

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE180421-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie Gerichtsschreiber
Jan Busslinger

Urteil vom 11. Februar 2019

in Sachen

A._____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____

gegen

B._____ AG,
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

Materielle Anträge

1. *Das Grundbuchamt C. _____ sei anzuweisen, auf der Liegenschaft der Gesuchgegnerin, Kat.-Nr. 1 _____, D. _____ strasse ... , Winterthur, zugunsten der Gesuchstellerin ein provisorisches Bauhandwerkerpfandrecht für die maximale Summe von CHF 474'963.40 zzgl. Zins zu 5 % seit dem 29. September 2018 vorläufig vorzumerken.*

Prozessuale Anträge

2. *Es sei das Begehren gemäss Ziff. 1 superprovisorisch zu behandeln.*
3. *Der Gesuchstellerin sei eine viermonatige Frist zur Einreichung einer Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Ziff. 1, gerechnet ab der Rechtskraft des Entscheides über die provisorische Vormerkung, anzusetzen.*
4. *Der Gesuchgegnerin seien die Verfahrenskosten (inkl. Kosten des Grundbuchamtes) aufzuerlegen, und es sei die Gesuchgegnerin solidarisch zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. MwSt.) zu bezahlen.*
5. *Eventualiter sei die Höhe des Anspruchs auf Parteientschädigung der Gesuchstellerin gegenüber der Gesuchgegnerin für dieses Verfahren festzustellen, sofern die Kosten ins Hauptverfahren verlegt werden sollten.*

(act. 1 S. 2)

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 10. Oktober 2018 reichte die Gesuchstellerin ihr Gesuch ein (act. 1; act. 2; act. 3/2-18). Mit Verfügung vom 11. Oktober 2018 wies das Einzelgericht das Grundbuchamt an, das Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Das Grundbuchamt nahm die Anmeldung zur Eintragung am 11. Oktober 2018

vor (act. 7). Mit Eingabe vom 17. Oktober 2018 teilte die Gesuchstellerin innerhalb der ihr mit Verfügung vom 11. Oktober 2018 angesetzten Frist mit, dass ihre Vollmacht vom einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsratsmitglied E. _____ unterzeichnet worden war (act. 9). Die Gesuchsgegnerin reichte mit Schreiben vom 2. November 2018 ihre Vollmacht ein (act. 11; act. 12). Das Gesuch beantwortete sie innerhalb erstreckter Frist (act. 11) am 26. November 2018 (act. 14; act. 15/2-43). Mit Verfügung vom 28. November 2018 wurde der Gesuchstellerin die Gesuchsantwort der Gesuchsgegnerin vom 26. November 2018 zugestellt (act. 16). Die Gesuchstellerin reichte am 18. Dezember 2018 eine Stellungnahme ein (act. 18). Mit Verfügung vom 19. Dezember 2018 wurde die Stellungnahme vom 18. Dezember 2018 der Gesuchsgegnerin zugestellt (act. 19). Die Gesuchsgegnerin reichte am 9. Januar 2019 eine Stellungnahme ein (act. 21). Diese enthält keine für die Entscheidungsfindung wesentlichen neuen Gesichtspunkte, weshalb von einer vorgängigen Zustellung an die Gesuchstellerin abgesehen werden kann.

Nach durchgeführtem Schriftenwechsel ist das Verfahren spruchreif.

2. Prozessgegenstand

Die Gesuchstellerin verlangt die vorläufige Eintragung eines gesetzlichen Grundpfandrechts auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin aus Art. 961 i.V.m. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB.

Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in ... ZH; sie bezweckt "die Ausführung von sämtlichen Hoch- und Tiefbauarbeiten sowie ..." (act. 3/3).

Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in Winterthur ZH; sie bezweckt "den Erwerb und die Überbauung von Grundstücken auf eigene und fremde Rechnung; den Handel, Verwaltung und Vermietung von Liegenschaften im In- und Ausland" (act. 3/4).

