

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr. HE140402-O/

U/ee

Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, sowie der Gerichtsschreiber Dr. Thomas Steininger

## Urteil vom 25. März 2015

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **AG,**

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei zugunsten des Gesuchstellers und zulasten der im Eigentum der Gesuchsgegnerin stehenden Liegenschaft Kat.-Nr. ..., GBl. ..., C. \_\_\_\_\_ ..., ... [PLZ] D. \_\_\_\_\_, zunächst superprovisorisch und hernach vorläufig i.S.v. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ein Pfandrecht gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB von CHF 441'200.35 zuzüglich 5% Zins seit 07. November 2014 im Grundbuch einzutragen und das Grundbuchamt E. \_\_\_\_\_ entsprechend anzuweisen;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

**revidiertes Rechtsbegehren:**

(act. 17 S. 2)

- "1. Es sei zugunsten des Gesuchstellers und zulasten der im Eigentum der Gesuchsgegnerin stehenden Liegenschaft Kat.-Nr. ..., GBl. ..., C. \_\_\_\_\_ ..., ... D. \_\_\_\_\_, vorläufig i.S.v. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ein Pfandrecht gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB von CHF 324'346.80 zuzüglich 5% Zins seit 07. November 2014 im Grundbuch einzutragen und das Grundbuchamt E. \_\_\_\_\_ entsprechend anzuweisen;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

**Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

1. Prozessverlauf

Das vorliegende Verfahren wurde mit Eingabe vom 7. November 2014 (Datum Poststempel) hierorts anhängig gemacht (act. 1). Mit Verfügung vom 10. November 2014 wurde dem klägerischen Gesuch um Eintragung eines Pfandrechts zulasten des im Rechtsbegehren genannten Grundstücks der Beklagten – einstweilen ohne diese anzuhören – stattgegeben, und das Grundbuchamt E. \_\_\_\_\_ wurde angewiesen, das Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig erging die Aufforderung an die Beklagte, zum klägerischen Begehren Stellung zu nehmen (Prot. S. 3 f.; act. 4). Die Frist wurde aufgrund eines Fristerstreckungsge-

suchs letztmals bis zum 22. Dezember 2014 erstreckt (act. 8/1). Die nämliche Frist wurde der Beklagten angesetzt, um sich zur Eingabe des Klägers vom 20. November 2014 (act. 9) zu äussern (Prot. S. 6; act. 10). Mit Eingabe vom 19. Dezember 2014 nahm die Beklagte Stellung (act. 12 und act. 13/1-8). Diese wurde mit Verfügung vom 29. Dezember 2014 dem Kläger zugestellt, und es wurde ihm Frist zur Stellungnahme angesetzt (Prot. S. 7; act. 14). Mit Eingabe vom 15. Januar 2015 nahm dieser fristgerecht Stellung (act. 17), welche mit Verfügung vom 16. Januar 2015 der Beklagten zugestellt wurde (Prot. S. 8; act. 18). Hierzu nahm die Beklagte mit Eingabe vom 5. Februar 2015 (act. 20) wiederum Stellung, welche dem Kläger am 9. Februar 2015 zugestellt wurde (Prot. S. 9).

## 2. Parteibehauptungen

### 2.1. Kläger

2.1.1. Der Kläger beantragte zu Beginn des Verfahrens superprovisorisch die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf der Liegenschaft Kat.-Nr. ..., GBBL. ..., C.\_\_\_\_\_ ..., ... D.\_\_\_\_\_ für die Pfandsumme von CHF 441'200.35 zuzüglich 5 % Zins seit 07. November 2014 (act. 1 S. 2), reduzierte die Summe jedoch mit Eingabe vom 15. Januar 2015 auf CHF 324'346.80 zuzüglich 5 % Zins seit 07. November 2014 (act. 17 S. 2).

