

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE240142-O

U/mk

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

Urteil vom 7. 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. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt C._____, ... [Adresse] sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin D._____-Strasse ..., C._____, GBBl. 1, Kataster Nr. 2, E-GRID CH3 ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin für die Pfandsumme von CHF 220'358.30 zuzüglich Zins von 5% seit 24. Mai 2024 vorläufig als Vormerkung einzutragen.
 - 1.1. Eventualiter sei das Grundbuchamt C._____, ... [Adresse] anzuweisen, zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin D._____-Strasse ..., C._____, GBBl. 1, Kataster Nr. 2, E-GRID CH3 ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin für die Pfandsumme von CHF 220'358.30 zuzüglich Zins von 5% auf CHF 26'916.90 seit 24. Mai 2024, zuzüglich Zins von 5% auf CHF 62'869.10 seit 2. Juli 2024, zuzüglich Zins von 5% auf CHF 130'572.30 seit 23. Juli 2024 vorläufig als Vormerkung einzutragen.
2. Die Anweisung gem. Ziff. 1 (eventualiter Ziff. 1.1.) an das Grundbuchamt C._____ sei vorab superprovisorisch zu verfügen und dem Grundbuchamt C._____ unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.
3. Subeventualiter sei vorsorglich eine gesetzliche Bürgschaft i.S.v. Art. 839 Abs. 6 ZGB für die Forderung gemäss Ziff. 1 im Umfang von CHF 220'358.30 zuzüglich Zins von 5% seit 24. Mai 2024 zu entrichten.
 - 3.1. Subeventualiter sei vorsorglich eine gesetzliche Bürgschaft i.S.v. Art. 839 Abs. 6 ZGB für die Forderung gemäss Ziff. 1 im Umfang von CHF 220'358.30 zuzüglich Zins von 5% auf CHF 26'916.90 seit 24. Mai 2024, zuzüglich Zins von 5% auf CHF 62'869.10 seit 2. Juli 2024, zuzüglich Zins von 5% auf CHF 130'572.30 seit 23. Juli 2024 zu entrichten.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer von 8.1 %) zulasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Mit Eingabe vom 15. August 2024 stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich das vorstehend aufgeführte Begehren (act. 1–3/1–37). Mit Verfügung vom 16. August 2024 wurde das Grundbuchamt C._____ angewiesen, das Pfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Begehren der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen (act. 4). Das Grundbuchamt nahm die Anmeldung am 16. August 2024 entgegen (act. 5). Mit Eingabe vom 9. September 2024 teilte die Gesuchsgegnerin mit, dass sie der E._____ AG, ... [Adresse] (fortan Streitberufene), den Streit verkündet habe, und ersuchte um Erstreckung der Frist zur Erstattung der Gesuchsantwort (act. 8). Mit Verfügung vom 10. September 2024 wurde von der Streitverkündung Vormerk genommen und die Frist zur Einreichung der Gesuchsantwort erstreckt (act. 11). Die Gesuchsgegnerin erstattete mit Eingabe vom 25. September 2024 fristgerecht ihre Gesuchsantwort (act. 13–15/2–7). Da das Gesuch gutzuheissen ist, kann die Gesuchsantwort mit dem vorliegenden Entscheid zugestellt werden. Das Verfahren ist spruchreif, weshalb ein Urteil zu fällen ist.

2.1. 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).

2.2. 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).

3. Das Grundstück, auf dem die von der Gesuchstellerin behaupteten Leistungen erbracht worden sind, steht im Alleineigentum der Gesuchsgegnerin (act. 3/1; Prot. S. 2). Bei der Gesuchsgegnerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, die auf dem streitgegenständlichen Grundstück ein ... betreibt. Aktionäre der Gesuchsgegnerin sind mehrere Gemeinden (act. 13 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. 31 ff.; act. 13 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 Eintragsverfahren 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).

4. Es blieb unbestritten, dass zwischen der Gesuchstellerin und der Streitberufenen ein gültiger Werkvertrag betreffend Leitungsdämmungen vorliegt. Gestützt auf das eingereichte Zuschlagsschreiben (act. 3/10) sowie einer Nachtragsbestätigung (act. 3/21) erscheint glaubhaft, dass ein Werkvertrag bestanden hat und pfandberechtigte Arbeiten von der Gesuchstellerin geleistet worden sind.

