

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE240143-O

U/pz

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

Verfügung und Urteil vom 10. Oktober 2024

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. 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._____, E._____-strasse ..., ... D._____ sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin an der F.____-strasse, D._____, BFS Nr. 1, Grundstück Nr. 2, Grundbuchamt D._____, ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin für die Pfandsumme von CHF 2'068'143.70 nebst Zins zu 5% - auf einem Teilbetrag von CHF 1'387'585.75 ab dem 7. Mai 2024 sowie auf dem Restbetrag von CHF 680'557.95 ab dem 23. Juli 2024 - vorläufig als Vormerkung einzutragen.
2. Die Anweisung sei superprovisorisch zu verfügen und dem Grundbuchamt unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. 8.1% MwSt.) zulasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

1.1. Die Gesuchstellerin machte ihr Gesuch mit Eingabe vom 16. August 2024 hierorts anhängig (act. 1, 2 und 3/2-29). Mit Verfügung vom 19. August 2024 (act. 4) wurde das Grundbuchamt D._____ ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin angewiesen, das Pfandrecht im beantragten Betrag vorläufig einzutragen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme zum Gesuch angesetzt. Mit Eingabe vom 9. September 2024 (act. 8) ersuchte die Gesuchsgegnerin um Friststreckung und teilte mit, der C._____ AG den Streit verkündet zu haben (act. 10). Mit Verfügung vom 10. September 2024 (act. 11) wurde von der Streitverkündung Vormerk genommen und die Frist zur Stellungnahme erstreckt. Mit Eingabe vom 30. September 2023 (act. 13) nahm die C._____ AG die Streitverkündung an und verzichtete auf eine Stellungnahme. Die Gesuchsgegnerin nahm mit Eingabe vom 30. September 2024 Stellung (act. 14, 15 und 16/2-7).

1.2. Von der Nebenintervention der C._____ AG ist Vormerk zu nehmen und die Streitberufene als Nebenintervenientin im Rubrum aufzunehmen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Prozessgegenstand

2.1. Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des streitgegenständlichen Grundstücks (act. 3/4). Sie schloss mit der Streitberufenen, der C._____ AG, einen Totalunternehmervertrag betreffend die schlüsselfertige, betriebs- und bezugsbereite Erstellung des Umbaus und der Erweiterung des Spitals D._____ (act. 1 Rz. 8 und 20; act. 14 Rz. 6). Die C._____ AG schloss wiederum mit der Gesuchstellerin Werkverträge betreffend die Lüftungs- und Heizungsanlage (act. 3/5 und 6 bzw. 3/18 und 20).

2.2. Die Gesuchstellerin verlangt die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Umfang von CHF 2'068'143.70 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 und die Pfandsumme nicht nachvollziehbar 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. 14 Rz. 18 ff.; act. 16/3; act. 16/7). 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. 4; 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. Lüftungsanlage

5.1.1.1. Die Gesuchstellerin macht für die Lüftungsanlage unbezahlte Rechnungen von total CHF 46'045.75 geltend. Dieser Betrag setzte sich aus der 3. Akontorechnung über CHF 24'474.70 (act. 3/15), einem Rückbehalt per 31. Dezember 2023 von CHF 43'060.60 (act. 3/17) und einer gegenläufigen Position von CHF -

24'805.20 (act. 3/16) zusammen. Vom vereinbarten Werkpreis (inkl. MwSt.) von CHF 4'200'300.– (act. 3/6), seien bisher Leistungen im Umfang von CHF 820'300.07 netto erbracht worden (act. 1 Rz. 15; act. 3/13). Die Vertragsleistungen habe die Gesuchstellerin einerseits in ihrer Abacus Software, andererseits über periodische Leistungsnachweise festgehalten (act. 1 Rz. 9).

5.1.2. Die Gesuchsgegnerin wendet ein, dass Akontozahlungen gerade nicht die effektiv ausgeführten Arbeiten belegen würden, sondern "pauschale" Zahlungen seien. Es sei nicht dargelegt worden, welche Arbeiten vertragskonform erbracht worden seien (act. 14 Rz. 36).

5.1.3. Bei den von der Gesuchstellerin erbrachten Arbeiten im Zusammenhang mit der Lüftungsanlage handelt es sich um pfandberechtigte Arbeiten. Die Gesuchsgegnerin macht nicht geltend, die von der Gesuchstellerin geforderten ausstehenden Beträge bezahlt zu haben. Im Rahmen des vorsorglichen Eintragungsverfahrens ist der ausstehende Betrag von CHF 46'045.75 für die Lüftungsanlage glaubhaft gemacht.

