

ZH_HANDELSGERICHT HE240093 vom 24. September 2024

Zh Handelsgericht, 2024-09-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE240093

FR: ZH_HANDELSGERICHT HE240093 du 24 septembre 2024

IT: ZH_HANDELSGERICHT HE240093 del 24 settembre 2024

Erwägungen

E. 2

die Anweisung gemäss Ziffer 1 hiervor sei durch das angerufene Gericht als vorläufige Massnahme, superprovisorisch und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin zu erteilen;

E. 3

eventualiter sei die Anweisung gemäss Ziffer 1 hiervor durch das angerufene Gericht als vorläufige Massnahme provisorisch zu erteilen;

E. 4

die in Ziff. 1 hiervor beantragte superprovisorische Verfügung sei dem Grundbuchamt C._____ sofort anzumelden;

E. 5

der Gesuchstellerin sei eine angemessene Frist von mindestens zwölf Monaten ab rechtskräftigem Abschluss dieses vorläufigen Eintragungsverfahrens anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Ziffer 1 hiervor zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin einzuleiten;

E. 5.1

Vertragsbeziehung Unbestritten ist, dass die Gesuchstellerin im Rahmen des Bauprojekts auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin als Totalunternehmerin tätig war.

E. 5.2

Grundstück Das Grundstück, auf dem die von der Gesuchstellerin behaupteten Leistungen erbracht worden sind, steht im Alleineigentum der Gesuchsgegnerin (act. 3/6). Bei der Gesuchsgegnerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, die auf dem streitgegenständlichen Grundstück ein ... betreibt. Aktionäre der Gesuchsgegnerin sind mehrere Gemeinden (act. 12 Rz. 15 ff.; act. 13/2). Öffentliche Grundstücke, die im Verwaltungsvermögen stehen, sind grundsätzlich unpfändbar und können daher auch nicht mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet werden (SCHUMA-CHER/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. 12 Rz. 15 ff.). Bei dieser Sachlage ist – sofern die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind – vorläufig ein Bauhandwerkerpfandrecht im Grundbuch einzutragen. Ob es sich um Verwaltungsvermögen han-

- 6 - delt oder nicht, ist erst im definitiven Eintragungsverfahren zu klären (Art. 839 Abs. 5 und 6 ZGB; Urteil des Handelsgerichts ZH HE210042 vom 7. Mai 2021, E. 5 und 6.1).

E. 5.3

Verzicht der Gesuchstellerin Die Gesuchsgegnerin führt aus, die Gesuchstellerin habe rechtswirksam auf die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts verzichtet. Dieser Verzicht sei im Totalunternehmer-Werkvertrag vom 19./20. Dezember 2017 enthalten gewesen. In der Folge seien zahlreiche schriftliche Nachträge abgeschlossen, über welche teils monatelang verhandelt worden sei. Darin sei festgehalten worden, dass der TU-Werkvertrag unverändert weiter gelte. Damit hätten sich die Parteien nach Abschluss des TU-Werkvertrags und nach Baubeginn wiederholt zum Vertragsinhalt bekannt. Darunter falle auch der Verzicht auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts, womit dieser gültig sei (act. 12 Rz. 21 ff.; act. 22 Rz. 14 ff.). Die Gesuchstellerin bestreitet die Rechtswirksamkeit des Verzichts. Ein solcher könne nicht im Voraus erfolgen. Der Verzicht im Rahmen des Abschlusses des Werkvertrags sei nichtig, womit auch keine Weitergeltung vereinbart werden könne. Zudem seien die allgemeinen Nebenbestimmungen nicht nachverhandelt worden. Die floskelartige Weitergeltungsbestimmung könne folglich keine nachträgliche Einigung belegen. Zudem seien die bis zum Zeitpunkt der Nachträge bereits ausgeführten Arbeiten jeweils mehrheitlich schon bezahlt gewesen. In Bezug auf die noch zu erbringenden Leistungen handle es sich um einen unzulässigen Vorausverzicht (act. 19 Rz. 22 ff.). Unbestritten ist, dass auf die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht zum Voraus verzichtet werden kann (Art. 837 Abs. 3 ZGB). Keine Wirkung kann entsprechend die eigentliche Vereinbarung im Werkvertrag entfalten. Zwischen den Parteien und auch in der Lehre ist dagegen umstritten, ab welchem Zeitpunkt rechtswirksam auf ein Pfandrecht verzichtet werden kann. Während sich die herrschende Lehre auf den Standpunkt stellt, ein Verzicht sei unmittelbar nach Vertragsschluss möglich (vgl. etwa THURNHERR, in GEISER/WOLF [Hrsg.], Basler Kommentar Zivilgesetzbuch 2, 7. Aufl., Basel 2023, N 16 zu Art. 837/838 ZGB sowie die

