

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE200214-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie Gerichtsschreiber
Christian Markutt

Urteil vom 21. August 2020

in Sachen

A._____ GmbH,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ GmbH,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____

sowie

C._____ Ltd.,

Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2._____,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2; act. 15 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt D._____, ... [Adresse] sei superprovisorisch, eventualiter provisorisch, im Sinne von Art. 961 ZGB anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf der Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBL. 2, E._____-Strasse. ..., F._____, für eine Pfandsumme von Fr. 1'197'590.40 nebst Zins zu 5 % seit dem 1. April 2020 auf Fr. 706'105.42 und zu 5 % seit dem 22. April 2020 auf Fr. 270'071.20 sowie zu 5 % seit dem 16. Juni 2020 auf Fr. 221'413.78.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 4. Juni 2020 (hierorts überbracht) reichte die Gesuchstellerin das Gesuch mit obigem Rechtsbegehren ein (act. 1; act. 3/2-57). Mit Verfügung vom 4. Juni 2020 wurde dem Gesuch einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen und das Grundbuchamt D._____ wurde angewiesen, das beantragte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin – unter Androhung der Säumnisfolgen – Frist angesetzt, um eine Stellungnahme einzureichen (act. 4). Mit Eingabe vom 12. Juni 2020 verkündete die Gesuchsgegnerin der C._____ Limited, G._____ [Ort in Irland], und der C._____ AG, H._____ [Ort], im Sinne von Art. 78 ff. ZPO den Streit und beantragte, es sei ihr die Frist zur Einreichung einer Stellungnahme zu erstrecken (act. 11). Mit Verfügung vom 15. Juni 2020 wurde von der Streitverkündung Vormerk genommen und die entsprechende Fristerstreckung gewährt (act. 13). Mit Eingabe vom 25. Juni 2020 beantragte die Gesuchstellerin – zusätzlich zu ihrem Gesuch vom 4. Juni 2020 – die Eintragung eines provisorischen Bauhandwerkerpfandrechts für den Verzugszins zu 5 % seit dem 16. Juni 2020 auf Fr. 221'413.78 (act. 15). Mit Verfügung vom 26. Juni 2020 wurde u.a. erwogen, dass die entsprechende Eintragung des Verzugszinses nicht superprovisorisch beantragt worden sei, womit

der Gesuchsgegnerin zunächst Frist angesetzt wurde, um dazu Stellung zu nehmen (act. 17). Mit Eingabe vom 18. Juli 2020 beantragte die C._____ Ltd. als Streitberufene und Nebenintervenientin, es sei das Gesuch um Bestellung eines Bauhandwerkerpfandrechts abzuweisen sowie es sei ihr 90 Tage Frist zur Einreichung einer Bankgarantie anzusetzen (act. 19). Mit Verfügung vom 21. Juli 2020 wurde die C._____ Ltd. als Nebenintervenientin im Rubrum aufgenommen (act. 22). Zudem wurde der Gesuchsgegnerin die Frist zur Stellungnahme erstreckt sowie der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um sich zu einem Zuwarten mit dem Endentscheid bis zur Einreichung einer Bankgarantie durch die Nebenintervenientin zu äussern (act. 22). Die Gesuchstellerin liess sich hierzu innert Frist vernehmen und beantragte u.a., es sei der Antrag der Nebenintervenientin auf Zuwarten mit dem Endentscheid bis zur Einreichung einer Bankgarantie abzuweisen (act. 24). Mit Eingabe vom 30. Juli 2020 beantragte die Gesuchsgegnerin, es sei das Begehren um provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts abzuweisen, eventualiter sei festzustellen, dass die von der Nebenintervenientin offerierte und nachzureichende Bankgarantie eine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB darstelle (act. 25).

2. Formelles

Angesichts dessen, dass bis dato weder eine mögliche Sicherheit (Bankgarantie) eingereicht wurde noch nähere Informationen dazu vorliegen, inwiefern eine solche zu erwarten wäre sowie geschuldet dem Umstand, dass die Gesuchstellerin ein weiteres Zuwarten ausdrücklich ablehnt (act. 24), besteht keine Grundlage, um mit dem Endentscheid weiter zuzuwarten (vgl. auch die Hinweise in der Verfügung vom 21. Juli 2020 [act. 22]).

