

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE240118-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, sowie Gerichtsschreiber Lukas Bügler

Verfügung und Urteil vom 5. September 2024

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw 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 gerichtlich anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin im Grundbuch D._____, GB-Nr. 1, ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 122'574.30 zuzüglich Zins zu je 5 % auf CHF 71'568.85 ab dem 19. Mai 2024 und auf CHF 17'997.10 ab dem 07. Juli 2024 als vorläufige Eintragung vorzumerken.
2. Die Anweisung gemäss Ziff.1 hiervor sei durch das angerufene Gericht als vorsorgliche Massnahme, superprovisorisch und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin zu erteilen.
3. Die in Ziff. 2 hiervor beantragte superprovisorische Verfügung sei dem Grundbuchamt D._____ sowohl schriftlich als auch per Telefax oder elektronisch anzumelden.
4. Der Gesuchstellerin sei eine angemessene Frist von mind. 3 Monaten anzusetzen, um die Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Ziff. 1 hiervor zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin einzureichen.
5. Eventualiter sei eine gesetzliche einfache Bürgschaft der Gesuchsgegnerin zugunsten der Gesuchstellerin in der Höhe von CHF 122'574.30 zuzüglich Zins zu je 5 % auf CHF 71'568.85 ab dem 19. Mai 2024 und auf CHF 17'997.10 ab dem 07. Juli 2024 zu errichten.
6. Subeventualiter sei das Bestehen einer gesetzlichen einfachen Bürgschaft der Gesuchsgegnerin zugunsten der Gesuchstellerin in der Höhe von CHF 722'574.30 zuzüglich Zins zu je 5 % auf CHF 71'568.85 ab dem 19. Mai 2024 und auf CHF 17'997.10 ab dem 07. Juli 2024 festzustellen.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 8.1 % MwSt. zulasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Mit Eingabe vom 19. Juli 2024 stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts das vorstehend aufgeführte Begehren (act. 1–3/2–16). Mit Verfügung vom 22. 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 7. August 2024 verkündete die Ge-

suchsgegnerin der C._____ AG den Streit und ersuchte um Erstreckung der Frist zur Erstattung der Gesuchsantwort (act. 8). Mit Verfügung vom 8. 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 2. September 2024 erklärte die C._____ AG, die Streitverkündung anzunehmen und auf eine Stellungnahme zum Gesuch zu verzichten (act. 13). Die Gesuchsgegnerin reichte mit Eingabe vom 2. September 2024 fristgerecht ihre Gesuchsantwort ein (act. 14; act. 15/2–8).

2. Die C._____ AG teilte mit Eingabe vom 2. September 2024 mit, sie nehme die Streitverkündung im Sinne von Art. 79 Abs. 1 lit a ZPO an (act. 13). Von der Nebenintervention ist entsprechend Vormerk zu nehmen und die Streitberufene 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. 3/3). 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; act. 15/6). 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. 43; 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).

5. Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass zwischen der Gesuchstellerin und der Nebenintervenientin ein gültiger Werkvertrag vorliegt (act. 14 Rz. 24 ff.). Gestützt auf das eingereichte Vergabeverhandlungsprotokoll (act. 3/7) sowie das Zuschlagsschreiben der Nebenintervenientin (act. 3/9) und unter Berücksichtigung der unstrittig von der Nebenintervenientin geleisteten Akontozahlung (act. 1 Rz. 23; act. 14 Rz. 40) erscheint glaubhaft, dass ein Werkvertrag bestanden hat. Bei der darin vereinbarten Lieferung und Montage von Storen durch die Gesuchstellerin (act. 1 Rz. 12) handelt es sich um pfandberechtigte Arbeiten.

6.1. Zur Pfandsumme macht die Gesuchstellerin geltend, sie habe mit der Nebenintervenientin die Erbringung werkvertraglicher Arbeiten im Gesamtwert von CHF 175'107.30 inkl. MwSt. vereinbart. Von diesem Betrag seien die bereits geleisteten Akontozahlungen von CHF 52'533.– in Abzug zu bringen. Sie beantrage

die vorsorgliche Eintragung für den gesamten restlichen Werklohn von CHF 122'574.30 inkl. MwSt. (act. 1 Rz. 12 und 19 ff.). Die Gesuchsgegnerin macht demgegenüber geltend, die Leistungspflicht der Gesuchstellerin sei erloschen, da die Nebenintervenientin den Totalunternehmervertrag mit ihr, der Gesuchsgegnerin, gekündigt habe. Der gesamte werkvertragliche Vergütungsanspruch berechne nur solange zur Pfandeintragung, als die ausstehenden Arbeiten weiterhin geschuldet seien. Für die Eintragung eines Pfandrechts im Betrag, der die gestellten noch unbezahlten Rechnungen in der Höhe von CHF 89'565.95 (inkl. MwSt.) übersteige, bestehe daher von vornherein keine Pfandberechtigung. Die Gesuchstellerin lege sodann die von ihr für den Betrag von CHF 89'565.95 (inkl. MwSt.) erbrachten Leistungen nicht genügend dar. Zudem sei davon auszugehen, dass die Nebenintervenientin die von ihr bereits geleistete Zahlung von CHF 52'533.– zur Verrechnung bringe, da diese vor Fälligkeit geleistet worden sei (act. 14 Rz. 33 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, ob der Werkvertrag der Gesuchstellerin mit der C._____ AG definitiv beendet wurde oder ob die Gesuchstellerin ihre Arbeiten lediglich vorläufig eingestellt hat (act. 1 Rz. 26 und 29; act. 14 Rz. 34). Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben. Sollte der Werkvertrag der Gesuchstellerin bereits definitiv beendet sein, so wäre der Anteil der von der Gesuchstellerin bereits erbrachten Leistungen zu ermitteln. 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. Für eine Verrechnungserklärung der Nebenintervenientin bestehen im Übrigen keine Anhaltspunkte. Es ist damit glaubhaft, dass die Gesuchstellerin eine offene Vergütungsforderung von CHF 122'574.30 inkl. MwSt. hat.

