

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE170487-O

U/ee

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, sowie Gerichtsschreiber
Christian Markutt

Urteil vom 6. April 2018

in Sachen

A._____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt X. _____

gegen

B._____ AG,
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren Gesuchstellerin:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt C. _____ sei anzuweisen, auf dem im Alleineigentum der Beklagten 1 stehenden Grundstück D. _____ / 1, E-GRID CH 2, ein Bauhandwerkerpfandrecht im Betrag von CHF 186'988.40 nebst Zins zu 5 % seit 19.09.2017 auf CHF 115'515.10 zu Gunsten der Klägerin vorläufig vorzumerken.
2. Das Grundbuchamt C. _____ sei anzuweisen, auf dem im Alleineigentum der Beklagten 2 stehenden Grundstück D. _____ / 3, E-GRID CH 4, ein Bauhandwerkerpfandrecht im Betrag von CHF 111'411.71 nebst Zins zu 5 % seit 19.09.2017 auf CHF 71'540.96 zu Gunsten der Klägerin vorläufig vorzumerken.
3. Die Anweisungen gemäss Ziff. 1 und 2 seien im Rahmen von superprovisorischen Verfügungen zu erlassen und das Grundbuchamt C. _____ sei vorsorglich sofort anzuweisen, die Bauhandwerkerpfandrechte gemäss Ziff. 1 und 2 sofort vorläufig im Grundbuch vorzumerken.
4. Der Klägerin sei eine Frist von drei Monaten ab Rechtskraft des Entscheids über die vorläufige Vormerkung anzusetzen, um die Klage auf definitive Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte gemäss Ziff. 1 und 2 zu Lasten der Grundstücke der Beklagten 1 und 2 einzureichen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten 1 und 2 (zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer)."

Rechtsbegehren Gesuchsgegnerin:

(act. 19 S. 2)

- "1. Es sei festzustellen dass die Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 22. Dezember 2017 nichtig ist.
2. Eventualiter sei festzustellen dass (immerhin) Ziff. 1 der Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 22. Dezember 2017 nichtig sei.
3. Subeventualiter sei festzustellen, dass Ziff. 3 der Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 22. Dezember 2017 zufolge Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) und auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV) aufzuheben sei.
4. Das Verfahren sei in Anwendung von Art. 125 lit. a ZPO vorerst auf die formellen Fragen gemäss Antrag Ziff. 1-3 zu beschränken.

5. Auf das Gesuch der Klägerin vom 03.01.2018 sei somit nicht einzutreten. Eventualiter sei das Verfahren zu sistieren.
6. Das Grundbuchamt C. _____ sei richterlich anzuweisen, das gemäss Verfügung des Handelsgerichts Zürich vom 22.12.2017 vorläufig eingetragene Pfandrecht auf Liegenschaft D. _____ / 1, E-GRID CH 2, für eine Pfandsumme von CHF 186'988.40 nebst Zins zu 5 % auf CHF 115'515.10 seit 10. September 2017, zu löschen.
7. Im übrigen sei subeventualiter das Gesuch vollumfänglich abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 20. Dezember 2017 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin hierorts das Gesuch mit obigem Rechtsbegehren ein (act. 1; act. 3/2-35). Mit Verfügung vom 22. Dezember 2017 wurde in Bezug auf die E. _____ AG (vormals Gesuchsgegnerin 2) auf das Gesuch nicht eingetreten; in Bezug auf die B. _____ AG (vormals Gesuchsgegnerin 1) wurde dem Gesuch einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen und das Grundbuchamt C. _____ wurde angewiesen, das beantragte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Gegen vorgenannte Verfügung hat die Gesuchsgegnerin während laufender (erstreckter) Frist zur Stellungnahme am 5. Februar 2018 eine Beschwerde beim Bundesgericht eingereicht (act. 11 u. 14). Gleichzeitig nahm sie mit Eingabe vom 7. Februar 2018 – innert erstreckter Frist – Stellung zum Begehren der Gesuchstellerin und beantragte u.a., das Gesuch der Gesuchstellerin sei vollumfänglich abzuweisen (act. 19 und act. 20/1-16). Mit Urteil 5A_123/2018 vom 1. März 2018 hat das Bundesgericht die entsprechende Beschwerde der Gesuchsgegnerin abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist (act. 26). Mit Eingabe vom 12. März 2018 reichte die Gesuchstellerin – unaufgefordert – eine als "Replik" bezeichnete Eingabe ein (act. 24, act. 27 und 28/1). Die Gesuchsgegnerin ihrerseits reichte am 5. April 2018 eine als "Duplik" bezeichnete Eingabe ein (act. 30).

