

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE240115-O

U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, sowie
Gerichtsschreiberin Dr. Isabel Geissberger

Verfügung und Urteil vom 15. Oktober 2024

in Sachen

A. _____ AG,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y2. _____

sowie

C. _____ AG,

Nebenintervenientin

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Das Grundbuchamt D._____ sei anzuweisen, auf dem Grundstück Kataster 1, Grundregister Blatt 2, Grundbuch Gemeinde D._____, ein Bauhandwerkerpfandrecht zu Gunsten der Gesuchstellerin für eine Pfandsumme von CHF 202'960.00 zuzüglich Zins von 5 % ab 16. Juli 2024 vorläufig vorzumerken.
2. Die Anweisung gemäss vorstehender Ziff. 1. sei superprovisorisch zu verfügen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 16. Juli 2024 (Datum Poststempel) stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts das vorstehend aufgeführte Begehren (act. 1–3/2–14). Mit Verfügung vom 17. Juli 2024 wurde das Grundbuchamt D._____ angewiesen, das beantragte Pfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch einzutragen. Zudem wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Begehren Stellung zu nehmen (act. 4). Mit Eingabe vom 6. August 2024 (Datum Poststempel) verkündete die Gesuchsgegnerin der C._____ AG den Streit und ersuchte um Erstreckung der Frist zur Erstattung der Gesuchsantwort (act. 8). Mit Verfügung vom 7. August 2024 wurde von der Streitverkündung an die C._____ AG Vormerk genommen und der Gesuchsgegnerin die Frist zur Einreichung der Gesuchsantwort erstreckt (act. 11). Mit Eingabe vom 26. August 2024 erklärte die C._____ AG, die Streitverkündung im Sinne von Art. 79 Abs. 1 lit a ZPO anzunehmen und auf eine Stellungnahme zum Gesuch zu verzichten (act. 13). Die Gesuchsgegnerin reichte mit Eingabe vom 28. August 2024 innert erstreckter Frist ihre Gesuchsantwort ein (act. 14; act. 15/1–7). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Sachverhalt

2.1 Die Gesuchsgegnerin ist eine gemeinnützige Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in D._____ und bezweckt die medizinische Versorgung im Zürcher ... [Region]; zu diesem Zweck betreibt sie ein Akutspital in D._____. Sie ist

Alleineigentümerin des Grundstücks Kataster 1, Grundregister Blatt 2 im Grundbuch der Gemeinde D._____ (act. 1 Rz. III. A. 1; act. 3/3–4).

2.2 Mit Werkvertrag vom 4. Juli 2022 betreffend BKP 3 beauftragte die Nebenintervenientin als Generalunternehmerin der Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin zur Ausführung der Bedachungsarbeiten bzw. Flachdacharbeiten im Zusammenhang mit dem Umbau und der Erweiterung des B._____ Spitals D._____ zum Werkpreis nach Einheitspreisen von insgesamt CHF 1'248'256.65 (act. 1 Rz. 2; act. 3/5). Die Nebenintervenientin und die Gesuchsgegnerin schlossen am 19./20. Dezember 2017 einen Totalunternehmervertrag betreffend die schlüsselfertige, betriebs- und bezugsbereite Erstellung des Umbaus und der Erweiterung des Spitals D._____ (act. 14 Rz. 6).

2.3 Die Gesuchstellerin begehrt die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts i.S.v Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB.

3. Nebenintervention

Gemäss Art. 78 Abs. 1 ZPO kann eine Partei, die für den Fall ihres Unterliegens eine dritte Person belangen will oder den Anspruch einer dritten Person befürchtet, diese auffordern, sie im Prozess zu unterstützen. Die Gesuchsgegnerin verkündete der C._____ AG, ... [Adresse] mit Schreiben vom 6. August 2024 den Streit (act. 8, 10). Die Streitberufene kann zugunsten der Partei, die ihr den Streit verkündet hat, ohne weitere Voraussetzungen intervenieren oder anstelle der Partei, die ihr den Streit verkündet hat, mit deren Einverständnis den Prozess führen (Art. 79 Abs. 1 ZPO). Die Streitberufene teilte mit Eingabe vom 26. August 2024 mit, sie nehme die Streitverkündung i.S.v. Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO an (act. 13). Von der durch die Streitberufenen erfolgten Nebenintervention ist Vormerk zu nehmen. Die Streitberufene ist entsprechend als Nebenintervenientin im Rubrum aufzunehmen.

4. Voraussetzungen

4.1 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).

4.2 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).

