

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE220062-O

U/pz

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie
Gerichtsschreiber Jan Busslinger

Urteil vom 20. September 2022

in Sachen

A._____ GmbH,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur., LL.M. X._____,

gegen

B._____,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y2._____,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei auf dem Grundstück GB C._____ Kataster Nr. 1 an der D._____ -strasse ... in C._____ ein Pfandrecht in der Höhe von CHF 33'094.90 superprovisorisch und vorläufig zuzüglich 5 % Zins seit dem 06.06.2022 (spätestens seit Einleitung des Verfahrens) einzutragen;
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Anträge der Gesuchsgegnerin:

(act. 18 S. 2)

" Materiell

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin vom 6. Juli 2022 um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Das Grundbuchamt E._____ sei anzuweisen, das folgende, gemäss der Verfügung des Handelsgerichts vom 7. Juli 2022 zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch eingetragene Pfandrecht unverzüglich und vollumfänglich zu löschen:
- auf der Liegenschaft Kat.-Nr. 1, GGBI. 2, Grundbuch C._____, EGRID 3, D._____ -strasse ..., C._____, für eine Pfandsumme von CHF 33'094.90 nebst Zins zu 5 % seit 6. Juni 2022.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten der Gesuchstellerin.

Formell

4. Die Behauptungen der Gesuchstellerin zum Sachverhalt im dritten Absatz ihrer Eingabe vom 14. Juli 2022 (dritter Absatz nach dem Ingress, von «Betreffend Anhang Werkvertrag» bis «Nr. 07640», seien aus den Akten zu weisen, also im vorliegenden Verfahren nicht zu berücksichtigen.
5. Die Beilagen 2 und 3/1 bis 3/7 zur Eingabe der Gesuchstellerin vom 14. Juli 2022 seien aus den Akten zu weisen, also im vorliegenden Verfahren nicht zu berücksichtigen."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin übergab ihr Gesuch betreffend provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts i.S.v. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB am 6. Juli 2022 zuhanden des Einzelgerichts der Post (act. 1; act. 2; act. 3/2-18). Mit Verfügung vom 7. Juli 2022 wurde das zuständige Grundbuchamt ohne Anhörung der Gegenpartei einstweilen angewiesen, zugunsten der Gesuchstellerin ein Pfandrecht auf dem streitgegenständlichen Grundstück einzutragen und der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme angesetzt; zudem wurde der Gesuchstellerin eine Nachfrist angesetzt, um eine aktuelle Vollmacht, den Anhang zum Werkvertrag und lesbare Kopien der Gesuchsbeilagen 7 und 13 einzureichen (act. 4). Das Grundbuchamt nahm die Anmeldung am 7. Juli 2022 entgegen (act. 5). Die Gesuchstellerin reichte mit Eingabe vom 14. Juli 2022 fristgemäss eine neue Vollmacht, zwei undatierte Fotos des streitgegenständlichen Bauprojekts und Rapportkopien ein (act. 8; act. 9; act. 10/2-3). Mit Verfügung vom 15. Juli 2022 wurde die Eingabe der Gesuchstellerin vom 14. Juli 2022 mit Beilagen der (damals noch nicht anwaltlich vertretenen) Gesuchsgegnerin zugestellt (act. 11). Die Gesuchsgegnerin stellte mit Eingabe vom 27. Juli 2022 ein Gesuch um Fristerstreckung, verkündete der F. _____ GmbH den Streit, beantragte die Ansetzung einer Frist an die Streitberufene, um zum Gesuch Stellung zu nehmen, und die Ansetzung einer weiteren Frist an die Gesuchsgegnerin nach Eingang der Stellungnahme der Streitberufenen, um ihre Stellungnahme zu ergänzen (act. 13; act. 14; act. 15/2-3). Mit Verfügung vom 28. Juli 2022 wurde von der Streitverkündung Vormerk genommen und die Frist der Gesuchsgegnerin zur Stellungnahme erstreckt; im Übrigen wurden die prozessualen Anträge der Gesuchsgegnerin vom 27. Juli 2022 abgewiesen (act. 16). Der Streitberufenen ging die Verfügung vom 28. Juli 2022 am 29. Juli 2022 zu (act. 17/3). Die Gesuchsgegnerin reichte mit Eingabe vom 22. August 2022 fristgemäss ihre Gesuchsantwort ein; sie beantragte die vollumfängliche Abweisung des Gesuchs unter Kosten- und Entschädigungsfolgen nebst weiterer prozessualer Anträge (act. 18; act. 19/4). Die Gesuchsantwort wurde der Gesuchstellerin am 25. August 2022 zugestellt (act. 20).

Die Gesuchsgegnerin und die Streitberufene haben sich nicht (mehr) vernehmen lassen. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Prozessgegenstand

Die Gesuchstellerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung schweizerischen Rechts mit Sitz in G.____; ausweislich des Handelsregisters bezweckt sie die Ausführung von baugewerblichen Arbeiten im Hochbaubereich, insbesondere von Umbauten und Renovationen sowie von Neubauten (act. 1 Rz. 2; act. 3/2).

