

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE230091-O

U/pz

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler sowie Gerichtsschreiber
Dario König

Urteil vom 5. Oktober 2023

in Sachen

A. _____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

B. _____ GmbH,
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt C._____, ... [Adresse], sei im Sinne von Art. 961 ZGB einstweilen anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf Liegenschaft Kat.-Nr. 1, GBBI. 2, D._____-strasse 3/4, E._____-strasse 5/6, C._____, für eine Pfandsumme von Fr. 25 7'628.05 zuzüglich 5 % Zins
 - seit dem 15. April 2023 auf dem Betrag von Fr. 19'684.00;
 - seit dem 15. Mai 2023 auf dem Betrag von Fr. 76'064.20;
 - seit dem 09. Juli 2023 auf dem Betrag von Fr. 2'014.55;
 - seit dem 09. Juli 2023 auf dem Betrag von Fr. 33'629.45;
 - seit dem 23. Juli 2023 auf dem Betrag von Fr. 84'801.20;
 - seit dem 12. August 2023 auf dem Betrag von Fr. 41'434.65;
2. Die Anweisung gemäss Ziff. 1 hiervor sei durch das angerufene Gericht als superprovisorische Massnahme im Sinne von Art. 265 ZPO sofort und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin zu erteilen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer [bzw. zuzüglich 8.1 % Mehrwertsteuer ab dem 1.1.2024]) zulasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 24. August 2023 (act. 1) reichte die Gesuchstellerin das Gesuch ein. Mit Verfügung vom 25. August 2023 (act. 4) wurde das Grundbuchamt C._____ superprovisorisch angewiesen, das Pfandrecht einstweilen vorläufig im Grundbuch einzutragen, was gleichentags geschah (act. 5 und act. 7). Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Begehren der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen. Mit Eingabe vom 15. September 2023 (act. 9) reichte die Gesuchsgegnerin ihre entsprechende Gesuchsantwort ein und beantragte die Abweisung des Gesuchs. Die Gesuchsantwort wurde der Gesuchstellerin am 21. September 2023 zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. act. 12). Mit Eingabe vom 2. Oktober 2023 (act. 13) reichte die Gesuchstellerin eine unaufgeforderte Stellungnahme ein.

Das Verfahren ist spruchreif, weshalb ein Urteil zu fällen ist. Da das Gesuch abzuweisen ist, kann der Gesuchsgegnerin die gesuchstellerische Stellungnahme vom 2. Oktober 2023 mit dem vorliegenden Entscheid zugestellt werden.

2. Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 13 lit. a und b i.V.m. Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO. Die sachliche Zuständigkeit folgt aus Art. 6 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 und 2 ZPO sowie § 45 lit. b GOG.

3. Unstrittiger Sachverhalt

Die Gesuchsgegnerin hat mit Ausnahme der von ihr bestrittenen Einhaltung der Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB auf eine Stellungnahme verzichtet und sich die Bestreitung für ein allfälliges Hauptverfahren vorbehalten. Es ist deshalb für das vorliegende Verfahren von folgendem Sachverhalt auszugehen (Gesuchstellerin: act. 1 N. 8 ff.; Gesuchsgegnerin: act. 9 N. 55): Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin der Liegenschaft Kat.-Nr. 1, GBBI. 2, D.____-strasse 3/4, E.____-strasse 5/6, C.____, auf welcher drei Mehrfamilienhäuser mit Wohnungen und Gewerbeflächen gebaut wurden. Gemäss dem am 4. Dezember 2021 geschlossenen Werkvertrag Nr. 36 (BKP 244 Lufttechnische Anlagen; act. 3/5) verpflichtete sich die Gesuchstellerin gegen Bezahlung von CHF 848'000.– netto inkl. MwSt. zur Erstellung der lufttechnischen Anlagen. Die Gesuchstellerin nahm die Arbeiten im Januar 2022 auf. Die Schlussabrechnung der Gesuchstellerin (act. 3/16) datiert vom 31. Mai 2023. Die Gesuchstellerin verfügt noch über eine offene Forderung von CHF 257'628.05 zzgl. Zins zu 5% ab den im Rechtsbegehren Ziffer 1 genannten Daten.

4. Streitpunkte

Strittig ist die Einhaltung der Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB.

Die Gesuchstellerin macht geltend, sie habe noch bis am 27. April 2023 pfandrechtlich vollendete Vollendungsarbeiten erbracht. So habe sie am 24. und 25. April 2023 noch Auslassgitter montiert und am 26. und 27. April 2023 in Wohnungen in den

beiden Dachgeschossen des Hauses "F._____" Revisionsdeckel angebracht, anschliessend seien am 28. April 2023 die Inbetriebnahme der Lüftungsanlage und die Luftmengenmessung in den Wohnungen erfolgt. Die Inbetriebnahme sei eine werkvertraglich geschuldete Leistung und ebenfalls fristwährend (act. 1 N. 18 S. 24 ff.)

