2024

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Jan Busslinger