Die Gesuchsgegnerin ist eine Stiftung schweizerischen Rechts mit Sitz in H.____; ausweislich des Handelsregisters bezweckt sie die [...] und unterstützt diese damit in der Aufgabe, ihre Vermögen nach professionellen Grundsätzen optimal anzulegen (act. 15/2). Sie ist Alleineigentümerin der Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2, Grundbuch C.____, EGRID 3, D.____-strasse ..., C.____ (act. 1 Rz. 4.1; act. 18 Rz. 40; Prot. S. 3).

Die (streitberufene) F.____ GmbH ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung schweizerischen Rechts mit Sitz in I.____; ausweislich des Handelsregisters bezweckt sie die Ausführung von Arbeiten im ... (act. 3/3).

Die Gesuchsgegnerin als Bauherrin und die F.____ GmbH als Hauptunternehmerin schlossen am 7. Oktober 2021 (recte: 13./18. Oktober 2021) einen Werkvertrag über die Erbringung von Baumeisterarbeiten (act. 18 Rz. 11; act. 15/3).

Die Gesuchstellerin behauptet, sie habe mit der Hauptunternehmerin am 6./10. Januar 2022 einen Werkvertrag über Baumeisterarbeiten auf der streitgegenständlichen Liegenschaft mit einem Werklohn von CHF 31'500.00 als Subunternehmerin abgeschlossen (act. 1 Rz. 4.2; act. 3/4). Sie habe vom 10. Januar 2022 bis 18. März 2022 diverse Baumeisterarbeiten auf dem streitgegenständlichen Grundstück ausgeführt (act. 1 Rz. 4.3). Neben den vom Werkvertrag erfassten Arbeiten habe sie dabei auch noch Regiearbeiten geleistet, für welche entsprechende von der Unternehmerin unterzeichnete Arbeitsrapporte vorlägen (act. 1 Rz. 4.2; act. 3/7-13).

Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass die Gesuchstellerin auf der streitgegenständlichen Liegenschaft Arbeiten erbracht haben soll (act. 18 Rz. 13, 16, 41, 44). Die Bauleitung habe im Frühjahr 2022 nie Personal der Gesuchstellerin auf der Baustelle entdeckt (act. 18 Rz. 13; act. 19/4). Die Gesuchsgegnerin ist der Ansicht, die Gesuchstellerin sei ihrer Behauptungs-, Substanziierungs- und Beweislast nicht nachgekommen (act. 18 Rz. 27, 43).

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien ist nachfolgend einzugehen, soweit sich dies für die Entscheidungsfindung als erforderlich erweist.

3. Formelles

3.1. Auf entsprechende Nachfristansetzung durch die Verfügung vom 7. Juli 2022 reichte die Gesuchstellerin eine durch ihren Gesellschafter und Geschäftsführer unterzeichnete Vollmacht an die Rechtsvertretung vom 8. Juli 2022 ein (act. 3/2; act. 9). Die Gesuchsgegnerin reichte eine gültig unterzeichnete Vollmacht vom 22. Juli 2022 ein (act. 14; act. 15/2).

3.2. Das streitgegenständliche Grundstück befindet sich in der Gemeinde C._____. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 13 lit. a i.V.m. Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO, da es im Kanton Zürich liegt.

3.3. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich 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), da beide Parteien im Handelsregister eingetragen, ihre Geschäftstätigkeit betroffen und der erforderliche Streitwert erreicht sind.

3.4. Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

3.5. Gemäss Beschluss des Kantonsrates über die Notariatskreise und den Sitz der Notariate vom 7. November 1988 gehört die Gemeinde C._____ zum Notariatskreis E._____.

3.6. Die formellen Anträge der Gesuchsgegnerin finden nachfolgend Berücksichtigung, soweit sie entscheidungserheblich und begründet sind. Eine formelle Entscheidung mit Aufnahme in das Dispositiv ist nicht erforderlich.

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 berechnigte Person zum Schuldner haben". Bei besonderer Dringlichkeit kann die vorläufige Eintragung sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei erfolgen (Art. 265 Abs. 1 ZPO).

Im vorläufigen Eintragungsverfahren gilt das Beweismass der Glaubhaftmachung (Art. 961 Abs. 3 ZGB; Art. 261 Abs. 1 ZPO). Nach allgemeiner Ansicht ist das Beweismass in diesem Verfahren gegenüber anderen Arten vorsorglicher Massnahmen allerdings besonders stark herabgesetzt (BGE 137 III 563 E. 3.3 S. 566-567; BGer 5A_613/2015 v. 22.01.2015 E. 4; RAINER SCHUHMACHER/PASCAL REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2022, N 1533-1535). Bei Abweisung des Gesuchs um vorläufige Eintragung droht der gesuchstellenden Partei aufgrund der ablaufenden Eintragungsfrist ein definitiver Rechtsverlust (BGE 137 III 563 E. 3.3 S. 566-567; BGE 86 I 265 E. 3 S. 268, 269-270; BGE 39 II 137 E. 2 S. 139-140), bei einer Gutheissung der Gegenpartei hingegen lediglich ein vorübergehender Nachteil, da die gesuchstellende Partei die Massnahme zu prosequieren haben wird (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270). An die Glaubhaftmachung dürfen folglich keine strengen Anforderungen gestellt werden (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGE 79 II 424 E. 6 S. 439; BGE 39 II 139 E. 2 S. 139-140; BGer 5P.221/2003 v. 12.09.2003 E. 3.2.1). Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGer 5A_933/2014 v. 16.04.2015 E. 3.3.2; 5D_116/2014 v. 13.10.2014 E. 5.3; 5A_475/2010 v. 15.09.2010 E. 3.1.2). Im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen (BGE 102 Ia 81 E. 2b/bb S. 86; BGE 86 I

265 E. 3 S. 269-270; BGer 5A_933/2014 v. 16.04.2015 E. 3.3.2; 5A_932/2014 v. 16.04.2015 E. 3.3.2; 5A_475/2010 v. 15.09.2010 E. 3.1.2) und die Entscheidung dem definitiven Eintragungsverfahren zu überlassen (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270).

