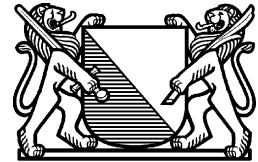


# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE190271-O

U/jo

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie Gerichtsschreiber Rudolf Hug

## Urteil und Verfügung vom 18. Oktober 2019

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**  
Gesuchstellerin

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

gegen

**B.\_\_\_\_\_,**  
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt M.A. HSG in Law and Economics Y1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y2.\_\_\_\_\_

sowie

**C.\_\_\_\_\_ (INVEST) AG,**  
prozessführende Streitberufene

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Z2.\_\_\_\_\_

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2 f.)

- "1. Es sei das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_-Strasse ..., D.\_\_\_\_\_  
zuerst telefonisch und per E-Mail sowie dann schriftlich anzuweisen, vorsorglich ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Forderung der Gesuchstellerin von CHF 1'245'175.63 nebst Zins zu 5% seit 15. Oktober 2019 auf dem Grundstück der Gesuchgegnerin D.\_\_\_\_\_, Kataster Nummer 1, Grundbuchblatt 2, EGRID CH3, einzutragen.
2. Es sei das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_-Strasse, D.\_\_\_\_\_  
zuerst telefonisch und per E-Mail sowie dann schriftlich anzuweisen, vorsorglich ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Forderung der Gesuchstellerin von CHF 81'974.58 nebst Zins zu 5% seit 15. Oktober 2019 auf dem Grundstück der Gesuchgegnerin D.\_\_\_\_\_, Kataster Nummer 4, Grundbuchblatt 5, EGRID CH6, einzutragen.
3. Es sei das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_-Strasse, D.\_\_\_\_\_  
zuerst telefonisch und per E-Mail sowie dann schriftlich anzuweisen, vorsorglich ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Forderung der Gesuchstellerin von CHF 182'643.50 nebst Zins zu 5% seit 15. Oktober 2019 auf dem Grundstück der Gesuchgegnerin D.\_\_\_\_\_, Kataster Nummer 7, Grundbuchblatt 8, EGRID CH9, einzutragen.
4. Es sei das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_-Strasse, D.\_\_\_\_\_  
zuerst telefonisch und per E-Mail sowie dann schriftlich anzuweisen, vorsorglich ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Forderung der Gesuchstellerin von CHF 33'309.86 nebst Zins zu 5% seit 15. Oktober 2019 auf dem Grundstück der Gesuchgegnerin D.\_\_\_\_\_, Kataster Nummer 10, Grundbuchblatt 11, EGRID CH12, einzutragen.
5. Den Anträgen Ziffer 1 bis und mit 4 hiavor seien als superprovisorische Massnahme vorsorglich sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei zu entsprechen.
6. Es sei der Gesuchstellerin eine Frist von 4 Monaten, gerechnet ab Rechtskraft des Entscheides betreffend vorläufiger Vormerkung anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes gemäss Ziffern 1 bis und mit 4 hiavor zulasten der Grundstücke der Gesuchgegnerin einzureichen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen plus MWST zulasten der Gesuchgegnerin."

## **Erwägungen:**

### 1. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin überbrachte dem hiesigen Einzelgericht ihr Gesuch am 17. Juli 2019 um 13.20 Uhr (act. 1, act. 2 und act. 3/2-68). Das Gesuch um superprovisorische Eintragung wurde mit Verfügung vom 17. Juli 2019 betreffend die Rechtsbegehren 1-3 gutgeheissen, während das Rechtsbegehren 4 infolge bereits vorhandener Belastung der Miteigentumsanteile des im Begehren 4 genannten Stammgrundstückes abgewiesen wurde (act. 4). Innert mit selbiger Verfügung angesetzter und mehrfach erstreckter Frist nahm die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 3. Oktober 2019 (Datum Poststempel) samt Beilage Stellung (act. 17 und act. 18). In ihrer Stellungnahme verkündete die Gesuchsgegnerin der C.\_\_\_\_\_ (INVEST) AG den Streit und verwies im Übrigen auf deren Eingabe, welche diese ebenfalls am 3. Oktober 2019 (Datum Poststempel) samt Beilagen (act. 19, act. 20 und act. 21/1-55) hier einreichte.

### 2. Prozessführende Streitberufene

2.1. Die Gesuchsgegnerin und die C.\_\_\_\_\_ (INVEST) AG beantragten in ihren Eingaben übereinstimmend die Übernahme der Prozessführung durch die C.\_\_\_\_\_ (INVEST) AG im Sinne von Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO an Stelle der Gesuchsgegnerin (act. 17 S. 1 und act. 20 S. 2).

