

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE150211-O

U/ee

Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, sowie Gerichtsschreiber Dr. Thomas Steininger

Urteil vom 18. August 2015

in Sachen

A. _____,

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Beklagte

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei zugunsten des Gesuchstellers und zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin, Kat.-Nr. ..., GBBI. ..., C.____-Strasse ... und ..., ... Zürich, zunächst superprovisorisch und hernach vorläufig i.S.v. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ein Pfandrecht gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB für eine Pfandsumme von CHF 150'490.-- zuzüglich 5 % Zins seit 18. Februar 2015 im Grundbuch einzutragen und das Grundbuchamt D.____ entsprechend anzuweisen;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Das vorliegende Verfahren wurde mit Eingabe vom 18. Mai 2015 (persönlich überbracht) hierorts anhängig gemacht (act. 1). Mit Verfügung vom 18. Mai 2015 wurde dem klägerischen Gesuch um vorläufige Eintragung eines Pfandrechts zulasten des im Rechtsbegehren genannten Grundstücks der Beklagten – einstweilen ohne diese anzuhören – stattgegeben, und das Grundbuchamt D.____ wurde angewiesen, das Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig erging die Aufforderung an die Beklagte, bis zum 8. Juni 2015 zum klägerischen Begehren Stellung zu nehmen (Prot. S. 3 f.; act. 4). Mit Eingabe vom 8. Juni 2015 ersuchte die Beklagte um eine Fristerstreckung bis zum 29. Juni 2015, welche ihr gewährt wurde (act. 8/1). Mit Eingabe vom 29. Juni 2015 nahm die Beklagte fristgerecht Stellung (act. 9). Mit Verfügung vom 1. Juli 2015 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um ihre Vertretungsverhältnisse offen zu legen beziehungsweise die bisherigen Handlungen von E.____, welcher gemäss Handelsregisterauszug nur über ein Kollektivzeichnungsrecht zu Zweien verfügt, nachträglich zu genehmigen (act. 11, Prot. S. 5). Mit Eingabe vom 6. Juli 2015 (act. 14) reichte die Beklagte eine handschriftliche und von Verwaltungsrat F.____ unterzeichnete Vollmacht ein (act. 15), welche es E.____ erlaubt, den Prozess selbst zu führen.

2. Parteistandpunkte

2.1. Kläger

2.1.1. Der Kläger beantragte superprovisorisch die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf der Liegenschaft Kat.-Nr. ..., GBBl. ..., an der C.____-Strasse ... / ... in ... Zürich für eine Pfandsumme von CHF 150'490.-- zuzüglich Zins von 5 % seit dem 18. Februar 2015 (act. 1 S. 2).

2.1.2. Er macht geltend, er habe an den auf dem Grundstück der Beklagten stehenden Gebäude im Rahmen einer Sanierung Gipsarbeiten ausgeführt (act. 1 Rz. 5). Mit der Planung und Durchführung der Sanierung sei die G.____ AG, ... [nachfolgend: "G.____"], als Generalunternehmerin beauftragt worden. Die G.____ habe der H.____ AG, ... [nachfolgend: "H.____"], die ausführenden Gipsarbeiten sowie die verputzte Aussenwärmtdämmung für einen Pauschalpreis von CHF 300'000.-- übertragen (act. 1 Rz. 6). Die H.____ habe ihrerseits die Arbeiten dem Gesuchsteller für einen Werklohn von pauschal CHF 270'000.-- übertragen (act. 1 Rz. 7). Die erste Akontozahlung über CHF 100'000.-- habe die H.____ dem Kläger verspätet erst am 9. Mai 2014 überwiesen, als bereits die zweite Akontozahlung über 40'000.-- fällig gewesen sei. Letztere sei bis heute unbezahlt geblieben (act. 1 Rz. 9).

