

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE210102-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie Gerichtsschreiber
Dr. Benjamin Büchler

Urteil vom 17. September 2021

in Sachen

A. _____ AG,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X2. _____

gegen

B. _____ AG,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw, LL.M. Y2. _____

sowie

C. _____ AG,

Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Z2. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt D._____ sei gerichtlich anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin auf Grundbuch Blatt 1, Liegenschaft, Kataster Nr. 2 EGRID CH3, D._____, ein Bauhandwerkerpfandrecht in der Höhe von CHF 3'394'041.00, nebst Zins zu 5% seit 17. Oktober 2021 vorläufig einzutragen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Mit Eingabe vom 9. Juli 2021 stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich das vorstehend aufgeführte Begehren (act. 1). Mit Verfügung vom 12. Juli 2021 wurde das Grundbuchamt D._____ angewiesen, das Pfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 7). Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Begehren der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen (act. 3). Mit Schreiben vom 19. Juli 2021 verkündete die Gesuchsgegnerin der C._____ AG aussergerichtlich den Streit (act. 18/2). Diese konstituierte sich mit Eingabe vom 2. August 2021 als Nebenintervenientin und beantragte, das Gesuch sei vollumfänglich abzuweisen soweit darauf einzutreten sei. Eventualiter sei die eingereichte Bankgarantie als hinreichend im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB anzusehen (act. 16). Mit Eingabe vom 20. August 2021 nahm die Gesuchstellerin dazu Stellung (act. 25). Die Gesuchsgegnerin erstattete ihre Gesuchsantwort fristgerecht am 23. August 2021 (act. 26). Zu diesen Eingaben nahmen die Gesuchstellerin am 2. September 2021 (act. 29) und die Nebenintervenientin am 3. September 2021 (act. 30) in Wahrnehmung des Replikrechts Stellung. Die Stellungnahmen wurden den jeweils anderen Parteien zugestellt (Prot. S. 9). Weitere Stellungnahmen ergingen keine.
2. Das Verfahren ist spruchreif, weshalb darüber zu entscheiden ist.

3. Die Gesuchsgegnerin ist Eigentümerin des Grundstücks, auf dem die von der Gesuchstellerin behaupteten Leistungen erbracht worden sind (act. 1 Rz. 6; act. 3/1).

4.1. Die Gesuchstellerin macht zusammengefasst geltend, sie habe mit der Nebenintervenientin einen Werkvertrag betreffend Lüftungsarbeiten abgeschlossen. Sie sei damit beauftragt worden, die bereits begonnenen Arbeiten der konkursiten E. _____ AG zu vollenden. Aufgrund von ändernden Plangrundlagen und Änderungen im Bauablauf seien zudem Beststellungsänderungen nach Regie-Tarifen mit Kostendach und später als Nachträge vereinbart worden. Aus der Schlussrechnung vom 7. Juni 2021 ergebe sich ein Rest-Werklohn von CHF 3'394'041.–, was der geltend gemachten Pfandsumme entspreche. Diese ergebe sich aus dem im Werkvertrag vereinbarten Pauschalpreis, den in Rechnung gestellten Kostendächern sowie den Kosten für die vereinbarten Zusatzarbeiten gemäss Nachträgen. Ebenfalls enthalten seien Nachträge einer Subunternehmerin sowie Kostendächer und Nachträge die erst mit der Schlussrechnung in Rechnung gestellt worden seien. Daraus resultiere ein Gesamtwerklohn von CHF 5'114'454.40 bzw. nach Abzug der Akontozahlungen die geltend gemachte Restforderung. Aus der Zahlungsfrist von 90 Tagen ergebe sich sodann der Verzug und ein Zinsanspruch ab dem 17. Oktober 2021 (act. 1 Rz. 17 ff.). Die Abnahme des Werks sei am 17. und 29. März 2021 erfolgt, womit die Viermonatsfrist eingehalten sei (act. 1 Rz. 8 ff.). Die Argumente der Nebenintervenientin zur Unzulässigkeit eines Gesamtpfands, zur fehlenden Glaubhaftmachung des Anspruchs und zur fehlenden Pfandberechtigung gewisser Arbeiten hält die Gesuchstellerin für irrelevant, zumal im Zweifel ein Pfandrecht einzutragen sei. Ebenso beeinträchtige ein Pfandrecht der Sub-Subunternehmerin ihren Pfandanspruch nicht (act. 25 Rz. 5 f.). Die angebotene Bankgarantie bezeichnet sie zudem als ungenügend (act. 25 Rz. 12).