- 7 - Hinweise in SCHUMACHER/REY, a.a.o., N 1026), worauf sich auch die Gesuchsgegnerin stützt, folgt die Gesuchstellerin einer Mindermeinung wonach erst nach Arbeitsvollendung ein gültiger Verzicht erfolgen kann (SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 1027 ff.). Das Bundesgericht hat sich bis anhin zu dieser Frage nicht geäußert. Für beide Ansichten sprechen verschiedene Argumente. So entsteht ein Anspruch auf Eintragung mit dem Vertragsabschluss, weshalb durchaus überzeugend erscheint, dass nach Entstehen des Anspruchs auch auf diesen verzichtet werden kann. Auf der anderen Seite ist auch nachvollziehbar, dass erst dann verzichtet werden können soll, wenn der Berechtigte das Ausmass seines Verzichts erkennen kann. Ob ein Verzicht durch Bestätigung der Vertragsbestimmung in den Nachträgen möglich ist und ob dieser im konkreten Fall rechtsgültig erfolgt ist, kann offenbleiben. Jedenfalls ist diese Frage nicht im summarischen Verfahren zu klären und erscheint nicht ausgeschlossen, dass ein Verzicht nicht rechtsgültig erfolgt ist, zumal die Nachträge keinen Bezug auf die Verzichtsklausel nehmen und diese auch nicht erneut verhandelt worden ist. Entsprechend steht ein allfälliger Verzicht einer provisorischen Eintragung nicht entgegen.

E. 5.4

Pfandberechtigung der Gesuchstellerin Weiter stellt sich die Gesuchsgegnerin auf den Standpunkt, dass der Gesuchstellerin als Totalunternehmerin per se kein Pfandanspruch zustehe, zumal sie selbst keinerlei physische Leistungen im Zusammenhang mit der Erstellung des Werkes erbracht habe. Anspruchsberechtigt seien nur Personen, welche Baumaterialien verbauen und als Bestandteil einfügen oder deren Arbeit sich am Bau

selbst materialisiert. Die Gesuchstellerin habe keine einzige Bauleistung bezeichnet, welche von ihr selbst erbracht worden sei (act. 12 Rz. 28 ff.; act. 22 Rz. 32 ff.). Die Gesuchsgegnerin ist der Meinung, ein Pfandanspruch bestehe auch bei einem Totalunternehmer. Zwar erbringe dieser bedeutende intellektuelle Leistungen im Rahmen der Vorbereitung der Bauarbeiten. Diese würden aber mit den Bauarbeiten, die als Hauptleistung ebenfalls geschuldet seien, eine funktionelle Einheit bilden. Es werde daran festgehalten, dass die Gesuchstellerin umfassende Leistungen erbracht habe, welche mit der provisorischen Schlussrechnung glaubhaft gemacht würden (act. 19 Rz. 34).

- 8 - Hierzu ist vorab festzuhalten, dass die Parteien unterschiedliche Sachverhalte vergleichen. Zutreffend ist, dass die Gesuchstellerin weder in ihrem Gesuch noch in ihrer Stellungnahme eine physische Arbeitsleistung, welche sie selbst auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin erbracht haben soll, glaubhaft gemacht hat. Dabei hat die Gesuchsgegnerin nicht in den Raum gestellt, dass im Rahmen des summarischen Verfahrens sämtliche Leistungen im Detail dargelegt werden müssten; einzig die Glaubhaftmachung einer physischen Arbeitsleistung wäre nach ihrem Dafürhalten erforderlich. Die Gesuchsgegnerin stützt sich auf einen Entscheid der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. September 2014, wonach kein Pfandanspruch für den General- oder Totalunternehmer besteht, wenn dieser sämtliche Arbeiten an Subunternehmer weitergibt (ZR 113 [2014] Nr. 80 E. 3). Nach der Rechtsprechung des Handelsgerichts kann dem - zumindest im Verfahren betreffend provisorischer Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts - nicht gefolgt werden. Ein Anspruch besteht nach der ständigen Rechtsprechung, wenn sich der Unternehmer zu einer Arbeitsleistung verpflichtet hat. Dass der Totalunternehmer - der immerhin das unternehmerische Risiko trägt - selbst physische Arbeiten erbringt, wird dagegen nicht vorausgesetzt (Urteil des Handelsgerichts ZH vom 27. Juli 2020, HE200122-O, E. 4.1; Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts ZH vom 8. Oktober 2021, ZR 120 [2021], E. 4.3). Da sich die Gesuchstellerin im Totalunternehmervertrag unbestrittenermassen zur Erstellung des Werks verpflichtet hat, ist der Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts glaubhaft.

