

# ZH\_HANDELSGERICHT HE230091 vom 5. Oktober 2023

Zh Handelsgericht, 2023-10-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HE230091](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE230091)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HE230091 du 5 octobre 2023

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HE230091 del 5 ottobre 2023

## Erwägungen

### E. 4

Streitpunkte Strittig ist die Einhaltung der Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB. Die Gesuchstellerin macht geltend, sie habe noch bis am 27. April 2023 pfandbe- rechtigte Vollendungsarbeiten erbracht. So habe sie am 24. und 25. April 2023 noch Auslassgitter montiert und am 26. und 27. April 2023 in Wohnungen in den

- 4 - beiden Dachgeschossen des Hauses "F.\_\_\_\_\_" Revisionsdeckel angebracht, anschliessend seien am 28. April 2023 die Inbetriebnahme der Lüftungsanlage und die Luftmengenmessung in den Wohnungen erfolgt. Die Inbetriebnahme sei eine werkvertraglich geschuldete Leistung und ebenfalls fristwährend (act. 1 N. 18 S. 24 ff.) Die Gesuchsgegnerin wendet ein, die Gesuchstellerin habe die Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB verpasst, und beantragt die Abweisung des Ge- suchs. Nach Darstellung der Gesuchsgegnerin fand am 22. März 2023 die Ab- nahme des Werks trotz wesentlicher Mängel statt, wie sich aus dem Abnahme- protokoll (act. 3/22) ergebe. Die Parteien hätten damit die Werkvollendung fest- gehalten, woran die an die Abnahme anschliessende Mängelbehebung nichts än- dere. So hätten die Parteien im Abnahmeprotokoll festgehalten, dass die Anlage vollständig ausgeführt und die Funktionstüchtigkeit gegeben sei (Ziffer 1.1, erstes Kästchen). Die Gesamtdruckdifferenz der Ventilatoren sei geprüft und mit "i.O." beurteilt worden, genauso wie die Zulufttemperaturen, die Luftströmungen an den Auslässen und die Wärmerückgewinnung. Dies belege, dass die Anlage am 22. März 2023 funktionstüchtig in Betrieb gewesen sei, die von der Gesuchstellerin erwähnte Inbetriebsetzung also vor dem 22. März 2023 erfolgt sei. Offen seien am 22. März 2023 einzig noch die Funktionskontrollen, die "Instruktio- nen/Übergabe/Dokumentation" und Mängelbehebungsarbeiten gewesen. Mit E- Mail vom 14. April 2023 (act. 11/2) habe die Gesuchstellerin sodann mitgeteilt, dass sämtliche Mängel ausser den sechs Revisionsdeckeln behoben seien. Diese würden einzig der Zugänglichkeit zwecks Unterhalt und Wartung bzw. dem visuel- len Verdecken der Lüftungstechnik dienen und hätten am 26. bzw. 27. April 2023 nur noch an der bereits vorhandenen, magnetischen Aufnahme angebracht wer- den müssen. Sie seien deshalb für den Fristenlauf nicht relevant. Gleiches gelte für die Funktionskontrollen, mit welchen einzig der Zustand dokumentiert bzw. der Bedarf für Nachjustierungen eruiert würde (act. 9 N. 3 ff.).

### E. 5

Rechtliches Gemäss Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB kann eine vorläu- fige Eintragung vorgemerkt werden zur Sicherung des Anspruchs auf Errichtung

- 5 - eines gesetzlichen Grundpfandrechts für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, sei es, dass sie den Grundeigentü- mer, einen

Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person zum Schuldner haben. 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 ff. Erw. 2.c.aa). Im vorläufigen Eintragungsverfahren gilt das Beweismass der Glaubhaftmachung (Art. 961 Abs. 3 ZGB; Art. 261 Abs. 1 ZPO), wobei das Beweismass in diesem Verfahren gegenüber anderen Arten vorsorglicher Massnahmen besonders stark herabgesetzt ist. Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint. Im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechts dem ordentlichen Gericht vorzubehalten (BGE 137 III 563 ff. Erw. 3.3; BGER-Urteil 5A\_280/2021 vom 17. Juni 2022 Erw. 3.1). Das reduzierte Beweismass führt jedoch nicht zur Herabsetzung der Behauptungs- und Substantiierungsanforderungen (BGER-Urteil 5A\_280/2021 vom 17. Juni 2022 Erw. 3.4.3).