5.1. Die von der Gesuchstellerin gesamthaft geltend gemachte Pfandsumme von CHF 220'358.30 besteht gemäss ihrer Darstellung aus folgenden Teilbeträgen, die

sich aus den eingereichten Akontorechnungen bzw. einer Zwischenabrechnung ergeben (act. 1 Rz. 19; act. 3/16; act. 3/23; act. 3/28) und von der Streitberufenen nicht bezahlt worden seien: 2. Akontorechnung Nr. 10240209 über CHF 26'916.90; 4. Akontorechnung Nr. 10240301 über CHF 62'869.10 sowie Zwischenabrechnung Nr. 10240356 über CHF 130'572.30. Die Gesuchsgegnerin macht demgegenüber geltend, dass die Gesuchstellerin die Pfandsumme nicht nachvollziehbar dargelegt habe (act. 13 Rz. 37 ff.).

5.2. Wie bereits festgestellt, ist vorliegend von einem gültigen Vertragsverhältnis zwischen der Gesuchstellerin und der Streitberufenen auszugehen (vgl. vorstehend Ziff. 4). Die Akontorechnungen und die Zwischenrechnung ergeben sich daher aus diesem Vertragsverhältnis. Für die 2. Akontorechnung Nr. 10240209 vom 25. Januar 2024 (act. 3/16) behauptet die Gesuchstellerin, dass sie den Baufortschritt der Dämmungsarbeiten gemäss der Offerte Nr. 102300192 (act. 3/8) unter Abzug der bereits geleisteten Akontozahlungen in Rechnung gestellt habe (act. 1 Rz. 16). Für die 4. Akontorechnung Nr. 10240301 vom 3. Mai 2024 (act. 3/23) führt die Gesuchstellerin aus, dass sie diese nach erfolgtem Baufortschritt und nach Ausführung des 1. Nachtrags ausgestellt habe. Auf der Rechnung seien lediglich die 2. und 3. Akontorechnung vertauscht worden, weshalb der in Rechnung gestellte Betrag von CHF 62'869.10 dennoch stimme (act. 1 Rz. 16). Für die Zwischenabrechnung Nr. 10240356 vom 24. Mai 2024 (act. 3/28) behauptet die Gesuchstellerin, dass sich der Rechnungsbetrag aus den bisher erbrachten Leistungen in Höhe von total CHF 286'016.75 (exkl. MwSt.) zusammensetze. Von dem Betrag seien die 1. Akontorechnung von CHF 44'820.–, die 2. Akontorechnung von CHF 24'900.–, die 3. Akontorechnung von CHF 37'350.– und die 4. Akontorechnung von CHF 58'158.30 abgezogen worden (act. 1 Rz. 19). Diese Ausführungen sind substantiiert und nachvollziehbar; aus den eingereichten Belegen ergibt sich der jeweilige in Rechnung gestellte Betrag schlüssig. Überdies behauptet die Gesuchstellerin, dass die Rechnungen nicht bezahlt worden seien (act. 1 Rz. 19). Demnach ergeben sich die erbrachten Arbeiten entgegen den Behauptungen der Gesuchsgegnerin sowohl aus dem Tatsachenvortrag der Gesuchstellerin als auch aus den eingereichten Rechnungen. Die einzelnen nicht bezahlten Beträge sowie die sich

daraus ergebende gesamte Pfandsumme von CHF 220'358.30 sind daher glaubhaft.