4.1. Zur Geltendmachung des Anspruchs aktivlegitimiert ist der Handwerker oder Unternehmer (SCHUHMACHER/REY, a.a.O., N 1405). Dies gilt namentlich auch, wenn dieser nicht den Grundstückeigentümer, sondern einen anderen Handwerker oder Unternehmer zum Schuldner hat (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB).

Die Gesuchstellerin behauptet, auf der streitgegenständlichen Liegenschaft Baumeisterarbeiten erbracht zu haben. Die Gesuchsgegnerin bestreitet dies.

Es ist unbestritten, dass die Gesuchsgegnerin mit der Hauptunternehmerin den Werkvertrag vom 13./18. Oktober 2021 geschlossen hat. Die Gesuchstellerin kann sich als Hauptbeweismittel auf den Werkvertrag mit der Hauptunternehmerin vom 6./10. Januar 2022 stützen (act. 1 Rz. 4.2; act. 3/4). Beide Verträge betreffen Baumeisterarbeiten betreffend das Projekt Nr. 4 "J._____" in C._____. Daraus ergibt sich eine lückenlose Vertragskette zwischen der Gesuchstellerin als Subunternehmerin und der Gesuchsgegnerin als Bauherrin. Gemäss eigener Darstellung der Gesuchsgegnerin befindet sich das Bauprojekt "J._____" an derselben Strassennummer wie die streitgegenständliche Liegenschaft (vgl. act. 18 Rz. 10, 11). Wohl ist theoretisch denkbar, dass sich das Gebäude mit dieser Strassennummer über mehrere grundbuchliche Liegenschaften erstreckt, jedoch erscheint dies nicht naheliegend. Die Gesuchsgegnerin, welche als Eigentümerin die Grundstücksverhältnisse im Detail kennt, behauptet dies jedenfalls nicht, auch wenn sie es in ihrer Gesuchsantwort sichtlich vermeidet, die Liegenschaft jeweils mit Kataster- oder Grundbuchblatt-Nummer eindeutig zu benennen (vgl. act. 18 Rz. 14). Aus dem Gesuch ergibt sich eindeutig, auf welches Grundstück die Gesuchstellerin ihre Behauptungen bezieht. Die pauschalen Bestreitungen der Gesuchsgegnerin vermögen dies nicht in Frage zu stellen (vgl. act. 18 Rz. 14, 43).

Hinsichtlich der nicht vom Werkvertrag erfassten Arbeiten kann sich die Gesuchstellerin als Hauptbeweismittel auf die unterzeichneten Regierapporte stützen

(act. 1 Rz. 4.2; act. 3/7-13; act. 10/3/1-5; act. 10/3/7; zu den Regierapporten im Einzelnen Ziffer 4.3.2 unten). Die Gesuchsgegnerin wendet ein, die Gesuchstellerin habe nicht dargelegt, welche Arbeitsrapporte durch welchen Vertreter der Hauptunternehmerin (samt Nachweis der Vertretungsbefugnis) unterzeichnet worden seien (act. 18 Rz. 47). Die Unterschrift für die Hauptunternehmerin auf den Regierapporten deckt sich mit jener auf dem von der Gesuchsgegnerin nicht bestrittenen Werkvertrag vom 13./18. Oktober 2021 (act. 3/7-13; act. 3/7-13; act. 10/3/1-5; act. 10/3/7; act. 15/3). Die Gesuchsgegnerin muss sich zurechnen lassen, dass sie dieselbe Unterschrift auf ihrem Werkvertrag anerkannt hat. Entgegen ihrer Behauptung in der Gesuchsantwort, sie sei beim Vertragsschluss durch die Bauplanerin vertreten worden (act. 18 Rz. 11), haben ausweislich der von ihr eingereichten Vertragsurkunde daneben auch ihre Vertreterinnen oder Vertreter den Werkvertrag unterzeichnet (act. 15/3). Die Gesuchsgegnerin verhält sich widersprüchlich, wenn sie dieselbe Unterschrift auf dem eigenen Vertrag anerkennt, auf den ihr nachteiligen Regierapporten jedoch nicht. Anhand des Werkvertrags vom 6./10. Januar 2022 lässt sich die Unterschrift dem Vorsitzenden der Geschäftsführung der Hauptunternehmerin K._____ zuordnen (act. 3/3; act. 3/4 S. 3).

