

ZH_HANDELSGERICHT HE240127 vom 27. September 2024

Zh Handelsgericht, 2024-09-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE240127

FR: ZH_HANDELSGERICHT HE240127 du 27 septembre 2024

IT: ZH_HANDELSGERICHT HE240127 del 27 settembre 2024

Erwägungen

E. 2

Es sei ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin das Grundbuchamt C._____ in einer superprovisorischen Verfügung umgehend anzuweisen, das in Ziff. I.1. beantragte Bauhandwerkerpfandrecht sofort vorläufig im Grundbuch C._____ einzutragen.

E. 3

Formelles Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich für die Beurteilung des vorliegenden Begehrens um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist gegeben (Art. 29 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 13 lit. b ZPO; Art. 6 Abs. 2 und 5 ZPO i.V.m. § 44 lit. b und § 45 lit. b GOG; vgl. auch act. 1 Rz. II.2.). Die weiteren Prozessvoraussetzungen geben zu keinerlei Bemerkungen Anlass.

E. 4

August 2021 E. 3.1.). Dies gilt unter Umständen selbst dann, wenn in dem der gesetzlichen Eintragsfrist entsprechenden Zeitraum vor Vertragsauflösung keine qualifizierten Arbeiten mehr stattgefunden haben (BGE 120 II 389 E. 1.b). Hat ein Handwerker oder Unternehmer in Erfüllung mehrerer Verträge gearbeitet, besitzt er ebenso viele getrennte Forderungen. Demzufolge beginnt die Eintragsfrist grundsätzlich für jeden Vertrag einzeln ab dem Abschluss der Arbeiten zu laufen, auf die er sich bezieht. Sind die Gegenstände der verschiedenen Verträge hingegen so eng miteinander verbunden, dass sie wirtschaftlich und sachlich ein zusammengehörendes Ganzes – eine sogenannte funktionelle Einheit – bilden, beginnt die Frist einheitlich mit dem Abschluss der letzten Bauleistung zu laufen (BGer Urteil 5A_630/2021 vom 26. November 2021 E. 3.3.2.4). An der Einheit der Bauleistung fehlt es insbesondere, wenn zwischen den einzelnen Arbeitsleistungen eines Unternehmers im Auftrag desselben Bestellers verhältnismässig lange Zeitspannen liegen, sodass die einzelnen Arbeitsleistungen insgesamt als voneinander losgelöste, sporadische Einsätze in Erscheinung treten (SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 1156; BGE 146 III 7 E. 2.2.1; BGE 125 III 113 E. 3b). Im vorläufigen Eintragsverfahren gilt das Beweismass der Glaubhaftmachung, wobei das Beweismass in diesem Verfahren gegenüber anderen Arten vorsorglicher Massnahmen besonders stark herabgesetzt ist (BGE 137 III 563 E. 3.3; BGer Urteil 5A_613/2015 vom 22. Januar 2015 E. 4.; SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 1534). Nach ständiger Rechtsprechung darf die vorläufige Eintragung nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint (BGE 86 I 265 E. 3.; BGer Urteil 5A_822/2022 vom 14. März 2023 E. 4.2; BGer Urteil 5A_395/2020 vom 16. März 2021 E. 2.). Im Zweifelsfall ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechts dem ordentlichen Gericht vorzubehalten (BGE 137 III 563 ff. E. 3.3; BGer Urteil 5A_280/2021

vom 17. Juni 2022 E. 3.1.). Dies gilt insbe-

- 6 - sondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage. Die Behauptungs- und Substantiierungslast bleibt indessen unberührt vom herabgesetzten Beweismass (BGer Urteil 5A_822/2022 vom 14. März 2023 E. 4.5; BGer Urteil 5A_280/2021 vom 17. Juni 2022 E. 3.4.3; SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 1466): Auch im summarischen Verfahren und auch bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist ein schlüssiger und – bei Bestreitung durch die Gegenseite – hinreichend detaillierter bzw. substantiierter Tatsachenvortrag erforderlich.

E. 4.1

Rechtliches 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. Grundsätzlich kann der Handwerker oder Unternehmer die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für die gesamte vertragliche Vergütungssumme verlangen, ungeachtet davon, ob die Leistungen bereits erbracht wurden oder nicht (SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. Zürich 2022, N 395). Im Fall einer vorzeitigen Vertragsbeendigung besteht jedoch für die noch nicht erbrachten Leistungen keine Pfandberechtigung (SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 398 und N 427). Die vorläufige Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 ZGB; Art. 76 Abs. 3 GBV). Es handelt sich um eine Verwirklichungsfrist (BGE 126 III 462 E. 2.c.aa). Die für den Beginn des Fristenlauf entscheidende Vollendung der Arbeiten tritt ein, "wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen dabei geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbes-

