

ZH_HANDELSGERICHT HE220011 vom 15. März 2022

Zh Handelsgericht, 2022-03-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE220011

FR: ZH_HANDELSGERICHT HE220011 du 15 mars 2022

IT: ZH_HANDELSGERICHT HE220011 del 15 marzo 2022

Erwägungen

E. 1

Das Grundbuchamt D._____ sei richterlich anzuweisen, auf dem sich im Eigentum der Beklagten befindlichen Grundstück Kataster 1, Grundbuch Blatt 2, EGRID 3, E._____ -strasse ..., F._____, ein Pfandrecht zu Gunsten der Klägerin im Betrag von CHF 250'953.10 zuzüglich Zins zu 5 % seit 15. Januar 2022 superprovisorisch und vorläufig einzutragen.

E. 2

Nebenintervention

E. 2.1

Wer ein rechtliches Interesse daran geltend macht, dass eine rechtshängige Streitigkeit zu Gunsten einer Partei entschieden werde, kann gemäss Art. 74 ZPO im Prozess jederzeit als Nebenpartei intervenieren und beim Gericht ein Interventionsgesuch stellen. Ein rechtliches Interesse liegt vor, wenn bei einem Prozessverlust die Rechte des Nebenintervenienten verletzt oder geschmälert werden könnten, was beispielsweise bei Regressansprüchen der Fall ist. Das rechtliche Interesse an einem bestimmten Prozessausgang ist vom Intervenient glaubhaft zu machen (BGE 143 III 140 E. 4 = Pra 107/2018 Nr. 58; TANJA DOMEJ, in: Kurzkomentar ZPO, hrsg. von Paul Oberhammer/Tanja

- 3 - Domej/Ulrich Haas, 3. Aufl. 2021, N 5 zu Art. 74 ZPO). Die Nebenpartei kann jedoch Prozesshandlungen lediglich in dem Umfang vornehmen, in welchem diese auch der Hauptpartei im jeweiligen Prozessstadium zustehen (MICHAEL GRABER, in: Karl Spühler/ Luca Tenchio/ Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 1-8 zu Art. 76 ZPO).

E. 2.2

Gemäss Art. 78 Abs. 1 ZPO kann eine Partei, die für den Fall ihres Unterliegens eine dritte Person belangen will oder den Anspruch einer dritten Person befürchtet, diese auffordern, sie im Prozess zu unterstützen. Die Streitverkündung ist grundsätzlich in jedem Stadium des Verfahrens bis zu dessen rechtskräftigem Abschluss möglich (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221, S. 7283; TANJA DOMEJ, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkomentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2021, N 7 zu Art. 78 ZPO).

E. 2.3

Die C._____ AG und die Gesuchsgegnerin bringen gemeinsam vor, die C._____ AG habe sich gegenüber der Gesuchsgegnerin vertraglich zur Abwendung der Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten verpflichtet und ihr drohten Regress- resp. Schadenersatzforderungen, sollte sie dieser Pflicht nicht nachkommen (act. 9 Rz. 8).

Angesichts des geltenden Beweismasses der Glaubhaftmachung reichen diese Behauptungen aus, um ein rechtliches Interesse der C._____ AG am Prozessausgang zu begründen.

E. 2.4

Weiter lassen die Gesuchsgegnerin und die C._____ AG durch ihren gemeinsamen Vertreter ausführen, dass die Gesuchsgegnerin der C._____ AG im Eventualfall den Streit erkläre. Da bei einer Streitverkündung die streitberufene Partei jedenfalls zum Prozess zuzulassen ist und es weder eines Entscheides des Gerichts noch einer vorgängigen Stellungnahme der Parteien bedarf, wäre die C._____ AG in jedem Fall und ohne Weiterungen als Nebenintervenientin zuzulassen, sofern sie den Prozessbeitritt erklärt. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, die C._____ AG ohne vorgängige Stellungnahme der Gesuchstellerin als Nebenintervenientin im Sinne von Art. 68 ZPO zuzulassen.

