

# ZH\_HANDELSGERICHT HE230049 vom 3. Juli 2023

Zh Handelsgericht, 2023-07-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HE230049](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE230049)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HE230049 du 3 juillet 2023

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HE230049 del 3 luglio 2023

## Erwägungen

### E. 1

Prozessgeschichte Mit Eingabe vom 16. Mai 2023 (Datum Poststempel) samt Beilagen machte die Gesuchstellerin das vorliegende Gesuch rechtshängig und beantragte gleichzeitig die superprovisorische Eintragung des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts (act. 1; act. 2; act. 3/1–7). Mit Verfügung vom 17. Mai 2023 wurde das Grundbuchamt D. \_\_\_\_\_ angewiesen, das verlangte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 4). Mit Eingabe vom 8. Juni 2023 reichte die Gesuchstellerin fristgerecht eine entsprechende Stellungnahme ein (act. 9; act. 10; act. 11/1–4). Mit Verfügung vom 12. Juni 2023 wurde diese Stellungnahme der Gesuchstellerin mit Hinweisen zugestellt (act. 12). Mit Eingabe vom 30. Juni 2023 reichte die Gesuchstellerin unaufgefordert eine Stellungnahme ein (act. 14; act. 15/8–11). Auf gerichtliche Aufforderung hin (Prot. S. 5) reichte die Gesuchstellerin am 3. Juli 2023 eine Vollmacht für ihre Rechtsvertretung nach (act. 17; act. 18). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

### E. 2

Prozessuales

#### E. 2.1

Das vorliegende Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist im summarischen Verfahren zu behandeln (vgl. Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO). Im summarischen Verfahren steht den Parteien in der Regel nur eine einzige freie Äusserungsmöglichkeit zu (vgl. BGE 144 III 117 E. 2; BGE 146 III 237 E. 3). Aufgrund des unbedingten Replikrechts ist es den Parteien zwar unbenommen, sich zu jeder Eingabe der Gegenseite nochmals zu äussern. Allerdings führt das unbedingte Replikrecht nicht dazu, dass in den zusätzlichen Eingaben

- 3 - Noven nochmals unbeschränkt vorgebracht werden könnten, sondern diesbezüglich gelten die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO (vgl. BGE 144 III 117 E. 2.3). Will eine Partei dieses Novenrecht gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO beanspruchen, hat sie im Einzelnen darzutun, dass bzw. inwiefern die Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. HGer ZH HG190089 vom 3. Mai 2021 E. 2.2.; DIKE Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 15; SCHMID, Das Verfahren vor Handelsgericht: aktuelle prozessuale Probleme, ZZZ 2017, S. 156 f.). Namentlich hätte sie darzulegen, weshalb erst die Ausführungen der Gegenseite erstmals Anlass dazu gaben, zusätzliche unechte Noven in den Prozess einzubringen (vgl. BGE 146 III 55 E. 2.5.2).

#### E. 2.2

Vorliegend wurde kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, sondern der Gesuchstellerin die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin einzig zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zugestellt (act. 12). Die zwischenzeitlich anwaltlich vertretene Gesuchstellerin legt in ihrer Eingabe vom 30. Juni 2023 nicht dar, dass bzw. in- wiefern die Voraussetzungen für das Vorbringen von Noven erfüllt sind (act. 14). Entsprechend sind die Ausführungen der Gesuchstellerin in dieser Eingabe für die Entscheidungsfindung nicht zu berücksichtigen.

### **E. 3**

Voraussetzungen zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

#### **E. 3.1**

Rechtliches

##### **E. 3.1.1**

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht 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, ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts. Unter Arbeit ist dabei jedes manuelle oder maschinelle Mitwirken am Bauvorgang zu verstehen. Rein intellektuelle Leistungen, wie z.B. Planungs- oder Beratungsleistungen, begründen hingegen keinen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (vgl. BGE 131 III 300 E. 2.2, 4.2; BGE 119 II 426 E. 2; SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl., Zürich 2021, N 245; BSK ZGB-THURNHERR, Art. 839/840 N 4). Ebenfalls keinen Pfandrechtanspruch begründen reine Materiallieferungen, da der

- 4 - Gesetzestext ein Arbeitselement vorschreibt (vgl. BGer 5D\_116/2014 vom 13. Oktober 2014 E. 5.2.1; BSK ZGB-THURNHERR, Art. 839/840 N 6).