Die Gesuchsgegnerin wendet ein, die Gesuchstellerin habe die Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB verpasst, und beantragt die Abweisung des Gesuchs. Nach Darstellung der Gesuchsgegnerin fand am 22. März 2023 die Abnahme des Werks trotz wesentlicher Mängel statt, wie sich aus dem Abnahmeprotokoll (act. 3/22) ergebe. Die Parteien hätten damit die Werkvollendung festgehalten, woran die an die Abnahme anschliessende Mängelbehebung nichts ändere. So hätten die Parteien im Abnahmeprotokoll festgehalten, dass die Anlage vollständig ausgeführt und die Funktionstüchtigkeit gegeben sei (Ziffer 1.1, erstes Kästchen). Die Gesamtdruckdifferenz der Ventilatoren sei geprüft und mit "i.O." beurteilt worden, genauso wie die Zulufttemperaturen, die Luftströmungen an den Auslässen und die Wärmerückgewinnung. Dies belege, dass die Anlage am 22. März 2023 funktionstüchtig in Betrieb gewesen sei, die von der Gesuchstellerin erwähnte Inbetriebsetzung also vor dem 22. März 2023 erfolgt sei. Offen seien am 22. März 2023 einzig noch die Funktionskontrollen, die "Instruktionen/Übergabe/Dokumentation" und Mängelbehebungsarbeiten gewesen. Mit E-Mail vom 14. April 2023 (act. 11/2) habe die Gesuchstellerin sodann mitgeteilt, dass sämtliche Mängel ausser den sechs Revisionsdeckeln behoben seien. Diese würden einzig der Zugänglichkeit zwecks Unterhalt und Wartung bzw. dem visuellen Verdecken der Lüftungstechnik dienen und hätten am 26. bzw. 27. April 2023 nur noch an der bereits vorhandenen, magnetischen Aufnahme angebracht werden müssen. Sie seien deshalb für den Fristenlauf nicht relevant. Gleiches gelte für die Funktionskontrollen, mit welchen einzig der Zustand dokumentiert bzw. der Bedarf für Nachjustierungen eruiert würde (act. 9 N. 3 ff.).

5. 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 Unternehmer, 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 andere am Grundstück berechnigte Person zum Schuldner haben. 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 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 erscheint. 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).

6. Würdigung

6.1. Strittig ist einzig die Einhaltung der Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB. Vorab ist festzuhalten, dass die von der Gesuchsgegnerin angeführte Abnahme vom 22. März 2023 und die daraus abgeleiteten Wirkungen aufgrund der nachstehenden Erwägungen im Ergebnis nicht relevant sind. Entsprechend erübrigen sich diesbezügliche Ausführungen und kann offen bleiben, inwiefern die neuen Vorbringen der Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme vom 2. Oktober 2023 zulässig sind. Nicht zutreffend ist jedenfalls die Ansicht der Gesuchstellerin, dass sie erst aufgrund der Bestreitung der Fristeinhaltung in der Gesuchsantwort zur Darlegung der letzten Arbeiten gehalten war (so sinngemäss die Gesuchstellerin in act. 12 N. 27). Die letzten Arbeiten waren denn auch in ihrem Gesuch bereits dargetan und die Stellungnahme vom 2. Oktober 2023 enthält trotz ihres Um-

fangs von 31 Seiten darüber hinaus keine zusätzlichen, konkretisierenden Angaben (vgl. z.B. act. 12 N. 28).

6.2. Die superprovisorische Eintragung erfolgte am 25. August 2023 (vgl. act. 7). Damit die Frist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB gewahrt ist, müssten die letzten Arbeiten am 25. April 2023 oder später erfolgt sein (Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Abs. 2 OR). Ab dem 25. April 2023 behauptet die Gesuchstellerin konkret noch die Montage von Auslassgittern am 25. April 2023, das Anbringen von Revisionsdeckeln am 26. und 27. April 2023 und die "abschliessende" Inbetriebnahme der Lüftungsanlage und Luftmengenmessung in den Wohnungen am 28. April 2023. Diese gilt es hinsichtlich der Fristwahrung im Folgenden zu prüfen.