E. 2.5

Im summarischen Verfahren findet grundsätzlich nur ein Schriftenwechsel statt (Art. 253 ZPO; BGE 138 III 252 E. 2.1 S. 254). Damit ist der

- 4 - Schriftenwechsel mit der gemeinsamen Eingabe der Gesuchsgegnerin und der Nebenintervenientin vom 28. Februar 2022 (act. 9) zum Abschluss gekommen. Da sich die Sache als spruchreif erweist und die Zustellung der Eingabe vom 28. Februar 2022 (act. 9) an die Gesuchstellerin zeitgleich mit diesem Entscheid geschieht, wird der Antrag der Gesuchsgegnerin und der Nebenintervenientin, der Aktenschluss sei formell zu verfügen, gegenstandslos.

E. 3

Rechtliches

E. 3.1

Nach 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".

E. 3.2

Gemäss Art. 961 Abs. 3 ZGB und Art. 261 Abs. 1 ZPO gilt im vorläufigen Eintragungsverfahren das Beweismass der Glaubhaftmachung. Nach allgemeiner Ansicht ist das Beweismass in diesem Verfahren gegenüber anderen Arten vorsorglicher Massnahmen besonders stark herabgesetzt (BGE 137 III 563 E. 3.3 S. 566-567; BGer 5A_613/2015 vom 22. Januar 2015 E. 4; RAINER SCHUMACHER/PASCAL REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl., 2021, N 1533 ff.). An die Glaubhaftmachung dürfen folglich keine besonderen Anforderungen gestellt werden (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGE 79 II 424 E. 6 S. 439; BGE 39 II 139 E. 2 S. 139-140; BGer 5P.221/2003 vom 12. September 2003 E. 3.2.1). Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint (BGE

86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGer 5A_933/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2; 5D_116/2014 vom 13. Oktober 2014 E. 5.3; 5A_475/2010 vom 15. September 2010 E. 3.1.2). Im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen (BGE 102 Ia 81 E. 2b/bb S. 86; BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGer 5A_933/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2; 5A_932/2014

- 5 - vom 16. April 2015 E. 3.3.2; 5A_475/2010 vom 15. September 2010 E. 3.1.2) und die Entscheidung dem definitiven Eintragungsverfahren zu überlassen (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270).

E. 4

Parteivorbringen

E. 4.1

Die Gesuchstellerin stützt sich auf den Subunternehmer-Werkvertrag vom 20. Mai 2021 mit der Nebenintervenientin, der die Erstellung der Gewerke Heizungs-, Kälte- und Sanitäranlagen umfasst habe, welche von der Gesuchstellerin auf dem streitgegenständlichen Grundstück auch erstellt worden seien (act. 1 Rz. 11; act. 3/6). Sie verlangt von der Nebenintervenientin konkret CHF 58'659.80 wegen eines Kalkulationsfehlers im Werkvertrag, CHF 47'282.45 aus der 7. Teilrechnung, CHF 72'609.50 aus Nachtragsarbeiten zur Nebenbelüftung sowie CHF 72'401.35, die von der Nebenintervenientin als Garantierückbehalt noch nicht ausbezahlt worden seien (act. 1 Rz. 18 ff.; act. 3/8- 9).