2.1.3. Aufgrund eines Streits mit der G.____ sei die H.____ aus dem Bauvorhaben ausgeschieden, worauf die G.____ Anfang Juli mit dem Kläger übereingekommen sei, dass dieser die Arbeiten beende. Der Kläger habe dies von einer umgehenden Akontozahlung über CHF 80'000.-- abhängig gemacht. Man habe sich dahingehend geeinigt, dass CHF 40'000.-- vor Vertragsunterzeichnung zu zahlen seien und weitere CHF 40'000.-- umgehend bei Unterzeichnung fällig würden. Nachdem die G.____ nachgewiesen habe, dass sie CHF 40'000.-- bezahlt habe, habe der Kläger am 16. Juli 2014 den Übernahmevertrag unterzeichnet (act. 1 Rz. 10). Hierin habe die G.____ festgehalten, dass CHF 170'000.-- der H.____ bereits bezahlt worden und dem Kläger noch CHF 130'000.-- zu entrichten seien. Von dieser erwähnten Zahlung über CHF 170'000.-- habe der Kläger bis anhin jedoch nur besagte CHF 100'000.-- von der H.____ erhalten. Die

G._____ habe zudem die zweite Hälfte der vereinbarten CHF 80'000.-- Akontozahlung erst am 7. Oktober 2014 und nur im Teilbetrag von CHF 30'000.-- bezahlt. Die restlichen CHF 10'000.-- seien bis heute ebenfalls unbezahlt geblieben (act. 1 Rz. 12, 14). Im Nachhinein habe aus Sicherheitsgründen überdies die Tragkonstruktion der Decke in den Innenräumen ersetzt werden müssen, was zu einem Zusatzaufwand von CHF 42'930.-- geführt habe (act. 1 Rz. 13).

2.1.4. Im November 2014 habe die G._____ dem Kläger weitere Arbeiten die Decken betreffend aufgetragen, wofür mündlich ein Entgelt von CHF 7'000.-- (exkl. MwSt.) vereinbart worden sei. Da die G._____ seit anfangs Oktober 2014 keine Zahlungen mehr geleistet habe, habe der Kläger ihr mitgeteilt, dass er zusätzliche Arbeiten erst ausführen werde, wenn sein Werklohn vollumfänglich bezahlt werde. Die G._____ habe den Kläger jedoch zur Weiterarbeit gedrängt, da sie ihrerseits aufgrund der Verzögerung auf der Baustelle noch nicht bezahlt worden sei, eine Zahlung jedoch unmittelbar bevorstünde und sie dann die Rechnungen des Klägers umgehend zahlen würde (act. 1 Rz. 15).

2.1.5. Der Kläger habe mit Hilfe seiner Subunternehmerin die übernommenen Arbeiten bis Ende Januar, sicherlich 20. Januar 2015, fachgerecht ausgeführt. Seine Forderung beliefen sich auf CHF 270'000.-- aus dem Werkvertrag, zuzüglich der Regiearbeiten in Höhe von CHF 42'930 sowie des Deckennachtrags in Höhe von CHF 7'560.-- (inkl. MwSt.). CHF 170'000.-- seien insgesamt bereits bezahlt worden, weshalb noch ein Betrag von CHF 150'490.-- ausstehend sei. Der Kläger habe beide Schuldnerinnen am 18. Februar 2015 diesbezüglich gemahnt. Eine Zahlung sei bis heute jedoch ausgeblieben (act. 1 Rz. 17).

2.2. Beklagte

2.2.1. Die Beklagte trägt dagegen vor, sie habe der I._____ GmbH, ... [nachfolgend "I._____"], welche der Kläger unberechtigter Weise als Subunternehmerin beigezogen habe, eine Zahlung von CHF 20'000.-- zur Verhinderung der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts geleistet. Hierfür habe diese der Beklagten die Forderung von CHF 25'363.80 gegenüber dem Kläger abgetreten. Diese Forderung bringe sie nun zur Verrechnung (act. 9 Rz. 1 f.). Es sei zwar ein Werk-