2.2. Die streitberufene Partei kann anstelle der Partei, die ihr den Streit verkündet hat, mit deren Einverständnis den Prozess führen (Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO). Nach hiesiger Praxis führt dies nicht zu einem Parteiwechsel, und die Gesuchsgegnerin ist weiterhin als solche im Rubrum aufzuführen, jedoch ist sie darauf hinzuweisen, dass sie den Prozess nicht mehr aktiv führen kann, sondern nun die Streitberufene mit der Prozessführung betraut ist (OGer ZH PP140001 vom 6. Juni 2014, ZR 113/2014 Nr. 52 E. 3 S. 168-170; HGer ZH HG120163 vom 6. Dezember 2012, ZR 111/2012 Nr. 95 E. 3.6 S. 274-275). Es ist vorzumerken, dass fortan die Streitberufene den Prozess anstelle der Gesuchsgegnerin als prozessführende Streitberufene führt und dass die Gesuchsgegnerin aus der Prozessführung ausgeschieden ist.

### 3. Sachverhaltsübersicht

Die Gesuchsgegnerin (zugleich Grundeigentümerin, vgl. act. 3/8-11) schloss mit der prozessführenden Streitberufenen (Bauherrin) am 1. September 2016 einen Totalunternehmer-Werkvertrag zwecks Erstellung des Bauwerkes "C.\_\_\_\_\_" an der F.\_\_\_\_\_-Strasse ...-... in D.\_\_\_\_ ab (act. 18). Die im Zuge dessen beauftragte Generalunternehmerin G.\_\_\_\_ AG schloss ihrerseits mit der Gesuchstellerin am 27. März 2017 den Werkvertrag Nr. 2011 nach SIA 118 betreffend Baugrubenaushub auf den Grundstücken der Gesuchsgegnerin ab (vgl. act. 3/3). Infolge Auflösung des Vertrages zwischen der Streitberufenen und der der G.\_\_\_\_ AG trat die Streitberufene in den Vertrag zwischen der G.\_\_\_\_ AG und der Gesuchstellerin ein (vgl. act. 1 Rz. 5). Da die Gesuchstellerin behauptet, ihre Forderungen gegenüber der Streitberufenen seien teilweise nicht beglichen worden, beantragt sie die provisorische Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten auf den Grundstücken der Gesuchsgegnerin (vgl. act. 1).

### 4. Voraussetzungen des Bauhandwerkerpfandrechts

4.1. Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes für die Forderungen hat der Handwerker oder Unternehmer, der auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen *Material und Arbeit* oder *Arbeit allein* geliefert hat (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Der Anspruch auf Errichtung des Bauhandwerkerpfandrechtes richtet sich gegen den 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 Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet (Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB).

4.2. 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. Im Zweifelsfalle ist die vorläufige Eintragung zu be-  
willigen und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechtes dem  
ordentlichen Gericht vorzubehalten. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsi-  
cherer Rechtslage (BGE 86 I 265 E. 3; BGE 137 III 563 E. 3.3; BGE 102 Ia 86;  
BGE 112 Ib 484; BGer 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.,  
ZR 79/1980 Nr. 80 S. 152 E. 1).

#### 5. Legitimation: Pfandgläubiger und Pfandschuldner

5.1. Pfandgläubiger ist ursprünglich immer der Unternehmer, der Bauarbeiten  
zugunsten des Grundstücks des Pfandschuldners erbracht hat (SCHUHMACHER,  
a.a.O., N 511, 530). Pfandschuldner ist demgegenüber der Grundeigentümer des  
Baugrundstücks (BGE 134 III 147 E. 4.3 S. 150).

5.2. Es ist unbestritten, dass die Gesuchstellerin auf den Grundstücken der Ge-  
suchsgegnerin pfandberechtigte Arbeiten ausgeführt hat, sowie, dass die Ge-  
suchsgegnerin Alleineigentümerin der streitgegenständlichen Grundstücke ist  
(Liegenschaften Kat. Nr. 1, GBBl. 2, Kat. Nr. 4, GBBl. 5, Kat. Nr. 7, GBBl. 8,  
Kat. Nr. 10, GBBl. 11, alle in D.\_\_\_\_\_, vgl. act. 3/8-11 [fortan zitiert als Parzellen  
Nr. 1, 4, 7 und 10]). Die Gesuchstellerin ist damit aktiv- und die Gesuchsgegnerin  
passivlegitimiert.

#### 6. Pfandforderung und -berechtigung

6.1. Die Gesuchstellerin macht zusammengefasst geltend, insgesamt seien aus  
dem Werkvertrag Forderungen über CHF 1'970'585.24 unbezahlt geblieben  
(act. 1 Rz. 15), wobei aufgrund einer Doppelzahlung der Gesuchsgegnerin über  
CHF 292'000.– eine Tilgung in diesem Umfang einstweilen akzeptiert würde  
(act. 1 Rz. 16). Ausserdem würde die in der Rechnung Nr. 4022 (Aufwand Pfahl-  
sanierung) ausgewiesene Forderung über CHF 560'886.40 im reduzierten Um-  
fang von CHF 425'404.80 geltend gemacht (act. 1 Rz. 20). Aus den Ausführungen  
der Gesuchstellerin ergibt sich somit, dass sie ein Pfandrecht für eine Forderung