E. 4.2

Die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientin bringen zusammengefasst vor, dass die Gesuchstellerin ihren Behauptungs- und Substantiierungsobligationen bei weitem nicht nachkomme (act. 9 Rz. 14 ff.). Bezüglich des angeblichen Kalkulationsfehlers weisen die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientin darauf hin, dass die Vorbringen der Gesuchstellerin im Widerspruch zu den Ausführungen des in diesem Zusammenhang offerierten Anwaltsschreiben (act. 3/8) stünden und dass die Parteien einen Pauschalpreis vereinbart hätten, womit ein Rechenfehler während den vorvertraglichen Verhandlungen obsolet sei (act. 1 Rz. 35 f.). Weiter fehle jede Bezugnahme zu den Auswirkungen der vorzeitigen Vertragsbeendigung durch die Gesuchstellerin auf den Umfang der von ihr erbrachten Arbeiten und der geltend gemachten Werklohnforderung (act. 1 Rz. 38). Bezüglich der Teilrechnung Nr. 7 sei sodann unklar, was davon umfasst sei. Zudem sei diese erst als Beilage der Schlussrechnung am 16. Dezember 2021 bei der Neben-intervenientin eingegangen (act. 1 Rz. 41). Ferner bestreiten die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientin, dass Nachtragsarbeiten vereinbart oder ausgeführt worden seien, und weisen darauf hin, dass die Nebenbelüftung im Leistungsverzeichnis des Werkvertrags enthalten gewesen sei (act. 1 Rz. 42). Zum Garantierückbehalt

- 6 - bringen die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientin vor, die Nebenintervenientin sei zu dessen Auszahlung erst verpflichtet, wenn die Schlussbesprechung abgeschlossen sei, alle notwendigen Unterlagen vorhanden seien und eine Gewährleistungsgarantie vorliege. Eine Gewährleistungsgarantie habe die Gesuchstellerin indessen bisher nicht übergeben (act. 9 Rz. 43). Ferner erklären die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientin, die Gesuchstellerin habe, nachdem die Nebenintervenientin die unberechtigte Forderungen der Gesuchstellerin nicht bezahlen

wollte, unrechtmässig den Werkvertrag gekündigt (act. 9 Rz. 44 f.). Mangels Fälligkeit der bestrittenen Forderungen der Gesuchstellerin sei schliesslich auch kein Verzugszins geschuldet (act. 9 Rz. 54).

E. 5

Würdigung

E. 5.1

Die Gesuchstellerin stützt sich auf den Werkvertrag mit der Nebenintervenientin vom 20. Mai 2021, wo sie sich zur Erbringung von Leistungen im Zusammenhang mit Heizungsanlagen/Kälteanlagen/Sanitäranlagen verpflichtet hat (act. 3/6 Art. 1). Das Quantitativ ergibt sich aus den (behaupteten) offenen Beträgen in der Schlussrechnung vom 8. November 2021 (act. 1 Rz. 23).

E. 5.2

Den Ausführungen der Gesuchstellerin lässt sich hingegen zum Inhalt der der angeblichen Forderungen nicht viel entnehmen. Wie sich der Rechnungsfehler genau herleitet, damit der Kalkulationsirrtum beurteilt werden könnte, erschliesst sich genau so wenig, wie das Zustandekommen und der genaue Inhalt der Nachtragsarbeiten; ebenso unklar ist, inwiefern diese nicht bereits im Werkvertrag enthalten gewesen sind. Weiter fehlen konkrete Vorbringen der Gesuchstellerin zum Garantierückbehalt – vor allem, ob die Voraussetzungen zur Auszahlung desselben überhaupt vorliegen – und zum genauen Inhalt der 7. Teilrechnung. Dieser ist lediglich zu entnehmen, dass wohl über Arbeiten im Oktober 2021 abgerechnet werden soll (vgl. act. 3/8 Teilrechnung Nr. 007: "Leistungszeitraum: 10.2021").

E. 5.3

Das Bundesgericht hat jedoch in den letzten Jahren eine Rechtsprechung entwickelt, die angesichts des drohenden definitiven Rechtsverlust für den Gesuchsteller im Ergebnis mit grosser Wahrscheinlichkeit zur vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für nahezu jede

- 7 - eintragungsberechtigte Arbeit führt (vgl. dazu die oben unter Ziff. 3.2 aufgeführten Entscheide). Diese Rechtsprechung hat auch vorliegend zur Folge, dass das Gesuch um Eintragung trotz sehr dürftiger Substantiierung gutzuheissen ist.

