

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE160454-O

U/ei

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, sowie Gerichtsschreiber
Rafael Rutgers

Urteil und Verfügung vom 23. Dezember 2016

in Sachen

A._____ AG Gebäudehüllen,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt M.A. HSG in Law X. _____

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB,

Gesuchsgegnerin

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- " 1. Das Grundbuchamt B._____ sei anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht auf dem Grundstück Nr. ... im Betrag von CHF 1'841'081.33 nebst Zins zu 5 %
 - seit 7. November 2016 auf den Betrag von CHF 1'454'833.40;
 - seit 2. September 2016 auf den Betrag von CHF 386'247.93;vorläufig einzutragen.
2. Die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sei superprovisorisch anzuordnen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 7. November 2016 überbrachte die Gesuchstellerin das vorliegende Gesuch mit obigem Rechtsbegehren dem hiesigen Gericht (act. 1). Mit Verfügung vom 8. November 2016 wurde dem Gesuch einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen und das Grundbuchamt B._____ wurde angewiesen, das beantragte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Mit Eingabe vom 14. Dezember 2016 nahm die Gesuchsgegnerin zum Gesuch Stellung und beantragte dessen Abweisung (act. 10).

2. Parteistandpunkte

Die Gesuchstellerin macht zusammengefasst geltend, die Gesuchsgegnerin sei Eigentümerin des Grundstückes Nr. ... und Bauherrin des Projekts C._____ Bau-feld Die Ausführung des Projekts sei der D._____ AG als Generalunternehmerin übertragen worden. Diese habe ihr in zwei separaten Werkverträgen die Ausführung BKP Nrn. 224.1 "Plast. und elastische Dichtungsbeläge (Flachdächer)" und 215.53 "Fassaden in Faserzement" übertragen. Zudem habe die D._____ AG

die Ausführung der BKP Nrn. 215.52 "UK und Metallfassaden" und 221.4 "Metallfenster" der E._____ Fassaden Baufeld ... überlassen, welche aus der F._____ AG in Liquidation und der G._____ GmbH bestanden habe. Nach dem Konkurs über die F._____ AG in Liquidation sei die E._____ Fassaden Baufeld ... von der G._____ GmbH als einzige Gesellschafterin weitergeführt worden. Sie (die Gesuchstellerin) habe nach dem Ausfall der F._____ AG in Liquidation für die G._____ GmbH umfangreiche Leistungen übernommen. Sie leite ihre Vergütungsforderung aus ihren beiden Werkverträgen mit der D._____ AG und dem Vertragsverhältnis mit der G._____ AG ab (act. 1 S. 3 ff.). Die beantragte Pfandsomme entspreche dem offenen Vergütungsanspruch im Betrag von CHF 1'841'081.33 (act. 1 S. 11) und umfasse auch Verzugszinsen (act. 1 S. 12). Beim Erstellen und Abdichten von Flachdächern, bei der Herstellung von objekt-spezifischen Fassadenelementen und deren Montage sowie bei der Erstellung der Metallfassade und der Montage von Metallfenstern handle es sich offensichtlich um pfandberechtigte Bauarbeiten (act. 1 S. 13). Vorliegend werde bestritten, dass es sich um ein Grundstück im Verwaltungsvermögen handle, weshalb die vorläufige Eintragung des Pfandrechts erfolgen könne (act. 1 S. 14). Die Eintragsfrist sei gewahrt (act. 1 S. 15 f.).

Die Gesuchsgegnerin beantragt die Abweisung des Gesuchs. Zur Begründung führt sie aus, das in Frage stehende Grundstück in B._____ sei ein Eisenbahngrundstück. Dem Grundbuchauszug lasse sich entnehmen, dass darauf zahlreiche Bahngebäude stünden. Ausserdem nehme allein schon die als Bahngebiet umschriebene Fläche 60 % der Gesamtfläche der Parzelle in Anspruch. Das Grundstück diene somit überwiegend dem Eisenbahnbetrieb und sei folglich dem Verwaltungsvermögen zuzurechnen. Die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sei damit ausgeschlossen (act. 10 lit. B.). Sodann erklärt die Gesuchsgegnerin, sie bestreite sowohl den Anspruch auf Eintrag eines Pfandrechts als auch die Forderung an sich und behalte sich jegliche Einwendungen und Einreden sowie die Stellung eigener Forderungen und Schadenersatzansprüche gegen die Gesuchstellerin ausdrücklich vor. Insbesondere sei die angebehrte Pfandsomme resp. die Forderung an sich massiv übersetzt und materiell unbegründet. Die