- 5 - serungen wie der Ersatz gelieferter, aber fehlerhafter Teile oder die Behebung anderer Mängel" (BGE 125 III 113 E. 2.b; vgl. auch BGer Urteil 5A_109/2022 vom 15. September 2022 E. 2.2.). Im Falle eines Abbruchs der Arbeiten beginnt die gesetzliche Eintragsfrist im Zeitpunkt der vorzeitigen Vertragsauflösung zu laufen (BGE 102 II 206 E. 1.a; BGE 120 II 389 E. 1.a; BGer Urteil 5A_1047/2020 vom

E. 4.2

Würdigung

E. 4.2.1

Verwaltungsvermögen Das Grundstück, auf dem die von der Gesuchstellerin behaupteten Leistungen erbracht worden sein sollen, steht unbestrittenermassen im Alleineigentum der Gesuchsgegnerin (act. 1 Rz. II.2.; act. 13 Rz. 18 m.H.a. act. 3/3). Diese ist eine Aktiengesellschaft, die auf dem streitgegenständlichen Grundstück ein Spital betreibt (vgl. act. 1 Rz. III.A.2. und act. 13 Rz. 18 m.H.a. act. 14/3). Die Aktionäre der Gesuchsgegnerin sind mehrere Gemeinden (act. 1 Rz. III.C.2 und act. 13 Rz. 17 ff. m.H.a. act. 14/3-7). Vor diesem Hintergrund führen beide Parteien aus, dass derzeit noch offen sei, ob es sich beim im Eigentum der Gesuchsgegnerin stehenden Grundstück um Verwaltungsvermögen

handle oder nicht (act. 1 Rz. III.C.2 und act. 13 Rz. 23): 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.). Ist unklar oder strittig, ob es sich um ein Grundstück im Verwaltungsvermögen handelt, kann der Handwerker oder Unternehmer gemäss Art. 839 Abs. 5 ZGB die vorläufige Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch verlangen. Die Eintragung ist demnach im vorläufigen Eintragsverfahren nur zu verweigern, wenn die Zugehörigkeit zum Verwaltungsvermögen zweifelsfrei feststeht (HGer ZH HE210042-O vom 7. Mai 2021 6.1.). Ansonsten wird im definitiven Eintragsverfahren zu klären sein, ob es sich um Verwaltungsvermögen handelt oder nicht (Art. 839 Abs. 6 ZGB; HGer ZH HE210042 vom 7. Mai 2021 E. 5. und 6.1.).

- 7 - Vorliegend steht die Zugehörigkeit zum Verwaltungsvermögen im momentanen Streit- und Verfahrensstand nicht zweifelsfrei fest. Bei dieser Sachlage ist – sofern die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind – vorläufig ein Bauhandwerkerpfandrecht im Grundbuch einzutragen (so auch die Parteien, vgl. act. 1 Rz. III.C.2 und act. 13 Rz. 23).

E. 4.2.2

Pfandberechtigte Arbeiten Die Pfandberechtigung der von der Gesuchstellerin behaupteten Arbeiten zur Erstellung von Sanitäranlagen auf dem streitgegenständlichen Grundstück (vgl. act. 1 Rz. III.2) wird von der Gesuchsgegnerin bestritten (vgl. act. 13 Rz. 31 und Rz. 37). Die Gesuchstellerin führt dazu im Wesentlichen aus, sie sei mit der Erstellung von Sanitäranlagen im Erweiterungsbau des Spitals C._____ auf dem streitgegenständlichen Grundstück der Gesuchsgegnerin beauftragt worden (act. 1 Rz. III.A.2. m.H.a. act. 3/6-7). Der abgeschlossene Werkvertrag Nr. 5 habe Sanitärarbeiten für einen Werklohn in der Höhe von CHF 4'631'100.00 umfasst (act. 1 Rz. III.B.1.1. f. m.H.a. act. 3/6 und act. 3/8-12). Zusätzlich sei sie mit Nachtrags- und Regiearbeiten beauftragt worden (vgl. act. 1 Rz. III.B.2. und Rz. III.B.3. m.H.a. act. 3/13-23). Für ihre geleistete Arbeit sowie das von ihr gelieferte Material habe sie Anspruch auf Eintragung des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts (act. 1 Rz. III.A.2. und Rz. III.C.1.). Die Gesuchsgegnerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, die Gesuchstellerin vermöge nicht darzulegen, inwiefern es sich bei den von ihr "behaupteten, angeblich ausgeführten 'Sanitärarbeiten' um pfandberechtigte Arbeiten i.S.v. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB – und nicht etwa um lediglich geringfügige bzw. nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeit oder Ausbesserungen [...] oder aber um rein intellektuelle Leistungen [...] gehandelt" habe (act. 13 Rz. 31). Zudem führt sie hinsichtlich der Regiearbeiten aus, die Gesuchstellerin substantiiere nicht, inwiefern diese pfandberechtigt seien (act. 13 Rz. 38). Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens ist einstweilen glaubhaft gemacht, dass es sich bei den behaupteten Sanitärarbeiten vollumfänglich um pfandberech-

