

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE240063-O

U/pz

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, sowie
Gerichtsschreiber Lukas Bügler

Verfügung und Urteil vom 12. Juli 2024

in Sachen

A. _____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. Y. _____

sowie

C. _____ AG,
Nebenintervenientin

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei das Grundbuchamt der Gemeinde D._____ anzuweisen, auf dem im Alleineigentum der Gesuchsgegnerin stehenden Grundstück, Grundbuch D._____, Gbbl. 1, Liegenschaft, Kataster Nr. 2, EGRID CH 3, E._____, F._____-strasse 4, 5, 6 und 7 und G._____-strasse 8, 9 und 10, zugunsten der Gesuchstellerin das provisorische Bauhandwerkerpfandrecht mit der Pfandsumme von CHF 1'235'041.31 zzgl MwSt. und zzgl. Zins zu 5 % seit dem 21. Mai 2024 superprovisorisch und hiernach provisorisch einzutragen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Mit Eingabe vom 21. Mai 2024 stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts das vorstehend aufgeführte Begehren (act. 1–3/2–21). Mit Verfügung vom 28. Mai 2024 wurde das Grundbuchamt D._____ angewiesen, das beantragte Pfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch einzutragen. Zudem wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Begehren Stellung zu nehmen (act. 4). Mit Eingabe vom 17. Juni 2024 verkündete die Gesuchsgegnerin der C._____ AG den Streit und ersuchte um Erstreckung der Frist zur Erstattung der Gesuchsantwort (act. 8). Mit Verfügung vom 18. Juni 2024 wurde von der Streitverkündung an die C._____ AG Vormerk genommen und der Gesuchsgegnerin die Frist zur Einreichung der Gesuchsantwort erstreckt (act. 11). Mit Eingabe vom 8. Juli 2024 erklärte die C._____ AG, die Streitverkündung anzunehmen und auf eine Stellungnahme zum Gesuch zu verzichten (act. 13). Die Gesuchsgegnerin reichte mit Eingabe vom 9. Juli 2024 fristgerecht ihre Gesuchsantwort ein (act. 14; act. 15/1–7).

2. Die C._____ AG teilte mit Eingabe vom 8. Juli 2024 mit, sie nehme die Streitverkündung im Sinne von Art. 79 Abs. 1 lit a ZPO an (act. 13). Von der Nebenintervention ist entsprechend Vormerk zu nehmen und die Streitberufene als Nebenintervenientin im Rubrum aufzunehmen.

3.1. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch 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. 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).

3.2. Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, so muss die Gesuchstellerin ihr Begehren nur *glaubhaft* machen. An die Glaubhaftmachung sind nach konstanter Lehre und Praxis keine strengen Anforderungen zu stellen: Die vorläufige Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts darf nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfall ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechts dem ordentlichen Gericht vorzubehalten. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 86 I 270; BGE 102 Ia 86; BGE 112 Ib 484; Entscheid des Obergerichts ZH vom 14. Februar 1980, ZR 79 Nr. 80, E. 1; SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. Zürich 2022, N 1530 ff.; ZOBL, das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 101 [1982] II Halbband, S. 158).

4. Das Grundstück, auf dem die von der Gesuchstellerin behaupteten Leistungen erbracht worden sind, steht im Alleineigentum der Gesuchsgegnerin (act. 3/2). Bei der Gesuchsgegnerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, die auf dem streitgegenständlichen Grundstück ein Spital betreibt. Aktionäre der Gesuchsgegnerin sind mehrere Gemeinden (act. 14 Rz. 17 ff.; act. 15/3; act. 15/6). Öffentliche Grundstücke, die im Verwaltungsvermögen stehen, sind grundsätzlich unpfändbar und können daher auch nicht mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet werden (SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 560 ff.). Vorliegend ist zwischen den Parteien strittig,

ob es sich beim im Eigentum der Gesuchsgegnerin stehenden Grundstück um Verwaltungsvermögen handelt oder nicht (act. 1 Rz. 10; act. 14 Rz. 17 ff.). Bei dieser Sachlage ist – sofern die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind – vorläufig ein Bauhandwerkerpfandrecht im Grundbuch einzutragen. Ob es sich um Verwaltungsvermögen handelt oder nicht, ist erst im definitiven Eintragungsverfahren zu klären (Art. 839 Abs. 5 und 6 ZGB; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE210042 vom 7. Mai 2021, E. 5 und 6.1).

5. Unbestritten ist, dass sich die Gesuchstellerin gegenüber der Nebenintervenientin zur Ausführung von Gipserarbeiten verpflichtet und in der Folge Gipserarbeiten auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin ausgeführt hat (act. 1 Rz. 11 ff.; act. 14 Rz. 33 ff.). Damit liegen ohne Weiteres pfandberechtigte Arbeiten vor.

