

# ZH\_HANDELSGERICHT HE240005 vom 6. März 2024

Zh Handelsgericht, 2024-03-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HE240005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE240005)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HE240005 du 6 mars 2024

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HE240005 del 6 marzo 2024

## Erwägungen

### E. 4

Parteistandpunkte

#### E. 4.1

Die Gesuchstellerin macht geltend, sie habe der E.\_\_\_\_\_ AG drei Rechnungen im Gesamtbetrag von CHF 104'797.50 gestellt, die nicht beglichen worden seien (act. 1 Rz. 9). Die letzten Arbeiten seien am 29. September 2023 ausgeführt worden, "was dem Regierapport betreffend den Zeitraum vom 25. September bis 29. September 2023 (Flickarbeit Wände Weissputz) entnommen werden" könne (act. 1 Rz. 10; act. 3/9). Andernorts behauptet sie, die letzten Arbeiten hätten am 25. September 2023 stattgefunden (act. 1 Rz. 14).

- 5 -

#### E. 4.2

Die Gesuchsgegnerin macht geltend, die viermonatige Eintragsfrist nach Art. 839 Abs. 2 ZGB sei verwirkt. Zunächst sei das Gesuch insofern widersprüchlich, weil verschiedene Daten für die Beendigung der Arbeiten angegeben würden (act. 8 Rz. 5, 17). Sodann gelinge es der Gesuchstellerin nicht, glaubhaft zu machen, dass die letzten Arbeiten am 29. September 2023 ausgeführt worden seien (act. 8 Rz. 5). Vielmehr seien die letzten massgeblichen Arbeiten am 8. Juli 2023 erfolgt (act. 8 Rz. 6 ff.). Im Mai 2023 seien nämlich die E.\_\_\_\_\_ AG und damit die Gesuchstellerin in Verzug geraten (act. 8 Rz. 8 ff.). Deshalb habe die Totalunternehmerin die Ersatzvornahme durch die H.\_\_\_\_\_ GmbH eingeleitet (act. 8 Rz. 11). Diese habe bis am 8. Juli 2023 die Gipserarbeiten vollendet (act. 8 Rz. 12). Damit seien sämtliche Werkleistungen aus dem Werkvertrag zwischen der Totalunternehmerin und der E.\_\_\_\_\_ AG sowie deren Subunternehmervertrag mit der Gesuchstellerin vollendet gewesen (act. 8 Rz. 13). Nach Arbeitsvollendung sei die E.\_\_\_\_\_ AG nur noch zur Mängelbehebung aufgefordert worden (act. 8 Rz. 16). Sodann beweise der von der Gesuchstellerin stammende Regierapport nicht, dass diese zwischen dem 25. September 2023 und dem 29. September 2023 Arbeiten verrichtet habe (act. 8 Rz. 18). Das darauf verzeichnete Datum sei kaum leserlich und laute wenn schon auf den 25. September 2023 (act. 8 Rz. 19 f.). Jedenfalls könnten die letzten Arbeiten nicht zwischen dem 25. September 2023 und dem 29. September 2023 ausgeführt worden sein. Denn am 27. September 2023 habe die Totalunternehmerin der E.\_\_\_\_\_ AG mitgeteilt, dass noch kein Gipser bei der Eingangskontrolle registriert worden sei, der die Mängel abarbeite, womit erstellt sei, dass im von der Gesuchstellerin behaupteten Zeitraum keine ihrer Mitarbeiter auf der Baustelle gewesen seien (act. 8 Rz. 21 f.; act. 10/10). Zwar werde im Regierapport "Flick Arbeit" ausgewiesen, jedoch seien Mängelbehebungen für die Eintragsfrist nicht relevant (act. 8 Rz. 23).

## **E. 5**

### Rechtliches

#### **E. 5.1**

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

- 6 - 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. Die Eintragung ins Grundbuch muss bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten erfolgen und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet (Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB).

#### **E. 5.2**

Die Viermonatsfrist ist eine Verwirkungsfrist. Vollendet ist die Arbeit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrags bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen dabei geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen wie der Ersatz gelieferter, aber fehlerhafter Teile oder die Behebung anderer Mängel. Auch Arbeiten in Erfüllung der Gewährleistungspflicht nach Art. 368 Abs. 2 OR sind für die Fristberechnung nicht relevant. Geringfügige Arbeiten gelten aber dann als Vollendungsarbeiten, wenn sie – namentlich aus Sicherheitsgründen – unerlässlich sind; insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt (zum Ganzen BGE 125 III 113 E. 2b; Urteile des BGer 5A\_630/2021 vom 26. November 2021 E. 3.3.2.4; 5A\_395/2020 vom 16. März 2021 E. 2; 5A\_688/2019 vom 6. November 2019 E. 4.2; 5A\_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4; 5A\_475/2010 vom 15. September 2010 E. 3.1.1; BSK ZGB II-THURNHERR, Art. 839/840 N 29 m.w.H.; SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2022, Rz. 1070 ff.).