lohn von CHF 270'000.-- vereinbart worden, davon seien allerdings die bestätigten Akontozahlungen über CHF 170'000.-- vollends in Abzug zu bringen, womit ein Werklohn von CHF 100'000.-- verbleibe. Dass der Kläger wie behauptet nur CHF 100'000.-- der geleisteten CHF 170'000.-- erhalten habe, bestreitet die Beklagte. Von den zugestandenen CHF 100'000.-- sei die Verrechnungsforderung über CHF 25'363.80 abzuziehen, womit noch ein Restwerklohn von CHF 74'636.20 verbleibe (act. 9 Rz. 3 S. 2). Hiervon seien weiter die vom Kläger erwähnten Akontozahlungen über CHF 40'000.-- und CHF 30'000.-- in Abzug zu bringen, womit lediglich noch ein Betrag von CHF 4'636.20 übrig bleibe (act. 9 Rz. 3 S. 3).

2.2.2. Die von der Klägerin behauptete Regieforderung über CHF 42'930.-- sei dagegen nicht ausgewiesen, da hierfür keine Regierapporte vorlägen, keine Regieaufträge erteilt worden seien und es sich ohnehin um Arbeiten gehandelt habe, welche bereits aufgrund des Werkvertrags geschuldet gewesen seien. Die Werklohnforderung über CHF 7'560.-- anerkennt die Beklagte dagegen, weshalb noch ein Restwerklohn von CHF 12'196.20 bestehen würde (act. 9 Rz. 3 S. 3).

2.2.3. Die klägerischen Arbeiten seien zudem nicht mängelfrei ausgeführt worden. Da der Kläger die Mängel trotz Aufforderung nicht behoben habe, habe die neue Generalunternehmung, die J._____ AG, ..., die K._____ AG, ..., mit der Mängelbehebung betraut, welche hierfür einen Betrag von CHF 13'500.-- in Rechnung gestellt habe. Diesen Betrag stelle die Beklagte der Restforderung des Klägers in Verrechnung entgegen, weshalb der Kläger im Ergebnis keinen Werklohnanspruch mehr habe (act. 9 Rz. 3 S. 3 f.).

2.2.4. Der Kläger habe zudem die viermonatige Eintragsfrist verpasst, da die letzten Arbeiten der I._____ am 28. November 2014 ausgeführt worden seien. Die Beklagte bestreitet, dass der in Klagebeilage 12 erwähnte Rapport Nr. 12 wesentliche Fertigungsarbeiten enthalte. Der Kläger selbst habe am 25. November 2014 die Schlussrechnung gestellt und dem Kläger mit Schreiben vom 19. Dezember 2014 den Garantieschein zugestellt, welcher ab dem 1. Dezember 2014 zu laufen begonnen habe. Zudem sei die Abnahme des Hauses am 15. Januar 2015 erfolgt, und die gesamte Liegenschaft sei bereits per 1. Januar 2015 vermietet ge-

wesen. Auch das Baustellenprotokoll der Generalunternehmung weise keine klägerischen Arbeiten im Zeitraum Dezember 2014 / Januar 2015 aus (act. 9 Rz. 4).

3. Genehmigung der bisherigen Prozesshandlungen der Beklagten

F._____ ist Mitglied des Verwaltungsrates der Beklagten und besitzt - wie E._____ - Kollektivunterschrift zu zweien (act. 3/2). Mit seiner handschriftlichen Vollmacht vom 3. Juli 2015 (act. 15) gelten die bisherigen Prozesshandlungen von E._____ als genehmigt. Aufgrund des Wortlauts der Vollmacht ist E._____ zudem berechtigt, inskünftig sämtliche Prozesshandlungen in der vorliegenden Streitsache gültig alleine vorzunehmen.

4. Bestätigung der vorläufigen Eintragung

4.1. Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

4.1.1. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts für Forderungen von Handwerkern und Unternehmern, die zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks, selbst wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind (vgl. BGE 92 II 227; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, Rz. 869 ff.).