6.1. Zur Pfandsumme macht die Gesuchstellerin geltend, sie habe mit der Nebenintervenientin die Erbringung werkvertraglicher Arbeiten im Gesamtwert von CHF 1'235'041.31 zzgl. MwSt. vereinbart. Bislang seien Rechnungen in der Höhe von CHF 228'266.50 (inkl. MwSt.) unbezahlt. Sie beantrage die vorsorgliche Eintragung für den gesamten Werklohn von CHF 1'235'041.31 zzgl. MwSt. (act. 1 Rz. 13 ff. und 27 ff.). Die Gesuchsgegnerin bestreitet nicht, dass die Gesuchstellerin mit der Nebenintervenientin den behaupteten Vertrag abgeschlossen hat. Sie macht aber geltend, die Leistungspflicht der Gesuchstellerin sei erloschen, da die Nebenintervenientin den Totalunternehmervertrag mit ihr, der Gesuchsgegnerin, gekündigt habe. Der gesamte werkvertragliche Vergütungsanspruch berechtige nur solange zur Pfandeintragung, als die ausstehenden Arbeiten weiterhin geschuldet seien. Für die Eintragung eines Pfandrechts im Betrag, der die gestellten Rechnungen in der Höhe von CHF 228'266.50 (inkl. MwSt.) übersteige, bestehe daher von vornherein keine Pfandberechtigung. Die Gesuchstellerin lege sodann die von ihr für den Betrag von CHF 228'266.50 (inkl. MwSt.) erbrachten Leistungen nicht genügend dar (act. 14 Rz. 33 ff.).

6.2. Grundsätzlich kann der Unternehmer die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für die gesamte vertragliche Vergütungssumme verlangen. Dies gilt ungeachtet davon, ob die Leistungen bereits erbracht wurden oder nicht (SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 395). Bei einer vorzeitigen Vertragsbeendigung besteht jedoch

für die noch nicht erbrachten Leistungen keine Pfandberechtigung (SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 398 und 427).

6.3. Zwischen den Parteien ist strittig, ob der Werkvertrag der Gesuchstellerin mit der C._____ AG definitiv beendet wurde oder ob die Gesuchstellerin ihre Arbeiten lediglich vorläufig eingestellt hat (act. 1 Rz. 21; act. 14 Rz. 33). Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben. Sollte der Werkvertrag der Gesuchstellerin bereits definitiv beendet sein, so wäre der Anteil der von der Gesuchstellerin bereits erbrachten Leistungen zu ermitteln. Diese Prüfung übersteigt den Anwendungsbereich des vorläufigen Eintragungsverfahrens und ist erst im definitiven Eintragungsverfahren vorzunehmen. Im vorliegenden Verfahren ist ein Pfandrecht in der Höhe der gesamten vertraglichen Vergütung einzutragen. Wie bereits im Rahmen der supervisorischen Eintragung erwogen (act. 4), ist die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Mehrwertsteuer zu kapitalisieren. Es ist damit glaubhaft, dass die Gesuchstellerin eine offene Vergütungsforderung von CHF 1'335'079.66 (inkl. 8.1 % MwSt.) hat.

6.4. Die Gesuchstellerin beantragt weiter die Eintragung von Zins zu 5 % seit 21. Mai 2024 auf der Pfandsumme (act. 1 S. 2 und Rz. 30). Das Bauhandwerkerpfandrecht sichert auch zukünftige Verzugszinsen. Entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin (act. 14 Rz. 42 f.) gilt dies unabhängig davon, ob der künftige Zinslauf bereits abgeschätzt werden kann oder nicht. Ob und ab wann die Verzugszinsen laufen, wird erst im definitiven Eintragungsverfahren oder einer allfälligen späteren Zwangsvollstreckung zu beurteilen sein (SCHUMACHER/REY, a.a.O., Rz. 527 ff.). Entsprechend ist auch der beantragte Verzugszins im vorliegenden Verfahren ausgewiesen.

7.1. Zu prüfen bleibt damit, ob die gesetzliche Eintragsfrist gewahrt ist. Die Gesuchstellerin bringt dazu vor, sie habe die letzten Arbeiten am 20. April 2024 erbracht. Konkret seien Trockenbauarbeiten an den Wänden ausgeführt worden. Diese Arbeiten seien Teil des Werkvertrages. Hinzuweisen sei darauf, dass sie ihre Arbeiten aufgrund der ungewissen Lage nur vorläufig eingestellt habe. Die Nebenintervenientin habe den Vertrag mit der Gesuchsgegnerin nach Eröffnung der Nachlassstundung über die Gesuchsgegnerin gekündigt (act. 1 Rz. 20 f.). Die Gesuchs-

gegnerin stellt sich auf den Standpunkt, die Gesuchstellerin habe die am 20. April 2024 erbrachten Arbeiten nicht genügend behauptet und substantiiert. Darüber hinaus handle es sich beim Grossteil der Leistungen, welche unter die Position "271.1 Trockenbauarbeiten" fielen, um geringfügige oder nebensächliche Arbeiten, die nicht fristauslösend seien (act. 14 Rz. 25 ff.).

