

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE250017-O

U/pz

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, sowie
Gerichtsschreiber Dario König

Urteil vom 2. April 2025

in Sachen

A. _____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X. _____

gegen

B. _____ [Stiftung],
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt Zürich C. _____ sei einstweilen anzuweisen, an der Liegenschaft D. _____-strasse ... in Zürich, Grundstücknummer Nr. 1 (EGID CH2), ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 1'087'781.60 (inkl. MwSt.) zzgl. Zins von 5% seit 31. Oktober 2024 zu Gunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch einzutragen.
2. Der Gesuchstellerin sei eine Frist von sechs Monaten, gerechnet ab Rechtskraft des Entscheids über die superprovisorische Anordnung betreffend vorläufige Eintragung anzusetzen, um Klage auf die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin gemäss Ziff. 1 hier vor einzureichen.
3. Das Gesuch sei sofort und ohne vorgängige Anhörung der Gesuchsgegnerin superprovisorisch gutzuheissen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 19. Februar 2025 (act. 1) reichte die Gesuchstellerin ihr Gesuch ein. Mit Verfügung vom 21. Februar 2025 (act. 4) wurde das Grundbuchamt C. _____-Zürich einstweilen angewiesen, auf dem streitbetroffenen Grundstück zugunsten der Gesuchstellerin ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen für eine Pfandsumme von CHF 1'087'781.60 nebst Zins zu 5 % seit 31. Oktober 2024. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um schriftlich zum Gesuch Stellung zu nehmen. Mit Eingabe vom 17. März 2025 (act. 9) reichte die Gesuchsgegnerin ihre Gesuchsantwort ein, welche der Gesuchstellerin am 20. März 2025 mit einer Frist zur freigestellten Stellungnahme bis 31. März 2025 zugestellt wurde (vgl. Prot. S. 3). Mit Eingabe vom 31. März 2025 (act. 12) reichte die Gesuchstellerin eine Stellungnahme zur Gesuchsantwort ein.

Da das Gesuch abzuweisen ist, kann der Gesuchsgegnerin diese Stellungnahme 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. Es ist deshalb für das vorliegende Verfahren von folgendem Sachverhalt auszugehen (act. 1 N. 6 ff.):

Die Gesuchsgegnerin ist Eigentümerin des streitgegenständlichen Grundstücks, bei welchem es sich nicht um Verwaltungsvermögen handelt. Die Gesuchsgegnerin hat die ARGE E. _____ mit der Planung und Realisierung des neuen ... [Gebäude] beauftragt. Die ARGE E. _____ hat die F. _____ AG u.a. mit der Erstellung der Bodenbeläge betraut, welche für Arbeiten im Umfang von CHF 2'424'964.20 die Gesuchstellerin als Subunternehmerin beizog. Die Forderungen der Gesuchstellerin aus dem entsprechenden Werkvertrag waren Gegenstand eines anderen Verfahrens betreffend Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Die Gesuchsgegnerin betraute die Gesuchstellerin sodann direkt mit der Erstellung von G. _____ [Hersteller]-Bodenbelägen, welche aus einem Unterlagsboden und einem Hartbetonbelag H. _____ [Markenname] bestehen. Für den ersten Teil der Arbeiten (Erstellen der Unterlagsböden) wurden mündliche Absprachen getroffen, und die Gesuchstellerin stellte der Gesuchsgegnerin für diese Arbeiten am 26. Juli 2024 Rechnung (Nr. 2003-24) in der Höhe von CHF 629'614.31. Diese blieb bisher unbezahlt. Für den zweiten Teil der Arbeiten (Aufbringen des Hartbetonbelags H. _____) stellte die Gesuchstellerin am 7. März 2024 eine schriftliche Offerte aus, woraufhin sich die Parteien auf einen Betrag von CHF 1'880'000.– einigten. Die Gesuchstellerin stellte der Gesuchsgegnerin für den zweiten Teil der Arbeiten die Schlussrechnung aus wie folgt: Die Gesuchsgegnerin hatte mehrere Akontorechnungen im Gesamtbeitrag von CHF 1'832'310.– bezahlt. Offen blieben die Rechnungen Nr. 1805-24 vom 28. August 2024 (CHF 216'363.23 für Maschinenmiete, Kosten der G1. _____ AG,

Mulden, Entsorgung und Austrocknung der Wärmeheizung) sowie die Nachtragsrechnung Nr. 2805-24 vom 27. Mai 2024 (CHF 38'699.–, Behebung von Rissen durch beigezogenen Kunstmalen). Diese Schlussrechnung blieb unbezahlt.

Strittig und nachfolgend zu prüfen ist die Einhaltung der Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB.

