

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE240113-O

U/pz

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

Urteil vom 9. September 2024

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2._____

gegen

B._____ AG,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. Y1._____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y2._____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt C._____ sei richterlich anzuweisen, auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin, Grundregister Blatt 1, Liegenschaft, Kataster 2, E-GRID: CH3, D._____ [Strasse], Gemeinde C._____, zugunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht für den Betrag von CHF 1'291'498.89 nebst 5 % Zins ab dem 13. September 2024 vorläufig vorzumerken.
2. Die Anweisung gemäss Ziff. 1. vorstehend sei superprovisorisch (sofort nach Eingang des Gesuchs und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin) zu verfügen und dem Grundbuchamt C._____ unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.
3. Der Gesuchstellerin sei eine Frist von 6 Monaten ab Rechtskraft des Entscheids betreffend vorläufige Vormerkung anzusetzen, um die Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Ziff. 1. vorstehend einzuleiten.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zulasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin machte ihr Gesuch mit Eingabe 11. Juli 2024 hierorts anhängig (act. 1, 2 und 3/2-7). Mit Verfügung vom 17. Juli 2024 (act. 4) wurde das Grundbuchamt C._____ ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin angewiesen, das Pfandrecht im beantragten Betrag vorläufig einzutragen. Gleichzeitig wurde der Gesuchstellerin eine Nachfrist zur Einreichung einer gültigen Vollmacht und der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme zum Gesuch angesetzt. Mit Eingabe vom 18. Juli 2024 (act. 7) reichte die Gesuchstellerin die verlangte Vollmacht (act. 8) ein. Die Gesuchsgegnerin stellte mit Eingabe vom 5. August 2024 ein Fristerstreckungsgesuch (act. 10) und teilte mit, der E._____ AG mit Schreiben selben Tages (act. 12) den Streit verkündet zu haben. Das Gericht gewährte die Fristerstreckung bis am 27. August 2024 (vgl. act. 10). Mit Schreiben vom 7. August 2024 (act. 14) informierte das Gericht die E._____ AG über die Streitverkündung. Die Gesuchsgegnerin reichte mit Eingabe vom 27. August 2024 fristgerecht ihre Stellungnahme ein (act. 17 und 18/1-7). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Prozessgegenstand

2.1. Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des streitgegenständlichen Grundstücks (act. 3/2). Sie schloss mit der Streitberufenen, der E._____ AG, einen Totalunternehmervertrag betreffend die schlüsselfertige, betriebs- und bezugsbereite Erstellung des Umbaus und der Erweiterung des Spitals C._____ (act. 1 Rz. 4; act. 17 Rz. 6). Die E._____ AG schloss wiederum mit der Gesuchstellerin einen Werkvertrag betreffend Baumeisterarbeiten (act. 3/5).

2.2. Die Gesuchstellerin verlangt die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Umfang von CHF 1'291'498.89 zuzüglich Zins. Die Gesuchsgegnerin beantragt, das Gesuch um Eintragung abzuweisen, da die Qualifikation des Grundstücks als Verwaltungsvermögen strittig, die Einhaltung der Viermonatsfrist nicht glaubhaft gemacht, die Pfandsumme nicht nachvollziehbar und die Zinsforderung nicht dargetan sei.

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. 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. Verwaltungsvermögen

Bei der Gesuchsgegnerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, die auf dem streitgegenständlichen Grundstück ein Spital betreibt. Aktionäre der Gesuchsgegnerin sind mehrere Gemeinden (act. 17 Rz. 18 ff.; act. 18/3; act. 18/7). Öffentliche Grundstücke, die im Verwaltungsvermögen stehen, sind grundsätzlich unpfändbar und können daher auch nicht mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet werden (SCHUMACHER/REY, a.a.O., Rz. 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. 7; act. 17 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. Pfandsumme

5.1. Die Gesuchstellerin macht eine ausstehende Werklohnsumme von CHF 1'291'498.89 geltend. Dabei stützt sie sich auf die offene Forderung gemäss Schlussabrechnung vom 11. Juli 2024 (act. 3/22). Der ursprünglich als Pauschalpreis vereinbarte Werklohn betrug CHF 8'766'374.10 (inkl. MwSt.; act. 3/5 S. 1 und 5 f.). Gemäss Gesuchstellerin seien nach Bereinigung der Vergütungsforderung in der Zwischenabrechnung vom 29. Juni 2022 (act. 3/44) die Nachträge Nr. 61, 63,

64, 65 sowie vom 5. März 2024 (act. 3/10, 15-18) im Gesamtbetrag von CHF 269'208.50 vereinbart worden. Diese Nachtragsforderungen sind durch die genehmigten Nachtragsofferten glaubhaft und belegt (act. 3/10, 15-18).