4.1.2. Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu geschehen und darf nur erfolgen, wenn die Pfandsomme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist (Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB). Da bis zur rechtskräftigen gerichtlichen Feststellung von Pfandberechtigung und Pfandsomme in der Regel mehr als vier Monate vergehen, ist zum Schutz der Handwerker und Unternehmer die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vorgesehen. Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO obliegt es dem Handwerker oder Unternehmer als gesuchstellende Partei, seinen Pfandanspruch sowie dessen Gefährdung durch den drohenden Ablauf der Verwirkungsfrist des

Art. 839 Abs. 2 ZGB und damit auch die zeitliche Dringlichkeit glaubhaft zu machen, worüber das Gericht im summarischen Verfahren zu entscheiden hat (Art. 961 ZGB; Art. 248 lit. d sowie Art. 249 lit. d Ziff. 5 und 11 ZPO). Unter der "besonderen Dringlichkeit" ist insbesondere die zeitliche Dringlichkeit zu verstehen. Dieses Kriterium ist bereits erfüllt, wenn der baldige Ablauf der gesetzlichen (nicht erstreckbaren) Verwirkungsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB bevorsteht und deshalb der rasche Verlust des Pfandanspruchs droht (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl., Rz. 593, 599).

4.1.3. Geht es - wie im vorliegenden Verfahren - lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, so muss der Kläger sein Begehren nur *glaubhaft* machen. Die Glaubhaftmachung steht zwischen Behauptung und Beweis. Es genügt, wenn für das Vorhandensein der behaupteten Tatsachen gewisse Elemente sprechen, selbst wenn aus Sicht des Gerichts noch die Möglichkeit der Nichtverwirklichung der Tatsachen besteht (BGE 130 III 321 S. 325; LUCIUS HUBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl. 2013, N 25 zu Art. 261 ZPO). Die besondere Interessenlage gebietet vorliegend, dass an die Glaubhaftmachung keine strengen Anforderungen gestellt werden, weil die Bewilligung, sofern das Pfandrecht im nachfolgenden ordentlichen Prozess nicht anerkannt wird, für den Grundeigentümer nur eine vorübergehende Belastung seiner Liegenschaft zur Folge hat, die er zudem durch Leistung einer hinreichenden Sicherheit vermeiden kann (Art. 839 Abs. 3 ZGB). Demgegenüber kann ein fälschlicherweise verweigerter Eintrag in der Regel nicht mehr nachgeholt werden, weil der Baugläubiger das Pfandrecht wegen der kurzen Verwirkungsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB im Falle der Verweigerung der vorläufigen Eintragung endgültig verliert, da die Frist in der Zwischenzeit meist abgelaufen sein wird. Die vorläufige Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts darf mithin nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts *ausgeschlossen* oder *höchst unwahrscheinlich* ist. Im Zweifelsfalle ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen bzw. die aufgrund einer superprovisorischen Verfügung bereits erfolgte vorläufige Eintragung zu bestätigen und der Entscheidung über die Berechtigung des Baupfandrechts dem Hauptprozess betreffend definitive Eintragung zu überlassen (BGE 86 I 265 E. 3 S. 268; BGE 102 Ia 81

E. 2.b.bb S. 268; BGE 112 Ib 482 E. 3.b S. 483; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., Rz. 1394 ff.).

4.1.4. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die vom Kläger behaupteten, für einen Pfandanspruch erforderlichen Tatsachen von ihm zumindest glaubhaft gemacht wurden.

4.2. Grundeigentümerstellung der Beklagten

Beklagte Partei bei Begehren um die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist stets die Grundeigentümerin. Da das Grundstück Kat.-Nr. ..., GBBL. ... an der C.____-Strasse ... / ... in ... Zürich, auf dem sich die sanierten Gebäude befinden, im Alleineigentum der Beklagten steht (vgl. Prot. S. 2; act. 3/3), ist die Passivlegitimation der Beklagten gegeben.

