

# **BGer 5A\_341/2024 vom 3. Juli 2024**

Bundesgericht, 2024-07-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_341\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_341_2024)

FR: TF 5A\_341/2024 du 3 juillet 2024

IT: TF 5A\_341/2024 del 3 luglio 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist ein handelsgerichtlicher Entscheid über die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes mit Fr. 30'000.-- übersteigendem Streitwert; die Beschwerde in Zivilsachen steht offen ( Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 lit. b, Art. 75 Abs. 2 lit. b und Art. 90 BGG ).

### **E. 2**

Angefochten ist der Entscheid über eine vorsorgliche Massnahme, weshalb nur Verfassungsfragen zulässig sind ( Art. 98 BGG ). Es gilt somit das strenge Rügeprinzip im Sinn von Art. 106 Abs. 2 BGG . Das bedeutet, dass das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen prüft, während es auf ungenügend begründete Rügen und appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid nicht eintritt ( BGE 142 III 364 E. 2.4; 149 III 81 E. 1.3).

### **E. 3**

Das Handelsgericht hat die Verpflichtung zur Erbringung von Arbeitsleistungen auf dem Grundstück der Beschwerdegegnerin, die Pfandberechtigung dieser Leistungen sowie deren Erbringung als glaubhaft erachtet. Indes kam es zum Schluss, dass die Einhaltung der viermonatigen Frist zur Eintragung des Pfandrechtes nicht nachgewiesen sei. Gemäss der Beschwerdeführerin hätten die letzten Arbeiten am 22. November 2023 stattgefunden, was von der Beschwerdegegnerin bestritten werde; nach deren Ansicht zeigten die Regie-Rapporte, dass nur bis am 3. November 2023 auf der Baustelle gearbeitet worden sei. Das Handelsgericht hat hierzu befunden, die Beschwerdeführerin lege nicht dar, welche Arbeiten sie am 22. November 2023 noch vorgenommen hätte, und sie habe auch keine Beweismittel offeriert, aus welchen sich eine überprüfbare Behauptung ergäbe. In ihrer Darstellung finde sich lediglich ein pauschaler Verweis auf einen "Auszug C. \_\_\_\_\_ letzte Arbeit 22. November 2023". Was sich daraus genauer ergeben soll, habe sie nicht dargelegt. Eine blosser Behauptung durch Verweis auf Beilagen könne ohnehin nicht ausreichend sein. Aber selbst wenn das offerierte Dokument (act. 8/16) konsultiert werde, ergebe sich daraus nichts, was die Darstellung der Beschwerdeführerin stützen würde.

### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ( Art. 29 Abs. 2 BV ) und eine willkürliche bzw. willkürlich unterlassene Sachverhaltsfeststellung ( Art. 9 BV ) geltend wie folgt: Sie habe im selbst verfassten ersten Gesuch vom 4. März 2024 festgehalten, dass sie am 22. November 2023 die letzten grossen Arbeiten aus dem Hauptauftrag ausgeführt habe und diese u.a. das Versetzen von hinterlüfteten Stahlbetonelementen mit einem speziellen Kran sowie das Nachstreichen und das Ausbessern der Fassade umfasst hätten. Hierfür habe sie auch die "Rechnung Kranarbeiten"

der Subunternehmerin D. \_\_\_\_\_ vom 5. Dezember 2023 ins Recht gelegt (act. 2/3). Aus der Rechnung gehe als Datum der erfolgten Kranarbeiten der 22. November 2023 explizit hervor, indem dort stehe: "22.11. [...] Kran 16 mto". Mit Verfügung vom 6. März 2023 sei sie vom Handelsgericht zur Verbesserung ihres Gesuches angehalten worden und entsprechend handle es sich bei der anwaltlichen Eingabe vom 14. März 2024 um eine Gesuchsergänzung, bei welcher sich ihr Anwalt auf die ergänzenden Punkte konzentriert und weitere Beweismittel beigebracht habe. Es sei mithin um eine Ergänzung des ersten Gesuchs wie auch um die Ergänzung der mit diesem bereits eingereichten Beweismittel gegangen. Somit sei die Ausführung der letzten Arbeiten am 22. November 2023 vorgebracht und belegt gewesen, zumal weder das ursprüngliche Gesuch noch die dazu eingereichten Belege je formell als unbeachtlich bezeichnet oder aus den Akten gewiesen worden wären.

#### **E. 5**

Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin war die anwaltliche Eingabe vom 14. März 2024 schlicht ein neues Gesuch: Es ist umfassend und in sich geschlossen, indem es weder explizit noch wenigstens dem Sinn nach auf das erste Gesuch vom 4. März 2024 Bezug nimmt. Die Behauptung des Gegenteils ist augenfällig aktenwidrig. Ebenso falsch ist die Behauptung, bei den mit dem Gesuch vom 14. März 2024 eingereichten Beweismitteln habe es sich um eine blosser Ergänzung der bereits am 4. März 2024 eingereichten Beweismittel gehandelt: Die Nummerierung der Beweismittel schliesst nicht an diejenige der am 4. März 2024 eingereichten an, sondern vielmehr beginnt die Zählung der am 14. März 2024 eingereichten Beweismittel bei 1. Sodann nimmt das anwaltliche Gesuch vom 14. März 2024 an keiner Stelle explizit oder wenigstens implizit Bezug auf die am 4. März 2024 eingereichten Beilagen, obwohl es wie gesagt umfassend ausformuliert ist. Insbesondere äussert sich das Gesuch vom 14. März 2024 auch zum Abschluss der Arbeiten ausführlich, die am 22. November 2023 stattgefunden haben sollen (vgl. Gesuch, S. 6 unten), und zur Dokumentierung der Ausführungen zu den Abschlussarbeiten wird auf sechs spezifische Beweismittel verwiesen.