- 8 - tigte Arbeiten im Sinne des Gesetzes handelt; jedenfalls erscheint dies nicht als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich. Gerade die Behauptungen der Gesuchstellerin zu ihren Leistungen aus den Regieaufträgen, wie beispielsweise die Erstellung einer Entwässerung für eine Rinne, die Wiederherstellung einer Rohrbefestigung, die Spitzarbeiten bei der Montage von Rinnen oder die Erstellung einer Gartenleitung (vgl. act. 1 Rz. III.B.3.2. ff.) legen die Pfandberechtigung der Leistungen ohne Weiteres nahe. Dass im Übrigen nicht nur geringfügige oder nebensächliche Arbeiten vereinbart wurden, veranschaulicht bereits die Höhe des nachvollziehbar behaupteten und belegten Werklohns (vgl. act. 1 Rz. III.B.1.1. f. m.H.a. act. 3/6 und act. 3/8-12). Ebensolches ergibt

sich aus der von der Gesuchstellerin zu den Akten gereichten, detaillierten Werkofferte vom 26. Mai 2021 (vgl. act. 3/8). Schliesslich ist ohne Weiteres glaubhaft, dass es sich bei der Erstellung von Sanitäranlagen nicht um rein intellektuelle Leistungen handelt. Insgesamt ist demnach vorliegend vom Bestehen von pfandberechtigten Arbeiten auszugehen.

E. 4.2.3

Ausführung der Arbeiten Die Gesuchsgegnerin bestreitet sodann, dass die Sanitärarbeiten erbracht worden sind (act. 13 Rz. 31). Dazu führt die Gesuchstellerin im Wesentlichen aus, sie habe die laut Werkvertrag zu erbringenden Leistungen zu 50.09 % ausgeführt (act. 1 Rz. III.B.1.2. m.H.a. act. 3/10-11); die zusätzlich vereinbarten Nachtrags- und Re- gearbeiten habe sie alle vollumfänglich erledigt (act. 1 Rz. III.B.2.1. und Rz. III.B.3.1. ff. m.H.a. act. 3/16-23). Ihren Standpunkt belegt sie mit der Schlussrechnung, den Nachtragsbestätigungen und den Regieaufträgen (act. 3/12-23). Insgesamt erscheint mit Blick auf die Ausführungen und die Belege der Gesuchstellerin für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens als genügend glaubhaft, jedenfalls nicht ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich, dass die Gesuchstellerin auf dem streitgegenständlichen Grundstück Arbeiten ausgeführt hat.

E. 4.2.4

Funktioneller Zusammenhang und Eintragungsfrist Strittig ist auch die Einhaltung der Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB, insbesondere das Bestehen eines funktionellen Zusammenhangs zwischen den

- 9 - von den Gesuchstellerin behauptungsgemäss erbrachten Leistungen (vgl. act. 1 Rz. III.D.1. und act. 13 Rz. 24 ff.). Die Gesuchstellerin führt dazu aus, Bauarbeiten einer bestimmten Arbeitsgattung seien miteinander funktional vernetzt und unterlägen einem einheitlichen Fristenlauf (act. 1 Rz. III.D.1.). Vorliegend habe sie die Streitberufene gemäss Zuschlags schreiben vom 24. November 2022 und Vergabeverhandlungsprotokoll vom 11. Juli 2022 mit der Erstellung von Sanitäranlagen im Erweiterungsbau des Spitals C._____ auf dem streitgegenständlichen Grundstück der Gesuchsgegnerin beauftragt (act. 1 Rz. III.A. m.H.a. act. 3/6-7). Der Werkvertrag habe Sanitärarbeiten für einen Werklohn in der Höhe von CHF 4'631'100.00 umfasst (act. 1 Rz. III.B.1.1. m.H.a. act. 3/6). Diese Arbeiten seien zu 50.09 % ausgeführt (act. 1 Rz. III.B.1.2.). Zusätzlich habe sie Arbeiten gemäss drei Nachträgen ausgeführt, welche je bereits vollumfänglich und mängelfrei erbracht worden seien (act. 1 Rz. III.B.2.). Die Streitberufene habe als Bauherrin die jeweilige 'Nachtragsbestätigung' vom 3. August 2023, vom 3. Oktober 2023 resp. vom 2. Februar 2024 unterzeichnet und damit die Nachtragsarbeiten sowie den dafür geschuldeten Werklohn genehmigt (act. 1 Rz. III.B.2.1. ff. m.H.a. act. 3/13-15). Schliesslich habe sie auch Arbeiten in Regie ausgeführt, wobei auch diese vollumfänglich und mängelfrei erbracht und seitens der Streitberufenen genehmigt worden seien (act. 1 Rz. III.B.3. ff. m.H.a. act. 3/16-23). Der funktionale Zusammenhang sei gegeben, da sie sowohl mit dem Werkvertrag, den Nachträgen als auch den Regierapporten mit Sanitärarbeiten betraut worden sei (act. 1 Rz. III.D.1.). Die Gesuchsgegnerin bestreitet das Bestehen eines funktionellen Zusammenhangs zwischen den einzelnen von der Gesuchstellerin behaupteten Leistungen (act. 13 Rz. 24 ff.). Sie führt aus, die Gesuchstellerin habe nicht substantiiert dargelegt oder gar glaubhaft gemacht, dass zwischen den angeblich erbrachten Leistungen ein funktioneller Zusammenhang bestehe und deshalb eine einheitliche Viermonatsfrist gelte. Vielmehr habe sie selber ausgeführt, dass den