4.3. Pfandgeschützte Bauleistung

4.3.1. Der Kläger macht geltend, er habe pfandgeschützte Bauleistungen erbracht, indem er gestützt auf den Werkvertrag vom 27. Februar / 28. April 2014 (act. 3/8) sowie mündliche Vereinbarungen mit der G.____ Gipserarbeiten innerhalb und ausserhalb der totalsanierten Gebäude ausgeführt habe (act. 1 Rz. 5, 7, 13, 15). Die Beklagte anerkennt dies dem Grundsatz nach, auch wenn sie der Ansicht ist, die erbrachten Werkleistungen hätten Mängel aufgewiesen (act. 9 Rz. 3 S. 3).

4.3.2. Das Verputzen von Gebäuden sowie das Ausführen von Gipserarbeiten stellen Werkleistungen gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB dar, die dem Unternehmer einen Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts einräumen. Da die behaupteten Arbeiten von der Beklagten dem Grundsatz nach anerkannt werden, kann der Kläger erfolgreich glaubhaft machen, dass er pfandgeschützte Bauleistungen in der von ihm behaupteten Art auf dem beklaglichen Grundstück an der C.____-Strasse ... / ... in ... Zürich erbrachte.

4.4. Höhe der Pfandsomme

4.4.1. Nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB wird die Pfandsumme durch die vertragsgemässe Vergütungsforderung des Unternehmers bestimmt. Die Vergütung wird im Austausch mit Bauarbeiten geleistet. Ob der Unternehmer Anspruch auf ein Entgelt für die Bauarbeiten besitzt, beurteilt sich nach dem vereinbarten Vertragsinhalt (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., Rz. 440 f.).

4.4.2. Der Werkvertrag zwischen dem Kläger und der H._____ nennt als Pauschalpreis eine Summe von CHF 270'000.-- (act. 3/8, S. 2). Seine Gültigkeit wird von der Beklagten nicht bestritten (vgl. act. 9 Rz. 3). Der darin stipulierte Werklohn gilt folglich als anerkannt. Auch die geltend gemachten Nachtragskosten über CHF 7'560.-- (inkl. MwSt.) werden von der Beklagten im vollen Umfang anerkannt (act. 9 Rz. 3 S. 3). Die Beklagte bestreitet jedoch, dass Regiekosten im Umfang von CHF 42'930.-- entstanden seien (act. 9 Rz. 3 S. 3). Der Kläger trägt hierzu vor, dass die vom Werkvertrag vorgesehenen Profile für die herunterhängenden Decken aus Sicherheitsgründen ungeeignet gewesen seien. Die G._____ habe dem Kläger jedoch erst im Nachhinein mitgeteilt, dass die vorgesehene Tragkonstruktion durch eine andere zu ersetzen sei. Zudem sollte im Restaurant eine gänzlich andere Decke montiert werden, welche auf verschiedene Höhen herunterhängen solle. Im 2. und 4. Obergeschoss hätten die Wände ausgedoppelt werden müssen, da auch hier ungeeignete Träger gewählt worden seien. Dies alles habe zu den Zusatzarbeiten im geltend gemachten Umfang geführt (act. 1 Rz. 13). Als Beweis hierfür reicht der Kläger die Kopie einer Rechnung vom 22. September 2014 ein. Diese stellt gemäss eigenem Wortlaut eine Regierechnung dar. Sie weist diverse Arbeiten aus, so das Ausdoppeln der Wohnzimmerwände, das Korrigieren der Decke im Restaurant, weitere Arbeiten an Wänden und Decke sowie Putz- und Reparaturarbeiten, Isolierungsarbeiten und Materialaufwand. Der Rechnungsbetrag beträgt CHF 42'930.-- (act. 3/17). Der Kläger kann damit glaubhaft machen, dass er Arbeiten im von ihm geltend gemachten Umfang erbrachte und dass es sich dabei um Arbeiten handelte, die aus einer nachträglichen Beststellungsänderung des ursprünglichen Bauprojekts resultierten. Damit waren diese Arbeiten vom vereinbarten Pauschalpreis nicht erfasst und zusätzlich zu entlohnen (vgl. PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Rz. 905). Der

Kläger kann somit im Ergebnis erfolgreich glaubhaft machen, dass für die gesamte Arbeit ein totales Entgelt von CHF 320'490.-- geschuldet war.

