

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE240074-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, sowie Gerichtsschreiber Dr. Benjamin Büchler

Urteil vom 25. Juli 2024

in Sachen

A. _____ AG,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt M.A. HSG 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 Notariat, Grundbuch- und Konkursamt D._____ anzuweisen, auf der im Eigentum der Gesuchgegnerin stehenden Liegenschaft Grundstück Nr. 1 (E-GRID CH2), E._____-strasse, D._____, ein Bauhandwerkerpfandrecht mit einer Pfandsumme in der Höhe von CHF 1'400'100.00 nebst Zins zu 5% seit 11. April 2024 auf den Betrag von CHF 441'275.65 sowie Zins zu 5% seit 1. April 2024 auf den Betrag von CHF 88'533.90 vorläufig vorzumerken.
2. Die vorläufige Vormerkung gemäss vorstehender Ziffer 1. sei sofort und ohne Anhörung der Gesuchgegnerin durch eine supervisorische Massnahme anzuordnen.
3. Der Gesuchstellerin sei eine angemessene Frist von mindestens 3 Monaten anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss obiger Ziffer 1. zulasten des Grundstücks Nr. 1 (E-GRID CH2), E._____-strasse D._____, einzureichen
4. Alles unter voller Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gesuchsgegnerin.

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Mit Eingabe vom 10. Juni 2024 stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich das vorstehend aufgeführte Begehren (act. 1). Mit Verfügung vom 11. Juni 2024 wurde das Grundbuchamt D._____ angewiesen, das Pfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Begehren der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen (act. 4). Mit Eingabe vom 26. Juni 2024 verkündete die Gesuchsgegnerin der C._____ AG den Streit (act. 8), wovon mit Verfügung vom 27. Juni 2024 Vormerk genommen wurde (act. 11). Mit Eingabe vom 22. Juli 2024 erklärte die C._____ AG, die Streitverkündung anzunehmen und auf eine Stellungnahme zum Gesuch zu verzichten (act. 13). Die Gesuchsgegnerin erstattete mit Eingabe vom 22. Juli 2024 fristgerecht ihre Gesuchsantwort (act. 14).
2. Die C._____ AG teilte mit Eingabe vom 22. Juli 2024 mit, sie nehme die Streitverkündung im Sinne von Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO an (act. 13). Von der Nebenin-

tervention ist entsprechend Vormerk zu nehmen und die Streitberufene ist als Nebenintervenientin im Rubrum aufzunehmen.

3.1. Die Gesuchstellerin macht zusammengefasst geltend, sie habe mit der Nebenintervenientin im Rahmen des Umbaus und der Erweiterung des Spitals D._____ einen Werkvertrag betreffend ...-gas Los 1 abgeschlossen. Die vertraglich geschuldeten Leistungen habe sie ab Juni 2023 erbracht. Der Nebenintervenientin habe sie gemessen am Baufortschritt Rechnung gestellt, zuletzt am 29. Januar 2024 für einen Baufortschritt von 42%. Arbeiten habe sie bis zum 19. Februar 2024 ausgeführt. Zusage ausbleibender Zahlungen habe sie dann beschlossen, ihre Arbeiten einzustellen. Mit Schreiben vom 24. Mai 2024 habe die Nebenintervenientin die Kündigung des TU-Vertrags mit der Gesuchstellerin mitgeteilt (act. 1 Ziff. III.A).

3.2. Die Gesuchsgegnerin bestreitet einen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Demnach sei der Abschluss eines Werkvertrags zwischen der Gesuchstellerin und der Nebenintervenientin nicht glaubhaft gemacht worden (act. 14 Rz. 25 ff.), die Einhaltung der Viermonatsfrist nicht dargetan (act. 14 Rz. 31 ff.), die Leistungspflicht der Gesuchstellerin erloschen, weshalb keine Arbeiten mehr geschuldet seien und jedenfalls kein Anspruch auf eine Eintragung im vollen Umfang bestehe (act. 14 Rz. 48 ff.), die Pfandsomme aber auch im übrigen Umfang von CHF 529'809.55 nicht nachvollziehbar (act. 14 Rz. 58 ff.) und die Zinsforderung nicht dargetan worden (act. 14 Rz. 61 ff.).