2.1.2. Zur Begründung seines Anspruchs macht der Kläger im Wesentlichen geltend, dass die Beklagte Eigentümerin einer Liegenschaft sei, an welcher er Gipser- und Stuckaturarbeiten gemäss Werkvertrag vom 2./12./19. August 2013 sowie entsprechenden Nachträgen ausgeführt habe; überwiegend nach Ausmass und teilweise nach Aufwand (Regie). Er habe diese Arbeiten fach- und termingerecht bis Ende Juli 2014, sicher noch am 23. Juli 2014, ausgeführt. Am 16. September 2014 habe er der Beklagten die Schlussabrechnung über CHF 441'200.35 gestellt. Diese beinhalte einen Saldo von CHF 101'179.05 für die Arbeiten nach Ausmass und einen Betrag von CHF 340'021.30 für Regiearbeiten (act. 1 Rz. 5-8). Eine Zahlung in diesem Umfang sei die Beklagte dem Kläger schuldig geblieben (act 1 Rz. 10).

2.1.3. Der bereits wiederholt seitens der Beklagten geltend gemachte Einwand, sie habe der Ausführung von Arbeiten nach Regieansätzen nicht zugestimmt, sei unbehelflich. Die Regierapporte seien stets von F.\_\_\_\_\_, dem Geschäftsführer der G.\_\_\_\_\_ GmbH, welche wiederum als Bauleitung die Beklagte vor Ort vertreten habe, unterzeichnet worden. Diese Unterzeichnungen müsse sich die Beklagte zurechnen lassen (act. 1 Rz. 9).

2.1.4. Mit Eingabe vom 20. November 2014 brachte die Klägerin dem Gericht zur Kenntnis, dass die Beklagte eine Zahlung in der Höhe von CHF 115'108.55 geleistet habe, welche am Tag der Eingabe vom 7. November 2014 auf dem klägerischen Konto gutgeschrieben worden sei und deshalb zum damaligen Zeitpunkt noch nicht habe berücksichtigt werden können. Es bestünde daher nur noch eine Pfandhaft für CHF 326'091.80 nebst Zins zu 5 % seit 7. November 2014 (act. 9).

2.1.5. Mit Eingabe vom 15. Januar 2015 reduzierte die Klägerin die angebehrte Pfandsumme erneut auf CHF 324'346.80 und stellte den Antrag, die Kosten- und Entschädigungsfolgen betreffend die im Umfang von CHF 115'108.55 bestehende Gegenstandslosigkeit sowie bezüglich der im Umfang von CHF 1'745.00 "allenfalls erfolgenden teilweise Abweisung" aus prozessökonomischen Gründen dem Richter der Hauptsache vorzubehalten (act. 17 S. 2, Rz. 5). Der Kläger bestritt nicht, dass die Prozessentschädigung zugunsten der Beklagten in der Höhe von CHF 1'745.00 für das Verfahren vor dem Bezirksgericht Horgen abzuziehen sei (act. 17 Rz. 4).

## 2.2. Beklagte

2.2.1. Die Beklagte beantragt die Abweisung des klägerischen Gesuchs vom 7. November 2014 im Betrag von CHF 1'745.-- sowie die Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit im Betrag von CHF 115'108.55. Für den Fall der (teilweisen) Gutheissung des klägerischen Gesuchs vom 7. November 2014 sei die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge dem Richter in der Hauptsache vorzubehalten (act. 12 S. 2). Die Beklagte bestätigt zwar einen Vertragsschluss über Maler- und Gipserarbeiten, bestreitet jedoch, dass der Kläger sein Soll fach- und termingerecht erbracht habe. Dem Kläger stehe daher keine Restforderung in der

Höhe von CHF 441'200.35 mehr zu. Die Beklagte sei ihren Pflichten vollumfänglich nachgekommen, was sie jedoch im Rahmen des vorliegenden Summarverfahrens nicht mittels Urkunden beweisen könne (act. 12 Rz. 1-4).

2.2.2 Im Betrag von CHF 115'108.55 habe die Beklagte die streitgegenständliche Forderung erfüllt. Diese aus Sicht der Beklagten abschliessende Zahlung habe sie dem Kläger bereits vorgängig angekündigt. Da der Kläger den Eingang der Zahlung per 7. November 2014 nachträglich bestätigt habe, sei das Verfahren in diesem Betrag als gegenstandslos abzuschreiben (act. 12 Rz. 13). Zudem stünde der Beklagten eine rechtskräftig beurteilte Prozessentschädigung aus einem früheren Verfahren vor dem Bezirksgericht Horgen in der Höhe von CHF 1'745.-- zu (act. 12 Rz. 14 f.). Bereits am 29. Oktober 2014 habe die Beklagte über diesen Betrag Verrechnung erklärt (act. 12 Rz. 20). Im den Betrag von CHF 116'853.55 übersteigenden Betrag enthalte sich die Beklagte eines formellen Abweisungsantrags, da sie den Nachweis des Nichtbestands der Forderung des Klägers im Rahmen des Summarverfahrens nicht abschliessend führen könne und die vom Kläger eingereichten Rechnungen der Glaubhaftmachung wohl genügen würden. Die vorläufige Eintragung sei daher im Maximalbetrag von CHF 324'346.80 zulässig (act. 12 Rz. 24 f.).