von CHF 1'543'103.57 verlangt, bestehend aus CHF 499'311.65 (Schlussrechnung Nr. 4111 vom 9. Mai 2019 "Restbetrag aus Hauptauftrag"), CHF 39'170.50 (Rechnung Nr. 4150 vom 15. Juli 2019 "Restbetrag aus Hauptauftrag unter Berücksichtigung SR 4111"), CHF 158'446.40 (Schlussrechnung Nr. 4084 vom 26. April 2019 "Nachtrag 4 Kanalisation"), CHF 29'321.70 (Schlussrechnung Nr. 4085 vom 26. April 2019 "Nachtrag 4.1K Ausgraben Pump- und Abwasser-schächte"), CHF 9'516.15 (Schlussrechnung Nr. 4096 vom 6. Mai 2019 "Nachtrag 19 Projektänderung Kalkschotter"), CHF 486.81 (Schlussrechnung Nr. 4091 vom 26. April 2019 "Nachtrag 24 gelbe Wanne Etappe 1"), CHF 15'857.– (Schlussrechnung Nr. 4101 vom 6. Mai 2019 "Nachtrag 32 Projektänderung r2"), CHF 169'459.70 (Schlussrechnung Nr. 4094 vom 26. April 2019, Nachträge 35, 36, 38, 40, 41, 43, 44 Teile 1-3), CHF 37'112.44 ("Korrektur Nachtrag 38 Materialersatz" vom 7. Mai 2019), CHF 425'404.80 (reduzierte Schlussrechnung Nr. 4022 vom 31. Dezember 2018 "Aufwand Pfahlsanierung"), CHF 153'439.65 (Schlussrechnung 4021 vom 31. Dezember 2018 "Beschädigte Spundbohlen") sowie CHF 141'611.40 (Schlussrechnung 4023 vom 31. Dezember 2018 "Aufwand Elektrosanierung"), abzüglich CHF 136'034.65 (Restbetrag aus der Verrechnungsforderung von CHF 292'000.– der Streitberufenen im Umfang, als die Verrechnungsforderung durch die Gesuchstellerin nicht bereits als getilgt erachtet wird; vgl. act. 1 Rz. 15, 17, 20, 26 sowie die Aufstellung auf act. 1 S. 23). Die Gesuchstellerin macht geltend, all diese Leistungen seien im Rahmen des Werkvertrages Nr. 2011 geleistet worden (act. 1 Rz. 15).

6.2. Die prozessführende Streitberufene äussert sich in ihrer Stellungnahme zu den vorerwähnten Rechnungen (vgl. act. 20 Rz. 32-34, 36-38, 46 f., 60-62, 65, 77 f., 84-87, 90-92 und 95 f.). Die Ausführungen beschränken sich jedoch im Wesentlichen auf den Beschrieb, welche Leistungen jeweils verrechnet worden seien sowie auf Anmerkungen dazu, dass diese Leistungen vor dem 17. April 2019 und damit vor Beginn der Eintragungsfrist beendet worden seien bzw. dass es sich um Mehrvergütungen handeln würde, die keine zusätzlichen Arbeiten erfordert haben würden. Zudem bringt die Streitberufene vor, dass der einen Hälfte der gesuchstellerischen Forderung eine Gegenforderung in ungefähr derselben Höhe gegenüberstehen würde, sowie, dass es sich bei der anderen Hälfte der gesuchstel-

lerischen Forderung um vergütungsfreie Nachbesserungsarbeiten infolge ordnungsgemäss gerügten Werkmängeln handeln würde (act. 20 Rz. 10 f.). Ausserdem, so die Streitberufene, würden betreffend die behaupteten und bestrittenen Zusatzleistungen keinerlei unterzeichnete Nachträge bzw. ausdrückliche Freigaben vorliegen und gewisse Forderungen seien aus anderen Gründen nicht gerechtfertigt (act. 1 Rz. 11).

6.3. Leistungen aus Werkverträgen sind regelmässig zu vergüten, wobei sich die Höhe der Vergütung nach der Parteivereinbarung bestimmt, bzw. nach dem Wert der geleisteten Arbeit (vgl. Art. 372 OR ff., bzw. Art. 38 ff. SIA 118). Auch bei Vereinbarung eines Pauschalpreises ist unter gewissen Voraussetzungen eine zusätzliche Vergütung geschuldet (vgl. Art. 373 Abs. 2 OR, Art. 89 Abs. 1 SIA 118). Pfandberechtigt sind, wie erwähnt, ausschliesslich jene Forderungen der Unternehmer für ihre Lieferung von Material und Arbeit oder Arbeit alleine. Ausschlaggebend für die Pfandberechtigung bzw. massgebliches Qualifikationskriterium ist somit die Leistung von Bauarbeiten, die gegen Entgelt versprochen sind. Die Betrachtung der einzelnen von der Gesuchstellerin geltend gemachten Positionen ergibt nunmehr Folgendes:

6.3.1. Rechnungen Nr. 4111 und 4150: Die Schlussrechnungen beziehen sich gemäss unbestrittener Darstellung der Gesuchstellerin auf den Hauptauftrag (Baugrubenaushub) und damit auf den Werkvertrag Nr. 2011 (vgl. act. 1 Rz. 15, 30) bzw. für Bauarbeiten im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB für das Projekt Nr. ... "D.\_\_\_\_\_ C.\_\_\_\_\_ ..." auf den Grundstücken der Gesuchsgegnerin. Gemäss Werkvertrag Nr. 2011 wurde ein Pauschalpreis von brutto CHF 4.5 Mio. (inkl. Abzüge, vgl. act. 3/3 S. 5 Ziff. 4.2) vereinbart. Dieser Pauschalbetrag wurde mit Rechnung Nr. 4150 vom 15. Juli 2019 (Zusatz zur Schlussrechnung Nr. 4111 vom 9. Mai 2019) in Rechnung gestellt. Zuzüglich 8% bzw. 7.7% Mehrwertsteuer resultierte ein Nettopreis von CHF 4'857.482.15 (vgl. act. 3/16). Insgesamt wurden zehn Akontozahlungen über CHF 4'319'000.– in Abzug gebracht, womit ein zu zahlender Saldo von CHF 538'482.15 verblieb. Dieser setzt sich gemäss den Ausführungen der Gesuchstellerin aus Rückbehalten und unbezahlten Auftragsanteilen zusammen (vgl. hierzu die Aufstellung der Gesuchstellerin act. 1 S. 29 und

die unbestrittenen Ausführungen dazu, act. 1 S. 30 ff.). Anzumerken ist zudem, dass H.\_\_\_\_\_ der Streitberufenen mit Email vom 30. Juni 2019 an I.\_\_\_\_\_ der Gesuchstellerin die Schlussrechnung Nr. 4111 dem Grundsatz nach für gut befand (act. 3/48). Nicht zuletzt auch mangels Bestreitung durch die Streitberufene (vgl. act. 20 Rz. 32-35) sind die Forderungen aus dem Hauptauftrag betreffend Pfandberechtigung, Bestand und Umfang daher insgesamt genügend glaubhaft gemacht. Aus dem Hauptauftrag ergibt sich so eine glaubhaft gemachte pfandberechtigte Forderung von CHF 538'482.15.

6.3.2. Rechnungen Nr. 4084, 4085, 4091, 4094, 4096, 4101 und Korrektur Nachtrag 38: Diese Rechnungen beziehen sich auf Nachträge zum Projekt Nr. ... "D.\_\_\_\_\_ C.\_\_\_\_\_ ..." auf den Grundstücken der Gesuchsgegnerin (vgl. Rechnung Nr. 4084, Nachtrag 4 "Kanalisation", Rechnung Nr. 4085, Nachtrag 4.1K "Ausgraben Pump- und Abwasserschächte", Rechnung Nr. 4091 Nachtrag 24 "gelbe Wanne Etappe 1", Rechnung Nr. 4094 "Nachträge 35-44", Rechnung Nr. 4096 Nachtrag 19 "Projektänderung Kalkschotter", Rechnung Nr. 4101 Nachtrag 32 "Projektänderung r2", Rechnung "Korrektur Nachtrag 38") und sind allesamt – bis auf den Nachtrag 32 – nur aber immerhin durch Schlussrechnungen und Ausmasse ausgewiesen (vgl. act. 3/18, 19, 24, 30, 37, 40, 41). Aus den Ausmassen ergibt sich dabei ohne Weiteres, dass sich die Forderungen auf Bauarbeiten im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB beziehen. Lediglich die Rechnung "Korrektur Nachtrag 38" (vgl. act. 3/41) hat nur Material zum Gegenstand. Da es sich indes lediglich um eine Korrektur von Nachtrag 38 handelt, der seinerseits Material und Arbeit zum Gegenstand hatte (vgl. act. 3/40), ist diese Forderung ebenfalls pfandberechtigt. Für den Nachtrag 32 liegt wohl eine Schlussrechnung, aber kein Ausmass vor (vgl. act. 3/37). Aus den Ausführungen der Streitberufenen und der von ihr diesbezüglich eingereichten ersten Seite des Nachtrags (vgl. act. 20 Rz. 46 f. und act. 21/20) ergibt sich aber mit hier genügender Gewissheit, dass es sich auch bei dieser Forderung um eine solche handelt, welche Arbeit und Material zum Gegenstand hat.

