

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE160190-O

U/ee

Mitwirkend: Ersatzoberrichterin Franziska Egloff sowie Gerichtsschreiber Gallus
Maissen

Urteil vom 24. August 2016

in Sachen

A._____ GmbH,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

" Das Grundbuchamt C._____ sei im Sinne von Art. 961 ZGB sofort und ohne Anhörung der Beklagten einstweilen anzuweisen, zugunsten der Klägerin und zulasten der Beklagten ein Pfandrecht auf der Liegenschaft Kataster Nr. ..., Grundbuchblatt ..., F._____-Strasse ..., ..., für eine Pfandsumme von total CHF 64'309.65 zuzüglich Zins von 5 % ab dem 15. Januar 2016 im Grundbuch vorläufig einzutragen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Geändertes Rechtsbegehren:

(act. 16 S. 2)

1. Es sei die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt C._____ zur vorläufigen grundbuchlichen Eintragung des Pfandrechts der Gesuchstellerin im Sinne von Art. 961 ZGB auf der Liegenschaft Kat.Nr. ..., GBBl.-Nr. ..., F._____-Strasse ..., ..., für eine Pfandsumme von total CHF 64'309.65 zuzüglich Zins von 5 % ab dem 15. Januar 2016 zugunsten der Klägerin mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 27. April 2016 bis zur rechtskräftigen Erledigung im nachfolgenden ordentlichen Verfahren zu bestätigen.
2. Es sei der Klägerin die Frist zur Anhebung der Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts im ordentlichen Verfahren anzusetzen, in welchem die Kosten für das vorliegende Verfahren der Beklagten aufzuerlegen sind und der Klägerin die Parteientschädigung zuzusprechen ist. "

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Das vorliegende Verfahren wurde mit Eingabe vom 26. April 2016 (persönlich überbracht) hierorts anhängig gemacht (act. 1). Mit Verfügung vom 27. April 2016 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 C._____ wur-

de angewiesen, das Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig erging die Aufforderung an die Beklagte, bis zum 18. Mai 2016 zum klägerischen Begehren Stellung zu nehmen (act. 4 S. 2). Mit Eingabe vom 13. Mai 2016 ersuchte die Beklagte um eine Fristerstreckung bis zum 7. Juni 2016, welche ihr gewährt wurde (act. 9), und am 6. Juni 2016 nahm die Beklagte fristgerecht Stellung (act. 12). Der Klägerin wurde am 8. Juni 2016 eine einmalige Frist bis 30. Juni 2016 angesetzt, um sich zur Stellungnahme der Beklagten zu äussern (act. 14 S. 2). Die Klägerin liess sich mit Eingabe vom 24. Juni 2016 entsprechend vernehmen (act. 16), worauf wiederum der Beklagten eine einmalige Frist bis 12. Juli 2016 zur Stellungnahme angesetzt wurde (act. 18 S. 2). Diese erfolgte am 12. Juli 2016 (act. 20).

2. Klageänderung

Nachdem das Grundbuchamt das Pfandrecht auf einstweilige Anweisung des Gerichts am 27. April 2016 vorläufig eingetragen hatte (act. 4; act. 7), änderte die Klägerin in ihrer Stellungnahme vom 24. Juni 2016 ihr Rechtsbegehren dahingehend, dass sie neu die Bestätigung des einstweilen eingetragenen Pfandrechts sowie die Ansetzung der Prosequierensfrist beantragt (act. 16 S. 2). Dies ist ohne Weiteres zulässig.

3. Übersicht Sachverhalt

Die Klägerin schloss am 3./7. Juli 2015 mit der Totalunternehmerin D._____ AG einen Werkvertrag ab betreffend die Ausführung von Erd- und Umgebungsarbeiten für eine Überbauung (D._____ 137) auf den beiden in Winterthur-Wülflingen gelegenen, aneinander angrenzenden Grundstücken an der E._____ -Strasse ... (Kat.-Nr. ...), welches der D._____ AG gehört, und an der F._____ -Strasse ... (Kat.-Nr. ...), das im Eigentum der Beklagten steht. Die Klägerin stellte der D._____ AG am 30. Dezember 2015 Rechnung für die vom 11. Juli bis 28. Dezember 2015 erbrachten Leistungen sowie Baumaterialien, die jedoch unbezahlt blieb. Im März 2016 fiel die D._____ AG in Konkurs (act. 3/19).