4. 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).

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).

5. Das Grundstück, auf dem die von der Gesuchstellerin behaupteten Leistungen erbracht worden sind, steht im Alleineigentum der Gesuchsgegnerin (act. 3/6). Bei der Gesuchsgegnerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, die auf dem streitgegenständlichen Grundstück ein Spital betreibt. Aktionäre der Gesuchsgegnerin sind mehrere Gemeinden (act. 1 Rz. II.5.1 f.; act. act. 14 Rz. 15 ff.; act. 15/3). 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. II.5.1; act. 14 Rz. 15 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).

6. Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass zwischen der Gesuchstellerin und der Nebenintervenientin ein gültiger Werkvertrag vorliegt (act. 14 Rz. 25 ff.). Gestützt auf den eingereichten - unvollständig unterschriebenen - Werkvertrag (act. 3/7) sowie die Korrespondenz zwischen Gesuchstellerin und Nebenintervenientin (etwa

act. 3/8-11), erscheint glaubhaft, dass ein Werkvertrag bestanden hat und pfandberechtigte Arbeiten von der Gesuchstellerin geleistet worden sind.

7.1 Zur Pfandsumme macht die Gesuchstellerin geltend, sie habe mit der Nebenintervenientin die Erbringung werkvertraglicher Arbeiten im Gesamtwert von CHF 1'400'100.– (inkl. MWSt.) vereinbart. Bislang seien keine Zahlungen geleistet worden. Sie beantrage die vorsorgliche Eintragung für den gesamten Werklohn (act. 1 Rz. 3; act. 1 Rz. III.B.2.1). Die Gesuchsgegnerin hält fest, dass die geltend gemachte Pfandsumme überhöht sei. Die Leistungspflicht der Gesuchstellerin sei erloschen. Der gesamte werkvertragliche Vergütungsanspruch berechne nur solange zur Pfandeintragung, als die ausstehenden Arbeiten weiterhin geschuldet seien. Über den anerkannten Baufortschritt von 38% hinaus bestehe jedenfalls kein Anspruch auf eine Eintragung. Aber auch der bisher geleistete Anteil der Arbeiten sei nicht genügend dargelegt worden (act. 14 Rz. 48 ff.).

7.2. 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).

7.3. Zwischen den Parteien ist strittig, in welchem Umfang bisher Leistungen erbracht worden sind. Die Gesuchstellerin hat nach eigenen Angaben die Arbeiten niedergelegt (act. 1 Rz. III.A.10). Ob die Arbeitsniederlegung definitiv oder lediglich vorübergehend war, kann aber offen bleiben. Jedenfalls wäre bei einer definitiven Beendigung des Werkvertrags der Anteil der von der Gesuchstellerin bereits erbrachten Leistungen zu ermitteln. Dieser Anteil ist selbst zwischen den Vertragsparteien des Werkvertrags umstritten. 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 Verfügung einzutragen. Es ist damit glaubhaft, dass die Gesuchstellerin eine offene Vergütungsforderung von CHF 1'400'100.– (inkl. MWSt.) hat.

7.4. Die Gesuchstellerin beantragt weiter die Eintragung von Zins zu 5 % seit 11. April auf CHF 441'275.65 und seit 1. April 2024 auf CHF 88'533.90 (act. 1 S. 2) und begründet dies mit der von der Nebenintervenientin versprochenen Zahlung der 1. Akontorechnung bis zum 10. April 2024 bzw. der für die 2. Akontorechnung angesetzten Zahlungsfrist (act. 1 Rz. III.B.2.3 f.). Entgegen der Gesuchsgegnerin (act. 14 61 ff.), wurde damit der Beginn des Zinsenslaufs begründet und wird von der Gesuchsgegnerin nicht substantiiert bestritten. Entsprechend erscheint auch der beantragte Verzugszins im vorliegenden Verfahren ausgewiesen.

