

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE190468-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie die Gerichtsschreiberin
Sabrina Schalcher

Urteil vom 8. Januar 2020

in Sachen

A. _____ AG,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____,

gegen

B. _____ AG,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____,

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y2. _____,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren Gesuchstellerin:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt C._____ sei anzuweisen, auf der Liegenschaft der Gesuchsgegnerin, Grundbuchblatt 1, EGRID CH2, 3/4 Miteigentumsanteile an der Stammparzelle Kat.-Nr. 5 (Grundbuchblatt 6, EGRID CH7, D._____ -strasse 8, ... Zürich, in Stockwerkeigentum aufgeteilt), zugunsten der Gesuchstellerin ein provisorisches Bauhandwerkerpfandrecht über die maximale Pfandsumme von insgesamt CHF 126'084.39 zzgl. Zins zu 5% seit dem 9. September 2019 vorläufig vorzumerken."

Prozessuale Anträge Gesuchstellerin:

(act. 1 S. 2)

- "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 Gesuchsgegnerin seien die Verfahrenskosten (inkl. Kosten des Grundbuchamtes) aufzuerlegen, und es sei die Gesuchsgegnerin 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 Gesuchsgegnerin für dieses Verfahren festzustellen, sofern die Kosten ins Hauptverfahren verlegt werden sollen."

Prozessuale Anträge Gesuchsgegnerin:

(act. 8 S. 2)

- "1. Das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zugunsten der Gesuchstellerin auf der Liegenschaft der Gesuchsgegnerin, GB Bl. 1, 3/4 Miteigentumsanteile an der Stammparzelle Kat.-Nr. 5 (Grundbuchblatt 6, D._____ -strasse 8, ... Zürich, in Stockwerkeigentum aufgeteilt) im Umfang von CHF 126'084.39 nebst Zins zu 5% seit dem 9. September 2019 sei abzuweisen.

2. Es sei das Grundbuchamt C._____ anzuweisen, das zu Gunsten der Gesuchstellerin vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht auf der Liegenschaft GB Bl. 1, 3/4 Miteigentumsanteile an der Stammparzelle Kat.-Nr. 5 (Grundbuchblatt 6, D._____-strasse 8, ... Zürich, in Stockwerkeigentum aufgeteilt) im Umfang von CHF 126'084.39 nebst Zins zu 5% seit dem 9. September 2019 zu löschen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. MWST von 7.7% auf der Parteientschädigung, zulasten der Gesuchstellerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin ersuchte mit Eingabe vom 19. November 2019 (Datum Poststempel) samt Beilagen (act. 1; act. 3/2-11) beim hiesigen Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich um superprovisorische Anordnung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf der Liegenschaft der Gesuchsgegnerin, Grundbuchblatt 1, EGRID CH2, 3/4 Miteigentumsanteile an der Stammparzelle Kat.-Nr. 5 (Grundbuchblatt 6, EGRID CH7, D._____-strasse 8, ... Zürich, in Stockwerkeigentum aufgeteilt). Dem Gesuch wurde mit Verfügung vom 21. November 2019 einstweilen und ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen und das zuständige Grundbuchamt C._____ wurde angewiesen, das entsprechende Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Gesuch Stellung zu nehmen (act. 4). Mit Eingabe vom 11. Dezember 2019 nahm die Gesuchsgegnerin fristgerecht Stellung (act. 8; act. 10/2-9). Diese Stellungnahme wurde der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 12. Dezember 2019 zugestellt (act. 12), worauf sie mit Eingabe vom 6. Januar 2020 ihrerseits Stellung nahm (act. 13; act. 14/12). Das Verfahren erweist sich als spruchreif, weshalb ein Urteil zu fällen ist.

2. Formelles: Zuständigkeit und Vertretung

Sowohl die örtliche als auch die sachliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts ist gegeben (Art. 29 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 13 lit. b ZPO; Art. 6 Abs. 2 und 5 ZPO

i.V.m. § 45 lit. b GOG ZH). Die örtliche Zuständigkeit ist im Übrigen anerkannt (vgl. act. 9 Rz. 3).