Vor diesem Hintergrund ist nicht ansatzweise ersichtlich, inwiefern das Handelsgericht willkürlich relevante Sachverhaltsfeststellungen nicht getroffen haben soll. Vielmehr kam es in seiner Verfügung vom 18. März 2024 zutreffend zum Schluss, dass im Gesuch vom 14. März 2024 kein Bezug auf die am 4. März 2024 eingereichten Beilagen genommen werde, und gab bekannt, dass diese deshalb bei der materiellen Beurteilung nicht beachtet würden. Was in diesem Kontext gehörsverletzend oder willkürlich sein könnte, ist nicht auszumachen und offenkundig störte sich auch die Beschwerdeführerin nicht daran, denn sie hat in Bezug auf die Verfügung vom 18. März 2024 weder opponiert noch reagiert.

Ohnehin würde die mit dem ersten Gesuch am 4. März 2023 eingereichte Rechnung act. 2/3, die von einer Drittfirma offenbar für die Benutzung eines Kranes ausgestellt worden ist, nicht dokumentieren, dass am 22. November 2023 noch fristauslösende Abschlussarbeiten ausgeführt worden wären, so dass jedenfalls auch im Ergebnis keine Willkür vorliegen würde (zum betreffenden Erfordernis bei Willkürprügeln BGE 140 III 16 E. 2.1 ; 144 I 170 E. 7.3; 146 IV 88 E. 1.3.1; 148 IV 409 E. 2.2).

#### **E. 6**

Die Beschwerdegegnerin hat in ihrer Vernehmlassung vom 8. April 2024 den Abschluss der Arbeiten angeblich erst am 22. November 2023 ausdrücklich bestritten und auch geltend

gemacht, dass hierfür seitens der Beschwerdeführerin keinerlei Regie- oder Arbeitsrapporte oder andere Dokumente vorgelegt worden seien (Vernehmlassung, S. 4 unten). Diese Vernehmlassung wurde der Beschwerdeführerin, wie sie beschwerdeweise selbst festhält (Beschwerde, 7 Mitte), zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zugestellt. Sie macht indes geltend, nicht zu einer Stellungnahme oder dergleichen aufgefordert worden zu sein. Offenbar will sie damit insinuierten, dass es ihr deshalb nicht möglich gewesen sei, die Dinge richtig zu stellen und weiteren Beweis zu liefern. Dies trifft nicht zu: Zwar findet im summarischen Verfahren in der Regel nur ein einfacher Schriftenwechsel statt (vgl. Art. 253 ZPO), weshalb der Beschwerdeführerin nicht explizit Frist zur Replik gesetzt wurde. Indes besteht unabhängig davon ein aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 2 BV fließendes unbedingtes Replikrecht (BGE 138 I 154 E. 2.3.3; 138 I 484 E. 2.4; 144 III 117 E. 2.1). Die Beschwerdeführerin hat dieses nicht wahrgenommen und damit den gegnerischen Standpunkt, gemäss den Regie-Rapporten sei nach dem 3. November 2023 auf der Baustelle nicht mehr gearbeitet worden und die anderslautenden Behauptungen würden nicht dokumentiert, stehen lassen. Vor diesem Hintergrund ist unerfindlich, inwiefern das Handelsgericht das rechtliche Gehör verletzt haben könnte.

#### **E. 7**

Hat die Beschwerdeführerin nach dem Gesagten für ihre Behauptung, die Abschlussarbeiten hätten am 22. November 2023 stattgefunden, nach den willkürfreien und gehörswahrenden Feststellungen des Handelsgerichts keine tauglichen Unterlagen, namentlich weder Regie- noch Arbeitsrapporte vorgelegt, durfte dieses ohne Rechtsverletzung zum Schluss kommen, dass die behaupteten Abschlussarbeiten bzw. deren Zeitpunkt und somit die Fristwahrung nicht genügend glaubhaft gemacht worden sei.

#### **E. 8**

Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, dass zur grossen Überraschung und entgegen der superprovisorischen Verfügung die vorläufige Eintragung verweigert worden sei. Indes lässt sich aus der superprovisorischen Anordnung nichts ableiten: Diese erfolgte vor der Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Gegenseite und im Zweifelsfall wird sie auf blosser gesuchstellerischer Behauptung hin regelmässig angeordnet, um den definitiven Rechtsverlust zufolge der Fatalefrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB vorerst zu verhindern und das Massnahmeverfahren nicht von vornherein gegenstandslos zu machen.

#### **E. 9**

Mit dem Urteil in der Sache wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

#### **E. 10**

Die Gerichtskosten sind der Beschwerdeführerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ) und diese hat die Beschwerdegegnerin für die Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung im bundesgerichtlichen Verfahren angemessen zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 2 BGG ).