Der Gesuchsgegnerin wurde Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. In ihrer Eingabe vom 30. Juli 2020 (act. 25) verzichtete die Gesuchsgegnerin – abgesehen vom Einwand der hinreichenden Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB – auf (materielle) Einwände gegen die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts. Nachdem im vorliegenden summarischen Verfahren nach einmaliger Anhörung kein zweiter Schriftenwechsel oder eine mündliche Hauptverhandlung

vorgesehen ist, hat es damit sein Bewenden; es liegt Aktenschluss vor (BGE 144 III 117 E. 2.2).

Da (i) die Gesuchsgegnerin ihren Sitz in Zürich hat, (ii) die geschäftliche Tätigkeit mindestens der Gesuchstellerin (act. 3/5) betroffen ist, (iii) beide Parteien im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind (act. 3/4-5) und (iv) der Streitwert CHF 30'000.– übersteigt, ist das Handelsgericht des Kantons Zürich (Einzelgericht) gemäss Art. 6 Abs. 2 und 5 ZPO sowie Art. 13 und 31 ZPO i.V.m. § 45 lit. b GOG *örtlich* und *sachlich* zuständig.

3. Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

3.1. Unbestrittener Sachverhalt

Unter Berücksichtigung der Eingaben der Parteien sowie der eingereichten Unterlagen (act. 1; act. 3/2-57; act. 11; act. 15; act. 16/58-59; act. 19; act. 24; act. 25) erscheint Folgendes als glaubhaft gemacht bzw. ist unbestritten geblieben:

- Die Gesuchsgegnerin ist derzeit daran, in F._____ ein Rechenzentrum zu bauen bzw. die dort bestehenden Anlagen auszubauen. Für die Arbeiten hat sie als Generalunternehmerin die C._____ AG beauftragt, welche ihrerseits die I._____ AG, J._____ [Ort], beauftragte (act. 1 Rz. 4).
- Von der I._____ AG, J._____, wurde die Gesuchstellerin als Subunternehmerin betraut mit Montagearbeiten, dem Rohrleitungsbau und Schweissarbeiten. Ein Werkvertrag wurde am 21. August 2019 unterzeichnet (act. 1 Rz. 4; act. 3/8).
- Die Gesuchstellerin leistete 2020 im Wesentlichen in drei Bereichen Arbeiten: (i) Installationen von Rohr- und Pumpenanlagen auf dem Dach des Betriebsgebäudes 5.3 und Verbindungsleitungen zum früheren Gebäude 5.2, (ii) Arbeiten im Logistikgebäude, (iii) Metallbau-Arbeiten im Rahmen eines Spezialauftrags im Gebäude 5.3 (act. 1 Rz. 4; act. 3/9-20).

- Letztmals wurde die Gesuchstellerin von der I1._____ Mitte Januar 2020 für ihre Arbeiten bezahlt, obwohl die Gesuchstellerin auch in der Folge noch Arbeiten geleistet hat (act. 1 Rz. 5).
- Diverse Rechnungen wurden trotz Mahnung (von der I1._____) nicht beglichen (act. 1 Rz. 5; act. 3/21-31).
- Am 27. März 2020 orientierte die I1._____ die Gesuchstellerin, dass sie aus finanziellen Gründen ihre Tätigkeiten auf der Baustelle einstellen müsse. Die Gesuchsgegnerin und C._____ wurden aufgefordert, die Subunternehmer direkt zu bezahlen (act. 1 Rz. 6).
- Damit die Bauarbeiten fortgesetzt und zeitnah abgeschlossen werden konnten, vereinbarten die Gesuchstellerin und C._____, dass erstere die bisher über I1._____ getätigten Leistungen künftig direkt für C._____ erbringen würde (act. 1 Rz. 6; act. 3/32-33).
- Nachdem mit Urteil vom 21. April 2020 der Konkurs über die I._____ AG eröffnet wurde, gelangte die Gesuchstellerin an die Gesuchsgegnerin sowie die C._____ und forderte diese auf, die Gesuchstellerin direkt zu bezahlen (act. 1 Rz. 8; act. 3/35-36).
- Aufgrund ausstehender Guthaben hat die Gesuchstellerin schliesslich die Arbeit niedergelegt. Der Rechnungsbetrag für die Rechnung Nr. 2020-0264 ging am 13. Mai 2020 bei der Gesuchstellerin ein (act. 1 Rz. 9).
- Nachdem der Gesuchstellerin der Zutritt zur Baustelle zur Weiterarbeit verweigert wurde, war der letzte Arbeitstag der Gesuchstellerin der 12. Mai 2020, obschon sie nochmals ausdrücklich die Weiterarbeit angeboten hat (act. 1 Rz. 9 f.; act. 3/47-50).
- Mit Schreiben vom 20. Mai 2020 gelangte die Gesuchstellerin ein weiteres Mal an die C._____ und die Gesuchsgegnerin und räumte eine letzte Frist zur Bezahlung der offenen Rechnungen ein, mit ihrer Rechnung Nr. 2020-0265 verrechnete die Gesuchstellerin die letzten von ihr auf der Baustelle