5. Grundstück im Verwaltungsvermögen

Das Grundstück, auf dem die von der Gesuchstellerin behaupteten Leistungen erbracht worden sind, steht im Alleineigentum der Gesuchsgegnerin (act. 3/3). Bei der Gesuchsgegnerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, die auf dem streitgegenständlichen Grundstück ein Spital betreibt. Aktionäre der Gesuchsgegnerin sind mehrere Gemeinden (act. 14 Rz. 17 ff.; act. 15/3–6). Öffentliche Grund-

stücke, 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. 14 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).

6. Vertragsverhältnis

6.1 Die Gesuchstellerin führt aus, dass sie mit der Nebenintervenientin einen Werkvertrag über Bedachungsarbeiten bzw. Flachdacharbeiten im Zusammenhang mit dem Umbau und der Erweiterung des B._____ Spitals D._____ am 4. Juli 2022 abgeschlossen habe, und verweist dazu auf ein Vergabeverhandlungsprotokoll (act. 1 Rz. III. A. 2; act. 3/5).

6.2 Die Gesuchsgegnerin hingegen bestreitet einen Vertragsschluss. Gemäss Ziff. 1.4 des Vergabeverhandlungsprotokolls trete erst mit Ausstellung eines Zuschlagsschreibens der Vertrag in Kraft und ein solches habe die Gesuchstellerin nicht ins Recht gelegt (act. 14 Rz. 24 ff.).

6.3 Das Gesetz setzt für die Baupfandberechtigung ein Forderungsverhältnis voraus (SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Zürich 2021, N 217).

6.4 Gestützt auf den eingereichten, von der Gesuchstellerin und der Nebenintervenientin vollständig unterzeichneten, Werkvertrag (act. 3/5) und den im Recht liegenden Akontorechnungen (act. 3/6–10), der Schlussrechnung vom 15. Mai 2024 und den von der Nebenintervenientin unterschriebenen Regierapporten (act. 3/12), erscheint glaubhaft, dass ein Werkvertrag bestanden hat und pfandberechtigte Arbeiten von der Gesuchstellerin geleistet worden sind.

7. Letzte Arbeiten / Frist

7.1 Die Gesuchstellerin führt aus, dass die letzten Arbeiten auf dem streitgegenständlichen Grundstück am 25. April 2024 erfolgt seien, indem Abdichtungsarbeiten an der Wand im Bereich NEA im 2. Untergeschoss durchgeführt worden seien (act. 1 Rz. III. A. 5). Dabei verweist sie auf einen Auszug aus dem elektronischen Stundenjournal per 30. Mai 2024 (act. 3/13) und auf ein Orthofoto (act. 3/14).

7.2 Die Gesuchsgegnerin moniert, dass die Gesuchstellerin in keiner Weise erläutere, welche Arbeiten, die gemäss Vergabeverhandlungsprotokoll unter die Position "Abdichtungen" fielen, sie am 25. April 2024 tatsächlich verrichtet habe. Dabei könne es sich bei den Leistungen, welche unter die besagte Position fielen, um geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten handeln, die nicht fristauslösend gewesen seien. Zudem bestreitet die Gesuchsgegnerin die Aussagekraft des von der Gesuchstellerin zum Beweis offerierten Dokuments "Auszug aus dem elektronischen Stundenjournal Abacus per 30. Mai 2024". Daraus lasse sich nicht entnehmen, welche konkreten Arbeiten erbracht worden seien (act. 14 Rz. 29 ff.).

7.3 Die Gesuchstellerin führt aus, dass ihre Mitarbeiter "E. _____ und F. _____ am 25. April 2024 Abdichtungsarbeiten an der Wand im Bereich NEA im 2. Untergeschoss durchführten" (act. 1 Rz. III. A. 5). Aus dem eingereichten elektronischen Stundenjournal Abacus, welches entgegen den Behauptungen der Gesuchsgegnerin durchaus aussagekräftig ist, ergibt sich ebenfalls, dass die beiden Mitarbeiter der Gesuchstellerin am 25. April 2024 Arbeiten geleistet haben (act. 3/13). Auf dem Orthofoto hat die Gesuchstellerin zudem bezeichnet, wo bzw. an welcher Wand diese Abdichtungsarbeiten erfolgt sein sollen (act. 3/14). Bei solchen handelt es sich zweifellos um Vollendungsarbeiten. Gestützt auf die Behauptungen der Gesuchstellerin, dem Orthofoto und dem eingereichten Stundenjournal ist glaubhaft, dass die Gesuchstellerin am 25. April 2024 pfandberechtigte Arbeiten auf dem streitgegenständlichen Grundstück erbracht hat, so dass die Viermonatsfrist mit Eintragung am 18. Juli 2024 eingehalten ist (vgl. act. 5).