4. Einhaltung der Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB

4.1. Streitpunkte

Die Gesuchstellerin macht geltend, sie habe am 30. Oktober 2024 die letzten Arbeiten für den Rückbau verrichtet. Konkret habe sie das Treppenpodest Nr. 3 im UG errichtet, die Zementunterlagsböden bei den Türen im 1. UG erstellt, bei den Fluchtwegen geschliffen und Anpassungen des Bodens vorgenommen. Im 1. OG und im EG habe sie zudem Türen beim H. _____ -Boden geschliffen, da der Boden zu hoch gewesen sei. Schliesslich habe sie im EG Eingrenzungen bei den Fugenprofilen am Boden vorgenommen (act. 1 N. 18).

4.2. Rechtliches

Gemäss Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB kann eine vorläufige Eintragung vorgemerkt werden zur Sicherung des Anspruchs auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts für die Forderungen der Handwerker oder 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).

Für den Beginn der Eintragsfrist ist der Zeitpunkt der Ausführung der Vollendungsarbeiten massgeblich, nicht jener der Rechnungsstellung (BGE 102 II 206 ff. Erw. 1b/aa; BGer-Urteile 5A_518/2020 vom 22. Oktober 2020 Erw. 3.1, 5A_282/2016 vom 17. Januar 2017 Erw. 4.1 und 5A_420/2014 vom 27. November 2014 Erw. 3.1). Die Ausstellung einer Schlussrechnung begründet jedoch die tatsächliche Vermutung, dass der Unternehmer das Werk als vollendet erachtet (BGE 101 II 253; BGer-Urteile 5A_203/2023 vom 30. August 2023 Erw. 4.1.1, 5A_518/2020 vom 22. Oktober 2020 Erw. 3.1 und 5A_420/2014 vom 27. November 2014 Erw. 3.1). Der Ansprecher kann diese Vermutung beseitigen, indem er glaubhaft macht, dass er nach Ausstellung der Schlussrechnung noch Vollendungsarbeiten ausgeführt hat, welche keine Ausbesserungs- oder Mangelbehebungsarbeiten darstellen (Urteil HE240099 vom 16. September 2024 Erw. 4.1.1; vgl. BGE 102 II 206 ff. Erw. 1b/aa und die BGer-Urteile 5A_203/2023 vom 30. August 2023 Erw. 4.1.1, 5A_109/2022 vom 15. September 2022 Erw. 2.2 und 5A_630/2021 vom 26. November 2021 Erw. 3.3.2.4).

4.3. Würdigung

4.3.1. Der Eingangsbestätigung vom 21. Februar 2025 (act. 5), dem Empfangsschein vom 24. Februar 2025 (act. 6/3) und der Rechnung vom 24. Februar 2025 (act. 8) des Grundbuchsamts Zürich-C. _____ lässt sich nicht entnehmen, ob es die vorläufige Eintragung des Pfandrechts am 21. oder 24. Februar 2025 vorgenommen hat. Wie es sich diesbezüglich verhält, kann offen bleiben, erfolgte die Eintragung doch jedenfalls nicht vor dem 21. Februar 2025. Für den Zeitraum nach dem 21. Oktober 2024 (vgl. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Abs. 2 OR) behauptet die Ge-

suchstellerin folgende, am 30. Oktober 2024 für den Rückbau vorgenommene Arbeiten (act. 1 N. 18):

- Treppenpodest Nr. 3 im UG errichtet,
- Zementunterlagsböden bei den Türen im 1. UG erstellt, bei den Fluchtwegen geschliffen und Anpassungen des Bodens vorgenommen,
- im 1. OG und im EG die Türen beim H. _____-Boden geschliffen, da der Boden zu hoch war,
- Eingrenzungen im EG bei den Fugenprofilen am Boden vorgenommen.

Inwiefern es sich dabei um Rückbauarbeiten handeln soll, erschliesst sich nicht, weshalb von einem Versehen auszugehen ist. Im Folgenden ist auf die vorstehend aufgeführten, konkreten Arbeiten einzugehen.