2.2.3. Die Gegenstandslosigkeit habe der Kläger verursacht, da er im Moment der Gesuchstellung der wiederholten Ankündigung der Beklagten, in Bälde die Schlusszahlung von CHF 115'108.55 zu leisten, die Zahlungseingänge nicht geprüft und daher überklagt habe. Es obläge einer sorgfältig prozessierenden Partei, den entscheiderelevanten Fakten per Einreichungsdatum umfassend Rechnung zu tragen. Da der Kläger zu 26.48 % unterliege, würde es sich rechtfertigen, in diesem Umfang die Kosten- und Entschädigungsfolgen für den abgewiesenen Betrag bereits im Massnahmeentscheid zu treffen. Soweit das Gesuch gutgeheissen werde, sei die Regelung der Prozesskosten dagegen dem Richter in der Hauptsache zu überlassen. Da der Kläger zudem ein Mehrwertsteuerpflichtiges Unternehmen führe, sei ein Mehrwertsteuerzuschlag auf eine Parteientschädigung nicht statthaft (act. 12 Rz. 27-31; act. 20 Rz. 3 f.).

### 3. Teilrückzug

Der Kläger reduzierte die mit Gesuch vom 7. November 2014 geltend gemachte Pfandsumme mit Eingabe vom 15. Januar 2015 auf CHF 324'346.80 (act. 17 S. 2). Es liegt folglich ein Teilrückzug im Umfang von CHF 116'853.55 vor. Demzufolge ist das Verfahren in diesem Betrag als durch Rückzug erledigt abzuschreiben (Art. 241 Abs. 3 ZPO).

### 4. Bestätigung der vorläufigen Eintragung im Restbetrag

#### 4.1. Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

4.1.1. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts für Forderungen von Handwerkern und Unternehmern, die zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks, selbst wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind (vgl. BGE 92 II 227; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, Rz. 869 ff.).

4.1.2. Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu geschehen und darf nur erfolgen, wenn die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist (Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB). Da bis zur rechtskräftigen gerichtlichen Feststellung von Pfandberechtigung und Pfandsumme in der Regel mehr als vier Monate vergehen, ist zum Schutz der Handwerker und Unternehmer die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vorgesehen. Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO obliegt es dem Handwerker oder Unternehmer als gesuchstellende Partei, seinen Pfandanspruch sowie dessen Gefährdung durch den drohenden Ablauf der Verwirkungsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB und damit auch die zeitliche Dringlichkeit glaubhaft zu machen, worüber das Gericht im summarischen Verfahren zu entscheiden hat (Art. 961 ZGB; Art. 248 lit. d sowie Art. 249 lit. d Ziff. 5 und 11 ZPO). Unter der "besonderen Dringlichkeit" ist insbesondere die zeitliche Dringlichkeit zu verstehen. Die-

ses Kriterium ist bereits erfüllt, wenn der baldige Ablauf der gesetzlichen (nicht erstreckbaren) Verwirkungsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB bevorsteht und deshalb der rasche Verlust des Pfandanspruchs droht (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl., Rz. 593, 599).