Das streitgegenständliche Grundstück Kat.-Nr. 1, GBBI. 2, D. _____-Strasse, Winterthur, steht im Alleineigentum der Gesuchsgegnerin (act. 1 Rz. 7; act. 14 Rz. 3, 4; act. 3/2; Prot. S. 3).

Mit Bau- und Werkvertrag vom 26. April 2017 vereinbarten die Parteien einen Pauschalpreis von CHF 850'000.00 inkl. MWST, welcher Abzüge für Rabatte und Skonto sowie einen Zuschlag für Unvorhergesehenes beinhaltet (act. 1 Rz. 8, 11, 21; act. 14 Rz. 9, 26, 106; act. 3/5). Die Gesuchsgegnerin leistete acht Akontozahlungen von insgesamt CHF 754'617.00 (act. 1 Rz. 11, 21; act. 14 Rz. 26, 27, 106, 163). Zudem bezahlte die Gesuchsgegnerin eine Rechnung der Gesuchstellerin vom 28. Dezember 2017 über CHF 18'223.60 für die Hinterfüllung mit Geröll (act. 1 Rz. 10; act. 14 Rz. 23; act. 3/9; act. 13/5). Die Rohbauabnahme fand am 19. Juni 2018 statt (act. 1 Rz. 12; act. 14 Rz. 31).

Die Gesuchstellerin behauptet, die Gesuchsgegnerin habe verschiedene [weitere] Zusatzleistungen oder Leistungsänderungen im Wert von insgesamt CHF 380'105.45 (exkl. MWST) bestellt, welche nicht im Leistungsverzeichnis des Bau- und Werkvertrages enthalten gewesen seien (act. 1 Rz. 9, 11, 21; act. 3/7-8). Die letzten Vollendungsarbeiten am Werk (unerlässliche Betonkosmetik, Baureinigung, Baustellenräumung, Kranfundament abspitzen, Mörtelfüllungen, Freischleifen etc.) seien am 15. Juni 2018, am 18. Juni 2018 und vom 12. September 2018 bis zum 14. September 2018 ausgeführt worden (act. 1 Rz. 12, 36; act. 3/11).

Die Gesuchsgegnerin bestreitet, die von der Gesuchstellerin geltend gemachten zusätzlichen Leistungen von CHF 380'105.45 in Auftrag gegeben zu haben (act. 14 Rz. 24, 28, 39, 107). Sie anerkennt einzig, die Erstellung des Vordachs Attikageschoss für CHF 15'500.00 (exkl. MWST) in Auftrag gegeben zu haben (act. 14 Rz. 28, 29, 38, 108; act. 15/6). Zudem sei lediglich eine Mehrforderung von CHF 34'393.05 berechtigt (act. 14 Rz. 42, 90, 92, 162). Dem offenen Betrag stellt sie Kosten für die Mängelbehebung und die Ausführung durch die Gesuchstellerin nicht ausgeführter Arbeiten von einstweilen CHF 160'512.00 zur Verrechnung gegenüber (act. 14 Rz. 84, 88, 108, 109, 164). Die Gesuchstellerin ha-

be nach dem 24. Mai 2018 keine Vollendungsarbeiten mehr vorgenommen (act. 14 Rz. 78, 148, 151, 152, 160).

3. Formelles

3.1. Die Rechtsvertretung der Gesuchstellerin ist gültig bevollmächtigt. Die Vollmacht vom 30. April 2018 wurde unbestrittenermassen durch das einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsratsmitglied E. _____ unterzeichnet (act. 9; act. 3/3). Die Rechtsvertretung der Gesuchsgegnerin ist ebenfalls gültig bevollmächtigt, da die Vollmacht vom 16. Oktober 2018 gültig durch die drei erforderlichen kollektivzeichnungsberechtigten Verwaltungsratsmitglieder unterzeichnet ist (act. 3/4; act. 12).

3.2. Die örtliche Zuständigkeit stützt sich auf Art. 13 lit. a i.V.m. Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO und Art. 13 lit. b ZPO, da das streitgegenständliche Grundstück im Kanton Zürich liegt.