4.3.2. Die Gesuchstellerin mahnte die Schlussrechnung Nr. 1007.24 bereits am 4. Oktober 2024 ab (act. 3/16). Wann die Schlussrechnung gestellt worden war, legt die Gesuchstellerin nicht dar und ergibt sich auch nicht aus den Akten, da die Schlussrechnung nicht eingereicht wurde. Selbst wenn aber auf die Mahnung vom 4. Oktober 2024 abgestellt würde oder diese selbst – entgegen der diesfalls falschen Überschrift – die Schlussrechnung darstellen sollte, besteht die genannte Vermutung, wonach die Gesuchstellerin ihr Werk in diesem Zeitpunkt und damit mehrere Wochen vor den angeblich letzten Arbeiten als vollendet erachtete. Umstände, welche diese Vermutung umstossen könnten, bringt die Gesuchstellerin nicht vor, geht sie auf die Schlussrechnung doch insoweit gar nicht ein. Mangels gegenteiliger Ausführungen ist nämlich davon auszugehen, dass es sich bei den genannten Schleifarbeiten (act. 1 N. 18: "*da der Boden zu hoch war*"), den Bodenanpassungen bei den Fluchtwegen und den Eingrenzungen bei den Fugenprofilen um Mängelbehebungen bzw. solche geringfügige bzw. nebensächliche Arbeiten handelt, welche nach geltender bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht als Vollendungsarbeiten im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB qualifizieren (BGE 125 III 113

ff. Erw. 2b; zuletzt etwa BGer-Urteile 5A_203/2023 vom 30. August 2023 Erw. 4.1.1. und 5A_109/2022 vom 15. September 2022 Erw. 2.2). Auch aus den zum Beweis offerierten Arbeitsrapporten (act. 3/15) hätten sich keine weiterführenden Angaben ergeben, äussern sie sich doch nicht zu den geleisteten Arbeiten. Es fällt zudem auf, dass die beiden fraglichen Mitarbeiter lediglich vom 28. bis 30. Oktober 2024 zum Einsatz kamen, nicht aber davor. Dies stützt die Vermutung blosser Nachbesserungsarbeiten. Etwas anderes lässt sich auch der eingereichten Korrespondenz mit den Subunternehmern bzw. Materiallieferanten der Gesuchstellerin vom 9. und 11. Oktober 2024 (act. 3/17-18) nicht entnehmen. Worauf sich diese Korrespondenz bezieht, ist unklar. Die I._____ AG ist auf Betonkosmetik spezialisiert (act. 1 N. 17) und stellte Arbeiten in der Höhe von nur CHF 1'081.– in Rechnung (act. 3/19), was auf Mängelbehebungen schliessen lässt (in diesem Sinne auch act. 3/18: "*Wir sind nicht ganz fertig geworden du kannst es aber trotzdem komplett versiegeln*"). Damit stimmt überein, dass die Gesuchstellerin bereits zu einem früheren Zeitpunkt einen Kunstmaler zur Ausbesserung von Rissen beigezogen hatte (act. 1 N. 14, 16).

4.3.3. Eine Materialbestellung bei der G2._____ AG (act. 1 N. 17; act. 3/17) lässt sich sodann einzig mit der behaupteten Erstellung eines (einzelnen) Treppenpodests sowie der Unterlagsböden im 1. UG in Verbindung bringen. Inwiefern das Erstellen eines Treppenpodests einen Zusammenhang mit den streitgegenständlichen Werkverträgen betreffend Bodenbelägen hat, erschliesst sich indes nicht. Weshalb die Gesuchstellerin sodann noch Unterlagsböden im 1. UG erstellt haben will, obwohl sie diesen Arbeitsschritt bereits am 26. Juli 2024 in Rechnung gestellt hatte (act. 1 N. 11; act. 3/12), erhellt aus ihren Ausführungen ebenfalls nicht. Träfe die Behauptung der Gesuchstellerin zu, wäre aufgrund des geschilderten Arbeitsablaufs (erster Arbeitsschritt: Unterlagsboden; zweiter Arbeitsschritt: Hartbetonbelag H._____) anzunehmen, dass nach dem 30. Oktober 2024 noch ein Hartbetonbelag eingebaut worden wäre. Solches macht die Gesuchstellerin aber nicht geltend. Detailliertere Ausführungen zur Arbeitsvollendung wären dabei auch deshalb notwendig gewesen, weil die Gesuchstellerin nach eigener Darstellung aufgrund von unterschiedlichen Verträgen mit unterschiedlichen Vertragspartnern auf der fraglichen Grossbaustelle gearbeitet und unterschiedliche Gewerke erstellt hat, wo-

bei grundsätzlich ein getrennter Fristenlauf gilt (BGE 125 III 113 ff. Erw. 3b; BGER-Urteile 5A_822/2022 vom 14. März 2023 Erw. 4.1 und 5A_630/2021 vom 26. November 2021 Erw. 3.3.2.4).