E. 5.4

Die Einwände der Gesuchsgegnerin und der Nebenintervenientin sind angesichts des spärlich begründeten Gesuchs zwar verständlich, sie reichen aber zur Abwehr des Eintragungsgesuchs insgesamt nicht aus. Die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientin bestreiten zudem nicht, dass es sich bei den Arbeiten der Gesuchstellerin grundsätzlich um Arbeiten handelt, die zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigen. Zudem erscheint es aufgrund der Ausführungen der Gesuchstellerin zur Einhaltung der 4-Monats-Frist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB (vgl. act. 1 Rz. 13 ff.), wozu sie immerhin Wochenrapporte von zwei Mitarbeitern als Beweis offeriert (act. 3/5), auch als durchaus wahrscheinlich, dass am 15. Oktober 2021 die letzten Hauptarbeiten geleistet wurden. Dies umso mehr als dass die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientin selber angeben, die Gesuchstellerin habe ab dem 12. Oktober 2021 begonnen, die Mannstunden zu reduzieren und am 15. Oktober 2021 die Baustelle zur räumen (act. 9 Rz. 18).

E. 5.5

Vor dem Hintergrund, dass die pfandberechtigten Arbeiten und die Einhaltung der Eintragungsfrist glaubhaft gemacht wurden, erweisen sich die – immerhin mittels Rechnung "ausgewiesenen" – Forderungen der Gesuchstellerin denn auch nicht als höchst unwahrscheinlich oder ausgeschlossen. Dies ist aufgrund des drohenden definitiven Rechtsverlust des Bauhandwerkers nur Einzelfällen vorbehalten, in denen der Gesuchsgegner den Bestand der Forderungen eindeutig widerlegen kann, was aber äusserst schwierig ist. Vorliegend gelingt es der Gesuchsgegnerin und der Nebenintervenientin nicht die Forderungen der Gesuchstellerin als höchst unwahrscheinlich erscheinen zu lassen. Das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist daher unter entsprechender Beachtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gutzuheissen.

E. 6

Fristansetzung zur Prosequierung Der Gesuchstellerin ist Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequierungsfrist ist

- 8 - 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.

E. 7

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 7.1

Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 bestimmt (GebV OG; 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 250'953.10 auszugehen. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips auf CHF 6'200.– festzusetzen.

E. 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 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.

E. 7.3

Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientin mandatierten gemeinsam einen Rechtsvertreter, der eine gemeinsame Eingabe verfasste und einreichte. Über die

Aufteilung der Kosten dieser berufsmässigen Vertretung äussern sich die Parteien allerdings nicht, wobei eine Begründung und Bezifferung grundsätzlich auch nicht weiter erforderlich ist (vgl. BGE 140 III 444 E. 3.2.2). Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, ist der

- 9 - Gesuchsgegnerin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 Anw-GebV OG eine Parteientschädigung von CHF 8'800.– zuzusprechen. Da die Gesuchsgegnerin nicht dartut, inwiefern sie nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt sein soll, ist die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen (vgl. BGer 4A_552/2015 E. 4.5; ZR 104 [2005] S. 291 ff.; SJZ 101 [2005] S. 531 ff.).

E. 7.4

Die Nebenintervenientin beantragt ebenfalls eine Parteientschädigung (act. 9 Rz. 59). Dem Nebenintervenienten wird indes im Grundsatz keine Parteientschädigung zugesprochen. Er wahrt Interessen, die sich aus seinem Rechtsverhältnis zur unterstützten Hauptpartei und nicht zum Prozessgegner ergeben. Die Zusprechung einer Partei- bzw. Umtriebsentschädigung ist daher nur im Einzelfall und aus Billigkeitsgründen gerechtfertigt (BGE 130 III 571 E. 6 S. 578; MICHAEL GRABER, in: Karl Spühler/ Luca Tenchio/ Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 3 zu Art. 77 ZPO m.w.H.). Die Nebenintervenientin legt keine Gründe dar, die vorliegend eine Parteientschädigung aus Billigkeitsgründen rechtfertigen würde. Es sind auch keine solchen ersichtlich. Es ist ihr deshalb keine Parteientschädigung für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, zuzusprechen. Das Einzelgericht verfügt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.