3.3. Die sachliche Zuständigkeit stützt sich auf Art. 6 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 und 2 ZPO sowie § 45 lit. b GOG (BGE 137 III 563 E. 3.4 S. 568-569).

3.4. Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

3.5. Da die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf das Gesuch einzutreten.

4. Materielles

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, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, an diesem Grundstück, sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person zum Schuldner haben".

Gemäss Art. 961 Abs. 3 ZGB und Art. 261 Abs. 1 ZPO gilt im vorläufigen Eintragsverfahren das Beweismass der Glaubhaftmachung. Nach allgemeiner Ansicht ist das Beweismass in diesem Verfahren gegenüber anderen Arten vorsorglicher Massnahmen allerdings besonders stark herabgesetzt (BGE 137 III 563 E. 3.3 S. 566-567; BGer 5A_613/2015 vom 22. Januar 2015 E. 4; RAINER SCHUHMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N 1394). An die Glaubhaftmachung dürfen folglich keine besonderen Anforderungen gestellt werden (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGE 79 II 424 E. 6 S. 439; BGE 39 II 139 E. 2 S. 139-140; BGer 5P.221/2003 vom 12. September 2003 E. 3.2.1). Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGer 5A_933/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2; 5D_116/2014 vom 13. Oktober 2014 E. 5.3; 5A_475/2010 vom 15. September 2010 E. 3.1.2). Im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen (BGE 102 Ia 81 E. 2b/bb S. 86; BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGer 5A_933/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2; 5A_932/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2; 5A_475/2010 vom 15. September 2010 E. 3.1.2) und die Entscheidung dem definitiven Eintragsverfahren zu überlassen (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270). Bei Abweisung des Gesuchs um vorläufige Eintragung droht der gesuchstellenden Partei aufgrund der ablaufenden Eintragsfrist ein definitiver Rechtsverlust (BGE 137 III 563 E. 3.3 S. 566-567; BGE 86 I 265 E. 3 S. 268, 269-270; BGE 39 II 139 E. 2 S. 139-140), während bei einer Gutheissung im vorläufigen Eintragsverfahren der Gegenpartei lediglich ein vorübergehender Nachteil droht, da die gesuchstellende Partei die Massnahme zu prosequieren haben wird (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270). Insofern verhält es sich gerade umgekehrt zum Verfahren des klaren Rechtsschutzes, wo bei einer Gutheissung des Gesuchs ein definitiver Vollstreckungstitel mit materieller Rechtskraft resultiert, weshalb bereits substantiiert und schlüssig vorgetragene, erhebliche Einwände der Gegenpartei einer Gutheissung entgegenstehen (BGE 138 III 620 E. 5.1.1 S. 623-624).

4.1. Zwischen den Parteien ist zu Recht unbestritten, dass die Gesuchstellerin auf dem streitgegenständlichen Grundstück pfandberechtigte Arbeiten ausgeführt hat (act. 1 Rz. 6, 17; act. 14 Rz. 3, 4). Die Gesuchstellerin ist aktivlegitimiert.

4.2. Der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks (BGE 134 III 147 E. 4.3 S. 150; BGE 92 II 227 E. 1 S. 229-230). Das streitgegenständliche Grundstück steht im Alleineigentum der Gesuchsgegnerin. Die Gesuchsgegnerin ist passivlegitimiert.

4.3. Nach Darstellung der Gesuchstellerin setzt sich die Forderung einerseits aus dem noch offenen Betrag der Werkpreispauschale, andererseits aus dem Wert für verschiedene Zusatzleistungen oder Leistungsänderungen zusammen (act. 1 Rz. 11, 21). Die Rechnung der Gesuchstellerin vom 28. Dezember 2017 über CHF 18'223.60 hat die Gesuchsgegnerin bezahlt. Aus dieser macht die Gesuchstellerin keinen Anspruch mehr geltend. Der Zins beginne 30 Tage nach dem Prüfungsbescheid der Gesuchsgegnerin vom 29. August 2018 zu laufen (act. 1 Rz. 27; act. 3/13).