6.3.3. Die Zulässigkeit der Nachträge und deren Vergütungspflicht behauptet die Gesuchstellerin lediglich implizit. Die "Allgemeinen Vertragsbedingungen des Be-

stellers (AVB)" (vgl. act. 3/3 S. 3), gemäss deren Ziff. 4 sich die Zulässigkeit und Wirkungen von Bestellungsänderungen und Nachträgen richtet (vgl. Werkvertrag Ziff. 4.3, act. 3/3 S. 5) reichte die Gesuchstellerin nicht ein. Dem Gesuch liegen auch keine unterschriebenen Auftragsbestätigungen für die Nachträge bei. Eine Prüfung der Zulässigkeit der Nachträge kann damit nicht erfolgen, womit gewisse Vorbehalte bezüglich der Schlüssigkeit der Darstellung der Gesuchstellerin angebracht sind. Nichtsdestoweniger bestreitet die Streitberufene die Forderungen aus den in E. 6.3.2 genannten Rechnungen nicht substantiiert, obschon ihr dies ohne Weiteres möglich gewesen wäre, zumal die Gesuchstellerin jede einzelne Forderung auflistete (vgl. act. 1 Rz. 15). Im Gegenteil. Die Streitberufene legt ihrer Eingabe ihrerseits Kopien von Gesuchsbeilagen bzw. den Gesuchsbeilagen in Teilen entsprechende Urkunden bei, wobei die Streitberufene darauf die ihr relevant erscheinenden Teile hervorhob (vgl. act. 21/13, 36, 42 f., 47 f.). Diese Hervorhebungen erfolgten jedoch offensichtlich mit Blick auf den zeitlichen Ablauf der Arbeiten. Eine Bestreitung der Forderungen ergibt sich daraus nicht. Die Streitberufene enthält sich des Weiteren konkreten Ausführungen dazu, welche Zusatzleistungen vergütungsfrei sein sollen und weshalb. Auch im Zusammenhang mit der Behauptung, es würden keinerlei unterzeichnete Nachträge bzw. ausdrückliche Freigaben für Zusatzleistungen vorliegen, erwähnt die Streitberufene keine konkreten Nachträge bzw. Zusatzleistungen. Demgegenüber ergibt sich aus dem Email vom 30. Juni 2019 von H.\_\_\_\_\_ der Streitberufenen an I.\_\_\_\_\_ der Gesuchstellerin, dass diverse Rechnungen für Nachträge vorbehaltlos für gut befunden wurden und als durch Verrechnung mit der erwähnten Doppelzahlung von Fr. 292'000.– getilgt erachtet würden (act. 3/48). Damit erhellt ohne Weiteres, dass es tatsächlich zu diversen Nachträgen gekommen ist. Mit anderen Worten ist damit glaubhaft, dass es zu Nachträgen gekommen ist, selbst wenn heute keine unterschriebenen Auftragsbestätigungen vorliegen. Für gut befunden wurde dabei insbesondere auch die Rechnung Nr. 4108, deren Bestand die Streitberufene in ihrer Gesuchsantwort bestreitet (vgl. act. 20 Rz. 88). Im genannten Email vom 30. Juni 2019 finden – mit Vorbehalt – auch die hier gegenständlichen und nicht mit der Doppelzahlung verrechneten Forderungen aus Nachträgen gemäss

den Rechnungen Nr. 4091, 4096, 4101 Erwähnung (vgl. act. 3/48), wobei darin die grundsätzliche Berechtigung der Forderung darin nicht in Abrede gestellt wird.

6.3.4. Unter Berücksichtigung der Ausmasse, Schlussrechnungen und dem Email vom 30. Juni 2019 erscheinen die Forderungen aus den Nachträgen gemäss den in E. 6.3.1 genannten Rechnungen in Bestand und Umfang trotz vorhandener Bedenken hinsichtlich der Schlüssigkeit der gesuchstellerischen Darstellung insgesamt als glaubhaft. Die pauschale Bestreitung der Forderungen durch die Streitberufene lässt diese jedenfalls nicht als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheinen, wie es vorliegend für eine Abweisung des Gesuchs und den damit verbundenen definitiven Rechtsverlust der Gesuchstellerin erforderlich wäre. Eine Pfandforderung aus Nachträgen für CHF 420'200.20 ist damit insgesamt genügend glaubhaft gemacht.

6.3.5. Rechnung Nr. 4022: Die Forderung bezieht sich auf Arbeiten für Pfahlsanierungen, welche im Rahmen des Projekts Nr. ... "D. \_\_\_\_\_ C. \_\_\_\_\_ ..." auf den Grundstücken der Gesuchsgegnerin erbracht wurden (vgl. act. 3/43). Eine Pfahlsanierung ist eine pfandberechtigte Bauarbeit im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Dies ist unbestritten. Die geltend gemachte Pfandsumme von CHF 425'404.80, entsprechend den Kosten der Subunternehmerin der Gesuchstellerin von CHF 385'778.54 zzgl. Arbeitskosten der Gesuchstellerin über CHF 9'212.– zzgl. Mehrwertsteuer von 7.7% erschliesst sich aus den Unterlagen der Gesuchstellerin ohne Weiteres (vgl. die Schlussrechnung Nr. 4022 samt Ausmass und Rechnung der Subunternehmerin in act. 3/34). Dass es sich bei diesen Arbeiten um einen Nachtrag zum Werkvertrag handeln würde, ergibt sich indes weder aus den Unterlagen, noch behauptet dies die Gesuchstellerin. Indem die Gesuchstellerin ein Sitzungsprotokoll vom 8. Februar 2018 (vgl. act. 3/49) zu den Akten reicht, vermag sie aber glaubhaft darzulegen, dass eine Beauftragung zur Pfahlsanierung anlässlich der Besprechung, an welcher gemäss Protokoll Vertreter der Gesuchstellerin, der Streitberufenen und der Subunternehmerin teilnahmen, erfolgte (act. 3/49). Soweit die Gesuchstellerin zudem geltend macht, dass diese Arbeiten aufgrund unvorhergesehener Baugrundrisiken notwendig geworden seien (act. 1 Ziff. 23), ist eine zusätzliche Vergütung auch aufgrund be-