angeblichen Leistungen verschiedene Aufträge zugrunde liegen, nämlich ein Werkvertrag, drei Nachträge und Regiearbeiten. Ein funktioneller Zusammenhang, welcher den verschiedenen Aufträgen zugrunde liege, lasse sich nicht erkennen. Die Gesuchstel-

- 10 - lerin führe lediglich aus, dass es sich bei den angeblich werkvertraglich geschuldeten Leistungen um 'Sanitärarbeiten' gehandelt habe; es lasse sich unmöglich feststellen, ob zu den übrigen behaupteten Leistungen ein funktioneller Zusammenhang bestehe. Somit sei vorliegend von einem getrennten Fristenlauf für den Werkvertrag, die verschiedenen Nachträge und die Regiearbeiten auszugehen (act. 13 Rz. 27). Im Hinblick auf den Beginn des Fristenlaufes ist die vertragliche Beziehung zwischen der Gesuchstellerin und der Streitberufenen in ihrer Gesamtheit und unter praktischen Gesichtspunkten zu betrachten. Dabei ist ohne Weiteres glaubhaft gemacht – und im Übrigen belegt –, dass die Gesuchstellerin, mit Zuschlagsschreiben vom 24. November 2022 mit der Leistung von Sanitärarbeiten (Werkvertrag Nr. 5) auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin beauftragt wurde (act. 1 Rz. III.A. m.H.a. act. 3/6). Ebenso glaubhaft ist, dass die Gesuchstellerin mit drei verschiedenen Nachtragsarbeiten beauftragt wurde, legt sie doch die entsprechenden als 'Nachtragsbestätigung' betitelten Schreiben der Streitberufenen zu den Akten (act. 1 Rz. III.B.2.1. ff. m.H.a. act. 3/13-15). Jene halten ausdrücklich fest, dass ihr, so wie sie es behauptet, die Leistungen als Nachtrag Nr. CO-01, Nr. CO-02 respektive Nr. CO-03 zum Hauptvertrag Nr. 5 – was der Nummer des Werkvertrags vom 24. November 2022 entspricht (vgl. act. 3/6) – übertragen wurden (act. 1 Rz. III.B.2.2. ff.). Bereits der Begriff 'Nachtrag' drückt im Übrigen die Notwendigkeit eines damit in Verbindung stehenden Hauptvertrags aus. Zusätzlich spricht die zeitliche Nähe zum Hauptvertrag, mithin, dass die Nachtragsarbeiten während laufendem Hauptvertrag ausgeführt wurden (vgl. act. 1 Rz. III.B.2.2. ff.), für die Vernetzung der drei Nachträge und des Hauptvertrags. Daran ändert nichts, dass in den Nachträgen jeweils festgehalten wird, dass diese "nicht bereits Gegenstand des Hauptvertrags" seien (so die Gesuchsgegnerin, act. 13 Rz. 25), weil lediglich die Glaubhaftmachung einer qualifizierten engen Beziehung der einzelnen Verträge und nicht das Bestehen eines einzigen, einheitlichen Vertrags Voraussetzung für das Bestehen eines funktionellen Zusammenhangs ist. Jene ist demnach glaubhaft gemacht.

