



Mitwirkend: Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vizepräsident, und Ober-
richterin Dr. Helen Kneubühler Dienst, die Handelsrichter Patrik
Howald, Dr. h.c. Stephan Weber und Dr. Thomas Lörtscher sowie
der Gerichtsschreiber Zeno Schönmann

Urteil vom 13. Juni 2013

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:
(act. 1 S. 2; act. 8 S. 2)

- " 1. Es sei das Grundbuchamt C._____ gerichtlich anzuweisen, das Pfandrecht der Klägerin im Umfange von CHF 128'909.35 auf dem selbständigen und dauernden Recht GBBI ... des Grundbuches C._____ zulasten der Beklagten definitiv einzutragen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Mit Verfügung des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich vom 26. Oktober 2012 (act. 8 im Verfahren mit Geschäft Nr. HE120397) wurde das Grundbuchamt D._____ einstweilen angewiesen, ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Klägerin auf dem selbständigen und dauernden Recht GBBI. ... (Unterbaurecht zu Lasten GBBI. ...), ... [Adresse], C._____, für eine Pfandsomme von CHF 128'909.35 vorläufig im Grundbuch einzutragen. Mit Urteil vom 16. November 2012 (act. 13 im Verfahren mit Geschäft Nr. HE120397) bestätigte dasselbe Gericht die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D._____ als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB und setzte der Klägerin eine Frist von 60 Tagen ab Zustellung des Urteils an, um eine Klage auf Feststellung der Forderung als Pfandsomme und definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Beklagte anzuheben.

Am 16. Januar 2013 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts die nicht unterzeichnete Klageschrift ein (act. 1). Den ihr mit Verfügung vom 17. Januar 2013 (Prot. S. 2 f.; act. 4) auferlegten Vorschuss für die Gerichtskosten leistete sie fristgemäss (act. 9), und innert Frist reichte sie auch die mit derselben Verfügung verlangten rechtsgültig unterzeichneten Klageschriften ein (act. 7; act. 8). Nachdem die Beklagte innert der ihr angesetzten Frist (Prot. S. 4; act. 10) keine Klageantwort eingereicht hatte, wurde ihr mit Verfügung vom 25 April 2013 (Prot. S. 5; act. 12) eine Nachfrist bis 21. Mai 2013 angesetzt unter der Andro-

hung, dass bei Säumnis das Gericht einen Endentscheid trifft, sofern die Angelegenheit spruchreif ist, oder zur Hauptverhandlung vorlädt. Die Beklagte reichte innert der ihr angesetzten Nachfrist keine Klageantwort ein.

2. Formelles

2.1. Säumnisfolge

Nachdem die Beklagte ihre Klageantwort versäumt hat und sich die Angelegenheit als spruchreif erweist, ist in Anwendung von Art. 223 Abs. 2 ZPO ein Endentscheid zu fällen. Auf die in der Klage vorgebrachten Tatsachenbehauptungen, die unbestritten geblieben sind, kann abgestellt werden, soweit an deren Richtigkeit keine erheblichen Zweifel bestehen (Art. 153 Abs. 2 ZPO). Rechtshemmende, -hindernde oder -aufhebende Tatsachen sind zu berücksichtigen, soweit sie in der Klage selbst angeführt sind. Andere aus den Akten ersichtliche Tatsachen dürfen nur insoweit berücksichtigt werden, als sie für das Vorhandensein der von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen von Bedeutung sind (Art. 60 ZPO).

2.2. Prozessvoraussetzungen

Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist sowohl sachlich (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b ZPO) als auch örtlich (Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO) zuständig. Ein Schlichtungsverfahren entfällt (vgl. Art. 198 lit. f und h ZPO). Da auch die weiteren Prozessvoraussetzungen gegeben sind, ist auf die Klage einzutreten (Art. 59 Abs. 1 und 2 ZPO).

2.3. Rechtsbegehren

Die Klägerin beantragt die Anweisung an das Grundbuchamt C._____, ihr provisorisch eingetragenes Pfandrecht für die Pfandsumme von CHF 128'909.35 auf dem selbständigen und dauernden Recht GBBl. ... (Unterbaurecht zu Lasten GBBl. ...) definitiv einzutragen. Da kein Grundbuchamt C._____ existiert, erweist sich das Rechtsbegehren zwar als unklar, ist indessen nach Treu und Glauben auszulegen (Leuenberger, in: Zürcher Kommentar zur ZPO, Rz. 38 zu Art. 221).

