

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE240150-O

U/mk

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

## Verfügung und Urteil vom 16. Oktober 2024

in Sachen

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

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1.\_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwältin MLaw 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 Grundbuchamt D. \_\_\_\_\_ sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks in der Gemeinde D. \_\_\_\_\_, Grundstück Nr. 1, E-GRID CH 2, Grundbuch-/Grundblatt Nr. 3, zugunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 429'705.75 vorläufig als Vormerkung einzutragen.
2. Die Anweisung gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 sei superprovisorisch (d.h. sofort nach Eingang des Gesuchs ohne Anhörung der Gegenpartei) zu verfügen und dem Grundbuchamt D. \_\_\_\_\_ unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.
3. Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzg. MWST) zulasten der Gegenpartei."

**Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

1. Mit Eingabe vom 3. September 2024 stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts das vorstehend aufgeführte Begehren (act. 1–3/2–25). Mit Verfügung vom 4. September 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 24. September 2024 verkündete die Gesuchsgegnerin der C. \_\_\_\_\_ AG den Streit und ersuchte um Er Streckung der Frist zur Erstattung der Gesuchsantwort (act. 9). Mit Verfügung vom 25. September 2024 wurde von der Streitverkündung an die C. \_\_\_\_\_ AG Vormerk genommen und der Gesuchsgegnerin die Frist zur Einreichung der Gesuchsantwort erstreckt (act. 12). Die Gesuchsgegnerin reichte mit Eingabe vom 10. Oktober 2024 fristgerecht ihre Gesuchsantwort ein (act. 14; act. 15/2–7). Am 15. Oktober 2024 erklärte die C. \_\_\_\_\_ AG, die Streitverkündung anzunehmen, und reichte ebenfalls eine Stellungnahme ein (act. 16).
2. Die C. \_\_\_\_\_ AG teilte mit Eingabe vom 15. Oktober 2024 mit, sie nehme die Streitverkündung im Sinne von Art. 79 Abs. 1 lit a ZPO an (act. 16). 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. 1 Rz. 10; act. 14 Rz. 17 ff.). 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. 34 ff.; 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. Unbestritten ist, dass die Gesuchstellerin mit der Nebenintervenientin zwei Werkverträge über die Herstellung und Montage von Fenstern sowie die Herstellung und Montage von Pfosten-Riegelkonstruktionen, automatischen Schiebetüren, Türen im Aussenbereich und Blechverkleidungen abgeschlossen hat (act. 1 Rz. 15 ff. und 33). Dabei handelt es sich ohne Weiteres um pfandberechtigte Arbeiten.

6. Die Gesuchstellerin beantragt gestützt auf die zwei erwähnten Werkverträge die Eintragung einer Pfandsumme von CHF 429'705.75 (act. 1 Rz. 15 ff.). Die Gesuchstellerin gründet diese Forderung auf zwei von ihr ausgestellten Schlussrechnungen über CHF 119'652.95 und CHF 310'052.80 (act. 1 Rz. 24; act. 3/19–20). Entgegen der Gesuchstellerin (act. 14 Rz. 31 ff.) hat die Gesuchstellerin damit die Pfandsumme für das vorliegende Verfahren hinreichend begründet. Die geltend gemachte Pfandsumme ist glaubhaft, zumal die Nebenintervenientin die gestellten Schlussrechnungen geprüft und gestützt darauf zwei Schlussvereinbarungen erstellt hat, worin sie Schlusszahlungen von CHF 114'845.56 und von CHF 310'052.70 (entsprechend total CHF 424'898.26) offeriert (act. 1 Rz. 26 ff.; act. 3/23–26). Dass zwischen den Schlussrechnungen der Gesuchstellerin und der von der Nebenintervenientin offerierten Schlusszahlung eine Differenz von CHF 4'807.49 besteht, ändert beim vorliegend anzuwendenden reduzierten Beweismass nichts. Es ist damit glaubhaft, dass die Gesuchstellerin eine offene Vergütungsforderung von CHF 429'705.75 hat.