4.3.1. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass die Gesuchsgegnerin auf die Werkpreispauschale von CHF 850'000.00 acht Akontozahlungen von insgesamt CHF 754'617.00 bezahlte. Aus der Werkpreispauschale verbleibt somit ein noch offener Betrag von CHF 95'383.00.

4.3.2. Hingegen bestreitet die Gesuchsgegnerin die von der Gesuchstellerin geltend gemachten Zusatzleistungen oder Leistungsänderungen im Wert von insgesamt CHF 380'105.45 (exkl. MWST) mit Ausnahme der Erstellung des Vordachs Attikageschoss für CHF 15'500.00 (exkl. MWST).

Die Gesuchstellerin stützt sich auf die dreissig Nachtragsrechnungen mit der entsprechenden Zusammenstellung (act. 1 Rz. 9; act. 3/7; act. 3/8). Auf den gerichtlichen Hinweis in der Verfügung vom 11. Oktober 2018, wonach die Gesuchstellerin teilweise Beträge inkl. MWST in ihre Zusammenstellung übernommen habe (act. 4), sind die Parteien nicht eingegangen (vgl. act. 14 Rz. 46). Deshalb ist von der Berechnung der Gesuchstellerin im Gesuch vom 10. Oktober 2018 (act. 1 Rz. 9) auszugehen. Soweit die Gesuchsgegnerin geltend macht, die darin aufgeführten Arbeiten nicht in Auftrag gegeben zu haben, lässt dies die Forderung der Gesuchstellerin aus den Nachtragsrechnungen nicht als höchst unwahrscheinlich

erscheinen. Mit ihren Einwendungen vermag die Gesuchsgegnerin die Glaubhaftigkeit deshalb nicht zu entkräften.

Die Gesuchsgegnerin macht geltend, die von der Gesuchstellerin mit den Nachtragsrechnungen geltend gemachten Arbeiten würden keine über den Bau- und Werkvertrag vom 26. April 2017 hinausgehenden Mehrleistungen darstellen (act. 14 Rz. 29, 39). Gestützt auf das Schreiben der F._____ GmbH vom 6. Juli 2018, welche die Gesuchsgegnerin mit der Ermittlung der Mehr- und Minderkosten beauftragt hat (act. 14 Rz. 40), behauptet die Gesuchsgegnerin, die Gesuchstellerin könnte zum Werklohn von CHF 850'000.00 lediglich Nachforderungen in der Höhe von CHF 34'393.05 geltend machen, sofern dazu von der Gesuchsgegnerin schriftliche Aufträge erteilt worden wären (act. 14 Rz. 42, 90, 92). Dazu beantragt die Gesuchsgegnerin die Befragung von G._____, Geschäftsführer der F._____ GmbH, als Zeuge, von H._____, Verwaltungsratspräsident der Gesuchsgegnerin, und von I._____, Verwaltungsratsmitglied der Gesuchsgegnerin, als Partei (act. 14 Rz. 40) sowie die Erstellung eines Sachverständigengutachtens (act. 14 Rz. 45, 94).