E. 5.5

Pfandsumme

E. 5.5.1

Werkpreis Die Gesuchstellerin stützt sich für die Begründung der Höhe ihrer Pfandforderung auf die von ihr erstellte provisorische Schlussabrechnung vom 24. April 2024 (act. 1 Rz. 20). Die Gesuchsgegnerin bemängelt, dass damit die Forderung nicht glaubhaft gemacht werden könne, zumal ein Verweis auf Beilagen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht ausreiche. Zusätzlich äussert sie sich zu einzelnen Positionen der provisorischen Schlussabrechnung, welche sie aus ver-

- 9 - schiedenen Gründen nicht für berechtigt hält (act. 12 Rz. 54 ff.). Daneben macht die Gesuchsgegnerin geltend, dass für die Berechnung der Pfandsumme auch bei einer bloss teilweisen Fertigstellung das vertraglich vereinbarte maximale Kostendach, angepasst an den Stand der Arbeiten massgebend wäre (act. 12 Rz. 34 ff.). Grundsätzlich kann der Unternehmer die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für die gesamte vertragliche Vergütungssumme verlangen. Dies gilt ungeachtet davon, ob die Leistungen bereits erbracht wurden oder nicht (SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 395). Bei einer vorzeitigen Vertragsbeendigung besteht jedoch für die noch nicht erbrachten Leistungen

keine Pfandberechtigung (SCHUMA- CHER/REY, a.a.O., N 398 und 427). Zwischen den Parteien ist strittig, in welchem Umfang bisher Leistungen erbracht worden sind und in welcher Höhe diese pfandberechtigt sind. Ob für die Berechnung des Werkpreis alleine die Abrechnungen der Gesuchstellerin bzw. ihrer Subunternehmer oder auch das vereinbarte Kostendach massgebend ist, kann offenbleiben. Jedenfalls wäre bei einer definitiven Beendigung des Werkvertrags der Anteil der von der Gesuchstellerin bereits erbrachten Leistungen zu ermitteln. Diese Prüfung übersteigt den Anwendungsbereich des vorläufigen Eintragungsverfahrens und ist erst im definitiven Eintragungsverfahren vorzunehmen. Im vorliegenden Verfahren ist die Höhe des Pfandrechts in einer summarischen Prüfung zu bestimmen. Diesbezüglich ist auch der Verweis der Gesuchstellerin auf die provisorische Schlussabrechnung als genügend zu erachten. Diese ist soweit selbsterklärend. Eine Übernahme der einzelnen Beträge in die Rechtsschrift würde - zumindest im summarischen Verfahren - einen prozessualen Leerlauf darstellen, welcher zu verhindern ist. Mit der Darstellung in der provisorischen Schlussabrechnung erscheint denn auch soweit glaubhaft, dass die Subunternehmer in jenem Umfang Leistungen erbracht bzw. Rechnung gestellt haben.

E. 5.5.2

Doppeleintragungsverbot Die Gesuchgegnerin stellt sich weiter auf den Standpunkt, dass für die gleiche Bauleistung lediglich ein Pfandrecht eingetragen werden könne. Wenn Unternehmer verschiedener Stufen der Vertragskette ein Bauhandwerkerpfandrecht beanspruchen, seien Pfandrechte von Unternehmern um den Betrag zu kürzen, welcher von ihren Subunternehmern beansprucht werde (act. 12 Rz. 69 ff.; act. 22 Rz. 71 ff.). Demgegenüber bestreitet die Gesuchstellerin, dass ein Doppeleintragungsverbot überhaupt existiert (act. 19 Rz. 73 ff.). Grundsätzlich ist der Einwand der Gesuchsgegnerin, dass letztlich nur ein Bauhandwerkerpfandrecht für dieselbe Leistung gerechtfertigt werden kann, berechtigt. Wann diese Bereinigung stattzufinden hat, kann vorliegend offen bleiben. Jedenfalls bietet das provisorische Eintragungsverfahren dafür keinen Raum, zumal auch die Pfandrechte der Subunternehmer erst vorläufig eingetragen sind (act. 23/16).