sonderer Verhältnisse im Sinne von Art. 58 ff. SIA 118 nicht ausgeschlossen. Damit ist die Forderung hinsichtlich Bestand, Umfang und Pfandberechtigung rechtsgenügend glaubhaft gemacht. Aus der Pfahlsanierung ergibt sich so eine einstweilen glaubhaft gemachte pfandberechtigte Forderung von CHF 425'404.80.

6.3.6. Rechnung Nr. 4021: Die Forderung über CHF 153.439.65 bezieht sich auf beschädigte Spundbohlen, welche nach Einbringung und Ziehung im Rahmen des Projekts Nr. ... "D.\_\_\_\_\_ C.\_\_\_\_\_ ..." auf den Grundstücken der Gesuchgegnerin unbrauchbar geworden sein sollen (vgl. act. 3/44). Die Gesuchstellerin reicht – wenngleich in anderem Zusammenhang – eine Auftragsbestätigung vom 31. März 2017 ins Recht, woraus sich ergibt, dass ohne Verschulden des Unternehmers unbrauchbar gewordene Spundbohlen ins Eigentum des Bauherren übergehen würden und von diesem zu vergüten sind (vgl. act. 3/65 S. 31 Pos. 128). Das Anbringen und Ziehen von Spundbohlen ist eine Leistung der Baugrubensicherung im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB und ist damit grundsätzlich eine pfandberechtigte Bauarbeit. Selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellte, die Vergütung der unbrauchbar gewordenen Spundbohlen sei eine Entschädigung für eine Materiallieferung alleine, so wurde diese nichtsdestoweniger im Zusammenhang mit pfandberechtigten Arbeiten, nämlich dem Einbringen und dem Ziehen der Spundbohlen, erbracht. Die Forderung besteht denn auch nicht nur aus der Entschädigung für die unbrauchbar gewordenen Spundbohlen, sondern es wird auch eine Entschädigung für das erschwerte Ziehen der Bohlen geltend gemacht, womit auch deshalb eine pfandberechtigte Arbeitsleistung vorliegt. Insgesamt liegt damit eine gemischte Leistung vor, welche zur Pfandberechtigung der Forderung führt (vgl. SCHUHMACHER, a.a.O., N 327). Im Quantitativen ist die Forderung durch die Schlussrechnung und das beiliegende Ausmass nachvollziehbar (vgl. act. 3/44). Zwar stimmen die Ansätze und Quadratmeterzahlen gemäss Ausmass nicht mit den Ansätzen gemäss vorerwählter Auftragsbestätigung überein (vgl. act. 3/65 S. 31 f., Pos. 128, Ziff. 20101 ff. und S. 32 Pos. 134 Ziff. 00106A), eine substantiierte Bestreitung der Forderungshöhe durch die Streitberufene erfolgte jedoch nicht. Insgesamt erscheint die Forderung aufgrund beschädigter Spundbohlen betreffend Pfandberechtigung, Bestand und

Umfang daher als glaubhaft. Aus den beschädigten Bohlen ergibt sich so eine insgesamt glaubhaft gemachte pfandberechtigte Forderung von CHF 153'439.65.

6.3.7. Rechnung Nr. 4023: Die für die Elektrorohrsanierung im Rahmen des Projekts Nr. ... "D.\_\_\_\_\_ C.\_\_\_\_\_ ..." auf den Grundstücken der Gesuchsgegnerin verlangte Forderung bezieht sich auf Bauarbeiten im Sinne von Art. 837 Ziff. 1 Abs. 3 ZGB. Eine vertragliche Grundlage für die Forderung ist prima facie nicht ersichtlich. Die implizite Behauptung der Gesuchstellerin, die Forderung habe ihre Berechtigung und sei vergütungspflichtig, wird von der Streitberufenen aber nicht bestritten. Diese führt lediglich aus, dass Subunternehmer die relevanten Arbeiten ausgeführt haben würden (vgl. act. 20 Rz. 95). Eine Elektrorohrsanierung, die laut Gesuchstellerin notwendig wurde, weil sich die verlegten Kabelschutzrohre relativ stark verformt haben würden, die Schweissnähte gerissen seien und Wasser und Erdreich eingelassen haben würden (act. 1 Rz. 19), kann eine vergütungsfreie Nachbesserungsarbeit sein. Soweit die Gesuchstellerin aber wiederum geltend macht, diese Arbeiten seien aufgrund unvorhergesehener Baugrundrisiken notwendig geworden (act. 1 Ziff. 23), so ist eine Zusatzvergütung aufgrund besonderer Verhältnisse im Sinne von Art. 58 ff. SIA 118 auch hier nicht ausgeschlossen. Im Quantitativen ist die Forderung jedenfalls durch die ins Recht gereichte Schlussrechnung samt Zusammenstellung und den Rechnungen der Subunternehmer nachvollziehbar (act. 3/47). Damit erscheint die Forderung für den Aufwand aus Elektrorohrsanierung hinsichtlich Pfandberechtigung, Bestand und Umfang als glaubhaft. Aus der Elektrorohrsanierung ergibt sich so einstweilen eine pfandberechtigte Forderung von CHF 141'611.40.

