

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE230130-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, sowie Gerichtsschreiberin Tanja Lutz

Urteil vom 18. Januar 2024

in Sachen

A._____ GmbH,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Gesuchsgegnerin

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt und Notariat C.____-Zürich, sei im Sinne von Art. 961 ZGB sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei einstweilen anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten der Gesuchsgegnerin ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf die Liegenschaft D.____-Strasse ..., in ... Zürich, Grundbuchblatt C.____/1, Katasternummer 2 (CH3), BFSNr. 4, für eine Pfandsomme von CHF 730'763.30 nebst Zins zu 5 % seit dem 21.06.2023.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 6. November 2023 (elektronisch) reichte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich das vorstehende aufgeführte Begehren ein (act. 1). Mit Verfügung vom 8. November 2023 (act. 5) wurde das Grundbuchamt C.____-Zürich ohne Anhörung der Gegenpartei angewiesen, das Pfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig einzutragen; zudem wurde der Gesuchstellerin eine Nachfrist angesetzt, um eine neue Vollmacht einzureichen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Begehren der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen. Das Grundbuchamt nahm die vorläufige Eintragung am 8. November 2023 vor (act. 6; act. 9). Die Gesuchstellerin reichte mit Eingabe vom 13. November 2023 fristgemäss eine neue Vollmacht ein (act. 10/1-2). Die Gesuchsgegnerin liess sich innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 18. Dezember 2023 (Datum Poststempel) vernehmen (act. 12; act. 14). Die Eingabe vom 18. Dezember 2023 wurde der Gesuchstellerin am 3. Januar 2024 zur Kenntnisnahme zugestellt (Prot. S. 5; act. 16), worauf diese mit Eingabe vom 10. Januar 2024 eine unaufgeforderte Stellungnahme einreichte (act. 17).

2. Prozessuales

2.1. Das vorliegende Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist im summarischen Verfahren zu behandeln (vgl. Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO). Im summarischen Verfahren steht den Parteien in der Regel nur eine einzige freie Äusserungsmöglichkeit zu (vgl. BGE 144 III 117 E. 2; BGE 146 III 237 E. 3). Aufgrund des unbedingten Replikrechts steht es den Parteien zwar frei, sich zu jeder Eingabe der Gegenseite nochmals zu äussern. Allerdings führt das unbedingte Replikrecht nicht dazu, dass in den zusätzlichen Eingaben Noven nochmals unbeschränkt vorgebracht werden könnten, sondern diesbezüglich gelten die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO (vgl. BGE 144 III 117 E. 2.3). Will eine Partei dieses Novenrecht gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO beanspruchen, hat sie im Einzelnen darzutun, dass bzw. inwiefern die Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. HGer ZH HG190089 vom 3. Mai 2021 E. 2.2.; PAHUD, in: DIKE Kommentar ZPO, 2. Aufl. 2016, N. 15 zu Art. 229; SCHMID, Das Verfahren vor Handelsgericht: aktuelle prozessuale Probleme, ZZZ 2017, S. 156 f.). Namentlich hätte sie darzulegen, weshalb erst die Ausführungen der Gegenseite erstmals Anlass dazu gaben, zusätzliche unechte Noven in den Prozess einzubringen (vgl. BGE 146 III 55 E. 2.5.2).

2.2. Vorliegend wurde kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, sondern der Gesuchstellerin die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin einzig zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. Prot. S. 5; act. 16). In ihrer Stellungnahme vom 10. Januar 2024 (act. 17) führte die Gesuchstellerin neue Vorbringen – wozu gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch neue Bestreitungen zählen (vgl. BGE 147 III 475 E. 2.3.3.6) – aus, ohne darzutun, inwiefern es sich um zulässige Noven handeln soll. Folglich ist die Stellungnahme vom 10. Januar 2024 in der Entscheidung nicht zu berücksichtigen.