Die Gesuchsgegnerin wird vorliegend rechtsgültig durch im kantonalen Anwaltsregister eingetragene Anwälte vertreten (vgl. act. 9; Art. 68 ZPO). Für den von der Gesuchstellerin behaupteten Interessenskonflikt – da die Anwaltskanzlei der Rechtsvertreter der Gesuchsgegnerin diejenige der eigentlichen Werklohnschuldnerin sei (act. 13 Rz. 3) – bestehen keine Anzeichen. Die Behauptung wird durch nichts untermauert und erzeugt ohnehin keinen Handlungsbedarf auf Seiten des Gerichts. Im Übrigen mögen die Interessen von Grundeigentümer und Vertragspartner (allfälliger Werklohnschuldner) unter Umständen durchaus gleich sein.

3. Eingabe in Ausübung des Replikrechts

Die Gesuchstellerin hat mit der Eingabe vom 6. Januar 2020 hinsichtlich der Eintragungsvoraussetzungen ihr Replikrecht wahrgenommen (act. 13). Bereits in der Verfügung vom 12. Dezember 2019 (act. 12) wurde sie darauf hingewiesen, dass grundsätzlich nur ein Schriftenwechsel stattfindet und mit der Gesuchsantwort vom 11. Dezember 2019 der Aktenschluss eingetreten ist. Ebenso wurde die Gesuchstellerin ermahnt, dass für neue Vorbringen das Novenrecht im Sinne von Art. 229 ZPO relevant ist.

Eine Stellungnahme nach Aktenschluss darf nicht der blossen Nachbesserung des Massnahmegesuchs dienen. Die Partei, die der Meinung ist, sie könne sich nach Art. 229 ZPO auf neue Tatsachen / Beweismittel stützen, hat für jede einzelne neue Tatsache und jedes einzelne neue Beweismittel substantiiert darzutun, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind (ZR 113/2014 Nr. 54 S. 176 ff. E. 3; LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., 2016, Art. 229 N 10). Dem ist die Gesuchstellerin in ihrer freiwilligen Stellungnahme nicht nachgekommen. Da die Voraussetzungen zur Berücksichtigung von Noven nicht erfüllt sind, sind – im Gegensatz zu reinen Bestreitungen (wobei allerdings act. 13 Rz. 2 mangels konkreter Bestreitung nicht genügt) und rechtlichen Ausführungen – die neuen Tatsachenbehauptungen der Gesuchstellerin und Beweismittel in der Eingabe

vom 6. Januar 2020 (insb. act. 13 Rz. 4 und 5) nicht zu hören. Sie änderten aber ohnehin nichts am Entscheid.

4. Prozessgegenstand und Parteivorbringen

Die Gesuchstellerin liess der E._____ GmbH, welche für die F._____ AG (Mietlerin) als Bauleiterin tätig war, am 19. März 2019 eine Offerte im Zusammenhang mit dem Umbau des G._____ Hotel zukommen. Darin wurde der Abbruch und die Entsorgung des alten Mobiliars (inkl. Baustelleneinrichtungen) sowie die Lieferung von extra angefertigten losen Möbel (Hocker, Stühle, Tische, Leuchten, Sofas, Polsterungen, Teppiche usw.) und die Installation von fix eingebauten Möbeln (Buffets, Garderoben, Einbauschränke, Sitzbänke, Bücher-Iglu, Tresen, Wandregale, Servicestationen, Weinschränke) und Installationen (Wände, Bücherhimmel usw.) für die Reception, die Lounge, die Bar, das Restaurant und den VIP-Bereich für insgesamt CHF 464'650.11 (inkl. MwSt.) offeriert (act. 1 Rz. 8 ff.; vgl. act. 8). Die Gesuchsgegnerin stellte daraufhin drei Auftragsbestätigungen für jede Leistungskategorie datierend vom 19. und 22. März 2019 aus (act. 8 Rz. 5; act. 13 Rz. 4; vgl. act. 10/2-4). Der rechtsverbindliche Abschluss (anderer) schriftlicher Werkverträge – wobei die Gesuchsgegnerin zwei (teilweise) unterzeichnete Werkverträge, einen betreffend Schreinerarbeiten vom 28. Mai 2019 sowie einen betreffend Abbruch, Demontage, Entsorgung und Baustelleneinrichtung vom April 2019 eingereicht hat (act. 8 Rz. 6; act. 10/5-6) – wird von der Gesuchstellerin bestritten (act. 1 Rz. 12; act. 13 Rz. 4).