4. Wahrung der Eintragsfrist

4.1. Rechtliche Grundlagen

4.1.1. Allgemein

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., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz 869 ff).

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; HUBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO Komm., 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 261 N 25). 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, zumal 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 unwahr-*

scheinlich ist. Im Zweifelsfalle ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen bzw. die aufgrund einer superprovisorischen Verfügung bereits erfolgte vorläufige Eintragung zu bestätigen und der Entscheid 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).

4.1.2. Eintragungsfrist

Die Eintragung des gesetzlichen Grundpfandrechts für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB).

Vollendet ist die Arbeit, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen dabei geringfügige oder nebensächliche Arbeiten, sofern sie nicht unerlässlich sind, oder Ausbesserungen wie der Ersatz fehlerhafter Teile oder die Behebung anderer Mängel. Ausschlaggebend sind qualitative Kriterien (SCHUMACHER, a.a.O., Rz 1101 ff; BSK ZGB II-THURNHERR, 5. Aufl., Basel 2015, Art. 839/840 N 29; BRITSCHGI, Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 55 f).

Grundsätzlich hat der Unternehmer, welcher für mehrere Bauwerke auf verschiedenen Grundstücken arbeitete, die Eintragungsfrist für jedes Grundstück gesondert einzuhalten. Die Frist beginnt deshalb für jedes Grundstück bzw. Bauwerk mit der Vollendung der dafür geleisteten Arbeiten separat zu laufen, trotz einer allfälligen einheitlichen Vergabung in einem einzigen Werkvertrag. Indessen gilt ausnahmsweise auch für mehrere Bauwerke bzw. für Bauwerke auf verschiedenen Grundstücken ein einheitlicher Fristbeginn, wenn die Bauwerke oder die Arbeiten bzw. Leistungen hiezu eine funktionelle Einheit bilden und die Bauarbeiten in einem Zug ausgeführt worden sind (SCHUMACHER, a.a.O., Rz 1204 ff; BSK ZGB II-THURNHERR, a.a.O., Art. 839/840 N 29 f; BRITSCHGI, a.a.O., S. 56 f).

4.2. Parteistandpunkte

4.2.1. Die Beklagte

Die Beklagte macht geltend, die Umgebungsarbeiten seien am 22. Oktober 2015 abgenommen worden. Die Klägerin sei als Subunternehmerin, die in keinem direkten Verhältnis zur Beklagten stehe, an der Abnahme nicht beteiligt gewesen. Nach der Abnahme habe die Klägerin mit Ausnahme zweier Mängelbehebungen keine Arbeiten auf ihrem Grundstück mehr ausgeführt (act. 12 Rz 16 ff). Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerin am 27. und 28. Dezember 2015 überhaupt Arbeiten ausgeführt habe, und falls doch, so seien diese Arbeiten nicht auf dem Grundstück der Beklagten, sondern auf dem Nachbargrundstück Kat.-Nr. ... (G.____-Parzelle) oder Kat.-Nr. ... (D.____-Parzelle) verrichtet worden (act. 12 Rz 20 ff; act. 20 Rz 12 ff).

4.2.2. Die Klägerin

Die Klägerin verweist zunächst auf den Werkvertrag, der u.a. festhalte, dass die Gartenarbeiten als abgeschlossen gelten würden, wenn die Verbundsteine auf dem östlichen Lagerplatz (G.____-Areal) verlegt seien. Für die Erstellung der Überbauung F.____-Strasse ... habe die unmittelbar an das Grundstück der Beklagten angrenzende Fläche auf dem G.____-Areal für den Baustellenkran, das Neutralisationsbecken und als Lagerfläche genutzt werden müssen. Im Rahmen der Abschlussarbeiten auf dem Grundstück der Beklagten habe die Klägerin auch den bei dieser Nutzung beschädigten Flächenbelag wiederhergestellt. Diese Arbeiten stünden in engem Sachzusammenhang mit der Fertigstellung der Liegenschaft der Beklagten. Schliesslich bringt die Klägerin vor, sie habe an der Abnahme der Umgebungsarbeiten nicht teilgenommen und sei nie darüber informiert worden, sodass von einer Abnahme keine Rede sein könne (act. 16 Rz 2, 4 f u. 8).

