

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE240145-O

U/YP

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin,  
sowie Gerichtsschreiberin Helene Lampel

## Verfügung und Urteil vom 26. November 2024

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt M.A. HSG in Law and Economics X2.\_\_\_\_\_

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 Notariat, Grundbuch- und Konkursamt D. \_\_\_\_\_ sei anzuweisen, zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin, Grundstück Nr. 1 D. \_\_\_\_\_, E-GRID CH2, ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin [einzutragen] für die Pfandsumme von CHF 72'676.20 (inkl. MwSt.) zuzüglich Verzugszins von 5 % p.a.
  - seit 21.04.2024 auf den Betrag von CHF 1'171.45,
  - seit 02.05.2024 auf den Betrag von CHF 14'118.10,
  - seit 22.05.2024 auf den Betrag von CHF 461.95,
  - seit 17.06.2024 auf den Betrag von CHF 55'844.80,
  - seit 24.06.2024 auf den Betrag von CHF 647.95,
  - seit 28.06.2024 auf den Betrag von CHF 431.95.
2. Die Anweisung sei superprovisorisch ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin zu verfügen und dem Grundbuchamt unverzüglich zur vorläufigen Eintragung mitzuteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

## **Erwägungen:**

### 1. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin reichte mit Eingabe vom 16. August 2024 ihr Gesuch ein (Poststempel vom 19. August 2024; Eingang am 20. August 2024; act. 1; act. 2; act. 3/2-26). Mit Verfügung vom 20. August 2024 wurde das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ antragsgemäss einstweilen angewiesen, das Pfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme zum Begehren der Gesuchstellerin angesetzt (act. 4). Das Grundbuchamt nahm die Anmeldung am 20. August 2024 entgegen (act. 5). Die Gesuchsgegnerin stellte mit Eingabe vom 10. September 2024 ein Fristerstreckungsgesuch und teilte mit, der C.\_\_\_\_\_ AG mit Schreiben vom selben Datum den Streit verkündet zu haben (act. 8; act. 9; act. 10/2 = act. 16/2). Mit Verfügung vom 11. September 2024 wurde von der Streitverkündung Vormerk genommen und die Frist zur Einreichung einer Stellungnahme zum Gesuch erstreckt (act. 11). Die Gesuchsgegnerin reichte mit Eingabe vom 30. September 2024 fristgerecht ihre Gesuchsantwort ein (act. 14; act. 15; act. 16/2-7). Die Nebenintervenientin teilte unter demselben Datum sinngemäss mit, zugunsten der Gesuchsgegnerin zu intervenieren. Gleichzeitig verzichtete die Nebenintervenientin auf eine Stellungnahme zum Gesuch (act. 13). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

### 2. Sachverhalt und Parteistandpunkte

2.1. Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in E.\_\_\_\_\_ GR. Sie bezweckt die Beratung, Planung (Engineering) und Ausführung von ... im allgemeinen ... sowie im ... (act. 1 Rz. 2; act. 3/2 sowie Handelsregisterauszug der Gesuchstellerin unter [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch), besucht am 20. November 2024).

Die Gesuchsgegnerin ist eine gemeinnützige Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in D. \_\_\_\_\_ ZH und bezweckt die medizinische Versorgung im ... [Region]. Zu diesem Zweck betreibt sie ein Akutspital in D. \_\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 3; act. 3/3 sowie Handelsregisterauszug der Gesuchsgegnerin unter [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch), besucht am 20. November 2024). Sie ging am tt.mm.2009 gestützt auf den interkommunalen Vertrag zwischen den zwölf Trägergemeinden aus der Umwandlung des Zweckverbands "F. \_\_\_\_\_" hervor (act. 1 Rz. 28 f.; act. 14 Rz. 18 ff.; act. 16/3 ff.). Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des streitgegenständlichen Grundstücks (act. 1 Rz. 4, Rz. 25; act. 14 Rz. 18; act. 3/4). Mit Verfügung vom 30. April 2024 gewährte das Einzelgericht des Bezirksgerichts Hinwil der Gesuchsgegnerin eine provisorische Nachlassstundung von vier Monaten, welche mit Verfügung vom 23. August 2024 bis zum 30. Dezember 2024 verlängert wurde (act. 1 Rz. 12, Rz. 29; act. 3/3, act. 3/9 f. sowie der Handelsregisterauszug der Gesuchsgegnerin unter [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch), besucht am 20. November 2024).