4.3.4. Keine Berücksichtigung finden können in diesem Zusammenhang neue Vorbringen der Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme vom 31. März 2025 (act. 12 N. 1). Im summarischen Verfahren steht den Parteien in der Regel nur eine einzige umfassende Äusserungsmöglichkeit zu (BGE 150 III 209 ff. Erw. 3.2; BGE 146 III 237 ff. Erw. 3.1). Vorliegend wurde kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet. Die Gesuchsantwort wurde der Gesuchstellerin vielmehr ausdrücklich zur freigestellten Stellungnahme im Sinne von Art. 53 Abs. 3 ZPO zugestellt. Aufgrund des unbedingten Replikrechts steht es den Parteien zwar frei, sich zu jeder Eingabe der Gegenseite zu äussern. Allerdings führt dies nicht dazu, dass in den zusätzlichen Eingaben Noven, d.h. neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, nochmals unbeschränkt vorgebracht werden könnten. Vielmehr gelten diesbezüglich die Voraussetzungen von Art. 229 ZPO (BGE 150 III 209 ff. Erw. 3.3). Will eine Partei dieses Novenrecht beanspruchen, hat sie im Einzelnen darzutun, dass bzw. inwiefern die Voraussetzungen erfüllt sind (BGE 150 III 209 ff. Erw. 3.6; Urteile HG190089 vom 3. Mai 2021 Erw. 2.2 und zuletzt etwa HE240005 vom 6. März 2024 Erw. 2.2.1). Dies hat die Gesuchstellerin unterlassen. Nur der guten Ordnung halber ist deshalb zu ergänzen, dass die neuen Vorbringen der Gesuchstellerin nicht zu einem anderen Ergebnis geführt hätten. So enthält die genannte Stellungnahme keine weiterführenden Angaben zu den vorstehend genannten Punkten. Insbesondere äussert sich die Gesuchstellerin auch nicht dazu, weshalb sie bereits vor der angeblichen Arbeitsvollendung die Schlussrechnung gestellt hat.

4.3.5. Entsprechend hat die Gesuchstellerin nicht glaubhaft gemacht, dass es sich bei den fraglichen Arbeiten am 30. Oktober 2024 noch um relevante Arbeit im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB handelt, weshalb die Viermonatsfrist nicht gewahrt und der Pfandeintragungsanspruch verwirkt ist. Das Gesuch ist abzuweisen und das eingetragene Pfandrecht zu löschen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. 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 1'087'781.60 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 10'000.– festzusetzen ist. Die Gesuchstellerin hat als unterliegende Partei (Art. 106 Abs. 1 ZPO) die Prozesskosten zu tragen, weshalb ihr die Gerichtsgebühr aufzuerlegen ist.

5.2. Ausgangsgemäss hat die Gesuchstellerin sodann der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Höhe der Parteientschädigung richtet sich nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO). Die Gebühr bemisst sich im Zivilprozess nach dem Streitwert bzw. dem tatsächlichen Streitinteresse, der Verantwortung und dem notwendigen Zeitaufwand des Anwalts sowie der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 AnwGebV), wobei die Gebühr im summarischen Verfahren in der Regel auf zwei Drittel bis einen Fünftel ermässigt wird (§ 9 AnwGebV). Die Gesuchsgegnerin hat eine Gesuchsantwort von rund einer Seite (ohne Parteibezeichnungen und Unterschrift) eingereicht und sich einzig zur Einhaltung der Viermonatsfrist geäussert. Die Parteientschädigung ist deshalb auf CHF 4'400.– festzusetzen. Bezüglich des Antrags auf Zusprechung der Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer ist grundsätzlich auf das Kreisreiben des Obergerichtes vom 17. Mai 2006 hinzuweisen. Demgemäss hat eine mehrwertsteuerpflichtige Partei, welche den Mehrwertsteuerzuschlag beantragt, die Umstände, welche einen (vollen) Vorsteuerabzug nicht zulassen, zu behaupten und belegen. Dies gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch, wenn die Gegenseite gegen den Antrag auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzuschlages nicht opponiert (BGer-Urteil 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 Erw. 4.5). Mangels Ausführungen und Belegen ist der Gesuchsgegnerin die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt C. _____-Zürich wird angewiesen, nach Eintritt der Rechtskraft das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Februar 2025 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht

auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBI. 3, E-GRID CH2,
D. _____-strasse ..., ... Zürich,
für eine Pfandsumme von CHF 1'087'781.60 nebst Zins zu 5 % seit 31. Oktober 2024,

vollumfänglich zu löschen.
3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 10'000.–.
Die weiteren Kosten betragen: CHF 305.– (Rechnung Nr. 184732.01 des Grundbuchamtes C. _____-Zürich vom 24. Februar 2025).
4. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 4'400.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage der Doppel von act. 12 und act. 13/1, 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 1'087'781.60.

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

Zürich, 2. April 2025

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dario König