4.2. Die Gesuchsgegnerin hält fest, dass die Bauarbeiten am Gebäude F nicht zu berücksichtigen seien, da sich dieses nicht auf dem streitgegenständlichen Grundstück befinde. In der Werksumme und den Nachträgen seien verschiedene Positionen enthalten, die auf dieses Grundstück entfallen. Mangels Aufschlüsselung der Kosten habe die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht in genügender

Weise substantiiert. Sodann habe die Gesuchstellerin weder dargetan, welche als Vollendungsarbeiten zu qualifizierenden Arbeiten die Frist ausgelöst hätten noch wann die Frist für jedes einzelne Gebäude zu laufen begonnen habe. Des Weiteren bestreitet die Gesuchsgegnerin die Nachvollziehbarkeit der Pfandsumme. Insbesondere fehle es an korrekt vereinbarten Kostendächern und Nachträgen, was auch für die Nachträge der Subunternehmerin gelte. Schliesslich sei auch die relative Dringlichkeit nicht gegeben, zumal ein Pfandrecht bereits nach Abschluss des Werkvertrags eingetragen lassen werden könne, womit eine Eintragung im ordentlichen Verfahren durchaus möglich gewesen wäre (act. 26 Rz. 16 ff.).

4.3. Die Nebenintervenientin schliesst ebenfalls auf Abweisung des Gesuchs. Dies weil die Eintragung eines Gesamtpfands unzulässig sei und es Sache der Gesuchstellerin wäre, die Aufteilung ihrer Forderung auf die verschiedenen relevanten Grundstücke vorzunehmen. Weiter sei eine unzulässige Mehrfachbesicherung beantragt, indem überschneidende Leistungen bereits durch die F._____ AG besichert worden seien. In der Begründung werde sodann lediglich auf eine Vielzahl von Rechnungsbeträgen Bezug genommen, zu Natur und Umfang der dazugehörigen Arbeiten äussere sich die Gesuchstellerin nicht. Sodann seien verschiedene Forderungen nicht pfandberechtigt, etwa verschiedene "Abklärungen" und Tests. Schliesslich seien die von der Gesuchstellerin erwähnten Zeitpunkte einer angeblichen Vollendung der Arbeiten nicht substantiiert und nachvollziehbar und Verzugszinsen seien nicht geschuldet (act. 16 Rz. 17 ff.). Eventualiter beantragt die Nebenintervenientin die Löschung des Pfandrechts zufolge hinreichender Sicherheit. Zu diesem Zweck reichte sie eine Bankgarantie der G._____ AG [Bank] ein und beantragte eine Fristansetzung zur Korrektur der Garantie falls diese als ungenügend qualifiziert werde (act. 16 Rz. 35 ff.; act. 19; act. 30 Rz. 7).

5. 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. 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. Reine Materiallieferungen sind dann pfandberechtigt, wenn es sich um Baustoffe handelt, welche aufgrund einer individuellen Bestellung für das konkrete Bauwerk hergestellt worden sind (RAINER SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, N 299).

Im vorläufigen Eintragungsverfahren gilt das Beweismass der Glaubhaftmachung (Art. 961 Abs. 3 ZGB; Art. 261 Abs. 1 ZPO). Nach allgemeiner Ansicht ist das Beweismass in diesem Verfahren gegenüber anderen Arten vorsorglicher Massnahmen allerdings besonders stark herabgesetzt (BGE 137 III 563 E. 3.3 S. 566-567; BGer 5A_613/2015 v. 22.01.2015 E. 4; SCHUHMACHER, a.a.O., N 1394). 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 v. 12.09.2003 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 v. 16.04.2015 E. 3.3.2; 5D_116/2014 v. 13.10.2014 E. 5.3; 5A_475/2010 v. 15.09.2010 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 v. 16.04.2015 E. 3.3.2; 5A_475/2010 v. 15.09.2010 E. 3.1.2) und die Entscheidung dem definitiven Eintragungsverfahren zu überlassen (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270). Bei Abweisung des Gesuchs um vorläufige Eintragung droht der gesuchstellenden Partei aufgrund der ablaufenden Eintragungsfrist ein definitiver Rechtsverlust (BGE 137 III 563 E. 3.3 S. 566-567; BGE 86 I 265 E. 3 S. 268, 269-270; BGE 39 II 139 E. 2 S. 139-140), während bei einer Gutheissung im vorläufigen Eintragungsverfahren der Gegenpartei lediglich ein vorübergehender Nachteil droht, da die gesuchstellende Partei die Massnahme zu prosequieren haben wird (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270).