Im summarischen Verfahren ist der Beweis grundsätzlich auf Urkunden beschränkt (Art. 254 Abs. 1 ZPO). Urkunden sind "Dokumente wie Schriftstücke, Zeichnungen, Pläne, Fotos, Filme, Tonaufzeichnungen, elektronische Dateien und dergleichen, die geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen" (Art. 177 ZPO). Nach der Rechtsprechung qualifizieren Privatgutachten nicht als Urkunden i.S.v. Art. 177 ZPO (BGE 141 III 433 E. 2.5.3 S. 437). Ihnen kommt lediglich die Bedeutung von Parteibehauptungen zu (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 437-438 m.Nw.; BGE 132 III 83 E. 3.4 S. 88, E. 3.6 S. 88-89; BGE 95 II 364 E. 2 S. 368; BGer 5D_56/2017 vom 30. November 2017 E. 3.1.3). In dieser Hinsicht sowie hinsichtlich der übrigen von der Gesuchsgegnerin offerierten Beweismittel ist ein Ausnahmetatbestand nach Art. 254 Abs. 2 lit. a-c ZPO vorliegend nicht einschlägig, insbesondere würde die Abnahme der beantragten Beweismittel das Verfahren wesentlich verzögern (Art. 254 Abs. 2 lit. a ZPO). Angesichts dessen, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch innerhalb einer Frist zu prosequieren haben wird, ist eine Beweisabnahme auch nicht sachdienlich.

Die Prüfung der von der Gesuchsgegnerin vorgebrachten Einwendungen würde eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Leistungsverzeichnis des Bau- und Werkvertrags vom 26. April 2017 verlangen. Dafür besteht indessen im Rahmen des vorläufigen Eintragungsverfahrens kein Raum. Die Eintragung ist nur zu verweigern, wenn ihre Berechtigung als höchst unwahrscheinlich erscheint. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Die einstweilen unbewiesene Behauptung der Gesuchsgegnerin, Mehrforderungen seien bloss im Umfang von CHF 34'393.05 berechtigt, vermag die Glaubhaftigkeit der Darstellung der Gesuchstellerin deshalb nicht zu entkräften.

4.3.3. Die Gesuchsgegnerin stellt Kosten für die Mängelbehebung und die Ausführung durch die Gesuchstellerin nicht ausgeführter Arbeiten von einstweilen CHF 160'512.00 einredeweise zur Verrechnung.

Im Quantitativ stützt sich die Gesuchsgegnerin auf den Auszug aus der Buchhaltung bzw. die Kostenzusammenstellung "Ausgaben Baustelle D. _____-Strasse ... ab Monat Mai nach Verlassen der Baustelle von A. _____" (act. 15/35); bezüglich das Aufstellen eines Ersatzkrans legt sie zudem eine Auftragsbestätigung vom 14. Juni 2018 über CHF 32'310.00 (act. 15/36) und eine E-Mail vom 13. Juni 2018 mit dem Arbeitsauftrag vom 13. Juni 2018 (act. 15/37) ins Recht (act. 14 Rz. 84). Nachdem die Gesuchstellerin den Kran bereits abgebaut habe, habe die Gesuchsgegnerin einen Ersatzkran mieten müssen (act. 14 Rz. 33, 96).

In rechtlicher Hinsicht macht die Gesuchsgegnerin geltend, die Gesuchstellerin sei ihrem Nachbesserungsbegehren nicht nachgekommen, weshalb ihre ursprünglichen Wahlrechte gemäss Art. 107 Abs. 2 i.V.m. Art. 368 OR wieder aufleben würden und sie berechtigt sei, eine Minderung des Werklohns zu verlangen (act. 14 Rz. 53, 78, 83, 96). Die Minderungskosten vermag sie allerdings noch nicht zu beziffern (act. 14 Rz. 88, 108). Allfällige Ansprüche aus Minderung lassen sich der Werklohnforderung der Gesuchstellerin deshalb bereits mangels Bezifferung nicht entgegenhalten.

Nach der Rechtsprechung verfügt der Besteller über einen Anspruch auf Ersatz der Mangelbeseitigungskosten aus analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR

(BGE 141 III 257 E. 3.3 S. 259-260; BGE 136 III 273 E. 2.4 S. 275-276; BGE 126 III 230 E. 7a S. 232-233; BGE 107 II 50 E. 3 S. 55-56). Im Rückerstattungsprozess hat er sowohl den grundsätzlichen Anspruch auf Ersatzvornahme als auch die Berechtigung des konkret getätigten Aufwands darzutun (BGE 141 III 257 E. 3.3 S. 259-260). Für die Geltendmachung als Verrechnungsforderung gelten dieselben Grundsätze.

