

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE230012-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, sowie Gerichtsschreiber Dr. Andreas Baeckert

Urteil vom 4. April 2023

in Sachen

A. _____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei das Grundbuchamt C._____ anzuweisen, auf dem Grundstück der Beklagten an der D._____ -Strasse 1, 2, 3, 4, Zürich, Kat. Nr. 1, GB Blatt 2, im Sinne einer vorläufigen Eintragung in der Höhe von CHF 232'498.05 ein Bauhandwerkerpfandrecht zu Gunsten der Klägerin vorzumerken.
2. Eventualiter sei das Grundbuchamt C._____ anzuweisen, auf dem Grundstück der Beklagten an der D._____ -Strasse 1, 2, 3, 4, Zürich, Kat. Nr. 1, GB Blatt 2, im Sinne einer vorläufigen Eintragung ein Bauhandwerkerpfandrecht in der Höhe von CHF 205'768.80 vorzumerken.
3. Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlicher MWSt. zu Lasten der Beklagten."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessgeschichte

Mit Eingabe vom 7. Februar 2023 (Datum Poststempel) samt Beilagen machte die Gesuchstellerin das vorliegende Gesuch rechtshängig (act. 1; act. 2; act. 3/2–7). Mit Verfügung vom 9. Februar 2023 wurde der Antrag auf superprovisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts abgewiesen. Gleichzeitig wurden der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme sowie der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 4). Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (act. 6) und die Gesuchsgegnerin liess sich innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 22. März 2023 (Datum Poststempel) samt Beilagen vernehmen (act. 7; act. 9; act. 10; act. 11/1–5). Die Stellungnahme wurde der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt (Prot. S. 4; act. 12), worauf sie mit Eingabe vom 31. März 2023 (Datum Poststempel) eine unaufgeforderte Stellungnahme samt Beilagen einreichte (act. 13; act. 14/1–4). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

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.; DIKE Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 15; 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. 4; act. 12). Trotzdem reichte die Gesuchstellerin mit ihrer Stellungnahme vom 31. März 2023 verschiedene neue Beilagen ein und reagierte mit zahlreichen neuen Vorbringen – wozu gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch neue Bestreitungen zählen (vgl. BGE 147 III 475 E. 2.3.3.6) – auf die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin, ohne darzutun, inwiefern diese Noven noch zulässig sein sollen. Soweit die Darstellung der Gesuchstellerin in der Stellungnahme vom 31. März 2023 in tatsächlicher Hinsicht über das im Rahmen des bereits im Gesuch vom 7. Februar 2023 Vorgetragene hinausgeht, sind die Ausführungen entsprechend nicht zu beachten.

3. Parteistandpunkte

3.1. Die Gesuchstellerin macht zusammengefasst geltend, dass sie im Auftrag einer Subunternehmerin (E. _____ AG) für das Projekt der Beklagten an der D. _____-Strasse in Zürich Arbeiten für digitale Hausinstallationen ("F. _____") erbracht habe. Die Arbeiten seien zu einem grossen Teil fertiggestellt worden und man habe sich mit der E. _____ AG auf eine Bezahlung in zwei Raten zu je

CHF 205'768.80 geeinigt. Die erste Rate sei beglichen worden, die zweite Rate jedoch noch ausstehend. Hinzu kämen zwei offene Rechnungen vom 24. Juni 2022 und 7. Dezember 2022 für spezifische Zusatzaufträge in Höhe von CHF 23'289.25 und CHF 3'704.90. Ende Dezember 2022 sei die E. _____ AG in Konkurs gefallen, womit festgestanden sei, dass die offenen Rechnungen nicht mehr bezahlt würden. Da die Arbeiten der Klägerin noch nicht vollendet seien, sei die Frist für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts noch nicht abgelaufen. Entsprechend sei im Umfang der offenen Rechnungen ein Bauhandwerkerpfandrecht provisorisch im Grundbuch einzutragen (vgl. act. 1 Rz. 5 ff.).