E. 5.5.3

Rückerstattung Erfüllungsgarantie Die von der Gesuchstellerin beantragte Pfandsumme enthält im Umfang von CHF 20'000'000.- einen Rückforderungsanspruch aus von der Gesuchsgegnerin bezogenen Erfüllungsgarantien. Die Gesuchsgegnerin ist der Meinung, dass ein allfälliger Rückforderungsanspruch eines Unternehmers aus einer vom Bauherrn gezogenen Erfüllungsgarantie keine pfandberechtigte Forderung darstelle. Die Erfüllungsgarantien hätten der Sicherstellung der Verpflichtungen der Gesuchstellerin gedient. Diese sei nicht berechtigt gewesen, den Vertrag vorzeitig aufzulösen oder die Bauarbeiten einzustellen. Ausserdem sei sie zahlreichen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen (act. 12 Rz. 62 ff.). Die Gesuchstellerin hält dagegen, dass der Bezug der Erfüllungsgarantie rechtsmissbräuchlich gewesen sei. Die vorgetragene Vertragsverletzung sei konstruiert und würden bestritten. Die Bauverzögerung sei auf von der Gesuchsgegnerin zu vertretene Projektänderungen und Bauablaufstörungen zurückzuführen (act. 19 Rz. 68 ff.). Gemäss Praxis des hiesigen Gerichts und gewichtigen Lehrmeinungen ist ein allfälliger Erstattungsanspruch des Unternehmers gegen die Bestellerin infolge einer von Ersterem gestellten und von Letzterer gezogenen Erfüllungsgarantie keine pfandberechtigte Leistung. Ein allfälliger Erstattungsanspruch

gründet nämlich nicht direkt auf pfandberechtigten Leistungen, sondern betrifft garantierechtliche Fragen. Daran ändert nichts, dass sich die erhaltenen Zahlungen für die ausgeführ-

- 11 - ten Arbeiten effektiv um die gezogene Garantiesumme vermindern. Daher ist die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für einen solchen Erstattungsanspruch zu verweigern (Urteile des Handelsgerichts ZH HE200372 vom 23. November 2020 E. 4.1; HE130247 vom 1. November 2013 E. 2.6.3 [wonach eine Pfandberechtigung allenfalls in Betracht zu ziehen wäre, wenn die Garantie grundlos gezogen worden wäre]; dem folgend SCHUMACHER/REY, a.a.O., Rz. 401; BSK ZGB II-THURNHERR, Art. 839/840 N 9). Demgegenüber ordnete das Obergericht des Kantons Zürich die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für einen Erstattungsanspruch infolge einer gezogenen Erfüllungsgarantie an, da nicht davon ausgegangen werden könne, dass dieser klarerweise nicht pfandberechtigt sei (Urteil des Obergerichts ZH LF210035 vom 8. Oktober 2021 E. 6.2). Im Ergebnis erwog es, dass sich die Frage stelle, ob Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB nicht auch einen gewissen Raum für eine materiell-wirtschaftliche Betrachtungsweise lasse, nach der es genügen könnte, dass der fragliche Anspruch indirekt pfandberechtigte Bauleistungen vergüte (a.a.O. E. 6.2.11). Dem folgte das Obergericht des Kantons Thurgau (Urteil des Obergerichts TG ZBS.2021.26 vom 27. Januar 2022, RBOG 2022 Nr. 11, E. 4). Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Obergericht Zürich nicht entschied, dass ein Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für einen Erstattungsanspruch infolge einer gezogenen Erfüllungsgarantie bestehe. Es kam lediglich zum Schluss, dass die Rechtslage diesbezüglich unklar sei, weshalb das Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig einzutragen sei (a.a.O. E. 6.2.13). Mithin fusst die Differenz zwischen der Praxis des hiesigen Gerichts und jener des Obergerichts auf einer unterschiedlichen Bewertung der Klarheit der Rechtslage. An dieser Klarheit hat das obergerichtliche Urteil nichts geändert. Es sind nur jene Forderungen pfandberechtigt, die der Unternehmer im Austausch gegen Bauarbeiten erwirbt. Dies entspricht dem Kernprinzip des Bauhandwerkerpfandrechts; eine Pfandsicherung kommt allein im Gegenzug für Bauarbeiten infrage, die geeignet sind, dem Baugrundstück baulichen Mehrwert hinzuzufügen (SCHUMACHER/REY, a.a.O., Rz. 391). In diesem Zusammenhang betont das obergerichtliche Urteil wiederholt gerade denjenigen Punkt, der auch der Praxis des