2. Vorbemerkungen

2.1. E._____ AG

Den Beilagen der Gesuchsgegnerin lässt sich entnehmen, dass die Gesuchstellerin bezüglich der E._____ AG (vormals Gesuchsgegnerin 2) am 3. Januar 2018 ein Gesuch beim Handelsgericht des Kantons Aargau stellte, welchem offenbar einstweilen entsprochen wurde (act. 20/1 u. act. 20/9). Mit Verfügung vom 22. Dezember 2017 ist das hiesige Gericht auf das Gesuch hinsichtlich der E._____ AG bereits definitiv – nicht lediglich im Rahmen des superprovisorischen Massnahmeverfahrens – nicht eingetreten (vgl. act. 4). Dieser Punkt wurde offensichtlich weder von der Gesuchstellerin noch der E._____ AG (deren Beschwer zwar bereits als fraglich erschiene) selbst vor Bundesgericht angefochten (act. 14 e contrario). Auf die Rüge der B._____ AG in diesem Zusammenhang (Dispo-Ziff. 1) ist das Bundesgericht nicht eingetreten (Urteil des Bundesgerichts 5A_123/2018 vom 1. März 2018 E. 1.4 [act. 26]). Die Stellungnahme im vorliegenden Verfahren (vgl. act. 19) wurde zwar lediglich noch namens der B._____ AG eingereicht, der Nichteintretensentscheid hingegen wurde dennoch moniert (vgl. Rechtsbegehren-Ziff. 2). Der Nichteintretensentscheid bezüglich der E._____ AG ist indes rechtskräftig und das Rubrum entsprechend anzupassen (so übrigens auch das Handelsgericht des Kantons Aargau in seiner Verfügung vom 22. Februar 2018 E. 2.4. [act. 28/1]).

2.2. Unaufgeforderte Parteieingaben

Wie schon in der Verfügung vom 28. Februar 2018 (act. 24) festgehalten, ist der Aktenschluss bereits mit der schriftlichen Gesuchsantwort der Gesuchsgegnerin eingetreten. Die Parteien haben in der Folge gleichwohl weitere Eingaben eingereicht (act. 27 und act. 30). Dass sie dabei (zulässige) Noven geltend gemacht hätten, ist nicht ersichtlich, womit keine Veranlassung besteht, die Vorbringen in den entsprechenden Eingaben im Folgenden zu berücksichtigen.

3. Anträge Ziffer 1-3 der Gesuchsgegnerin

Für die von ihr geltend gemachte (Teil-)Nichtigkeit beruft sich die Gesuchsgegnerin auf verschiedene verfassungsmässige Rechte (Art. 9 und Art. 29 BV; Art. 53 Abs. 1 ZPO). Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen vor, die Verfügung vom 22. Dezember 2017 sei nicht bzw. unzureichend begründet. Der Einwand betreffend Nichtigkeit der Verfügung infolge "unrechtmässiger Eröffnung" durch Unterschrift des Gerichtsschreibers wurde bereits *vom Bundesgericht als unbegründet beurteilt*; Weiterungen hierzu erübrigen sich (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_123/2018 vom 1. März 2018 E. 1.2). Gestützt auf den verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV unterliegen gerichtliche Entscheide grundsätzlich einer Begründungspflicht (BGE 134 I 83 E. 4.1; vgl. z.B. OFK-BIAGGINI, BV, 2. Aufl. 2017, Art. 29 N. 25 m.w.H.).

