

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE180156-O

U/ee

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, sowie die
Gerichtsschreiberin Adrienne Hennemann

Urteil vom 11. Mai 2018

in Sachen

A._____ GmbH,

Gesuchstellerin

vertreten durch Advokatin X._____

gegen

B._____ Anlagestiftung,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y._____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Gesuch:
(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei der Gesuchstellerin auf der Liegenschaft der Gesuchsgegnerin, Grundbuch Blatt 1, Kataster 2, Grundbuch ...-Zürich für den Betrag von CHF 32'400.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 22. Januar 2018 sowie für den Betrag von CHF 39'447.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 22. Februar 2018 provisorisch die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu bewilligen.
2. Demgemäss sei das Grundbuchamt Zürich... anzuweisen, das unter Ziffer 1 beantragte provisorische Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig einzutragen.
3. Die ordentlichen und ausserordentlichen Kosten des Verfahrens seien der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin ersuchte mit ihrer Eingabe vom 3. April 2018 (Datum Poststempel) samt Beilagen (act. 1; act. 3/1-12) um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem betreffenden Grundstück der Gesuchsgegnerin. Da nicht um superprovisorische Eintragung ersucht wurde, wurde noch *kein* Pfandrecht im Grundbuch eingetragen. Der Gesuchsgegnerin wurde mit Verfügung vom 6. April 2018 Frist angesetzt, um zum Gesuch Stellung zu nehmen, unter Androhung eines Aktenentscheids im Säumnisfall (act. 4). Die Gesuchsgegnerin stellte innert Frist ein Sistierungsgesuch (act. 6), welches mit Verfügung vom 30. April 2018 abgewiesen wurde. Die Frist wurde – im Sinne einer Notfrist – bis zum 4. Mai 2018 erstreckt (act. 7). Die Gesuchsgegnerin nahm innert erstreckter Frist Stellung (act. 9). Auch wurde eine Vollmacht nachgereicht (act. 10).

2. Formelles

2.1. Sämtliche Prozessvoraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

2.2. Die Gesuchsgegnerin führt aus, dass sich die C._____ AG, ... [Adresse], voraussichtlich als Nebenintervenientin konstituieren werde (act. 9 Rz. 3). Bis zum

heutigen Tag hat die C._____ AG allerdings kein Interventionsgesuch gestellt; auch eine Streitverkündung von Seiten der Gesuchstellerin liegt nicht vor. Entsprechend erübrigen sich weitere Ausführungen hierzu.

3. Rechtliches

3.1. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes 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 Bauhandwerkerpfandrechtes richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstückes, 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).

Schadenersatzansprüche sind nicht pfandberechtigt. Ihnen steht kein baulicher Mehrwert gegenüber. Bei vorzeitiger Vertragsauflösung zufolge Rücktritt des Bestellers besitzt der Unternehmer gemäss Art. 377 OR zwei verschiedenartige Forderungen, nämlich eine Vergütungsforderung für die bereits geleistete Arbeit und einen Anspruch auf volle Schadloshaltung. Gemäss SCHUMACHER ist der nicht pfandgeschützte Teil spätestens im Prozess um definitive Eintragung vom Gericht zu ermitteln (SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., 2008, N. 446).

3.2. Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Grundpfandrechtes, so muss die Gesuchstellerin ihr Gesuch nur *glaubhaft* machen. An die Glaubhaftmachung sind nach konstanter Lehre und Praxis keine strengen Anforderungen zu stellen: Die vorläufige Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechtes darf nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechtes ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfalle ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechtes dem ordentlichen Gericht vorzubehalten. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsi-

cherer Rechtslage (statt vieler 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 Erw. 1; SCHUMACHER, N. 1394 ff.).

4. Würdigung

4.1. Die "Beweisschwelle" zur Glaubhaftmachung des Pfandanspruchs ist tief. Die pauschale Äusserung der Gesuchsgegnerin, wonach sie die Behauptungen der Gesuchstellerin mit Nichtwissen bestreite (act. 9 Rz. 4), verfängt nicht. Hinsichtlich des Pfandanspruchs liegen keine weiteren Ausführungen vor. Aufgrund dessen konnte ohne Weiteres auf die vorgängige Zustellung der Stellungnahme an die Gesuchstellerin verzichtet werden.

Angesichts der Ausführungen der Gesuchstellerin sowie der Beilagen ist glaubhaft gemacht worden, dass die Gesuchstellerin auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin (Prot. S. 5; act. 3/3-4) im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB Material und Arbeit geliefert hat (act. 1 S. 3 f.; act. 3/4; act. 3/7-12), die Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB mit der vorläufigen Eintragung gewahrt ist (act. 1 S. 5; act. 3/12) und Verzugszinsen ab den entsprechenden Daten geschuldet sind (act. 1 S. 5; act. 3/10-11).