8. Pfandsumme

8.1 Die Gesuchstellerin behauptet, dass sie am 15. Mai 2024 die Schlussrechnung in der Höhe von CHF 202'960.– für die noch nicht mit den sechs Akontozahlungen vergüteten, bis am 15. Mai 2024 erbrachten Leistungen sowie für die in den Akontorechnungen 1.–6. abgezogenen Garantierückbehalte gestellt habe (act. 1 Rz. III. A. 4).

8.2 Die Gesuchsgegnerin moniert, dass der Betrag von CHF 202'960.– in keiner Weise nachvollziehbar sei. Die Berechnung des Betrags in der Schlussrechnung unterscheide sich grundlegend von der Berechnung des Betrages im Gesuch. Weiter führt sie an, dass es die Gesuchstellerin versäumt hätte, die von ihr geltend gemachte Pfandsumme mit allfälligen von ihr vorgenommenen und werkvertraglich geschuldeten Arbeiten zu begründen. Sie stütze sich betreffend die Pfandsumme lediglich auf die ins Recht gelegte Schlussrechnung vom 15. Mai 2024 und die dazugehörigen Rechnungsbeilagen (act. 14 Rz. 43 ff.).

8.3 Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB statuiert ein Pfandrecht für *Forderungen* der Handwerker und Unternehmer. Grundsätzlich kann der Unternehmer die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für die gesamte vertragliche Vergütungssumme verlangen (SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 395).

8.4 Sowohl aus dem Gesuch wie auch aus der Schlussrechnung vom 15. Mai 2024 ergibt sich die von der Gesuchstellerin behauptete Pfandsumme in der Höhe von CHF 202'960.– (act. 1 Rz. III. A. 4; act. 3/12). Wie die Gesuchstellerin zudem vorbringt, hat sie für das Grundstück der Gesuchsgegnerin Flachdacharbeiten erbracht (act. 1 Rz. III. A. 3). Die werkvertraglich geschuldeten Arbeiten und der Betrag sind somit für das vorliegende vorsorgliche Eintragungsverfahren entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin genügend behauptet und mit Einreichung der Schlussrechnung vom 15. Mai 2024 und den Regierapporten glaubhaft gemacht. Auf dem streitgegenständlichen Grundstück ist folglich ein Pfandrecht in der Höhe von CHF 202'960.– einzutragen.

9. Zins

9.1 Die Gesuchstellerin macht einen Verzugszins von 5 % ab dem 16. Juli 2024 geltend (act. 1 S. 2 und Rz. III B. 10 sechster Spiegelstrich).

9.2 Der Verzugszins wird von der Gesuchsgegnerin bestritten. Die Gesuchstellerin lege nicht dar, warum ab dem 16. Juli 2024 Zinsen geschuldet sein sollen. Die Gesuchstellerin führe an keiner Stelle ihres Gesuchs die Fälligkeit der Forderung oder die Inverzugsetzung der Streitberufenen aus (act. 14 Rz. 48).

9.3 Der Zinsanspruch folgt aus Art. 102 Abs. 1 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 OR.

9.4 Da die Gesuchstellerin keine Ausführungen zum Zins vorbringt, ist das Pfandrecht in der Höhe von CHF 202'960.– ohne Zins vorläufig einzutragen.

10. Prosequierungsfrist

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.

11. Kosten- und Entschädigungsfolgen

11.1 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 202'960.– auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung des Äquivalenzprinzips und von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 5'600.– festzusetzen ist.

11.2 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.

11.3 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 8'000.– zuzusprechen. Mangels Darlegung der fehlenden Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die Parteientschädigung praxisgemäss ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. BGer 4A_552/2015 v. 25.05.2016 E. 4.5).

Das Einzelgericht verfügt:

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

und 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 17. Juli 2024 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 3 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2, EGRID CH4, G._____, D._____, für eine Pfandsumme von CHF 202'960.–.
2. Im Übrigen (Zins) wird das Gesuch abgewiesen.

3. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 16. Dezember 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.
4. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 5'600.–.
Die weiteren Kosten betragen: CHF 106.50.– (Rechnung Nr. 169309.01 des Grundbuchamtes D. _____ vom 18. Juli 2024). Weitere Kosten vorbehalten.
5. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 4 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 3 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.
6. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 3 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 8'000.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel von act. 13, act. 14 und act. 15/1–7, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage des Doppels von act. 13, an die Nebenintervenientin unter Beilage des Doppels von act. 14 und act. 15/1–7 sowie an das Grundbuchamt D. _____.
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 202'960.–.

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

Zürich, 15. Oktober 2024

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Isabel Geissberger