Die Nebenintervenientin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in Zürich ZH und bezweckt die Entwicklung, Realisierung und Nutzung von Immobilien und Bauprojekten aller Art, darunter u.a. die Planung und Ausführung von Neu- und Umbauten, insbesondere als Total- oder Generalunternehmung auf Rechnung Dritter. Nachdem die Nebenintervenientin in finanzielle Schwierigkeiten geraten war, gewährte das Nachlassgericht am Bezirksgericht Zürich ihr am 6. Juni 2024 die provisorische Nachlassstundung, welche mit Entscheid vom 1. Oktober 2024 bis zum 7. Februar 2025 verlängert wurde (act. 1 Rz. 9, Rz. 16; act. 3/6 und act. 3/17 sowie der Handelsregisterauszug der Nebenintervenientin unter [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch), besucht am 20. November 2024).

2.2. Die Gesuchstellerin begehrt die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Sinne von Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB.

2.3. Es ist unbestritten, dass die Gesuchsgegnerin auf dem streitgegenständlichen Grundstück den Umbau und die Erweiterung der Gebäulichkeiten des Spitals D. \_\_\_\_\_ realisiert. Die Bauarbeiten sollten in mehreren Etappen erfolgen, wobei südlich des bestehenden Hochhauses ein Erweiterungsbau mit fünf Geschos-

sen geplant ist. Nach dessen Fertigstellung ist die Renovation des denkmalgeschützten Hochhauses vorgesehen (act. 1 Rz. 9; act. 14 Rz. 6; act. 3/7). Über die schlüsselfertige, betriebs- und bezugsbereite Erstellung des Umbaus und der Erweiterung des Spitals D.\_\_\_\_\_ schloss die Gesuchsgegnerin mit der Nebenintervenientin den Totalunternehmervertrag vom 19./20. Dezember 2017 (act. 1 Rz. 9; act. 14 Rz. 6; act. 3/7). In der Folge betraute die Nebenintervenientin die Gesuchstellerin gemäss Werkvertrag bzw. gestützt auf das Vergabeverhandlungsprotokoll vom 14. Mai 2019 mit Zuschlagsschreiben vom 23. März 2021 in Bezug auf den Erweiterungsbau (Los 1) mit Grundwasserabdichtungsarbeiten zu einem Werkpreis von CHF 226'650.30 exkl. MWST (Vertrag Nr. 4100005229; act. 1 Rz. 6, Rz. 8 ff., Rz. 17; act. 14 Rz. 6; act. 3/5 S. 1 ff.; act. 3/25 S. 3 f.). Diese Grundwasserabdichtungsarbeiten führte die Gesuchstellerin gemäss ihren unbestrittenen Angaben ab Anfang 2021 aus (act. 1 Rz. 11; act. 14 Rz. 6). Im Zuge der Ausführung schloss die Gesuchstellerin mit der Nebenintervenientin gemäss Nachtragsbestätigung vom 1. März 2023 verschiedene Nachträge (act. 1 Rz. 11; act. 14 Rz. 6; act. 3/8). Darüber hinaus verrichtete die Gesuchstellerin gemäss ihren unstrittigen Ausführungen eine Reihe von Regiearbeiten (act. 1 Rz. 11, Rz. 17 ff.; act. 3/20; act. 3/22 S. 1 f., S. 6 und S. 13 f.). Mit Schreiben vom 3. Mai 2024 informierte die Nebenintervenientin die Gesuchstellerin über die provisorische Nachlassstundung in Bezug auf die Gesuchsgegnerin und forderte die Gesuchstellerin sinngemäss dazu auf, die Arbeiten auf dem streitgegenständlichen Grundstück – abgesehen von erforderlichen Sicherungsarbeiten – unverzüglich einzustellen sowie in den kommenden Wochen eine Zwischenabrechnung vorzunehmen (act. 1 Rz. 12, Rz. 14; act. 14 Rz. 24 ff.; act. 3/10; act. 3/14 f. = act. 3/23 f.). Sodann teilte die Nebenintervenientin der Gesuchstellerin mit Schreiben vom 24. Mai 2024 mit, dass sie den Vertrag mit der Gesuchsgegnerin gekündigt habe, auf weitere Leistungserbringung der Gesuchstellerin verzichte, der Gesuchsgegnerin mündlich mitgeteilt habe, dass ein allfälliger Vertragseintritt vorbehalten bleibe, und vorläufig keine Rechnungen ihrer Subunternehmer mehr bezahlen werde (act. 1 Rz. 13; act. 3/12 f.).