4.4.3. Es ist weiter unbestritten, dass CHF 70'000.-- durch die G._____ sowie mindestens CHF 100'000.-- durch die H._____ bereits bezahlt wurden (act. 1 Rz. 17; act. 9 Rz. 3 S. 2 f.). Die Beklagte stellt sich jedoch auf den Standpunkt, die H._____ habe nicht nur einen Teilbetrag über CHF 100'000.--, sondern vielmehr die volle Akontozahlungen in Gesamthöhe von CHF 170'000.-- dem Kläger bereits überwiesen (act. 9 Rz. 3 S. 2). Als Beweis für seine Darstellung der Sachlage legt der Kläger den Übernahmevertrag vom 16. Juli / 30. August 2014 (act. 3/13) ins Recht. Hierauf findet sich der handschriftliche Vermerk, dass von Betrag über CHF 170'000.--, den der Übernahmevertrag als "bisherige geleistete Zahlungen" bezeichnet, dem Kläger ein Betrag von CHF 100'000.-- durch die H._____ überwiesen wurde, ein Betrag von CHF 70'000.-- dagegen noch offen sei. Der Vertrag ist sowohl vom Kläger als auch von der G._____ unterzeichnet. Auch wenn die Beklagte bezweifelt, dass der Kläger die handschriftlichen Bemerkungen auf der Urkunde im Zeitpunkt des Vertragsschlusses angebracht hat, ist doch grundsätzlich von der Richtigkeit der eingereichten Urkunde auszugehen (vgl. THOMAS WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Auf. 2013, N 1 zu Art. 178 ZPO). Die Beklagte trägt denn auch keine Tatsachen vor, welche die ihrer Ansicht nach offensichtlich nachträgliche Anbringung des handschriftlichen Vermerks belegen würden. Alleine der Umstand, dass auf der Kopie, die der Beklagten vorliegt, keine entsprechenden handschriftlichen Notizen vorhanden sind (vgl. act. 10/2), vermag noch nicht zu beweisen, dass der Kläger diese auf seiner Version erst nachträglich anbrachte. Die Einvernahme des von der Beklagten hierzu angerufenen Zeugen L._____ (act. 9 Rz. 3 S. 2) hat zu unterbleiben, da die Zeugeneinvernahme im vorliegenden Summarverfahren kein zugelassenes Beweismittel ist (Art. 254 ZPO). Da die Beklagte keine spätere Überweisung des restlichen Teilbetrags über CHF 70'000.-- geltend macht, kann der Kläger glaubhaft machen, dass dieser Teilbetrag der Akontozahlung noch ausstehend ist. Im Ergebnis kann der Kläger somit erfolgreich glaubhaft machen, dass ein Teilbetrag des vereinbarten Werklohns von CHF 150'490.-- immer noch ausstehend ist.

4.4.4. Die von der Beklagten angeführten Verrechnungsforderungen (act. 9 Rz. 3 S. 2 f.) stehen der Glaubhaftmachung durch den Kläger nicht im Wege. Die geltend gemachten Forderungen wurden vom Kläger nicht anerkannt, und es ist zum jetzigen Zeitpunkt nicht erwiesen, dass sie tatsächlich im behaupteten Umfang bestehen. Die beklagtische Verrechnungserklärung hinsichtlich dieser lediglich behaupteten Forderungen vermag den Bestand der vom Kläger glaubhaft gemachten Restwerklohnforderung und sein daraus resultierendes Pfandrecht demnach nicht *mit Sicherheit* auszuschliessen.