- 11 - Auch der funktionelle Zusammenhang der Regiearbeiten zum Hauptvertrag ist glaubhaft: Aus den Ausführungen der Gesuchstellerin zu den acht von ihr aufgezählten Regiearbeiten (Regierapporte 20 und 23-29) ergibt sich, dass jene zwischen dem 30. November 2023 und dem 26. Februar 2024 in Auftrag gegeben wurden und allesamt im Zusammenhang mit Sanitärarbeiten standen (u.a. Erstellung einer Entwässerung für eine Rinne, Erstellung eines Wasser- und Ablaufanschlusses für eine Kaffeemaschine, Versetzen von vier Wandarmaturanschlüssen, Verzapfen von Waschtischanschlüssen und Anschliessen der Warmwasserzirkulation, Wiederherstellung einer Rohrbefestigung, Erschliessen von Container mit einer Wasserleitungen, Spitzarbeiten bei der Montage von Rinnen und Erstellen einer Gartenleitung; act. 1 Rz. III.B.3.2. ff.). Die fraglichen Regiearbeiten wurden demnach behauptungsgemäss während der Dauer des Hauptvertrags in Auftrag gegeben und ausgeführt und umfassten in inhaltlicher Hinsicht jene Art von Arbeiten, die der Gesuchstellerin infolge ihres Hauptvertrags, die Sanitärarbeiten am betroffenen Projekt auszuführen, übertragen wurden (vgl. act. 1 Rz. III.B.3.2. ff.). Damit erweist sich als genügend substantiiert (vgl. dazu act. 13 Rz. 25) und glaubhaft, dass auch die acht Regiearbeiten insgesamt ein mit dem Hauptvertrag wirtschaftlich und sachlich zusammengehörendes Ganzes bilden (vgl. act. 1 Rz. III.D.1.). Somit hat die Gesuchstellerin

einstweilen glaubhaft gemacht, dass alle auf dem streitgegenständlichen Grundstück zu erbringenden Arbeiten, mithin die Hauptvertragsarbeiten, die drei Nachträge und die acht Regiearbeiten, eine funktionelle Einheit darstellen. Damit unterliegen alle Arbeiten einem einheitlichen Fristenlauf, wobei die Frist des Hauptvertrags auch auf die Nachträge und der Regiearbeiten anzuwenden ist. Zu prüfen bleibt, ob die gesetzliche Eintragsfrist mit der vorsorglichen Eintragung des streitgegenständlichen Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch am 29. Juli 2024 gewahrt wurde (act. 4; act. 6; act. 7). Zum Beginn des Fristenlaufs führt die Gesuchstellerin aus, die Streitberufene sei mit Schreiben vom 24. Mai 2024 von sämtlichen Vertragsverhältnissen zurückgetreten (act. 1 Rz. III.D.2. m.H.a. act. 3/11). Die viermonatige Frist für die Eintragung habe am 27. Mai 2024, dem Tag des Eingangs dieser Rücktrittserklärung bei ihr,

- 12 - begonnen und ende demnach am 27. September 2024. Für den Fall, dass das Gericht 'wider Erwarten' davon ausgehe, dass auch bei einem Vertragsrücktritt der Tag der letzten Arbeit massgebend sei (vgl. act. 1 Rz. III.D.3.), zählt sie in der Folge verschiedene Arbeiten auf, welche zwischen dem 15. April 2024 und dem 30. Mai 2024 geleistet worden seien (m.H.a. act. 3/32-36). Sie ergänzt, berücksichtige man diese Arbeiten bis zum 10. Mai 2024, ende die Frist frühestens am 11. September 2024. Die Gesuchsgegnerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, die Gesuchstellerin versäume es darzulegen, welche genauen Arbeiten innert der viermonatigen Pfandeintragungsfrist erbracht worden seien; sie komme ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast nicht nach (act. 13 Rz. 31). Insbesondere vermöge die Gesuchstellerin nicht darzulegen, inwiefern es sich nicht lediglich um geringfügige bzw. nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeit oder Ausbesserungen oder aber um rein intellektuelle Leistungen gehandelt habe (act. 13 Rz. 31). Bei einer definitiven Beendigung der Arbeiten – wie sie die Gesuchstellerin mit Blick auf ihre Ausführungen zum Vertragsrücktritt der Streitberufenen glaubhaft geltend macht – 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 (vgl. ZR 120/2021 Nr. 1; vgl. SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 1107). Dabei ist einstweilen glaubhaft, dass dieser Zeitpunkt, wie es die Gesuchstellerin ausführt, am Tag des Eingangs der Rücktrittserklärung bei ihr war (vgl. act. 1 Rz. III.D.2. m.H.a. act. 3/11). Im Übrigen ist vor dem Hintergrund, dass ein Vertragsrücktritt vorgenommen wurde resp. vorgenommen werden musste, ohne Weiteres glaubhaft, dass die vereinbarten Arbeiten im Zeitpunkt des Rücktritts noch nicht vollendet waren: Solange ein Werk nicht vollendet wurde, dienen sämtliche werkvertraglich geschuldeten Leistungen dessen Vollendung. Entsprechend kann es sich bei den behaupteten Werkvertragsarbeiten von vornherein nicht um Arbeiten handeln, die rein der Vervollkommnung oder Ausbesserung des Werks dienen oder rein intellektuell waren (vgl. act. 13 Rz. 31). Damit kann für die vorliegende Fristberechnung einstweilen mit der Gesuchstellerin auf die Rücktrittserklärung abgestellt werden. Das betroffene Schreiben datiert vom 24. Mai 2024 (vgl.