5.3. Die Gesuchstellerin beantragt weiter die Eintragung von Zins zu 5 % seit 24. Mai 2024 auf CHF 220'358.30 (act. 1 S. 2). Sie begründet dies mit dem Schreiben der Streitberufenen vom 24. Mai 2024, welche darin mitgeteilt habe, dass sie die Gesuchstellerin nicht bezahlen könne. Daher sei eine Mahnung für die Inverzugsetzung entbehrlich (act. 1 Rz. 39-40; act. 3/27). Die Gesuchsgegnerin bringt vor, dass die Gesuchstellerin den Beginn des Zinsenlaufs nicht hinreichend begründet habe (act. 13 Rz. 44). Der Schuldner gerät ohne Mahnung in Verzug, wenn er unmissverständlich erklärt, dass er nicht leisten werde (WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, in: WIDMER LÜCHINGER/Oser [Hrsg.], BK Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020, N 11). Vorliegend erklärte die Streitberufene mit Schreiben vom 24. Mai 2024, dass sie auf weitere Leistungserbringung der Gesuchstellerin verzichte und sie um Zusendung der Schlussrechnung für die Eingabe der Forderung im Nachlassstundungsverfahren der Gesuchsgegnerin bitte. Dies kann als eindeutige Verweigerungserklärung verstanden werden, weshalb eine Mahnung entbehrlich war. Entsprechend erscheint auch der beantragte Verzugszins im vorliegenden Verfahren ausgewiesen.

6.1. Zu prüfen bleibt damit, ob die gesetzliche Eintragsfrist gewahrt ist. Die Gesuchstellerin stützt sich auf das Datum der letzten Arbeiten am 22. April 2024 (act. 1 Rz. 26). Am 22. April 2024 seien Arbeiten im Bereich der Leitungsdämmungen aufgeführt worden, was sich aus dem Leistungsjournal und durch das GPS Programm erstellte Journal des Fahrzeugs der Gesuchstellerin ergebe (act. 1 Rz. 26; act. 3/34-35). Die Gesuchsgegnerin beanstandet, dass die Gesuchstellerin nicht näher ausführe, was genau unter den am 22. April 2024 verrichteten Arbeiten zu verstehen sei und welche konkreten werkvertraglich geschuldeten Arbeiten ausgeführt worden seien. Die Aussagekraft des Leistungsjournals genüge nicht zur Glaubhaftmachung, da sich diesen nur bedingt entnehmen lasse, ob es sich bei den verrichteten um werkvertraglich vereinbarte Arbeiten handle (act. 13 Rz. 28 ff.).

6.2. 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).

6.3. Durch das Leistungsjournal (act. 3/34) und das GPS Programm erstellte Journal des Fahrzeugs der Gesuchstellerin (act. 3/35) ist belegt, dass der Mitarbeiter der Gesuchstellerin, F._____, am 22. April 2022 verschiedene Dämmungsarbeiten auf dem streitgegenständlichen Grundstück ausführte. Bei den Arbeiten im Bereich Leitungsdämmungen handelt es sich gemäss Gesuchstellerin um Arbeiten, die Gegenstand der projektspezifischen Bedingungen der Streitberufenen für das Projekt "Umbau und Erweiterung ... C._____" (act. 3/5) gewesen seien. Es erscheint weder ausgeschlossen noch höchst unwahrscheinlich, dass es sich dabei um Vollendungsarbeiten handelte. Die Gesuchstellerin war gemäss Zuschlagsschreiben vom 15. November 2023 (act. 3/10) mit Dämmungsarbeiten betraut worden. Damit ist die Viermonatsfrist mit der superprovisorischen Eintragung vom 16. August 2024 gewahrt.

7. 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.

8. 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 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.

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 220'358.30 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 5'800.– festzusetzen ist. Hinzu kommen die Kosten des Grundbuchamtes von CHF 115.20 (act. 7). Allfällige weitere Kosten sind vorbehalten.

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 11'100.– 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 vorläufi-

ger Eintragung gemäss Verfügung vom 16. August 2024 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses, auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 1, EGRID CH3, G._____, D._____-Strasse ..., ..., ..., ... und H._____-Gasse ..., ..., ..., für eine Pfandsumme von CHF 220'358.30 nebst Zins zu 5 % seit 24. Mai 2024.

2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 9. 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.
3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 5'800.–. Die weiteren Kosten betragen CHF 115.20 (Rechnung Nr. 169587.01 des Grundbuchamtes C._____ vom 16. August 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 11'100.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel von act. 13, act. 14 und act. 15/2–7, 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 220'358.30.

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

Zürich, 7. Oktober 2024

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Pierre Heijmen