2.4. Unter Hinweis auf ihre Trägerschaft und ihren Zweck vertritt die Gesuchstellerin den Standpunkt, dass das streitgegenständliche Grundstück nicht dem Verwaltungsvermögen zuzurechnen sei, weshalb die Eintragung eines Baupfandrechts zulässig sei (act. 1 Rz. 28 f.). Sie macht weiter geltend, Anspruch auf die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts in Höhe der geltend gemachten Forderung zuzüglich Verzugszins zu haben (act. 1 Rz. 30 ff.). Die letzten geplanten Arbeiten der Gesuchstellerin seien am 30. April 2024 und die letzten Sicherungsarbeiten am 27. Mai 2024 erfolgt (act. 1 Rz. 13 ff., Rz. 36, Rz. 40; act. 3/11; act. 3/14 ff.; act. 3/23 f.). Von den mit dem Werkvertrag vereinbarten Arbeiten habe die Gesuchstellerin gesamthaft solche im Umfang von CHF 284'509.76 verrichtet (unter Abzug von Rabatten; exkl. MWST; act. 1 Rz. 17 f., Rz. 21; act. 3/8; act. 3/18 ff.). Die von der Gesuchstellerin dafür gestellten Rechnungen seien im Umfang von CHF 211'511.78 (netto exkl. MWST) honoriert worden, so dass in dieser Hinsicht eine Restforderung von CHF 57'420.19 (exkl. MWST) resultiere (act. 1 Rz. 19, Rz. 21 f.; act. 3/18 f.; act. 3/21; act. 3/25 f.). Während der Bauausführung seien zwischen der Gesuchstellerin und der Nebenintervenientin zudem die Ausführung verschiedener Nachtrags- und Regiearbeiten vereinbart worden (act. 1 Rz. 11; act. 3/8; act. 3/20 ff.). Die in diesem Zusammenhang erbrachten Leistungen im Umfang von gesamthaft CHF 15'571.79 (exkl. Rabatte und MWST) bzw. CHF 16'831.40 (nach Abzug von Rabatten und inkl. MWST) habe die Gesuchstellerin in Rechnung gestellt; diese seien von der Nebenintervenientin aber nicht bezahlt worden (act. 1 Rz. 20 ff.; act. 3/18 f.; act. 3/22-24).

2.5. Die Gesuchsgegnerin beantragt die Abweisung des Gesuchs, soweit darauf einzutreten sei (act. 14 S. 2). Sie hält dafür, das streitgegenständliche Grundstück könnte im Verwaltungsvermögen stehen, so dass die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts a priori ausser Betracht fiele (act. 14 Rz. 18 ff.; act. 16/3 ff.). Des Weiteren bestreitet sie, dass die Gesuchstellerin Arbeiten im behaupteten Umfang erbracht und am 27. Mai 2024 bzw. eventualiter am 30. April 2024 letzte Arbeiten ausgeführt habe (act. 14 Rz. 24 ff., Rz. 32 ff.). Zudem sei die Pfandsomme ungenügend dargelegt worden bzw. nicht nachvollziehbar und die in dieser Hinsicht eingereichten Beweismittel zur Glaubhaftmachung derselben ungeeignet (act. 14 Rz. 41 ff., Rz. 47 unter Hinweis auf act. 3/18 und act. 3/22 ff.).

### 3. Formelles

3.1. Die Vollmacht der Gesuchstellerin an ihre Rechtsvertretung vom 14. August 2024 wurde durch ihren einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführer G.\_\_\_\_\_ unterzeichnet (act. 2; act. 3/2 sowie Handelsregisterauszug der Gesuchstellerin unter [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch), besucht am 20. November 2024). Die Vollmacht der Gesuchsgegnerin an ihre Rechtsvertretung unterzeichneten H.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_, welche beide kollektiv zu zwei Zeichnungsberechtigte Mitglieder der Geschäftsleitung der Gesuchsgegnerin sind (act. 9; act. 3/3 sowie Handelsregisterauszug der Gesuchsgegnerin unter [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch), besucht am 20. November 2024). Die Gesuchstellerin und die Gesuchsgegnerin sind somit rechtsgültig vertreten (Art. 68 Abs. 3 ZPO).