6.4. Insgesamt ergibt sich so eine glaubhaft gemachte Forderungssumme von CHF 1'679'138.20, von welcher die Gesuchstellerin CHF 136'034.56 infolge einstweilen anerkannter Verrechnung des Saldos der Doppelzahlung der Streitberufenen in Abzug bringt (vgl. act. 1 Rz. 16 f.). Die Streitberufene bringt im Übrigen ihrerseits vor, für "rund 50% der behaupteten Forderung" eine Gegenforderung gegen die Gesuchstellerin zu haben (act. 20 Rz. 10). Mangels substantiiertes Ausführungen zu den Voraussetzungen der Verrechnung ist der Verrechnungseinwand nicht beachtlich. Insgesamt ist so eine Pfandsumme von CHF 1'543'103.64

glaubhaft gemacht. Eine provisorische Eintragung kann indes maximal im beantragten Umfang erfolgen (vgl. Art. 58 Abs. 1 ZPO) und damit – die Erfüllung der übrigen Voraussetzungen vorbehalten – maximal für CHF 1'543'103.57 zuzüglich – mangels Bestreitung – Zins zu 5 % seit 15. Oktober 2019.

## 7. Pfandobjekte und Verteilung der Pfandhaft

7.1. Als Pfandobjekte kommen nur im Grundbuch eingetragene Grundstücke infrage (Art. 655 ZGB und Art. 796 Abs. 1 ZGB, vgl. SCHUHMACHER, a.a.O., N 600, 616). Haftungssubstrat ist nur das einzelne Grundstück (Art. 648 Abs. 3 ZGB vorbehalten). Nach dem Mehrwertprinzip ist die Vergütungsforderung eines Unternehmers nur soweit pfandberechtigt, als die erbrachten Bauarbeiten dem belasteten Grundstück einen Mehrwert zu verschaffen mochten. Deshalb ist die Vergütungsforderung für die Bauarbeiten eines Unternehmers für mehrere Grundstücke derart aufzuteilen und den einzelnen Grundstücken derart zu belasten, dass jedes einzelne Grundstück nur mit demjenigen Anteil an der Vergütungsforderung belastet wird, der dem Anteil an den Bauarbeiten entspricht, die tatsächlich für das betreffende Grundstück erbracht worden sind (SCHUHMACHER, a.a.O., N. 837).

7.2. Mit Verfügung vom 17. Juli 2019 wurde das Rechtsbegehren 4 infolge der bereits vorhandenen Belastung der Miteigentumsanteile des in Miteigentumsanteile aufgeteilten Stammgrundstückes Parzelle Nr. 10 abgewiesen (vgl. act. 4 und Art. 648 Abs. 3 ZGB). Weiterungen erübrigen sich an dieser Stelle. Die weiteren Grundstücke, d.h. die Parzellen Nr. 1, 4 und 7 sind indes der Belastung durch ein Bauhandwerkerpfandrecht zugänglich (vgl. act. 3/8-10). In dem Umfang, als die Pfandsumme nicht auf die Parzelle Nr. 10 entfällt, ist sie also auf die Parzellen Nr. 1, 4 und 7 zu verteilen.

7.3. In Anwendung des Mehrwertprinzips errechnet die Gesuchstellerin eine Aufteilung ihrer Forderung auf die verbleibenden Parzellen (Pfandobjekte) von CHF 1'245'175.63 auf Parzelle 1, CHF 81'974.56 auf Parzelle 4 und CHF 182'643.50 auf Parzelle 7, jeweils inkl. einem anteiligen Abzug der offen gebliebenen Gegenforderung von CHF 136'034.56 aus Doppelzahlung (vgl. die Aufstellung in act. 1 S. 23). Die Gesuchstellerin legt insbesondere die Aufteilung des