4.1.3. Geht es - wie im vorliegenden Verfahren - lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, so muss der Kläger sein Begehren nur *glaubhaft* machen. Die besondere Interessenlage gebietet dabei, dass an die Glaubhaftmachung keine strengen Anforderungen gestellt werden, weil die Bewilligung, sofern das Pfandrecht im nachfolgenden ordentlichen Prozess nicht anerkannt wird, für den Grundeigentümer nur eine vorübergehende Belastung seiner Liegenschaft zur Folge hat, die er zudem durch Leistung einer hinreichenden Sicherheit vermeiden kann (Art. 839 Abs. 3 ZGB). Demgegenüber kann ein fälschlicherweise verweigerter Eintrag in der Regel nicht mehr nachgeholt werden, weil der Baugläubiger das Pfandrecht wegen der kurzen Verwirkungsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB im Falle der Verweigerung der vorläufigen Eintragung endgültig verliert, da die Frist in der Zwischenzeit meist abgelaufen sein wird. 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 bzw. die aufgrund einer superprovisorischen Verfügung bereits erfolgte vorläufige Eintragung zu bestätigen und der Entscheid über die Berechtigung des Baupfandrechts dem Hauptprozess betreffend definitive Eintragung zu überlassen (BGE 86 I 265 E. 3 S. 268; BGE 102 Ia 81 E. 2.b.bb S. 268; BGE 112 Ib 482 E. 3.b S. 483; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., Rz. 1394 ff.).

4.1.4. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die vom Kläger behaupteten, für einen Pfandanspruch erforderlichen Tatsachen glaubhaft gemacht sind.

#### 4.2. Beklagte ist Grundeigentümerin

Beklagte Partei bei Begehren um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist stets die Grundeigentümerin. Keine Rolle spielt dabei, wer dem Unternehmer den Auftrag zum Bauen erteilt hat. Da der Kläger behauptet, Gipser- und Stuckaturar-

beiten im Zusammenhang mit den im Alleineigentum der Beklagten stehenden Grundstück (Prot. S. 2) erbracht zu haben, ist die Passivlegitimation der Beklagten gegeben.

#### 4.3. Pfandgeschützte Bauleistung

Der Kläger macht, wie bereits ausgeführt, geltend, er habe pfandgeschützte Bauleistungen erbracht, indem er gestützt auf den Werkvertrag vom 2./12./19. August 2013 sowie entsprechenden Nachträgen auf dem Grundstück der Beklagten Gipser- und Stuckaturarbeiten ausführt habe; überwiegend nach Ausmass und teilweise nach Aufwand (Regie). Gipser- und Stuckaturarbeiten sind offenkundig Bauleistungen, welche den Unternehmer grundsätzlich zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigten. Dies wird durch die Beklagte auch nicht bestritten. Die im Streit liegenden Arbeiten betreffen nach dem klägerischen Teilrückzug einzig Regiearbeiten. Als Beweis dafür, dass solche Regiearbeiten erbracht worden seien, offeriert der Kläger die "Schlussabrechnung Regiearbeiten" vom 16. September 2014 (act. 3/7). Diese fasst Regiearbeiten zusammen, welche im Zeitraum zwischen dem 25. September 2013 und dem 23. Juli 2014 erbracht worden seien. Die Arbeiten wurden in zwölf Zusammenstellungen erfasst. Bei jeder findet sich ein Hinweis auf die der Zusammenstellung zugrundeliegenden Rapporte. Als Beispiel legt der Kläger die Zusammenstellung der Regierapporte vom 23. Juli 2014 (act. 3/4) ins Recht. Der Kläger kann hiermit erfolgreich glaubhaft machen, dass er entsprechende pfandgeschützte Regiearbeiten auf dem Grundstück der Beklagten zwischen dem 24. Juni 2014 und dem 23. Juli 2014 erbracht hat. Auch dies wird von der Beklagten nicht grundsätzlich bestritten. Sie bestreitet lediglich, dass der Kläger sein Soll fach- und termingerecht erbracht habe. Da dies nicht der Fall sei, stehe dem Kläger auch keine Restforderung mehr zu. Sie räumt jedoch selbst ein, dass sie dies im Rahmen des vorliegenden Summarverfahrens nicht mittels Urkunden beweisen könne (act. 12 Rz. 1-4).

#### 4.4. Pfandsumme

4.4.1. Nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB wird die Pfandsumme durch die vertragsgemässe Vergütungsforderung des Unternehmers bestimmt. Die Vergütung wird im Austausch mit Bauarbeiten geleistet. Ob der Unternehmer Anspruch auf ein Entgelt für die Bauarbeiten besitzt, beurteilt sich nach dem vereinbarten Vertragsinhalt (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., Rz. 440 f.).

