

# ZH\_HANDELSGERICHT HE240089 vom 18. Juli 2024

Zh Handelsgericht, 2024-07-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HE240089](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE240089)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HE240089 du 18 juillet 2024

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HE240089 del 18 luglio 2024

## Erwägungen

### E. 4

Einhaltung der Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB

#### E. 4.1

Streitpunkte Strittig ist im vorliegenden Verfahren einzig die Einhaltung der Viermonatsfrist ge- mäss Art. 839 Abs. 2 ZGB. Die Gesuchstellerin macht geltend, die letzten pfandberechtigten Leistungen am 26. April 2024 erbracht zu haben; konkret hätten ihre Mitarbeiter E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ zuletzt am 8., 9. und 26. April 2024 das im Bereich der Garage für den Kran ausgesparte Loch geschlossen und abgedichtet sowie die Lüftungsschächte der Tiefgarage abgedichtet (act. 1 N. 2.2). Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Fristwahrung. Konkret bestreitet sie, dass die von der Gesuchstellerin genannten Arbeiten an diesen Daten ausgeführt wurden und dass es sich dabei um Arbeiten aus dem abgeschlossenen Werkvertrag han- delte. Im Übrigen, so die Gesuchsgegnerin weiter, seien das nachträgliche Abdich- ten von Lüftungsschächten der Tiefgarage und das Abdichten eines Kranlochs im Bereich der Garage keine pfandberechtigten Leistungen, sondern lediglich der Ver- vollkommnung des vollendeten Vertrags dienende Arbeiten. So habe die Gesuch- stellerin bereits am 31. Dezember 2023 eine Schlussrechnung gestellt, was nahe lege, dass die Gesuchstellerin in diesem Zeitpunkt bereits alle werkvertraglich ge- schuldeten Leistungen erbracht gehabt habe (act. 8 N. 9).

#### E. 4.2

Rechtliches 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 Unter- nehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine an- dere am Grundstück berechnete Person zum Schuldner haben. Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ins Grundbuch hat gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB bis

- 5 - 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 er- scheint. 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. 4.3**

Würdigung

#### **E. 4.3.1**

Die Gesuchstellerin hatte der Gesuchsgegnerin bereits am 31. Dezember 2023 eine "Teil-Schlussrechnung" (act. 3/9) gestellt. Der von der Gesuchsgegnerin daraus gezogene Schluss, wonach die Gesuchstellerin sämtliche vertraglich geschuldeten Leistungen bereits in diesem Zeitpunkt erbracht haben müsse, geht indes fehl. So übergeht die Gesuchsgegnerin den Umstand, dass die Rechnung ausdrücklich als "Teil"-Rechnung bezeichnet wird und darin die bis zum 22. Dezember 2023 erbrachten Arbeiten in Rechnung gestellt werden. Dies impliziert, dass gerade noch nicht sämtliche Arbeiten geleistet waren. Hinzu kommt, dass die Gesuchstellerin nachvollziehbar ausgeführt hat, dass die fragliche Rechnung für die bis dahin geleisteten Arbeiten durch die Änderung der Mehrwertsteuer per 1. Januar 2024 veranlasst war (act. 1 N. 3.2). Die Gesuchsgegnerin stützt ihre Vermutung, wonach die Gesuchstellerin im Jahr 2024 keine im Werkvertrag vereinbarten Leistungen mehr ausgeführt habe, weiter auf die Tatsache, dass die Teil-Schlussrechnung einen höheren Betrag in Rechnung stellt als die Schlussrechnung vom 30. April 2024 (act. 3/12). Dabei scheint sie den diesbezüglichen Vortrag der Gesuchstellerin zu übersehen, wonach zwischen den Parteien nach Stellen der Teil-Schlussrechnung ein Streit darüber entstanden sei, welche Positionen die Ge-

- 6 - suchstellerin im Ausmass abrechnen dürfe (act. 1 N. 3.3). Nach schlüssiger Darstellung der Gesuchstellerin, welche seitens der Gesuchsgegnerin unbestritten blieb, traf sie sich deshalb am 12. April 2024 mit der Vertreterin der Gesuchsgegnerin, der G. \_\_\_\_\_ AG, zu einem Gespräch, als dessen Folge die Klägerin das Ausmass anpasste (act. 1 N. 3.5). Aus der Schlussrechnung vom 30. April 2024 (act. 3/12) ist diese Reduktion ersichtlich.