4.3. Würdigung

Es ist unbestritten (act. 16 Rz 2; act. 12 Rz 25), dass die D.____ und die Klägerin im Werkvertrag vereinbart haben, dass die Gartenarbeiten als abgeschlossen

gelten, wenn das Werk durch H._____ abgenommen wurde und (neben einer hier nicht zu thematisierenden weiteren Voraussetzung) die Verbundsteine auf dem östlichen Lagerplatz (G._____ -Areal; Kat.-Nr. ...) verlegt sind (act. 3/4; zur Örtlichkeit vgl. GIS-Auszug act. 13/2).

Diese Abmachung ist auch für die Beklagte verbindlich, denn die von der Klägerin erbrachten Arbeiten betreffen unstrittig auch das auf ihrem Grundstück (F._____ - Strasse ..., Kat.-Nr. ...) von der D._____ erstellte Wohnhaus (act. 12 Rz 11 u. 16). Unbestritten geblieben ist weiter, dass, wie der Architekt, der Planungsleiter und der Bau-Allrounder des Bauobjekts D._____... in ihrem Schreiben bestätigen, die Fläche auf der Nachbarparzelle von G._____ für den Baukran, für das Neutralisationsbecken und als Lagerfläche genutzt wurde (act. 17/1). Dies kam auch dem Bauwerk der Beklagten zugute. Die für das Instandstellen der genutzten Fläche zu erbringenden Arbeiten sind weder geringfügig noch nebensächlich, muss doch ein durch die Bauarbeiten intensiv benutzter Teil des Nachbargrundstücks wiederhergestellt werden. Diese Wiederherstellungsarbeiten sind nicht nur Gegenstand des auch für die Beklagte verbindlichen Werkvertrages, sondern bilden darüber hinaus, weil der Platz ebenfalls für das Erstellen des beklagten Bauwerks genutzt wurde, mit diesem auch funktionell eine Einheit. Das Nachbargrundstück wurde ausserdem, wie nachfolgend aufgezeigt wird, in einem Zuge in stand gestellt.

Demnach wird mit Abschluss der Arbeiten für die Wiederherstellung des Belages der auf dem Nachbargrundstück genutzten Fläche auch die Eintragungsfrist für das Pfandrecht auf dem Grundstück der Beklagten ausgelöst.

Die Vorbringen der Beklagten gegen die Tagesrapporte der Klägerin (act. 12 Rz 8 u. 30 f; act. 20 Rz 3 ff) vermögen nicht zu überzeugen. Die Beklagte kann ihre Behauptung, die Arbeitsrapporte seien gefälligkeitshalber von der nachmaligen Konkursitin D._____ unterschrieben worden, nicht glaubhaft machen. Dass die Klägerin die Tagesrapporte aufgrund von handschriftlichen Aufzeichnungen ihrer Arbeiter maschinell ins Reine schreibt, erscheint nicht aussergewöhnlich, weil mit der besseren Leserlichkeit und dem einheitlichen Erscheinungsbild der Rapporte die Berichterstattung und Rechnungsstellung gegenüber Bauherrschaft oder Drit-

ten erleichtert wird. Die Rapporte weisen neben den ausgeführten Arbeiten das Datum, an dem die Arbeiten vorgenommen wurden, sowie die Unterschriften eines Vertreters der Klägerin und der Auftraggeberin (D._____) aus. Die einfachen und kurzen Unterschriften variieren genügend stark (act. 3/6/2-15; act. 3/7/2-18; act. 3/7/2-23; act. 3/9/2-15; act. 3/10/1-2), sodass nicht auf der Hand liegt, dass die Rapporte im Hinblick auf die gerichtliche Auseinandersetzung ausgefertigt worden wären. Ebenso kann eine verwandtschaftliche Interessenbindung zwischen Organen der Klägerin und solchen der Totalunternehmerin D._____ im hier massgeblichen Zeitpunkt ausgeschlossen werden, weil die vormalige Geschäftsführerin der Klägerin, I._____, gemäss Handelsregistrauszug bereits im Februar 2015 aus der Unternehmung ausgeschieden ist (act. 3/1), und der Geschäftsführer der D._____, H._____, gemäss Handelsregistrauszug (act. 3/1) nie eine Funktion bei der Klägerin inne hatte. Schliesslich erscheint die Erklärung der Klägerin hinsichtlich der Falschdatierung des Reports vom 27. Dezember 2015 plausibel, wonach der ausgefertigte Rapport wegen der damals im Zusammenhang mit administrativen Jahresabschlussarbeiten in ihrem Büro herrschenden Hektik unzutreffend datiert worden sei.

