



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie Gerichtsschreiber
Dr. Moritz Vischer

Urteil vom 8. Januar 2019

in Sachen

A._____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X._____

gegen

B._____,
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. Y1._____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y2._____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:
(act. 1 S. 2)

1. Es sei auf dem Grundstück Blatt Nr. 1 Stadtquartier Zürich- ...
Kataster 2 EGRID CH 3 , Adresse
Zürich, vorsorglich ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin
einzutragen für eine Forderung von Fr. 73'496.65 zzgl. 5 % Zins seit 1. November
2018.
2. Das zuständige Grundbuch sei anzuweisen, das vorstehende
Bauhandwerkerpfandrecht unverzüglich einzutragen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inklusive Mehrwertsteuer.

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 13. November 2018 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin das Gesuch mit obigen Rechtsbegehren hierorts ein (act. 1). Mit Verfügung vom 15. November 2018 wurde dem Gesuch einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen und das Grundbuchamt ...-Zürich wurde angewiesen, das beantragte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Mit nämlicher Verfügung wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Gesuch Stellung zu nehmen. Mit Eingabe vom 11. Dezember 2018 reichte diese die Gesuchsantwort ein (act. 11). Eine weitere, ohne formelle Fristansetzung eingereichte Stellungnahme der Gesuchstellerin datiert vom 20. Dezember 2018 (act. 16). Deren Inhalt erweist sich als nicht entscheidrelevant, weshalb sich – auch wegen des Beschleunigungsgebots – die Beachtung einer weiteren "Replikfrist" erübrigt (Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE180200-O vom 9. August 2018 E. 1 [teilweise in ZR 117/118 Nr. 56, S. 230 ff. publiziert]). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Streitpunkte und Würdigung

2.1. Die Gesuchsgegnerin erhebt gegen die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Wesentlichen vier Einwände: *Erstens* sei namentlich aufgrund fehlender / unklarer Unterschriften auf dem eingereichten Arbeitsrapport (act. 3/6) die Einhaltung der Eintragsfrist fraglich (act. 11 N 11 ff.). Sodann sei *zweitens* die Zusammensetzung der Pfandsumme nicht schlüssig (act. 11 N 19). *Drittens* handle es sich beim "C.____"-Bodenbelag nicht um eine pfandberechtigte Leistung (act. 11 N 23 ff.) und schliesslich sei *viertens* auch die Zinsforderung nicht nachvollziehbar (act. 11 N 29 ff.).

2.2. Vorab ist festzuhalten, dass im Prozess um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts das Beweismass der Glaubhaftmachung gilt. Diesbezüglich sind nach konstanter Praxis und Lehre keine strengen Anforderungen zu stellen; das Hauptverfahren ist nicht vorwegzunehmen. Im Zweifelsfall ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen (so bereits: BGE 86 I 270 E. 3; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE180471-O vom 17. Dezember 2018 E. 3, E. 4.1 m.w.H.).

2.3. Die Ausführungen der Gesuchstellerin betreffend Eintragsfrist und Höhe der Pfandsumme genügen diesen Anforderungen. Aus act. 3/6 geht schlüssig hervor, dass die letzten (fristwahrenden) Arbeiten am 16. Juli 2018 durch die Gesuchstellerin ausgeführt wurden. Involviert waren – entgegen der Gesuchsgegnerin – zwei Arbeiter, nämlich "D.____" und "E.____" (act. 3/6 S. 2). Die fehlenden Unterschriften auf dem Arbeitsrapport sind ohne Belang (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE180471-O vom 17. Dezember 2018 E. 4.2).

2.4. Sodann begehrt die Gesuchstellerin unbestrittenermassen nur auf einem Teil ihrer Werklohnforderung ein Bauhandwerkerpfandrecht. Dies ist ohne Weiteres möglich und zulässig. Die Einwände der Gesuchsgegnerin verfangen nicht und würden ohnehin den Rahmen des vorliegenden, vorsorglichen Massnahmeverfahrens sprengen. Die genaue Zusammensetzung der Höhe der Pfandsumme ist mit act. 3/12 und act. 3/16 belegt und rechtsgenügend glaubhaft gemacht worden (vgl. act. 1 N 14).

2.5. Gemäss dem Gesetz ist sowohl Arbeit als auch das hierfür zu liefernde Material pfandberechtigt (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Es ist nicht von Bedeutung, ob das fragliche Material eigens für das Bauwerk angefertigt wurde oder nicht (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, Rz. 295). Aus diesem Grund ist – entgegen der Gesuchsgegnerin – auch im "C.____"-Bodenbelag eine pfandberechtigte Leistung zu erblicken. Ob dieser tatsächlich bereits verbaut wurde, ist nicht von Bedeutung. Eine Arbeitsvollendung schreibt das Gesetz nicht vor (Art. 839 Abs. 1 ZGB). Ohne Relevanz ist ferner das Verhältnis der Gesuchstellerin zur Lieferantin des Bodenbelags. Die Gesuchstellerin verpflichtete sich im hier interessierenden Werkvertrag nämlich selbständig zu dessen Verarbeitung. Insgesamt ist die Gesuchsgegnerin folglich mit ihren Einwänden nicht zu hören. Die Pfandberechtigung der gesuchstellerischen Leistungen erscheint glaubhaft.

2.6. Berechtigt sind hingegen die Einwände der Gesuchsgegnerin betreffend Zinsenlauf: Im Gesuch sind keine diesbezüglichen Angaben erhalten, was auch im Rahmen dieses Massnahmeverfahrens ungenügend ist. Ausserdem liegt auch nur eine Rechnung (act. 3/15) über einen Teilbetrag im Recht. Soweit ersichtlich wurde bezüglich des "C.____"-Bodenbelags nichts in Rechnung gestellt bzw. abgemahnt. Im Ergebnis besteht für den Verzugszins kein Pfandrecht.

2.7. *Zusammenfassend* ist festzuhalten, dass die Gesuchstellerin ihre Werklohnforderung (mit Ausnahme der Verzugszinsforderung) und die übrigen Eintragungsvoraussetzungen glaubhaft gemacht hat, weshalb die bereits superprovisorisch erfolgte Eintragung im genannten Umfang zu bestätigen ist.

3. Prosequierungsfrist

Der Gesuchstellerin ist Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen. 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.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. 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 (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Dieser beträgt gemäss Rechtsbegehren der Gesuchstellerin CHF 73'496.65, wobei Verzugszinsen unberücksichtigt zu bleiben haben (Art. 91 Abs. 1 ZPO). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 5'600.– festzusetzen ist.

4.2. 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.

4.3. 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 von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von CHF 6'100.– zuzusprechen. Mangels Darlegung der Berechtigung zum Vorsteuerabzug wäre auf der Parteientschädigung praxisgemäss kein Mehrwertsteuerzuschlag zu entrichten (vgl. Urteil BGer 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5).

Das Einzelgericht erkennt:

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt ...-Zürich wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 15. November 2018 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses
auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 1, EGRID CH3, ... [Adresse], für eine Pfandsumme von CHF 73'496.65.
Im Mehrbetrag (Verzugszins) wird das Begehren abgewiesen.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 11. März 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 5'600.—.
Allfällige weitere Kosten (Grundbuchamt etc.) sind vorbehalten.
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 6'100 zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 16–17/17-18 sowie an das Grundbuchamt ...-Zürich.
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 73'496.65.

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

Zürich, 8. Januar 2019

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Moritz Vischer