#### **E. 4.3.2**

Substantiierte, nicht auf der gesuchstellerischen Rechnungsstellung beruhende Bestreitungen bzw. eigene Behauptungen zur Sache bringt die Gesuchsgegnerin nicht vor. So bleibt insbesondere unklar, wann die Gesuchstellerin nach Ansicht der Gesuchsgegnerin letztmals vertraglich geschuldete Arbeiten auf ihrer Baustelle erbracht haben soll. Ebenso bestreitet die Gesuchsgegnerin nicht, zumindest nicht substantiiert, dass aufgrund eines Krans ein Loch in der Bedachung ausgespart worden war, welches noch verschlossen werden musste. Nicht überzeugend ist das Vorbringen der Gesuchsgegnerin, das Schliessen und Abdichten dieses Lochs sowie das Abdichten der Lüftungsschächte der Tiefgarage seien im Leistungsverzeichnis nicht aufgeführt, finden sich im Leistungsverzeichnis doch zahlreiche Positionen betr. Abdichtung und Dämmung. Im Übrigen blieb unbestritten, dass die Gesuchstellerin nicht nur die im Werkvertrag vereinbarten Leistungen, sondern auch Nachtragsarbeiten erbracht hat (act. 1 N. 2.1).

#### **E. 4.3.3**

Schliesslich bringt die Gesuchsgegnerin auch keine konkreten Hinweise dafür vor, dass es sich bei diesen Arbeiten um blosser Nachbesserungen bzw. geringfügige bzw.

nebensächliche Arbeiten handelt, welche weder für die Funktionstüchtigkeit des Werks noch aus Sicherheitsgründen notwendig waren, und deshalb nach geltender bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht als Vollendungsarbeiten im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB gelten würden (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). Im Gegenteil ist insbesondere bei einem für einen Baukran ausgesparten Loch im Dach von einer beträchtlichen Grösse und einer daraus folgenden Gefahr für die Sicherheit auszugehen. Gleichzeitig ist ein nicht unerheblicher Aufwand für Personal und Material anzunehmen,

- 7 - was mit der Darstellung der Gesuchstellerin übereinstimmt, wonach zwei Mitarbeiter während mehrerer Tage mit diesen Arbeiten beschäftigt gewesen seien.

#### **E. 4.3.4**

Sodann bestreitet die Gesuchsgegnerin auch nicht, dass die Mängelbehebung anschliessend am 8. und 13. Mai 2024 erfolgte (act. 1 N. 2.2). Der Vortrag der Gesuchstellerin ist in sich schlüssig. Es trifft zwar zu, dass die Gesuchstellerin zum Beweis ihrer Arbeiten im April 2024 als sofort verfügbares Beweismittel (vgl. Art. 254 ZPO; BGE 138 III 636 ff. Erw. 4.3.2) einzig einen Auszug aus ihrer Arbeitszeiterfassung (act. 3/6) zu offerieren vermag, welche keine Angaben zu den konkret ausgeführten Arbeiten enthält. Diese Arbeiten und damit der Bestand des Pfandrechts erscheinen aber nicht als schlichtweg ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich, weshalb das Gesuch gutzuheissen und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechts dem ordentlichen Gericht vorzubehalten ist.

#### **E. 5**

Verzugszins

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

Streitpunkte Nach Darstellung der Gesuchstellerin befindet sich die Gesuchsgegnerin für den Betrag von CHF 84'932.10 (20. Teilrechnung vom 22. November 2023, act. 3/7) seit dem 1. Februar 2024 und für den Betrag von CHF 171'520.10 (21. Teilrechnung vom 22. Dezember 2023, act. 3/8) seit dem 4. April 2024 in Verzug. Der Schlussrechnungsbetrag von CHF 93'614.– sodann sei noch nicht zur Zahlung fällig, weshalb die Sicherung des Verzugszinses erst ab dem 27. Oktober 2024 – dem erstmöglichen Verzugszeitpunkt – verlangt werde (act. 1 N. 4). Die Gesuchsgegnerin wendet ein, bei der 20. Teilrechnung vom 22. November 2023 (act. 3/7) und der 21. Teilrechnung vom 22. Dezember 2023 (act. 3/8) handle es sich um Akontozahlungsgesuche; die Gesuchstellerin habe im Zeitpunkt der Rechnungsstellung über keinen Anspruch auf weitere Akontozahlungen verfügt; sie, die Gesuchsgegnerin, befinde sich nicht in Zahlungsverzug (act. 8 N. 15 f.).

- 8 -

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

Würdigung

###### **E. 5.2.1**

Gleich wie zukünftige Forderungen sind auch künftige Verzugszinsen pfandberechtigt (Urteil HE120388 vom 16. November 2012 Erw. 4; SCHUMACHER RAINER / REY PASCAL, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl., Zürich 2022, N. 527 ff.). Hinsichtlich

der Schlussrechnung vom 30. April 2024 bringt die Gesuchsgegnerin vor, die Parteien hätten eine Prüfungsfrist von 90 Tagen sowie eine anschliessende Zahlungsfrist von 60 Tagen vereinbart, weshalb der Rechnungsbetrag noch nicht fällig sei (act. 8 N. 15). Das stimmt mit dem Vortrag der Gesuchstellerin überein. Der verlangte Verzugszins ab dem 27. Oktober 2024 berücksichtigt diese Fristen, weshalb der Zinsanspruch in diesem Umfang unbestritten ist.