Aus den Arbeitsrapporten der Klägerin vom 27. bzw. 28. Dezember 2015 ergibt sich, dass nach der vorbereitenden Arbeit "Randabschluss spitzen" und "Schnee entfernen" die Verbundsteine gelegt wurden und Splitt abgezogen wurde (act. 3/10/1-2). Dementsprechend stellte die Klägerin u.a. für das "Verlegen von angelieferten Verbundsteinen" am 30. Dezember 2015 Rechnung (act. 3/18, Mitte). Der Umstand, dass das Datum vom 27. Dezember 2015 auf dem Arbeitsrapport eingestandenermassen falsch ist, vermag die Richtigkeit der darin umschriebenen Arbeiten nicht anzuzweifeln. Immerhin bestätigt auch das oben erwähnte Schreiben des Architekten, des Planungsleiters sowie des Bau-Allrounders des Bauobjekts D._____..., dass die Arbeiten zur Wiederherstellung des Flächenbelags auf der G._____-Parzelle in der letzten Dezemberwoche ausgeführt worden seien (act. 17/1). Gegen die klägerische Darstellung spricht auch nicht, dass im Tagesrapport vom 27. Dezember 2015 von "Schnee entfernen" die Rede ist, an jenem Tag jedoch, wie die Beklagte vorbringt und mit einem Wetterbericht zu belegen versucht (act. 20 Rz 8 f), im mildesten Dezember seit Messbeginn gar kein

Schnee in Winterthur gefallen sei. Es ist nicht auszuschliessen, dass es nachts lokal geringen Niederschlag in Form von leichtem Schnee gab, der vor dem Verlegen der Verbundsteine weggewischt werden musste.

Zwar ist im Protokoll der Abnahmesitzung vom 22. Oktober 2015 vermerkt, dass die Pendeuz "Asphaltbelag Nachbarzelle G._____ ergänzen" sofort zu erledigen sei (act. 13/1). Entsprechend erklärt der Bauherrenvertreter und -berater der Beklagten, J._____, in seiner von der Beklagten eingereichten Stellungnahme, es sei vereinbart gewesen, die Pendenzen sofort zu erledigen, und diese Arbeiten seien dann auch verrichtet worden; überdies sei er von einer grösseren Verzögerung nicht informiert worden (act. 21/11). Der Architekt, der Planungsleiter und der Bau-Allrounder des Bauobjekts D._____... bestätigen indessen in ihrem Schreiben, dass der Flächenbelag auf der G._____ -Parzelle erst im Dezember habe ausgeführt werden können, weil zunächst Abschlussarbeiten im Zusammenhang mit einer nicht plangemäss erstellten Abdichtung resp. Teerschicht der G._____ -Autoeinstellhalle hätten ausgeführt werden müssen. Zudem habe wegen der Kälte nicht mehr ein Asphaltbelag eingebaut werden können, sondern es hätten Verbundsteine gelegt werden müssen (act. 17/1). Für die Sachverhaltsdarstellung der Klägerin sprechen neben den Arbeitsrapporten vom 27. resp. 28. Dezember 2015 der Umstand, dass aus keinem der Tagesrapporte ab dem 22. Oktober 2015 ersichtlich ist, dass asphaltiert wurde: Am 30. Oktober 2015 wurde im Zusammenhang mit der Garageneinfahrt ein Kaltbelag eingebaut und wurden Verbundsteine zugeschnitten (act. 3/9/8); im Rapport vom 9. Dezember 2015 ist die Rede von "Bodenbelag Überzug herstellen" (act. 3/9/15), worunter aber weder Asphaltieren noch das Verlegen von Verbundsteinen verstanden werden kann. Ausserdem erscheinen die Erklärungen der D._____ glaubhaft, dass sich wegen Umständen auf dem Nachbargrundstück Verzögerungen bei den Schlussarbeiten eingestellt hätten, weil solche beim Erstellen grösserer Bauprojekte nicht unüblich sind. Regelmässig dürfte auch die Bedeutung terminlicher Zusicherungen, wie "sofort", in Protokollen von Bausitzungen zu relativieren sein.