Das Kantonsgebiet ist in verschiedene Notariats-, Grundbuch- und Konkurskreise eingeteilt, welche jeweils mehrere Gemeinden bzw. Stadtkreise umfassen (vgl. Beschluss des Kantonsrates über die Notariatskreise und den Sitz der Notariate vom 7. November 1988). Die Gemeinde C._____ gehört in diesem Sinne dem Amtskreis D._____ an, weshalb das Grundbuchamt D._____ zuständig ist für die vorliegend beantragte Eintragung. Das klägerische Rechtsbegehren ist demnach so auszulegen, dass die beantragte Anweisung betreffend die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht an das Grundbuchamt C._____, sondern das Grundbuchamt D._____ zu erfolgen habe, welches im Übrigen auch die provisorische Eintragung vorgenommen hat.

3. Parteien/Sachverhalt

3.1. Parteien

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E._____ und bezweckt gemäss ihrem Handelsregistereintrag die Ausführung von Bauarbeiten, insbesondere von Strassen- und Tiefbauarbeiten (act. 3/3). Bei der Beklagten handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in H._____. Sie bezweckt gemäss ihrem Eintrag im Handelsregister die Anlage von Kapital, Immobiliengeschäfte, Dienstleistungen im Bereich von Bau und Verwaltung, Finanzdienstleistungen, Treuhandgeschäfte und entsprechende Beteiligungen (act. 3/4).

3.2. Ausführungen der Klägerin

Die Klägerin führt mit ihrer Klage u.a. aus (act. 1 S. 3 ff.; act. 8 S. 3 ff.), die F._____ AG (mittlerweile in Liquidation) habe von der Bauherrschaft den Auftrag für die Umgebungsarbeiten im Zusammenhang mit dem Neubau des Fachmarktzentrums in C._____ erhalten. Für die Asphaltarbeiten habe sie die Klägerin um eine Offerte gebeten, welche am 30. Januar 2012 erstellt worden sei. Am 4. Mai 2012 habe die F._____ AG (in Liquidation) den Auftrag bestätigt und am 3. Juli 2012 habe sie die Auftragsbestätigung im Umfange von CHF 141'590.– brutto exkl. MWST unterzeichnet. Die Klägerin habe diese Arbeiten im Juli und August 2012 durchgeführt. Während der Abwicklung des Vertrages habe es Zusatzarbei-

ten zu erledigen gegeben, so z.B. eine Trottoirabsenkung, für welche die Klägerin eine Nachtragsofferte abgegeben habe, welche am 14. August 2012 von der F._____ AG (in Liquidation) unterschriftlich bestätigt worden sei. Die Einheitspreise, auch für die Zusatzarbeiten, seien bei Arbeitsausführung bekannt gewesen und die F._____ AG in Liquidation habe im Wissen um diese Preise die Arbeiten ausführen lassen.

Die F._____ AG in Liquidation habe insgesamt einen Betrag von CHF 70'249.75 netto inkl. MWST bezahlt, entsprechend den Teilrechnungen 1 und 2 des Hauptauftrages vom 18. Juli und 17. August 2012 für Arbeiten, die im Juli und anfangs August ausgeführt worden seien. Offen geblieben seien 3 Rechnungen, nämlich Teilrechnung 3 (des Hauptauftrags) vom 3. September 2012 über CHF 89'496.20, die Rechnung bezüglich Trottoirabsenkung vom 31. August 2012 über CHF 30'127.95 sowie die Rechnung betreffend Regiebelagsarbeiten vom 28. September 2012 über CHF 9'285.20, was ein Total von CHF 128'909.35 (netto inkl. MWST) ergebe.

Die Klägerin habe auf dem Grundstück der Beklagten und mit deren Kenntnis (diese habe der Auftraggeberin der F._____ AG in Liquidation, der G._____ AG, den Gesamtauftrag für die Umgebungsgestaltung erteilt) Arbeiten verrichtet und Material verbaut. Als das Einzelgericht am Handelsgericht des Kantons Zürich mit Verfügung vom 20. Oktober 2012 (recte: 26. Oktober 2012) einstweilen ein vorläufiges Pfandrecht bewilligt habe, seien seit den letzten richtigen Arbeiten (Hauptarbeiten bis 22. August 2012) noch keine vier Monate vergangen.

3.3. Rechtlich relevanter Sachverhalt

Die eben wiedergegebene, unbestritten gebliebene Sachdarstellung der Klägerin, welche mit den von ihr eingereichten Urkunden übereinstimmt und an deren Richtigkeit zu zweifeln auch anderweitig kein Anlass besteht (vgl. Art. 153 Abs. 2 ZPO), ist der nachfolgenden rechtlichen Beurteilung zu Grunde zu legen.