3. Parteien

3.1. Die Gesuchstellerin erbrachte Arbeiten als Sub-Subunternehmerin im Auftrag einer Subunternehmerin (E._____ AG) (act. 1 Rz. 9, 11; act. 14 Rz. 2). Die Gesuchstellerin richtet ihr Gesuch gegen die "B'._____, c/o B._____ AG, ... [Ad-

resse]", bezeichnet diese als Gesuchsgegnerin und Eigentümerin des Grundstücks, auf dem die von ihr behaupteten Leistungen erbracht worden sind (act. 1 S. 1). Die Gesuchsgegnerin macht geltend, dass eine "B'._____" nicht existiere und an der angegebenen c/o-Adresse die B1.____ AG (und nicht die B.____ AG) domiziliert sei (act. 14 Rz. 7).

3.2. Aus den Ausführungen der Gesuchstellerin (act. 1 Rz. 3, 6 ff.) und der Beilage "Handelsregisterauszug Gesuchsgegnerin" (act. 3/3) geht eindeutig hervor, dass die Gesuchstellerin ihr Gesuch gegen die B.____ AG richten wollte. Hinzu kommt, dass das Gesuch der tatsächlich gemeinten Gesuchsgegnerin zugestellt werden konnte (act. 7/2) und diese in der Folge denn auch eine Stellungnahme einreichte. Die B.____ AG gilt folglich als Gesuchsgegnerin und ist als solche im Rubrum aufzuführen, mit c/o -Anschrift- B1.____ AG an der angegebenen Adresse.

4. Parteistandpunkte

4.1. Die Gesuchstellerin macht zusammenfassend geltend, sie habe mit der E.____ AG am 28. Januar 2022 einen Werkvertrag abgeschlossen. Für das Verkleiden von Wänden, Decken und Säulen sowie Eisenstützen sei eine Vergütung in Höhe von CHF 753'900.00 vereinbart worden. Der Gesamtbetrag der offen gebliebenen Rechnungen betrage CHF 730'763.30 (act. 1 Rz. 10 ff.; act. 3/5; act. 3/5.A). Die Viermonatsfrist sei eingehalten, da die letzten Arbeiten durch die Gesuchstellerin auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin am 18. August 2023 erfolgt seien (act. 1 Rz. 4, 40; act. 3/4).

4.2. Die Gesuchsgegnerin bringt vor, dass das Gesuch abzuweisen sei (act. 14 Rz. 28). Die Gesuchstellerin mache zur Einhaltung der Viermonatsfrist keine oder nur ungenügende Angaben (act. 14 Rz. 8.1 ff.). Auf dem fraglichen Grundstück befänden sich sechs Gebäude (act. 15/2; act. 15/3); die Gesuchstellerin lege jedoch nicht ansatzweise dar, zu welchen Zeitpunkten bei den einzelnen Gebäuden jeweils die Vollendungsarbeiten ausgeführt worden seien (act. 14 Rz. 12.1 ff.). Die Gesuchstellerin habe sich rechtsmissbräuchlich verhalten, indem sie über Monate ohne finanzielle Abgeltung durch die E.____ AG weitergearbeitet und dadurch

einen immensen Forderungsbetrag entstehen lassen habe (act. 14 Rz. 13 ff.). Die Gesuchsgegnerin bringt ausserdem vor, dass der Bestand und Umfang der Forderung nicht nachvollziehbar seien (act. 14 Rz. 16 ff.).

5. Rechtliches

5.1. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes 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 Bauhandwerkerpfandrechtes richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks, auch wenn die Leistung nicht in seinem Auftrag erbracht worden ist (vgl. THURNHERR, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, 7. Aufl. 2023, N. 10 zu Art. 839/840). Die Eintragung ins Grundbuch kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet und hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB).