6.1. Wie ausgeführt muss die Gesuchstellerin ihren Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im summarischen Verfahren lediglich glaubhaft machen. Dies gilt aber nicht nur für den Pfandanspruch an sich sondern insbesondere auch für die Höhe bzw. den Umfang des Pfandrechts. Auch wenn die Forderung nicht im eigentlichen Sinne bewiesen werden muss, können keine Pfandrechte eingetragen werden, auf die offensichtlich kein Anspruch besteht.

Der Gesuchstellerin ist dahingehend zuzustimmen, dass im Zweifel ein Pfandrecht vorsorglich einzutragen ist. Dies befreit die Gesuchstellerin aber nicht von jeglicher Substantiierung ihres Anspruchs. Auch die Höhe des Pfandanspruchs muss glaubhaft sein. So ist vorliegend unbestritten geblieben, dass ein Teil der Arbeiten am Gebäude F geleistet worden sind und sich dieses auf dem Grundstück EN3021 befindet. Für diese Forderungen kann aber auf dem hier im Streit stehenden Grundstück 2 kein Pfandrecht eingetragen werden. Dieses hat durch die Bauarbeiten auf dem Nachbargrundstück keine (direkte) Wertsteigerung erlangt. Es wäre an der Gesuchstellerin gewesen, eine Aufteilung der Forderung auf die einzelnen Grundstücke bzw. den Umfang der auf das Grundstück 2 entfallenden Arbeiten glaubhaft zu machen. Diesbezüglich fehlt es in den gesuchstellerischen Eingaben an jeglichen Ausführungen. Einen Anspruch in der geltend gemachten Höhe kann die Gesuchstellerin so nicht glaubhaft machen.

6.2. Ebenso unbestritten ist geblieben, dass ein Teil der Forderungen auf Leistungen der Sub-Unternehmerin F._____ AG zurückgehen und diese ebenfalls ein Pfandrecht auf dem streitgegenständlichen Grundstück hat eintragen lassen. Den diesbezüglichen Vorbringen der Gesuchstellerin kann ebenfalls nicht gefolgt werden. Auch wenn Unternehmer jeder Stufe berechtigt sind, ein Pfandrecht eintragen zu lassen, kann die gleiche Forderung jeweils nur einmal besichert werden (SCHUMACHER, a.a.O., N 935 und N 945). In erster Linie kann jeder Unternehmer seine eigenen Leistungen besichern lassen. Zusätzlich ist der Unternehmer berechtigt, die Forderungen seiner Subunternehmer anzumelden, sofern diese kein eigenes Pfandrecht beanspruchen - in der Regel also, wenn diese bezahlt wurden. Demnach schliesst ein Pfandrecht der F._____ AG einen Pfandanspruch der Gesuchstellerin für dieselbe Forderung aus. Die Gesuchstellerin bestreitet den

Pfandanspruch der F._____ AG nicht und macht auch keine Ausführungen zur Höhe deren Forderung oder zur Frage, in welchem Umfang sich die geltend gemachten Ansprüche überschneiden würden.