3.2. 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 10. September 2024 den Streit (act. 10/2 = act. 16/2; vgl. auch act. 8 und act. 14 Rz. 4 ff.). Die Gesuchsgegnerin führt dazu aus, die Streitberufene habe ihr mit Werkvertrag vom 19./20. Dezember 2017 zugesichert, dass seitens von Unternehmern und Lieferanten keine Bauhandwerkerpfandrechte im Grundbuch eingetragen würden sowie dass sie zur Verhinderung einer vorläufigen oder definitiven Eintragung im Grundbuch erforderlichenfalls unverzüglich eine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB leisten werde (act. 14 Rz. 6; vgl. auch act. 1 Rz. 9). 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). Von der Streitverkündung der Gesuchsgegnerin wurde mit Verfügung vom 11. September 2024 Vormerk genommen (act. 11). Die Streitberufene teilte mit Eingabe vom 30. September 2024 mit, sie nehme die Streitverkündung im Sinne von Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO an (act. 13), worauf sie als Nebenintervenientin in das Rubrum aufgenommen wurde. Von der Nebenintervention der Streitberufenen ist Vormerk zu nehmen.

3.3. Die örtliche Zuständigkeit des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich ergibt sich aus Art. 13 lit. a in Verbindung mit Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO, die sachliche Zuständigkeit aus Art. 6 Abs. 5 in Verbindung mit Abs. 1 und Abs. 2 ZPO sowie § 45 lit. b GOG (BGE 137 III 563 E. 3.4; vgl. auch act. 1 Rz. 5 f.).

3.4. Auch die übrigen Prozessvoraussetzungen sind gegeben und geben zu keinen Bemerkungen Anlass.

#### 4. Materielles

4.1. Gemäss Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 in Verbindung mit 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".

4.2. Im vorläufigen Eintragungsverfahren gilt das Beweismass der Glaubhaftmachung (Art. 961 Abs. 3 ZGB; Art. 261 Abs. 1 ZPO). Dabei ist das Beweismass gegenüber anderen Arten vorsorglicher Massnahmen besonders stark herabgesetzt (BGE 137 III 563 E. 3.3; BGer 5A\_613/2015 vom 22.01.2015, E. 4; RAINER SCHUMACHER/PASCAL REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2022, N 1534). Nach ständiger Rechtsprechung darf die vorläufige Eintragung "nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist; im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung dagegen zu bewilligen und die Entscheidung dem ordentlichen Richter zu überlassen" (BGE 86 I 265 E. 3; BGer 5A\_144/2024 vom 22.05.2024, E. 4.1; BGer 5A\_822/2022 vom 14.03.2023, E. 4.2). Das herabgesetzte Beweismass lässt jedoch die Behauptungs- und Substantiierungslast des Ansprechers unberührt (BGer 5A\_144/2024 vom 22.05.2024, E. 4.3.2;

BGer 5A\_822/2022 vom 14.03.2023, E. 4.5; BGer 5A\_280/2021 vom 17.06.2022, E. 3.4.3; SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 1466).

4.3. Zur Geltendmachung des Anspruchs aktivlegitimiert sind Handwerker oder Unternehmer (SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 1405). Dies gilt auch, wenn diese nicht den Grundstückeigentümer, sondern andere Handwerker oder Unternehmer zum Schuldner haben (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Die Gesuchstellerin als Subunternehmerin der Nebenintervenientin ist aktivlegitimiert.

4.4. Der (realobligatorische) Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts richtet sich gegen die jeweilige Eigentümerschaft des Grundstücks (BGE 134 III 147 E. 4.3; BGE 92 II 227 E. 1). Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des zu belastenden Grundstücks (act. 1 Rz. 4, Rz. 24; act. 3/4). Die Gläubigerin kann das Bauhandwerkerpfandrecht unter anderem auch während laufenden Nachlassstundungsverfahrens durchsetzen (BGE 119 III 124 E. 2; BSK ZGB II-THURNHERR, 7.Aufl. 2023, Art. 839/840 N 24 m.w.H.). Die Gesuchsgegnerin ist passivlegitimiert.

4.5. Pfandobjekt bildet ein Grundstück im Sinne von Art. 655 ZGB (SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 560). Bei einem öffentlichen Grundstück setzt die Belastung mit einem Pfandrecht die Zulässigkeit der Zwangsverwertung voraus (BGE 103 II 227 E. 4; SCHUMACHER/REY, a.a.O., N. 567 ff. m.w.H.). Gemäss Art. 839 Abs. 5 ZGB kann der Handwerker oder Unternehmer die vorläufige Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch verlangen, wenn strittig ist, ob es sich um ein Grundstück im Verwaltungsvermögen handelt. Die vorläufige Eintragung ist nur zu verweigern, wenn die Zugehörigkeit zum Verwaltungsvermögen zweifelsfrei feststeht (HGer ZH HE210042 vom 07.05.2021, E. 6.1).

