

# ZH\_HANDELSGERICHT HE230082 vom 13. September 2023

Zh Handelsgericht, 2023-09-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HE230082](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE230082)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HE230082 du 13 septembre 2023

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HE230082 del 13 settembre 2023

## Erwägungen

### E. 2

Die Anweisung sei superprovisorisch, eventualiter nach Anhörung der Gesuchsgegnerin, zu verfügen und dem Grundbuchamt unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.

### E. 3

Die Gesuchstellerin hat mit ihrer Eingabe vom 6. September 2023 zur Gesuchsantwort der prozessführenden Streitberufenen Stellung genommen (act. 21). Wie sie zu Recht vorbringt, steht ihr gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung das Recht auf Stellungnahme zu. Dabei ist zu beachten, dass im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahme der Aktenschluss bereits nach dem ersten Schriftenwechsel eintritt (CHRISTOPH LEUENBERGER, in: SUTTER- SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, N 17 zu Art. 229; Urteil des Bundesgerichts vom 21. Februar 2018, 4A\_557/2017 E. 2.2 m.w.H.). Jede Partei kann sich demnach nur einmal unbeschränkt zur Sache äussern. Im Rahmen des Replikrechts geht es alleine um das Recht, zu in den Akten des Verfahrens aufgenommenen Eingaben Stellung zu nehmen. Inhaltliche Ergänzungen sind dagegen nur unter den Bedingungen des Novenrechts zulässig (vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts vom 14. März 2023, 5A\_822/2022 E. 3.3.3). Ob es sich bei den gesuchstellerischen Ausführungen in der Eingabe vom 6. September 2023 um neue Tatsachenbehauptungen handelt und inwiefern diese berücksichtigt werden können, ist im Rahmen der materiellen Ausführungen zu beurteilen.

### E. 4

Die Gesuchsgegnerin ist Eigentümerin des Grundstücks, auf dem die von der Gesuchstellerin behaupteten Leistungen erbracht worden sind (act. 1 Rz. 7; act. 3/5).

### E. 5

Die Gesuchstellerin bringt zusammengefasst vor, sie sei von der prozessführenden Streitberufenen als Generalunternehmerin im Rahmen eines Bauprojekts auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin mit Baumeisterarbeiten betraut worden. Der Werkvertrag vom 19. August / 15. Dezember 2021 habe die Erstellung des Rohbaus der ... und der Wohnhäuser umfasst. Die Umbauarbeiten des Gesamtprojekts hätten begonnen, bevor die Gesuchstellerin mit ihren Arbeiten habe beginnen können. Sie sei entsprechend auf den pünktlichen Abschluss der Arbeiten der Vorunternehmer angewiesen gewesen. Bereits vor dem geplanten

- 4 - Start ihrer Arbeiten sei es zu Verzögerungen gekommen, weshalb der Starttermin mehrmals verschoben worden sei. Die Übergabe der Baugrube habe erst am 22. April 2022

erfolgen können. Auch danach sei der Bau von diversen weiteren Verzögerungen geprägt gewesen, die jedoch nicht im Verantwortungsbereich der Gesuchstellerin gelegen hätten und für die sie die Generalunternehmerin jeweils abgemahnt habe. Die Verzögerungsproblematik sei auch im Rahmen der regelmässigen Jour-Fix-Besprechungen besprochen worden. Die entstehenden Mehrkosten habe die Gesuchstellerin schriftlich mitgeteilt. Statt eine Lösung über die Mehrkosten zu finden, habe die Generalunternehmerin die Gesuchstellerin in Verzug gesetzt und sei in der Folge vom Vertrag zurückgetreten. Nach einem klärenden Gespräch sei am 18. August 2022 vereinbart worden, den Werkvertrag weiterzuführen und gemeinsam einen neuen Terminplan zu erstellen. Die Arbeiten seien von der Gesuchstellerin wieder aufgenommen worden, ohne dass ein neuer Terminplan vereinbart worden sei. Das letzte Haus der Überbauung sei am 23. Mai 2023 abgenommen und die Schlussrechnung am 7. Juli 2023 versendet worden, nachdem Gespräche über die Entschädigung der Mehrkosten gescheitert seien. Der Forderungsbetrag setze sich zusammen aus der Restforderung des Pauschalbetrags, abzüglich der Akontozahlungen, sowie den Nachtragsforderungen. Letztere seien aufgrund der unverschuldeten Verzögerungen im Bauablauf gestellt worden (act. 1 Rz. 8 ff.). Die prozessführende Streitberufene macht im Wesentlichen geltend, die Gesuchstellerin habe keine Behauptungen zu den letzten fristwahrenden Arbeiten aufgestellt. Sie habe sich einzig auf die Abnahme des Hauses 7 am 23. Mai 2023 bezogen, wobei eine Abnahme keine fristauslösende Vollendungsarbeit sei und daraus auch nicht auf den Zeitpunkt solcher Arbeiten geschlossen werden könne. Auch die Schlussrechnung erhalte keine Hinweise auf Vollendungsarbeiten. Schliesslich gehe aus dem Protokoll der Abnahme hervor, dass nur unwesentliche Mängel bestünden, welche nicht geeignet seien, die Frist zu wahren. Weiter mache die Gesuchstellerin auch zum Quantitativ der Pfandsumme keine oder nur ungenügende Angaben. Sodann hält sie im Einzelnen fest, weshalb sie das Quantitativ als ungenügend substantiiert ansieht (act. 19 Rz. 14 ff.).

