

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE240158-O

U/mk

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

Verfügung und Urteil vom 18. Dezember 2024

in Sachen

A. _____ AG,
Gesuchstellerin

gegen

B. _____ AG,
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2. _____

sowie

C. _____ AG,
Nebenintervenientin

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2; sinngemäss)

Das Grundbuchamt D. _____ sei im Sinne von Art. 961 ZGB sofort und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin einstweilen anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen

auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, Grundregister Blatt 2, EGRID CH3, E. _____, F. _____-strasse 4, 5, 6, 7 und G. _____-gasse 8, 9, 10, D. _____,

für eine Pfandsumme von CHF 107'895.25 nebst Zins zu 5 % seit 24. August 2024;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

Erwägungen:

1. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin reichte mit Eingabe vom 12. September 2024 ihr Gesuch ein (Datum Poststempel; Eingang am 13. September 2024; act. 1; act. 2; act. 3/1-7). Mit Verfügung vom 13. September 2024 wurde das Grundbuchamt D. _____ antragsgemäss einstweilen angewiesen, das Pfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um Unterlagen zur behaupteten Vertragskündigung durch die C. _____ AG einzureichen (act. 4). Das Grundbuchamt nahm die Anmeldung am 13. September 2024 entgegen (act. 5; act. 7). Mit Eingabe vom 20. September 2024 (Eingangsdatum) reichte die Gesuchstellerin fristgerecht ein Schreiben der C. _____ AG vom 24. Mai 2024 nach (act. 9; act. 10). Mit Verfügung vom 20. September 2024 wurde der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme zum Begehren der Gesuchstellerin angesetzt (act. 11). Die Gesuchsgegnerin stellte mit Eingabe vom 14. Oktober 2024 ein Fristerstreckungsgesuch und teilte mit, der C. _____ AG mit Schreiben vom selben Datum den Streit verkündet zu haben (act. 13; act. 14; act. 15/2 = act. 20/2). Mit Verfügung vom 15. Oktober 2024 wurde von der Streitverkündung Vormerk genommen und die Frist zur Einreichung einer Stel-

lungnahme zum Gesuch erstreckt (act. 16). Die Gesuchsgegnerin reichte mit Eingabe vom 4. November 2024 fristgerecht ihre Gesuchsantwort ein (act. 19; act. 20/1-7). Die C._____ AG teilte unter demselben Datum sinngemäss mit, zugunsten der Gesuchsgegnerin zu intervenieren. Gleichzeitig verzichtete sie grösstenteils auf eine Stellungnahme zum Gesuch (act. 18). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Sachverhalt und Parteistandpunkte

2.1. Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in H._____ GR. Sie bezweckt ... (act. 3/1 sowie Handelsregisterauszug der Gesuchstellerin unter www.zefix.ch, besucht am 17. Dezember 2024).

Die Gesuchsgegnerin ist eine gemeinnützige Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in D._____ ZH und bezweckt Zu diesem Zweck betreibt sie ein Akutspital in D._____ (Handelsregisterauszug der Gesuchsgegnerin unter www.zefix.ch, besucht am 17. Dezember 2024). Sie ging am 1. Januar 2009 gestützt auf den interkommunalen Vertrag zwischen den zwölf Trägergemeinden aus der Umwandlung des Zweckverbands "... " hervor (act. 19 Rz. 18 ff.; act. 20/3-5, 20/7). Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des streitgegenständlichen Grundstücks (act. 1 S. 1; act. 19 Rz. 18; act. 3/2). 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. 20/6 sowie Handelsregisterauszug der Gesuchsgegnerin unter www.zefix.ch, besucht am 17. Dezember 2024).