- 13 - act. 3/11), weshalb glaubhaft ist, dass die viermonatige Eintragsfrist mit der Eintragung des streitgegenständlichen Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch am 29. Juli 2024 gewahrt wurde.

E. 4.2.5

Pfandsumme Zur Pfandsumme macht die Gesuchstellerin unter Beilage des Zuschlagsschreibens vom 24. November 2022 geltend, für die Erbringung der

Sanitärarbeiten sei mit Werkvertrag Nr. 5 ein Werklohn in der Höhe von CHF 4'631'100.00 inkl. MwSt. vereinbart worden (act. 1 Rz. III.B.1.1. m.H.a. act. 3/6). Diese Arbeiten seien bis zum Zeitpunkt der vorzeitigen Vertragsbeendigung zu 50.09 % ausgeführt worden (act. 1 Rz. III.B.1.2.). Sie habe daher Anspruch auf einen Werklohn in der Höhe von CHF 2'218'228.95 exkl. MwSt. Zusätzlich habe sie Arbeiten gemäss drei Nachträgen ausgeführt, welche je bereits vollumfänglich und mängelfrei erbracht worden seien (act. 1 Rz. III.B.2.). Ihren Entschädigungsanspruch für die Nachträge Nr. CO-01, Nr. CO-02 resp. Nr. CO-03 beziffert sie mit Hinweis auf die drei dem Gesuch beigelegten und je seitens beider Vertragsparteien unterzeichneten Nachtragsbestätigungen (vgl. act. 3/13-15) auf insgesamt CHF 166'244.75 exkl. MwSt., nämlich CHF 56'164.00, CHF 13'751.58 resp. CHF 96'329.15 je exkl. MwSt. (act. 1 Rz. III.B.2.1. ff.). Die Gesuchstellerin legt mit Hinweis auf die seitens der Streitberufenen je unterzeichneten Regieaufträge Nr. 20 und Nr. 23-29 (vgl. act. 3/16-23) weiter dar, sie habe auch Arbeiten in Regie ausgeführt, wobei auch diese vollumfänglich und mängelfrei erledigt worden seien (act. 1 Rz. III.B.3. ff. m.H.a. act. 3/16-23). Ihren Anspruch für die acht Regiearbeiten beziffert die Gesuchstellerin unter Abzug eines Rabatts von 5 % auf insgesamt CHF 17'508.45 exkl. MwSt. (CHF 2'781.20, CHF 1'577.45, CHF 1'191.85, CHF 1'264.35, CHF 532.85, CHF 1'915.00, CHF 722.05 und CHF 8'445.20 je exkl. MwSt., vgl. act. 1 Rz. III.B.3.2. ff.). Ihren Gesamtanspruch aus dem Hauptvertrag, den drei Nachträgen und den Regiearbeiten errechnet sie auf CHF 2'401'982.15 und zieht davon einen 'Bauabzug' von 2.9 % ab (act. 1 Rz. III.B.4.). Die Gesuchstellerin fährt sinn- gemäss fort, sie habe insgesamt elf Akontorechnungen gestellt, wobei acht davon im Umfang von CHF 1'370'001.56 exkl. MwSt. von der Streitberufenen bezahlt worden seien; der ebenfalls in Akontorechnung gestellte Betrag von insgesamt