- 5 -

## **E. 6**

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. Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet (Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB). Im vorläufigen Eintragungsverfahren gilt das Beweismass der Glaubhaftmachung (Art. 961 Abs. 3 ZGB; Art. 261 Abs. 1 ZPO). Nach allgemeiner Ansicht ist das Beweismass in diesem Verfahren gegenüber anderen Arten vorsorglicher Massnahmen allerdings besonders stark herabgesetzt (BGE 137 III 563 E. 3.3 S. 566-567; BGer 5A\_613/2015 v. 22.01.2015 E. 4; RAINER SCHUMACHER/PASCAL REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl., Zürich 2022, N 1533 ff.). An die Glaubhaftmachung dürfen folglich keine besonderen Anforderungen gestellt werden (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGE 79 II 424 E. 6 S. 439; BGE 39 II 139 E. 2 S. 139-140; BGer 5P.221/2003 v. 12.09.2003 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 S. 269-270; BGer 5A\_933/2014 v. 16.04.2015 E. 3.3.2; 5D\_116/2014 v. 13.10.2014 E. 5.3; 5A\_475/2010 v. 15.09.2010 E. 3.1.2). Im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen (BGE 102 Ia 81 E. 2b/bb S. 86; BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGer 5A\_933/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2; 5A\_932/2014 v. 16.04.2015 E. 3.3.2; 5A\_475/2010 v. 15.09.2010 E. 3.1.2) und die Entscheidung dem definitiven Eintragungsverfahren zu überlassen (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270). Bei Abweisung des Gesuchs um vorläufige Eintragung droht der gesuchstellenden Partei aufgrund der ablaufenden Eintragsfrist ein definitiver Rechtsverlust (BGE 137 III 563 E. 3.3 S. 566-567; BGE 86 I 265 E. 3 S. 268, 269-270; BGE 39 II 139 E. 2 S. 139-140), während bei einer Gutheissung im vorläufigen Eintragungsverfahren der Gegenpartei lediglich ein

- 6 - vorübergehender Nachteil droht, da die gesuchstellende Partei die Massnahme zu prosequieren haben wird (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270). 7.1. Unbestritten ist, dass die Gesuchstellerin und die prozessführende Streitberufene einen Vertrag abgeschlossen haben, der die Gesuchstellerin zu Arbeitsleistungen auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin verpflichtet hat (act. 1 Rz.

#### **E. 10**

ff.; act. 19 Rz. 48). 7.2. Ebenso ist unbestritten geblieben, dass es sich bei den von der Gesuchstellerin übernommenen Leistungen um Arbeiten handelt, für die ein Bauhandwerker ein Pfandrecht beanspruchen kann. 7.3. Dagegen ist strittig, ob die (superprovisorische) Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts innerhalb der Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB erfolgt ist. Die Gesuchstellerin beruft sich dabei auf die Abnahme als fristauslösende Vollendungsarbeit, was von der prozessführenden Streitberufenen bestritten wird. 7.3.1. Nach Art. 839 Abs. 2 ZGB muss die Eintragung im Grundbuch vier Monate nach der «Vollendung der Arbeiten» erfolgen. Nach der ständigen Rechtsprechung beginnt der Fristenlauf, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrags sind, ausgeführt sind. Nicht fristauslösend sind geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten und Ausbesserungen. Geringfügige Arbeiten können dann als Vollendungsarbeiten gelten, wenn sie für die Werksvollendung unerlässlich sind (BGE 125 III 113 E. 2b; CHRISTOPH THURNHERR, in: GEISER/WOLF [Hrsg.], Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023, N 29 zu Art. 839/840 ZGB m.w.H.; SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 1070 ff.). Für den Beginn des Fristenlaufs können folglich nur Arbeiten am Grundstück bzw. Bauwerk massgebend sein, welche für den Gebrauch desselben relevant sind. Weitere (auch vertraglich geschuldete) Leistungen können dagegen die Frist nicht neu auslösen. Nach dem Gesagten ist auch eine Abnahme grundsätzlich nicht als fristauslösende Leistung im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB zu betrachten (so auch SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 1096). Dabei handelt es sich nicht