Die Gesuchsgegnerin legt als Gegenbeweismittel eine Erklärung des von der Generalplanerin für das streitgegenständliche Bauprojekt eingesetzten Bauleiters vom 22. August 2022 vor, gemäss welcher er bei seinen Terminen auf der Baustelle nie Personal der Gesuchstellerin entdeckt habe, dies wäre ihm aufgefallen, da es eine vergleichsweise kleine Baustelle gewesen sei (act. 18 Rz. 13; act. 19/4). Zunächst ist fraglich, inwiefern eine solche im Hinblick auf die Einreichung in einem hängigen Verfahren verfasste Erklärung einen Beweiswert aufweist. Hierbei handelt es sich viel eher um eine blosser Parteibehauptung. Bei Anerkennung eines Beweiswerts vermag die Erklärung allenfalls gewisse Zweifel an der Darstellung der Gesuchstellerin zu streuen. Diese weisen jedoch nicht ein Ausmass auf, aufgrund dessen der Nachweis der Eintragungsberechtigung in einem Hauptverfahren als unwahrscheinlich oder geradezu als ausgeschlossen gelten kann.

Ziffer 1.42 des Werkvertrags vom 13./18. Oktober 2021 ersetzt Art. 29 Abs. 3 der als anwendbar vereinbarten SIA-Norm 118 (2013) durch ein generelles Verbot der Beiziehung eines Subunternehmers ohne schriftliche Erlaubnis des Bauherrn (act. 18 Rz. 15; act. 15/3). Diese Klausel hat für die Gesuchstellerin als Nicht-Vertragspartei keine Bindungswirkung. Der unberechtigte Beizug einer Subunternehmerin steht deren Pfandeintragungsanspruch nicht entgegen (SCHUHMACHER/REY, a.a.O., N 197).

Die Gesuchstellerin hat ihre Aktivlegitimation glaubhaft gemacht.

4.2. Der (realobligatorische) Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks (BGE 134 III 147 E. 4.3 S. 150; BGE 92 II 227 E. 1 S. 229-230). Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des zu belastenden Grundstücks. Die Passivlegitimation ist gegeben.

4.3. Die Eintragung des Pfandrechts setzt die Einigung oder Feststellung der Pfandsumme voraus (Art. 794 Abs. 1 ZGB; Art. 839 Abs. 3 ZGB). Die Pfandsumme richtet sich nach der Forderungssumme für die pfandberechtigten Arbeiten (SCHUHMACHER/REY, a.a.O., 4. Aufl. 2022, N 390, 393). Dabei ist auf die vertraglich geschuldete Vergütung abzustellen (BGE 126 III 467 E. 4d S. 474-475; BGer 5A_77/2018 v. 16.03.2018 E. 1.2.2).

Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Ein Beweisverfahren setzt hinreichend substantiierte Tatsachenbehauptungen voraus (BGE 144 III 67 E. 2.1 S. 68-69). Das im vorläufigen Eintragungsverfahren nochmals herabgesetzte Beweismass der Glaubhaftmachung berührt die Behauptungs- und Substanziierungslast der Parteien nicht (BGer 5A_280/2021 v. 17.06.2022 E. 3.4.3). Die Gesuchstellerin hat somit schlüssige Behauptungen über die ausgeführten pfandberechtigten Arbeiten aufzustellen. In diesem Zusammenhang stellen sich die Fragen, welche Tatsachen die Gesuchstellerin behaupten muss (Behauptungs- und Substanziierungslast), in welcher Form sie diese in das Verfahren einführen muss (Zulässigkeit der Verweisung auf Beilagen)

und bis zu welchem Zeitpunkt sie neue Tatsachenbehauptungen aufstellen kann (Eventualmaxime).

4.3.1. Die Frage, welche Tatsachen die Gesuchstellerin behaupten muss, betrifft die Behauptungs- und Substanziierungslast. Die Anforderungen an den Detaillierungsgrad von Tatsachenbehauptungen "ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei" (BGE 127 III 365 E. 2b S. 368; auch BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1 S. 522-523 [franz.] = Pra 108 [2019] Nr. 87). Zunächst genügt es, "wenn die Tatsache in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet worden ist" (BGE 136 III 322 E. 3.4.2 S. 327-328). Die Anforderungen an die inhaltliche Substanziierung ergeben sich dabei aus dem materiellen Recht (BGE 127 III 365 E. 2b S. 368; BGE 123 III 183 E. 3e S. 188; BGE 108 II 337 E. 2b S. 339-340). Ein solcher Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er "bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt" (BGer 4A_494/2020 v. 24.06.2022 E. 4.1; 4A_412/2019 v. 27.04.2020 E. 4.1). Immerhin müssen Tatsachenbehauptungen jedoch "so konkret formuliert sein, dass ein substanziiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann" (BGE 136 III 322 E. 3.4.2 S. 327-328; BGE 127 III 365 E. 2b S. 368; auch BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1 S. 522-523 [franz.] = Pra 108 [2019] Nr. 87). Bestreitet die Gegenpartei den Tatsachenvortrag, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast (BGer 4A_494/2020 v. 24.06.2022 E. 4.1; 4A_412/2019 v. 27.04.2020 E. 4.1). Dann hat die Partei "die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann" (BGE 127 III 365 E. 2b S. 368; BGE 108 II 337 E. 3 S. 341).

Zur Werklohnforderung behauptet die Gesuchstellerin im Gesuch: "Die Gesuchstellerin hat im Zeitraum vom 10. Januar 2022 bis 18. März 2022 diverse Baumeisterarbeiten am Grundstück der Gesuchsgegnerin ausgeführt." (act. 1 Rz. 4.3). Unter "Baumeisterarbeiten" sind "naturgemäss Arbeiten hinsichtlich Mauerwerk sowie Betonierung von Bauteilen" zu verstehen (BGer 5A_280/2021

v. 17.06.2022 E. 3.3). Es handelt sich somit grundsätzlich um pfandberechtigte Arbeiten.