Die Gesuchstellerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Verfügungsmacht über die Gesuchsgegnerin und damit auch über das streitgegenständliche Grundstück gemäss Art. 716 OR dem Verwaltungsrat und gerade nicht den Aktionären der Gesuchsgegnerin zustehe. Zudem unterstehe diese den Vorschriften des privatrechtlichen Konkurses nach dem SchKG. Wenn das Grundstück einer konkursrechtlichen Zwangsverwertung zugänglich sei, müsse dies auch für (gesetzliche)

Grundpfandrechte gelten. Daraus folgert die Gesuchstellerin, dass das streitgegenständliche Grundstück nicht dem Verwaltungsvermögen zuzurechnen sei, weshalb die Eintragung eines Baupfandrechts zulässig sei (act. 1 Rz. 28 f.). Die Gesuchsgegnerin wendet ein, dass die zwölf Aktionärsgemeinden die ausschliessliche Trägerschaft der Gesuchsgegnerin bilden würden und es sich bei ihr um eine gemeinnützige Aktiengesellschaft handle, deren Aktien im Alleineigentum dieser Gemeinden stünden, und die mit der Sicherstellung der medizinischen Grundversorgung und dem Betrieb eines Spitals die Erfüllung öffentlicher Aufgaben bezwecke (act. 14 Rz. 18 ff.). Die Verfolgung eines öffentlichen Zwecks durch eine Person des Privatrechts genügt allerdings für sich genommen nicht, um die im Eigentum dieser Person stehenden Sachen als Verwaltungsvermögen zu qualifizieren (BGE 107 II 44 E. 1b; BGer 5A\_78/2011 vom 15.06.2011, E. 2.3.2). Auch die Gesuchsgegnerin legt sich hinsichtlich der Qualifikation des streitgegenständlichen Grundstücks als Verwaltungsvermögen nicht abschliessend fest, sondern stellt die Zugehörigkeit zum Verwaltungsvermögen lediglich als möglich dar (act. 14 Rz. 22 f.). Beim jetzigen Streit- und Verfahrensstand steht die Zugehörigkeit zum Verwaltungsvermögen jedenfalls nicht zweifelsfrei fest. Die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem streitgegenständlichen Grundstück ist demnach zulässig.

4.6.1. Die Gesuchstellerin leistete gestützt auf den Werkvertrag mit der Totalunternehmerin vom 23. März 2021 (act. 3/5) Grundwasserabdichtungen und damit pfandberechtigte Arbeiten auf dem streitgegenständlichen Grundstück (act. 1 Rz. 6, Rz. 8, Rz. 24; act. 14 Rz. 6). Die Gesuchstellerin stellt sich auf den Standpunkt, die letzten geplanten Arbeiten der Gesuchstellerin seien am 30. April 2024 und die letzten Sicherungsarbeiten am 27. Mai 2024 erfolgt (act. 1 Rz. 13 ff., Rz. 36, Rz. 40; act. 3/11; act. 3/14 ff.; act. 3/23 f.). Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass die Gesuchstellerin an den genannten Daten relevante letzte Arbeiten ausgeführt habe. Die Gesuchstellerin habe diese Arbeiten nicht substantiiert dargelegt (act. 14 Rz. 24, Rz. 32 ff.). Auch aus der in Bezug auf die geltend gemachten, nicht näher spezifizierten Sicherungsarbeiten als Beweis offerierten Rechnung vom "28. Mai 2024 für Regiearbeiten vom 27. Mai 2024" (act. 3/15 = act. 3/24 S. 1 ff.) gehe nicht hervor, welche konkreten Arbeiten zu welchem Zeit-

punkt verrichtet worden seien (act. 14 Rz. 25 ff., Rz. 31, Rz. 35 ff.). Der beige-fügte Regierapport enthalte lediglich rudimentäre, kaum lesbare Angaben und auch die Fotos im Anhang zur Rechnung seien als Beweismittel für die angeblich an jenem Datum verrichteten letzten Arbeiten vollkommen ungeeignet (act. 14 Rz. 29 ff.; act. 3/15 = act. 3/24 S. 3 ff.). Zur Art der angeblich am 30. April 2024 erbrachten Arbeiten werde nichts ausgeführt und der dazu gehörige Tagesrapport erweise sich als nichtssagend bzw. nicht nachvollziehbar und sei als Beweismittel untauglich (act. 14 Rz. 33 ff.; act. 3/11). Zudem liege die Vermutung nahe, dass es sich bei den angeblich am 30. April bzw. am 27. Mai 2024 ausgeführten Arbeiten lediglich um geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten gehandelt habe, welche nicht als fristauslösende Arbeiten im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB zu qualifizieren seien (act. 14 Rz. 37 ff., Rz. 47).