Die Nebenintervenientin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in Zürich und bezweckt in erster Linie die Entwicklung, Realisierung und Nutzung von Immobilien und Bauprojekten aller Art, die Vermietung und Vermittlung von Liegenschaften, 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 (Handelsregisterauszug der Nebenintervenientin unter www.zefix.ch, besucht am 17. Dezember 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. 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. 19 Rz. 6; act. 2 sinngemäss). In der Folge betraute die Nebenintervenientin die Gesuchstellerin gemäss Werkvertrag bzw. gestützt auf das Vergabeverhandlungsprotokoll vom 7. September 2022 mit Zuschlagschreiben vom 24. November 2022 mit der Erstellung eines Helikopterlandeplatzes zu einem Werkpreis von CHF 507'180.40 (exkl. MWST) bzw. CHF 530'392.55 (inkl. MWST; Vertrag Nr. 4100007941; act. 2; act. 19 Rz. 6; act. 3/3). Die Gesuchstellerin macht sinngemäss geltend, sie habe mit der Nebenintervenientin zudem verschiedene Nachträge geschlossen (act. 2 unter Hinweis auf act. 3/5 f.). Weiter führt die Gesuchstellerin im Wesentlichen aus, die Nebenintervenientin habe sie Anfang Mai über die provisorische Nachlassstundung bezüglich der Gesuchsgegnerin informiert und sie dazu aufgefordert, sämtliches Material und Werkzeug von der Baustelle auf dem streitgegenständlichen Grundstück abzuholen sowie die erforderlichen (Absturz-)Sicherungsarbeiten vorzunehmen, welche der bei der Ge-

suchstellerin tätige Monteur bzw. Projektleiter I. _____ am 17. Mai 2024 veranlasst habe (act. 2; act. 3/4 ff.). Mit Schreiben vom 24. Mai 2024 teilte die Nebenintervenientin ihren Unternehmern im "Projekt B'. _____" – darunter der Gesuchstellerin – mit, dass sie den Vertrag mit der Gesuchsgegnerin gekündigt habe, auf weitere Leistungserbringung seitens ihrer Subunternehmer verzichte und vorläufig keine von diesen gestellte Rechnungen mehr bezahlen werde (act. 10).

2.4. Die Gesuchstellerin stellt sich sinngemäss auf den Standpunkt, Anspruch auf die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts in Höhe der geltend gemachten Forderung zuzüglich Verzugszins zu haben (act. 2). Neben der Vereinbarung einer Werkpreissumme von CHF 507'180.40 (exkl. MWST) seien zwischen der Gesuchstellerin und der Nebenintervenientin verschiedene Nachträge in der Höhe von rund CHF 200'000.00 (exkl. MWST) geschlossen worden, und die Nebenintervenientin habe Akontozahlungen von insgesamt rund CHF 427'000.00 geleistet (act. 2 unter Hinweis auf act. 3/5 f.). Unter Berücksichtigung dieser Akontozahlungen sowie von Rabatten und weiteren Abzügen verlangt die Gesuchstellerin die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts in der Höhe der von ihr errechneten Differenz von CHF 99'810.57 (exkl. MWST) bzw. CHF 107'895.25 (inkl. MWST) nebst Verzugszins zu 5 % seit 24. August 2024 (act. 1 S. 2; act. 2; act. 3/5-7).

2.5. Die Gesuchsgegnerin beantragt die Abweisung des Gesuchs, soweit darauf einzutreten sei (act. 19 S. 2). Sie hält dafür, das streitgegenständliche Grundstück könnte im Verwaltungsvermögen stehen, so dass die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts a priori ausser Betracht fiele (act. 19 Rz. 17 ff.; act. 20/3 ff.). Des Weiteren bestreitet sie, dass die Gesuchstellerin Arbeiten im behaupteten Umfang erbracht und am 17. Mai 2024 relevante letzte Arbeiten ausgeführt habe (act. 19 Rz. 24 ff., Rz. 34 unter Hinweis auf act. 3/4). Zudem sei die Pfandsumme ungenügend dargelegt worden bzw. nicht nachvollziehbar und die in dieser Hinsicht eingereichten Rechnungen zur Glaubhaftmachung derselben ungeeignet (act. 19 Rz. 28 ff., Rz. 34 unter Hinweis auf act. 3/5 f.). Auch die Zinsforderung erweise sich als unsubstantiiert (act. 19 Rz. 32 ff.).