Fraglich ist demgegenüber, ob und inwieweit (bereits) im Rahmen der einstweiligen, *gutheissenden* Anordnung *superprovisorischer* Massnahmen – und unter Berücksichtigung der dabei immanenten Dringlichkeit sowie dem lediglich provisorischen Charakter – ein *begründungspflichtiger Entscheid* vorliegt. Soweit ersichtlich wurde diese Frage vom Bundesgericht noch nicht ausdrücklich entschieden. Die von der Gesuchsgegnerin angeführte Rechtsprechung ist nicht einschlägig, da es sich beispielsweise um die *Abweisung* eines Gesuches um Anordnung *superprovisorischer* Massnahmen handelt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5P.144/2003 vom 5. Mai 2003 E. 2), teilweise nicht um die Anordnung *superprovisorischer* Massnahmen (vgl. BGE 134 I 83). In der Lehre hingegen wird vereinzelt ausdrücklich die grundsätzliche Begründungspflicht auch für *gutheissende* Entscheide über *superprovisorische* Massnahmen befürwortet (so JOHANN ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 265 N. 2 oder BSK ZPO-SPRECHER, 3. Aufl. 2017, Art. 265 N. 28). Zu beachten ist allerdings, dass die Rechtsprechung beim Umfang der Begründungspflicht massgeblich darauf abstellt, dass der entsprechende Entscheid "*gegebenenfalls sachgerecht angefochten*" werden kann (vgl. z.B. BGE 142 III 433 E. 4.3.2; BGE 126 I 97), was vorliegend gar nicht zum Tragen kommt, da, wie vom Bundesgericht im Entscheid 5A_123/2018 vom 1. März 2018 in E. 1.3.1 und 1.3.2 festgehalten, die *superprovisorische* Eintragung eines

Bauhandwerkerpfandrechts nicht (direkt) mit bundesgerichtlicher Beschwerde angefochten werden kann (vgl. auch die Regelung in Art. 112 Abs. 1 i.V.m. Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG e contrario). Im Einklang mit diesem Konzept wird denn auch vielmehr der Gesuchsgegnerin unmittelbar nach Anordnung der superprovisorischen Massnahmen das rechtliche Gehör gewährt und – gestützt auf die Vorbringen beider Parteien – ein *begründeter Entscheid* gefällt, welcher entsprechend mit einem Rechtsmittel angefochten werden kann.

Ob und inwieweit bereits im Rahmen der einstweiligen, gutheissenden Anordnung superprovisorischer Massnahmen generell ein begründungspflichtiger Entscheid vorliegt und ob sich der Entscheid vom 22. Dezember 2017 vor diesem Hintergrund als unzureichend begründet erweist, kann hier insofern offen gelassen werden, als dass die Gesuchsgegnerin nicht dartut, inwiefern es ihr unter diesen Umständen nicht möglich gewesen sein soll, zum Begehren der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen. Zusammenfassend ist keine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder eines anderen verfassungsmässigen Rechts der Gesuchsgegnerin erkennbar, sodass keine Grundlage besteht, Nichtigkeit der Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 22. Dezember 2017 anzunehmen.

4. Anträge Ziffer 4-5 der Gesuchsgegnerin

Der Antrag der Gesuchsgegnerin in Rechtsbegehren-Ziff. 1 auf eine Beschränkung des Verfahrens erübrigt sich nach dem Gesagten ohne Weiteres. Sodann kommt weder ein Nichteintreten oder eine Sistierung des Verfahrens in Betracht.

5. Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

5.1. Zusammengefasste Parteistandpunkte

Nach Darstellung der Gesuchstellerin hat die Gesuchsgegnerin als Totalunternehmerin mit ihr drei schriftliche Werkverträge sowie div. Bestellungen abgeschlossen (act. 1 Rz. 2). Sie habe im Zuge der Erstellung des Überbauungsprojekts "F._____" in G._____ gestützt auf die Werkverträge Gartenbauarbeiten ausgeführt, u.a. auf einem im Alleineigentum der Gesuchsgegnerin stehenden Grundstück ("Häuser 2-5"; act. 1 Rz. 4 ff.; act. 3/2-4; act. 3/7-9). Spezifisch stützt

sich die Gesuchstellerin gegenüber der Gesuchsgegnerin auf den Werkvertrag Nr. 4210-2 vom 22. März 2017 bzw. 5. April 2017 und führt eine restanzliche Vergütungsforderung von noch CHF 89'471.50 an. Abgesehen von den Positionen 443, 446, 455, 920 und 921, für welche die Entschädigung in Höhe von CHF 105'528.50 abzuziehen sei, habe sie sämtliche Arbeiten vertragsgemäss ausgeführt (act. 1 Rz. 7 ff.; act. 3/2). Die Verlegung der Pfandsumme auf die Grundstücke sei so vorzunehmen, dass auf das Grundstück der Gesuchsgegnerin (D._____/1) ein Pfandbetrag von CHF 70'208.30 (=21'854 m² bzw. 78.47 %) entfielen (act. 1 Rz. 10). Für die im Rahmen des Werkvertrags Nr. 4210-2 letzten geleisteten Arbeiten seien folgende Daten massgeblich: 6. Oktober 2017 bzgl. "Haus 2", 16. Oktober 2017 bzgl. "Haus 3", 20. Oktober 2017 bzgl. "Haus 4", 26. Oktober 2017 bzgl. "Haus 5" (act. 1 Rz. 13 ff.; act. 3/14-17).

Für den Werkvertrag Nr. 4210 beziffert die Gesuchstellerin eine restanzliche Vergütungsforderung von noch CHF 2'047.55, wobei festzuhalten sei, dass – entgegen dem Vertragstitel – Arbeiten für die Häuser 2-5, d.h. die Liegenschaft der Gesuchsgegnerin, geleistet worden seien (act. 1 Rz. 18). Unter dem Werkvertrag Nr. 4210 sei es sodann auch hinsichtlich der Häuser 2-5 bzw. D._____/1 zu diversen Nachtragsarbeiten gekommen, welche die Gesuchstellerin mit insgesamt CHF 116'780.10 beziffert und entsprechend fordert (act. 1 Rz. 18 u. 25 ff.; act. 3/25-32). Für die im Rahmen des Werkvertrags Nr. 4210 letzten geleisteten Arbeiten für das Grundstück der Gesuchsgegnerin seien ebenso folgende Daten massgeblich: 6. Oktober 2017 bzgl. "Haus 2", 16. Oktober 2017 bzgl. "Haus 3", 20. Oktober 2017 bzgl. "Haus 4", 26. Oktober 2017 bzgl. "Haus 5" (act. 1 Rz. 28 f.). Bezüglich der Gartenarbeiten für die Häuser 2-5 handle es sich um eine funktionale Einheit, weshalb kein getrennter Fristenlauf vorliege (act. 1 Rz. 28 f.; act. 3/14-17). Schliesslich stellt sich die Gesuchstellerin auf den Standpunkt, es sei ein Verzugszins geschuldet, da die entsprechende Forderung in Höhe von CHF 111'411.71 fällig und per 19. September 2017 gemahnt worden sei (act. 1 Rz. 30 ff.).