6.3. Montage von Auslassgittern am 25. April 2023: Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin am 14. April 2023 (act. 11/2) mitgeteilt, dass "*alle Auslässe bis auf die Revisionsdeckel im DG 1 und 2 bis heute Mittag montiert*" worden seien. Dies, nachdem sie von der Gesuchsgegnerin eine "Pendenzenliste" (Anhang zu act. 11/2) zur "Behebung" bis am 18. April 2023 erhalten hatte. Um welche Pendenzen es ging, ergibt sich aus der Liste selbst nicht ("*Endmontage Lüftung*" betreffend einzelne Wohnungen bzw. konkrete Räume einzelner Wohnungen). Die Gesuchstellerin macht aber über die fehlenden Auslassgitter und Revisionsdeckel hinaus keine konkreten, weiteren Arbeiten geltend. Gemäss ihrer Mitteilung an die Gesuchsgegnerin vom 17. August 2023 (act. 3/39) gab es denn auch keine solchen. Bezüglich der Auslassgitter stimmt die Mitteilung der Gesuchstellerin im genannten E-Mail (alle Auslässe wurden am 14. April 2023 montiert) sodann mit dem von der Gesuchstellerin mit ihrer Stellungnahme neu eingereichten E-Mail vom gleichen Tag (act. 13/44) überein. Die Gesuchstellerin führt dazu in ihrer Stellungnahme vom 2. Oktober 2023 (act. 12 N. 17) aus, die Auslassgitter seien von unbekanntem Drittpersonen herausgerissen worden, woraufhin sie von der Gesuchstellerin wieder hätten montiert werden müssen. Dies ergibt sich aus dem E-Mail und den angehängten Fotos und ist glaubhaft. Das Wiederanbringen dieser Gitter war aber am 14. April 2023 abgeschlossen ("*Nun musste unser Monteur gestern und heute auf express die Gitter wieder einsetzen*"). Die Gesuchstellerin führt aus, diese Mitteilung ihres Projektleiters sei insofern falsch gewesen, als

auch am 25. April 2023 nochmals Gitter hätten montiert werden müssen. Dies ist plausibel, wenn nach dem 14. April 2023 weitere Gitter durch Dritte entfernt worden waren (so die Gesuchstellerin in act. 12 N. 17 und 27). Das Wiederabringen von Auslassgittern, wenn diese *nach Arbeitsvollendung* durch Dritte entfernt wurden, muss bei der Beurteilung der Fristwahrung im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB ausser Betracht fallen. Aus den Ausführungen der Gesuchstellerin erhellt schliesslich nicht, ob sie behaupten will, dass zusätzlich Gitter vergessen worden waren und am 25. April 2023 erstmals hätten montiert werden müssen, mithin nicht nach einer Entfernung durch Dritte. Nur der guten Ordnung halber ist deshalb festzuhalten, dass es sich diesfalls um Nachbesserungen bzw. geringfügige bzw. nebensächliche Arbeiten gehandelt hätte, welche nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. dazu sogleich) nicht als Arbeitsvollendung im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB qualifiziert hätten.

6.4. Anbringen von fehlenden Revisionsdeckeln am 26. und 27. April 2023: Die fraglichen Deckel decken diejenigen Öffnungen in den Wohnungen ab, über welche an der Lüftungsanlage Unterhalts- oder Revisionsarbeiten vorgenommen werden können (vgl. auch act. 9 N. 21 ff.). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Revisionsdeckel notwendig sind, damit die Anlage funktioniert (so die Gesuchstellerin in act. 1 N. 18 S. 25 f.). So räumt die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme nun selbst ein, dass die Deckel der Verminderung der Lärmemissionen der Revisionsöffnungen (act. 12 N. 28) sowie der Sicherheit ("*könnte sonst einfach an die Stromkabel gegriffen werden; sehr gefährlich*" (act. 12 N. 29 f.)) dienen. Letzteres überzeugt nicht. Es darf davon ausgegangen werden, dass in den Revisionsöffnungen vorhandene Elektroinstallationen fachmännisch ausgeführt sind und keine offenen Kabel herumliegen, welche die Sicherheit der Bewohner bei blosser Berührung gefährden. Die Deckel erfüllen vielmehr eine optische Funktion, indem die Öffnungen und die dahinterliegenden Lüftungsrohre verdeckt werden. Die Gesuchstellerin musste die Deckel dabei nur noch in die bereits erstellten magnetischen Fassungen einklicken (vgl. act. 9 N 20 ff.). Unklar bleibt, weshalb sie damit bis am 26. bzw. 27. April 2023 zugewartet hat, obwohl diese fehlenden Deckel bereits seit geraumer Zeit als "Pendenz" geführt wurden. Selbst wenn die Deckel nebst ihrer optischen Funktion noch eine gewisse Lärmdämmung bieten würden,

handelt es sich bei der Montage jedenfalls um Nachbesserungen bzw. geringfügige bzw. nebensächliche Arbeiten, welche weder für die Funktionstüchtigkeit der Lüftungsanlage noch aus Sicherheitsgründen notwendig waren, und deshalb nach geltender bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht als Vollendungsarbeiten im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB gelten (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).