Die Klägerin konnte vorliegend genügend glaubhaft machen, die auf dem Nachbargrundstück befindliche, für das Bauprojekt genutzte Fläche am 28. Dezember 2015 und nachfolgend instandgestellt zu haben. Mit dem Abschluss dieser Arbei-

ten gelten die Gartenarbeiten der Klägerin auch für die Beklagte als abgeschlossen.

Weil die Wiederherstellungsarbeiten somit zeitlich nach der Sitzung vom 22. Oktober 2015 betreffend die Abnahme der Umgebungsarbeiten (vgl. act. 13/1) ausgeführt wurden, die Abnahme aber lediglich eine der drei vertraglichen Voraussetzungen für die Vollendung der Arbeiten ist (act. 3/4), kann offen bleiben, ob und inwiefern diese Abnahmesitzung für die Klägerin, die unstrittig nicht daran teilgenommen hatte, verbindlich ist und damit bereits zu einem früheren Zeitpunkt den Lauf der Eintragsfrist ausgelöst hätte.

4.4. Fazit

Mit den Arbeitsrapporten der Klägerin, insbesondere jenen vom 27. bzw. 28. Dezember 2015, und dem Bestätigungsschreiben von massgeblichen Vertretern des Bauobjekts D._____ (Architekt, Planungsleiter und Bau-Allrounder) ist im Hinblick auf die vorläufige Eintragung des Pfandrechts genügend glaubhaft gemacht, dass die Klägerin den Belag auf der für die Bautätigkeit genutzten Fläche auf dem Nachbargrundstück am 28. Dezember 2015 und nachfolgend instand gestellt hat. Aufgrund der werkvertraglichen Abmachung und der funktionellen Einheit der Wiederherstellungsarbeiten mit dem Bauwerk der Beklagten gelten damit die Gartenarbeiten auch für das beklagte Grundstück in diesem Zeitpunkt als abgeschlossen, womit der Beginn der viermonatigen gesetzlichen Eintragsfrist frühestens am 28. Dezember 2015 zu laufen begann.

Mit dem am 27. April 2016 im Grundbuch vorläufig eingetragenen Pfandrecht (act. 4; act. 7 letztes Blatt) ist diese Frist somit gewahrt.

5. Höhe der Pfandsomme

5.1. Rechtliche Grundlagen

Auch wenn sich eine Überbauung auf mehrere Grundstücke erstreckt, ist nur das einzelne Grundstück Pfandobjekt. Nach dem Mehrwertsprinzip ist die Vergütungs-

forderung eines Unternehmers nur soweit pfandberechtigt, als die erbrachten Bauarbeiten dem belasteten Grundstück einen Mehrwert zu verschaffen vermochten. Deshalb ist die Vergütungsforderung für die Bauarbeiten eines Unternehmers für mehrere Grundstücke derart aufzuteilen und den einzelnen Grundstücken derart zu belasten, dass jedes einzelne Grundstück nur mit demjenigen Anteil an der Vergütungsforderung belastet wird, der dem Anteil an den Bauarbeiten entspricht, die tatsächlich für das betreffende Grundstück erbracht worden sind (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz 837).

Die Ermittlung der Teilpfandsummen kann indessen häufig sehr schwierig sein. Der Nachweis der effektiven Bauleistungen für jedes Grundstück erfordert oft sorgfältige und zeitraubende Nachforschungen, was häufig mehrere Monate beanspruchen kann. Die Teilpfandrechte müssen vor Ablauf der viermonatigen Eintragungsfrist vorgemerkt werden. Nach Ablauf dieser Verwirkungsfrist können zu hohe Teilpfandsummen herabgesetzt, jedoch zu niedrige Teilpfandsummen nicht mehr erhöht werden. Die im Grundbuch vorläufig eingetragenen Teilpfandsummen sollten beispielsweise aufgrund von Ausmassprotokollen oder Regierappor-ten idealerweise bereits im Summarverfahren, spätestens aber im Hauptprozess berichtigt werden (SCHUMACHER, a.a.O., Rz 848 u. 851).