5.2. Heizungsanlage

5.2.1. Die Gesuchstellerin macht für die Heizungsanlage unbezahlte Rechnungen von total CHF 2'022'097.95 geltend: CHF 1'387'585.75 (8. Akontorechnung; act. 3/26), CHF 46'376.25 (Zwischenschlussrechnung vom 23. Mai 2024; act. 3/28) und CHF 190'532.20 (Rückbehalt per 31. Dezember 2023; act. 3/29). Diese Rechnungen würden auf dem aktuellen Leistungsnachweis für die Zwischenschlussrechnung (act. 3/25) basieren, wobei die Nebenintervenientin den vorgängigen Leistungsnachweis (act. 3/24) unterzeichnet habe (act. 1 Rz. 25).

5.2.2. Die Gesuchsgegnerin beanstandet, dass sich die Gesuchstellerin auf den "aktuellen" Leistungsnachweis stützte, ohne zu erläutern, welche Positionen dort weshalb verändert worden seien. Weiter sei nicht ersichtlich, ob die 8. Akontorechnung vom 7. März 2024 in der Zwischenschlussrechnung vom 23. Mai 2024 Eingang finde (act. 14 Rz. 37 f.).

5.2.3. In der Zwischenschlussrechnung vom 23. Mai 2024 sind sowohl die 8. Akontorechnung als auch der Rückbehalt per 31. Dezember 2023 als bezahlt enthalten, weshalb diese zusätzlich geltend gemacht werden können (act. 3/28). Im aktuellen Leistungsnachweis (act. 3/25) sind gewisse Positionen unter "Nachträge Teuerung" zusätzlich aufgeführt. Im Rahmen des vorsorglichen Eintragungsverfahrens ist es nicht möglich, die Leistungsnachweise der Gesuchstellerin umfassend zu prüfen. Die Arbeiten der Gesuchstellerin betreffend Heizungsanlage sind klar pfandberechtigt, weshalb die geltend gemachte Pfandsumme von CHF 2'022'097.95 vorläufig als glaubhaft zu betrachten ist.

6. Einhaltung der Viermonatsfrist

6.1. Betreffend Lüftungsanlage führt die Gesuchstellerin aus, dass zuletzt am 2. bzw. vom 6. bis 7. Mai 2024 im Erdgeschoss folgende Regiearbeiten ausgeführt worden seien: Änderung der Kanalführung gemäss neuem Planstand und Anpassung an die fertig erstellten Aussparungen Trockenbau (act. 1 Rz. 10; act. 3/7-9). Zudem sei sie am 3. Mai 2024 über die provisorische Nachlassstundung der Nebenintervenientin informiert und aufgefordert worden, die Arbeiten am Bau mit sofortiger Wirkung einzustellen (act. 1 Rz. 11; act. 3/10). Vom 3. bis 8. Mai 2024 habe die Gesuchstellerin diverse Schadensminderungs- und Sicherheitsmassnahmen ergriffen (act. 1 R. 12 f.; act. 3/11-12). Das Auftragsvolumen sei bis dato nur zu ca. 20% erfüllt worden (act. 1 Rz. 15; act. 3/13).

6.2. Betreffend Heizungsanlage habe die Gesuchstellerin bis am 3. Mai 2024 Teile der Vertragsleistungen sowie Regiearbeiten erbracht (act. 1 Rz. 21; act. 3/21). Vom 6. bis 16. Mai habe sie noch diverse Schadensminderungs- und Sicherheitsmassnahmen ergriffen (act. 1 Rz. 23; act. 3/22-23). Das Auftragsvolumen sie bis dato nur zu ca. 60% erfüllt worden (act. 1 Rz. 24; act. 3/24-25).

6.3. Die Gesuchsgegnerin beanstandet, die Gesuchstellerin habe nicht einmal im Ansatz substantiiert dargelegt, am 2., 6. oder 7. Mai 2024 relevante Arbeiten verrichtet zu haben (act. 14 Rz. 24 ff.). Bei den Schadensminderungs- und Sicherheitsmassnahmen vom 3. bis 8. Mai 2024 bzw. 6. bis 16. Mai 2024 handle es sich um geringfügige oder nebensächliche Arbeiten (act. 14 Rz. 29 und 31).