Allerdings begnügt sich die Gesuchstellerin mit einer generischen Beschreibung der ausgeführten Arbeiten, wie sie auf eine Vielzahl von Fällen zutrifft. Mit dem konkreten Fall setzt sie sich nicht auseinander. Die Gesuchstellerin legt in ihrem Gesuch nicht dar, welche konkreten Arbeiten sie an welchem Gebäudeteil und an welchem Tag gemacht hat. Die fehlende Darstellung erlaubt insbesondere auch keine Beurteilung, welche Arbeiten durch den ursprünglichen Werkvertrag abgedeckt sind und welche unter die Regierapporte fallen. Damit genügt sie der auch im provisorischen Eintragungsverfahren geltenden Behauptungslast nicht.

Hinzu kommt, dass die Gesuchsgegnerin sowohl die Arbeiten als auch die Zusammensetzung der Werklohnforderung bestreitet (act. 18 Rz. 10, 17, 26, 34, 47, 49, 53, 54, 56). Die Gesuchstellerin hätte die rechtserheblichen Tatsachen deshalb nicht nur in den Grundzügen, sondern umfassend und klar darzulegen. Das Gesuch genügt jedoch der auch im provisorischen Eintragungsverfahren geltenden Substanziierungslast nicht.

4.3.2. Die Frage, in welcher Form eine Partei Tatsachenbehauptungen in das Verfahren einführen muss, umfasst namentlich die Zulässigkeit der Verweisung auf Beilagen.

Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO sind die Tatsachenbehauptungen grundsätzlich in der Klage bzw. im Gesuch aufzustellen (BGE 144 III 519 E. 5.2.1 S. 522 = Pra 108 [2019] Nr. 87; BGer 4A_377/2021 v. 29.06.2022 E. 3.2). Das Gericht muss erkennen können, auf welche Tatsachen und Beweismittel sich die Partei stützt, und die Gegenpartei muss wissen, gegen welche konkreten Tatsachenbehauptungen sie sich verteidigen muss (BGE 144 III 54 E. 4.1.3.3 S. 60 = Pra 107 [2018] Nr. 146; BGer 4A_377/2021 v. 29.06.2022 E. 3.2). Dazu genügt die pauschale Verweisung auf Beilagen nicht (BGE 147 III 440 E. 5.3 S. 448-449; BGer 4A_377/2021 v. 29.06.2022 E. 3.2). Es ist "weder am Gericht noch an der Gegenpartei, die Sachdarstellung aus den Beilagen zusammenzusuchen und danach zu forschen, ob sich aus den Beilagen etwas zu Gunsten der behauptungs-

belasteten Partei ableiten lässt" (BGer 4A_377/2021 v. 29.06.2022 E. 3.2). Bei einer Verweisung auf Beilagen lassen sich die Anforderungen der Rechtsprechung folgendermassen zusammenfassen: Es ist zu prüfen, ob die Übernahme in die Rechtsschrift als blosser Leerlauf erscheint, weil die Informationen in der Beilage in einer Form vorhanden sind, die einen problemlosen Zugriff gewährleistet und keinen Interpretationsspielraum zulässt, indem aus der Verweisung klar wird, welche Teile eines spezifisch bestimmten Aktenstücks als Parteibehauptung gelten soll, die Beilage selbsterklärend ist und genau die verlangten Informationen enthält; anderenfalls muss die Rechtsschrift die Beilage derart konkretisieren und erläutern, dass die Informationen ohne weiteres zugänglich werden, ohne dass sie interpretiert und zusammengesucht werden müssen (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.2 S. 523-524 = Pra 108 [2019] Nr. 87; BGer 4A_377/2021 v. 29.06.2022 E. 3.2).

Hinsichtlich der nach dem Werkvertrag vom 6./10. Januar 2022 geschuldeten Arbeiten verweist die Gesuchstellerin neben dem entsprechenden Werkvertrag auf die Schlussrechnung Nr. 406-22 vom 23. März 2022 (act. 1 Rz. 4.2, 4.3; act. 3/14). Die Akontorechnungen vom 10. Januar 2022 und vom 9. Februar 2022 sind zur Substanziierung von vornherein nicht geeignet (act. 1 Rz. 4.2; act. 3/5-6). Die Schlussrechnung Nr. 406-22 vom 23. März 2022 nennt als Forderungsgrund "1. Baumeisterarbeiten gemäss Werkvertrag" (act. 3/14). Der Werkvertrag vom 6./10. Januar 2022 definiert den Leistungsumfang folgendermassen: "Die Arbeiten des Auftragsnehmers sind im Anhang definiert, siehe Beilage. Leistungsumfang wird durch diese Devis bestimmt." (act. 3/4). Auf entsprechende Nachfristansetzung durch die Verfügung vom 7. Juli 2022 erklärte die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 14. Juli 2022, sie habe eine Vertragsvorlage verwendet, bei welcher der Leistungsumfang üblicherweise in einem separaten Anhang aufgeführt werde, doch seien vorliegend die Arbeiten lediglich mündlich vereinbart worden, weshalb kein schriftlicher Anhang zum Werkvertrag existiere (act. 8; act. 18 Rz. 71). Somit erschliesst sich weder aus dem Werkvertrag vom 6./10. Januar 2022 noch aus der Schlussrechnung Nr. 406-22 vom 23. März 2022, welche konkreten Arbeiten die Gesuchstellerin ausgeführt zu haben behauptet.