Die Gesuchstellerin verlangt vorliegend die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Umfang von CHF 126'084.39 (inkl. MwSt.) zuzüglich Zinsen auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin (act. 1 Rz. 7, 22; act. 3/2). Die Arbeiten seien alle pfandberechtigt. Die Abbruch- und Entsorgungsarbeiten hätten dem späteren Einbau der neu hergestellten, massgefertigten und installierten Möbel gedient, weshalb ein enger Zusammenhang zwischen diesen Arbeiten bestehe und diese im Sinne von gemischten Leistungen als funktionelle Einheit zu betrachten seien (act. 1 Rz. 20). Sie stützt sich für ihre Forderung auf ihre Offerte vom 19. März 2019 (act. 3/6), welche vorbehaltlos angenommen worden sei, sowie auf ihre Schlussrechnung vom 9. September 2019 (act. 1 Rz. 8 ff.; act. 3/5), in

welcher sie nach Abzug von Akontozahlungen von CHF 286'310.– (exkl. MwSt.) (2 x CHF 143'155.–) vom Gesamttotal von CHF 403'380.– (exkl. MwSt.) den vorliegend geltend gemachten Betrag ausweist (act. 1 Rz. 11, 22; act. 3/5). In der Woche vom 30. Juni 2019 bis 7. Juli 2019 seien seitens der Gesuchstellerin Möbel auseinandergenommen und zurückgebaut und neue Wände erstellt, vom 8. bis 14. Juli 2019 seien Wände und Einbaumöbel erstellt, der untere Teil der Bar installiert, Essbereiche mit den gepolsterten Möbel vorbereitet, die Reception und die VIP-Bereiche erstellt und die Roharbeiten für den Buffetbereich ausgeführt worden. In der Woche vom 15. bis 21. Juli 2019 seien Möbel geliefert und die Installation des Bücher Iglus und des Walk of Art vorbereitet worden. Die Bauarbeiten seien am 31. Juli 2019 mit der Fertigstellung von Bücher-Iglu, Walk of Art und Gemeinschaftstisch in der Lounge abgeschlossen worden. Die Arbeiten seien von der Bauleitung noch am gleichen Tag abgenommen worden (act. 1 Rz. 13; act. 3/7-8). Die Schlusszahlung von CHF 126'084.39 hätte folglich am 8. August 2019 erfolgen müssen (act. 1 Rz. 13), sei aber ausgeblieben. Verzugszins von 5% werde ab 9. September 2019, dem Datum der Schlussrechnung, gefordert; spätestens ab diesem Zeitpunkt sei die F._____ AG in Verzug gewesen (act. 1 Rz. 16).