Auseinandersetzung mit diesen Fragen sei aber nicht im vorliegenden Verfahren zu führen, sondern in einem allfälligen ordentlichen Verfahren.

3. Rechtliches

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). Handelt es sich beim Grundstück unbestrittenermassen um Verwaltungsvermögen und ergibt sich die Schuldpflicht des Eigentümers nicht aus vertraglichen Verpflichtungen, so haftet er den Handwerkern oder Unternehmern für die anerkannten oder gerichtlich festgestellten Forderungen nach den Bestimmungen über die einfache Bürgschaft. Ist strittig, ob es sich um ein Grundstück im Verwaltungsvermögen handelt, so kann der Handwerker oder Unternehmer innert vier Monaten eine vorläufige Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch verlangen. Steht aufgrund eines Urteils fest, dass das Grundstück zum Verwaltungsvermögen gehört, so ist die vorläufige Eintragung zu löschen (Art. 839 Abs. 4 bis 6 ZGB).

Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechtes, 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 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 unsicherer

Rechtslage (BGE 86 I 270; BGE 102 Ia 86; 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, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N 1394 ff.).

4. Würdigung

4.1. Gesuchsgegnerin bei Begehren um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist stets die Grundeigentümerin. Da die Gesuchstellerin behauptet, pfandgeschützte Leistungen auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin erbracht zu haben, ist deren Passivlegitimation gegeben (vgl. act. 3/2 und Prot. S. 2).

4.2. Bei den von der Gesuchstellerin geschilderten Arbeiten (Erstellen und Abdichten von Flachdächern, Herstellung von objektspezifischen Fassadenelementen und deren Montage sowie Erstellung der Metallfassade und Massanfertigung und Montage von Metallfenstern) handelt es sich um pfandberechtigte Leistungen im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Dass die Gesuchstellerin solche Leistungen auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin erbracht hat, wird von letzterer nicht bestritten.

4.3. Die Gesuchstellerin begründet ihren Pfandanspruch mit offenen Forderungen aus zwei Werkverträgen mit der D._____ AG (BKP 224.1 "Plast. und elastische Dichtungsbeläge [nachfolgend Flachdach-Vertrag] und BKP 215.52 "Fassaden in Faserzement" [nachfolgend Fassaden-Vertrag]) sowie einem Vertragsverhältnis mit der G._____ GmbH (betreffend BKP 215.52 "UK und Metallfassade" und 221.4 "Metallfenster" [nachfolgend G._____ -Vertrag]). Die Gesuchsgegnerin bestreitet zwar pauschal die klägerische Forderung und behält sich sämtliche Einwendungen und Einreden vor, sie äussert sich jedoch nicht weiter zu den Vorbringen der Gesuchstellerin.

Betreffend den *Flachdach-Vertrag* erklärt die Gesuchstellerin, die Vergütung sei als Pauschalpreis festgelegt worden. Mit Schreiben vom 6. September 2016 habe die D._____ AG den Werkvertrag vorzeitig gekündigt, womit die bereits geleisteten Arbeiten zu vergüten seien. Sie (die Gesuchstellerin) habe im Pauschalpreis

enthaltene Leistungen im Umfang von CHF 356'591.60 netto inkl. MWST erbracht. Die D._____ AG habe Zahlungen im Umfang von CHF 207'360.– inkl. MWST geleistet. Offen bleibe die 4. Teilrechnung vom 11. August 2016 im Betrag von CHF 37'800.– inkl. MWST und die Schlussrechnung vom 16. September 2016 im Betrag von CHF 111'431.60 inkl. MWST. Weiter habe sie Regiearbeiten im Umfang von CHF 19'289.35 inkl. MWST geleistet. Insgesamt belaufe sich die offene Vergütungsforderung aus dem Flachdach-Vertrag auf CHF 168'520.95 netto inkl. MWST (act. 1 S. 5 f.). Aufgrund dieser Ausführungen, welche von der Gesuchsgegnerin nicht konkret bestritten werden, und den eingereichten Unterlagen (act. 3/3 und 3/8-11) ist das Bestehen der diesbezüglichen Werklohnforderung glaubhaft.