7.2. Das von der Gesuchstellerin beantragte Bauhandwerkerpfandrecht wurde am 28. Mai 2024 vorläufig im Grundbuch eingetragen (act. 4; act. 5; act. 7). Die Gesuchstellerin stützt sich zur Wahrung der Eintragsfrist nicht nur auf die am 20. April 2024 geleisteten Arbeiten, sondern auch auf eine lediglich vorläufige Niederlegung der Arbeiten. Beide Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass die Gesuchstellerin die ihr von der Nebenintervenientin übertragenen Arbeiten bislang nicht vollständig erbracht hat (act. 1 Rz. 21; act. 14 Rz. 33 ff.). Es kann auch hier offen bleiben, ob die Arbeitsniederlegung der Gesuchstellerin bloss vorläufig oder definitiv erfolgt ist. Selbst wenn von einer definitiven Beendigung der Arbeiten auszugehen wäre, ist für den Beginn der Eintragsfrist auf den Zeitpunkt abzustellen, indem der Unternehmer weiss oder wissen müsste, dass es bei den bislang ausgeführten Arbeiten bleiben wird (ZR 120/2021 Nr. 1; SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 1107). Der Gesuchsgegnerin wurde am 30. April 2024 die provisorische Nachlassstundung gewährt (act. 3/6). Es ist aufgrund des von der Gesuchstellerin eingereichten Zeitungsberichts (act. 3/15) glaubhaft, dass die Nebenintervenientin den Vertrag mit der Gesuchstellerin erst nach diesem Zeitpunkt kündigt. Wie die Gesuchsgegnerin selbst geltend macht, entfiel ihrer Ansicht nach die Leistungspflicht der Gesuchstellerin mit der Kündigung des Totalunternehmervertrags durch die Nebenintervenientin und damit erst Anfang Mai 2024 (act. 1 Rz. 33). Damit ist selbst bei einer definitiven Einstellung der Arbeiten die Eintragsfrist ohne Weiteres gewahrt. Sofern es sich um eine bloss vorläufige Arbeitseinstellung handeln sollte, hätte im Übrigen die Eintragsfrist noch gar nicht zu laufen begonnen (ZR 120/2021 Nr. 1; SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 1108). Die Eintragsfrist wäre damit ebenfalls eingehalten.

8. Gesamthaft sind die Voraussetzungen für die vorsorgliche Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts glaubhaft gemacht. Die superprovisorische Eintragung des Pfandrechts auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin ist daher zu bestätigen.

9. Der Gesuchstellerin ist sodann Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequenzfrist ist praxismässig 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 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.

10.1. 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 1'335'079.66 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 17'000.– festzusetzen ist. Hinzu kommen die Kosten des Grundbuchamtes von CHF 305.– (act. 7). Allfällige weitere Kosten sind vorbehalten.

10.2. 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.

10.3. 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 in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von CHF 17'000.– zuzusprechen. Mangels Darlegung der fehlenden Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die Parteientschädigung praxismässig ohne Mehrwertsteuerzuschlag zu berechnen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5).

Das Einzelgericht verfügt:

1. Von der durch die Streitberufene (C._____ AG, CHE-11, H._____ -strasse 12, ... Zürich) erfolgten Nebenintervention wird Vormerk genommen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D._____ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 28. Mai 2024 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBL 1, EGRID CH 3, E._____, F._____ -strasse 4, 5, 6, 7 und G._____ -strasse 8, 9, 10, für eine Pfandsumme von CHF 1'335'079.66 (inkl. 8.1 % MWST) nebst Zins zu 5 % seit 21. Mai 2024.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 13. September 2024 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 17'000.–. Hinzu kommen die Kosten des Grundbuchamtes von CHF 305.–. Weitere Kosten bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden vollumfänglich von der Gesuchstellerin bezogen. Der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden

ordentlichen Verfahren bleibt vorbehalten. 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 17'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin sowie die Nebenintervenientin unter Beilage der Doppels von act. 14 und act. 15/1–7, sowie an das Grundbuchamt D._____.
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 1'335'079.66.

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

Zürich, 12. Juli 2024

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Lukas Bügler