4.4.2. Die Parteien haben - zusammen mit der Bauleitung - unbestrittenermassen einen Werkvertrag abgeschlossen. Darin verpflichtete sich der Kläger zur Leistung von "Gipserarbeiten: Trockenbau Wände", "Deckenbekleidungen aus Gipsplatten" sowie "Gipserarbeiten: Innenputz und Stukkaturen" zu einem Nettowerkpreis von CHF 457'022.10 (act. 3/3, S. 1, 10). Unter den zu erbringenden Arbeiten finden sich auch einige Arbeiten nach Aufwand (act. 3/3 S. 13, 19, 20). Die bereits erwähnte "Schlussrechnung Regiearbeiten" des Klägers weist eine Rechnungssumme von total CHF 340'021.30 aus (act. 3/7). Die Klägerin kann damit glaubhaft machen, dass sie Arbeiten im Umfang der von ihr angebehrten Summe von CHF 324'346.80 erbrachte, womit die Pfandsumme bestimmt ist. Der angebehrte Zins ist zwischen den Parteien unbestritten. Der Entscheid über das tatsächliche Bestehen der Vergütungsforderung des Klägers bleibt dem Hauptprozess im ordentlichen Verfahren vorbehalten. Die Frage, ob die Arbeiten erwiesenermassen im behaupteten Umfang erbracht und erforderlich waren und vertraglich tatsächlich geschuldet waren, ist im vorliegenden summarischen Verfahren nicht zu prüfen.

#### 4.5. Wahrung der Viermonatsfrist

4.5.1. Eine Voraussetzung für das Bauhandwerkerpfandrecht ist die Nichtverwirkung der viermonatigen Eintragungsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB. Für den Beginn der Viermonatsfrist ist auf die letzte verrichtete, objektspezifische Bauarbeit abzustellen, welche noch als Vollendungsarbeit gilt, was bedeutet, dass sie zur Vollendung unerlässlich sein muss (FREY, in: Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl. 2011, Art. 839

N 1). Gewahrt ist die Frist, wenn innerhalb der Viermonatsfrist mindestens eine vorläufige Eintragung in der Form einer Vormerkung im Tagebuch auf gerichtliche Anordnung hin erfolgt (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., Rz. 1099).

4.5.2. In der vom Kläger eingereichten Zusammenstellung der Regierapport vom 23. Juli 2014 (act. 3/4) werden Arbeiten des Klägers auf der beklagischen Liegenschaft aufgeführt. In den Rapporten findet sich als letzte Arbeit "Treppenhaus 1. OG - DG beschädigte Wände flicken" mit Datum vom 17. Juli [2014]. Der Kläger kann damit zumindest glaubhaft machen, dass er noch an diesem Datum Arbeiten auf der beklagischen Liegenschaft erbrachte, weshalb frühestens zu diesem Zeitpunkt von einer Vollendung des Werks auszugehen ist. Wurden die Arbeiten am 17. Juli 2014 vollendet, so wurde die gesetzliche Frist von vier Monaten gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB mit der einstweiligen vorläufigen Eintragung vom 10. November 2014 gewahrt.

#### 4.6. Fazit

Da sämtliche Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts erfüllt sind, ist die mit Verfügung vom 10. November 2014 (act. 4) erfolgte einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt E.\_\_\_\_\_ im Umfang von CHF 324'346.80 zu bestätigen.

#### 5. Prosequierungsfrist

Dem Kläger ist sodann Frist anzusetzen, um direkt beim zuständigen Gericht eine Klage auf Feststellung der Forderung als Pfandsomme und definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Beklagte anzuheben. Diese Prosequierungsfrist ist gerichtsüblich auf 60 Tage anzusetzen, wobei allfällige Gerichtsferien berücksichtigt werden. Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuchs (Art. 144 Abs. 2 ZPO). Dieses wird praxisgemäss in einem kostenpflichtigen Nachverfahren behandelt. Als zureichende Gründe für eine Fristerstreckung gemäss Art. 144 Abs. 2 ZPO werden nur entweder die Zu-

stimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe anerkannt.

## 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. 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 441'200.35 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr aufgrund des vergleichsweise erheblichen Begründungsaufwandes in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 13'000.-- festzusetzen ist.