## **E. 6**

### **Würdigung**

#### **E. 6.1**

Strittig ist einzig die Einhaltung der Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB. Vorab ist festzuhalten, dass die von der Gesuchsgegnerin angeführte Abnahme vom 22. März 2023 und die daraus abgeleiteten Wirkungen aufgrund der nachstehenden Erwägungen im Ergebnis nicht relevant sind. Entsprechend erübrigen sich diesbezügliche Ausführungen und kann offen bleiben, inwiefern die neuen Vorbringen der Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme vom 2. Oktober 2023 zulässig sind. Nicht zutreffend ist jedenfalls die Ansicht der Gesuchstellerin, dass sie erst aufgrund der Bestreitung der Fristeinhaltung in der Gesuchsantwort zur Darlegung der letzten Arbeiten gehalten war (so sinngemäss die Gesuchstellerin in act. 12 N. 27). Die letzten Arbeiten waren denn auch in ihrem Gesuch bereits dargelegt und die Stellungnahme vom 2. Oktober 2023 enthält trotz ihres Umfangs von 31 Seiten darüber hinaus keine zusätzlichen, konkretisierenden Angaben (vgl. z.B. act. 12 N. 28).

#### **E. 6.2**

Die superprovisorische Eintragung erfolgte am 25. August 2023 (vgl. act. 7). Damit die Frist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB gewahrt ist, müssten die letzten Arbeiten am 25. April 2023 oder später erfolgt sein (Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Abs. 2 OR). Ab dem 25. April 2023 behauptet die Gesuchstellerin konkret noch die Montage von Auslassgittern am 25. April 2023, das Anbringen von Revisionsdeckeln am 26. und 27. April 2023 und die "abschliessende" Inbetriebnahme der Lüftungsanlage und Luftmengenmessung in den Wohnungen am 28. April 2023. Diese gilt es hinsichtlich der Fristwahrung im Folgenden zu prüfen.

#### **E. 6.3**

Montage von Auslassgittern am 25. April 2023: Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin am 14. April 2023 (act. 11/2) mitgeteilt, dass "alle Auslässe bis auf die Revisionsdeckel im DG 1 und 2 bis heute Mittag montiert" worden seien. Dies, nachdem sie von der Gesuchsgegnerin eine "Pendenzenliste" (Anhang zu act. 11/2) zur "Behebung" bis

am 18. April 2023 erhalten hatte. Um welche Pen- denzen es ging, ergibt sich aus der Liste selbst nicht ("Endmontage Lüftung" be- treffend einzelne Wohnungen bzw. konkrete Räume einzelner Wohnungen). Die Gesuchstellerin macht aber über die fehlenden Auslassgitter und Revisionsdeckel hinaus keine konkreten, weiteren Arbeiten geltend. Gemäss ihrer Mitteilung an die Gesuchsgegnerin vom 17. August 2023 (act. 3/39) gab es denn auch keine sol- chen. Bezüglich der Auslassgitter stimmt die Mitteilung der Gesuchstellerin im ge- nannten E-Mail (alle Auslässe wurden am 14. April 2023 montiert) sodann mit dem von der Gesuchstellerin mit ihrer Stellungnahme neu eingereichten E-Mail vom gleichen Tag (act. 13/44) überein. Die Gesuchstellerin führt dazu in ihrer Stellungnahme vom 2. Oktober 2023 (act. 12 N. 17) aus, die Auslassgitter seien von unbekanntem Drittpersonen herausgerissen worden, woraufhin sie von der Gesuchstellerin wieder hätten montiert werden müssen. Dies ergibt sich aus dem E-Mail und den angehängten Fotos und ist glaubhaft. Das Wiederanbringen die- ser Gitter war aber am 14. April 2023 abgeschlossen ("Nun musste unser Monteur gestern und heute auf express die Gitter wieder einsetzen"). Die Gesuchstellerin führt aus, diese Mitteilung ihres Projektleiters sei insofern falsch gewesen, als