5.2. Parteistandpunkte

5.2.1. Die Beklagte

Die Beklagte bestreitet nicht, dass die Klägerin auch auf dem Grundstück der Beklagten Umgebungsarbeiten geleistet hat. Sie bringt aber vor, dass nach der Abnahme vom 27. Oktober 2015 abgesehen von zwei Mängelbehebungen keine Arbeiten auf ihrem Grundstück mehr ausgeführt worden seien (act. 12 Rz 16 ff).

Hingegen bestreitet die Beklagte den von der Klägerin geltend gemachten, pauschalen und abstrakten Verteilschlüssel von 75 % der Leistungen. Die Klägerin habe jeweils anzugeben, für welches spezifische Bauobjekt bzw. auf welchem Grundstück die Arbeiten erfolgt seien (act. 12 Rz 7).

5.2.2. Die Klägerin

Die Klägerin macht zunächst geltend, sie habe in der letzten Dezemberwoche 2015 die auf dem Grundstück der Beklagten eingelassenen Stellsteine erhöht, weil der bestehende Randabschluss auf der Nordost-Seite dem neuen Verbundsteinbelag habe angepasst werden müssen. In den Rapporten seien diese Arbeiten nicht ausgegliedert worden, sondern unter der Position "Verbundsteine legen" erfasst. Zum gleichen Zeitpunkt habe die Klägerin auch den Anschluss des Gebäudes der Beklagten an die Fassade des Nachbargebäudes (Kat.-Nr. ...) mit Terrassenbelag, Abdichtungen und Bekiesung erstellt (act. 16 Rz 3 f).

Weiter bringt die Klägerin vor, gemäss der Berechnung der Bauleitung würden von den von der Klägerin erstellten Belagsflächen und Ausseninstallationen insgesamt mehr als 75 % auf die Liegenschaft der Beklagten entfallen. Ausserdem seien Arbeitsleistungen erbracht worden, die einzig Teile der beklagten Liegenschaft betroffen hätten, wie Arbeiten für die Tiefgarage, den Autolift, einen Lichtschacht sowie für Balkone und die Dachterrasse (act. 1 Rz 4).

5.3. Würdigung

5.3.1. Bestrittene Arbeiten auf dem Grundstück der Beklagten

Die vorliegend zu beurteilenden Arbeiten, welche die Klägerin in der letzten Dezemberwoche 2015 auf dem Grundstück der Beklagten getätigt haben will, sind aus den Tagesrapporten der Klägerin nicht ersichtlich (act. 3/10/1-2). Hinsichtlich der angeblich erhöhten Stellsteine ist aus Fotos der Parteien ersichtlich, dass die Stellsteine zwischen November 2015 (act. 13/4) und Mai (act. 13/5) bzw. Juni 2016 (act. 17/3) unverändert gleich hoch verlaufen. Sollten diese erhöht worden sein, so geschah dies vorher. Die Arbeiten der Klägerin für den Anschluss des Gebäudes der Beklagten an die Fassade des Nachbargrundstückes – Terrassenbelag, Abdichtungen und Bekiesung – betreffen gemäss Fotos das Nachbargrundstück (Kat.-Nr. ..., vgl. GIS-Auszug act. 13/2; act. 17/4/3-4; Terrasse des Nachbargrundstückes ersichtlich auf act. 3/16/1, oben rechts, und auf act. 17/4/2, oben links).

Die Klägerin hat neben diesen Arbeiten für den Zeitraum ab Ende Oktober 2015 keine weiteren Arbeiten auf dem Grundstück der Beklagten behauptet.