Neben den diversen formellen Einwänden bestreitet die Gesuchsgegnerin auch materiell die rechtzeitige und gültige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

(act. 19 Ziff. 2.1. [S. 13]). Nach ihrer Darstellung seien diverse Arbeiten nicht vertragsgemäss ausgeführt worden, wozu sie auf eine Mängelliste verweist. Vor diesem Hintergrund zeige sich, dass die Arbeiten fertig gewesen seien, ansonsten keine Abnahmen mit Mängelerfassung zu diesem Zeitpunkt durchgeführt worden wären (act. 19 lit. a [S. 13]; act. 20/3-7). Unter Verweis auf die Mängel sei der geltend gemachte Restanzbetrag bestritten (act. 19 lit. b [S. 14]). Die Aufteilung bzw. die Verlegung der geltend gemachten Arbeiten auf die Grundstücke der Gesuchsgegnerin (Nr. 1) bzw. der E. _____ AG (Nr. 3) sei bestritten, die Gesuchstellerin hätte genau zu beweisen, auf welchem Grundstück, welche Arbeiten geleistet worden wären. Die prozentuale Aufteilung erfolge mithin unspezifiziert und damit ungenügend (act. 19 lit. a [S. 14]). Ausserdem ergebe sich schon aus dem Plan, welcher Bestandteil der Werkverträge bilde, dass der errechnete Anteil der Gesuchsgegnerin von 78.47 % viel zu hoch und willkürlich sei (act. 19 lit. b [S. 15]). Sodann seien die von der Gesuchstellerin geltend gemachten Daten der letzten Arbeiten bestritten; vielmehr sei der Belagseinbau im Mai 2017 fertiggestellt und beendet worden, was sich anhand von Fotos sowie der Abmahnung vom 23. Mai 2017 erstellen liesse (act. 19 lit. a [S. 17]; act. 20/10-16). Die Viermonatsfrist (Art. 839 Abs. 2 ZGB) sei vorliegend verpasst (act. 19 lit. c [S. 18]). Weiter gäbe es, so die Gesuchsgegnerin, keine "Einheit" zwischen den fraglichen Grundstücken (u.a. act. 19 lit. a und b [S. 18 f.]).

5.2. Rechtliches

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes 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 Bauhandwerkerpfandrechtes richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstückes, auch wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind. Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigen-

tümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet (Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB).

Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechtes, 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 Pfandrechtes darf nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechtes ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 86 I 265 E. 3; BGE 137 III 563 E. 3.3; BGE 102 Ia 86; BGE 112 Ib 484; Urteil des Bundesgerichts 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1394 ff. bzw. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl., 2011, N. 609 ff.; ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 101(1982) II Halbband S. 158, ZR 79 [1980] Nr. 80 S. 152 E. 1).

5.3. Würdigung

Für die von ihr geltend gemachten Arbeiten hat die Gesuchstellerin verschiedene werkvertragliche Grundlagen (vgl. act. 3/2-4 und act. 3/25-32) sowie u.a. Tages- bzw. Arbeitsrapporte (vgl. act. 3/14-17; act. 3/25-32) vorgelegt und nachvollziehbar das Vorhandendsein der notwendigen Voraussetzungen (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 839 Abs. 2 ZGB) glaubhaft gemacht. Unklar ist, ob die Gesuchstellerin die von ihr unter dem Werkvertrag Nr. 4210 geltend gemachte Restanz in Höhe von CHF 2'047.55 auf das Grundstück der Gesuchsgegnerin bezieht, was allerdings offen bleiben kann, nachdem nicht erkennbar ist, dass dieser Betrag im Rechtsbegehren überhaupt noch geltend gemacht wird, so wurde denn die Eintragung begehrt für CHF 70'208.30 unter dem Werkvertrag Nr. 4210-2 sowie CHF 116'780.10 ausschliesslich für Nachtragsarbeiten unter dem Werkvertrag Nr. 4210 (=CHF 186'988.40). Die geltend gemachte Zinsforderung hat die Gesuchstellerin hinreichend glaubhaft gemacht und belegt (vgl. act. 1 Rz. 30 ff.).