3.2. Die Gesuchsgegnerin bringt zusammengefasst vor, dass die Gesuchstellerin nicht zwischen den verschiedenen Vertragsverhältnissen unterscheide. Zunächst habe zwischen den Parteien direkt ein Vertragsverhältnis gestützt auf das Angebot vom 28. März 2019 bestanden. Dieser Vertrag habe jedoch einzig Planungs- und Beratungsleistungen betroffen, welche nicht pfandberechtigt seien, und sei vor dem Baustart vollständig abgewickelt und restlos bezahlt worden. Danach dürfte die Gesuchstellerin einen Sub-Subunternehmervertrag mit der E. _____ AG abgeschlossen haben. Aufgrund der vorhandenen Schlussrechnung sowie des Garantiescheins sei davon auszugehen, dass die Arbeiten der Gesuchstellerin am 1. Juli 2022 abgeschlossen worden seien. Die Ausführungen der Gesuchstellerin zu den Rechnungen vom 24. Juni 2022 und 7. Dezember 2022 seien unsubstantiiert, und es werde bestritten, dass in der zweiten Jahreshälfte 2022 Arbeiten oder Lieferungen erfolgt seien. Am 31. Januar 2023 hätten die Parteien sodann einen neuen Vertrag für den Mieterausbau in den vom Mieter "Specialized" gemieteten Flächen abgeschlossen. Die von der Gesuchstellerin als ausstehende Leistungen bezeichneten Arbeiten würden sich einzig auf diesen Vertrag beziehen. Die unter diesem Vertrag vereinbarte Entschädigung von pauschal CHF 10'000.00 sei jedoch von der Gesuchsgegnerin vollständig bezahlt worden. Insgesamt substantiiere die Gesuchstellerin die angeblich erbrachten Leistungen nur ungenügend. Das Erbringen von Leistungen durch die Gesuchstellerin sowie das Einhalten der Verwirkungsfrist würden bestritten. Das Gesuch sei abzuweisen (vgl. act. 9 Rz. 3 ff.).

4. Würdigung

4.1. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht 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, ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts. Unter Arbeit ist dabei jedes manuelle oder maschinelle Mitwirken am Bauvorgang zu verstehen. Rein intellektuelle Leistungen, wie z.B. Planungs- oder Beratungsleistungen, begründen hingegen keinen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (vgl. BGE 131 III 300 E. 2.2, 4.2; BGE 119 II 426 E. 2; SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl., Zürich 2021, N 245; BSK ZGB-THURNHERR, Art. 839/840 N 4). Ebenfalls keinen Pfandrechtanspruch begründen reine Materiallieferungen, da der Gesetzestext ein Arbeitselement vorschreibt (vgl. BGer 5D_116/2014 vom 13. Oktober 2014 E. 5.2.1; BSK ZGB-THURNHERR, Art. 839/840 N 6).

4.2. Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ins Grundbuch hat gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB bis spätestens vier Monate nach Vollendung der Arbeiten zu erfolgen. Dabei 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 (vgl. 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; vgl. auch BSK ZGB-THURNHERR, Art. 839/840 N 29). Für die Beurteilung des Vollendungszeitpunkts nicht in Betracht fallen jedenfalls geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten sowie Ausbesserungen (vgl. 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. 4.1; BGer 5A_475/2010 vom 15. September 2010 E. 4.1; vgl. auch OGer ZH LF200008 vom 17. April 2020 E. 3.2.4.c). Für getrennte Bauleistungen ist auch die Frage der Vollendung der Arbeiten getrennt zu prüfen (vgl. BSK ZGB-THURNHERR, Art. 839/840 N 30).

4.3. 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).

4.4. Die Gesuchsgegnerin bestreitet das Vorliegen und eventualiter den Umfang von Leistungen der Gesuchstellerin (vgl. act. 9 Rz. 16). Die Gesuchstellerin führt diesbezüglich aus, dass sie Arbeiten für digitale Hausinstallationen ("F.____") erbracht habe (vgl. act. 1 Rz. 5) und spezifische Zusatzaufträge erteilt worden seien (vgl. act. 1 Rz. 10). Der Umfang ergebe sich aus den Rechnungen (vgl. act. 1 Rz. 8 f., 16). Damit genügt die Gesuchstellerin ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast nicht. Es verbleibt vollkommen unklar, welche Leistungen die Gesuchstellerin wann und in welchem (Arbeits-)Umfang erbracht haben will. Es fehlt an einem detaillierten Tatsachenvortrag und der bloss pauschale Hinweis auf "Arbeiten für die digitale Hausinstallation" genügt nicht.