4.6.2. Gemäss Art. 839 Abs. 1 ZGB kann das Pfandrecht bereits im Zeitpunkt der Verpflichtung zur Arbeitsleistung in das Grundbuch eingetragen werden. Der Unternehmer darf das Pfandrecht in der Höhe der gesamten (prospektiven) Vergütungssumme eintragen (SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 395 f.). Erlischt die Leistungspflicht nachträglich, entfällt die Pfandberechtigung im entsprechenden Umfang (SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 396, N 427). Aus der vorzeitigen Vertragsbeendigung folgende Schadenersatzansprüche sind nicht pfandberechtigt (SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 398, N 427). Mit Blick auf die vorstehenden Erwägungen ist eine solche Reduktion im Rahmen des vorläufigen Eintragungsverfahrens jedoch nur zu berücksichtigen, wenn der Bestand der Verpflichtung als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint (vgl. Erw. 4.2).

4.6.3. Mit Schreiben vom 3. und vom 24. Mai 2024 verzichtete die Nebenintervenientin auf die weitere Leistungserbringung durch die Gesuchstellerin (act. 1 Rz. 12 ff.; act. 3/10; act. 3/13). Gemäss Ziffer 11.1 der von der Gesuchstellerin am 17. Mai 2019 gegengezeichneten projektspezifischen Bedingungen der Nebenintervenientin als Totalunternehmerin verfügt die Gesuchsgegnerin jedoch über ein Eintrittsrecht in den zwischen der Gesuchstellerin und der Totalunternehmerin geschlossenen Vertrag (act. 3/5 S. 53 f.; act. 3/13). Mit Schreiben vom 24. Mai 2024 teilte die Nebenintervenientin der Gesuchstellerin mit, dass der Sachwalter der

Gesuchsgegnerin einem Vertragseintritt zu einem späteren Zeitpunkt zustimmen könnte (vgl. act. 1 Rz. 13 mit Hinweis auf act. 3/13). Bei dieser Sachlage ist der Fortbestand der Verpflichtung durchaus als möglich einzuschätzen. Jedenfalls im vorläufigen Eintragungsverfahren ist von der Pfandberechtigung in der Höhe der gesamten Vergütungsforderung abzüglich der geleisteten Akontozahlungen auszugehen. Die Vergütungsforderung setzt sich zusammen aus CHF 226'650.30 (exkl. MWST) gemäss Zuschlagsschreiben vom 23. März 2021, CHF 87'836.50 (inkl. MWST) gemäss Nachtragsbestätigung vom 1. März 2023 und – gemäss Darstellung der Gesuchstellerin – zusätzlich erbrachten Leistungen im Umfang von CHF 2'713.30 (nach Abzug von Rabatten und inkl. MWST; act. 1 Rz. 17 ff.; act. 3/5 S. 1 ff.; act. 3/8; act. 3/14 f. = act. 3/23 f.; act. 3/18; act. 3/20; act. 3/22 S. 1 f., S. 6 und S. 13 f.). Die von der Nebenintervenientin geleisteten Akontozahlungen belaufen sich auf insgesamt CHF 211'511.78 (exkl. MWST; act. 1 Rz. 21; act. 3/18; act. 3/25), was grundsätzlich eine pfandberechtigte Vergütungsforderung in Höhe der Differenz von rund CHF 105'000.00 ergibt. Vorliegend macht die Gesuchstellerin eine Pfandsumme von CHF 72'676.20 geltend (nach Abzug von Rabatten und inkl. MWST; act. 1 S. 2 und S. 7 ff., Rz. 17 ff., Rz. 22). Die Gesuchsgegnerin stellt sich auf den Standpunkt, diese Pfandsumme sei ungenügend dargelegt worden bzw. nicht nachvollziehbar und die in dieser Hinsicht eingereichten Beweismittel zur Glaubhaftmachung derselben ungeeignet (act. 14 Rz. 41 ff., Rz. 47 mit Hinweis auf act. 3/18; act. 3/22 ff.). Die Ausführungen der Gesuchstellerin sowie die in dieser Hinsicht eingereichten Beilagen erscheinen zur Begründung der Pfandsumme indessen weder als ausgeschlossen noch als höchst unwahrscheinlich, so dass sich mit Blick auf die tiefen Anforderungen an die Glaubhaftmachung im vorläufigen Eintragungsverfahren die geltend gemachte Pfandsumme als genügend substantiiert erweist.