Die Gesuchsgegnerin stützt sich demgegenüber im Wesentlichen auf folgende Einwände gegen die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts: (i) die Mangel-

haftigkeit der Arbeiten, (ii) die unzureichende Aufteilung der Arbeiten auf die entsprechenden Grundstücke, (iii) die Nichteinhaltung der Viermonatsfrist sowie (iv) Bestand und (Mehr-)Umfang der Forderung und schliesslich bestreitet sie (v) die Zinsforderung im Grundsatz.

(i) Auch die Gesuchsgegnerin behauptet nicht, dass die Mangelfreiheit eine Voraussetzung der Eintragung eines entsprechenden Bauhandwerkerpfandrechtes ist. Die angeblichen Mängel wurden von ihr im Übrigen auch gar nicht substantiiert behauptet und können somit aus dem Bilde bleiben.

(ii) Zum Einwand der unzureichenden Aufteilung der Arbeiten auf die jeweiligen Grundstücke: Die Frage der Aufteilung stellt sich zur Hauptsache auf die unter dem Werkvertrag Nr. 4210-2 geltend gemachte Vergütungsforderung, wo die Gesuchstellerin für D._____/1 eine Vergütung im Verhältnis der Flächen geltend macht; hinsichtlich Werkvertrag Nr. 4210 liegt jedenfalls eine ausdrückliche Bezeichnung der tatsächlichen Arbeiten für das Grundstück der Gesuchsgegnerin vor (vgl. act. 1 Rz. 26), was von der Gesuchsgegnerin wohl an sich nicht in Frage gestellt wird, mindestens aber nicht (substantiiert) bestritten wurde (vgl. act. 19: "ad Ziff. 2.2 lit. e" [S. 20]). Wie die Gesuchsgegnerin zu Recht vorbringt, sind die geleisteten Arbeiten grundsätzlich präzise einem Grundstück zuzuordnen (vgl. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 837 ff.; BSK ZGB II-THURNHERR, 5. Aufl. 2015, Art. 839/840 N. 18), was an sich die Unzulässigkeit einer schematischen Aufteilung nach Prozenten indiziert. Die genaue Prüfung dieser Aufteilung bleibt gleichwohl dem Hauptsacheverfahren vorbehalten; zumindest hat die Gesuchstellerin, wenn auch nach dem Verhältnis der Flächen, eine Aufteilung vorgenommen. Unbestrittenermassen handelt es sich vorliegend um eine Gesamtüberbauung – auch wenn die Gesuchsgegnerin eine "Einheit" in Abrede stellt – für welche die Gesuchstellerin im Wesentlichen diverse Gärtner- bzw. Umgebungsarbeiten geleistet hat (vgl. hierzu auch SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 841). In Übereinstimmung mit den gesetzlichen Voraussetzungen kann die vorläufige Eintragung nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechtes ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist, wovon hier keine Rede sein kann. Ebenso wenig vermag allein der Hinweis

der Gesuchsgegnerin auf die bezeichneten Pläne (vgl. act. 19 lit. b [S. 15]) so-
gleich die Argumentation der Gesuchstellerin zu widerlegen.