#### **E. 5.3**

Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, so muss die Gesuchstellerin ihr Begehren nur glaubhaft machen. An die Glaubhaftmachung sind nach konstanter Lehre und Praxis keine strengen Anforderungen zu stellen: Die vorläufige Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts darf nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 137 III 563 E. 3.3; BGE 102 Ia 86 E. 2b/bb; BGE 86 I 265 E. 3; Urteil des BGer 5A\_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4). Das herabgesetzte Beweismass führt jedoch nicht dazu, dass die Behauptungs- und Substantiierungsanforderun-

- 7 - gen herabgesetzt wären. Auch im summarischen Verfahren wie bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist ein schlüssiger und hinreichend substantiierter Tatsachenvortrag erforderlich. Das herabgesetzte Beweismass kommt erst zum Zug, wenn zu den hinreichend substantiierten, strittigen Tatsachen Beweise abgenommen werden (Urteil des BGer 5A\_280/2021 vom 17. Juni 2022 E. 3.4.3). Der

Behauptungs- und Substantiierungslast ist in der Rechtschrift nachzukommen. Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht (Urteil des BGer 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5; Urteil des Obergerichts ZH LF220077 vom 5. Oktober 2022 E. 4.2).

## **E. 6**

Würdigung

### **E. 6.1**

Nicht zu folgen ist der Gesuchsgegnerin, soweit sie das Gesuch aufgrund unterschiedlicher Datumsangaben als widersprüchlich bezeichnet. Die Bezugnahme auf den 25. September 2023 in act. 1 Rz. 14 ist offensichtlich ein Versehen, wie die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme darlegt (act. 12 Rz. 2) und sich aus dem Verweis im Gesuch auf Rz. 10 ergibt, wo der 29. September 2023 als Datum der letzten Arbeiten genannt wird.

### **E. 6.2**

Nichtsdestotrotz gelingt es der Gesuchstellerin mit Verweis auf den Re-gierapport (act. 3/9) nicht, rechtsgenügend glaubhaft zu machen, dass im Zeitraum vom 25. bis 29. September 2023 überhaupt Arbeiten durch ihre Mitarbeiter geleistet wurden. Gemäss einer von der Gesuchsgegnerin eingereichten E-Mail der Total- unternehmerin an die E. \_\_\_\_\_ AG vom 27. September 2023 war noch kein Gipser bei der Eingangskontrolle registriert worden, der die Mängel abarbeitete, und mit den Mängelbehebungsarbeiten noch nicht begonnen worden (act. 8 Rz. 21; act. 10/10). Ein von der Gesuchsgegnerin eingereichtes Schreiben der Totalunter- nehmerin an die E. \_\_\_\_\_ AG vom 28. September 2023 enthält ebenfalls eine letzte Nachfristansetzung für die Mängelerledigung (act. 8 Rz. 16; act. 10/9). Gemäss ei- nem von der Gesuchsgegnerin eingereichten Anwesenheitsbericht für den Zeit- raum 20. November 2022 bis 24. November 2023 waren zuletzt am 18. April 2023 Mitarbeiter der Gesuchstellerin registriert worden (act. 8 Rz. 15; act. 10/8). Die von der Gesuchstellerin selbst eingereichte Schlussrechnung datiert vom 28. Septem- ber 2023 und damit vor dem Ende der angeblichen Arbeiten (act. 1 Rz. 9; act. 3/8

- 8 - S. 3). Diese Urkunden widersprechen der gesuchstellerischen Behauptung, wo- nach ihre Mitarbeiter im Zeitraum vom 25. bis 29. September 2023 Arbeiten erledigt hätten. Deshalb erscheint diese Behauptung als höchst unwahrscheinlich.

### **E. 6.3**

Selbst unter der Annahme, dass im Zeitraum vom 25. bis 29. September 2023 Mitarbeiter der Gesuchstellerin auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin ar- beiteten, erstellt die Gesuchstellerin nicht, dass es sich dabei um fristauslösende Vollendungsarbeiten handelte. Gemäss der Gesuchstellerin habe es sich bei den im besagten Zeitraum verrichte- ten "letzten Arbeiten" um "Flickarbeit Wände Weissputz" gehandelt. Damit läuft selbst die Darstellung der anwaltlich vertretenen und für ihren Anspruch beweis- und behauptungsbelasteten (Art. 8 ZGB; Urteil des BGer 5A\_822/2022 vom 14. März 2023 E. 4.3) Gesuchstellerin darauf hinaus, dass es um das Flickern bzw. Ausbessern bestehender Arbeit ging (vgl. <https://www.duden.de/rechtschrei- bung/Flickarbeit>). Ausbesserungsarbeiten sind aber gerade keine fristauslösenden Vollendungsarbeiten. Ausführungen zum konkreten Inhalt der Flickarbeit macht die Gesuchstellerin – auch bei ihren rechtlichen Ausführungen (act. 1 Rz. 14) – nicht. Namentlich legt sie nicht dar, dass diese für die Werkvollendung unerlässlich ge- wesen wäre. Demzufolge lässt der im