3. Formelles

3.1. Die Vollmacht der Gesuchsgegnerin an ihre Rechtsvertretung unterzeichneten J._____ und K._____, welche beide kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigte Mitglieder der Geschäftsleitung der Gesuchsgegnerin sind (act. 14 = act. 20/1; act. 20/6 sowie Handelsregisterauszug der Gesuchsgegnerin unter www.zerfix.ch, besucht am 17. Dezember 2024). Die Gesuchsgegnerin ist 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 14. Oktober 2024 den Streit (act. 15/2 = act. 20/2; vgl. auch act. 13 und act. 19 Rz. 4 ff.). Die Gesuchsgegnerin führt dazu aus, die Streitberufene habe ihr gemäss Ziff. 14.1 des Werkvertrages vom 19./20. Dezember 2017 zugesichert, dass seitens von Unternehmern und Lieferanten keine Bauhandwerkerpfandrechte im Grundbuch eingetragen würden. Des Weiteren habe sich die Streitberufene gemäss Ziff. 14.3 des Werkvertrages dazu verpflichtet, zur Verhinderung einer vorläufigen oder definitiven Eintragung unverzüglich eine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB zu leisten (act. 19 Rz. 6). 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 15. Oktober 2024 Vormerk genommen (act. 16). Die Streitberufene teilte mit Eingabe vom 4. November 2024 mit, sie nehme die Streitverkündung im Sinne von Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO an (act. 18), 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).

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 m.H.; BGer 5A_613/2015 vom 22.01.2016, 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_822/2022 vom 14.03.2023, E. 4.2; BGer 5A_144/2024 vom 22.05.2024, E. 4.1 m.w.H.). 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 Gläubigerin kann das Bauhandwerkerpfandrecht unter anderem auch während laufenden Nachlassstundungsverfahrens durchsetzen (vgl. dazu BGE 119 III 124 E. 2; BSK ZGB II-THURNHERR, 7.Aufl. 2023, Art. 839/840 N 24 m.w.H.). Die Gesuchsgegnerin ist als Alleineigentümerin des zu belastenden Grundstücks (act. 1 S. 1; act. 3/2) 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 äussert sich nicht zur Frage, ob das streitgegenständliche Grundstück im Verwaltungsvermögen stehen könnte (act. 1, act. 2 und act. 9; vgl. auch act. 19 Rz. 17). Ihr Gesuch um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts lässt indessen darauf schliessen, dass die Gesuchstellerin nicht von einem Grundstück im Verwaltungsvermögen ausgeht. Die Gesuchsgegnerin macht in dieser Hinsicht geltend, dass die zwölf Aktionärgemeinden 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 im ... [Region] die Erfüllung öffentlicher Aufgaben bezwecke (act. 19 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. 19 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 24. November 2022 Arbeiten zur Erstellung eines Helikopterlandeplatzes auf dem streitgegenständlichen Grundstück (act. 2; act. 19 Rz. 6; act. 3/3 ff.). Die Gesuchstellerin stellt sich auf den Standpunkt, die letzten (Absturz-)Sicherungsarbeiten seien am 17. Mai 2024 erfolgt (act. 2). Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass die Gesuchstellerin an jenem Datum relevante letzte Arbeiten ausgeführt habe. Die Gesuchstellerin habe die Leistung von Arbeiten am 17. Mai 2024 nicht substantiiert dargelegt und in dieser Hinsicht keine Beweismittel offeriert (act. 19 Rz. 24 ff., Rz. 34). Der Screenshot eines Mobiltelefons, der Telefonate vom 17. Mai 2024 zwischen I._____, dem Monteur und Projektleiter der Gesuchstellerin, und L._____, dem Bauleiter der Nebenintervenientin, in Bezug auf die Veranlassung der Arbeiten belegen sollte (act. 2 mit Hinweis auf act. 3/4), erweise sich hinsichtlich der behaupteten Arbeitsausführung als nichtssagend und sei als Beweismittel untauglich (act. 19 Rz. 25). Zudem liege die Vermutung nahe, dass es sich bei den angeblich am 17. Mai 2024 ausgeführten Arbeiten lediglich um geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen gehandelt habe, welche nicht als fristauslösende Arbeiten im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB zu qualifizieren wären (act. 19 Rz. 26). Auch die Nebenintervenientin vertritt den Standpunkt, dass die Gesuchstellerin am 17. Mai 2024 lediglich untergeordnete (Aufräum-)Arbeiten ausgeführt habe, während die eigentliche Vollendung der Arbeiten bereits früher stattgefunden habe. Ausserdem reiche der eingereichte Screenshot betreffend die am 17. Mai ausgeführten Telefonate nicht aus, um nachzuweisen, ob und wenn ja welche Arbeiten ausgeführt worden seien (act. 18).