Die Klägerin konnte nicht glaubhaft machen, dass sie ab dem 27. Oktober 2015 Arbeiten auf dem Grundstück der Beklagten ausgeführt hat. Demnach sind die in den Tagesrapporten vom 30. Oktober bis 28. Dezember 2015 (act. 3/9/8-15; act. 3/10/1-2; Rapporte Nr. 58 bis 67) aufgeführten Arbeiten vorliegend nicht zu beachten und vom Forderungsbetrag abzuziehen. In diesem Zeitraum erbrachte die Klägerin gemäss der Zusammenstellung ihrer Tagesrapporte Nr. 52 bis 65 (act. 3/9/1) sowie der Rapporte Nr. 66 und 67 (act. 3/10/1-2) Leistungen im Umfang von CHF 6'125.– (Vorarbeiter: 44 Arbeitsstunden à CHF 80.–; Bauarbeiter: 8 Arbeitsstunden à CHF 60.–; Praktikanten: 34,5 Arbeitsstunden à CHF 50.–; Anteil Werkzeug: 8 mal CHF 50.–) bzw. CHF 2'280.– (gemäss Rechnung, act. 3/18), insgesamt mithin Arbeiten in Höhe von CHF 8'405.–, welche nicht dem Grundstück der Beklagten zugute kamen.

5.3.2. Teilpfandsumme

Die Klägerin stützt sich bei der Aufteilung der erbrachten Leistungen und Materialkosten auf die beiden Grundstücke der D._____ (Kat.-Nr. ...) und der Beklagten (Kat.-Nr. ...) auf eine von der Bauleitung vorgenommene Berechnung, welche sich an den Ausmassen der erstellten Belagsflächen und Ausseninstallationen orientiert. Hinsichtlich acht Positionen werden auf der Basis eines Bauplanes (act. 3/12) die jeweiligen Anteile der beteiligten Grundstücke berechnet (act. 1 Rz 4). Gemäss der Aufstellung entfallen rund 75 % der erbrachten Arbeiten auf das Grundstück der Beklagten (act. 3/15).

Diese von der Klägerin bzw. von der Bauleitung erstellte Aufstellung ist plausibel und die Berechnung korrekt (mit Ausnahme der Garagenrinne, welche im Bauplan mit 1,03 m Länge, in der Aufstellung aber mit 4,01 m verzeichnet ist, was indessen, da die Garagenrinne ausgewiesenermassen nur das Grundstück der Beklagten betrifft, irrelevant ist; act. 3/12; act. 3/15). Die für die Aufteilung herangezogenen acht Positionen – Granitbodenplatten, Granitbinder/-pflaster, Zierkiese, Palisaden und Wandscheiben, Stellplatten, Rinne Haupteingang, Rinne Abfallentsorgung und Rinne Garage – erscheinen angesichts des Vertragsgegenstands (Erd- und Umgebungsarbeiten, act. 3/4) sachgerecht, wenn auch letztlich offen bleibt, ob die Auswahl dieser Bezugsgrössen vollständig ist. Davon ausgehend, dass

bspw. das Verlegen der Granitbodenplatten grundstücksunabhängig stets gleich aufwendig war, kann der Schluss gezogen werden, dass je mehr Fläche zu verlegen ist, desto mehr Arbeitszeit proportional beansprucht wird. Es darf daher der Rechnungsbetrag, der Arbeit und Material umfasst, auf die Grundstücke verteilt werden, indem auf das anteilmässig verwendete Material Bezug genommen wird. Hinzu kommt, dass glaubhaft gemacht wurde, einzelne Arbeiten der Klägerin allein der Baute auf dem Grundstück der Beklagten zugute gekommen sind. Gemäss den eingereichten Bauplänen verfügt nur das Objekt der Beklagten über eine Tiefgarage, einen Autolift und einen Lichtschacht (act. 3/17/1) sowie über Balkone und eine Dachterrasse (act. 3/17/3-6). Hierfür hat die Klägerin jeweils gemäss ihren Tagesrapporten Arbeitsleistungen wie folgt erbracht: für die Tiefgarage insgesamt 21 Stunden (entspricht CHF 1'380.-; act. 3/6/4; act. 3/8/14; act. 3/9/8-9), für den Autolift 24 Stunden (CHF 1'590.-; act. 3/7/2; act. 3/7/6; act. 3/6/14-15), für den Lichtschacht 25 Stunden (CHF 1'700.-; act. 3/6/15; act. 3/7/2; act. 3/7/5; act. 3/7/9; act. 3/8/14), für die Balkone 80 Stunden (CHF 5'240.-; act. 3/6/9-13; act. 3/6/15) und für die Dachterrasse 22 Stunden (CHF 1'430.-; act. 3/9/6-7). Insgesamt belaufen sich diese Arbeiten immerhin auf CHF 11'340.-.