Die Gesuchsgegnerin weist darauf hin, dass die Offerte drei unterschiedliche Leistungskategorien enthält: offerierte Schreinerarbeiten zum offerierten Preis von CHF 244'200.– (zzgl. MwSt.) sowie Bauinstallation zum offerierten Preis von CHF 29'560 (zzgl. MwSt.) und Lieferung loser Möbel zum offerierten Preis von CHF 157'670.– (zzgl. MwSt.) (act. 8 Rz. 4). Am 19. und 22. März 2019 habe die F._____ AG der Gesuchstellerin drei separate Auftragsbestätigungen erteilt (act. 8 Rz. 5; act. 10/2-4). Die Zahlungsmodalitäten, Fälligkeit der Schlusszahlung und der Verzug der F._____ AG würden bestritten (act. 8 Rz. 24, 27). Sie bestreitet zudem die Pfandberechtigung der Lieferung und Installation der losen Möbel aufgrund derer fehlenden dauerhaften Verbindung mit dem Erdboden (act. 8 Rz. 7 ff.). Das Vorliegen einer funktionalen Einheit mit den übrigen Leistungen oder dass es sich dabei lediglich um eine nebensächliche Leistung handle, sei weder behauptet, noch glaubhaft dargelegt (act. 8 Rz. 8 f., 14, 17). Überdies stellt sich die Gesuchsgegnerin auf den Standpunkt, dass die viermonatige Eintra-

gungsfrist nicht gewahrt worden sei (act. 8 Rz. 10 ff.). Am 30. Juli 2019 hätten gemäss Baujournal nur noch Restarbeiten im Zusammenhang mit der Mängelbehebung stattgefunden, welche nicht fristauslösend seien (act. 8 Rz. 13). Beim Bücher-Iglu und dem Gemeinschaftstisch handle es sich zudem um Fahrnisgegenstände; diese könnten ohne Weiteres demontiert werden und hätten keine äussere Verbindung zum Mietobjekt. Der Walk of Art, mit dessen Installation am 30. Juli 2019 begonnen und bis heute nicht abgeschlossen worden sei, bilde nicht Vertragsbestandteil (Gesuchsbeilage 6, S. 4), sondern sei ein Zusatzauftrag. Diese Arbeiten seien daher nicht massgeblich für die Einhaltung der Viermonatsfrist (act. 8 Rz. 14). Am 20. Juli 2019 hätten die Mitarbeiter der Gesuchstellerin die Baustelle abschliessend verlassen. Gemäss Baujournal, welches am 21. Juli 2019 vom Bauleiter unterzeichnet worden sei, sei die Gesuchstellerin an diesem Tag nicht auf der Baustelle erschienen und habe damit auch keine fristauslösende Arbeiten erledigen können (act. 8 Rz. 15, 26; vgl. act. 10/8). Die Fristen berechneten sich mangels funktioneller Einheit je separat. Da die Schreinerarbeiten gemäss Gesuchstellerin vom 8. bis 14. Juli 2019 ausgeführt worden seien, erscheine es als erwiesen, dass die Abbruch-, Entsorgungs- und Baustelleneinrichtungsarbeiten noch vor dem 8. Juli 2019 abgeschlossen gewesen seien (act. 8 Rz. 17). Damit habe die Gesuchstellerin die gesetzliche Frist verpasst (act. 8 Rz. 18). Weiter sei, falls das Gericht zum Schluss komme, dass die Eintragungsfrist nicht verpasst worden sei, die Pfandsumme zu reduzieren, und zwar auf die Arbeiten betreffend Schreinerarbeiten sowie die Bauinstallation mit Abbruch, Entsorgung und Einrichtung der Baustelle. Unter Berücksichtigung der Akontozahlungen reduziere sich die Pfandsumme auf Null (act. 8 Rz. 19 ff.). Überdies lägen Mängel vor, was zu einer weiteren Reduktion von mindestens CHF 170'000.– führte (act. 8 Rz. 29).

5. Rechtliches

Gemäss Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB kann eine vorläufige Eintragung vorgemerkt werden zur Sicherung des Anspruchs auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Ab-

brucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Pfandberechtigt sind damit Bauarbeiten zur Herstellung eines Bauwerks auf einem Grundstück. Sachleistungen und für sich allein nicht pfandberechtigende Arbeitsleistungen sind pfandgeschützt, wenn sie zusammen mit pfandberechtigenden Bauarbeiten von ein und demselben Unternehmer erbracht werden und wenn sie entweder mit den ohnehin pfandberechtigenden Bauarbeiten eine funktionale resp. funktionelle Einheit bilden oder nebensächlich Leistungen sind (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. A., 2008, Rz. 327 ff., 401). Für sich allein nicht zum Pfandrecht berechtigt ist eine Sache und deren Lieferung, wenn sie mit dem Bauwerk und damit mit dem Grundstück nicht dauerhaft verbunden wird, sondern nur vorübergehenden Zwecken und Bedürfnissen dient (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. A., 2008, Rz. 419). Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstückes, auch wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind. Die Eintragung des Pfandrechts ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB) wobei die vorläufige Eintragung in Gestalt einer Vormerkung ausreicht (BGE 126 III 462 E. 2c)aa); BGE 119 II 429 E. 3a). Für getrennte Bauleistungen ist die Frage des Zeitpunktes der Vollendung der Arbeiten separat zu prüfen (THURNHERR, in: GEISER / WOLF [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, 6. A., 2019, Art. 839/840 N 30) und sind damit die Eintragsfrist separat zu berechnen. Die Eintragung eines Pfandrechts kann dann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet. Für einen Eintrag muss die Pfandschuld vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt sein (Art. 839 Abs. 3 ZGB). Nicht erforderlich ist, dass die Forderung bereits fällig ist.

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; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. A. 2008, Rz. 1394). An die Glaubhaftmachung dürfen folglich keine besonderen Anforderungen gestellt

werden (BGE 86 I 265 E. 3; BGE 102 Ia 81 E. 2; BGE 112 Ib 482 E. 3b; BGer Urteil 5P.221/2003 vom 12. September 2003 E. 3.2.1). Im Zweifelsfalle ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechtes dem ordentlichen Gericht vorzubehalten. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 86 I 265 E. 3; BGE 102 Ia 81 E. 2b/bb; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. A., 2008, Rz. 1394 ff.).

6. Würdigung

Vorliegend ist die Gesuchsgegnerin unstrittig Eigentümerin der streitgegenständlichen Liegenschaft (act. 1 Rz. 7; vgl. act. 8; vgl. act. 3/2). Weiter ist unbestritten, dass die Gesuchsgegnerin für die angemeldete Forderung keine hinreichende Sicherheit geleistet hat (act. 1 Rz. 41; vgl. act. 8). Zu prüfen bleibt daher, ob das Vorliegen der pfandberechtigter Leistung, die Höhe der Pfandsumme und die Einhaltung der Eintragsfrist seitens der Gesuchstellerin glaubhaft gemacht worden ist.

Während Abbrucharbeiten und die Installation von fix eingebauten neuen Möbel, soweit sie nicht einfach zu entfernen sind, sondern eine dauerhafte Verbindung mit dem Grundstück entsteht, pfandberechtigter Leistungen bilden, ist insbesondere die Lieferung von losen Möbel nicht pfandberechtigt. Bei der Lieferung von losen Möbel tritt keine dauerhafte Verbindung mit dem Grundstück ein. Diese ist vorliegend auch nicht deshalb pfandberechtigt, weil sie wie andere Arbeiten von der Gesuchstellerin am gleichen Ort erbracht wurde. Eine funktionelle Einheit aller Arbeiten wird zwar pauschal behauptet (vgl. act. 1 Rz. 20, 33), aber nicht glaubhaft gemacht (auch nicht mit der neuen Eingabe vom 6. Januar 2020, auf die – wie unter Ziff. 3 vorstehend ausgeführt – ohnehin nicht abzustellen ist). Dass die losen Möbel zusammen mit zwei anderen Leistungskategorien, wobei jede einen separaten Teil mit einem eigenen Preis bildet, in einer Offerte angeboten und eine Gesamtrechnung über alle drei Leistungen ausgestellt wurde, reicht zur Bildung einer Einheit nicht. Dies gilt, selbst wenn man von einem Werkvertrag über alle drei Leistungen ausginge; die Anzahl von Werkverträgen ist nicht entscheidend. Die Einheit müsste funktionell sein. Das heisst, die Leistungen müssten ein zusammengehörendes wirtschaftliches und materielles Ganzes bilden, d.h. in einem

(sehr) engen Zusammenhang stehen (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. A., 2008, Rz. 327 ff., 401; THURNHERR, a.a.O., Art. 839/840 N 6; vgl. THURNHERR, a.a.O., Art. 839/840 N 30; BGer Urteil 5D_116/2014 vom 13. Oktober 2014 E. 5.2, 5.4; BGer Urteil 5A_282/2016 vom 17. Januar 2017 E. 7.1 m.H.; BGer Urteil 5C.232/2001 vom 19. November 2001 E. 3.a) m.H.). Ein solcher Zusammenhang wurde nicht glaubhaft gemacht, auch wenn die losen Möbel für das umgestaltete Hotel extra angefertigt wurden und im weiteren Sinne dem gleichen Projekt dienten. Die losen Möbel hätten ohne Weiteres von einer Drittpartei bestellt, erstellt und geliefert werden können. Es ist nicht ersichtlich, wie sie mit den anderen Leistungen funktionell zusammenhängen sollten. Die Arbeitsvorgänge (z.B. von der Erstellung von Wänden und der Anfertigung von Stühlen, siehe Ziffer 4) sind nicht verwandt und hängen nicht voneinander ab. Auch zeitlich ist die Erstellung und Lieferung der losen Möbel von den übrigen Leistungen nicht abhängig. Zumindest denkbar ist eine Aufbewahrung anderenorts (siehe für die Art der losen Möbel Ziffer 4), weshalb die Erstellung und Lieferung loser Möbel auch zeitlich unabhängig von den anderen Leistungen erfolgen konnte. Weiter ist die Lieferung von extra angefertigten losen Möbel auch deshalb nicht für sich pfandberechtigt, weil sie eine nebensächliche Leistung zu den anderen Leistung bildete. Dies wurde nicht behauptet und wäre auch allein schon aufgrund des für die Lieferung extra angefertigter loser Möbel vorgesehenen Betrags (offeriert zu CHF 157'670.– (zzgl. MwSt.), act. 8 Rz. 4, unbestritten vgl. act. 13) im Verhältnis zum Gesamtbetrag nicht glaubhaft.

Da die betreffenden Leistungen nicht als Einheit betrachtet werden können, sind sie für die Prüfung des Vorliegens einer pfandberechtigten Leistung mit beantragter Pfandsomme und die Frage der Einhaltung der Eintragungsfrist separat zu betrachten.

Entsprechend muss vorab geprüft werden, für welche Leistung(en) die Eintragung des Pfandrechts mit der Pfandsomme von CHF 126'084.39 beantragt wird. Die Gesuchstellerin führt dazu einzig aus, dass die Summe aller offenen Werklohnforderungen CHF 126'084.39 betrage, dies entspreche der letzten Teilzahlung des Gesamtauftragsvolumens (act. 1 Rz. 22 ff.). Die Gesuchstellerin macht damit

aber nicht glaubhaft, dass die offene Summe von CHF 126'084.39 für bestimmte, pfandberechtigte Leistungen verlangt wird. Vom Gesamtbetrag von CHF 403'380.– (exkl. MWST) wurden Akontozahlungen von CHF 286'310.– bezahlt, in welchem Umfang keine Pfandberechtigung besteht. Unklar ist vorliegend, welche Leistungen mit den Akontozahlungen bezahlt wurden. Damit ist weiter unklar, ob pfandberechtigte Leistungen noch unbezahlt geblieben sind und ob daher diesbezüglich überhaupt ein Pfandrecht besteht. Der offene Betrag könnte sich auch einzig und alleine auf die nicht pfandberechtigte Lieferung loser Möbel (offertiert zu CHF 157'670.– (zzgl. MwSt.) act. 8 Rz. 4, unbestritten vgl. act. 13) beziehen. Zu den Zahlungen finden sich einzig Ausführungen der Gesuchstellerin zu den Zahlungsbedingungen (welche von der Gesuchsgegnerin bestritten worden sind, act. 8 Rz. 24, 27) gemäss angenommener Offerte, gemäss welchen ein Drittel des Preises bei Abschluss des Vertrags, ein Drittel bei der Lieferung des Mobiliars und ein Drittel innerhalb von acht Tagen nach der Fertigstellung der Arbeiten durch die Gesuchstellerin hätten bezahlt werden müssen (act. 1 Rz. 10). Diese Erklärung aber dahingehend auszulegen, dass behauptet werde, es sei noch ein Drittel pro Leistungskategorie offen oder gar dass die losen Möbel bezahlt worden und nur noch die anderen, pfandberechtigten Leistungen offen seien, ginge zu weit. Im Übrigen scheinen die behaupteten Zahlungsbedingungen nicht gelebt worden zu sein, denn die zwei unbestrittenermassen geleisteten Akontozahlungen (2 x CHF 143'155.–; vgl. dazu act. 1 Rz. 11 und act. 8) – genau wie die behauptete offene Werklohnforderung – entsprechen weder je einem Drittel des offerierten Betrags ($\text{CHF } 464'650.11/3 = \text{CHF } 154'883.37$ [inkl. MwSt.] [vgl. act. 1 Rz. 10]; $\text{CHF } 431'430/3 = \text{CHF } 143'810.–$ [exkl. MwSt.] [vgl. act. 3/6]) noch des letztlich in Rechnung gestellten Gesamtbetrags ($\text{CHF } 403'380.–/3 = \text{CHF } 134'460.–$ [exkl. MwSt.] [vgl. act. 1 Rz. 22]).

Da es der Gesuchstellerin nicht gelingt, eine pfandberechtigte Leistung in der beantragten Pfandsumme glaubhaft zu machen, sind die Voraussetzungen zur vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht erfüllt. Das Gesuch um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ist folglich abzuweisen und die superprovisorisch verfügte Vormerkung des Pfandrechts im Grundbuch

zu löschen. Die Frage der Einhaltung der viermonatigen Eintragsfrist kann daher offen gelassen werden.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sowohl die Festsetzung der Gerichtsgebühr als auch Festsetzung der Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Vorliegend ist von einem Streitwert von CHF 126'084.39 auszugehen.

Die Gerichtsgebühr ist auf CHF 4'700.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG) und der Gesuchstellerin aufzuerlegen. Zusätzlich ist die Gesuchstellerin antragsgemäss zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gesuchsgegnerin zu verpflichten. Diese ist – in Anbetracht des Vorliegens eines summarischen Verfahrens und des eher geringen Aufwands – auf CHF 4'200.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 9 und § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV OG). Die Parteientschädigung ist ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen, da die Gesuchsgegnerin keine aussergewöhnlichen Umstände dargelegt hat, welche dazu führten, dass sie nicht im vollen Umfange zum Abzug der Vorsteuer berechtigt wäre (BGer Urteil 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5; Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Juli 2005 in ZR 104/2005 Nr. 76 sowie SJZ 101/2005 S. 531 ff.).

Das Einzelgericht erkennt:

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt C._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 21. November 2019

auf Liegenschaft Kat. Nr. 5, GBBl. 1, Zürich Industrie, nämlich von:

Grundbuch Blatt 6, D. _____-strasse 8: 3/4 Miteigentum an Grundbuch Blatt

1, Kataster Nr. 5

für eine Pfandsumme von CHF 126'084.39 nebst Zins zu 5 % seit 9. September 2019

vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht **vollumfänglich zu lösen.**

3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 4'700.–.

Weiteren Kosten (insbesondere des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.

4. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.

5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 4'200.– zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage der Doppel von act. 13 und act. 14/12, **sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist** 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 126'084.39.

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

Zürich, 8. Januar 2020

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Sabrina Schalcher