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 394 ff.). 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. Es ist unbestritten, dass – nachdem der Gesuchsgegnerin die provisorische Nachlassstundung gewährt worden war – die Nebenintervenientin die Gesuchstellerin Anfang Mai 2024 dazu aufforderte, sämtliches Material und alle Werkzeuge von der Baustelle auf dem streitgegenständlichen Grundstück abzuholen sowie auf dieser die Absturzsicherung vorzunehmen (act. 2; act. 19 Rz. 26). Gemäss Ziffer 11.1 der mit der Gesuchstellerin vereinbarten projektspezifischen Bedingungen der Nebenintervenientin als Totalunternehmerin verfügt die Gesuchsgegnerin über ein Eintrittsrecht in den zwischen der Gesuchstellerin und der Totalunternehmerin geschlossenen Vertrag (vgl. act. 10 S. 1). Mit Schreiben vom 24. Mai 2024 verzichtete die Nebenintervenientin auf die weitere Leistungserbringung durch die Subunternehmer, darunter auch die Gesuchstellerin. Gleichzeitig teilte sie der Gesuchstellerin mit, dass der Sachwalter der Gesuchsgegnerin einem Vertragseintritt zu einem späteren Zeitpunkt zustimmen könnte (act. 10; vgl. auch act. 9). Bei dieser Sachlage ist der Fortbestand der Verpflichtung durchaus als möglich einzuschätzen. Jedenfalls im vorläufigen Eintragungsverfahren ist von der Pfandberechtigung in Höhe der gesamten Vergütungsforderung abzüglich der geleisteten Akontozahlungen auszugehen.

4.6.4. Gemäss Darstellung der Gesuchstellerin setzt sich die geforderte Pfandsumme zusammen aus der Summe der erbrachten Leistungen in der Höhe von CHF 527'239.89 (unter Berücksichtigung allgemeiner Bauabzüge und exkl.