In Bezug auf den *Fassaden-Vertrag* macht die Gesuchstellerin geltend, mit Schreiben vom 27. Oktober 2015 habe sie der D._____ AG eine bereinigte Offerte unterbreitet. Diese habe ihr mit E-Mail vom 10. November 2015 den Auftrag erteilt. Damit sei der Werkvertrag zustande gekommen und sie habe mit der Arbeitsausführung begonnen. Mit Schreiben vom 21. September 2016 habe die D._____ AG auch diesen Werkvertrag gekündigt, womit sie die bereits geleisteten Arbeiten zu vergüten habe. Die offene Vergütungsforderung belaufe sich auf CHF 1'286'312.45 netto inkl. MWST. Dieser Betrag berechne sich aufgrund der Werkvertragssumme von CHF 3'920'000.– netto exkl. MWST, von welcher noch nicht erbrachte Leistungen im Gesamtbetrag von CHF 1'922'969.94 netto exkl. MWST sowie Zahlungen der D._____ AG im Umfang von CHF 806'000.– netto exkl. MWST abgezogen worden seien (act. 1 S. 6 ff.). Auch zu diesen Ausführungen äussert sich die Gesuchsgegnerin nicht, womit die Darstellung der Gesuchstellerin vor dem Hintergrund der eingereichten Unterlagen (act. 3/4 und 3/12-17) glaubhaft bleibt.

Zum G._____ -Vertrag führt die Gesuchstellerin schliesslich aus, insgesamt ergebe sich aus den für die G._____ GmbH erbrachten Leistungen eine offene Vergütungsforderung im Betrag von CHF 386'247.93 netto inkl. MWST. Dieser Betrag ergebe sich aus den offen gebliebenen Beträgen der 6. bis 10., 12. und 13. Teilrechnungen (act. 1 S. 9 ff; 6. Teilrechnung: CHF 221'361.–; 7. Teilrechnung:

CHF 4'000.-; 8. Teilrechnung: CHF 15'905.81; 9. Teilrechnung: 41'774.93; 10. Teilrechnung: CHF 44'396.65; 12. Teilrechnung: CHF 17'306.80; 13. Teilrechnung: CHF 41'502.74 je netto inkl. MWST). Die Gesuchsgegnerin bestreitet auch diese Ausführungen nicht konkret, womit sie einstweilen glaubhaft sind (vgl. dazu act. 3/18-25).

Die Gesuchstellerin verlangt die Eintragung des Pfandrechts auch für Verzugszinsen. Dazu erklärt sie, die Vergütungsforderungen aus dem Flachdach-Vertrag sowie dem Fassaden-Vertrag würden mit der Einreichung des vorliegenden Gesuches angemahnt, womit auf diesen Beträgen seit dann ein Verzugszins von 5 % geschuldet sei. Die G._____ GmbH sei mit der 1. Mahnung vom 2. September 2016 betreffend die Forderung aus dem G._____ -Vertrag in Verzug gesetzt worden, weshalb diesbezüglich ab diesem Datum Verzugszins geschuldet sei. Diese Ausführungen blieben unbestritten, womit die geltend gemachte Verzugszinsforderung glaubhaft ist (Art. 102 Abs. 1 OR i.V.m Art. 104 Abs. 1 OR).

Insgesamt kann die Gesuchstellerin damit das Bestehen des geltend gemachten Pfandanspruches in der Höhe von CHF 1'841'081.33 zuzüglich Zins vorliegend glaubhaft machen.