Hinsichtlich der zusätzlichen Arbeiten verweist die Gesuchstellerin auf die Regierapporte (act. 1 Rz. 4.2; act. 3/7-13). Sodann führt sie in einem nächsten Abschnitt die Rechnungen Nr. 404-22 vom 23. März 2022 und Nr. 405-22 vom 23. März 2022 an (act. 1 Rz. 4.3; act. 3/15-16). In diesem Abschnitt thematisiert sie jedoch lediglich die Schlussrechnung Nr. 406-22 vom 23. März 2022 (act. 1 Rz. 4.3). Es ist deshalb fraglich, ob das Gesuch hinreichend deutlich macht, dass die Rechnungen Nr. 404-22 vom 23. März 2022 und Nr. 405-22 vom 23. März 2022 als Parteibehauptung zu den zusätzlichen Arbeiten gelten sollen. Dies kann jedoch offen bleiben, da die beiden Rechnungen lediglich jeweils die Position "Ausgeführte Arbeit gemäss Regie-Rapport" unter Nennung der einzelnen Regierapporte aufführen; daraus lässt sich lediglich wieder eine Verweisung auf die Regierapporte Nr. 07628 vom 30. [recte: 31.] Januar 2022 über CHF 1'045.00, Nr. 07630 vom 22. Februar 2022 über CHF 4'620.00, Nr. 07631 vom 25. Februar 2022 über CHF 4'080.00, Nr. 07632 vom 25. Februar 2022 über CHF 1'080.00, Nr. 07635 vom 4. Februar 2022 über CHF 9'800.00, Nr. 07636 vom 11. März 2022 über CHF 2'900.00, Nr. 07637 vom 10. März 2022 über CHF 400.00 und Nr. 07640 vom 22. März 2022 über CHF 5'411.00 entnehmen (Beträge exkl. MWST; act. 3/15-16). Den Regierapport Nr. 07636 vom 11. März 2022 über CHF 2'900.00 (exkl. MWST) nennt das Gesuch selber weder als Beweismittel, noch liegt dieser dem Gesuch bei, weshalb eine Berücksichtigung entfällt.

Auf entsprechende Nachfristansetzung durch die Verfügung vom 7. Juli 2022 reichte die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 14. Juli 2022 neue Kopien von Regierapporten ein (act. 8; act. 10/3/1-7). Darunter befindet sich neu der Regierapport Nr. 07636 vom 11. März 2022 über CHF 2'900.00 (exkl. MWST; act. 18 Rz. 51.d; act. 10/3/6), hingegen fehlt nun der Regierapport Nr. 07637 vom 10. März 2022 über CHF 400.00 (act. 3/12). Die übrigen Regierapporte decken sich mit den bereits eingereichten (act. 3/7-11 = act. 10/3/1-5; act. 3/13 = act. 10/3/7). Daraus ergibt sich einerseits nicht, ob die Gesuchstellerin am Regierapport Nr. 07637 vom 10. März 2022 über CHF 400.00 festhält oder dieses Beweismittel zurückzieht, andererseits begründet die Gesuchstellerin nicht, weshalb sie nunmehr den Regierapport Nr. 07636 vom 11. März 2022 über CHF 2'900.00 unaufgefordert einreicht. Die Verfügung vom 14. Juli 2022 räumte

der Gesuchstellerin lediglich eine Nachfrist ein, lesbare Kopien der als Gesuchsbeilagen 7 und 13 eingereichten Regierapporte Nr. 07628 vom 31. Januar 2022 über CHF 1'045.00 und Nr. 07634 vom 22. März 2022 über CHF 5'411.00 einzureichen (Dispositiv-Ziffer 3 und Erwägung 2.3 der Verfügung vom 7. Juli 2022). Insoweit fehlt es bereits an einer deutlichen Verweisung.

Bei den verbleibenden Regierapporten Nr. 07628 vom 31. Januar 2022 über CHF 1'045.00, Nr. 07630 vom 22. Februar 2022 über CHF 4'620.00, Nr. 07631 vom 25. Februar 2022 über CHF 4'080.00, Nr. 07632 vom 25. Februar 2022 über CHF 1'080.00, Nr. 07635 vom 4. Februar 2022 über CHF 9'800.00 und Nr. 07634 vom 22. März 2022 über CHF 5'411.00 handelt es sich um stichwortartig von Hand ausgefüllte, auch jenseits der Kopierqualität schlecht entzifferbare Formulare (act. 3/7-11 = act. 10/3/1-5; act. 3/13 = act. 10/3/7). Einige Formulare enthalten eine stichwortartige Beschreibung der ausgeführten Arbeiten (Regierapport Nr. 07628 vom 30. Januar 2022 über CHF 1'045.00, Nr. 07631 vom 25. Februar 2022 über CHF 4'080.00, Nr. 07635 vom 4. Februar 2022 über CHF 9'800.00, Nr. 07634 vom 22. März 2022; act. 3/7 = act. 10/3/1; act. 3/9 = act. 10/3/3; act. 3/11 = act. 10/3/5; act. 3/13 = act. 10/3/7). Der Regierapport Nr. 07630 vom 22. Februar 2022 über CHF 4'620.00 führt lediglich die aufgewendeten Stunden und das verwendete Material auf (act. 3/8 = act. 10/3/2). Der Regierapport Nr. 07632 vom 25. Februar 2022 über CHF 1'080.00 verweist auf eine nicht aktenkundige Liste und einen nicht aktenkundigen Plan (act. 3/10 = act. 10/3/4). Das Einzelgericht würde in ein verpöntes Nachforschen nach Tatsachen in Beilagen zu Lasten der Gegenpartei verfallen, wenn es diesen Regierapporten die Qualität von Tatsachenbehauptungen zumessen würde.