6.2. Dem beklagischen Antrag, im Umfang des Teilrückzugs dem Kläger die Kosten definitiv aufzuerlegen, ist nicht zu entsprechen. Entgegen der Behauptung der Beklagten musste der Kläger im Zeitpunkt seiner Eingabe vom 7. November 2014 nicht damit rechnen, dass die Beklagte ihm die Teilwerklohnsumme von CHF 115'108.55 bereits überwiesen hätte. Das Schreiben der Bauleitung vom 27. Oktober 2014 (act. 13/6), welches eine Überweisung "in den nächsten Tagen" ankündigte, ist hierzu zu unbestimmt. Es kann vom Unternehmer nicht erwartet werden, dass er jeden Tag seine Kontoeingänge überprüft. Zudem, und dies ist wesentlich, relativierte der beklagische Anwalt mit seinem Schreiben vom 29. Oktober 2014 selbst dasjenige der Bauleitung vom 27. Oktober 2014, indem er zwar einen Schlussaldo zugunsten des Klägers in der Höhe von CHF 115'108.55 festhielt, jedoch keine baldige Zahlung dieser Summe in Aussicht stellte, sondern dem Kläger Gesprächstermine anbot, um sich in der Angelegenheit zu einigen (act. 13/6). Überdies drohte im selbigen Zeitpunkt der Ablauf der viermonatigen Verwirkungsfrist. Es ist mithin nachvollziehbar, dass der Kläger im Zeitpunkt des 7. Novembers 2014 auch für die Teilwerklohnsumme von CHF 115'108.55 ein Pfandrecht an der beklagischen Liegenschaft beantragte.

6.3. Über den Pfandanspruch des Klägers ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob die Klägerin endgültig obsiegt. Daher rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren lediglich eine einstwei-

lige Kostenregelung zu treffen. Dies gilt im Sinne einer einheitlichen Kostenregelung auch für den Umfang des Teilrückzugs, insbesondere, da im Zuge des vorliegenden Verfahrens noch nicht abschliessend geklärt werden kann, welche Partei das Überklagen zu verantworten hat. Gemäss Praxis des Handelsgerichtes Zürich sind die Gerichtskosten daher im Verfahren betreffend die vorläufige Eintragung des Pfandrechts vom Kläger zu beziehen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt.

6.4. Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass der Kläger seinen Anspruch jedoch nicht prosequieren sollte, ist der Beklagten in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von CHF 11'100.-- zuzusprechen.

6.5. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Prozessentschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen (ZR 104 [2005] Nr. 76, SJZ 101 [2005] 531 ff.).

#### **Das Einzelgericht erkennt:**

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt E. \_\_\_\_\_ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 10. November 2014 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 3 einzuleitenden Prozesses  
auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ...,  
C. \_\_\_\_\_ ..., ... D. \_\_\_\_\_,  
für eine Pfandsumme von CHF 324'346.80 nebst Zins zu 5 % seit  
7. November 2014.
2. Das Grundbuchamt E. \_\_\_\_\_ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung vom 10. November 2014 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht –

nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils – im darüber hinausgehenden Umfang (CHF 116'853.55) zu löschen.

3. Dem Kläger wird – auch unter Berücksichtigung allfälliger Gerichtsferien – eine einmalige Frist bis 10. Juni 2015 angesetzt, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Beklagte anzuheben, unter der Androhung, dass ansonsten Verzicht auf das Pfandrecht angenommen wird und die Beklagte beim Grundbuchamt E.\_\_\_\_\_ die Löschung der vorläufigen Eintragung (Dispositiv-Ziffer 1) verlangen kann.
4. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 13'000.--.
5. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 4 werden vom Kläger vorläufig bezogen. Vorbehalten bleibt hier der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass der Kläger innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 3 die Klage nicht anhängig macht, werden ihm die Kosten definitiv auferlegt.
6. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt der Kläger jedoch die ihm in Dispositiv-Ziffer 3 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird er verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 11'100.-- zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie nach Rechtskraft an das Grundbuchamt E.\_\_\_\_\_.
8. 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 441'200.35.

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

Zürich, 25. März 2015

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Thomas Steininger