4.4. Die Gesuchsgegnerin bestreitet nicht, dass im Zeitpunkt der Kündigung der Flachdach- und Fassadenverträge am 21. September 2016 die diesbezüglichen Arbeiten noch nicht abgeschlossen waren. Sie bestreitet weiter nicht, dass betreffend den G._____ -Vertrag die letzten Arbeiten am 5. August 2016 ausgeführt wurden. Mit der superprovisorischen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts am 8. November 2016 wurde die gesetzliche viermonatige Eintragsfrist damit gewahrt.

4.5. Schliesslich steht die ungeklärte Zugehörigkeit des Grundstücks (Verwaltungs- oder Finanzvermögen) alleine – bzw. das Argument der Gesuchsgegnerin, es handle sich um Verwaltungsvermögen – der *provisorischen* Eintragung nicht entgegen, da die Gesuchstellerin dies explizit bestreitet (Art. 839 Abs. 5 ZGB). Demgegenüber ist eine *definitive* Eintragung nur dann möglich, wenn es sich um

ein Grundstück im Finanzvermögen handelt (Art. 839 Abs. 6 ZGB; THURNHERR, in: BSK-ZGB II, Basel 2015, Art. 839/840 N 42 e und j).

4.6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Gesuchstellerin sämtliche Eintragungsvoraussetzungen des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts glaubhaft gemacht hat, weshalb die bereits superprovisorisch erfolgte Eintragung zu bestätigen ist.

5. Prozessfortgang

Der Gesuchstellerin ist Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequierungsfrist ist praxismässig auf 60 Tage festzulegen, wobei allfällige Gerichtsferien bei der Fristansetzung berücksichtigt werden. 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.

6. Bedingte Nebenintervention

Die Gesuchsgegnerin hält "eventualiter, und lediglich für den nicht zu erwartenden Fall, dass seitens des Gerichts die Pfandhaft des vorliegend in Frage stehenden, eingangs bezeichneten Grundstücks bejaht werde" fest, dass die D._____ AG den Willen erkläre, als Nebenpartei im vorliegenden sowie in einem allfälligen Prosektionsverfahren zugelassen zu werden (act. 10 lit. E.). Der Eingabe der Gesuchsgegnerin ist zudem eine Erklärung der D._____ AG angehängt, sie ersuche um Zulassung zum Verfahren als Nebenpartei und sei mit Art, Umfang und Inhalt der Stellungnahme der Gesuchsgegnerin einverstanden (act. 1 S. 4). Die D._____ AG knüpft ihr Gesuch um Zulassung als Nebenintervenientin damit an die Bedingung, dass das hiesige Gericht die Pfandhaft des streitgegenständlichen Grundstücks bejaht.

Bedingte Rechtsbegehren sind unzulässig (LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 221 N 36). Damit ist auf das Interventionsgesuch der D._____ AG vorliegend nicht einzutreten. In einem allfälligen Prosektionsverfahren wäre das Gesuch erneut zu stellen.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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 1'841'081.33 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf rund die Hälfte der Grundgebühr festzusetzen ist.

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.

Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch jedoch nicht prosequieren sollte, sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

Das Einzelgericht verfügt:

1. Auf das Interventionsgesuch der D._____ AG wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Urteil sowie an die D._____ AG, ... [Adresse] im Auszug gemäss Erwägung Ziffer 6.

und erkennt sodann:

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt B._____ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 8. November 2016 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses
auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBl. 1901,
..., Stadtquartier B._____,
für eine Pfandsumme von CHF 1'841'081.33
nebst Zins zu 5 % auf CHF 1'454'833.40 seit 7. November 2016
nebst Zins zu 5 % auf CHF 386'247.93 seit 2. September 2016.
2. Der Gesuchstellerin wird – auch unter Berücksichtigung allfälliger Gerichtsferien – eine Frist bis 3. März 2017 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 19'600.–.
Allfällige weitere Kosten (insbesondere Rechnung 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, werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel von act. 10, 11 und 12, sowie an das Grundbuchamt B._____.
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 1'841'081.33.

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

Zürich, 23. Dezember 2016

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Rafaël Rutgers