

ZH_HANDELSGERICHT HE180375 vom 4. Dezember 2018

Zh Handelsgericht, 2018-12-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE180375

FR: ZH_HANDELSGERICHT HE180375 du 4 décembre 2018

IT: ZH_HANDELSGERICHT HE180375 del 4 dicembre 2018

Erwägungen

E. 2

In einer superprovisorischen Verfügung sei das Grundbuchamt C._____ anzuweisen, das in Ziff. 1 hiervor beantragte Bauhandwerkerpfandrecht sofort vorläufig im Grundbuch vorzumerken.

E. 3

Der Gesuchstellerin sei eine Frist von mindestens zwei Monaten, gerechnet ab Rechtskraft des Summarentscheids betreffend vorläufige Vormerkung des Bauhandwerkerpfandrechts anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Ziff. 1 hiervor zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin einzureichen.

E. 3.1

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch 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. 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. Ist ein Mieter, ein Pächter oder eine andere am Grundstück berechnete Per-

- 4 - son Schuldner der Forderung, so besteht der Anspruch nur, wenn der Grundeigentümer seine Zustimmung zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat (Art. 837 Abs. 2 ZGB). Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet (Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB).

E. 3.2

Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, so muss die Gesuchstellerin ihr Begehren nur glaubhaft machen. An die Glaubhaftmachung sind nach konstanter Lehre und Praxis keine strengen Anforderungen zu stellen: Die vorläufige Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts darf nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfalle ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechts dem ordentlichen Gericht vorzubehalten. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 86 I 270; BGE 102 Ia 86; BGE 112 Ib 484; ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 101(1982) II Halbband S. 158, ZR 79 Nr. 80 Erw. 1; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N 1394 ff.). 4. Eingaben der Parteien nach

Aktenschluss

E. 4

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7 % MWST) zu Lasten der Gesuchsgegnerin." Das Einzelgericht zieht in Erwägung: 1. Prozessverlauf Mit Eingabe vom 11. September 2018 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin das vorliegende Gesuch hierorts ein (act. 1). Mit Verfügung vom 13. September 2018 wurde dem Gesuch einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen und das Grundbuchamt C._____ angewiesen, das beantragte Pfandrecht (mit einer anderen Laufzeit des Verzugszinses als beantragt) vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Mit Eingabe vom 8. Oktober 2018 (Datum Poststempel) nahm die Gesuchsgegnerin Stellung (act. 8). Mit Verfügungen vom

E. 4.1

Die Gesuchstellerin reichte mit ihrer Stellungnahme vom 19. Oktober 2018 vier neue Beilagen ein (vgl. act. 17/1–4). Beide Parteien äussern sich eingehend zu den eingereichten Urkunden und ziehen gestützt auf die neuen Urkunden jeweils zu ihren Gunsten Schlüsse.

E. 4.2

Im Summarverfahren tritt der Aktenschluss grundsätzlich nach dem ersten Schriftenwechsel ein. Wie den Parteien bereits mit Verfügung vom 9. Oktober 2018 angezeigt, ist vorliegend der Aktenschluss nach der schriftlichen Gesuchsantwort der Gesuchsgegnerin (act. 8) eingetreten. In der gleichen Verfügung wurde festgehalten, dass ab dem Aktenschluss neue Tatsachen und Beweismittel nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen seien, wobei diejenige Partei, die der Meinung sei, sie könne sich auf neue Tatsachen /

Beweismittel stützen, für jede einzelne neue Tatsache und jedes einzelne neue Beweismittel substantiiert darzutun habe, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht erfüllt seien.

E. 4.3

Bei den von der Gesuchstellerin neu eingereichten Urkunden handelt es sich um unechte Noven, da bereits vor Eintritt des Aktenschlusses entstanden. Die Gesuchstellerin legt nicht dar, inwiefern die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO vorliegend erfüllt sind. Die neu eingereichten Beilagen sind als unzulässige Noven unbeachtlich – und demnach auch die direkt damit im Zusammenhang stehenden Parteiausführungen. Die Gesuchsgegnerin bringt im Zusammenhang mit den neu eingereichten Materialrechnungen vor, sie hätte diese vorgängig nicht selbst einreichen können, da sie nicht Bauherrin sei (vgl. act. 20 Rz. 5). Die Frage, ob die Gesuchsgegnerin damit ausreichend begründet, weshalb die neu eingereichten Materialrechnungen für sie im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO zulässige (unechte) Noven sind, kann offen gelassen werden, denn die neu eingereichten Materialrechnungen sind für die vorliegende Streitigkeit nicht entscheidend (siehe hierzu Erw. 5.2 und 5.15). Betreffend die übrigen Beilagen legt die Gesuchsgegnerin nicht dar, weshalb aus ihrer Sicht zulässige Noven vorliegen würden. 5. Würdigung 5.1. Die Gesuchstellerin erklärt, auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin für den Ausbau des Clubs E._____ insbesondere mit Elektroinstallationen beauftragt worden zu sein, und entsprechende Arbeiten ausgeführt zu haben (act. 1 Rz 9 ff.). Dies wird von der Gesuchsgegnerin grundsätzlich nicht bestritten. Sie bestreitet im Zusammenhang mit der Wahrung der viermonatigen Frist einzig, dass am 22. Mai 2018

Arbeiten ausgeführt worden seien (act. 8 Rz. 14). Soweit sie in ihrer Stellungnahme vom 29. Oktober 2018 die Leistung von Arbeit bestreitet (vgl. act. 20 Rz. 10), stützt sie ihre Ausführungen (vgl. act. 20 Rz. 10 ff.) auf den neu eingereichten Sicherheitsnachweis und damit auf ein unzulässiges Novum, weshalb sie diesbezüglich nicht zu hören ist. Damit ist glaubhaft, dass die Gesuchstel-

- 6 - lerin grundsätzlich pfandberechtigte Leistungen im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin erbrachte. 5.2. Aufgrund der Behauptungen der Gesuchstellerin und der von ihr eingereichten Offerte und der Rechnung (act. 1 Rz. 9 f und Rz. 15 f.; act. 3/5 und 3/10) ist einstweilen glaubhaft, dass die Gesuchstellerin auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin Arbeiten erbracht hat, und hiervon ein Betrag von CHF 94'310.00 aktuell noch offen ist. Die Gesuchsgegnerin hat diese Summe in ihrer Gesuchsantwort nicht bestritten. Soweit sie dies in ihrer Stellungnahme vom 29. Oktober 2018 tut (vgl. act. 20 Rz. 16), stützt sie sich auf ein unzulässiges Novum (nämlich act. 17/3, Sicherheitsnachweis, vgl. auch Erw. 4). Auch ihre Ausführungen zu den neu eingereichten Materialrechnungen ändern daran nichts: Unabhängig von der Frage, ob die Gesuchsgegnerin sich überhaupt auf dieses Novum stützen darf (vgl. Erw. 4), vermag die Gesuchsgegnerin anhand der Materialabrechnungen nicht aufzuzeigen, dass die Gesuchstellerin keine Arbeiten in Höhe des vorgenannten Betrags erbracht hat. 5.3. Die Gesuchstellerin verlangt sodann die Eintragung des Pfandrechts auch für Verzugszinse von 5 % seit dem 1. Juli 2018. Wie bereits mit Verfügung vom

E. 9

Oktober 2018 bzw. vom 11. Oktober 2018 wurde die Streitverkündung der Gesuchsgegnerin an die D._____ AG in Liquidation vorgemerkt und die Gesuchsantwort der Gesuchstellerin zugestellt (act. 11 und act. 13). Mit Eingabe vom 19. Oktober 2018 (Datum Poststempel) nahm die Gesuchstellerin ihr allgemeines Replikrecht wahr und reichte eine Stellungnahme zur Gesuchsantwort ein

- 3 - (act. 16). Mit Verfügung vom 22. Oktober 2018 wurde das Doppel der Stellungnahme vom 19. Oktober 2018 der Gesuchsgegnerin zugestellt (act. 18). Mit Eingabe vom 29. Oktober 2018 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchsgegnerin in Ausübung ihres allgemeinen Replikrechts ihrerseits eine Eingabe ein (act. 20), die der Gesuchstellerin anschliessend zugestellt wurde (vgl. act. 21). Die Gesuchstellerin nahm mit Eingabe vom 9. November 2018 abermals Stellung (act. 22). Seitens der Gesuchstellerin gingen keine weiteren Eingaben mehr ein. Das Verfahren ist spruchreif. 2. Prozessgegenstand Die Gesuchstellerin verlangt die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin. Dies begründet sie zusammengefasst damit, dass deren Mieterin, die D._____ AG, in der Liegenschaft der Gesuchsgegnerin den Club E._____ projektiert und sie insbesondere mit Elektroinstallationen beauftragt habe. Obwohl sie die entsprechenden Arbeiten ausgeführt und in Rechnung gestellt habe, sei der Werklohn teilweise nicht bezahlt worden. Die Gesuchsgegnerin beantragt, das Gesuch sei abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten sei. Dazu erklärt sie im Wesentlichen, zum einen sei die gesetzliche Eintragsfrist nicht eingehalten worden. Zum anderen habe sie den Arbeiten nie zugestimmt und sie habe von diesen auch keine Kenntnis haben können bzw. müssen. Sodann entstehe ihr durch den vorgenommenen Ausbau der Liegenschaft für eine ...-gewerbliche Nutzung kein Mehrwert. 3. Rechtliches

E. 13

September 2018 festgehalten, ist der Verzugszins erst ab 2. Juli 2018 glaubhaft gemacht, da aus der eingereichten Rechnung vom 1. Juni 2018 hervorgeht, dass die Zahlungsfrist bis 1. Juli 2018 lief (vgl. act. 3/10). 5.4. Die Gesuchsgegnerin wendet gegen die beantragte Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ferner ein, sie habe zu den Arbeiten keine Zustimmung im Sinne von Art. 837 Abs. 2 ZGB erteilt. 5.5. Die Gesuchstellerin führt zur Frage der Zustimmung durch die Vermieterin aus, dass sie von der D._____ AG als Bauherrin informiert worden sei, der Ausbau erfolge durch den Mieter. Von einem Umbau in Millionenhöhe müsse die Grundstückseigentümerin ohnehin Kenntnis haben; überdies habe die Gesuchsgegnerin die Baubewilligung mitunterzeichnen müssen (act. 1 Rz. 8 i.V.m. Rz. 19).

- 7 - 5.6. Die Gesuchsgegnerin bringt vor, dass gemäss Mietvertrag vom 6. März 2014 die Mieterin verpflichtet gewesen wäre, der Vermieterin die Pläne sowie insbesondere die Kosten für einen geplanten Ausbau vorzulegen und eine schriftliche Zustimmung einzuholen. Eine schriftliche Zustimmung sei jedoch nie erteilt worden; auch seien weder die Baupläne noch die Kostenvoranschläge vorgelegt worden (act. 8 Rz. 3). 5.7. Da die Gesuchstellerin erklärt, dass ein Mieter der Grundeigentümerin die Bauarbeiten bestellt hat und deshalb ihr Forderungsschuldner ist, hat sie nach Art. 837 Abs. 2 ZGB zusätzlich glaubhaft zu machen, dass der Grundeigentümer seine Zustimmung zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat. Dabei ist nicht erforderlich, dass der Grundeigentümer dem betreffenden Vertragsabschluss oder dem Beizug des konkreten Unternehmers zugestimmt hat. Sodann schreibt das Gesetz für die Zustimmungserklärung keine besondere Form vor, insbesondere nicht die Schriftform. Der Grundeigentümer kann seine Zustimmung auch mündlich oder stillschweigend oder durch sein konkludentes Verhalten erteilen, indem er gegen die ihm bekannten bzw. bei gehöriger Aufmerksamkeit erkennbaren Bauarbeiten nicht einschreitet. Die Zustimmung kann entweder gegenüber dem Besteller oder gegenüber dem Unternehmer oder gegenüber beiden zu irgendeinem Zeitpunkt erklärt werden, also auch nachträglich (SCHUHMACHER, in: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 837 N 21f.; Ders., Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N 220 ff.). 5.8. Die Gesuchsgegnerin erklärt selber, dass bereits im Mietvertrag der Mieterin das Recht zum Mieterausbau eingeräumt worden sei (vgl. act. 8 Rz. 3). Dies erscheint auch folgerichtig, wurde die Liegenschaft doch im Rohbau vermietet, womit für eine sinnvolle Nutzung durch den Mieter zwingend ein Ausbau erfolgen muss. Die Gesuchsgegnerin macht sodann nicht geltend, dass der von der D._____ AG veranlasste Ausbau nicht dem entspricht, was vom Mietvertrag grundsätzlich abgedeckt war. Demnach ist vorliegend einstweilen glaubhaft, dass eine schriftliche Zustimmung des Grundeigentümers zu einem Mieterausbau vor-

- 8 - lag. Dabei ist – wie dargelegt – nicht notwendig, dass die Gesuchsgegnerin über die konkreten Werkverträge oder die beigezogenen Handwerker im Bilde war. 5.9. Selbst wenn man aber keine schriftliche Zustimmung der Gesuchsgegnerin annähme, wäre zumindest eine konkludente Zustimmung zu den Arbeiten glaubhaft. Dies erklärt sich aus der Natur des Projekts und dessen Grösse. Gemäss Mietvertrag beträgt die vermietete Fläche rund 750m² (vgl. act. 10/1, Ziffer 1.2) – die Gesuchsgegnerin geht davon aus, dass es sich um den grössten "... [Art] Club" der Schweiz gehandelt haben dürfte (vgl. act. 8 Rz. 31). Sodann wusste die Gesuchsgegnerin, dass es um den Betrieb eines ...-clubs ging (vgl. act. 8 Rz. 5). Aufgrund der Lage im Stadtquartier F._____ war weiter anzunehmen, dass es sich um ein Etablissement im eher luxuriösen Segment handeln würde, ist doch das betroffene

Quartier eines der teuersten der Stadt Zürich, und befanden sich die vermieteten Flächen in der Nähe des ... [Gebäude] Zürich. Angesichts eines derartigen Projekts musste die Vermieterin wissen, dass bei einer Rohbaumiete entsprechend umfangreiche Investitionen notwendig sein würden. Sie kann daher nicht behaupten, sie habe nicht gewusst, dass der Umbau hohe Kosten verursachen würde. Unbehelflich ist auch das Argument der Gesuchsgegnerin, sie sei nicht in der betroffenen Liegenschaft domiziliert, weshalb sie auch darum keine Kenntnis der Umbauarbeiten hätte haben müssen (vgl. act. 8 Rz. 4). Wo die Gesuchsgegnerin ihren Sitz hat, wirkt sich nicht auf die Kenntnis der von ihr eingegangenen Mietverträge (insbesondere solche, die Rohbaumieten betreffen) und der damit zusammenhängenden Bauprojekte aus, zumal es sich, wie erwähnt, nicht um eine unbedeutende Liegenschaft handelte und der Mietzins CHF 322'500.00 zzgl. MWST pro Jahr betrug. Sodann weist die Gesuchsgegnerin selbst darauf hin, dass sie ein ganzes Portfolio an Liegenschaften besitze (vgl. act. 8 Rz. 4), weshalb sie eine erfahrene Immobilieneigentümerin ist; entsprechend ist eine profunde Kenntnis ihres Immobilienportfolios vorzusetzen und anzunehmen. Zusammenfassend ist glaubhaft, dass die erforderliche Zustimmung im Sinne von Art. 837 Abs. 2 ZGB vorliegt. 5.10. Insofern die Gesuchsgegnerin vorbringt, der Mieterausbau bringe keinen objektiven Mehrwert, weswegen die Arbeiten nicht pfandgeschützt seien (act. 8

- 9 - Rz 27 ff.), ist sie nicht zu hören. Denn die Wertvermehrung des Baugrundstücks ist keine Voraussetzung des Baupfandanspruchs (SCHUMACHER, Ergänzungsband, a.a.O., N 82 ff.). Um pfandberechtigt zu sein, müssen die Bauarbeiten objektspezifisch und bloss geeignet sein, dem Baugrundstück einen Mehrwert zu verschaffen. Bei der Eintragung geht es zunächst darum, dass der Bauhandwerker Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert hat; hat er dies, ist einstweilen von einem Mehrwert auszugehen. Entscheidend ist mit anderen Worten primär die vertraglich vereinbarte Summe und nicht der objektive Wert der Leistungen an sich (vgl. BGE 126 III 467, S. 474 f. E. 4d). Die Wertvermehrung ist nur, aber immerhin, ein wirtschaftlicher Erfolgsfaktor und ein Auslegungselement (SCHUMACHER, Ergänzungsband, a.a.O., N 84 ff.; Ders., Handkommentar, a.a.O., Art. 837 N 14a). Sodann profitiert die Gesuchsgegnerin durch die Einräumung der Möglichkeit des Mieterausbaus zweifellos von einem deutlich höheren Mietzins. 5.11. Schliesslich führt die Gesuchsgegnerin aus, dass die gesetzlich vorgesehene Eintragsfrist bei der superprovisorischen Eintragung am 13. September 2018 bereits abgelaufen gewesen sei (act. 8 Rz 12 ff.). 5.12. Gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB hat die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen. Bei dieser Frist handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, die weder unterbrochen noch erstreckt werden kann und bei welcher der gesetzliche Fristenstillstand (Art. 145 ZPO) nicht gilt. Sie wird nur dadurch gewahrt, dass das Pfandrecht in der Frist im Grundbuch eingetragen wird, wobei bereits die Einschreibung der Anmeldung der vorläufigen Grundbucheintragung in das Tagebuch des Grundbuchamtes genügt (Art. 76 Abs. 3 GBV; Art. 972 Abs. 2 ZGB; SCHUMACHER, Handkommentar, a.a.O. Art. 839 N 2). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 839 Abs. 2 ZGB 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. Geringfügige Arbeiten gelten aber dann als Vollendungsarbeiten, wenn sie unerlässlich

- 10 - sind; insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt. Insofern ist der Begriff der Arbeitsvollendung restriktiv auszulegen (Urteil des Bundesgericht 5A_613/2015 E. 4; BGE 125 III 113 E. 2b m.w.H.; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LF140087 E. 8; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG060360 E. IV.3.b.; THURNHERR, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. Aufl., Basel 2015, Art. 839 N 29; a.M. SCHUMACHER, Ergänzungsband, a.a.O., N 236 ff.). Arbeitsvollendung im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB ist mit anderen Worten nicht mit der endgültigen Erfüllung des Werkvertrages gleichzusetzen. Um die Frist eingehalten zu haben, muss die Gesuchstellerin damit am oder nach dem 13. Mai 2018 noch Arbeiten ausgeführt haben, welche nicht lediglich nebensächlich waren. 5.13. Die Gesuchstellerin erklärt, sie habe vom 8. Mai 2017 bis am 22. Mai 2018 die vertraglich vereinbarte Leistung auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin erbracht. Wesentliche Teile der Elektroinstallationsarbeiten seien dabei bis zur Eröffnung des Saunaklubs erbracht worden, damit der Klub provisorisch betrieben werden könne. Im Nachgang zur Eröffnung habe die Gesuchstellerin die Hauptverteilung für jedes einzelne Zimmer in Stand setzen müssen. Die Arbeiten seien am 22. Mai 2018 abgeschlossen worden. Konkret seien neue Kabel eingezogen und an das bestehende Gittertrasse verlegt worden (vgl. act. 1 Rz. 12 und Rz. 14). 5.14. Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass die geltend gemachten Arbeiten vom 22. Mai 2018 tatsächlich ausgeführt worden seien. Der von der Gesuchstellerin eingereichte Arbeitsrapport für die Leistungen vom 22. Mai 2018 überzeuge nicht. Es entstehe der Eindruck, dieser Arbeitsrapport sei alleine für das vorliegende Bauhandwerkerpfandrechtsverfahren erstellt worden (act. 8 Rz. 14). Weiter seien am 22. Mai 2018 wohl kaum unerlässliche Vollendungsarbeiten erfolgt, nachdem der Saunaklub bereits am 2. Februar 2018 geöffnet habe. Auch sei es höchst unwahrscheinlich, dass Elektroinstallationen provisorisch angebracht würden, um den Betrieb sodann während dreier Monate mit provisorischen Installationen aufrecht zu halten (vgl. act. 8 Rz. 16). Dem eingereichten Arbeitsrapport sei zu entnehmen, dass am 22. Mai 2018 nur ein Kabel ersetzt und abgeschlossen worden

- 11 - sei, was als reine Ausbesserungsarbeit zu qualifizieren sei. Auch die von der Gesuchstellerin behauptete Instandsetzung der Hauptverteiler stelle eine Nachbesserung dar. Für eine Ausbesserungsarbeit spreche auch der zeitliche Ablauf, weil mit den Arbeiten bereits im Mai 2017 begonnen worden sei. Auch seien gemäss Arbeitsrapport Elektroinstallationsarbeiten im Umfang von 17 Stunden geleistet worden, was angesichts der total zu erbringenden Leistungen aufzeige, dass es sich am 22. Mai 2018 nur um geringfügige und nebensächliche Arbeiten gehandelt habe (act. 8 Rz. 19). 5.15. Das Argument der Gesuchsgegnerin zwischen der Eröffnung des Saunaklubs und der Vollendung der Elektroinstallationsarbeiten lägen mehr als zwei Monate ist zwar durchaus plausibel, genügt aber nicht, um vorliegend die Vollendung der Arbeiten am 22. Mai 2018 gänzlich auszuschliessen. Die Vollendung der Arbeiten muss zunächst nicht zwingend mit der Eröffnung des Saunaklubs zusammenfallen. Auch der Hinweis, dass die behaupteten Arbeitsleistung verglichen mit dem Gesamtauftrag an die Gesuchstellerin gering ausfallen, vermag nicht auszuschliessen, dass es sich um Vollendungsarbeiten im Sinne des Gesetzes handelte. Bei der Frage, ob Vollendungsarbeiten vorliegen, stehen qualitative und nicht quantitative Kriterien im Vordergrund. Ebenso wenig kann vom Beginn der Leistungserbringung durch die Gesuchstellerin im Mai 2017 abgeleitet werden, dass im Mai 2018 keine Vollendungsarbeiten mehr stattfanden. Grundsätzlich ist die Instandsetzung der Hauptverteilung für jedes einzelne Zimmer durchaus als Vollendungsarbeit zu qualifizieren

(vgl. auch act. 3/9: dem Arbeitsrapport ist zu entnehmen, dass zwei Handwerker jeweils 8.5 Stunden lang mit der Neuerschliessung Hauptverteilung befasst waren. Aus der fehlenden Unterschrift des Auftraggebers kann entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin noch nicht abgeleitet werden, dass es sich beim Arbeitsrapport um eine nur im Hinblick auf das vorliegende Verfahren erstellte Urkunde handelt und die Arbeiten gar nie ausgeführt wurden). Soweit sich die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 29. Oktober 2018 für ihre Argumentation auf die neu eingereichten Materialrechnungen bezieht (vgl. act. 20 Rz. 5 ff.), ist festzuhalten, dass anhand des Zeitpunktes der Materiallieferungen und der Materialrechnungen nicht festgestellt werden kann, wann die Arbeiten vollendet wurden. Arbeiten werden regelmässig über ei-

- 12 - nen längeren Zeitraum ausgeführt; Materiallieferung und deren Verrechnung müssen demgegenüber nicht zwingend über einen längeren Zeitraum erfolgen. Es ist in Erinnerung zu rufen, dass im Rahmen des vorliegenden Massnahmeverfahrens die Anforderungen an die Glaubhaftmachung – wie dargelegt (vgl. vorstehend Ziffer 3.2) – sehr gering sind. Aufgrund der Vorbringen der Gesuchstellerin erscheint es vorliegend nicht ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich und damit glaubhaft, dass sie nach dem 13. Mai 2018 noch relevante Arbeiten auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin ausgeführt hat. 5.16. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Gesuchstellerin sämtliche Eintragungsvoraussetzungen des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts glaubhaft gemacht hat, weshalb die bereits superprovisorisch erfolgte Eintragung zu bestätigen ist. 6. Prozessfortgang Der Gesuchstellerin ist Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequierfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (BGE 143 III 554, S. 557 f. E. 2.5.2). 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 7.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der Gebührenverordnung des Obergerichts bestimmt (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Es ist von einem Streitwert von CHF 94'310.00 auszuge-

- 13 - hen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 6'400.00 festzusetzen ist. 7.2. 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. 7.3. 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 7'500.00

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 13. September 2018 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses, auf Liegenschaft Kat. Nr. 2 (EGRID 3), GBBl. 1, G._____-strasse ... / H._____-strasse ... / F._____-strasse ... und ..., ... Zürich, für eine Pfandsumme von CHF 94'310.00 nebst Zins zu 5 % seit 2. Juli 2018. 2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 4. Februar 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.

- 14 - 3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 6'400.-. Weitere Kosten (insbesondere allfällige Rechnungen des Grundbuchamtes) bleiben 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 7'500.00 zu bezahlen. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien 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 94'310.00. Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 46 Abs. 2 BGG).

- 15 - Zürich, 4. Dezember 2018 HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht Gerichtsschreiber: Dr. Giulio Donati

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.