4.2. Hinsichtlich der Höhe der Pfandsumme ist aber auf den Umstand hinzuweisen, dass die bereits geleisteten Arbeiten – wie die Gesuchstellerin selber ausführt – nur 90 % der Gesamtarbeiten ausmachen. Bei den restlichen Arbeiten verweist die Gesuchstellerin dagegen auf den Anspruch auf volle Schadloshaltung gemäss Art. 377 OR (act. 1 S. 5). Schadenersatzansprüche sind indessen – wie erwähnt – nicht pfandberechtigt. Entsprechend ist dieser Teil bei der geltend gemachten Pfandsumme in Abzug zu bringen. Von der gesamten Werklohnforderung in der Höhe von CHF 104'247.– sind daher 10 % und sodann die bereits geleistete Akontozahlung von CHF 32'400.– (act. 1 S. 4) abzuziehen. Demnach ist "nur" eine Pfandsumme in der Höhe von CHF 61'422.30 glaubhaft gemacht worden. Betreffend den Verzugszinsenlauf rechtfertigt es sich, die entsprechenden Abzüge – aufgrund der späteren Fälligkeit – zulasten der zweiten noch offenen Akontozahlung (act. 3/11) vorzunehmen. Dieser Betrag ist somit von

CHF 39'447.– auf CHF 29'022.30 zu reduzieren. In diesem Umfang steht der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nichts entgegen. Im Mehrbetrag ist das Gesuch indessen abzuweisen.

4.3. Was die von der Gesuchsgegnerin in Aussicht gestellte Zahlungsgarantie, welche von der C._____ AG eingereicht werden sollte, betrifft (act. 9 Rz. 5), so liegt eine solche bis dato nicht vor. Damit erübrigen sich weitere Ausführungen hierzu.

4.4. Das Grundbuchamt ...-Zürich ist daher im Sinne von Art. 961 ZGB anzuweisen, vorläufig im Grundbuch auf der betreffenden Liegenschaft ein Pfandrecht mit der Pfandsumme von CHF 61'422.30 nebst Zins zu 5 % auf CHF 32'400.– seit dem 22. Januar 2018 sowie auf CHF 29'022.30 seit dem 22. Februar 2018 einzutragen.

5. Prozessfortgang

Der Gesuchstellerin ist 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 (Urteil des Bundesgerichts 5A_82/2016 vom 16. August 2017, E. 2.5.2). Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuchs (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.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. 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). Vorliegend ist von einem Streitwert von CHF 71'847.–

auszugehen. Die Gerichtsgebühr ist – unter Berücksichtigung des entstandenen Aufwands – in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 5'000.– festzusetzen.

Über den Pfandanspruch der Gesuchstellerin ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren erst noch festzustellen sein, ob die Gesuchstellerin endgültig obsiegt. Daher rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren lediglich eine einstweilige Kostenregelung zu treffen. Gemäss Praxis des Handelsgerichtes des Kantons Zürich werden die Gerichtskosten im Verfahren betreffend die vorläufige Eintragung von Pfandrechten von der Gesuchstellerin bezogen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihre Klage innert Prosequenzfrist nicht anhängig machen sollte, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.

6.2. 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 – unter Berücksichtigung der äusserst kurzen Stellungnahme sowie des geringen Zeitaufwands und des Aktenumfangs – in Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von CHF 1'000.– zuzusprechen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Das Grundbuchamt ...-Zürich wird im Sinne von Art. 961 ZGB einstweilen angewiesen, zugunsten der Gesuchstellerin ein Pfandrecht *vorläufig* im Grundbuch einzutragen
auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 1,
...-Str. ..., ..., ...-Weg ... und ..., ... Zürich,
für eine Pfandsumme von CHF 61'422.30 nebst Zins zu 5 %
 - auf CHF 32'400.– seit dem 22. Januar 2018
 - auf CHF 29'022.30 seit dem 22. Februar 2018.

Im Mehrbetrag wird das Gesuch abgewiesen.

2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 13. Juli 2018 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 5'000.–.
Allfällige Kosten des Grundbuchamtes 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 1'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von act. 9, sowie an das Grundbuchamt ...-Zürich (vorab per E-Mail).
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 71'847.–.

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

Zürich, 11. Mai 2018

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Adrienne Hennemann