4.5. Die Gesuchstellerin verweist sodann pauschal auf Beilagen, was ungenügend ist (vgl. BGer 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4.1). Jedoch würde der Tatsachenvortrag selbst dann unsubstantiiert bleiben, wenn ausnahmsweise die offerierten Beilagen zur Substantiierung beigezogen würden. In den Rechnungen vom 7. Juni 2022 (act. 3/3) und 24. Juni 2022 (act. 3/4) finden sich lediglich tabelleförmige Aufstellungen von nicht selbsterklärenden Schlagworten (z.B. "Kosten

A._____ Hochhaus 4, Typ 3A-3" oder "Kosten A._____ Flachbau Haus 1 / 2 / 3"). Auch wird teilweise auf eine "Hauptofferte", auf "Nachträge" und auch auf "Lieferscheine" weiterverwiesen, ohne dass diese Dokumente eingereicht worden wären. Die Rechnung vom 7. Dezember 2022 (act. 3/5) verweist gar einzig auf einen "Regierapport Nr. 20221207-07", der jedoch nicht vorliegt. Selbst unter Beizug der Beilagen ergibt sich somit kein detaillierter Tatsachenvortrag zu den angeblich erbrachten Leistungen und deren Umfang. Im Gegenteil legen die Beilagen gar nahe, dass bloss Materiallieferungen ohne Arbeit erfolgt sind, sind doch sämtliche Positionen in den Rechnungen mit einer Stückzahl (und nicht etwa einer Stunden- oder Masszahl) versehen. Ebenfalls findet sich auf S. 3 (act. 3/3) bzw. S. 2 (act. 3/4) der Rechnungen der Hinweis dass die "verkaufte Ware" bis zur vollständigen Bezahlung im Eigentum der Gesuchstellerin bleibe.

4.6. Der Vertrag zwischen der Gesuchstellerin und der E._____ AG, der allenfalls Aufschluss über Art und Umfang der Leistungen hätte bringen können, wurde nicht eingereicht. Erst mit der Stellungnahme vom 31. März 2023 – und damit verspätet (siehe vorne Erw. 2) – hat die Gesuchstellerin noch ihr Angebot an die E._____ AG eingereicht (act. 14/2). Einzig der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass dieses Angebot von der E._____ AG nicht unterzeichnet und entsprechend nicht angenommen worden zu sein scheint (vgl. act. 14/2 S. 81). Des Weiteren scheint auch dieses Angebot bloss Materiallieferungen zu umfassen, wird auf S. 4 doch festgehalten, dass die "Installation und Programmierung" nicht Bestandteil der Offerte sei.

4.7. Neben den Leistungen bestreitet die Gesuchsgegnerin sodann explizit das Einhalten der viermonatigen Verwirkungsfrist (vgl. act. 9 Rz. 17). Auch in Bezug auf dieses Sachverhaltselement erweist sich der Tatsachenvortrag der Gesuchstellerin als ungenügend. Sie bringt in diesem Zusammenhang vor, dass noch Arbeiten ausstehend seien, nämlich (i) die Lieferung von 3 Touch Panels für die 3 Mieterflächen Specialized, (ii) ein UP Date auf dem Gebäudesystem, da nun ein Mieter 3 Mietflächen habe, sowie (iii) die Kontrolle der Zählerwerte für Gewerbausbauten (vgl. act. 1 Rz. 6). Unbestritten ist, dass die Parteien am 31. Januar 2023 einen separaten Vertrag in Bezug auf den Mieterausbau für den Mieter Spe-

cialized geschlossen haben (vgl. act. 9 Rz. 13 f.; vgl. auch act. 13 Rz. 9). Die ersten beiden von der Gesuchstellerin vorgebrachten offenen Punkte beziehen sich offensichtlich auf diesen Mieterausbau. Beim ersten Punkt nennt sie Specialized explizit und beim zweiten Punkt geht es um die Folgen davon, dass Specialized nun 3 Mieterflächen hat. Da es sich beim Vertrag betreffend den Mieterausbau Specialized um eine getrennte Leistung handelt, haben offene Punkte unter diesem Vertrag jedoch keinen Einfluss auf den Lauf der Eintragsfrist für Leistungen unter dem Vertrag zwischen der Gesuchstellerin und der E. _____ AG.