5.2. Bei der Viermonatsfrist handelt es sich um eine Verwirkungsfrist (BGE 126 III 462 E. 2.c.aa). Vollendet ist die Arbeit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrags bilden, ausgeführt sind (BGE 125 III 113 E. 2.b; BGer 5A_395/2020 vom 16. März 2021 E. 2; BGer 5A_688/2019 vom 6. November 2019 E. 4.2; THURNHERR, a.a.O., N. 29 zu Art. 839/840). Für die Beurteilung des Vollendungszeitpunkts nicht in Betracht fallen jedenfalls geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten sowie Ausbesserungen, ausser sie sind für die Werkvollendung unerlässlich (BGer 5A_630/2021 vom 26. November 2021 E. 3.3.2.4; BGer 5A_395/2020 vom 16. März 2021 E. 2; BGer 5A_688/2019 vom 6. November 2019 E. 4.2; BGer 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4; BGer 5A_475/2010 vom 15. September 2010 E. 3.1.1; vgl. auch OGer ZH LF200008 vom 17. April 2020 E. 3.2.4.c).

5.3. Leistet ein Unternehmer Bauarbeiten für mehrere Bauwerke auf einem Grundstück, so unterliegen die Bauarbeiten für jedes einzelne Bauwerk je einem eigenen Fristenlauf. Denn Bauleistungen für mehrere Bauwerke bilden normalerweise keine funktionelle Einheit und zwar auch dann, wenn an diesen Bauwerken die gleiche bzw. gleichartige Bauarbeiten ausgeführt werden (BGE 125 III 113 E. 3.b; BGE 76 II 134 E. 1; SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2022, N. 1182 f.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 6. Aufl. 2022, N. 1760). Das Bundesgericht hat jedoch eine einheitliche Frist anerkannt, wenn sich die verschiedenen Arbeiten unter praktischen Gesichtspunkten als einheitliche Bauleistung zusammenfassen lassen (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., N. 1760; vgl. auch BGE 125 III 113 E. 3.b; BGE 111 II 343 E. 2.c; BGer 5A_630/2021 vom 26. November 2021 E. 3.3.2.4; BGer 5A_282/2016 vom 17. Januar 2017 E. 7.1; SCHUMACHER/REY, a.a.O., N. 1184 ff.).

5.4. Für die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts müssen die Voraussetzungen des Pfandrechts gemäss Art. 961 Abs. 3 ZGB nur glaubhaft gemacht werden, wobei die Anforderungen an die Glaubhaftmachung tiefer sind als bei anderen Anwendungsfällen des Beweismasses der Glaubhaftmachung. Die Eintragung ist nur zu verweigern, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint (vgl. BGE 137 III 563 E. 3.3; BGE 86 I 265 E. 3; BGer 5A_280/2021 vom 17. Juni 2022 E. 3.1). Das herabgesetzte Beweismass führt jedoch nicht dazu, dass die Behauptungs- und Substantiierungsanforderungen herabgesetzt wären. Auch im summarischen Verfahren und auch bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist ein schlüssiger und allenfalls – bei Bestreitung durch die Gegenseite – hinreichend detaillierter bzw. substantiierter Tatsachenvortrag erforderlich. Das herabgesetzte Beweismass kommt erst zum Zug, wenn zu den hinreichend substantiierten, strittigen Tatsachen Beweise abgenommen werden (vgl. BGer 5A_280/2021 vom 17. Juni 2022 E. 3.4.3). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Behauptungs- und Substantiierungslast in der Rechtsschrift nachzukommen. Der blosser pauschaler Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht (BGer 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5; vgl. auch OGer ZH LF220077 vom 17. April 2020 E. 3.2.4.c).

6. Würdigung

6.1. Die Gesuchsgegnerin bestreitet das Einhalten der viermonatigen Verwirklichungsfrist (act. 14 Rz. 8.1 ff.). Sie macht geltend, dass die Ausführungen der Gesuchstellerin in Bezug auf die Viermonatsfrist unsubstantiiert seien und es sich vorliegend nicht um Vollendungsarbeiten im Sinne von ZGB 839 Abs. 2 ZGB handle (act. 14 Rz. 8.1 ff., 11.1 ff.). Ausserdem werde nicht aufgezeigt, zu welchen Zeitpunkten die Vollendungsarbeiten an den Gebäuden 1 bis 6 (act. 15/2; act. 15/3) auf dem gegenständlichen Grundstück durch die Gesuchstellerin ausgeführt worden seien; der Arbeitsrapport (act. 3/4) betreffe nur Arbeiten an Haus 5 (act. 14 Rz. 12.1 ff.)