##### **E. 3.1.2**

Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ins Grundbuch hat gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB bis spätestens vier Monate nach Vollendung der Arbeiten zu erfolgen. Dabei handelt es sich um eine Verwirkungsfrist (BGE 126 III 462 E. 2.c.aa). Vollendet ist die Arbeit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrags bilden, ausgeführt sind (vgl. BGE 125 III 113 E. 2.b; BGer 5A\_395/2020 vom 16. März 2021 E. 2; BGer 5A\_688/2019 vom 6. November 2019 E. 4.2; vgl. auch BSK ZGB-THURNHERR, Art. 839/840 N 29). Für die Beurteilung des Vollendungszeitpunkts nicht in Betracht fallen jedenfalls geringfügige oder nebensächliche, rein der vervollkommnung dienende Arbeiten sowie Ausbesserungen (vgl. BGer 5A\_630/2021 vom 26. November 2021 E. 3.3.2.4; BGer 5A\_395/2020 vom 16. März 2021 E. 2; BGer 5A\_688/2019 vom 6. November 2019 E. 4.2; BGer 5A\_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4.1; BGer 5A\_475/2010 vom 15. September 2010 E. 4.1; vgl. auch OGer ZH LF200008 vom 17. April 2020 E. 3.2.4.c).

##### **E. 3.1.3**

Gemäss Art. 961 Abs. 3 ZGB und Art. 261 Abs. 1 ZPO gilt im vorläufigen Eintragungsverfahren das Beweismass der Glaubhaftmachung. Nach allgemeiner Ansicht ist das Beweismass in diesem Verfahren gegenüber anderen Artensorglicher Massnahmen besonders stark herabgesetzt (vgl. BGE 137 III 563 E. 3.3; BGE 86 I 265 E. 3;

BGer 5A\_280/2021 vom 17. Juni 2022 E. 3.1; RAINER SCHUMACHER/PASCAL REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. A., Zürich 2021, Rz. 1533 ff.). An die Glaubhaftmachung dürfen folglich keine besonderen Anforderungen gestellt werden (BGE 86 I 265 E. 3; BGE 79 II 424 E. 6; BGE 39 II 139 E. 2; BGer 5P.221/2003 vom 12. September 2003 E. 3.2.1). Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint (BGE 86 I 265 E. 3; BGer 5A\_933/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2; BGer 5D\_116/2014 vom 13. Oktober 2014 E. 5.3; BGer 5A\_475/2010 vom 15. September 2010 E. 3.1.2). Im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu be-  
- 5 - willigen (BGE 102 Ia 81 E. 2b/bb; BGE 86 I 265 E. 3; BGer 5A\_933/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2; BGer 5A\_932/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2; 5A\_475/2010 vom 15. September 2010 E. 3.1.2) und die Entscheidung dem definitiven Eintragungsverfahren zu überlassen (BGE 86 I 265 E. 3). Das herabgesetzte Beweismass führt jedoch nicht dazu, dass auch die Behauptungs- und Substantiierungsanforderungen herabgesetzt wären. Auch im summarischen Verfahren und auch bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist ein schlüssiger Tatsachenvortrag erforderlich (vgl. BGer 5A\_280/2021 vom 17. Juni 2022 E. 3.4.3).

## **E. 3.2**

Parteistandpunkte

### **E. 3.2.1**

Die Gesuchstellerin bringt vor, sie sei auf dem Grundstück der Gesuchgegnerin als Subunternehmerin für die E.\_\_\_\_\_ AG tätig gewesen und habe Gipser- sowie Plattenarbeiten ausgeführt. Auf Basis dieser Werkverträge habe sie am 20. Februar 2023 zwei Schlussrechnungen über gesamthaft CHF 91'106.40 gestellt. Die Forderung sei nach wie vor unbezahlt. Die letzten Arbeiten seien am 18. Januar 2023 ausgeführt worden. Dabei seien Ausbesserungsarbeiten vorgenommen worden (act. 2).