- 14 - CHF 562'427.39 exkl. MwSt. sei demgegenüber noch offen (Akontorechnungen 9-11, act. 1 Rz. III.B.4. f. m.H.a. act. 3/24-26). Daraus ermittelt sie einen (nicht in Akontorechnung gestellten) ausstehenden Betrag ('Total Werklohn offene Schlussrechnung', act. 1 Rz. III.B.6. m.H.a. act. 3/12) von CHF 432'287.25 inkl. MwSt. (CHF 399'895.70 exkl. MwSt.) nebst der behauptungsgemäss noch offenen Akontorechnungen in der Höhe von CHF 607'984.00 inkl. MwSt. (CHF 562'427.39 exkl. MwSt.; act. 1 Rz. III.B.5. f. m.H.a. act. 3/24-26). Den behauptungsgemäss noch offenen, vorliegend zur Eintragung im Grundbuch beantragten Werklohn errechnet sie daraus auf CHF 1'040'271.25 inkl. MwSt. (act. 1 S. 2 und Rz. III.B.6. m.H.a. act. 3/12 und act. 3/24-26). Sie führt aus, diesen noch offenen Betrag habe sie der Streitberufenen mit Schreiben vom 29. Mai 2024 in Rechnung gestellt (act. 1 Rz. III.B.6. m.H.a. act. 3/27). Der Betrag sei bis heute unbezahlt geblieben (act. 1 Rz. III.B.6.). Die Gesuchsgegnerin stellt sich auf den Standpunkt, die Gesuchstellerin habe die Pfandsumme nicht glaubhaft gemacht; ausserdem seien weder die Werklohnforderung noch die Forderungen aus den Nachträgen oder den Regiearbeiten substantiiert behauptet (act. 13 Rz. 33 ff.). Insbesondere sei unsubstantiiert und ungläubhaft, dass die Gesuchstellerin 50.09 % des (Haupt-)Werkvertrags erbracht habe (act. 13 Rz. 34 f.) und seien die Regiearbeiten nur geschuldet, wenn sie nicht bereits im Werkvertrag enthalten wären, was die Gesuchstellerin nicht bewiesen habe (act. 13 Rz. 37 f.). Schliesslich bestreitet die Gesuchsgegnerin, die mittels der Akontorechnungen in Rechnung gestellte Pfandsumme mit der Begründung, dass nicht klar sei, welche Leistungen diese beträfen (act. 13 Rz. 39 ff.). Der Ansicht der Gesuchsgegnerin ist mit Blick auf die nachvollziehbaren und beigelegten Behauptungen und Berechnung der Gesuchstellerin nicht zu folgen: Zwar ist im Zusammenhang mit einer vorzeitigen

Vertragsbeendigung zutreffend, dass für die noch nicht erbrachten Leistungen keine Pfandberechtigung besteht (vgl. SCHU- MACHER/REY, a.a.O., N 398 und N 427; so sinngemäss die Gesuchsgegnerin, act. 13 Rz. 34, und so im Übrigen auch die Gesuchstellerin, act. 1 Rz. III.B.1.2.). Indessen übersteigt die Prüfung des exakten Anteils der von der Gesuchstellerin bereits erbrachten Leistungen den Anwendungsbereich des vorläufigen Eintra-

- 15 - gungsverfahrens und ist entsprechend erst im definitiven Eintragungsverfahren vorzunehmen. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens ist die Werkvertragsforderung genügend behauptet, belegt und glaubhaft gemacht (act. 1 Rz. III.B.1.; act. 13 Rz. 34 f.). Jedenfalls erscheint nicht ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich, dass die Gesuchstellerin die Arbeiten im genannten Umfang erbracht hat. Die weitergehende Beurteilung ist dem ordentlichen Gericht zu überlassen. Ebensolches gilt hinsichtlich der einstweilen genügenden Behauptung und Glaubhaftmachung mit Blick auf die diesbezüglichen Ausführungen der Gesuchstellerin für die Werklohnforderungen aus den Nachtrags- und den Regiearbeiten (vgl. act. 1 Rz. III.B.2 f.; act. 13 Rz. 36 ff.). Damit ist für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens in Bezug auf die Vergütung der Regiearbeiten auch einstweilen glaubhaft, dass eine solche (zusätzlich) geschuldet ist (vgl. act. 13 Rz. 37 f.). Was im Übrigen die Akontorechnungen betrifft, ist festzuhalten, dass diese, wie es die Gesuchsgegnerin grundsätzlich zutreffend ausführt (vgl. act. 13 Rz. 39), keine effektiv ausgeführten Leistungen belegen. Sie stellen denn auch keine zusätzliche Pfandsumme dar: Es handelt sich um blossе Rechnungen für die einstweilen glaubhaft gemachten werkvertraglichen Leistungen. Die Rechnungsstellung ist allerdings keine Voraussetzung für die Eintragung eines Pfandrechts. Dass die Gesuchstellerin einen Teil ihres Ausstands vorab bereits in (Akonto-)Rechnung gestellt hatte, schadet ihr entsprechend nicht. Nicht bestritten ist schliesslich, dass die behaupteten Forderungsbeträge unbezahlt geblieben sind. Demnach ist einstweilen glaubhaft, dass die Gesuchstellerin für ihre Leistungen eine offene Vergütungsforderung von insgesamt CHF 1'040'271.25 (inkl. 8.1 % MwSt.) hat.

E. 4.2.6

Verzugszins Die Gesuchstellerin beantragt weiter die Eintragung von Zins zu 5 % i) seit dem 1. Juli 2024 auf CHF 432'287.25, ii) seit dem 26. März 2024 auf CHF 376'512.30, iii) seit dem 6. Mai 2024 auf CHF 98'457.17 und iv) seit dem 11. Juni 2024 auf CHF 133'014.55 (act. 1 S. 2 und Rz. III.B.6.). Sie begründet dies damit, dass die

E. 4.3

Fazit Zusammenfassend sind die Voraussetzungen für die vorsorgliche Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts glaubhaft gemacht. Die superprovisorische Eintragung des Pfandrechts auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin ist daher zu bestätigen. 5.