4.7.1. Die vorläufige Eintragung hat unter Verwirkungsfolge "bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen" (Art. 839 Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 ZGB und Art. 76 Abs. 3 GBV; BGE 126 III 462 E. 2c/aa; BGer 5A\_144/2024 vom 22.05.24, E. 4.1 m.w.H.). 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 m.H.; BGer 5A\_144/2024 vom 22.05.24, E. 4.1 m.w.H.). Im Falle eines Abbruchs der Arbeiten beginnt die gesetzliche Eintragsfrist im Zeitpunkt der vorzeitigen Vertragsauflösung zu laufen (BGE 120 II 389 = Pra 84 [1995] Nr. 199, E. 1a; BGE 102 II 206 E. 1a; BGer 5A\_1047/2020 vom 04.08.2021, E. 3.1 m.w.H.). Dies gilt selbst dann, wenn in dem der gesetzlichen Eintragsfrist entsprechenden Zeitraum vor Vertragsauflösung keine qualifizierten Arbeiten mehr stattgefunden haben (BGE 120 II 389 = Pra 84 [1995] Nr. 199, E. 1b).

4.7.2. Die Gesuchstellerin stützt sich auf das Datum der letzten Arbeiten am 30. April bzw. am 14. und 27. Mai 2024 (act. 1 Rz. 14, Rz. 36; act. 3/11; act. 3/14 = act. 3/23 S. 1-3; act. 3/15 = act. 3/24 S. 1-3). Andererseits ist ihren Ausführungen zu entnehmen, dass die Nebenintervenientin mit Schreiben vom 24. Mai 2024 die Einstellung der Bauarbeiten für längere Zeit mitgeteilt habe (act. 1 Rz. 13 unter Hinweis auf act. 3/13). Damit verzichtete die Nebenintervenientin auf unbestimmte Zeit auf die Leistungserbringung. Im Grundsatz ist unstrittig, dass die Arbeiten der Gesuchstellerin noch nicht abgeschlossen sind (act. 1 Rz. 14 f.; act. 14 Rz. 24 ff.). Die Gesuchstellerin durfte mit der Eintragung bis zur (einstweiligen) Vertragsauflösung mit Schreiben der Nebenintervenientin vom 24. Mai 2024 zuwarten (act. 3/13). Die Eintragsfrist läuft demzufolge frühestens am 24. September 2024 ab. Mit der Aufnahme des Bauhandwerkerpfandrechts ins Tagebuch am 20. August 2024 ist die Eintragsfrist eingehalten (act. 5; Art. 839 Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 961 Abs. 2 ZGB und Art. 972 Abs. 2 ZGB). Die allenfalls unsubstantiierte Darlegung "letzter Arbeiten" am 30. April bzw. am 27. Mai 2024 ist nicht entscheidungserheblich, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist. Da das Werk noch nicht vollendet ist, können die letzten Arbeiten im eigentlichen Sinne noch gar nicht stattgefunden haben.

4.8. Der Zinsanspruch folgt aus Art. 102 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 OR. Die Gesuchstellerin stellt sich auf den Standpunkt, es sei aufgrund der Formulierung "Saldo netto zu bezahlen innert 30 Tagen" auf allen von der Ge-