5.2. In der Zwischenabrechnung vom 23. Mai 2024 waren weiter Vorhalteleistungen der Gesuchstellerin (CHF 100'873.18, CHF 60'000.– und CHF 510'557.–) sowie Regiearbeiten (CHF 220'301.60) von total CHF 891'731.78 enthalten (act. 3/20; act. 1 Rz. 14; act. 17 Rz. 75). Die E._____ AG nahm zur Zwischenabrechnung Stellung, indem sie diese mit Anmerkungen retournierte (act. 3/20; act. 1 Rz. 15). Die Gesuchstellerin habe nun gestützt auf den aktuellen Stand der Bereinigung der Zwischenabrechnung ihre Schlussabrechnung ausgestellt (act. 1 Rz. 16; act. 3/22). Zudem habe sie die Arbeiten, welche aufgrund des Verzichts der E._____ AG auf weitere Leistungserbringung nicht mehr ausgeführt werden können, vom geschuldeten Werklohn abgezogen (act. 1 Rz. 14; act. 3/20 und 22).

5.3. Die Gesuchsgegnerin beanstandet, dass die Schlussrechnung von Seiten der Streitberufenen nie genehmigt worden sei, weshalb sie die geltend gemachte Pfandsumme nicht substantiiert zu begründen vermöge. Die Gesuchstellerin ver säume es, die Pfandsumme mit von ihr angeblich vorgenommenen Arbeiten im Gesuch selbst zu begründen. Die Leistungen von total CHF 891'731.78 begründe sie weder mittels einer vertraglichen Grundlage noch anderweitig substantiiert (act. 17 Rz. 30 ff.).

5.4. Im Rahmen des vorsorglichen Eintragungsverfahrens ist es nicht möglich, die Schlussabrechnung der Gesuchstellerin umfassend zu prüfen. Sowohl die Position "Regie" als auch "Rechnungen Vorhalten Installation" wurden in der Schlussabrechnung vom 11. Juli 2024 gegenüber der Zwischenabrechnung vom 23. Mai 2024 reduziert (vgl. act. 3/20 und 22), weshalb der offene Betrag zumindest plausibel erscheint. Die von der Gesuchstellerin geleisteten Baumeisterarbeiten sind zudem klar pfandberechtigt. Vorläufig ist die geltend gemachte Pfandsumme von CHF 1'291'498.89 folglich als glaubhaft zu betrachten.

6. Einhaltung der Viermonatsfrist

6.1. Die Gesuchstellerin behauptet, gestützt auf den Werkvertrag bis zum 3. Mai 2024 Leistungen auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin erbracht zu haben. Am 3. Mai 2024 seien insbesondere noch verschiedene Betonarbeiten ausgeführt worden, was sich aus dem Tagesapport ergebe ("Schalung Wände schliessen", "Beton Vorarbeiten", "Beton Wände"; act. 1 Rz. 8; act. 3/8). Aus dem Lieferschein für Beton ergebe sich zudem, dass am 3. Mai 2024 für die Gesuchstellerin Beton auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin entladen worden sei (act. 1 Rz. 8; act. 3/9). Die von der Gesuchstellerin erbrachten Leistungen seien teilweise Gegenstand von Nachträgen zum Werkvertrag gewesen (act. 1 Rz. 8; act. 3/10). Eventualiter beruft sich die Gesuchstellerin auf den 18. April 2024, an welchem sie Arbeiten, die dem ursprünglichen Werkvertrag zuzuordnen seien, geleistet habe. So habe sie insbesondere Schalungen für Wände vorbereitet, weitere Betonvorarbeiten erbracht und Wände betoniert (act. 1 Rz. 8; act. 3/11).

6.2. Die Gesuchsgegnerin beanstandet, dass die Gesuchstellerin nicht näher ausführe, was genau unter den am 3. Mai 2024 verrichteten "verschiedenen Betonarbeiten" zu verstehen sei und welche konkreten werkvertraglich geschuldeten Arbeiten ausgeführt worden seien. Die Aussagekraft der Tagesrapporte genüge nicht zur Glaubhaftmachung, da sich diesen nur bedingt entnehmen lasse, ob es sich bei den verrichteten um werkvertraglich vereinbarte Arbeiten handle (act. 17 Rz. 25 ff.).