Die Gesuchstellerin hat die von ihr eingereichten Beilagen nicht wirksam zu Parteibehauptungen erhoben, da sie den diesbezüglichen Anforderungen an eine Verweisung auf Beilagen nicht nachgekommen ist.

4.3.3. Die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt die Gesuchstellerin neue Tatsachenbehauptungen aufstellen kann, betrifft die Eventualmaxime. Das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts wird im summarischen Verfahren behandelt (Art. 248 lit. d ZPO; Art. 249 lit. d Ziff. 5 und 11 ZPO). Deshalb

findet grundsätzlich nur ein einfacher Schriftenwechsel statt (BGE 146 III 237 E. 3.1 S. 240-243; BGE 144 III 117 E. 2.2 S. 118-119; BGE 138 III 252 E. 2.1 S. 254 = Pra 101 [2012] Nr. 109). Das Gericht kann einen zweiten Schriftenwechsel anordnen, wenn sich ein solcher nach den Umständen als erforderlich erweist (BGE 146 III 237 E. 3.1 S. 240-243; BGE 145 III 213 E. 6.1.3 S. 218 = Pra 108 [2019] Nr. 124). Angesichts der Natur des summarischen Verfahrens, rasch zu einer Entscheidung zu führen, soll das Gericht davon jedoch nur mit Zurückhaltung Gebrauch machen (BGE 146 III 237 E. 3.1 S. 240-243; BGE 145 III 213 E. 6.1.3 S. 218 = Pra 108 [2019] Nr. 124; BGE 138 III 252 E. 2.1 S. 254 = Pra 101 [2012] Nr. 109). Somit tritt der Aktenschluss grundsätzlich bereits nach dem ersten Schriftenwechsel ein.

Mit Verfügung vom 7. Juli 2022 wurde der Gesuchstellerin eine Nachfrist angesetzt, um den Anhang zum Werkvertrag vom 6./10. Januar 2022 sowie lesbare Kopien der als Gesuchsbeilagen 7 und 13 eingereichten Regierapporte Nr. 07628 vom 31. Januar 2022 und Nr. 07640 vom 22. März 2022 einzureichen (Dispositiv-Ziffer 3 und Erwägungen 2.2 sowie 2.3 der Verfügung vom 7. Juli 2022). Die Nachfrist stützt sich auf die Regelung über mangelhafte Eingaben in Art. 132 Abs. 1 und 2 ZPO. Dadurch wurde die Gesuchstellerin nicht berechtigt, losgelöst vom Novenrecht inhaltliche Mängel in der Begründung oder in den Beweisangeboten nachträglich zu beheben (ADRIAN STAEHELIN, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], hrsg. von Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, 3. Aufl. 2016, N. 4 zu Art. 132 ZPO). Die inhaltlichen Ausführungen der Gesuchstellerin in der Eingabe vom 14. Juli 2022 und die neu eingereichten Beweismittel, namentlich die zwei undatierten Fotos des streitgegenständlichen Bauprojekts (act. 10/2), sind deshalb unbeachtlich.

Gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO kann eine Partei nach Eintritt des Aktenschlusses unechte Noven nur noch in das Verfahren einführen, wenn sie diese ohne Verzug vorbringt und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher hat vorbringen können. Nach der Rechtsprechung ist es einer klagenden bzw. gesuchstellenden Partei grundsätzlich weder möglich noch zumutbar, in ihrer Rechtschrift auf Vor-

rat sämtliche denkbaren Noven zu entkräften, mit denen die Gegenpartei in der darauffolgenden Rechtsschrift vor Aktenschluss den Prozessstoff ausdehnen kann, weshalb sie unechte Noven noch vorbringen darf, wenn diese einerseits erst die Noven in der letzten Rechtsschrift der Gegenpartei veranlasst wurden und andererseits in technischer bzw. thematischer Hinsicht als Reaktion auf diese aufzufassen sind (BGE 146 III 55 E. 2.5.2 S. 61-62).

Die Gesuchstellerin hat sich nicht mehr vernehmen lassen, nachdem sie die Gesuchsantwort am 25. August 2022 zugestellt erhalten hat. Eine Noveneingabe liegt deshalb nicht vor. Die Ausführungen in der Eingabe vom 14. Juli 2022 können nicht als Noveneingabe betrachtet werden. Da die Gesuchsantwort bei deren Einreichung noch nicht vorlag, kann sie die dortigen Ausführungen nicht veranlasst haben. Zudem legt die Gesuchstellerin auch nicht dar, inwiefern sie die neuen Tatsachenbehauptungen trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher hat vorbringen können.