- 7 - um eine Arbeit im eigentlichen Sinne, welche den Wert des Bauwerks beeinflussen könnte oder für den Gebrauch desselben erforderlich wäre. Etwas anderes kann auch aus dem von der Gesuchstellerin zitierten (nicht publizierten) Entscheid des Bundesgerichts abgeleitet werden (act. 21 Rz. 3). Nicht nur stammt die von ihr zitierte Passage (E.2) aus der Zusammenfassung der Erwägungen der Vorinstanz und war in jenem Entscheid ohnehin nicht entscheidend, ob die Abnahme fristauslösend war, zumal aufgrund des Zeitpunkts der Eintragung spätere Arbeiten erforderlich waren. Vielmehr hat das Bundesgericht gar

ausdrücklich festgehalten, dass die Abnahme der Arbeiten nicht der Fertigstellung entspreche (Urteil des Bundesgerichts vom 17. Juni 2010, 5A\_208/2010 E. 5). Weiter kann der Gesuchstellerin zwar darin gefolgt werden, dass die Bauabnahme als bedeutender Schritt zur Vollendung des Baus angesehen werden kann (act. 21 Rz. 7 ff.), nicht jedoch ihren daraus gezogenen Schlüssen. Auch wenn es sich bei der Bauabnahme im Vertragsgebilde um eine wichtige Aufgabe handelt, stellt sie nicht per se eine eigentliche Vollendungsarbeit dar. Selbst wenn im Einzelfall gegebenenfalls der Betrieb des Bauwerks ohne die vorgängige Abnahme nicht möglich wäre und diese entsprechend als wesentliche Arbeit anzusehen wäre, handelt es sich dabei um eine Tatsache, die von der Gesuchstellerin glaubhaft zu machen wäre. Diesbezügliche Behauptungen finden sich in den Ausführungen der Gesuchstellerin nicht. 7.3.2. Weiter hält die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme fest, es sei unglaubwürdig und könne ausgeschlossen werden, dass nach Fertigstellung des Rohbaus über vier Monate mit der Abnahme zugewartet würde (act. 21 Rz. 8 f.). Auch dies mag zutreffen, kann aber nichts daran ändern, dass die Gesuchstellerin nebst der Abnahme als solche in ihrem Gesuch keine fristauslösenden letzten Arbeiten behauptet hat (act. 1 Rz. 38). Sie weist nur pauschal auf weitere Arbeiten nach der Abnahme hin, ohne zu spezifizieren, um welche es sich gehandelt haben soll (act. 1 Rz. 46). Bei der Behauptung, aus dem Zeitdruck und dem Inhalt der Abnahme könne darauf geschlossen werden, dass die letzten (relevanten) Arbeiten kurz zuvor erfolgt wären (act. 21 Rz. 8 f.), handelt es sich - entgegen der