- 12 - hiesigen Gerichts zugrunde liegt: Der hier interessierende Erstattungsanspruch ist ein von der Werklohnforderung verschiedener, neuer und selbstständiger Anspruch. Mithin besteht er nicht in einer nachträglichen Erhöhung bzw. einem Wiederaufleben der Werklohnforderung. Insbesondere wird durch den Garantieabruf nicht eine bereits erfolgte Tilgung der Werklohnschuld rückgängig gemacht (a.a.O. E. 6.2.9, 6.2.11). Vor diesem rechtlichen Hintergrund ist auch ohne Weiteres klar, weshalb sich der vorliegend interessierende Fall von demjenigen des vertraglichen Rückbehalts eines Teils der Werklohnforderung (sog. Garantierückbehalt) unterscheidet, für den ein Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts bejaht wird. Denn in jenem Fall wird – wie auch das Obergericht bemerkt – die Werklohnforderung als solche im Umfang des Rückbehalts gar nie getilgt. Mithin besteht – so auch das Obergericht – eine klare rechtliche Unterscheidung zur hier interessierenden Konstellation, die eine andere rechtliche Behandlung rechtfertigt (vgl. zum Ganzen a.a.O. E. 6.2.11). Nach dem Gesagten gründet der vorliegend massgebliche Erstattungsanspruch der Gesuchstellerin nicht direkt auf

pfandberechtigten Leistungen. Vielmehr unterscheidet er sich von der insoweit bereits durch die Akontozahlungen getilgten Werklohnforderung und stellt einen neuen und selbstständigen garantierechtlichen Anspruch dar. Demnach ist dieser Anspruch nicht pfandberechtigt. Für eine abweichende materiell-wirtschaftliche Betrachtungsweise verbleibt kein Raum. Es liegt keine unklare oder unsichere Rechtslage vor. Soweit sich die Gesuchstellerin darauf beruft, dass die Garantie grundlos bzw. rechtsmissbräuchlich gezogen worden wäre, kann offen bleiben, ob dies allenfalls zu einer Pfandberechtigung führen könnte (so das Urteil des Handelsgerichts HE130247 vom 1. November 2013 E. 2.6.3). Dabei ist die ständige Rechtsprechung zu Zahlungsverboten bei Bankgarantien zu berücksichtigen, wonach ein Verbot nur bei offensichtlichem Rechtsmissbrauch auszusprechen ist (ZR 114 [2015] Nr. 44 S. 180 ff.; ZR 112 [2013] Nr. 68; ZR 111 [2012] Nr. 69; je mit Hinweisen). Dieser Grundsatz kann nicht auf dem Umweg des Bauhandwerkerpfandrechts ausgehelt werden. Die floskelhaften Äusserungen, der Bezug sei rechtsmissbräuchlich (act. 1 Rz. 28) und es lägen keine Vertragsverletzungen vor (act. 19 Rz. 70), kön-

- 13 - nen selbst bei den reduzierten Anforderungen an die Glaubhaftmachung im Rahmen der vorsorglichen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht genügen. Der Verweis auf ein umfangreiches Schreiben genügt sodann den Anforderungen an die Behauptung durch Verweis nicht. Nach dem Gesagten hat die Gesuchstellerin im Umfang der von der Gesuchsgegnerin bezogenen Erfüllungsgarantien keinen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts.