Gesuch enthaltene Tatsachenvortrag, selbst bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die verlangte Rechtsfolge (Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts) nicht zu. Das Gesuch ist daher auch mangels hinreichender Behauptungen abzuweisen. Selbst wenn ausnahmsweise die referenzierte Beilage (Regierapport; act. 3/9) zur Substanziierung herangezogen würde, ergibt sich nichts anderes. Denn auch diese enthält als Arbeitsbeschreibung nur die Phrase "Flick Arbeit Wende Weisputz." Damit deckt sie sich zwar mit den Behauptungen der Gesuchstellerin, besagt aber nach dem Gesagten ebenfalls nicht, dass es um Vollendungsarbeiten ging. Aus dem Regierapport ergibt sich weiter ein zeitlicher Arbeitsaufwand von total 48 Arbeitsstunden, was angesichts dessen, dass Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten zu würdigen sind, in den Hintergrund tritt. Gleichzeitig wurde kein Materialverbrauch verzeichnet, was ebenfalls auf Ausbesserungsarbeiten hindeutet.

- 9 - Dass es im September 2023 nicht mehr um die Vollendung der Arbeiten ging, ergibt sich auch aus den Darstellungen der Gesuchsgegnerin. Demnach fand hinsichtlich der eigentlich von der E.\_\_\_\_\_ AG bzw. der Gesuchstellerin zu erbringenden werkvertraglichen Pflichten eine Ersatzvornahme durch die H.\_\_\_\_\_ GmbH statt, die am

#### **E. 6.4**

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es der Gesuchstellerin nicht gelingt, die Einhaltung der Viermonatsfrist nach Art. 839 Abs. 2 ZGB nach dem herabgesetzten Beweismass glaubhaft zu machen. Eine Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen kann unterbleiben. Das Gesuch ist abzuweisen. Das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ ist anzuweisen, das mit Verfügung vom 23. Januar 2024 (act. 4) zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch eingetragene Pfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist zu löschen. 7. Kosten- und Entschädigungsfolgen Die Gesuchstellerin unterliegt, weshalb ihr die Prozesskosten aufzuerlegen sind (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Festsetzung sowohl der Gerichtsgebühr als auch der Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Vorliegend beträgt dieser CHF 104'797.50. Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 4'400.– festzusetzen. Bei der Parteientschädigung erscheint es angemessen, sie in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG auf knapp zwei Drittel der Grundgebühr, mithin CHF 7'400.–, festzusetzen. Mangels Darlegung der fehlenden Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die Parteientschädigung praxisgemäss ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. Urteil des BGer 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5).

- 11 - Das Einzelgericht erkennt:

#### **E. 8**

Juli 2023 beendet wurde (act. 8 Rz. 11 f.; act. 10/3-6). Wie die Gesuchstellerin weiter aufzeigt, ging es im September 2023 noch um die Mängelerledigung. Denn gemäss Schreiben vom 28. September 2023 forderte die Totalunternehmerin die E.\_\_\_\_\_ AG "ein letztes Mal" zur Mängelerledigung auf (act. 8 Rz. 16; act. 10/9). Auch die E-Mail-Korrespondenz zwischen der Totalunternehmerin und der E.\_\_\_\_\_ AG vom 25. bzw. 27. September 2023 nimmt auf das Abarbeiten von Mängeln Bezug (act. 8 Rz. 21; act. 10/10). Dies zeigt ebenfalls, dass die für den Zeitraum vom 25. bis 29. September 2023 geltend gemachten Arbeiten nicht fristauslösende Vollendungsarbeiten, sondern vielmehr

Ausbesserungsarbeiten waren. Dies würde im Übrigen – weiterhin unter der Annahme, dass vom 25. bis 29. September 2023 überhaupt Arbeiten verrichtet wurden – auch erklären, warum die von der Gesuchstellerin gestellte Schlussrechnung (act. 3/8 S. 3) bereits vom 28. September 2023 datiert, obschon dazumal gemäss Darstellung der Gesuchstellerin die Arbeiten noch im Gang waren. Der Einwand der Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme, es sei wenig glaubhaft, dass sie entschädigungslose Nachbesserungsarbeiten an einem von der H.\_\_\_\_\_ GmbH fertiggestellten Werk verrichtet habe (act. 12 Rz. 4), überzeugt schon deshalb nicht, weil unbestritten ist, dass sie vor Verzugseintritt gewisse Arbeiten selbst erstellt hat, auf die sich die Nachbesserung bezogen haben mag. Die übrigen diesbezüglichen Einwände in der Stellungnahme sind, wie bereits erwähnt, novenrechtlich unbeachtlich. Die beweis- und behauptungsbelastete Gesuchstellerin hat es unterlassen, die von ihr behaupteten Arbeiten in ihrem Gesuch näher zu beschreiben und zu konkretisieren; die blosser Bestreitung, dass die Flickarbeiten entschädigungslose Nachbesserungsarbeiten gewesen seien, vermag daran nichts zu ändern (act. 12 Rz. 4). Der behauptete Entschädigungsanspruch gegenüber der E.\_\_\_\_\_ AG bleibt zudem unbelegt und steht im Widerspruch dazu, dass die Schlussrechnung bereits vom 28. September 2023 und damit vor dem angeblichen Arbeitsabschluss datiert (act. 1 Rz. 9; act. 3/8 S. 3).

- 10 -

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