6.4. Die vorläufige Eintragung hat unter Verwirkungsfolge "bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen" (Art. 839 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 ZGB; Art. 76 Abs. 3 GBV; BGE 126 III 462 E. 2c/aa). Die für den Beginn des Fristenlauf entscheidende Vollendung der Arbeiten tritt ein, "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" (BGE 125 III 113 E. 2b; Urteil des Bundesgerichts 5A_109/2022 vom 15. September 2022, E. 2.2). 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; Urteil des Bundesgerichts 5A_1047/2020 vom 4. August 2021, E. 3.1). Dies gilt selbst dann, wenn in dem der gesetzlichen Eintragsfrist entsprechenden Zeitraum vor Vertragsauflösung keine qualifizierten Arbeiten mehr stattgefunden haben (BGE 120 II 389 E. 1b S. 392).

6.5. Im Grundsatz ist unstrittig, dass die Arbeiten der Gesuchstellerin noch nicht abgeschlossen sind. Mit anderen Worten wurden die geschuldeten Werke bis anhin nicht vollendet. Entsprechend kann es sich bei den behaupteten Arbeiten von vornherein nicht um Arbeiten handeln, die rein der Vervollkommnung des Werks dienen. Mit dem Ausschluss geringfügiger untergeordneter Arbeiten als fristauslösende Arbeiten soll verhindert werden, dass der Fristenlauf bei an sich bereits vollendeten Arbeiten neu ausgelöst werden kann. Solange das Werk nicht vollendet wurde, dienen dagegen sämtliche werkvertraglich geschuldeten Leistungen dessen Vollendung. Entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin ist davon auszugehen, dass sowohl die Änderung der Kanalführung gemäss neuem Planstand und Anpassung an die fertig erstellten Aussparungen Trockenbau als auch die Vertragsleistungen betreffend Heizungsanlage bis zum Schreiben der Nebenintervenientin am 3. Mai 2024, mit welchem sie die Gesuchstellerin zur sofortigen Einstellung der Arbeiten aufforderte, zur Vollendung der Werke beitragen. Die Eintragsfrist lief deshalb frühestens am 3. September 2024 ab. Mit der Aufnahme ins Tagebuch am 19. August 2024 ist die Eintragsfrist eingehalten (Art. 839 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 961 Abs. 2 ZGB und Art. 972 Abs. 2 ZGB).

7. Verzugszinsen

7.1. Die Gesuchstellerin beantragt weiter die Eintragung von Zins zu 5% für CHF 1'387'585.75 ab dem 7. Mai 2024 und für CHF 680'557.95 ab dem 23. Juli 2024. Als Begründung führt sie an, dass die Zahlungsfrist der betreffenden Rechnungen jeweils 60 Tage betrug (act. 1 Rz. 18 und 30). Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Zinsforderung pauschal (act. 14 Rz. 41).

7.2. Auf den jeweiligen Rechnungen ist tatsächlich eine Zahlungsfrist von 60 Tagen netto aufgeführt (act. 3/15, 17, 26, 28, 29). Im Rahmen der vorsorglichen Eintragung ist gerade noch glaubhaft, dass die Zahlungsfristen effektiv an den genannten Daten endeten und es sich dabei jeweils um Verfalltage handelte (vgl. Art. 102 Abs. 2 OR), ab welchen Verzugszinsen geschuldet sind (Art. 104 OR).

8. Fazit und Fristansetzung zur Prosequierung

Im Ergebnis ist die einstweilige Anweisung als vorläufige Eintragung zu bestätigen. 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.

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 2'068'143.70 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1

GebV OG auf CHF 20'000.– festzusetzen ist. Hinzu kommen die Kosten des Grundbuchamtes von CHF 305.– (act. 7). 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 10'500.– 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, G._____ -strasse ..., ... Zürich (UID ...) 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 19. August 2024 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses

- auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 3, EGRID CH4,
für eine Pfandsumme von CHF 2'068'143.70 nebst Zins zu 5 %
- auf CHF 1'387'585.75 seit 7. Mai 2024 und
 - auf CHF 680'557.95 seit 23. Juli 2024.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 13. 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 20'000.–.
Die weiteren Kosten betragen: CHF 305.– (Rechnung Nr. 5 des Grundbuchamtes D. _____ vom 20. August 2023). 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 10'500.– zu bezahlen.
 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel von act. 14, 15 und 16/2-7 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 2'068'143.70.

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

Zürich, 10. Oktober 2024

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Livia Schlegel