4.8. Als relevante ausstehende Arbeit verbleibt somit höchstens die Kontrolle der Zählerwerte. Allerdings unterlässt die Gesuchstellerin einen detaillierten Tatsachenvortrag zu diesem Punkt, namentlich zur Bedeutung dieser Arbeiten im Rahmen des gesamten Leistungsgegenstands des Vertrags mit der E. _____ AG (der selber, wie gezeigt, schon unsubstantiiert blieb). Dies wäre jedoch nötig gewesen, damit zur Frage, ob es sich noch um eine für die Vollendung zu verrichtende Arbeit oder bloss um eine geringfügige, rein der Vervollkommnung dienende Arbeit handelt, sowie zur Frage, ob diese Arbeiten den Vertrag mit der E. _____ AG oder jenen betreffend Mieterausbau Specialized betreffen, hätten Beweisverfahren durchgeführt werden können.

4.9. Einzig der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass auch die der Rechnung vom 7. Dezember 2022 (act. 3/5) zugrundeliegenden Arbeiten nicht substantiiert wurden (siehe vorne Erw. 4.5), weshalb für die Frage der Fristenwahrung auch nicht subsidiär auf diese Arbeiten zurückgegriffen werden könnte. Die Ausführungen der Gesuchstellerin zum E-Mail-Austausch am 10. Januar 2023 erfolgten sodann erst in der Stellungnahme vom 31. März 2023 (vgl. act. 13 Rz. 9) und sind entsprechend unbeachtlich (siehe vorne Erw. 2).

4.10. Zusammengefasst bestreitet die Gesuchsgegnerin das Vorliegen und den Umfang von Arbeiten der Gesuchstellerin sowie das Einhalten der Verwirkungsfrist für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts. Die Gesuchstellerin unterlässt substantiierte Tatsachenbehauptungen zu Art und Umfang der geltend gemachten Leistungen sowie zu den noch ausstehenden Leistungen. Entsprechend

kann in Bezug auf diese Punkte kein Beweisverfahren erfolgen und die Gesuchstellerin trägt die Folgen der Beweislosigkeit. Das Gesuch ist abzuweisen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

5.2. Die Höhe der Entscheidgebühr 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). Der Streitwert beträgt vorliegend CHF 232'498.05, weshalb die Entscheidgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 7'000.00 festzusetzen ist. Sie ist aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen.

5.3. Die Höhe der Parteientschädigung richtet sich ebenfalls in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Sie ist beim vorliegenden Streitwert in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 9 AnwGebV auf CHF 8'500.00 festzusetzen.

5.4. Die Gesuchsgegnerin beantragt sodann die Zusprechung eines MwSt.-Zuschlags auf der Parteientschädigung. Diesbezüglich ist auf das Kreisschreiben des Obergerichtes vom 17. Mai 2006 hinzuweisen. Demgemäss hat eine mehrwertsteuerpflichtige Partei, welche die Ersetzung der Mehrwertsteuer beantragt, die Umstände, welche einen (vollen) Vorsteuerabzug nicht zulassen, zu behaupten und zu belegen. Dies gilt selbst dann, wenn die Gegenseite gegen den Antrag auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzuschlags nicht opponiert hat (vgl. BGer 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5; HGer ZH HG150075 vom 7. November 2017 E. 8.2). Nachdem die Gesuchsgegnerin, die als juristische Person grundsätzlich mehrwertsteuerpflichtig ist, vorliegend entsprechende Umstände weder behauptet noch belegt, ist ihr kein Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 7'000.00.
3. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 8'500.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage der Doppel von act. 13 und act. 14/1–4.
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 232'498.05. Es liegt ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen vor (Art. 98 BGG).

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

Zürich, 4. April 2023

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Andreas Baeckert