Zur Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels besteht kein Anlass. Ein solcher ist lediglich angebracht, wenn der Sachverhalt eine gewisse Komplexität aufweist. Der vorliegende Sachverhalt ist jedoch überschaubar. Bei anwaltlich nicht vertretenen Parteien kann ferner ein zweiter Schriftenwechsel zur Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO angebracht sein. Ausweislich der Gesetzesmaterialien gilt der Aktenschluss auch für dadurch veranlasste neue Tatsachenbehauptungen, nachdem eine entsprechenden Bestimmung des Vorentwurfs bewusst nicht übernommen worden ist (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] vom 28. Juni 2006, BBI 2006 7221, S. 7341). Die gerichtliche Fragepflicht würde ihren Zweck verfehlen, wenn die Antworten der betroffenen Partei nicht mehr berücksichtigt werden könnten. Die Gesuchstellerin ist hingegen anwaltlich vertreten. Bei der Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht gegenüber anwaltlich vertretenen Parteien hat sich das Gericht Zurückhaltung aufzuerlegen (BGE 141 III 569 E. 2.3.1 S. 575 = Pra 105 [2016] Nr. 99). Die gerichtliche Fragepflicht dient insbesondere nicht dazu, prozessuale Nachlässigkeiten der Parteien auszugleichen (BGer 4A_78/2014; 4A_80/2014 v. 23.09.2014 E. 3.3.3 m.Nw.). Demgemäss dient die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels im summa-

schen Verfahren nicht der Nachbesserung eines lückenhaften bzw. un schlüssigen Gesuchs.

4.3.4. Die superprovisorische Eintragung wurde mit Verfügung vom 7. Juli 2022 angesichts der nach Darstellung der Gesuchstellerin am 18. Juli 2022 ablaufenden Eintragsfrist aufgrund einer summarischen Prüfung und trotz gewisser Vorbehalte angeordnet. Insbesondere ging das Einzelgericht zu diesem Zeitpunkt davon aus, dass die Gesuchstellerin innerhalb der Nachfrist den Anhang zum Werkvertrag vom 6./10. Januar 2022 einreichen würde (Dispositiv-Ziffer 3 und Erwägungen 2.2 sowie 4.4 der Verfügung vom 7. Juli 2022). Augenfällig war jedoch bereits, dass die Gesuchstellerin die Regieaufträge im Gesuch inhaltlich nicht erläuterte (Erwägung 4.2 der Verfügung vom 7. Juli 2022). In der Folge nutzte die Gesuchstellerin die Nachfrist dazu, mit Eingabe vom 14. Juli 2022 die von ihr ausgeführten Arbeiten nachträglich zu substantzieren und neue Beweismittel einzureichen (act. 8; act. 18 Rz. 64, 66, 74; act. 10/2). Diese neuen Tatsachenbehauptungen waren aus prozessualen Gründen unzulässig (Ziffer 4.3.3 oben). Zudem ist das Verhalten der Gesuchsgegnerin zu beachten, welche den Sachverhalt weitestgehend bestreitet. Der nunmehr vorliegende Sach- und Streitstand unterscheidet sich deshalb deutlich von den Voraussetzungen im Zeitpunkt der superprovisorischen Eintragung.

4.3.5. Bei diesem Ergebnis ist nicht mehr zu prüfen, ob die Voraussetzungen des Eintragsanspruchs mit den eingereichten Beilagen glaubhaft gemacht wären, wenn die Gesuchstellerin hinreichende Tatsachenbehauptungen aufgestellt hätte.

4.4. Eine Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen kann unterbleiben.

4.5. Im Ergebnis ist das Gesuch abzuweisen. Das Grundbuchamt ist anzuweisen, das mit Verfügung vom 7. Juli 2022 zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch eingetragene Pfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist zu löschen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert beträgt CHF 33'094.90. Die nach § 4 Abs. 1 GebV OG bestimmte ordentliche Gerichtsgebühr beträgt CHF 4'197.59. In Anwendung von § 8 Abs. 1 GebV OG ist diese auf CHF 3'000.00 zu reduzieren.

5.2. Bei berufsmässig vertretenen Parteien bestimmt sich die Höhe der Parteientschädigung 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). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV bestimmte ordentliche Anwaltsgebühr beträgt CHF 5'340.44. In Anwendung von § 9 AnwGebV OG ist diese auf CHF 3'500.00 zu reduzieren. Der beantragte Mehrwertsteuerzusatz ist nicht zuzusprechen, da die fehlende Berechtigung zum Vorsteuerabzug nicht nachgewiesen ist (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 Ziffer 2.1.1 S. 3 unten; abrufbar unter <https://www.gerichte-zh.ch/kreisschreiben/kreisschreiben.html>; BGer 4A_552/2015 v. 25.05.2016 E. 4.5).

Das Einzelgericht erkennt:

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt E._____ wird angewiesen, das mit Verfügung vom 7. Juli 2022 zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch eingetragene Pfandrecht auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2, Grundbuch C._____ EGRID 3, D._____ -strasse ..., C._____, für eine Pfandsumme von CHF 33'094.90 nebst Zins zu 5 % seit 6. Juni

2022

nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist zu löschen.

3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 3'000.00.
Allfällige noch nicht in Rechnung gestellte Kosten des Grundbuchamts bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden der Gesuchstellerin auferlegt.
5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 3'500.00 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt E._____.
7. 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 33'094.90.

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

Zürich, 20. September 2022

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Jan Busslinger