7.1. Zu prüfen bleibt damit, ob die gesetzliche Eintragsfrist gewahrt ist. Die Gesuchstellerin bringt dazu vor, die Nebenintervenientin habe die Werkverträge mit Schreiben vom 24. Mai 2024 gekündigt. Zu diesem Zeitpunkt seien die geschulde-

ten Arbeiten in beiden Werkverträgen nicht vollendet gewesen (act. 1 Rz. 39 ff.). Die Gesuchsgegnerin stellt sich auf den Standpunkt, die Gesuchstellerin habe die Einhaltung der Eintragsfrist nicht genügend behauptet. Zudem habe sie seit November 2022, als die Nebenintervenientin in Gläubigerverzug geraten sei, spätestens aber seit August 2023, als sie ihre Arbeiten nicht habe fertigstellen können, wissen müssen, dass es bei den bis dahin ausgeführten Arbeiten bleibe (act. 14 Rz. 24 ff.). Die Nebenintervenientin ist der Auffassung, die Gesuchstellerin habe spätestens mit Erhalt des Schreibens vom 3. Mai 2024 (act. 3/14) Kenntnis von der Nachlassstundung der Gesuchsgegnerin gehabt und davon, dass weitere Arbeiten äusserst unwahrscheinlich seien (act. 16).

7.2. Das von der Gesuchstellerin beantragte Bauhandwerkerpfandrecht wurde am 4. September 2024 vorläufig im Grundbuch eingetragen (act. 7). Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass die Gesuchstellerin die ihr von der Nebenintervenientin übertragenen Arbeiten bislang nicht vollständig erbracht hat und der Vertrag zwischenzeitlich beendet wurde (act. 1 Rz. 29; act. 14 Rz. 33 ff.; act. 16). Bei einer definitiven Beendigung der Arbeiten 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). Gestützt auf das von der Gesuchstellerin eingereichte Schreiben der Nebenintervenientin vom 24. Mai 2024, worin diese den Verzicht auf die in den beiden Werkverträgen noch ausstehenden Leistungen erklärt hat, ist glaubhaft, dass die Gesuchstellerin erst ab Erhalt dieses Schreibens wissen musste, dass sie keine Leistungen mehr zu erbringen hat. Dass es bereits zu früheren Zeitpunkten zu Arbeitsverzögerungen kam, genügt entgegen der Gesuchsgegnerin nicht (act. 14 Rz. 26 ff.), um die Eintragsfrist auszulösen. Ebenso kann beim vorliegend anzuwendenden Beweismass nicht davon ausgegangen werden, dass die Gesuchstellerin bereits mit Erhalt des Schreibens der Nebenintervenientin vom 3. Mai 2024 die Beendigung hätte erkennen müssen. Die Nebenintervenientin hält im erwähnten Schreiben vielmehr fest, dass sie den Vertrag "sistiere", und weist weiter darauf hin, dass "grundsätzlich die Chance [besteht], dass die Verträge fortgesetzt werden können, sofern die Bauherrschaft dies will und finanzieren kann". Damit ist die Eintragsfrist ohne Weiteres gewahrt.

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 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.

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 429'705.75 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 8'100.– festzusetzen ist. Hinzu kommen die Kosten des Grundbuchamtes von CHF 219.85 (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 beziehen, 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 je-

doch nicht prosequieren sollte, ist der Gesuchsgegnerin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von CHF 8'500.– 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). Der Nebenintervenientin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Das Einzelgericht verfügt:**

1. Von der durch die Streitberufene (C.\_\_\_\_\_ AG, UID ..., E.\_\_\_\_\_ -str. 4, ... 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 4. September 2024 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, Grundregister Blatt 3, EGRID CH 2, F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ -strasse 5, 6, 7, 8 und H.\_\_\_\_\_ -gasse 9, 10, 11, für eine Pfandsumme von CHF 429'705.75.
2. 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.
3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 8'100.–. Hinzu kommen die Kosten des Grundbuchamtes von CHF 219.85. 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 Gesuchstel-

lerin 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 8'500.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppels von act. 14–17/1–2, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage der Doppel von act. 16–17/1–2 und an die Nebenintervenientin unter Beilage der Doppel von act. 14–15/2–7, 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 429'705.75.

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

Zürich, 16. Oktober 2024

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Lukas Bügler