MWST) abzüglich der geleisteten Akontozahlungen von insgesamt CHF 427'429.32, so dass eine Differenz von CHF 99'810.57 (exkl. MWST) bzw. CHF 107'895.22 (inkl. MWST) resultiert (act. 1 S. 2; act. 2 unter Hinweis auf act. 3/5-7). Die Gesuchsgegnerin stellt sich auf den Standpunkt, diese Pfandsumme sei nicht glaubhaft dargetan worden bzw. nicht nachvollziehbar und unsubstantiiert. Sie weist darauf hin, dass die in den beiden Rechnungen (act. 3/5-6) aufgeführten, angeblich erbrachten Arbeiten weder näher beschrieben noch in dieser Hinsicht Belege wie Arbeitsrapporte als Beweismittel offeriert worden seien (act. 19 Rz. 28 ff., Rz. 34). Gemäss den vorstehenden Erwägungen besteht der Pfandanspruch indessen in der Höhe der gesamten (prospektiven) Vergütungssumme, weshalb die Vorbringen der Gesuchsgegnerin weitgehend ins Leere gehen. Die Ausführungen der Gesuchstellerin sowie die in dieser Hinsicht eingereichten Beilagen erscheinen zur Begründung der Pfandsumme – welche nicht nur die Vergütung für bereits geleistete Arbeiten, sondern auch für solche, zu denen sie sich verpflichtet hat, beinhalten kann – 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 von CHF 107'895.25 (inkl. MWST) 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 sowie 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; BGer 5A_144/2024 vom 22.05.24, E. 4.1 je 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 17. Mai 2024 (act. 2 unter Hinweis auf act. 3/4). Andererseits informierte die Nebenintervenientin die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 24. Mai 2024 im Wesentlichen darüber, dass sie den Totalunternehmer-Werkvertrag mit der Gesuchsgegnerin gekündigt habe, sowie dass sämtliche Bauarbeiten auf dem streitgegenständlichen Grundstück, auf welchem der Umbau und die Erweiterung des Spitals D._____ realisiert wird, für längere Zeit eingestellt würden (act. 10). Damit verzichtete die Nebenintervenientin auf unbestimmte Zeit auf die Leistungserbringung. Im Grundsatz ist unstrittig, dass die Arbeiten der Gesuchstellerin noch nicht abgeschlossen sind (act. 2 und act. 9; act. 19 Rz. 24 ff.). Die Gesuchstellerin durfte mit der Eintragung bis zur (einstweiligen) Vertragsauflösung mit Schreiben der Nebenintervenientin vom 24. Mai 2024 zuwarten (act. 10). Die Eintragsfrist läuft demzufolge frühestens am 24. September 2024 ab. Mit der Aufnahme des Bauhandwerkerpfandrechts ins Tagebuch am 13. September 2024 ist die Eintragsfrist eingehalten (act. 5 und act. 7; Art. 839 Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 961 Abs. 2 und Art. 972 Abs. 2 ZGB). Die allenfalls unsubstantiierte Darlegung "letzter Arbeiten" am 17. 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 Anspruch auf Verzugszins ergibt sich aus Art. 102 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 OR. Die Gesuchstellerin fordert die Eintragung der Pfandsumme nebst Zins zu 5 % seit 24. August 2024 (act. 1 S. 2). Die Gesuchgegnerin hält die Zinsforderung für unsubstantiiert, da sich die Gesuchstellerin im Gesuch selber nicht dazu geäussert habe (act. 19 Rz. 32 ff.). Mit Blick auf die tiefen Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Bauhandwerkerpfandrechts im vorläufigen Eintragungsverfahren erscheint der im Gesuch zur Forderungsbeurteilung erfolgte explizite Hinweis auf die von der Gesuchstellerin an die Nebenintervenientin gestellten Rechnungen vom 31. Mai 2024 (act. 3/5) und vom 24. Juli 2024 (act. 3/6) als gerade noch genügend. Gemäss Werkvertrag bzw. Zuschlagsschreiben vom 24. November 2022 wurden folgende Zahlungsbedingungen vereinbart: "60 Tage ab 10. des nächsten Monats" (act. 3/3). Diese Zahlungsfrist lief unter Berücksichtigung der dritten Akonto-Rechnung vom 31. Mai 2024 in Höhe der geforderten Pfandsumme (act. 3/5) bereits vor dem 24. August 2024 ab. Die von der Gesuchstellerin an die Nebenintervenientin gestellte Rechnung vom 24. Juli 2024 – ebenfalls über den Nettobetrag von CHF 107'895.25 inklusive MWST – enthält sodann die "Zahlungskondition: 30 Tage rein netto" (act. 3/6). Auch diese Frist war am 24. August 2024, ab welchem Datum die Gesuchstellerin Verzugszins fordert, bereits abgelaufen. Der Rechnungsbetrag in Höhe der Pfandsumme blieb gemäss unstrittiger Darstellung der Gesuchstellerin vollumfänglich unbezahlt (act. 2; act. 19 Rz. 28 ff.). Die Nebenintervenientin befindet sich spätestens seit dem 24. August 2024 in Verzug (vgl. Art. 104 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 77 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Die Pfandsumme von insgesamt CHF 107'895.25 (inkl. MWST) ist daher antragsgemäss ab diesem Datum 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). Dass eine Sicherheit für die Forderung geleistet worden sei, wird von keiner Partei geltend gemacht.

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 13. September 2024 (act. 4).

4.11. Sodann ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um gegen die Gesuchsgegnerin Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts anzuheben. Die Prosequierungsfrist 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 107'895.25 (act. 1 S. 2). Die gemäss § 4 Abs. 1 GebV OG bestimmte einfache Grundgebühr beträgt CHF 9'066.00. 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 4'500.00 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 5'500.00 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-11), 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 13. September 2024 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses
auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, Grundregister Blatt 2,
EGRID CH3,
E._____, F._____ -strasse 4, 5, 6, 7 und G._____ -gasse 8, 9, 10, D._____,
für eine Pfandsumme von CHF 107'895.25 nebst Zins zu 5 % seit
24. August 2024.

2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 21. Februar 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 4'500.00.
Die weiteren Kosten betragen: CHF 58.95 (Rechnung Nr. ... des Grundbuchamtes D. _____ vom 16. September 2024).
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 5'500.00 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel von act. 18, act. 19 und act. 20/1-7, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 18, an die Nebenintervenientin unter Beilage der Doppel von act. 19 und act. 20/1-7, 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 107'895.25.

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

Zürich, 18. Dezember 2024

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Helene Lampel