6.4. Die Gesuchstellerin beantragt weiter die Eintragung von Zins zu 5 % seit 19. Mai 2024 auf CHF 71'568.85 und seit 7. Juli 2024 auf CHF 17'997.10 (act. 1 S. 2) und begründet dies mit der von ihr erstellten Zwischenabrechnung vom 20. März 2024 über CHF 71'568.85 sowie einer weiteren Zwischenabrechnung vom 8. Mai 2024, welche je eine Zahlungsfrist von 60 Tagen vorgesehen hätten (act. 1 Rz. 25 und 27). Entgegen der Gesuchsgegnerin (act. 14 Rz. 45) hat die Gesuchstellerin damit den Beginn des Zinsenlaufs hinreichend begründet; deren Ausführungen wurden von der Gesuchsgegnerin nicht substantiiert bestritten. Entsprechend ist auch der beantragte Verzugszins im vorliegenden Verfahren ausgewiesen.

7.1. Zu prüfen bleibt damit, ob die gesetzliche Eintragsfrist gewahrt ist. Die Gesuchstellerin bringt dazu vor, die Arbeiten seien noch nicht vollendet, weshalb auch die Eintragsfrist noch nicht begonnen habe (act. 1 Rz. 33 ff.). Die Gesuchsgegnerin stellt sich auf den Standpunkt, die Gesuchstellerin habe die erbrachten Arbeiten nicht genügend behauptet und substantiiert (act. 14 Rz. 29 ff.).

7.2. Das von der Gesuchstellerin beantragte Bauhandwerkerpfandrecht wurde mit Verfügung vom 22. Juli 2024 vorläufig im Grundbuch eingetragen (act. 4; act. 5; act. 7). Die Gesuchstellerin stützt sich auf eine lediglich vorläufige Niederlegung der Arbeiten. Beide Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass die Gesuchstellerin die ihr von der Nebenintervenientin übertragenen Arbeiten bislang nicht vollständig erbracht hat (act. 1 Rz. 29; act. 14 Rz. 33 ff.). Es kann auch hier offen bleiben, ob die Arbeitsniederlegung der Gesuchstellerin bloss vorläufig oder definitiv erfolgt ist. Selbst wenn von einer definitiven Beendigung der Arbeiten auszugehen wäre, ist für den Beginn der Eintragsfrist auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem der Unternehmer weiss oder wissen müsste, dass es bei den bislang ausgeführten Arbeiten bleiben wird (ZR 120/2021 Nr. 1; SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 1107). Nach eigener Ansicht der Gesuchsgegnerin entfiel die Leistungspflicht der Gesuchstellerin mit der Kündigung des Totalunternehmervertrags durch die Nebenintervenientin im Laufe des Monats Mai 2024 (act. 14 Rz. 34). Damit ist selbst bei einer definitiven Einstellung der Arbeiten die Eintragsfrist ohne Weiteres gewahrt. Sofern es sich um eine bloss vorläufige Arbeitseinstellung handeln sollte,

hätte im Übrigen die Eintragungsfrist noch gar nicht zu laufen begonnen (ZR 120/2021 Nr. 1; SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 1108). Die Eintragungsfrist wäre damit ebenfalls eingehalten.

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 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 Gesuchs (Art. 144 Abs. 2 ZPO); dieses würde in einem kostenpflichtigen Nachverfahren behandelt. Als zureichende Gründe für eine Friststreckung 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 122'574.30 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 4'800.– festzusetzen ist. Hinzu kommen die Kosten des Grundbuchamtes von CHF 66.30 (act. 7). 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 bezie-

hen, 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 8'200.– 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, CHE-..., E._____ -str. 2, ... 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 vom 22. Juli 2024 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, Grundregister Blatt 3, EGRID CH4, F._____, G._____ -strasse 5, 6, 7, 8 und H._____ -gasse 9, 10, 11, für eine Pfandsumme von CHF 122'574.30 nebst Zins zu 5 % auf CHF 71'568.85 seit 19. Mai 2024 und auf CHF 17'997.10 seit 7. Juli 2024.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 5. 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 4'800.–. Hinzu kommen die Kosten des Grundbuchamtes von CHF 66.30. Weitere Kosten bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden vollumfänglich von der Gesuchstellerin bezogen. Der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren bleibt vorbehalten. 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 8'200.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin sowie die Nebenintervenientin unter Beilage der Doppels von act. 14 und act. 15/2–8, 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 122'574.30.

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

Zürich, 5. September 2024

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Lukas Bügler