- 8 - eigenen Ankündigung der Gesuchstellerin (act. 21 S. 1) - um eine neue Tatsachenbehauptung. Inwiefern die Gesuchstellerin dabei die Voraussetzungen des Novenrechts eingehalten hätte, ist nicht ersichtlich und wird von ihr nicht näher erläutert. 7.3.3. Schliesslich macht die Gesuchstellerin geltend, aus den bereits im Recht liegenden Beweismitteln sei zweifelsfrei ersichtlich, dass bis zur Abnahme wesentliche Arbeiten durchgeführt worden seien, und verweist auf verschiedene Hinweise in den Beilagen (act. 21 Rz. 12 ff.). Zutreffend ist, dass nach der Rechtsprechung die vorläufige Eintragung nur verweigert werden darf, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint. Dabei handelt es sich um ein gegenüber den übrigen Summarverfahren herabgesetztes Beweismass der Glaubhaftmachung, also eine Regel, die in erster Linie an das Gericht gerichtet ist. Dagegen beschlagen die Anforderungen an die Glaubhaftmachung die Anforderungen an die Behauptungs- und Substantiierungslast nicht (Urteil des Bundesgerichts vom 17. Juni 2022, 5A\_280/2021 E. 3.4.3; Urteil des Bundesgerichts vom 14. März 2023, 5A\_822/2022 E. 4.5). Mit anderen Worten hat die Gesuchstellerin auch im Rahmen eines Verfahrens betreffend vorsorglicher Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts schlüssige Behauptungen zu den Eintragungsvoraussetzungen aufzustellen. Es genügt dagegen nicht, wenn ein Anspruch aufgrund der Akten nicht ausgeschlossen werden kann. Nebst dem (wie gezeigt nicht einschlägigen) Hinweis auf die Abnahme finden sich im Gesuch keine weiteren Behauptungen zu den letzten Arbeiten (act. 1 Rz. 38). Bezüglich der von ihr in der Stellungnahme genannten Hinweise in den Beilagen (act. 21 Rz. 21 ff.) scheint die Gesuchstellerin die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Behauptung durch Verweis auf Beilagen zu verkennen. Ein pauschaler Verweis auf die Beilagen kann nicht genügen (BGE 147 III 440 E. 5.3). Die Behauptung durch Verweis kann ausnahmsweise genügen, wenn die Beilage die Information in einer Art enthält, die eine Übernahme in die Rechtschrift als blossen Leerlauf erscheinen lässt. Dazu ist in der Rechtschrift konkret auf die entsprechenden Beilagen zu verweisen. Es genügt nicht, dass die Infor-

- 9 - mation in den Beilagen in irgendeiner Form vorhanden sind (Urteil des Bundesgerichts vom 14. März 2023, 5A\_288/2022 E. 6.3.2.2 m.w.H.). Es wäre folglich an der Gesuchstellerin, auf die entsprechenden Beilagen zu verweisen. Dass sie dies in ihrem Gesuch gemacht hätte, macht sie selbst nicht geltend. Es ist aber, wie gezeigt, nicht die Aufgabe des Gerichts, in den eingereichten Beilagen nach möglichen Anhaltspunkten für einen Anspruch zu forschen. Wenn sich die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme neu auf die Hinweise in Nachträgen verweist, die sie zuvor lediglich im Zusammenhang mit der Pfandsumme als Beweismittel offeriert hat (act. 12 Rz. 13 f.; act. 1 Rz. 40 f.; act. 3/28; act. 3/33), stellt dies im Zusammenhang mit den letzten Arbeiten eine neue Tatsachenbehauptung dar. Inwiefern die Gesuchstellerin berechtigt gewesen wäre, in ihrer Stellungnahme zur Gesuchsantwort neue Tatsachenbehauptungen aufzustellen, ist weder ersichtlich noch wird dies von ihr ausgeführt. 7.3.4. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es der Gesuchstellerin nicht gelingt, die Einhaltung der Viermonatsfrist im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB glaubhaft zu machen. Bei der von ihr geltend gemachten Abnahme handelt es sich nicht um fristauslösende Arbeit im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB; weitere Arbeiten hat sie nicht in prozessual genügender Weise behauptet. Entsprechend ist das Gesuch abzuweisen. 7.4. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob die Behauptungen der Gesuchstellerin zum Quantitativ der Pfandsumme genügend sind. 7.5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es der Gesuchstellerin nicht gelingt, das Vorliegen der Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts glaubhaft zu machen. Entsprechend ist das Gesuch vollumfänglich abzuweisen und das Grundbuchamt D.\_\_\_\_-Zürich anzuweisen, die vorläufige Eintragung im Grundbuch zu löschen. 8. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Gesuchstellerin vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig.

- 10 - 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). Es ist von einem Streitwert von CHF 1'927'377.61 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG und in Nachachtung des Äquivalenzprinzips auf CHF 15'000.– festzusetzen ist. Der Gesuchsgegnerin ist mangels Antrag keine Parteientschädigung zuzusprechen. Einer Nebenintervenientin steht im Grundsatz keine Parteientschädigung zu. Eine solche kann ihr aber im Einzelfall zugesprochen werden, wenn dies gerechtfertigt ist (BGE 130 III 571 E. 6; MICHAEL GRABER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 3 zu Art. 77 ZPO). Aufgrund ihres Prozesseintritts als prozessführende Streitberufene und dem damit verbundenen Ausscheiden der Gesuchsgegnerin aus der Prozessführung erscheint dies vorliegend gerechtfertigt. Der prozessführenden Streitberufenen ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGeb eine Parteientschädigung von CHF 16'000.– zuzusprechen. Das Einzelgericht erkennt:

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