

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE230004-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin sowie Gerichtsschreiberin Livia Schlegel

Urteil vom 10. Februar 2023

in Sachen

A. _____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____ AG,
Gesuchsgegnerin

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei das Grundbuchamt C._____ anzuweisen, auf dem Grundstück Grundbuch D._____, Blatt 1, EGRID CH2, E._____-strasse 3, F._____ [Gemeinde], provisorisch die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes für eine Gesamtforderung von CHF 19'917'948.73 (inkl. 7.7 % Mehrwertsteuer) nebst Zins zu 5% Verzugszins,
auf CHF 682'728.73 seit 7.12.2021,
auf CHF 5'169'600.00 seit 8.12.2022,
auf CHF 1'550'880.00 ab 10.2.2023,
auf CHF 3'101'760.00 ab 22.2.2023 sowie
auf CHF 9'412'980.00 ab 1.6.2023
zu Gunsten der Gesuchstellerin vorzumerken.
2. Die Anweisung gemäss Ziffer 1 hiervor sei superprovisorisch beziehungsweise sofort nach Eingang des Gesuchs ohne vorherige Anhörung der Gesuchsbeklagten zu verfügen und dem Grundbuchamt C._____ entsprechend umgehend (wenn nötig sicherheitshalber auch noch per E- Mail oder Fax) zu eröffnen.
3. Unter o/e-Kostenfolge zu Lasten der Gesuchsbeklagten."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin machte ihr Gesuch mit Eingabe vom 4. Januar 2023 hierorts anhängig (act. 1, 2 und 3/1-29). Mit Verfügung vom 5. Januar 2023 (act. 4) wurde dem Gesuch einstweilen entsprochen und das Grundbuchamt C._____ ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin angewiesen, das Pfandrecht im beantragten Betrag vorläufig einzutragen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist zur schriftlichen Stellungnahme bis am 30. Januar 2023 angesetzt. Die Verfügung konnte der Gesuchsgegnerin zugestellt werden (vgl. act. 6/2), diese liess sich innert Frist jedoch nicht vernehmen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Sachverhalt

2.1. Vorab ist festzuhalten, dass ein Verzicht auf eine Stellungnahme nicht mit der Anerkennung des (vorsorglichen) Anspruchs gleichgesetzt werden kann. Ent-

sprechend bleibt zu prüfen, ob der geltend gemachte Anspruch besteht. Gemäss den schlüssigen, unbestritten gebliebenen Vorbringen der Gesuchstellerin ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

2.2. Die Gesuchstellerin als Totalunternehmerin hat am 25. November 2020 mit der B._____ AG einen Totalunternehmer-Werkvertrag betreffend das Projekt G._____ zum Bau eines Hauses mit möblierten Appartements in F._____ geschlossen. Eigentümerin des Grundstücks ist die Gesuchsgegnerin, die B._____ AG (act. 1 Rz. 10; act. 3/2).

2.3. Der Werkvertrag sieht eine pauschale Vergütung zu einem Werkpreis plus Budgetpositionen von total CHF 48 Mio. (exkl. MWST) bzw. CHF 51'696'000.– (inkl. MWST) vor (act. 1 Rz. 11 und 19; act. 3/1, S. 9). Die B._____ AG hat davon CHF 37'055'351.27 bereits beglichen. Von den gestellten Teilrechnungen sind solche im Gesamtbetrag von CHF 10'504'968.73 noch offen (act. 1 Rz. 20-22; act. 3/13-20). Bisher nicht in Rechnung gestellt wurden gemäss Zahlungsplan die Teilrechnung Nr. 4 über CHF 1'440'000.– und die Schlussrechnung über CHF 3'840'000. Insgesamt sind vom Werkpreis somit CHF 14'640'648.73 (inkl. MWST) noch offen (act. 1 Rz. 23; act. 3/13).

2.4. Die Gesuchstellerin verlangt zudem die Vergütung von Mehrkosten. Einerseits resultierten Nachtragskosten von total CHF 820'658.34, weil die Bauherrschaft Projektänderung bzw. -ergänzungen vorgenommen hat. Diese setzen sich gemäss Tabelle der Gesuchstellerin aus acht Nachträgen sowie zwei Budgetpositionen zusammen (act. 1 Rz. 24-26). Andererseits hatte die Gesuchstellerin höhere Baukosten aufgrund von ausserordentlichen Preiserhöhungen bei Baumaterialien und Kosten wegen des Gläubigerverzugs der Bauherrin. Die diversen Verzögerungen bewirkten einen längeren Personaleinsatz, eine längere Miete des Baubüros, Produktivitätsverlust beim Personal, längeres Vorhalten von Bauinstallationen und eine längere Versicherungsdauer. Für diese Mehrkosten macht die Gesuchstellerin CHF 4'080'000.– (exkl. MWST) geltend, was Mehrkosten von total CHF 4.9 Mio. (inkl. MWST) bzw. CHF 5'277'300.– (inkl. MWST) ergibt (act. 1 Rz. 27-32).

2.5. Insgesamt verlangt die Gesuchstellerin folglich die Eintragung eines Pfandrechts von CHF 19'917'948.73 (CHF 14'640'648.73 plus CHF 5'277'300.–, inkl. MWST; act. 1 Rz. 33 f.). Zusätzlich fordert sie Verzugszinsen von 5% pro Jahr jeweils ab 60 Tagen nach Rechnungsstellung, weil diese gemäss Werkvertrag dann fällig werden (act. 1 Rz. 36-38; act. 3/1 Ziff. 4.4; act. 3/14-20).

3. Rechtliche Grundlagen

3.1. Gemäss Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB kann eine vorläufige Eintragung vorgemerkt werden zur Sicherung des Anspruchs 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, an diesem Grundstück, sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person zum Schuldner haben". Nach Art. 839 Abs. 2 ZGB hat die Eintragung des Pfandrechts bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen.