(iii) Zur behaupteten Nichteinhaltung der Viermonatsfrist: Für die in Frage stehen-
den Arbeiten bzgl. der Häuser 2-5 führt die Gesuchstellerin entsprechende Tages-
rapporte (vgl. act. 3/14-17) mit Datum jeweils im Oktober 2017 an. Unabhängig
von den genauen Daten wäre jedenfalls die Viermonatsfrist ab Oktober 2017 bis
zur vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Verfügung
des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 22. Dezember 2017 (act. 4) offen-
sichtlich eingehalten. Nach Ansicht der Gesuchsgegnerin seien die fraglichen Ar-
beiten allerdings bereits viel früher, im Mai/Juni 2017, fertig gestellt worden. Für
ihren Standpunkt führt sie diverse Unterlagen an, u.a. eine Mängelliste (act. 20/3),
E-Mail Korrespondenz (act. 20/4-6), ein Schreiben bzgl. "Ultimative Abmahnung"
(act. 20/7) sowie diverse Fotos (act. 10-15) und eine "Abmahnung" an die Subun-
ternehmerin (act. 20/16). Abgesehen davon, dass in der Gesuchsantwort selber
substantiierte Behauptungen fehlen, lässt sich der – nach eigenen Angaben erst
am 22. Januar 2018 erstellten – "Mängelliste" nichts Relevantes entnehmen, feh-
len doch schon jegliche Hinweise auf entsprechende Daten. Auch die angeführte
E-Mail Korrespondenz vermag keine klaren Hinweise auf eine frühere Vollendung
der entsprechenden Arbeiten zu erbringen – im Gegenteil lassen die Ausführun-
gen (act. 20/5: "*Noch offene Pendenzen*") teilweise sogar eher darauf schliessen,
dass die Arbeiten noch nicht beendet waren. Die "Ultimative Abmahnung" datiert
sodann vom 27. November 2017, was augenscheinlich nicht gegen eine Vollen-
dung der Arbeiten im Oktober 2017 spricht. Hinsichtlich der ins Recht gelegten
Fotos fehlen bereits substantiierte Behauptungen und die Verknüpfung mit den
entsprechenden Bildern, sodass unklar bleibt, welches Bild überhaupt welche
Tatsache belegen soll. Schliesslich ist auch nicht nachvollziehbar, was die Ge-
suchsgegnerin aus der Abmahnung gegenüber der Subunternehmerin
(act. 20/16) für sich ableiten will. Der Gesuchsgegnerin gelingt es zusammenfas-
send nicht, die glaubhaft gemachte Einhaltung der Viermonatsfrist zu erschüttern.

(iv) Ebenso wie die Frage der Mängelhaftung wird die Frage der effektiven Werklohnforderung, d.h. das Verhältnis zwischen Pauschalpreis und Auf- und Mehrpreis, erst im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens definitiv zu klären sein.

(v) Gegen die Zinsforderung bringt die Gesuchsgegnerin lediglich pauschal vor, diese sei nicht gegeben, da die Eintragung abzuweisen sei. Damit kann die Gesuchsgegnerin die Darstellungen der Gesuchstellerin nicht ernsthaft in Frage stellen; die geforderte Zinsforderung ist einstweilen glaubhaft gemacht.

5.4. Fazit

Alles in allem hat die Gesuchstellerin ausreichend glaubhaft gemacht, dass sie auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin die entsprechenden Arbeiten geleistet hat und dass seit der Vollendung der Arbeiten noch keine vier Monate verstrichen sind (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 839 Abs. 2 ZGB). Damit sind die Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zzgl. Verzugszins glaubhaft gemacht.

6. Prosequierung

Ausgangsgemäss ist der Gesuchstellerin Frist zur Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts anzusetzen. Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 5A_82/2016 vom 16. August 2017 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

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 186'988.40 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 6'500.– festzusetzen ist.

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 von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 10'500.– zuzusprechen (einen Mehrwertsteuer-Zuschlag hat die Gesuchsgegnerin nicht beantragt).

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 22. Dezember 2017 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses
auf Liegenschaft D._____ / 1
E-GRID CH 2,
für eine Pfandsumme von CHF 186'988.40 nebst Zins zu 5 % auf CHF 115'515.10 seit 19. September 2017.

2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 8. Juni 2018 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 6'500.–.
Die weiteren Kosten betragen: CHF 40.– (Rechnung Nr. 500401294 des Grundbuchamtes C._____ vom 31. Dezember 2017; act. 7).
Allfällige weitere Kosten 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 10'500.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage eines Doppels von act. 30 und act. 31, 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 186'988.40.

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

Zürich, 6. April 2018

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Christian Markutt