6.3. Nach Art. 839 Abs. 2 ZGB hat die Eintragung des Pfandrechts der Handwerker und Unternehmer bis spätestens vier Monate nach der Vollendung ihrer Arbeit zu geschehen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten Bauarbeiten grundsätzlich dann als vollendet, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen dabei geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen wie der Ersatz gelieferter, aber fehlerhafter Teile oder die Behebung anderer Mängel. Geringfügige Arbeiten gelten aber dann als Vollendungsarbeiten, wenn sie unerlässlich sind; insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt (BGE 125 III 113, E. 2b;

Urteile 5A_688/2019 vom 6. November 2019, E. 4.2; 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016, E. 4).

6.4. Durch den Tagesrapport vom 3. Mai 2024 (act. 3/8) ist belegt, dass die Gesuchstellerin an diesem Tag Arbeiten auf dem streitgegenständlichen Grundstück ausführte. Bei den verschiedenen Betonarbeiten ("Schalung Wände schliessen", "Beton Vorarbeiten; Betonierbühne", "Beton Wände") handelt es sich gemäss Gesuchstellerin teilweise um Arbeiten, die Gegenstand von Nachträgen zum Werkvertrag gewesen seien. Es erscheint weder ausgeschlossen noch höchst unwahrscheinlich, dass es sich dabei um Vollendungsarbeiten handelte. Bei den Schalungen für Wände, weitere Betonvorarbeiten und Betonierung der Wände, welche die Gesuchstellerin am 18. April 2024 vornahm (act. 3/11), handelt es sich ihr zufolge um werkvertraglich vereinbarte Arbeiten. Die Gesuchstellerin war gemäss Werkvertrag mit Baumeisterarbeiten betraut, welche unter anderem Betonarbeiten beinhalteten (vgl. act. 3/5). Selbst wenn die letzten Vollendungsarbeiten bereits am 18. April 2024 erfolgt wären, wäre mit der superprovisorischen Eintragung vom 17. Juli 2024 (vgl. act. 4, 5 und 9) die Viermonatsfrist gewahrt.

7. Verzugszinsen

7.1. Die Gesuchstellerin beantragt weiter die Eintragung von Zins zu 5 % seit 13. September 2024 auf der Pfandsumme (act. 1 S. 2). Sie begründet dies mit dem Versand der Schlussabrechnung am 11. Juli 2024, sodass die 60-tägige Zahlungsfrist spätestens am 12. September 2024 ablaufen werde (act. 1 Rz. 17).

7.2. Das Bauhandwerkerpfandrecht sichert auch zukünftige Verzugszinsen. Entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin (act. 17 Rz. 36 f.) gilt dies unabhängig davon, ob der künftige Zinslauf bereits abgeschätzt werden kann oder nicht. Ob und ab wann die Verzugszinsen laufen, wird erst im definitiven Eintragungsverfahren oder einer allfälligen späteren Zwangsvollstreckung zu beurteilen sein (SCHUMACHER/REY, a.a.O., Rz. 527 ff.). Entsprechend ist auch der beantragte Verzugszins im vorliegenden Verfahren ausgewiesen.

8. Fristansetzung zur Prosequierung

Der Gesuchstellerin ist sodann 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.

9. Kosten- und Entschädigungsfolgen

9.1. 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 1'291'498.89 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 17'000.– festzusetzen ist. Hinzu kommen die Kosten des Grundbuchamtes von CHF 305.– (act. 9). Allfällige weitere Kosten sind vorzubehalten.

9.2. 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.

9.3. 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 8'600.– 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 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 17. Juli 2024 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 1, EGRID CH3, für eine Pfandsumme von CHF 1'291'498.89 nebst Zins zu 5 % ab 13. September 2024.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 11. 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 17'000.–.
Die weiteren Kosten betragen: CHF 305.– (Rechnung Nr. 4 des Grundbuchamtes C. _____ vom 18. Juli 2024). 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 8'600.– zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage er Doppel von act. 17 und 18/1-7, 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 1'291'498.89.

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

Zürich, 9. September 2024

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Livia Schlegel