Die Darstellung der Gesuchsgegnerin genügt diesen Anforderungen nicht. Zum einen hätte sie zu jedem Mangel in der Gesuchsantwort darlegen müssen, die Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 2 OR eingehalten zu haben, was sie lediglich pauschal getan hat, indem sie darauf verweist, die Gesuchstellerin habe sämtliche Nachfristen ungenutzt verstreichen lassen (act. 14 Rz. 78, 83). Zum anderen stützt sich die Gesuchsgegnerin zwar auf eine (eigene) Kostenzusammenstellung (act. 15/35), ordnet jedoch weder die Kosten den von ihr geltend gemachten Mängeln zu, noch macht sie Ausführungen dazu, inwiefern diese berechtigt gewesen wären.

Im Ergebnis erfolgt jedoch vorliegend zu Recht keine eingehende Darstellung der Gegenforderung durch die Gesuchsgegnerin. Die Gesuchsgegnerin beruft sich zu deren Nachweis grösstenteils auf Partei- und Zeugenbefragungen (vgl. act. 14 Rz. 55, 58, 61, 63, 65, 71, 77, 78, 83, 84, 88). In dieser Hinsicht ist auf die vorstehenden Erwägungen zur Beweismittelbeschränkung im summarischen Verfahren zu verweisen. Die Abhandlung einer nicht liquiden Gegenforderung widerspricht dem Wesen des vorläufigen Eintragungsverfahrens. Eine Partei hat nicht sämtliche möglichen Einwände der Gegenpartei vorweg zu entkräften (BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.2; 4A_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 3.2). Von der Gesuchstellerin kann deshalb nicht erwartet werden, bereits in ihrem Gesuch zu allfälligen Verrechnungsforderungen der Gesuchsgegnerin Stellung zu nehmen. Im summarischen Verfahren tritt der Aktenschluss grundsätzlich bereits nach einfachem Schriftenwechsel ein (BGE 144 III 117 E. 2.2 S. 118-119). Der gesuchstellenden Partei wäre es regelmässig nicht möglich, die Behauptungen der Gegenpartei in der Gesuchsantwort substantiiert zu bestreiten, wenn nicht ausnahmsweise eine mündliche Verhandlung stattfände oder ein zweiter Schrif-

tenwechsel angeordnet würde (offen gelassen in BGE 144 III 117 E. 2.2 S. 118-119). Im vorläufigen Eintragungsverfahren sind weitere Parteivorträge nicht zweckmässig, da der Anspruch von der gesuchstellenden Partei im ordentlichen Verfahren zu prosequieren ist, in welchem die Einreden und Einwendungen der Gegenpartei geprüft werden können.

4.3.4. Die Gesuchsgegnerin macht weiter geltend, die letzten 10 % des Pauschalpreises seien bis anhin nicht fällig geworden, da die Gesuchstellerin die gemäss Bau- und Werkvertrag vom 26. April 2017 geforderte Werkvertragsgarantie nicht im erforderlichen Betrag vorgelegt habe (act. 14 Rz. 98, 99, 100, 113). Gemäss Art. 839 Abs. 1 ZGB kann das Pfandrecht bereits bei Eingehen der Verpflichtung zur Arbeitsleistung eingetragen werden. Die Fälligkeit der Vergütungsforderung ist deshalb keine Eintragungsvoraussetzung (SCHUHMACHER, a.a.O., N 473).

