

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE240111-O

U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, sowie
Gerichtsschreiber Dr. Pierre Heijmen

Verfügung und Urteil vom 10. September 2024

in Sachen

A. _____ AG,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____,

gegen

B. _____ AG,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. Y. _____,

sowie

C. _____ AG,

Nebenintervenientin

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1S. 2)

- "1. Es sei das Grundbuchamt D._____ richterlich anzuweisen, auf der Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2, EGRID CH3, E._____-strasse 4, D._____, zugunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsumme von Fr. 1'129'213.55 zzgl. Zins zu 5% seit mittlerem Verfall vorläufig einzutragen.
2. Die Anweisung sei superprovisorisch zu verfügen und dem Grundbuchamt unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Mit Eingabe vom 10. Juli 2024 stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich das vorstehend aufgeführte Begehren (act. 1–3/2–24). Mit Verfügung und Urteil vom 15. Juli 2024 wurde das Grundbuchamt D._____ angewiesen, das Pfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch einzutragen; im Umfang von CHF 6'000.– wurde das Gesuch abgewiesen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Begehren der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen (act. 5). Das Grundbuchamt nahm die Anmeldung am 17. Juli 2024 entgegen (act. 6). Mit Eingabe vom 2. August 2024 teilte die Gesuchsgegnerin mit, dass sie der C._____ AG den Streit verkündet habe, und ersuchte um Erstreckung der Frist zur Erstattung der Gesuchsantwort (act. 9). Mit Schreiben vom 7. August 2024 wurde der C._____ AG die Streitverkündung zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 12). Mit Eingabe vom 26. August 2024 erklärte die C._____ AG, die Streitverkündung anzunehmen, und auf eine Stellungnahme zum Gesuch zu verzichten (act. 14). Die Gesuchsgegnerin erstattete mit Eingabe vom 26. August 2024 innert erstreckter Frist ihre Gesuchsantwort (act. 15; act. 16/1–7).
2. Die C._____ AG teilte mit Eingabe vom 26. August 2024 mit, sie nehme die Streitverkündung im Sinne von Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO an (act. 14). Von der Nebenintervention ist entsprechend Vormerk zu nehmen und die Streitberufene ist als Nebenintervenientin im Rubrum aufzunehmen.

3.1. 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).

3.2. 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).

4. Das Grundstück, auf dem die von der Gesuchstellerin behaupteten Leistungen erbracht worden sind, steht im Alleineigentum der Gesuchsgegnerin (act. 3/2). Bei der Gesuchsgegnerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, die auf dem streitgegenständlichen Grundstück ein ... betreibt. Aktionäre der Gesuchsgegnerin sind mehrere Gemeinden (act. 15 Rz. 17 ff.; act. 16/3; act. 16/6). 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. 6; act. 15 Rz. 17 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).

5. Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass zwischen der Gesuchstellerin und der Nebenintervenientin ein gültiger Werkvertrag vorliegt (act. 15 Rz. 24 ff.). Gestützt auf den eingereichten Werkvertrag zu den Gipserarbeiten (act. 3/7) und zu den Dämmungsarbeiten (act. 3/19) sowie auf die Korrespondenz zwischen Gesuchstellerin und Nebenintervenientin (etwa act. 3/12-17; act. 3/22-24) erscheint glaubhaft, dass ein Werkvertrag bestanden hat und pfandberechtigte Arbeiten von der Gesuchstellerin geleistet worden sind.

6.1 Zur Pfandsumme macht die Gesuchstellerin geltend, sie habe mit der Nebenintervenientin die Erbringung von Gipserarbeiten zu einem Werkpreis von CHF 2'345'778.60 (exkl. MwSt.) und Dämmungsarbeiten zu einem Werkpreis von CHF 563'919.– (exkl. MwSt.) abgeschlossen; weiter hätten sie diverse Nachträge und Regiearbeiten vereinbart (act. 1 Rz. 7, 9; 20; act. 3/7; act. 3/19). In Bezug auf die Gipserarbeiten seien Arbeiten über CHF 562'778.82 noch offen und im Umfang von CHF 380'550.15 noch nicht erbracht worden (act. 1 Rz. 17 f.; act. 3/14-18). Im Hinblick auf die Dämmungsarbeiten seien Arbeiten über CHF 87'196.86 noch offen und im Umfang von CHF 92'687.70 noch nicht erbracht (act. 1 Rz. 26 f.; act. 3/22-24). Sie beantrage daher die vorsorgliche Eintragung für den Werklohn von total CHF 1'129'213.53 für bereits erbrachte und noch zu erbringende Arbeiten (act. 1 Rz. 30). Die Gesuchsgegnerin hält fest, dass die geltend gemachte Pfandsumme überhöht sei. Die Leistungspflicht der Gesuchstellerin sei erloschen. Der gesamte werkvertragliche Vergütungsanspruch berechtige nur solange zur Pfandeintragung, als die ausstehenden Arbeiten weiterhin geschuldet seien. Aber auch der bisher geleistete Anteil der Arbeiten sei nicht genügend dargelegt worden (act. 15 Rz. 47 ff.).

6.2. 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).

6.3. 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. 12). 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 Vergütung einzutragen. Es ist damit glaubhaft, dass die Gesuchstellerin eine offene Vergütungsforderung in Höhe der mit Verfügung und Urteil vom 15. Juli 2024 (vgl. act. 5) vorläufig eingetragenen Pfandsumme von CHF 1'123'213.53 hat.

6.4. Die Gesuchstellerin beantragt weiter die Eintragung von Zins zu 5 % seit mittlerem Verfall auf CHF 1'129'213.55 (act. 1 S. 2) und verweist hinsichtlich des Zinsenlaufs auf die vertraglich vereinbarten Zahlungsfristen (act. 1 Rz. 19, 28). Wie in der Verfügung und Urteil vom 15. Juli 2024 dargelegt (vgl. act. 5, Erw. 3.2.4), ist der 12. Juni 2024 der mittlere Verfalltag für die erbrachten Leistungen in Höhe von CHF 649'975.68, und ist für die noch nicht erbrachten Arbeiten im Betrag von insgesamt CHF 473'237.85 das Datum der Gesuchseinreichung (vorliegend der 10. Juli 2024) als frühesten denkbaren Zeitpunkt anzusehen. Entgegen der Gesuchsgegnerin (act. 15 Rz. 60 ff.) hat die Gesuchstellerin den Zinsenlauf hinreichend begründet; deren Ausführungen wurden von der Gesuchsgegnerin nicht substantiiert bestritten. Entsprechend ist auch der Verzugszins im vorliegenden Verfahren im dargelegten Umfang ausgewiesen.

7. Zu prüfen bleibt damit, ob die gesetzliche Eintragsfrist gewahrt ist. Die Gesuchstellerin stützt sich einerseits auf das Datum der letzten Gipserarbeiten am 24. April 2024 sowie der letzten Dämmungsarbeiten am 18. April 2024 (act. 1 Rz. 10 f; act. 3/9-11; act. 3/21), andererseits auf den Zeitpunkt des Verzichts auf die weitere Leistungserbringung der Gesuchstellerin mit Schreiben vom 24. Mai 2024 (act. 1 Rz. 12, 14, 22, 23; act. 3/13). Diese doppelte Begründung des fristauslösenden Ereignisses ist zulässig, da sich die beiden Sachverhaltsvarianten nicht ausschliessen. Im Falle eines Abbruchs der Arbeiten beginnt die gesetzliche Eintragsfrist im Zeitpunkt der vorzeitigen Vertragsauflösung zu laufen (BGE 120 II 389 E. 1a S. 391; BGE 102 II 206 E. 1a S. 208-209; BGer 5A_1047/2020 v. 04.08.2021 E. 3.1). Im Grundsatz ist unstrittig, dass die Arbeiten der Gesuchstellerin noch nicht abgeschlossen sind. Die Gesuchstellerin durfte mit der Eintragung bis zur (einstweiligen) Vertragsauflösung mit Schreiben vom 24. Mai 2024 zuwarten. Die Eintragsfrist läuft frühestens am 24. September 2024 ab. Mit der Aufnahme ins Tagebuch am 17. Juli 2024 ist die Eintragsfrist eingehalten (Art. 839 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 961 Abs. 2 ZGB und Art. 972 Abs. 2 ZGB). Die allenfalls unsubstanzierte Darlegung "letzter Arbeiten" am 24. April 2024 bzw. 18. April 2024 ist nicht entscheidungserheblich. Da das Werk noch nicht vollendet ist, können die letzten Arbeiten im eigentlichen Sinne noch gar nicht stattgefunden haben.

8. 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.

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

10.1. 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 1'129'213.55 auszugehen. In Bezug auf die Abweisung des Gesuchs im Umfang von CHF 6'000.– fielen die Kosten ausser Ansatz (act. 5). Die Gerichtsgebühr ist für den verbleibenden Betrag in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG und unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips auf CHF 14'000.– festzusetzen. Hinzu kommen die Kosten des Grundbuchamtes von CHF 305.– (act. 8). Allfällige weitere Kosten sind vorbehalten.

10.2. 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.

10.3. 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 16'000.– zuzusprechen. Mangels Darlegung der fehlenden Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die Parteientschädigung praxisgemäss ohne Mehrwertsteuerzuschlag zu berechnen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5).

Das Einzelgericht verfügt:

1. Von der durch die Streitberufene (C._____ AG, ... [UID], F._____ -strasse 5, ... Zürich) erfolgten Nebenintervention wird Vormerk genommen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

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 und Urteil vom 15. Juli 2024 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses
auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBI. 2,
Grundbuchregister D._____, EGRID CH3,
G._____, H._____ -strasse 6, 7 und 8 und E._____ -strasse 9, 10, 11 und 4,
D._____,
für eine Pfandsomme von CHF 1'123'213.55 nebst Zins zu 5 % auf
CHF 649'975.68 seit 12. Juni 2024 und auf CHF 473'273.85 seit 10. Juli 2024.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 15. November 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 14'000.–.
Hinzu kommen die Kosten des Grundbuchamtes von CHF 305.–. Weitere Kosten 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 16'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel von act. 14–16/1–7, an die Nebenintervenientin unter Beilage der Doppel von act. 15–16/1–7, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 14 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 1'129'213.55.

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

Zürich, 10. September 2024

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Pierre Heijmen