6.3. Nach dem Gesagten steht fest - und ist nicht etwa lediglich unsicher oder strittig -, dass ein Pfandanspruch der Gesuchstellerin in der geltend gemachten Höhe nicht besteht. Die Gesuchstellerin kann somit ihren Pfandanspruch nicht glaubhaft machen. Mangels Ausführungen zu einem allenfalls geringeren Umfang des Pfandrechts (Abzug der auf das Grundstück EN3021 bzw. auf die Arbeiten der Subunternehmerin entfallenden Arbeiten), kann die Gesuchstellerin auch den Bestand eines Pfandrechts in einem geringeren Umfang nicht glaubhaft machen. Insbesondere ist es nicht Aufgabe des Gerichts oder der Gegenpartei die entsprechenden Teilbeträge aus den umfangreichen Beilagen zu ermitteln. Schliesslich ist auch nicht zu beurteilen, ob die Gesuchstellerin berechtigt gewesen wäre, die Ausscheidung der Teilbeträge nach Vorliegen der Stellungnahme nachzuholen. Selbst nachdem die Nebenintervenientin auf die konkreten Mängel in der Substantiierung hingewiesen hat, hat die Gesuchstellerin keine genügend substantiierte Darstellung nachgeliefert.

6.4. Offen gelassen werden kann unter diesem Umständen, ob die Gesuchstellerin die Frist eingehalten hat und ob die einzelnen Teilforderungen glaubhaft behauptet worden sind. Ebenfalls nicht zu beurteilen ist unter diesen Umständen die von der Nebenintervenientin eingereichte Bankgarantie. Einzig hinsichtlich der Dringlichkeit ist zu bemerken, dass die Argumentation der Gesuchsgegnerin abwegig erscheint. Würde dieser gefolgt, müsste jeder Bauunternehmer jeweils kurz nach Vertragsschluss ein Pfandrecht eintragen lassen - weit bevor klar ist, ob dieses überhaupt jemals erforderlich würde. Eine solche Auslegung der Dringlichkeit würde bei sämtlichen Beteiligten einen hohen und unnötigen Aufwand verursachen. Vielmehr ist der Unternehmer stets berechtigt, zuzuwarten bis feststeht, ob und in welchem Umfang seine Forderungen gegebenenfalls nicht beglichen werden wird.

6.5. Nach dem Gesagten ist das Gesuch um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zufolge fehlender Glaubhaftmachung der Höhe der Pfandsumme

vollumfänglich abzuweisen. Das Grundbuchamt D._____ ist anzuweisen, das vorsorglich eingetragene Pfandrecht nach Ablauf der Rechtsmittelfrist zu löschen und die eingereichte Zahlungsgarantie ist der Nebenintervenientin herauszugeben.

7.1. 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 3'394'041.– auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG und unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips auf CHF 15'000.– festzusetzen ist. Ausgangsgemäss sind die Kosten der Gesuchstellerin aufzuerlegen.

7.2. Die obsiegende Gesuchsgegnerin hat Anspruch auf eine Parteientschädigung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Prozess keine besonderen Schwierigkeiten geboten hat. Die Gesuchsgegnerin wurde zudem von der Nebenintervenientin unterstützt, die sodann eine Bankgarantie geleistet hat. Aus der weit-schweifigen Gesuchsantwort kann unter diesen Umständen nicht auf eine erhöhte Schwierigkeit oder einen besonders hohen (erforderlichen) Aufwand geschlossen werden. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG ist der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 10'000.– zuzusprechen.

7.3. Der Nebenintervenientin steht praxisgemäss keine Parteientschädigung zu (vgl. dazu auch HANS SCHMID/INGRID JENT-SORENSEN, in: OBERHAMMER/DOMEJ/HAAS [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2021, N 10 zu Art. 106 ZPO m.w.H.). Weshalb im konkreten Fall von dieser Praxis abzuweichen wäre, wird von der Nebenintervenientin nicht ausgeführt und ist auch nicht ersichtlich.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Das Gesuch wird abgewiesen.

2. Das Grundbuchamt D._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 12. Juli 2021 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen
auf Grundstück Kat. Nr. 2, GBBI. 1, EGRID CH3
D._____,
für eine Pfandsumme von CHF 3'394'041.– nebst Zins zu 5 % seit dem 17. Oktober 2021.
3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Bankgarantie der G._____ AG Nr. ... vom 27. Juli 2021 (act. 19) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Nebenintervenientin herauszugeben.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 15'000.–.
Die weiteren Kosten betragen CHF 305.– (Rechnung Nr. 139647.01 des Grundbuchamtes D._____ vom 13. Juli 2021).
5. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
6. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 10'000.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt D._____ und an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich.
8. 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 3'394'041.–.

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

Zürich, 17. September 2021

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler