

ZH_HANDELSGERICHT HE240088 vom 23. August 2024

Zh Handelsgericht, 2024-08-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE240088

FR: ZH_HANDELSGERICHT HE240088 du 23 août 2024

IT: ZH_HANDELSGERICHT HE240088 del 23 agosto 2024

Erwägungen

E. 14

März 2024 erbracht habe (act. 16 Rz. 16, 19). Sie behauptet, die Gesuchstellerin habe mit Stellung der Schlussrechnung vom 21. Dezember 2023 bereits sämtliche unter dem Werkvertrag geschuldeten Aufwendungen, Arbeiten und Leistungen erbracht und final abgerechnet (act. 16 Rz. 18, 19). Alle Wohnungen seien mit Mietbeginn vom 1. März 2024 bereits vermietet und von jeweiligen Mieterschaften bezogen gewesen (act. 16 Rz. 18, 19). In den Übergabeprotokollen gebe es keinen Hinweis auf einen fehlenden Waschtisch (act. 16 Rz. 19; act. 17/3/1-7). Auf diese und die weiteren Ausführungen der Parteien ist nachfolgend einzugehen, soweit dies für die Entscheidung erforderlich ist. 3. Formelles 3.1. Die Gesuchstellerin reichte die von ihrem einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrat unterzeichnete Vollmacht vom 28. Juni 2024 ein (act. 10). Die Gesuchstellerin ist rechtsgültig vertreten (Art. 68 Abs. 3 ZPO). 3.2. Der Streitwert beträgt CHF 70'971.75 (act. 1 Rz. 4). Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 13 lit. a i.V.m. Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO, die sachliche Zu-

- 5 - ständigkeit aus Art. 6 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 und 2 ZPO sowie § 45 lit. b GOG (BGE 137 III 563 E. 3.4 S. 568-569). 4. Materielles Gemäss Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB kann eine vorläufige Eintragung vorgemerkt werden zur Sicherung des Anspruchs 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, an diesem Grundstück, sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechtigte Person zum Schuldner haben". Im vorläufigen Eintragungsverfahren gilt das Beweismass der Glaubhaftmachung (Art. 961 Abs. 3 ZGB; Art. 261 Abs. 1 ZPO). Dabei ist das Beweismass gegenüber anderen Arten vorsorglicher Massnahmen 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. 2022, N 1534). Nach ständiger Rechtsprechung darf die vorläufige Eintragung "nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist; im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung dagegen zu bewilligen und die Entscheidung dem ordentlichen Richter zu überlassen" (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGer 5A_822/2022 v. 14.03.2023 E. 4.2; 5A_395/2020 v. 16.03.2021 E. 2). Das herabgesetzte Beweismass lässt jedoch die Behauptungs- und Substantiierungslast des Ansprechers unberührt (BGer 5A_822/2022 v. 14.03.2023 E. 4.5; 5A_280/2021 v. 17.06.2022 E. 3.4.3; SCHUMACHER/REY, a.a.O., N. 1466). 4.1. Die vorläufige Eintragung hat unter Verwirkungsfolge "bis spätestens vier Monate nach der Vollendung

der Arbeiten zu erfolgen" (Art. 839 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 ZGB; Art. 76 Abs. 3 GBV; BGE 126 III 462 E. 2c/aa S. 464). Die für den Beginn des Fristenlauf entscheidende Vollendung der

- 6 - Arbeiten tritt ein, "wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages 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" (BGE 125 III 113 E. 2b S. 115-116 m.H.; BGer 5A_144/2024 v. 22.05.2024 E. 4.1; 5A_109/2022 v. 15.09.2022 E. 2.2). Jedoch gelten auch geringfügige Arbeiten "als Vollendungsarbeiten, wenn sie unerlässlich sind; insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt" (BGE 125 III 113 E. 2b S. 115-116 m.H.; BGer 5A_144/2024 v. 22.05.2024 E. 4.1). 4.1.1. Für den Beginn der Eintragsfrist ist der Zeitpunkt der Ausführung der Vollendungsarbeiten massgeblich, nicht jener der Rechnungsstellung (BGE 102 II 206 E. 1b/aa S. 209; BGer 5A_218/2020 v. 22.10.2020 E. 3.1; 5A_282/2016 v. 17.01.2017 E. 4.1; 5A_420/2014 v. 27.11.2014 E. 3.1). Die Ausstellung einer Schlussrechnung begründet jedoch die tatsächliche Vermutung, der Unternehmer erachte das Werk als vollendet (BGE 101 II 253 S. 255-256; BGer 5A_218/2020 v. 22.10.2020 E. 3.1 m.H.; CHRISTOPH THURNHERR, in: Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, hrsg. von Thomas Geiser/Stephan Wolf, 7. Aufl. 2023, N. 29 zu Art. 839/840 ZGB). Der Ansprecher kann diese Vermutung beseitigen, indem er behauptet und nachweist, dass er nach Ausstellung der Schlussrechnung noch Vollendungsarbeiten ausgeführt hat, welche keine Ausbesserungs- oder Mangelbehebungsarbeiten darstellen (BGer 5A_218/2020 v. 22.10.2020 E. 3.1; 5A_282/2016 v. 17.01.2017 E. 4.1; 5A_420/2014 v. 27.11.2014 E. 3.1). Die Gesuchstellerin stellte mit Rechnung 2 vom 21. Dezember 2023 die Schlussrechnung. Sie stützt ihre Behauptung, die Leistungen seien zu diesem Zeitpunkt (erst) zu rund 95 % erbracht gewesen, auf die nämliche Rechnung 2 vom 21. Dezember 2023 und auf die E-Mail vom 6. März 2024 (act. 1 Rz. 14, act. 3/5; act. 3/13). Der Rechnung 2 vom 21. Dezember 2023 lässt sich kein Hinweis entnehmen, dass die Leistungen in diesem Zeitpunkt nicht vollständig erbracht gewesen wären (vgl. act. 16 Rz. 20; act. 3/5). In der E-Mail vom 6. März 2024 fordert die Gesuchstellerin die Bestellerin zur Kontrolle der Schlussrechnung und Rückmeldung auf; erst in diesem Zusammenhang verweist sie darauf, schon über 95 %

- 7 - Leistung erbracht zu haben (act. 16 Rz. 20; act. 3/13). Die Gesuchstellerin legt nicht konkret dar, welche 5 % der Arbeiten noch offen gewesen wären. Dies ergibt sich selbst aus der E-Mail vom 6. März 2024 nicht (vgl. act. 3/5). Jedenfalls war die Gesuchstellerin bei Ausstellung der Schlussrechnung der Ansicht, der Leistungsstand genüge zur Kontrolle der Schlussrechnung. So erinnerte sie die Bestellerin bereits mit den E-Mails vom 4. und 13. Februar 2024 an die Bezahlung der Schlussrechnung (act. 16 Rz. 20; act. 17/5/1-2). Dies lässt vielmehr den Schluss zu, dass die Gesuchstellerin im Zeitpunkt der Rechnungsstellung subjektiv davon ausging, die werkvertraglichen Arbeiten seien vollendet. Die Behauptung der Gesuchstellerin, zwei ihrer Mitarbeiter hätten am 5. März 2024 die Tätigkeit "Apparatemontage" ausgeführt, stützt sich auf die Bezeichnung der entsprechenden Rubrik im Rapportformular (act. 1 Rz. 13; act. 3/9-10). Lediglich aufgrund dieser generischen Bezeichnung lässt sich nicht beurteilen, ob es sich dabei um Vollendungsarbeiten handelt. Die Position "Montage Sanitärapparate" ist bereits in der Rechnung 2 vom 21. Dezember 2023 enthalten (act. 16 Rz. 19; act. 3/5). Zur Einregulierung

des Volumenstroms (Luft) bei der montierten Lüftung am 12. März 2024 behauptet die Gesuchsgegnerin, die Mieterschaft habe sich nach dem Einzug im März 2024 beklagt, dass es "aus der Lüftung rieche" (act. 16 Rz. 18; act. 17/2/4-6); auf Rüge der Bestellerin habe die Lüftung neu eingestellt werden müssen (act. 16 Rz.19; act. 17/4). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die beschriebene Einregulierung des Volumenstroms über Nachbesserungsarbeiten hinausgeht (act. 1 Rz. 13; act. 3/12). Die Wohnungen waren seit dem 1. März 2024 vermietet und bezogen (act. 16 Rz. 18; act. 17/3/1-7). Die Lüftung muss bereits vor diesem Zeitpunkt in Betrieb genommen worden sein. Spätestens mit der Inbetriebnahme war das Werk vollendet. In zeitlicher Hinsicht erscheint nicht als plausibel, dass die Einregulierung vom 12. März 2024 der Inbetriebnahme entspricht (act. 22 Rz. 11). Zu Anschluss und Inbetriebnahme des letzten Waschtischs am 14. März 2024 behauptet die Gesuchsgegnerin, in den Übergabeprotokollen zu den einzelnen Wohnungen gebe es keinen Hinweis auf einen fehlenden Waschtisch; es müsse sich

- 8 - um eine andere Baustelle der Gesuchstellerin in D. _____ handeln (act. 16 Rz. 19; act. 17/3/1-7). Die Gesuchstellerin bestreitet diese Ausführungen als unsubstantiiert; auch der Bestand von Mietverhältnissen schliesse die Ausführung von Fertigstellungsarbeiten nicht aus (act. 22 Rz. 9). Angesichts der konkreten und belegten Bestreitungen der Gesuchsgegnerin wäre die Gesuchstellerin gehalten gewesen, spätestens im Rahmen der Wahrnehmung des Replikrechts mit der Stellungnahme vom 19. August 2024 nähere Ausführungen zum "letzten Waschtisch" zu machen. Namentlich ist nicht ersichtlich, weshalb über zwei Monate nach der Schlussrechnung noch ein einzelner Waschtisch montiert werden musste. Dem massgeblichen Arbeitsrapport lässt sich lediglich die wiederum generische Tätigkeit "Apparaturmontage" im Objekt "D. _____" entnehmen (act. 3/11). Unter diesen Umständen ist die Behauptung, am 14. März 2024 sei der letzte Waschtisch montiert worden, nicht glaubhaft. Offen bleiben kann, ob die Gesuchstellerin angesichts der mit der Ausstellung der Schlussrechnung verbundenen tatsächlichen Vermutung sowie dem zeitlichen Abstand zwischen Schlussrechnung und behaupteten letzten Arbeiten von mehr als zwei Monaten gehalten gewesen wäre, ihren Tatsachenvortrag in Erwartung der gegnerischen Bestreitungen bereits im Gesuch hinreichend zu substantizieren, da sie im summarischen Verfahren nicht bzw. nur bei ausnahmsweiser Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels über ein zweites umfassendes Äusserungsrecht verfügt (BGer 5A_822/2022 v. 14.03.2023 E. 4.4; 5A_280/2021 v. 17.06.2022 E. 3.4.3). Auch unter Berücksichtigung der Ausführungen in der Eingabe vom

E. 19

August 2024 vermag die Gesuchstellerin Vollendungsarbeiten am 5. März 2024, 12. März 2024 oder 14. März 2024 nicht glaubhaft zu machen. 4.1.2. Die Gesuchstellerin vermag nicht glaubhaft zu machen, dass nach Stellung der Schlussrechnung am 21. Dezember 2023 noch Vollendungsarbeiten stattfanden. Die Eintragsfrist lief somit spätestens am 22. April 2024 ab (Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 78 OR). Im Zeitpunkt der vorläufigen Eintragung am 21. Juni 2024 war die Frist abgelaufen. 4.2. Bei diesem Ausgang sind die weiteren Anspruchsvoraussetzungen nicht mehr zu prüfen.

- 9 - 4.3. Im Ergebnis ist das Gesuch abzuweisen. Das Grundbuchamt ist anzuweisen, das mit Verfügung vom 21. Juni 2024 vorläufig im Grundbuch eingetragene Pfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist zu löschen. 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen 5.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der Gebührenverordnung des Obergerichts

vom 8. September 2010 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). Beim vorliegenden Streitwert von CHF 70'971.75 beträgt die nach § 4 Abs. 1 GebV OG bestimmte einfache Grundgebühr CHF 7'227.74. In Anwendung von § 8 Abs. 1 GebV OG ist diese auf rund die Hälfte zu reduzieren. Die Gerichtsgebühr ist auf CHF 3'600.00 festzusetzen. 5.2. Bei berufsmässig vertretenen Parteien bestimmt sich die Höhe der Parteien- tschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Beim vorliegenden Streitwert beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV bestimmte einfache Anwaltsgebühr CHF 8'887.46. In Anwendung von § 9 AnwGebV OG ist diese auf rund die Hälfte zu reduzieren. Die Gesuchstellerin ist zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädi- gung von CHF 4'400.00 zu bezahlen. Das Einzelgericht erkennt:

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