suchstellerin an die Nebenintervenientin gestellten Rechnungen jeweils eine Zahlungsfrist von dreissig Tagen netto vereinbart worden (act. 1 Rz. 20 f. und Rz. 37 f.; act. 3/14 = act. 3/23 S. 1 f.; act. 3/15 = act. 3/24 S. 1 f.; act. 3/18; act. 3/22 S. 1 f., S. 6 und S. 13 f.; act. 3/26). Die Gesuchsgegnerin führt in dieser Hinsicht lediglich aus, da sich die Pfandsumme von vornherein als ungerechtfertigt erweise, werde auch die entsprechende Zinsforderung bestritten (act. 14 Rz. 45, Rz. 47). Die Vereinbarung einer Zahlungsfrist von dreissig Tagen blieb somit unbestritten und geht aus den nachfolgend aufgeführten Rechnungen hervor, in welchen jeweils der Nettobetrag inklusive MWST genannt wird. In der in Rechtsbegehren Ziff. 1 aufgeführten Reihenfolge (act. 1 S. 2) handelt es sich um die Rechnung vom 20. März 2024 im Betrag von CHF 1'171.45 (Verzugszinsforderung ab 21. April 2024; act. 3/22 S. 13 ff.); die Rechnung vom 31. März 2024 über CHF 14'118.10 (Verzugszinsforderung ab 2. Mai 2024; act. 3/22 S. 6), die Rechnung vom 20. April 2023 über CHF 461.95 (Verzugszinsforderung ab 22. Mai 2024; act. 3/22 S. 1 f.), die Akonto-Rechnung vom 16. Mai 2024 in der Höhe von CHF 55'844.80 (Verzugszinsforderung ab 17. Juni 2024; act. 3/26); die Rechnung vom 23. Mai 2024 im Betrag von CHF 647.95 (Verzugszinsforderung ab 24. Juni 2024; act. 3/14 = act. 3/23 S. 1 f.) sowie schliesslich die Rechnung vom 28. Mai 2024 in der Höhe von CHF 431.95 (Verzugszinsforderung ab 28. Juni 2024; act. 3/15 = act. 3/24 S. 1 f.). Alle genannten Rechnungen blieben gemäss unstrittiger Darstellung der Gesuchstellerin vollumfänglich unbezahlt (act. 1 Rz. 19 f.; act. 14 Rz. 28 ff.). Die Zahlungsfrist für diese Rechnungen lief jeweils frühestens 30 Tage vor dem Datum ab, von welchem an die Gesuchstellerin Verzugszins fordert. Seither befindet sich die Nebenintervenientin in Verzug (vgl. Art. 104 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 77 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Die Pfandsumme von insgesamt CHF 72'676.20 (inkl. MWST) ist daher für die einzelnen Teilbeträge antragsgemäss ab den in Rechtsbegehren Ziff. 1 des Gesuchs genannten Daten zu verzinsen.

4.9. Die Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts kann nicht verlangt werden, wenn für die Pfandsumme eine anderweitige hinreichende Sicherheit besteht (Art. 839 Abs. 3 ZGB). Gemäss unbestrittener Darstellung der Gesuchstellerin besteht keine Sicherheit für ihre Forderung (act. 1 Rz. 34; act. 14 Rz. 47).

4.10. Im Ergebnis ist die einstweilige Anweisung zu bestätigen als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 20. August 2024 (act. 4).

4.11. Sodann ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um gegen die Gesuchsgegnerin Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts anzuheben. Die Prosequenzfrist ist praxismässig auf 60 Tage festzulegen, allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (BGE 143 III 554 = Pra 107 [2018] Nr. 145, 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.

## 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 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). Vorliegend beläuft sich der Streitwert auf CHF 72'676.20 (act. 1 S. 2 f., Rz. 5). Die gemäss § 4 Abs. 1 GebV OG bestimmte einfache Grundgebühr beträgt CHF 7'364.00. In Anwendung von § 4 Abs. 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG und unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips ist diese auf rund die Hälfte zu reduzieren. Die Gerichtsgebühr ist demzufolge auf CHF 3'700.00 festzusetzen.

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.

5.2. 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 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von rund der Hälfte der Grundgebühr bzw. CHF 4'500.00 zuzusprechen. Mangels Darlegung der fehlenden Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die Parteientschädigung praxisgemäss ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. BGer 4A\_552/2015 vom 25.05.2016, E. 4.5).

**Das Einzelgericht verfügt:**

1. Von der durch die Streitberufene C.\_\_\_\_\_ AG, ... [Adresse] (CHE-3), 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 20. August 2024 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 1,GBBI. 4, Grundregister D.\_\_\_\_\_, EGRID CH2, J.\_\_\_\_\_, K.\_\_\_\_\_-strasse ..., ... und ... und L.\_\_\_\_\_-strasse ..., ..., ... und ..., D.\_\_\_\_\_,  
für eine Pfandsumme von CHF 72'676.20 nebst Zins zu 5% seit  
21. April 2024 auf CHF 1'171.45,  
2. Mai 2024 auf CHF 14'118.10,  
22. Mai 2024 auf CHF 461.95,

17. Juni 2024 auf CHF 55'844.80,  
24. Juni 2024 auf CHF 647.95,  
28. Juni 2024 auf CHF 431.95.

2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 27. Januar 2025 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 3'700.00.  
Die weiteren Kosten betragen: CHF 55.00 (Rechnung Nr. 169605.01 des Grundbuchamtes D.\_\_\_\_\_ vom 21. August 2024).  
Allfällige noch nicht in Rechnung gestellte 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 4'500.00 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel von act. 13, act. 14 und act. 16/2-7, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage des Doppels von act. 13, an die Nebenintervenientin unter Beilage der Doppel von act. 14 und act. 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 Be-

schwerde 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 72'676.20.

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

Zürich, 26. November 2024

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Helene Lampel