4.3.5. Die Ausführungen beider Parteien zum Zinsenlauf sind schwer nachvollziehbar (act. 1 Rz. 26, 27, 28; act. 14 Rz. 115-120). Die Gesuchsgegnerin beanstandete die Schlussrechnung vom 7. August 2018 (act. 3/6) mit Schreiben vom 29. August 2018 (act. 3/13). Im Ergebnis stimmen die Parteien offenbar darin überein, dass die Regelung von Art. 7 des Bau- und Werkvertrags mindestens hinsichtlich der Regiearbeiten nicht zur Anwendung komme (act. 1 Rz. 27; act. 14 Rz. 117). Die Anwendbarkeit einer 30-tägigen Zahlungsfrist entweder gestützt auf Art. 155 Abs. 1 SIA-Norm 118, wie die Gesuchstellerin geltend macht (act. 1 Rz. 26, 27, 28), oder auf Art. 55 Abs. 1 i.V.m. Art. 190 SIA-Norm 118 erscheint begründet. Eine allfällige Berechtigung der Gesuchsgegnerin zu einem Rückbehalt (act. 14 Rz. 121-125) lässt sich zur Zeit nicht beurteilen, da der Sachverhalt diesbezüglich nicht liquide ist.

4.4. Gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB hat die Eintragung bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen.

Nach der Rechtsprechung "gelten Bauarbeiten grundsätzlich dann als vollendet, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen dabei geringfügige oder nebensächliche, rein der

Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen wie der Ersatz gelieferter, aber fehlerhafter Teile oder die Behebung anderer Mängel" (BGE 125 III 113 E. 2b S. 115-116; BGer 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4; s. auch BGE 101 II 253 S. 255-256). "Geringfügige Arbeiten gelten aber dann als Vollendungsarbeiten, wenn sie unerlässlich sind; insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt" (BGE 125 III 113 E. 2b S. 115-116 m.Nw.; BGer 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4).

Die Gesuchstellerin stützt sich auf den Tag der Baustellenräumung am 14. September 2018 (act. 1 Rz. 12, 36, 38). Sie habe folgende Arbeiten ausgeführt: Freischleifen von Schalungen und Mauerwerk, unerlässliche Betonkosmetik, Abspitzen des Kranfundaments, Auffüllen von Schlitzern mit Mörtel, Baureinigung, Baustellenräumung (act. 1 Rz. 12, 36). Dazu stützt sie sich auf Arbeitsrapporte vom 15. Juni 2018, 18. Juni 2018, 12. September 2018 bis 14. September 2018 (act. 1 Rz. 12, 36; act. 3/10).

Die Gesuchsgegnerin ist der Ansicht, das Freischleifen von Schalungen und Mauerwerk, die Betonkosmetik, das Abspitzen des Kranfundaments sowie die Reinigungs- und Aufräumarbeiten stellten keine Vollendungsarbeiten dar (act. 14 Rz. 133-138, 158). Die Ausführung von Mörtelarbeiten durch die Gesuchstellerin an den rapportierten Tagen bestreitet sie (act. 14 Rz. 139-145).

Soweit das Abspitzen des Kranfundaments zum vertraglichen Leistungsprogramm der Gesuchstellerin gehört, ist die Arbeit pfandberechtigt (vgl. SCHUHMACHER, a.a.O., N 424; DERS., Ergänzungsband zur 3. Auflage, 2011, N 153-160) und qualifiziert als Vollendungsarbeit i.S.v. Art. 839 Abs. 2 ZGB. Die Mörtelarbeiten sind in den Rapporten vom 12. September 2018 und vom 13. September 2018 aufgeführt (act. 3/11) und dadurch durch Urkunden gestützt. Die Vornahme von Vollendungsarbeiten an den entsprechenden Daten erscheint glaubhaft. Mangels Entscheidungsrelevanz erübrigt es sich, auf die weiteren von der Gesuchstellerin aufgeführten Arbeiten einzugehen.

4.5. Da die Gesuchstellerin ihren Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts glaubhaft gemacht hat, ist das Gesuch gutzuheissen.

Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt C._____ ist als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 11. Oktober 2018 zu bestätigen.

Sodann ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequierungsfrist beträgt praxisgemäss 60 Tage. Nach der Rechtsprechung sind allfällige Gerichtsferien nicht zu berücksichtigen (BGE 143 III 554 E. 2.5.2 S. 557-558 = Pra 107 [2018] Nr. 145). Eine Verlängerung der Prosequierungsfrist ist möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuchs (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.