3.2. Der Totalunternehmer hat Anspruch auf ein umfassendes Bauhandwerkerpfandrecht für die gesamte Vergütung, obwohl diese auch (grundsätzlich nicht pfandberechnigte) intellektuelle Leistungen umfasst, da letztere mit den hauptsächlichen geschuldeten Bauarbeiten eine funktionelle Einheit bilden (SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2021, Rz. 275; Urteil des Bundesgericht 4A_101/2015 vom 21. Juli 2015, E. 4.1).

3.3. 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; SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2021, Rz. 1533 ff.). An die Glaubhaftmachung dürfen folglich keine besonderen Anforderungen gestellt werden (Urteil des Bundesgerichts 5P.221/2003 vom 12. September 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; Urteil des Bundesgerichts 5A_933/2014 vom 16. April 2015, E. 3.3.2). 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 102 Ia 81 E. 2b/bb; 86 I 265 E. 3; Urteil des Bundesgerichts 5A_280/2021 vom 17. Juni 2022, E. 3.1).

4. Würdigung

4.1. Pfandberechtigung

4.1.1. Glaubhaft und durch den eingereichten Werkvertrag belegt ist, dass die Gesuchstellerin mit der B._____ AG einen Werkvertrag abgeschlossen hat, der die Gesuchstellerin als Totalunternehmerin zu Planungs- und Bauleistungen auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin verpflichtete (act. 1 Rz. 10 f.; act. 3/2). Die Leistungen der Gesuchstellerin gemäss Werkvertrag sind gesamthaft pfandberechtigt, weshalb für den ausstehenden Betrag der Werkpreispauschale von CHF 14'640'648.73 (inkl. MWST) ein Pfandanspruch besteht.

4.1.2. Für die behaupteten Nachträge von total CHF 820'658.34 ist gemäss Tabelle der Gesuchstellerin (act. 1 Rz. 25) glaubhaft, dass es sich um pfandberechtigte Arbeiten handelte. Ebenso erscheint bei den Kosten aus kumulativen Bau-Umstandsänderungen und den Folgekosten, die aus der Sphäre der Bauherrschaft resultieren, weder ausgeschlossen noch höchst unwahrscheinlich, dass sie pfandberechtigt sind. Die Pfandsumme beläuft sich folglich, wie beantragt, auf total CHF 19'917'948.73 (inkl. MWST).

4.2. Aus den eingereichten Regieaufträgen der Gesuchstellerin an ihre Subunternehmer (act. 3/22-29) ist ersichtlich, dass im Oktober 2022 noch Arbeiten erfolgten. Es erscheint glaubhaft, dass diese der Vollendung dienten, weshalb die viermonatige Frist mit der superprovisorischen Eintragung des Pfandrechts am 3. November 2022 (vgl. act. 7) gewahrt wurde.

4.3. Verzugszinsen

4.3.1. Gemäss Ziffer 4.4 des Werkvertrags (act. 3/1) werden Rechnungen 60 Tage nach Eingang bei der bezeichneten Adresse fällig. Die Teilrechnungen vom 06.10.2021 enthält eine Zahlungsfrist bis 05.12.2021 (act. 3/14), die Teilrechnungen vom 06.10.2022 enthalten je eine Zahlungsfrist bis 05.12.2022 (act. 3/15-17), die Teilrechnung vom 09.12.2022 bis 07.02.2023 (act. 3/18) und diejenigen vom 21.12.2022 bis 19.02.2023 (act. 3/19-20). Für die vorläufige Eintragung ist einstweilen davon auszugehen, dass es sich dabei jeweils um Verfalltage handelte (vgl. Art. 102 Abs. 2 OR), ab welchen Verzugszinsen geschuldet sind (Art. 104 OR).

4.3.2. Für die noch nicht in Rechnung gestellten Forderungen von total CHF 9'412'980.– verlangt die Gesuchstellerin Zins ab 1. Juni 2023. Da nicht auszuschliessen ist, dass diese Forderungen bis dann inklusive Zahlungsfrist in Rechnung gestellt werden, sind auch diese Verzugszinsen glaubhaft gemacht. Entsprechend sind die Verzugszinsen von 5% pro Jahr vorläufig wie von der Gesuchstellerin beantragt einzutragen.

5. Fristansetzung zur Prosequierung

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

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. 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). Vorliegend ist von einem Streitwert von CHF 19'917'948.73 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf rund CHF 85'000.– festzusetzen ist.

6.2. 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.

6.3. Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorzubehalten. Mangels Antrag der Gesuchsgegnerin ist ihr für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, keine Parteienschädigung für das vorliegende Verfahren zuzusprechen (BGE 139 III 334 E. 4.3).

Das Einzelgericht erkennt:

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt C._____ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 5. Januar 2023 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 5, GBBl. 1, EGRID CH2, E._____-strasse 3, F._____,
für eine Pfandsumme von CHF 19'917'948.73 nebst Zins zu 5 %
 - auf CHF 682'728.73 seit 7. Dezember 2021,
 - auf CHF 5'169'600.– seit 8. Dezember 2022,
 - auf CHF 1'550'880.– ab 10. Februar 2023,

- auf CHF 3'101'760.– ab 22. Februar 2023 und
 - auf CHF 9'412'980.– ab 1. Juni 2023.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 14. April 2023 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 85'000.–.
Die weiteren Kosten betragen: CHF 305.– (Rechnung Nr. 6 des Grundbuchamtes C. _____ vom 6. Januar 2023). Allfällige weitere Kosten 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.
 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Grundbuchamt C. _____.
 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 19'917'948.73.

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

Zürich, 10. Februar 2023

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Livia Schlegel