4.5. Wahrung der viermonatigen Eintragsfrist

4.5.1. Für den Beginn der viermonatigen Eintragsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB ist auf die letzte verrichtete, objektspezifische Bauarbeit abzustellen, welche noch als Vollendungsarbeit gilt (FREY, in: KOSTKIEWICZ/NOBEL/SCHWANDER/WOLF, Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl. 2011, N 1 zu Art. 839 ZGB). Gewahrt ist die Frist, wenn innerhalb von vier Monaten seit Vollendung des Werks mindestens eine vorläufige Eintragung in der Form einer Vormerkung im Tagebuch auf gerichtliche Anordnung hin erfolgt (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., Rz. 1099).

4.5.2. Der Kläger macht geltend, letzte Verputzarbeiten seien am 20. Januar 2015 in Zusammenarbeit mit der von ihm beigezogenen Subunternehmerin I._____ erbracht worden. An jenem Tag habe man den Weissputz vorgenommen, welcher regelmässig den letzten Arbeitsschritt darstelle (act. 1 Rz. 16). Die Beklagte bestreitet dies. Die I._____ habe die letzten Arbeiten vielmehr am 28. November 2014 vorgenommen, weshalb die viermonatige Frist abgelaufen sei. Der vom Kläger ins Recht gelegte Tagesrapport stammt gemäss Vermerk von der I._____, datiert vom 20. Januar 2015, ist unterschrieben und betrifft die "Baustellen C._____-Str. ... Zürich". Der Rapport weist einen Zeitaufwand von sechs Regiestunden sowie folgende Arbeiten aus: "Gipserarbeit", "Material abholen", "Wand ergänzen bei Treppen" sowie "Haus Abreib 1mm" (act. 3/20). Der Kläger kann damit glaubhaft machen, dass am 20. Januar 2015 noch vertraglich geschuldete Gipserarbeiten auf der Baustelle an der C._____-Strasse ... in Zürich durch seine Subunternehmerin, die I._____, erbracht wurden. Da die superprovisorisch vorgenomme-

ne, vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts vom 18. Mai 2015 datiert (vgl. act. 7), kann der Kläger folglich erfolgreich glaubhaft machen, dass die viermonatige Eintragungsfrist eingehalten wurde.

4.5.3. Die von der Beklagten behaupteten Umstände, nämlich dass der Kläger bereits am 25. November 2014 die Abschlussrechnung (act. 10/4) erstellt habe und mit Schreiben vom 19. Dezember 2014 der Garantieschein (act. 10/5) zugestellt worden sei (act. 9 Rz. 4), dass am 15. Januar 2015 die Hausabnahme erfolgt (act. 10/6) und per 1. Januar 2015 die gesamte Liegenschaft vermietet gewesen sei (vgl. act. 10/7-13) sowie dass sich der fragliche Tagesrapport Nr. 12 (act. 3/20) nicht in der Vereinbarung zwischen der I. _____ und der Beklagten (act. 10/1) befand und dass auch das Baustellenprotokoll der Generalunternehmung (act. 10/14) die angeblichen Arbeiten nicht erwähne (act. 9 Rz. 4), steht der erfolgreichen Glaubhaftmachung der Einhaltung der viermonatigen Frist durch den Kläger *nicht* im Wege. So ist es durchaus denkbar, dass vertraglich geschuldete Vollendungsarbeiten auch noch nach Rechnungsstellung bzw. Aushändigung des Garantiescheins sowie nach Werkabnahme bzw. Einzug der Mieter vorgenommen wurden. Auch das beklagtische Argument, sämtliche Regierapporte zwischen der I. _____ und der Beklagten hätten in den Vergleich vom 8. Mai / 15. Mai 2015 Eingang gefunden, wobei der zeitlich letzte dieser Rapporte vom 28. November 2014 datiere, vermag einer erfolgreichen Glaubhaftmachung nicht entgegen zu stehen. Besteht doch die Möglichkeit, dass der vorliegend umstrittene Rapport Nr. 12 vom 20. Januar 2015 (act. 3/20) aus Versehen keine Berücksichtigung im Anhang des Vergleichs (act. 10/1) fand oder schlicht vergessen geriet. Gleiches gilt auch für die Nichtberücksichtigung der fraglichen Arbeiten im Baustellenprotokoll der Generalunternehmung (act. 10/14). Zudem erwähnt die Vereinbarung zwischen der Beklagten und der I. _____ die Rapporte bzw. deren Vollständigkeit mit keinem Wort. Sie wurden lediglich als "Beilage No. 1" an den Vergleichstext angeheftet (vgl. act. 10/1). Aus den von der Beklagten geltend gemachten Umständen lässt sich folglich nicht zwangsläufig bzw. mit der notwendigen Gewissheit ableiten, dass es sich bei den von Rapport Nr. 12 vom 20. Januar 2015 ausgewiesenen Arbeiten um geringfügige oder nebensächliche Arbeiten wie

Aufräum-, Reinigungs- oder Entsorgungsarbeiten handeln muss bzw. dass diese Arbeiten gar nie erbracht wurden.

4.6. Verzugszins

Der Zinssatz sowie der Beginn der Verzugszinsperiode wurden von der Beklagten nicht bestritten (vgl. act. 9). Der 18. Februar 2015 als Beginn eines allfälligen Verzugs gilt somit als durch die Beklagte anerkannt.

4.7. Fazit

Da sämtliche Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts erfüllt sind, ist die mit Verfügung vom 18. Mai 2015 (act. 4) erfolgte einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D._____ zu bestätigen.

5. Prosequierungsfrist

Dem Kläger ist sodann Frist anzusetzen, um direkt beim zuständigen Gericht Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Beklagte anzuheben. Diese Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage anzusetzen, wobei allfällige Gerichtsferien bei der Fristansetzung berücksichtigt werden. Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuches (Art. 144 Abs. 2 ZPO); dieses würde in einem kostenpflichtigen Nachverfahren behandelt. Als zureichende Gründe für eine Fristerstreckung gemäss Art. 144 Abs. 2 ZPO werden nur entweder die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe anerkannt.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. 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). Es ist von einem Streitwert von CHF 150'490.-- auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 8'100.-- festzusetzen ist.

6.2. Über den Pfandanspruch des Klägers ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob der Kläger endgültig obsiegt. Daher rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren lediglich eine einstweilige Kostenregelung zu treffen. Gemäss Praxis des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich sind die Gerichtskosten im Verfahren betreffend die vorläufige Eintragung des Pfandrechts vom Kläger zu beziehen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt.

6.3. Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass der Kläger seinen Anspruch jedoch nicht prosequieren sollte, ist der nicht anwaltlich vertretenen Beklagten eine Parteienschädigung von CHF 1'000.-- zuzusprechen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D._____ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 18. Mai 2015 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ..., C._____-Strasse ... und ..., ... Zürich-..., für eine Pfandsumme von CHF 150'490.-- nebst Zins zu 5 % seit 18. Februar 2015.
2. Dem Kläger wird – auch unter Berücksichtigung allfälliger Gerichtsferien – eine Frist bis 19. Oktober 2015 angesetzt, um eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Beklagte anzuheben. Bei Säumnis kann die Beklagte den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 1) löschen lassen.
3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 8'100.--.
4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden vom Kläger bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass der Kläger innert Frist gemäss Dis-

positiv-Ziffer 2 die Klage nicht anhängig macht, werden ihm die Kosten definitiv auferlegt.

5. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt der Kläger jedoch die ihm in Dispositiv-Ziffer 2 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird er verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 1'000.-- zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Grundbuchamt D._____.
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 150'490.--.

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

Zürich, 18. August 2015

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Thomas Steininger