Es wurde somit plausibel dargelegt und es erscheint als wahrscheinlich, dass von den gesamthaft in Rechnung gestellten Arbeiten der Klägerin rund 75 % auf das Grundstück der Beklagten entfallen. Letztlich ist der Entscheid über die Höhe der Pfandsumme jedoch dem Hauptprozess betreffend definitive Eintragung zu überlassen.

5.4. Fazit

Der von der Beklagten unbestritten gebliebenen Darstellung der Klägerin zufolge (act. 1 Rz 5) betrug die Lieferung der Natursteine/Platten nicht, wie in der Schlussrechnung vom 30. Dezember 2015 ausgewiesen, CHF 22'277.30 (act. 3/18), sondern CHF 23'426.70 (act. 3/11/1-5), sodass sich die Rechnung korrekt auf CHF 144'566.70 beläuft. Davon abzuziehen sind die Akontozahlungen von CHF 25'282.50 und CHF 33'535.- sowie die nicht auf dem Grundstück der Beklagten erbrachten Arbeiten in Höhe von CHF 8'405.- (vgl. oben Ziff. 5.3.1.),

womit noch CHF 77'344.20 ausstehend sind. Die auf dem Grundstück der Beklagten einzutragende Pfandsumme beläuft sich somit auf CHF 58'008.15 (75 % von CHF 77'344.20). Im darüber hinausgehenden Umfang ist das mit Verfügung vom 27. April 2016 vorläufig eingetragene Pfandrecht (act. 4) zu löschen.

5.5. Verzugszinsen

Weder die Höhe des Verzugszinses noch der Beginn der von der Klägerin geltend gemachten Verzugszinsperiode wurden von der Beklagten bestritten, sodass der Verzugszins, wie beantragt, zu 5 % ab dem 15. Januar 2016 läuft. Demnach ist der einstweilen eingetragene Verzugszins bzw. Verzugszinsenlauf zu bestätigen.

6. Prosequierungsfrist

Der Klägerin ist sodann Frist anzusetzen, um direkt beim zuständigen Gericht Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Beklagte anzuheben. Diese Prosequierungsfrist ist praxismässig 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.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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 64'309.65 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 5'000.– festzusetzen ist. Hinzu kommen die Kosten des Grundbuchamtes C. _____ in Höhe von CHF 58.– (act. 8).

Über den Pfandanspruch der Klägerin ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob sie 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 von der Klägerin zu beziehen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt.

Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Klägerin ihren Anspruch jedoch nicht prosequieren sollte, ist der Beklagten in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von CHF 5'940.– (inkl. MwSt.) zuzusprechen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt C._____ wird **bestätigt** als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 27. April 2016 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 3 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBl. ...,
F._____ -Strasse ..., ...,
für eine **Pfandsumme von CHF 58'008.15** nebst Zins zu 5 % seit 15. Januar 2016.
2. Das Grundbuchamt C._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung vom 27. April 2016 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht – nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils – im darüber hinausgehenden Umfang zu löschen.
3. Der Klägerin wird – auch unter Berücksichtigung allfälliger Gerichtsferien – eine Frist bis 25. Oktober 2016 angesetzt, um eine Klage auf definitive Ein-

tragung des Pfandrechts gegen die Beklagte anzuheben. Bei Säumnis kann die Beklagte den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 1) löschen lassen.

4. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 5'000.–.
Die weiteren Kosten betragen: CHF 58.– (Rechnung Nr. ... des Grundbuchamtes C. _____ vom 28. April 2016).
5. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 4 werden von der Klägerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die Klägerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 3 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.
6. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Klägerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 3 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 5'940.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von act. 20, sowie an das Grundbuchamt C. _____.
8. 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 64'309.65.

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

Zürich, 24. August 2016

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Gallus Maissen