- 7 - auch am 25. April 2023 nochmals Gitter hätten montiert werden müssen. Dies ist plausibel, wenn nach dem 14. April 2023 weitere Gitter durch Dritte entfernt wor- den waren (so die Gesuchstellerin in act. 12 N. 17 und 27). Das Wiederabringen von Auslassgittern, wenn diese nach Arbeitsvollendung durch Dritte entfernt wur- den, muss bei der Beurteilung der Fristwahrung im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB ausser Betracht fallen. Aus den Ausführungen der Gesuchstellerin erhellt schliesslich nicht, ob sie behaupten will, dass zusätzlich Gitter vergessen worden waren und am 25. April 2023 erstmals hätten montiert werden müssen, mithin nicht nach einer Entfernung durch Dritte. Nur der guten Ordnung halber ist des- halb festzuhalten, dass es sich diesfalls um Nachbesserungen bzw. geringfügige bzw. nebensächliche Arbeiten gehandelt hätte, welche nach der bundesgerichtli- chen Rechtsprechung (vgl. dazu sogleich) nicht als Arbeitsvollendung im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB qualifiziert hätten.

#### **E. 6.4**

Anbringen von fehlenden Revisionsdeckeln am 26. und 27. April 2023: Die fraglichen Deckel decken diejenigen Öffnungen in den Wohnungen ab, über wel- che an der Lüftungsanlage Unterhalts- oder Revisionsarbeiten vorgenommen werden können (vgl. auch act. 9 N. 21 ff.). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Revisionsdeckel notwendig sind, damit die Anlage funktioniert (so die Gesuchstel- lerin in act. 1 N. 18 S. 25 f.). So räumt die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme nun selbst ein, dass die Deckel der Verminderung der Lärmemissionen der Revi- sionsöffnungen (act. 12 N. 28) sowie der Sicherheit ("könnte sonst einfach an die Stromkabel gegriffen werden; sehr gefährlich" (act. 12 N. 29 f.) dienen. Letzteres überzeugt nicht. Es darf davon ausgegangen werden, dass in den Revisionsöff- nungen vorhandene Elektroinstallationen fachmännisch ausgeführt sind und keine offenen Kabel herumliegen, welche die Sicherheit der Bewohner bei blosser Be- rührung gefährden. Die Deckel erfüllen vielmehr eine optische Funktion, indem die Öffnungen und die dahinterliegenden Lüftungsrohre verdeckt werden. Die Ge- suchstellerin musste die Deckel dabei nur noch in die bereits erstellten magneti- schen Fassungen einklicken (vgl. act. 9 N. 20 ff.). Unklar bleibt, weshalb sie damit bis am 26. bzw. 27. April 2023 zugewartet hat, obwohl diese fehlenden Deckel be- reits seit geraumer Zeit als "Penz" geführt wurden. Selbst wenn die Deckel nebst ihrer optischen Funktion noch eine gewisse Lärmdämmung

bieten würden,

- 8 - handelt es sich bei der Montage jedenfalls um Nachbesserungen bzw. geringfügige bzw. nebensächliche Arbeiten, welche weder für die Funktionstüchtigkeit der Lüftungsanlage noch aus Sicherheitsgründen notwendig waren, und deshalb nach geltender bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht als Vollendungsarbeiten im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB gelten (BGE 125 III 113 ff. Erw. 2b; zuletzt etwa BGer-Urteile 5A\_630/2021 vom 26. November 2021 Erw. 3.3.2.4 und 5A\_518/2020 vom 22. Oktober 2020 Erw. 3.1).