8.1. Zu prüfen bleibt damit, ob die gesetzliche Eintragsfrist gewahrt ist. Die Gesuchstellerin bringt dazu vor, sie habe bis zum 15. Februar 2024 Lötarbeiten und bis zum 19. Februar 2024 Aufräumarbeiten ausgeführt (act. 1 Rz. III.A. 8 ff. und Rz. III.B.3). Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass am 15. oder 19. Februar 2024 qualifizierte physische Arbeitsleistungen erbracht wurden, die einen direkten funktionalen Bezug zum Bauwerk hatten. Sie gehe davon aus, dass es sich bei den Arbeiten um geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten handle (act. 14 Rz. 31 ff.).

8.2. Beide Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass die Gesuchstellerin die ihr von der Nebenintervenientin übertragenen Arbeiten bislang nicht vollständig erbracht hat (act. 1 Rz. II.A.7 ff.; act. 14 Rz. 50). Mit anderen Worten wurde das geschuldete Werk bis anhin nicht vollendet. Entsprechend kann es sich bei den behaupteten Arbeiten von vornherein nicht um Arbeiten handeln, die rein der Vervollkommnung des Werks dienen. Mit dem Ausschluss geringfügiger untergeordneter Arbeiten als fristauslösende Arbeiten soll verhindert werden, dass der Fristenlauf bei an sich bereits vollendeten Arbeiten neu ausgelöst werden kann. Solange das Werk nicht vollendet wurde, dienen dagegen sämtliche werkvertraglich geschuldeten Leistungen dessen Vollendung. Somit ist entgegen der Gesuchsgegnerin nicht entscheidend, welchen Stellenwert Löt- oder Montagearbeiten haben. Massgebend ist einzig, dass diese zur Vollendung des Werks beitragen, was ohne Weiteres zu bejahen ist. Dagegen können die Aufräumarbeiten nicht als fristauslösend angesehen werden. Zutreffend ist ausserdem, dass die von der Gesuchstellerin eingereichten Tagesberichte lediglich die Kalenderwoche angeben. Ohne wei-

terführende Angaben kann damit nur glaubhaft gemacht werden, dass in jener Kalenderwoche, bzw. zu Lasten der Gesuchstellerin am Montag der betreffenden Kalenderwoche noch gearbeitet wurde. Der hier entscheidende Rapport datiert auf die Kalenderwoche 7/2024 (act. 3/13 S. 3), welche am Montag, 12. Februar 2024 begonnen hat. Entsprechend ist glaubhaft gemacht, dass bis zum 12. Februar 2024 relevante Arbeiten ausgeführt worden sind. Die vorläufige Eintragung im Grundbuch wurde am 11. Juni 2024 und damit innerhalb der Viermonatsfrist vorgenommen.

8.3. Unter diesen Umständen kann auch in diesem Zusammenhang offen bleiben, ob die Arbeitsniederlegung der Gesuchstellerin bloss vorläufig oder definitiv erfolgt ist. Selbst wenn von einer definitiven Beendigung der Arbeiten auszugehen wäre, wäre 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. 3/5). Die Nebenintervenientin sistierte die laufenden Werkverträge mit Schreiben vom 3. Mai 2024 (act. 3/14) und verzichtete mit Schreiben vom 24. Mai 2024 auf die weitere Leistungserbringung (act. 3/16). Damit wäre 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.

9. 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.

10. Sodann ist der Gesuchstellerin 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 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.

11.1. 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 1'400'100.– auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG und unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips auf CHF 15'000.– festzusetzen ist.

11.2. 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.

11.3. 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 8'500.– zuzusprechen.

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 vorläufig-

- ger Eintragung gemäss Verfügung vom 11. Juni 2024 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 3, EGRID CH2, F._____, E._____-str. 4, 5, 6, 7 und G._____-gasse 8, 9, 10, D._____ für eine Pfandsumme von CHF 1'400'100.– nebst Zins zu 5 % auf CHF 441'275.65 seit 11. April 2024 und auf CHF 88'533.90 seit 1. April 2024.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 27. 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 15'000.–.
Die weiteren Kosten betragen: CHF 305.– (Rechnung Nr. 168819.01 des Grundbuchamtes D._____ vom 12. Juni 2024).
 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 8'500.– zu bezahlen.
 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien 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 1'400'100.–.

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

Zürich, 25. Juli 2024

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler