

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE230156-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, sowie
Gerichtsschreiber Jan Busslinger

Urteil vom 19. Januar 2024

in Sachen

A. _____ GmbH,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X. _____

gegen

B. _____ Stiftung,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y2. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Das Grundbuchamt C._____ sei richterlich anzuweisen, auf dem nachfolgend aufgeführten Grundstück der Gesuchsgegnerin zu Gunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht wie folgt vorläufig einzutragen:

Grundstück der Gesuchsgegnerin, **Kataster Nr. 1, GB 2, Alleineigentum,**

Bauhandwerkerpfandrecht im Umfang von CHF 118'845.80

2. Die Verfügung an das Grundbuchamt sei vorab superprovisorisch zu erlassen und die Tagebucheintragung sei bis spätestens 21. Dezember 2023 vornehmen zu lassen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. Spesen und MWST) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin gab ihr Gesuch betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts i.S.v. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB am 19. Dezember 2023 zur Post (Eingang beim Einzelgericht: 20. Dezember 2023; act. 1; act. 2; act. 3/1-3, 5-15). Mit Verfügung vom 20. Dezember 2023 wurde das zuständige Grundbuchamt ohne Anhörung der Gegenpartei einstweilen angewiesen, zugunsten der Gesuchstellerin ein Pfandrecht auf dem streitgegenständlichen Grundstück im beantragten Umfang einzutragen und der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 4). Das Grundbuchamt nahm die Anmeldung am 20. Dezember 2023 entgegen (act. 5; act. 8). Die Gesuchsgegnerin reichte mit Eingabe vom 11. Januar 2024 innerhalb erstreckter Frist (act. 9; act. 10) ihre Gesuchsantwort ein und beantragte die vollumfängliche Abweisung des Gesuchs unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (act. 13). Über den Anspruch auf vorläufige Eintragung kann ohne weitere Stellungnahmen entschieden werden.

2. Sachverhalt

Die Gesuchstellerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung schweizerischen Rechts mit Sitz in D.____; gemäss Handelsregister bezweckt sie die Führung eines Generalunternehmens, insbesondere ... (act. 3/1).

Die Gesuchsgegnerin ist eine Stiftung schweizerischen Rechts mit Sitz in Zürich ZH; gemäss Handelsregister bezweckt sie die Unterstützung ... Behinderter sowie Kranker in der Schweiz (act. 3/2). Sie ist Alleineigentümerin des zu belastenden Grundstücks (act. 1 Ziff. 2; act. 3/3; Prot. S. 3).

Die Gesuchstellerin verlangt die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem streitgegenständlichen Grundstück. Sie macht zusammengefasst geltend, auf diesem innere und äussere Gipserarbeiten ausgeführt und dazu jedenfalls teilweise auch Material geliefert zu haben. Die Werklohnforderung sei teilweise unbezahlt geblieben.

Auf die Ausführungen der Parteien ist nachfolgend einzugehen, soweit sich dies für die Entscheidungsfindung als erforderlich erweist.

3. Formelles

3.1. Das streitgegenständliche Grundstück befindet sich in der Gemeinde Zürich ZH. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 13 lit. a i.V.m. Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO.

3.2. Beide Parteien sind im Handelsregister eingetragen, ihre Geschäftstätigkeit betroffen und der erforderliche Streitwert erreicht. Die sachliche Zuständigkeit folgt aus 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).

3.3. Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

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". Bei besonderer Dringlichkeit kann die vorläufige Eintragung sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei erfolgen (Art. 265 Abs. 1 ZPO).

Im vorläufigen Eintragungsverfahren gilt das Beweismass der Glaubhaftmachung (Art. 961 Abs. 3 ZGB; Art. 261 Abs. 1 ZPO). Gegenüber anderen Arten vorsorglicher Massnahmen ist das Beweismass besonders stark herabgesetzt (BGE 137 III 563 E. 3.3 S. 566-567; BGer 5A_822/2022 v. 14.03.2023 E. 4.2; 5A_280/2021 v. 17.06.2022 E. 3.1). Gemäss ständiger Rechtsprechung "darf die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist; im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung dem ordentlichen Richter zu überlassen" (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGer 5A_280/2021 v. 17.06.2022 E. 3.1). Das im vorläufigen Eintragungsverfahren nochmals herabgesetzte Beweismass der Glaubhaftmachung beseitigt jedoch nicht die Behauptungs- und Substanziierungslast der Parteien (BGer 5A_822/2022 v. 14.03.2023 E. 4.3; 5A_280/2021 v. 17.06.2022 E. 3.4.3; RAINER SCHUMACHER/PASCAL REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2022, N 1537).

4.1. Der (realobligatorische) Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts richtet sich gegen die jeweilige Eigentümerschaft des Grundstücks (BGE 134 III 147 E. 4.3 S. 150; BGE 92 II 227 E. 1 S. 229-230). Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des zu belastenden Grundstücks. Die Passivlegitimation ist gegeben.

4.2. Zur Geltendmachung des Anspruchs aktivlegitimiert ist der Handwerker oder Unternehmer (SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 1405). Dies gilt namentlich auch, wenn dieser nicht den Grundstückeigentümer, sondern einen anderen Handwer-

ker oder Unternehmer zum Schuldner hat (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Die Gesuchstellerin macht geltend, mit der E._____ GmbH F._____ einen Werkvertrag als Subunternehmerin abgeschlossen zu haben (act. 1 Ziff. 1, 2; act. 13 Rz. 12). Dieses Vertragsverhältnis vermag die Gesuchstellerin glaubhaft zu machen (Ziffer 4.3.1 unten). Die Gesuchstellerin hat damit auch ihre Aktivlegitimation glaubhaft gemacht.

4.3. Die Eintragung des Pfandrechts setzt die Einigung oder Feststellung der Pfandsumme voraus (Art. 794 Abs. 1 ZGB; Art. 839 Abs. 3 ZGB). Die Pfandsumme richtet sich nach der Forderungssumme für die pfandberechtigten Arbeiten (SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 390, 393). Dabei ist auf die vertraglich geschuldete Vergütung abzustellen (BGE 126 III 467 E. 4d S. 474-475; BGer 5A_77/2018 v. 16.03.2018 E. 1.2.2; 4A_152/2009 v. 29.06.2009 E. 2.5).

4.3.1. Die Gesuchstellerin behauptet, im Rahmen des Neubauprojektes "G._____ H._____ -strasse ... in ... Zürich" mit der E._____ GmbH F._____ einen mündlichen Werkvertrag über innere Gipsarbeiten von CHF 95'000.00 zuzüglich der bezahlten Nachträge und über äussere Gipsarbeiten auf Abrechnung geschlossen zu haben (act. 1 Ziff. 1, 2).

Die Gesuchsgegnerin behauptet, das Deckblatt des Vertrags zwischen der Gesuchsgegnerin und der "E._____ GmbH u. I._____" beziehe sich einzig auf "BKP 226.2 verputzte Aussenwärmedämmung"; weder liege ein entsprechender Vertrag betreffend "innere Gipsarbeiten" im Recht, noch mache die Gesuchstellerin Ausführungen dazu, dass die E._____ GmbH F._____ mit inneren Gipsarbeiten beauftragt worden sein könnte, welche diese an die Gesuchstellerin hätte weitervergeben können (act. 13 Rz. 13).

Der von der Gesuchsgegnerin referenzierte Werkvertrag Nr. 22620, von welchem nur ein Ausschnitt aus dem Deckblatt vorliegt, enthält den Betreff "BKP 226.2 verputzte Aussenwärmedämmung" (act. 3/5). Dabei handelt es sich um einen Werkvertrag zwischen der Gesuchsgegnerin und der E._____ GmbH F._____. Zwischen dieser und der Gesuchstellerin besteht kein schriftlicher Vertrag. Die Gesuchstellerin kann das Vertragsverhältnis somit nicht direkt urkundlich nachwei-

sen. Belegt ist jedoch die Rechnungsstellung an die E._____ GmbH F._____ (act. 1 Ziff. 5, 7; act. 3/7-15).

Ein Rechtssatz in dem Sinne, dass die pfandberechtigte Forderung aus dem Subunternehmervertrag durch den Hauptunternehmervertrag gedeckt sein müsste – analog dem Grundsatz "*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*" (vgl. BGer 5A_110/2022 v. 26.04.2022 E. 5; 5A_962/2017 v. 29.03.2018 E. 3.2) – besteht nicht. Die Pfandberechtigung der Subunternehmung setzt keine Zustimmung der Eigentümerschaft des Grundstücks voraus und besteht grundsätzlich selbst in dem – hier nicht geltend gemachten – Fall, dass der Einsatz von Subunternehmungen überhaupt unzulässig gewesen ist (SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 910, 911). Der Betreff "BKP 226.2 verputzte Aussenwärmedämmung" auf dem referenzierten Werkvertrag der Hauptunternehmerin schliesst im Übrigen nicht aus, dass dessen Parteien darin nicht doch auch innere Gipsarbeiten vereinbarten.

Das Vertragsverhältnis zwischen der E._____ GmbH F._____ und der Gesuchstellerin ist glaubhaft gemacht.

4.3.2. Die Gesuchstellerin behauptet, innere Gipsarbeiten im Umfang von CHF 95'000.00 geleistet zu haben, beinhaltend Arbeit inkl. Material (act. 1 Ziff. 1, 5; act. 3/7-10). Im Quantitativ stützt sie sich auf die Akontorechnungen Nr. 3 vom 21. April 2023 über CHF 23'694.00, Nr. 4 vom 19. Mai 2023 über CHF 25'848.00, Nr. 5 vom 23. Juni 2023 über CHF 10'770.00 (act. 1 Ziff. 5; act. 3/7) und die Schlussrechnung Nr. 6 vom 27. Juli 2023 über CHF 4'532.00 (act. 1 Ziff. 5; act. 3/8).

Das Gesuch enthält grundlegende Angaben zur Art der geleisteten Arbeiten und verweist auf die jeweiligen (unbezahlt gebliebenen) Rechnungen. Bei der Verweisung auf eine Beilage ist auf der Ebene der Behauptungs- und Substanziierungslast zu prüfen, ob aus der Verweisung klar wird, welche Teile eines spezifisch bestimmten Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen, ob die Beilage selbsterklärend ist und ob sie genau die verlangten Informationen enthält (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.2 S. 523-524 = Pra 108 [2019] Nr. 87; BGer 4A_377/2021 v.

29.06.2022 E. 3.2). Die Verweisungen der Gesuchstellerin auf einzelne Rechnungen erfüllen diese Voraussetzungen, jedenfalls soweit sie für die pfandberechtigte Forderung erheblich sind, auch wenn die dortigen konkretisierenden Ausführungen in Stichworten und freier Orthographie erfolgen:

Gemäss Akontorechnung Nr. 3 vom 21. April 2023 über CHF 23'694.00 erstellte die Gesuchstellerin den Grundputz und den Weissputz in den drei Mehrfamilienhäusern (act. 3/7). Gemäss Akontorechnung Nr. 4 vom 19. Mai 2023 über CHF 25'848.00 bereitete die Gesuchstellerin die Abdeckungen vor, bildete die Vorhangschiene im Treppenhaus aus, erstellte und glättete den Weissputz und bildete einen sog. Schwedenschnitt (act. 3/7). Gemäss Akontorechnung Nr. 5 vom 23. Juni 2023 über CHF 10'770.00 stellte die Gesuchstellerin den Abrieb innen fertig (act. 3/7). Diese Akontorechnungen rügt die Gesuchsgegnerin auch nicht ausdrücklich als unverständlich (vgl. act. 13 Rz. 19). Sämtliche Arbeiten sind den inneren Gipsarbeiten zuzuordnen.

Die von der Gesuchsgegnerin als unverständlich gerügte Schlussrechnung Nr. 6 vom 27. Juli 2023 über CHF 4'532.00 beruht auf den Akontorechnungen und beinhaltet im Wesentlichen dieselben Arbeiten (act. 3/8). Die von der Gesuchsgegnerin als unverständlich gerügten Nachtragsrechnungen Nr. 7 vom 22. Mai 2023 über CHF 1'003.25 (act. 3/9) und Nr. 13 vom 3. Juni 2023 über CHF 963.90 (act. 3/10) sind gemäss Darstellung der Gesuchstellerin bezahlt (act. 1 Ziff. 5). Für die Feststellung der Pfandforderung sind sie damit nicht mehr erheblich.

Aus inneren Gipsarbeiten ist eine pfandberechtigte Forderung von CHF 64'844.00 glaubhaft gemacht.

4.3.3. Die Gesuchstellerin behauptet, äussere Gipsarbeiten (Aussenwärmee-dämmung) sowie Malerarbeiten geleistet zu haben (act. 1 Ziff. 1, 5; act. 3/7-10). Im Quantitativ stützt sie sich auf die Akontorechnungen Nr. 8 vom 10. Mai 2023 über CHF 21'540.00, Nr. 9 vom 22. Mai 2023 über CHF 21'540.00 (act. 1 Ziff. 5, 7; act. 3/11) sowie die Nachtragsrechnungen Nr. 10 vom 23. Juli 2023 über CHF 7'522.85, Nr. 11 vom 25. Juli 2023 über CHF 5'449.60 und Nr. 12 vom 25. Juli 2023 über CHF 5'949.35 (act. 1 Ziff. 5; act. 3/12-14).

Die Gesuchsgegnerin ist der Ansicht, die Gesuchstellerin habe die entsprechenden Rechnungen nicht prozesskonform als Beweismittel offeriert (act. 13 Rz. 23). Die Gesuchstellerin referenziert im Zusammenhang mit der Darlegung der geleisteten Arbeiten die Akontorechnungen je mit Betrag, die Nachtragsrechnungen je mit Nummer und Betrag (act. 1 Ziff. 5). Diese Verweisungen sind eindeutig und selbsterklärend, auch wenn die förmliche sog. Beweisofferte, d.h. die ausdrückliche Bezeichnung als "Beweis" und die Angabe der Aktennummer gemäss Beweismittelverzeichnis, erst im Zusammenhang mit der Behauptung erfolgt, die Vertragspartnerin der Gesuchstellerin habe bis dato keine weiteren Zahlungen mehr erbracht (act. 1 Ziff. 7). Die entsprechenden Rechnungen wurden somit prozesskonform als Beweismittel zu den geleisteten Arbeiten eingeführt.

Die konkretisierenden Ausführungen in den Rechnungen ergeben ein nachvollziehbares Bild der ausgeführten Arbeiten, auch wenn sie in Stichworten und freier Orthographie erfolgen:

Die Akontorechnung Nr. 8 vom 10. Mai 2023 über CHF 21'540.00 führt Arbeiten an der Aussenwärmedämmung auf (act. 3/11). Die Akontorechnung Nr. 9 vom 22. Mai 2023 über CHF 21'540.00 betrifft das Versetzen einer Bank, die Ausbildung der Kanten und die Einbettung (act. 3/11). Die Nachtragsrechnung Nr. 10 vom 23. Juli 2023 über CHF 7'522.85 betrifft die Isolation der Balkone, der Attikaterassen, der Dachränder, der Eingangstüre sowie des Lüftungsrohrs an Haus B (act. 3/12). Gemäss Nachtragsrechnung Nr. 11 vom 25. Juli 2023 über CHF 5'449.60 isolierte die Gesuchstellerin an Haus A nachträglich Balkone, dämmte den Attikasockel mit XPS, isolierte die Eingangstüren und die Lüftung (act. 3/13). Die Nachtragsrechnung Nr. 12 vom 25. Juli 2023 über CHF 5'949.35 betrifft Abdeckungs- und Streicharbeiten an Haus B (act. 3/14).

Aus äusseren Gipsarbeiten ist eine pfandberechtigte Forderung von CHF 62'001.80 glaubhaft gemacht.

4.3.4. Gemäss Darstellung der Gesuchstellerin leistete ihre Vertragspartnerin am 3. Juli 2023 eine Zahlung von CHF 8'000.00 in bar (act. 1 Ziff. 6). Somit verbleibt eine pfandberechtigte Forderung von CHF 118'845.80.

4.4. Die vorläufige Eintragung hat unter Verwirkungsfolge "bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen" (Art. 839 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 ZGB; Art. 76 Abs. 3 GBV; BGE 126 III 462 E. 2c/aa S. 464).

4.4.1. Nach ständiger Rechtsprechung tritt die für den Beginn des Fristenlauf entscheidende Vollendung der Arbeiten ein, "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 m.Nw.; BGer 5A_109/2022 v. 15.09.2022 E. 2.2). Geringfügige Arbeiten gelten als Vollendungsarbeiten, wenn sie, namentlich aus Sicherheitsgründen, unerlässlich sind; insoweit beurteilt sich die Geringfügigkeit weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten (BGE 125 III 113 E. 2b S. 115-116 m.Nw.; BGer 5A_203/2023 v. 30.08.2023 E. 4.1.1). Keine Vollendungsarbeiten sind solche, "die vom Handwerker oder Unternehmer absichtlich aufgeschoben wurden" (BGE 106 II 22 E. 2b S. 25-26; BGer 5A_109/2022 v. 15.09.2022 E. 2.2).

Die Gesuchstellerin behauptet, am 28. und 29. August 2023 seien noch wesentliche Arbeiten vorgenommen worden; es seien jedoch noch nicht die "letzten Arbeiten" im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen gewesen, zumal das Werkvertragsverhältnis damals noch nicht gekündigt und die Werkleistung noch nicht vollendet gewesen seien (act. 1 Ziff. 8). Als Beweis referenziert die Gesuchstellerin den Arbeitsrapport vom 28./29. August 2023 (act. 1 Ziff. 9; act. 3/6). Aus diesem ist ersichtlich, dass je drei Mitarbeiter am 28. und am 29. August 2023 12 Stunden arbeiteten; die ausgeführten Arbeiten vom 28. August 2023 sind mit "Schleifen Aussen / Weissputz", jene vom 29. August 2023 mit "Innen Steckdosen streichen" beschrieben (act. 3/6).

Die Gesuchsgegnerin ist der Ansicht, die Angaben gemäss Arbeitsrapport würden keine Prüfung erlauben, ob es sich um Vollendungs- oder nur um nebensächliche Arbeiten handle, insbesondere da die Gesuchstellerin nicht darlege, welche Leistungen vertraglich vereinbart worden seien (act. 13 Rz. 33-35).

Die Voraussetzungen für eine Verweisung auf die Beilage sind beim vorliegenden, nur eine Seite umfassenden Arbeitsrapport erfüllt. Auch wenn dieser die Arbeiten nur stichwortartig wiedergibt, ist er aus sich heraus verständlich, somit selbsterklärend, und enthält die notwendigen Informationen. Die Gesuchsgegnerin hat dem Arbeitsrapport denn auch die geltend gemachten Arbeiten entnehmen können (act. 13 Rz. 31). Daneben ist auch der geltend gemachte Zeitaufwand ohne weiteres aus dem Arbeitsrapport ersichtlich.

Bei den ausgeführten Arbeiten handelt es sich ihrer Art nach um wesentliche Arbeiten, ohne welche das geschuldete Werk nicht als vollendet gelten kann. Auf dieses qualitative Kriterium ist in erster Linie abzustellen. Die Qualität als Vollendungsarbeiten wäre den ausgeführten Arbeiten abzusprechen, wenn es sich um Ausbesserungsarbeiten gehandelt hätte. Dahingehende Hinweise bestehen nicht, zumal der Einsatz von drei Personen über je 12 Stunden sowohl in zeitlicher als auch in personeller Hinsicht nicht unwesentlich war. Hinzuzufügen ist, dass die Arbeiten sowohl äussere als auch innere Gipsarbeiten betrafen.

Die Arbeiten am 28. und 29. August 2023 gelten deshalb als Vollendungsarbeiten. i.S.v. Art. 839 Abs. 2 ZGB.

4.4.2. Nach Ansicht der Gesuchsgegnerin ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Gesuchstellerin nicht auf die Auflösung des Vertragsverhältnisses abstelle (act. 13 Rz. 36).

Im Falle eines Abbruchs der Arbeiten beginnt die gesetzliche Eintragsfrist im Zeitpunkt der vorzeitigen Vertragsauflösung zu laufen (BGE 120 II 389 E. 1a S. 391; BGE 102 II 206 E. 1a S. 208-209; BGer 5A_1047/2020 v. 04.08.2021 E. 3.1). Dies gilt insbesondere auch dann, wenn in dem der gesetzlichen Eintragsfrist entsprechenden Zeitraum vor Vertragsauflösung keine qualifizierten Arbeiten mehr stattgefunden haben (BGE 120 II 389 E. 1b S. 392).

Diese Rechtsprechung bezweckt einen Ausgleich zwischen den entgegengesetzten Interessen der Grundstückseigentümerschaft und der Unternehmerschaft. Den Interessen der Grundstückseigentümerschaft an einer raschen Klärung der

Pfandrechte ist dadurch Rechnung getragen, dass die Eintragsfrist auch zu laufen beginnt, wenn Vollendungsarbeiten im gesetzlichen Sinne weder je stattgefunden haben noch je stattfinden werden, weil der Vertrag vorzeitig aufgelöst worden ist. Dem Interesse der Unternehmerschaft am Erhalt der Eintragsberechtigung kommt die Rechtsprechung entgegen, indem diese nicht vorsorglich die Eintragung eines Pfandrechts bewirken muss, wenn sie aus von ihrem Willen unabhängigen Gründen während eines der gesetzlichen Eintragsfrist entsprechenden Zeitraums keine qualifizierte Arbeiten mehr hat leisten können und die Vertragsgegenpartei ihr danach die Arbeiten entzieht (vgl. BGE 120 II 389 E. 1b S. 392); im Zeitpunkt der Vertragsauflösung ist der Unternehmerschaft dann die Erstellung einer Schlussabrechnung möglich (vgl. BGE 102 II 206 E. 1a S. 208-209; BGer 5A_1047/2020 v. 04.08.2021 E. 3.1).

Es ist unbestritten, dass das Vertragsverhältnis im relevanten Zeitpunkt noch nicht gekündigt war. Die Gesuchstellerin stellt für den Beginn des Laufs der Eintragsfrist somit zu ihrem eigenen Nachteil auf einen Zeitpunkt vor der Vertragsauflösung ab. Die genannte Rechtsprechung verbietet ihr dies nicht. Die Gesuchstellerin darf dennoch auf den Zeitpunkt der letzten Arbeiten abstellen, wenn diese die Anforderungen an Vollendungsarbeiten i.S.v. Art. 839 Abs. 2 ZGB erfüllen, auch wenn das Vertragsverhältnis später aufgelöst wurde.

4.4.3. Die Eintragsfrist lief am 28. und 29. Dezember 2023 ab. Durch die Vormerkung mit Wirkung per 20. Dezember 2023 ist die Eintragsfrist eingehalten.

4.5. Im Ergebnis sind die Voraussetzungen für eine vorläufige Eintragung des gesetzlichen Pfandrechts i.S.v. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB erfüllt. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt ist zu bestätigen als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 20. Dezember 2023 bis zur rechtskräftigen Erledigung des einzuleitenden Prozesses auf definitive Eintragung.

Sodann ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequenzfrist ist praxismässig auf 60 Tage festzulegen, allfällige Gerichtsferien sind

nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (BGE 143 III 554 E. 2.5.2 S. 557-558 = Pra 107 [2018] Nr. 145). 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.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 bestimmt (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert beträgt CHF 118'845.80. Die nach § 4 Abs. 1 GebV OG bestimmte ordentliche Gerichtsgebühr entspricht CHF 9'503.83. In Anwendung von § 8 Abs. 1 GebV OG ist diese auf rund zwei Drittel zu reduzieren. Die Gerichtsgebühr ist auf CHF 6'000.00 festzusetzen.

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.

5.2. 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 8'000.00 zuzusprechen. Darauf ist der nicht im MWST-Register eingetragene

nen Gesuchsgegnerin der beantragte Zuschlag in der Höhe der gesetzlichen MWST von 8.1 % (Art. 25 Abs. 1 MWSTG) zu gewähren (act. 13 S. 2). Für den Säumnisfall ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 8'648.00 zu bezahlen.

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 20. Dezember 2023 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses
auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBI. 2,
Grundbuch J._____,
H._____-strasse ..., ...Zürich
für eine Pfandsumme von CHF 118'845.80.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 25. März 2024 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 6'000.00.
Allfällige dem Gericht noch nicht in Rechnung gestellte Kosten des Grundbuchamts 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 8'648.00 zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von act. 13, 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 118'845.80.

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

Zürich, 19. Januar 2024

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Jan Busslinger