4. Materielles

4.1. Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB hat der Unternehmer Anspruch auf die Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts an einem Grundstück, auf welchem er u.a. zu Bauten oder anderen Werken eine Arbeitsleistung (mit oder ohne Materiallieferung) erbracht hat, für die Sicherung seiner daraus resultierenden Forderungen (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB).

4.2. Voraussetzungen

4.2.1. Grundeigentümerin (Passivlegitimation)

Beklagte Partei ist stets die Grundeigentümerin. Keine Rolle spielt dabei, wer dem Unternehmer den Auftrag zum Bauen erteilt hat. Da die Klägerin auf bzw. im Zusammenhang mit dem Grundstück der Beklagten, einem selbständigen und dauernden Unterbaurecht (act. 2/2 im Verfahren mit Geschäft Nr. HE120397), Arbeiten verrichtete, ist die Passivlegitimation der Beklagten zu bejahen.

4.2.2. Pfandgeschützte Bauleistung

Der Anspruch auf die Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts besteht, wenn der Unternehmer zu Bauten oder anderen Werken eine Arbeitsleistung (mit oder ohne Materiallieferung) erbracht hat. Die Klägerin führte Asphaltarbeiten aus, leistete Zusatzarbeiten wie zum Beispiel eine Trottoirabsenkung und führte Regiebelagsarbeiten durch. Dabei handelt es sich um Arbeiten an einem Werk, weshalb die Klägerin nach dem Gesagten pfandgeschützte Bauleistungen erbracht hat.

4.2.3. Bestand der Forderung zwischen der Klägerin und der F. _____ AG in Liquidation

Für das Zustandekommen eines Vertrags bedarf es des Austauschs übereinstimmender gegenseitiger Willensäusserungen zwischen den Parteien (Art. 1 Abs. 1 OR). Gemäss Art. 363 OR verpflichtet sich bei einem Werkvertrag der Unternehmer zur Herstellung eines Werks und der Besteller zur Leistung einer Vergütung. Vorliegend hat die Klägerin der F. _____ AG in Liquidation eine Offerte betreffend die Asphaltarbeiten im Rahmen der Umgebungsarbeiten im Zusammenhang mit dem Neubau des Fachmarktzentrums in C. _____ gemacht, und

letztere unterzeichnete eine entsprechende Auftragsbestätigung im Umfang von CHF 141'590.– brutto exkl. MWST (act. 3/6). Die Einheitspreise waren bei Arbeitsausführung bekannt und die F. _____ AG in Liquidation liess im Wissen um diese Preise die Arbeiten ausführen. Somit ist zwischen der Klägerin und der F. _____ AG ein Werkvertrag zustande gekommen. Die Klägerin führte die Arbeiten im Juli und August 2012 aus. Während der Abwicklung des Vertrages waren Zusatzarbeiten zu erledigen wie zum Beispiel eine Trottoirabsenkung. Auch die hierfür durch die Klägerin abgegebene Nachtragsofferte wurde von der F. _____ AG in Liquidation unterschriftlich bestätigt (act. 3/8).

Aus dem soeben erläuterten Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der F. _____ AG in Liquidation blieben die Teilrechnung 3 des Hauptauftrags vom 3. September 2012 über CHF 89'496.20 (act. 3/9), die Rechnung bezüglich Trottoirabsenkung vom 31. August 2012 über CHF 30'127.95 (act. 3/10) sowie die Rechnung betreffend Regiebelagsarbeiten vom 28. September 2012 über CHF 9'285.20 (act. 3/11) offen, was ein Total von CHF 128'909.35 (netto inkl. MWST) ergibt. In diesem Umfang verfügt die Klägerin somit über eine Forderung gegenüber der F. _____ AG in Liquidation. Nachdem die Klägerin die Sicherung einer allfälligen Zinsforderung mittels des Bauhandwerkerpfandrechts im Verfahren betreffend die provisorische Eintragung nicht verlangt hat und die viermonatige Frist seit den letzten Arbeiten abgelaufen ist, wäre ein entsprechender dinglicher Anspruch verwirkt (vgl. Art. 839 Abs. 2 ZGB). Ob die F. _____ AG in Liquidation der Klägerin einen vertraglichen Verzugszins schuldet, wie von letzterer behauptet, kann in diesem Verfahren somit offen gelassen werden.