Die Gesuchstellerin beantragt, die Prosequierungsfrist zur Führung von Vergleichsgesprächen und zur Verbindung mit der Forderungsklage auf vier Monate festzulegen (act. 1 Rz. 46). Der allgemeine Hinweis auf die Führung von Vergleichsgesprächen oder das Verfassen der Klagebegründung rechtfertigt die Ansetzung einer längeren Prosequierungsfrist nicht, zumal das vorliegende Verfahren bereits seit dem 10. Oktober 2018 anhängig ist. Führen die Parteien länger dauernde Vergleichsgespräche, so ist es der Gesuchstellerin zuzumuten, ein Gesuch um Fristerstreckung einzureichen und dazu die Zustimmung der Gegenpartei einzuholen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 bestimmt (GebV OG; 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). Bei einem Streitwert von

CHF 474'963.40 ergibt sich gemäss § 4 Abs. 1 GebV OG eine Grundgebühr von CHF 20'249.63. In Anwendung von § 8 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf rund die Hälfte der Grundgebühr festzusetzen. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 10'000.00.

Über den Pfandanspruch der Gesuchstellerin ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob die Gesuchstellerin 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 Gesuchstellerin 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 Gesuchstellerin ihren Anspruch jedoch nicht prosequieren sollte, ist der Gesuchsgegnerin in Anwendung der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) eine Parteientschädigung zuzusprechen. Beim vorliegenden Streitwert ergibt sich gemäss § 4 Abs. 1 AnwGebV eine Grundgebühr von CHF 22'899.26. In Anwendung von § 9 AnwGebV und unter Berücksichtigung der Aufwandsbezifferung der Gesuchsgegnerin (act. 14 Rz. 169) ist die Anwaltsgebühr auf CHF 10'000.00, rund die Hälfte der Grundgebühr, festzusetzen (inkl. allfällige MWST).

Versäumt die Gesuchstellerin die Frist zur Anhängigmachung der Klage, ist sie zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 10'000.00 zu bezahlen.

Die Gesuchstellerin beantragt, der Gesuchsgegnerin einen Teil der Kosten nach Art. 108 ZPO definitiv aufzuerlegen, da sie durch eine weitschweifige Gesuchsantwort unnötigen Aufwand verursacht habe (act. 18 Rz. 16), während die Gesuchsgegnerin den grossen Aufwand durch die ihres Erachtens pauschalen Behauptungen der Gesuchstellerin als gerechtfertigt erachtet (act. 14 Rz. 169). Beiden Auffassungen ist nicht zu folgen. Die Gesuchsantwort der Gesuchsgegnerin

weist zwar einen erheblichen Umfang auf, erreicht allerdings noch nicht die Schwelle der Weitschweifigkeit, nachdem in vielen Punkten ersichtlich ist, dass ihre Einreden und Einwendungen im Rahmen des vorläufigen Eintragungsverfahrens nicht werden berücksichtigt werden können. Deshalb war die Gesuchstellerin auch nicht gehalten, in ihrem Gesuch bereits zu sämtlichen von der Gesuchsgegnerin aufgeworfenen Punkten im voraus Stellung zu nehmen. Von der definitiven Auflage eines Teils der Kosten nach Art. 108 ZPO ist abzusehen.

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 11. Oktober 2018 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2, D._____ -Strasse, Winterthur, für eine Pfandsumme von CHF 474'963.40 nebst Zins zu 5 % seit 29. September 2018.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 15. April 2019 angesetzt, um eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Bei Säumnis kann die Gesuchsgegnerin den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 1) löschen lassen.
3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 10'000.00.
Die weiteren Kosten betragen: CHF 247.50 (Rechnung Nr. ... des Grundbuchamtes C._____ vom 12. Oktober 2018).
4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert

Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 2 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.

5. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 2 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 10'000.00 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von act. 21, sowie 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 474'963.40.

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

Zürich, 11. Februar 2019

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Jan Busslinger