6.5. "Abschliessende" Inbetriebnahme der Lüftungsanlage und Luftmengenmessung in den Wohnungen am 28. April 2023: Entgegen den Ausführungen der Gesuchstellerin im Gesuch (act. 1 N. 18 S. 25 f. und N. 19) weisen einzig die Messprotokolle des Einzelunternehmens G._____ gemäss act. 3/28-29 Luftmengenmessungen am 28. April 2023 aus, die übrigen (act. 3/30-34) Luftmengenmessungen fanden am 18. und 24. April 2023 und damit vor dem massgeblichen 25. April 2023 statt. Es ist nicht relevant, dass alle Protokolle am 28. April 2023 unterzeichnet wurden. Es fand somit gerade keine "einheitliche" Inbetriebsetzung der Lüftungsanlage der "Wohn- und Geschäftshäuser H._____" statt, wie die Gesuchstellerin behauptet. Dies scheint die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme nun auch anzuerkennen (vgl. z.B. act. 12 N. 46). Vielmehr fanden gemäss den genannten Protokollen (act. 3/28-34) über den Zeitraum von rund zehn Tagen letzte Luftmengenmessungen in einzelnen Wohnungen statt, und zwar am 18., 24. und 28. April 2023. Die Lüftungsanlage musste im Zeitpunkt der ersten Messung und damit vor dem 25. April 2023 bereits in Betrieb genommen worden sein. Die Gesuchstellerin unterscheidet selbst zwischen den Luftmengenmessungen und der Inbetriebnahme (act. 1 N. 18 S. 24), wobei die G._____ nur die Luftmengenmessungen durchführte. Zudem räumt die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme ein, dass entgegen ihren Ausführungen im Gesuch (act. 1 S. 25 f.) ihre Mitarbeiter bei den Messungen am 28. Februar gerade nicht mehr anwesend waren (act. 12 N. 46: "*Jedenfalls I._____ [von G._____] war am 28.04.2023 [...] vor Ort*"). Eine Inbetriebnahme der Lüftungsanlage ohne Mitwirkung der Gesuchstellerin ist nicht vorstellbar. Somit ist einzig glaubhaft gemacht, dass am 28. April 2023 noch Luftmengenmessungen stattgefunden haben. Diese dienen gemeinhin der Kontrolle und – sofern notwendig – Justierung der Luftmengen, wie die Gesuch-

stellerin in act. 12 N. 44 selbst ausführt, stellen aber nach genannter Rechtsprechung keine Vollendungsarbeiten im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB dar (vgl. auch SCHUMACHER RAINER / REY PASCAL, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl., Zürich 2022, N. 1095).

6.6. Die Gesuchstellerin macht somit keine Arbeitsvollendung im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB ab dem 25. April 2023 glaubhaft, weshalb sie ihren Anspruch auf Pfanderrichtung verwirkt hat. Das Gesuch ist abzuweisen und das Grundbuchamt C._____ ist anzuweisen, das superprovisorisch eingetragene Pfandrecht zu löschen.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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 257'628.05 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 7'500.– festzusetzen ist. Die weiteren Auslagen betragen CHF 138.80 (Rechnung des Grundbuchamtes C._____ vom 28. August 2023, act. 8).

7.2. Die Gesuchstellerin hat als unterliegende Partei (Art. 106 Abs. 1 ZPO) die Prozesskosten zu tragen. Zusätzlich hat sie der Gesuchsgegnerin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von CHF 9'000.– zu bezahlen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt C._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 25. August 2023 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht – nach Eintritt der Rechtskraft – vollumfänglich zu löschen.

3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 7'500.–.
Die weiteren Kosten betragen: CHF 138.80 (Rechnung Nr. 204888.01 des Grundbuchamtes C._____ vom 28. August 2023).

Allfällige weitere Kosten (insbesondere weitere Rechnung des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden der Gesuchstellerin auferlegt.
5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 9'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage der Doppel von act. 13 und act. 14/40-47, sowie nach Eintritt der Rechtskraft an das Grundbuchamt C._____.
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 257'628.05.

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

Zürich, 5. Oktober 2023

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dario König