4.2.4. Pfandrecht des Subunternehmers

Ist ein Mieter, ein Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person Schuldner von Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, so besteht gemäss Art. 837 Abs. 2 ZGB der Anspruch nur, wenn der Grundeigentümer seine Zustimmung zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat. Keine besondere Zustimmung ist indessen für den Beizug von Subunternehmern erforderlich. Somit kommt der Subunternehmer immer dann in den Genuss des Pfandrechtsschutzes, wenn für die von ihm erbrachten Leistungen eine Zustimmung des Grundeig-

gentümers vorliegt (Thurnherr, Das revidierte Bauhandwerkerpfandrecht – zu wenig Neues, aber noch mehr Problematisches?, in: ZBGR 93/2012, 83).

Vorliegend hat die Beklagte der G._____ AG den Gesamtauftrag für die Umgebungsgestaltung im Zusammenhang mit dem Neubau des Fachmarktzentrums in C._____ erteilt, wobei die G._____ AG ihrerseits als Auftraggeberin der Vertragspartnerin und Schuldnerin der Klägerin, der F._____ AG in Liquidation, fungiert hatte. Die Beklagte als Eigentümerin des zu belastenden selbständigen und dauernden Unterbaurechts an der ... [Adresse] in C._____ hat somit ihre Zustimmung zu den durch die Klägerin erbrachten Leistungen erteilt, was nach dem Gesagten ausreichend ist.

4.2.5. Fristeinhaltung

Gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB hat die Eintragung spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen. Diese Frist ist vorliegend eingehalten, weil die letzten Arbeiten am 22. August 2012 und die provisorische Eintragung am 26. Oktober 2012 (vgl. act. 11 im Verfahren mit Geschäft Nr. HE120397) erfolgten.

4.2.6. Keine Leistung einer hinreichenden Sicherheit

Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB kann die Eintragung nur verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung keine hinreichende Sicherheit bietet. Für das Vorliegen einer solchen Sicherheit bestehen keine Anhaltspunkte.

4.3. Fazit

Sämtliche Anspruchsvoraussetzungen für die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sind erfüllt.

5. Prozesskosten

5.1. Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96

ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG), die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren gleichen Datums (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des zürcherischen Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Der Streitwert wird in erster Linie durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO) und beträgt demnach CHF 128'909.35 (act. 1 S. 2; act. 8 S. 2).

5.2. Die in Anwendung von § 4 GebV OG zu ermittelnde Gerichtsgebühr ist der Beklagten als unterliegende Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1). Sie ist aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Für die der Beklagten auferlegten Kosten ist der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

5.3. Das Einzelgericht am Handelsgericht des Kantons Zürich hatte im Verfahren um provisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts mit Urteil vom 16. November 2012 (act. 13 im Verfahren mit Geschäft Nr. HE120397) die Kosten von CHF 2'570.45 von der Klägerin bezogen, wobei indessen der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten wurde. Ausgangsgemäss hat die Beklagte der Klägerin die Kosten des Verfahrens um provisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zu ersetzen.

5.4. Die Beklagte hat als unterliegende Partei der Klägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Klägerin hat gemäss § 11 Abs. 1 AnwGebV Anspruch auf Ersatz der Grundgebühr gemäss § 4 Abs. 1 AnwGebV, welche in Anwendung von § 4 Abs. 2 AnwGebV um rund einen Drittel zu ermässigen ist. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen (Praxisänderung des Kassationsgerichts des Kantons Zürich, Entscheid vom 19. Juli 2005; ZR 104 (2005) Nr. 76, SJZ 101 (2005) 531 ff.).

Das Gericht erkennt:

1. Das Grundbuchamt D._____ wird angewiesen, mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich vom 26. Oktober 2012 ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Klägerin definitiv einzutragen auf dem selbständigen und dauernden Recht GBBl. .. (Unterbaurecht zu Lasten GBBl. ..),
... [Adresse], C._____,
für eine Pfandsumme von CHF 128'909.35.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 9'000.–.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt, indessen zunächst aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Klägerin wird insoweit der Rückgriff auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 8'400.– zu bezahlen.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die Kosten des Verfahrens betreffend die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Umfang von CHF 2'570.45 zu bezahlen (Geschäft Nr. HE120397, Urteil des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich vom 16. November 2012, Dispositivziffer 3).
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Grundbuchamt D._____.
7. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden. Der Streitwert beträgt CHF 128'909.35.

Zürich, 13. Juni 2013

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller

lic. iur. Zeno Schönmann