### **E. 5.2.2**

Hinsichtlich der beiden Teilrechnungen legt die Gesuchstellerin sodann nicht dar, inwiefern ihr ein Anspruch auf Akontozahlungen zukommen soll. Die Gesuchsgegnerin anerkennt allerdings unter Hinweis auf Ziffer 5.5 der Allgemeinen Vertragsbedingungen (act. 3/5 S. 28) einen entsprechenden Anspruch der Gesuchstellerin im Umfang von 90% der Werkvertragssumme (act. 8 N. 16). Unklar bleibt, was die Parteien vorliegend unter dem "Werklohn" (so die genannte Ziffer 5.5) bzw. der "Werkvertragssumme" (so die Gesuchsgegnerin) verstehen, scheinen sie doch grundsätzlich einen Einheitspreisvertrag mit Abrechnung nach tatsächlichem Ausmass geschlossen zu haben. Die Entscheidung dieser Frage ist dem ordentlichen Gericht zu überlassen.

### **E. 5.2.3**

Im vorliegenden summarischen Verfahren ist aufgrund der insoweit unbestritten gebliebenen Angaben der Gesuchstellerin (act. 1 N. 3.1 ff., act. 3/12) davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin auf Grundlage des Werkvertrags und von Nachträgen Leistungen im Wert von CHF 2'003'290.46 inkl. MwSt. erbracht hat. Ausgehend von diesem Betrag verfügt die Gesuchstellerin über einen Anspruch auf Akontozahlungen in der Höhe von 90% davon bzw. CHF 1'802'961.42, der Rückbehalt beträgt mithin CHF 200'329.05. Für die Rechnungsbeträge der 20. Teilrechnung (CHF 84'932.10; act. 3/7) sowie der 21. Teilrechnung (CHF 171'520.10; act. 3/8) – bezüglich Letzterer im Umfang von CHF 64'805.05 (CHF 171'520.10 - [Rückbehalt CHF 200'329.05 - Schlussrechnung CHF 93'614.–]) – befindet sich die Gesuchsgegnerin folglich ab den im Rechtsbegehren genannten Daten in Verzug.

- 9 - Im Restbetrag ist der Rechnungsbetrag der 21. Teilrechnung noch nicht fällig und nur – analog zur Schlussrechnung – der künftige Verzugszins zu sichern.

### **E. 6**

Prosequierungsfrist Der Gesuchstellerin ist sodann Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung der Pfandrechte gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (BGE 143 III 554 ff. Erw. 2.5.2). Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuchs (Art. 144 Abs. 2 ZPO); dieses würde in einem kostenpflichtigen Nachverfahren behandelt. Als zureichende Gründe für eine Fristerstreckung gemäss Art. 144 Abs. 2 ZPO werden nur entweder die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe anerkannt.

### **E. 7**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_, an das Grundbuchamt vorab per E-Mail, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel / Kopien von act. 8 und act. 10/1.

### **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 350'066.20 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 7'300.– festzusetzen ist.

### **E. 7.2**

Das Gesuch ist mit Ausnahme des teilweise zu korrigierenden Zinsenlaufs gutzuheissen, weshalb die Gesuchsgegnerin als unterliegende Partei (Art. 106 Abs. 1 ZPO) die Prozesskosten zu tragen hat. Die teilweise Abweisung des Gesuchs (Zinsenlauf) rechtfertigt keine Kostenausscheidung. Es wird im ordentlichen Verfahren zu entscheiden sein, ob die Gesuchstellerin endgültig obsiegt. Gemäss Praxis des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich sind die Kosten daher einstweilen von der Gesuchstellerin zu beziehen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt. Für den Fall,

- 10 - dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, ist indes eine definitive Kostenaufgabe vorzusehen.

### **E. 7.3**

Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorzubehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, ist der Gesuchsgegnerin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von CHF 7'000.– zuzusprechen. Das Einzelgericht erkennt: 1. Das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ wird im Sinne von Art. 961 ZGB einstweilen angewiesen, zugunsten der Gesuchstellerin ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf Liegenschaft GBB1. 3, E-GRID CH 2, D.\_\_\_\_\_, für eine Pfandsumme von CHF 350'066.20 nebst Zins zu 5 % auf CHF 84'932.10 seit dem 1. Februar 2024, ■ auf CHF 64'805.05 seit dem 4. April 2024, ■ auf CHF 200'329.05 ab dem 27. Oktober 2024. ■ 2. Im Mehrbetrag (Zins) wird das Gesuch abgewiesen. 3. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 20. September 2024 angesetzt, um eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Bei Säumnis kann die Gesuchsgegnerin den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 1) löschen lassen. 4. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 7'300.–. Allfällige weitere Kosten (insbesondere Rechnung des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.

- 11 - 5. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 4 werden von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 3 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt. 6. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 3 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 7'000.– zu bezahlen.

### **E. 8**

Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 350'066.20. Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 46 Abs. 2 BGG). Zürich, 18. Juli 2024 HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH Einzelgericht Der Gerichtsschreiber: Dario König

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