### **E. 3.2.2**

Die Gesuchgegnerin führt dagegen ins Feld, sämtliche der Gesuchstellerin übertragenen Platten- und Gipserarbeiten seien spätestens am 16. September 2022 abgeschlossen gewesen. Im Jahre 2023 seien im Mietobjekt keine Arbeiten mehr ausgeführt und lediglich die Schlussrechnungen gestellt worden. Ihre Mieterin betreibe in der streitgegenständlichen Liegenschaft seit September 2022 eine Zahnarztpraxis, deren Betrieb seither nicht mehr unterbrochen worden sei. Zudem handle es sich bei den von der Gesuchstellerin vorgebrachten Ausbesserungsarbeiten ohnehin nicht um Arbeiten, welche die gesetzliche Eintragsfrist hinauszuzögern bzw. auszulösen vermöchten. Die Eintragsfrist sei daher spätestens Ende Januar 2023 abgelaufen, womit die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts am 17. Mai 2023 klar zu spät gewesen sei (act. 9 Rz. 5 ff.).

- 6 -

## **E. 4**

Würdigung

### **E. 4.1**

Strittig ist zwischen den Parteien einzig die Einhaltung der gesetzlichen Eintragungsfrist. Die vorläufige Eintragung des von der Gesuchstellerin beantragten Bauhandwerkerpfandrechts erfolgte am 17. Mai 2023 (act. 7). Die Gesuchstellerin bringt zum Fristbeginn der gesetzlichen Verwirkungsfrist einzig vor, sie habe am 18. Januar 2023 Ausbesserungsarbeiten ausgeführt (act. 2 S. 2). Blosser Ausbesserungsarbeiten sind indessen – wie vorstehend erwogen – für den Zeitpunkt der Vollendung der Arbeiten irrelevant. Die Gesuchstellerin führt nicht aus, dass sie am 17. Januar 2023 oder am 18. Januar 2023 andere (Vollendungs-)Arbeiten ausgeführt hat, womit die Eintragungsfrist bereits aus diesem Grund nicht eingehalten ist.

#### **E. 4.2**

Die Gesuchsgegnerin bestreitet im Übrigen, dass am 18. Januar 2023 überhaupt Arbeiten erfolgt sind, und stellt sich auf den Standpunkt, sämtliche Arbeiten seien bereits seit spätestens 16. September 2022 abgeschlossen (act. 9 Rz. 5 ff.). Die Gesuchstellerin begnügt sich mit der pauschalen Behauptung, Ausbesserungsarbeiten ausgeführt zu haben (act. 2 S. 2). Aufgrund ihrer Ausführungen bleibt letztlich gänzlich unklar, welche Arbeiten sie konkret am 18. Januar 2023 ausgeführt haben will. Auch aus den von ihr eingereichten Beilagen, welche eigentlich bei einem pauschalen Verweis nicht zu berücksichtigen sind (vgl. BGer 4A\_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4.1), lässt sich sodann nicht entnehmen, dass am 18. Januar 2023 Arbeiten erfolgt sind. So liegt den beiden Schlussrechnungen vom 20. Februar 2023 kein Arbeitsprotokoll für den 18. Januar 2023 bei. Die angehängten Arbeitsprotokolle datieren mit wenigen Ausnahmen aus dem Zeitraum bis Dezember 2022 (act. 3/5; act. 3/6). Bei einem Arbeitsprotokoll ist als Datum der 2. August 2023 vermerkt und bei einem weiteren der 1. März 2023 (act. 3/5 S. 4 und 6), mithin beides Daten nach Stellung der Schlussrechnung, womit die angegebenen Daten nicht zutreffen können. In Anbetracht dieser Umstände ist es – selbst beim vorliegend anzuwendenden reduzierten Beweissmass – nicht glaubhaft, dass die Gesuchstellerin am 18. Januar 2023 Vollendungsarbeiten durchgeführt hat. Entsprechend ist die Verwirkungsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB auch aus diesem Grund nicht eingehalten. Das Gesuch ist folglich abzuweisen und das Grundbuchamt anzuweisen, die vorläufige Eintragung des Pfandrechts zu löschen.

#### **E. 5**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

##### **E. 5.1**

Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

##### **E. 5.2**

Die Höhe der Entscheidgebühr 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). Der Streitwert beträgt vorliegend CHF 91'106.10, weshalb die Entscheidgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 6'300.– festzusetzen ist. Hinzu kommen die Kosten des Grundbuchamts von CHF 75.–.

##### **E. 5.3**

Die Höhe der Parteientschädigung richtet sich ebenfalls in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Sie ist beim vorliegenden Streitwert in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 9 AnwGebV auf CHF 7'000.– festzusetzen. Ein Mehrwertzuschlag wurde nicht beantragt. Das Einzelgericht erkennt:

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