E. 5.5.4

Zins Die Gesuchstellerin beantragt weiter die Eintragung von Zins zu 5 % ab 26. Juni 2024 und begründet dies damit, dass mit der Kündigung des Vertrags der ausstehende Werklohn sofort fällig geworden sei. Eine Mahnung sei nicht erforderlich, wenn die Kündigung vertraglich vorbehalten und gehörig vorgenommen worden sei. Ausserdem gelte die Zustellung der Klage als Mahnung (act. 1 Rz. 60 ff.). Die Gesuchsgegnerin bestreitet den Zinsenlauf. Selbst wenn der Gesuchstellerin eine Werklohnforderung zustehe, mache diese selbst keine definitive Schlussabrechnung geltend. Sodann wären die Voraussetzungen der Fälligkeit gemäss Werkvertrag nicht erfüllt. Gemahnt worden sei die Gesuchsgegnerin ebenfalls nicht (act. 12 Rz. 76 ff.). Der Verzug des Schuldners setzt voraus, dass die Verbindlichkeit fällig ist (Art. 102 Abs. 1 OR). Die Gesuchstellerin führt dazu einzig aus, dass der Werklohn aufgrund der Vertragskündigung sofort fällig geworden sei. Mit den nachvollziehbaren Ausführungen der Gegenseite, wonach nach wie vor die Regeln des Werkvertrags massgebend seien, setzt sie sich dagegen nicht auseinander. Insbesondere ist auf den Umstand zu verweisen, dass die Gesuchstellerin bis anhin keine definitive Schlussabrechnung erstellt hat. Insgesamt erscheint nicht glaubhaft, dass die Forderung der Gesuchstellerin bereits fällig geworden ist, weshalb offen gelassen werden kann, ob eine Mahnung erforderlich und diese bereits erfolgt ist. Jedenfalls rechtfertigt sich, im Sinne des frühesten denkbaren Zeitpunkt der Fälligkeit das Urteilsdatum als vorläufig zu sichernder Zinsenlauf vorzumerken.

- 14 -

E. 5.6

Eintragungsfrist Zu prüfen bleibt damit, ob die gesetzliche Eintragungsfrist gewahrt ist. Die Gesuchstellerin macht vom 15. bis 26. April 2024 Arbeiten verschiedener Unternehmer

geltend (act. 1 Rz. 35 ff.). Die Gesuchsgegnerin äussert sich dazu nicht. Damit erscheint glaubhaft, dass die provisorische Eintragung vom 2. Juli 2024 (act. 4; act. 7) innert laufender Viermonatsfrist und damit rechtzeitig erfolgt ist.

E. 5.7

Fazit Zusammenfassend gelingt es der Gesuchstellerin einen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Umfang von CHF 25'021'209.72 zuzüglich Zins zu 5% ab heutigem Datum glaubhaft zu machen. Dagegen erscheint im Mehrumfang von CHF 20'000'000.– (Erstattung Erfüllungsgarantie) sowie bezüglich des Zinsenlaufs die Darstellung der Gesuchstellerin nicht glaubhaft und das Gesuch ist in diesem Umfang abzuweisen. Sodann ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Gesuchstellerin beantragt aufgrund der Komplexität des Sachverhalts die Ansetzung einer Prosequierungsfrist von mindestens 12 Monaten nach rechtskräftiger Erledigung des vorliegenden Verfahrens (act. 1 Rz. 64 ff.). Die Gesuchsgegnerin äussert sich dazu nicht. Praxisgemäss beträgt die Prosequierungsfrist in Fällen betreffend Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts 60 Tagen, allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (BGE 143 III 554 E. 2.5.2). Aufgrund der Umstände, insbesondere der zahlreichen eingesetzten Subunternehmer und der Nachlassstundung der Parteien, rechtfertigt sich vorliegend eine längere Prosequierungsfrist. Allerdings ist dabei auch zu berücksichtigen, dass ein provisorischer Eintrag nicht unbeschränkt bestehen bleiben soll. Insgesamt rechtfertigt sich vorliegend die Ansetzung einer Prosequierungsfrist von 180 Tagen. Weshalb von der Praxis, die Frist ab Urteilszustellung zu berechnen, abgewichen werden sollte, ist nicht ersichtlich. Eine Verlängerung dieser Frist ist

- 15 - 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.

E. 6

Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 5 werden im Umfang von CHF 13'637.25 (CHF 13'500.– Gerichtsgebühr, CHF 137.25 Grundbuchkosten) definitiv der Gesuchstellerin auferlegt. Im übrigen Umfang werden sie von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehal-

- 17 - ten bleibt bezüglich dieser Kosten der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 4 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.

E. 7

Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 15'000.– zu bezahlen. Die weitere Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 4 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine zusätzliche Parteientschädigung von weiteren CHF 20'000.– zu bezahlen.

E. 8

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage eines Doppels von act. 22, sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt C._____.

E. 9

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 45'021'209.72. Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 46 Abs. 2 BGG).

- 18 - Zürich, 24. September 2024 HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht Der Gerichtsschreiber: Dr. Benjamin Büchler

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.