getätigten Arbeiten sowie die gekauften und verbauten Materialien (act. 1 Rz. 11; act. 3/52-54).

- Zusammengefasst sind Rechnungen der Gesuchstellerin im Umfang von CHF 1'197'590.40 offen (act. 1 Rz. 18).
- Per 1. April 2020 wurde ein Betrag von Fr. 706'105.42 (Rechnungen Nrn. 2020-0253 bis 2020-0258) gemahnt, per 22. April 2020 ein Betrag von Fr. 270'071.20 (Rechnungen Nrn. 2020-0259 bis 2020-0262) (act. 1 Rz. 19) und per 16. Juni 2020 ein Betrag von Fr. 221'413.78 (Rechnungen Nrn. 2020-0265) (act. 15 S. 2).

3.2. 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).

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. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 86 I 265 E. 3; BGE 137 III 563 E. 3.3; BGE 102 Ia 86; BGE 112 Ib 484; Urteil des Bundesgerichts 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4; SCHUMACHER,

Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1394 ff. bzw. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl., 2011, N. 609 ff.; ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 101(1982) II Halbband S. 158, ZR 79 [1980] Nr. 80 S. 152 E. 1).

3.3. Würdigung

Aufgrund der glaubhaft gemachten Darstellungen bzw. des unbestritten gebliebenen Sachverhalts hat sich erwiesen, dass die Gesuchstellerin diverse pfandberechtigte Arbeiten (Montagearbeiten, Rohrleitungsbau, Schweissarbeiten) im Umfang von gesamthaft CHF 1'197'590.40 auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin geleistet hat. Mit der letzten pfandberechtigten Leistung datierend vom 12. Mai 2020 und der vorläufigen Eintragung im Grundbuch per 4. Juni 2020 (act. 4) respektive der vorliegenden Bestätigung wird die Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB ohne Weiteres eingehalten. Dass bislang keine Bankgarantie oder eine andere Sicherheit vorliegt, wurde bereits erwähnt. Zudem hat die Gesuchstellerin weiter glaubhaft gemacht respektive ist unbestritten geblieben, dass ihre (Teil-) Forderungen trotz Mahnungen unbezahlt geblieben sind, sodass der geforderte Zins von je 5 % für die Pfandsummen von CHF 706'105.42 seit dem 1. April 2020, CHF 270'071.20 seit dem 22. April 2020 sowie CHF 221'413.78 seit dem 16. Juni 2020 ausgewiesen ist.

4. Prosequierung

Sodann ist der Gesuchstellerin 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 (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.

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 1'197'590.40 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG auf CHF 12'000.– 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, ist der Gesuchsgegnerin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von rund CHF 12'000.– 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 vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 4. Juni 2020 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2, E._____-Strasse ..., F._____, für eine Pfandsumme von CHF 1'197'590.40 nebst Zins zu 5 % seit 1. April

2020 auf CHF 706'105.42 und zu 5 % seit dem 22. April 2020 auf CHF 270'071.20.

Zusätzlich ist **neu** ein Pfandrecht *vorläufig* einzutragen für Zins zu 5 % seit dem 16. Juni 2020 auf CHF 221'413.78.

2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 26. Oktober 2020 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 12'000.–.
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, wird sie verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 12'000.– 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 1'197'590.40.

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

Zürich, 21. August 2020

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Christian Markutt