Prosequierungsfrist Der Gesuchstellerin ist Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, allfällige Gerichtsferien sind nicht zu be-

- 17 - rücksichtigen (BGE 143 III 554 E. 2.5.2). Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuches (Art. 144 Abs. 2 ZPO); dieses würde in einem kostenpflichtigen Nachverfahren behandelt. Als zureichende Gründe für eine Fristerstreckung gemäss Art. 144 Abs. 2 ZPO werden nur entweder die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe anerkannt. 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen 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). Beim vorliegenden Streitwert in Höhe von CHF 1'040'271.25 ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG und unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips auf CHF 13'000.– festzusetzen (vgl. act. 1 S. 2). Hinzu kommen die Kosten des Grundbuchamtes von CHF 305.– für die vorläufige Eintragung des Pfandrechts (act. 7). Allfällige weitere Kosten sind vorzubehalten. 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. Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch jedoch nicht prosequieren sollte, ist der Gesuchsgegnerin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von CHF 13'000.– zuzusprechen. Mangels Darlegung der fehlenden Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist

- 18 - die Parteientschädigung praxisgemäss ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. BGer 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5). Das Einzelgericht erkennt: 1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt C._____ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss der Verfügungen vom 29. Juli 2024 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses, auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, Grundregister Blatt 6, EGRID CH 2, ..., F._____-strasse 7 und 8, G._____-strasse 9, 10, 11 und 12 für eine Pfandsumme von CHF 1'040'271.25 nebst Zins zu 5 % - seit dem 1. Juli 2024 auf CHF 432'287.25; - seit dem 26. März 2024 auf CHF 376'512.30; - seit dem 6. Mai 2024 auf CHF 98'457.17; - seit dem 11. Juni 2024 auf CHF 133'014.55. 2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 29. November 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 wird festgesetzt auf CHF 13'000.–. Die weiteren Kosten betragen CHF 305.– (Rechnung Nr. 13 des Grundbuchamtes C._____ vom 29. Juli 2024). 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.

- 19 - 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 13'000.– zu bezahlen. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage von act. 13 und act. 14/1-7, sowie an das Grundbuchamt C._____. 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 1'040'271.25. Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 46 Abs. 2 BGG). Zürich, 27. September 2024 Handelsgericht des Kantons Zürich Einzelgericht Die Gerichtsschreiberin: Susanne Roesler

E. 9

Akontorechnung vom 26. Januar 2024 über CHF 376'512.30, die 10. Akontorechnung vom 6. März 2024 über CHF 98'457.17 und die 11. Akontorechnung vom

- 16 -

E. 11

April 2024 über CHF 133'014.55 je eine Zahlungsfrist von 60 Tagen netto vorgesehen hätten, weshalb der Verzugszins demnach ab dem 26. März 2024, dem 6. Mai 2024 resp. dem 11. Juni 2024 geschuldet sei (act. 1 S. 2 und Rz. III.B.6. m.H.a. act. 3/24-26). Hinsichtlich des vierten Betrags in der Höhe CHF 432'287.25 habe sie in der Schlussrechnung eine Zahlungsfrist bis am 30. Juni 2024 festgehalten, weshalb der Verzugszins darauf ab dem 1. Juli 2024 geschuldet sei (act. 1 S. 2 und Rz. III.B.6. m.H.a. act. 3/27). Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Zinsforderungen und führt aus, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb ab den im Rechtsbegehren aufgelisteten Daten Zins geschuldet sein soll (act. 13 Rz. 42). Ohnehin sei Verzugszins erst ab dem Zeitpunkt der Mahnung oder des Verfalltags geschuldet, wobei der letzte Tag der Zahlungsfrist keinen Verfalltag darstelle (act. 13 Rz. 43). Vorliegend behaupte die Gesuchstellerin nicht, die Streitberufene jemals gemahnt zu haben (act. 13 Rz. 44). Entsprechend sei diese nie in Verzug gesetzt worden und sei kein Verzugszins geschuldet. Ob und ab wann die Verzugszinsen laufen, resp. ob vorliegend eine rechtsgenügende in Verzugsetzung der Streitberufenen stattgefunden hat, übersteigt den Anwendungsbereich des vorläufigen Eintragungsverfahrens. Das wird im definitiven Eintragungsverfahren oder einer allfälligen späteren Zwangsvollstreckung zu beurteilen sein. Für das vorliegende Verfahren ist der beantragte Verzugszins ausgewiesen, zumal er nachvollziehbar und einstweilen glaubhaft ist.

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