### **E. 6.5**

"Abschliessende" Inbetriebnahme der Lüftungsanlage und Luftmengenmessung in den Wohnungen am 28. April 2023: Entgegen den Ausführungen der Gesuchstellerin im Gesuch (act. 1 N. 18 S. 25 f. und N. 19) weisen einzig die Messprotokolle des Einzelunternehmens G.\_\_\_\_\_ gemäss act. 3/28-29 Luftmengenmessungen am 28. April 2023 aus, die übrigen (act. 3/30-34) Luftmengenmessungen fanden am 18. und 24. April 2023 und damit vor dem massgeblichen 25. April 2023 statt. Es ist nicht relevant, dass alle Protokolle am 28. April 2023 unterzeichnet wurden. Es fand somit gerade keine "einheitliche" Inbetriebsetzung der Lüftungsanlage der "Wohn- und Geschäftshäuser H.\_\_\_\_\_" statt, wie die Gesuchstellerin behauptet. Dies scheint die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme nun auch anzuerkennen (vgl. z.B. act. 12 N. 46). Vielmehr fanden gemäss den genannten Protokollen (act. 3/28-34) über den Zeitraum von rund zehn Tagen letzte Luftmengenmessungen in einzelnen Wohnungen statt, und zwar am 18., 24. und 28. April 2023. Die Lüftungsanlage musste im Zeitpunkt der ersten Messung und damit vor dem 25. April 2023 bereits in Betrieb genommen worden sein. Die Gesuchstellerin unterscheidet selbst zwischen den Luftmengenmessungen und der Inbetriebnahme (act. 1 N. 18 S. 24), wobei die G.\_\_\_\_\_ nur die Luftmengenmessungen durchführte. Zudem räumt die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme ein, dass entgegen ihren Ausführungen im Gesuch (act. 1 S. 25 f.) ihre Mitarbeiter bei den Messungen am 28. Februar gerade nicht mehr anwesend waren (act. 12 N. 46: "Jedenfalls I.\_\_\_\_\_ [von G.\_\_\_\_\_] war am 28.04.2023 [...] vor Ort"). Eine Inbetriebnahme der Lüftungsanlage ohne Mitwirkung der Gesuchstellerin ist nicht vorstellbar. Somit ist einzig glaubhaft gemacht, dass am 28. April 2023 noch Luftmengenmessungen stattgefunden haben. Diese dienen gemeinhin der Kontrolle und – sofern notwendig – Justierung der Luftmengen, wie die Gesuch-

- 9 - stellerin in act. 12 N. 44 selbst ausführt, stellen aber nach genannter Rechtsprechung keine Vollendungsarbeiten im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB dar (vgl. auch SCHUMACHER RAINER / REY PASCAL, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl., Zürich 2022, N. 1095).

### **E. 6.6**

Die Gesuchstellerin macht somit keine Arbeitsvollendung im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB ab dem 25. April 2023 glaubhaft, weshalb sie ihren Anspruch auf Pfanderrichtung verwirkt hat. Das Gesuch ist abzuweisen und das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ ist anzuweisen, das superprovisorisch eingetragene Pfandrecht zu löschen.

### **E. 7**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

#### **E. 7.1**

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). Vorliegend ist von einem Streitwert von CHF 257'628.05 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 7'500.– festzusetzen ist. Die weiteren Auslagen betragen CHF 138.80 (Rechnung des Grundbuchamtes C.\_\_\_\_\_ vom 28. August 2023, act. 8).

#### **E. 7.2**

Die Gesuchstellerin hat als unterliegende Partei (Art. 106 Abs. 1 ZPO) die Prozesskosten zu tragen. Zusätzlich hat sie der Gesuchsgegnerin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteienschädigung von CHF 9'000.– zu bezahlen. Das Einzelgericht erkennt:

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