6.2. Die Gesuchstellerin führt diesbezüglich aus, dass der "letzte Hammerschlag" am 18. August 2023 erfolgt sei; die Viermonatsfrist sei somit eingehalten (act. 1 Rz. 4, 40). Hierfür verweist sie auf einen Arbeitsrapport mit Datum 18. August 2023 (act. 3/4), ohne näher darauf einzugehen. Damit genügt die Gesuchstellerin ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast nicht. Es bleibt vollkommen unklar, welche konkreten Leistungen die Gesuchstellerin am 18. August 2023 erbracht haben will bzw. an welchen der sechs Gebäude Arbeiten durchgeführt worden sein sollen. Sie legt auch nicht dar, dass es sich dabei um Vollendungsarbeiten im Sinne von Art 839 Abs. 2 ZGB gehandelt haben soll. Es fehlt damit an einem detaillierten Tatsachenvortrag, und der bloss pauschale Hinweis auf "letzter Hammerschlag" genügt nicht. Im Weiteren zeigt die Gesuchstellerin auch nicht auf, weshalb die Bauarbeiten an den sechs Häusern nicht je einen eigenen Fristenlauf auslösen, sondern unter praktischen Gesichtspunkten eine einheitliche Bauleistung darstellen und somit einem einheitlichen Fristenbeginn unterliegen würden. Damit erweist sich der Tatsachenvortrag der Gesuchstellerin auch in dieser Hinsicht als ungenügend.

6.3. Der Tatsachenvortrag würde selbst dann unsubstantiiert bleiben, wenn ausnahmsweise die offerierte Beilage (act. 3/4) zur Substantiierung herangezogen würde. Zwar lässt sich der Beilage entnehmen, dass diese Haus 5 betrifft; die darin aufgeführten Schlagworte sind allerdings mehrheitlich unverständlich. Vielmehr legen diese gar nahe, dass bloss Mängelbehebungen und Aufräumarbeiten

erfolgt sind (bspw. "viele Löcher von Stomer mit Regips Platte [sic] ergänzen", "[unleserlich] Decken sturz [sic] mit Platte verkleiden", "Platten fuge [unleserlich] [sic] alles erledigen nach Mängellisten", "aufreumen [sic]"). Inwiefern diese für die Werkvollendung unerlässlich sind und damit Vollendungsarbeiten im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB darstellen, erschliesst sich nicht.

6.4. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es der Gesuchstellerin nicht gelingt, die Einhaltung der Viermonatsfrist i.S.v. Art. 839 Abs. 2 ZGB glaubhaft zu machen. Eine Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen kann unterbleiben. Im Ergebnis ist das Gesuch abzuweisen. Das Grundbuchamt C.____-Zürich ist anzuweisen, das mit Verfügung vom 8. November (act. 5) zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch eingetragene Pfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist zu löschen.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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 730'763.30 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG und in Nachachtung des Äquivalenzprinzips auf CHF 10'600.00 festzusetzen ist. Eine Partei- bzw. Umtriebsentschädigung ist der Gesuchsgegnerin mangels erheblichen Umtrieben nicht zuzusprechen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt C.____-Zürich wird angewiesen, das mit Verfügung vom 8. November 2023 zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch eingetragene Pfandrecht auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 1, EGRID CH3,

D._____-Strasse ..., ... Zürich,

für eine Pfandsumme von CHF 730'763.30 nebst Zins zu 5 % seit 21. Juni 2023

nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist zu löschen.

3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 10'600.00.
Die weiteren Kosten betragen: CHF 310.00 (Rechnung Nr. 145419.01 des Grundbuchamtes C._____-Zürich vom 8. November 2023 [act. 8]). Allfällige weitere Kosten des Grundbuchamtes bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 17, sowie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt C._____-Zürich.
6. 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 730'763.30.

Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten *nicht* (Art. 46 Abs. 2 BGG).

Zürich, 18. Januar 2024

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Tanja Lutz