Hauptauftrages auf die Parzellen nachvollziehbar dar (vgl. act. 1 Rz. 30 f.). Die Behauptung der Gesuchstellerin, dass sich die Zuordnung der Beträge bezüglich den Nachträgen und der Schlussrechnung Nr. 4023 ohne Weiteres aus den Beilagen ergeben würden (vgl. act. 1 Rz. 29), erweist sich als unzutreffend. Eine entsprechende Zuordnung ergibt sich gerade nur betreffend die Nachträge 4 und 40 aus den Beilagen (vgl. 3/55-26), wo die Ausmasse zur Schlussrechnung aufteilt auf die Parzellen ausgefertigt wurden. Die übrigen Schlussrechnungen und Ausmasse enthalten keine derartigen Verweise, welche Parzelle sie betreffen. Dessen ungeachtet bestreitet die Streitberufene die Aufteilung der Gesuchstellerin nicht, weshalb sie entsprechend vorzunehmen ist (CHF 1'245'175.63 auf Parzelle 1, CHF 81'974.56 auf Parzelle 4 und CHF 182'643.50 auf Parzelle 7). Die Differenz zwischen glaubhaft gemachter Pfandsumme und der Belastungen der Parzellen 1, 4 und 7 von CHF 33'309.86 entspricht damit dem auf die Parzelle 10 entfallenden und mit abgewiesenem Rechtsbegehren 4 geltend gemachten Anteil.

## 8. Eintragungsfrist

8.1. Die Gesuchstellerin bringt zusammengefasst vor, es sei vereinbart worden, dass ein erster Teil der von ihr eingebrachten Spundbohlen zur Wiederverwendung ziehen ist und dass ein zweiter Teil durch die Streitberufene zu vergüten sei - sei es, da diese Spundbohlen aufgrund werkvertraglicher Vereinbarung oder auf Anordnung der Bauleitung im Boden verbleiben oder weil diese ohne Verschulden durch die Gesuchstellerin unbrauchbar geworden sind (act. 1 Rz. 33-35). Beim ehemaligen Kranstandort seien dabei 195m<sup>2</sup> Spundbohlen eingebracht gewesen, welche noch zu ziehen, eventualiter abzuschneiden, waren. Dass es sich bei den genannten 195m<sup>2</sup> um zu ziehende Bohlen handelte (und nicht um solche, die aufgrund Vereinbarung, Anordnung oder Unbrauchbarkeit zu vergüten gewesen wären), ergebe sich aus der Tatsache, dass die Bohlen – nachdem bekannt wurde, dass sie doch im Boden verbleiben würden – nicht zum Werkvertragspreis für im Boden verbleibende Bohlen von CHF 11/m<sup>2</sup>, sondern zu einem Ansatz von CHF 160/m<sup>2</sup> verrechnet worden seien und die Streitberufene diese Rechnung mit Email vom 30. Juni 2019 anerkannt haben würde. Auch würde es sich bei diesen 195 m<sup>2</sup> nicht um Bohlen handeln, welche gemäss Werkvertrag auf Anordnung der

Bauleitung im Boden verbleiben konnten, da werkvertraglich vereinbart worden sei, dass 23 m<sup>2</sup> Bohlen mit einer Länge von 12.01 bis 18 Meter auf Anordnung im Boden verbleiben könnten, von den genannten 195 m<sup>2</sup> aber 100.8 m<sup>2</sup> Bohlen mit einer Länge von 12.01 bis 18 Meter gewesen seien (act. 1 Rz. 37). Obschon diese 195 m<sup>2</sup> Spundbohlen also zu ziehen, eventualiter abzuschneiden, gewesen wären, sei der Gesuchstellerin anlässlich der Sitzung vom 20. März 2019 mitgeteilt worden, dass die 195 m<sup>2</sup> Spundbohlen bereits gezogen worden seien. Nach dieser Sitzung würden die Gesuchstellerin und deren Subunternehmerin den Standort besichtigt und festgestellt haben, dass die vormals einen halben Meter aus dem Boden ragenden Spundbohlen von einem Dritten abgeschnitten und überteert worden seien (act. 1 Rz. 38 f.). Mit Einschreiben vom 25. März 2019 und vom 9. April 2019 würde die Gesuchstellerin der Streitberufenen First gesetzt haben um mitzuteilen, ob die 195 m<sup>2</sup> (nunmehr abgeschnittenen und überteerten) Spundbohlen noch wie ursprünglich vereinbart gezogen werden müssten oder nicht. Hierauf habe sich die Streitberufene nicht vernehmen lassen. Indem ein Dritter die Spundbohlen abgeschnitten und überteert habe, habe die Streitberufene verunmöglicht, dass die Gesuchstellerin diese Spundbohlen vereinbarungsgemäss ziehen, eventualiter abschneiden konnte, wobei es sich hierbei um wesentliche vereinbarte Vollendungsleistungen gehandelt haben würde. Aufgrund der Unmöglichkeit der Vornahme des vereinbarten Ziehens bzw. Abschneidens der Spundbohlen habe die Gesuchstellerin diese letztlich am 15. April 2019 der Streitberufenen mit Rechnung Nr. 4072 in Rechnung gestellt (act. 1 Rz. 43 ff.).

8.2. Die Streitberufene führt demgegenüber zusammengefasst aus, dass das Ziehen der Spundbohlen und der Abbruch der Betonpiste die letzten wesentlichen Arbeiten der Gesuchstellerin gewesen seien (act. 20 Rz. 17). Es sei bereits zu Beginn der Bauausführung entschieden worden, dass ein Teil der Spundbohlen im Boden verbleiben würden, sowie, dass die aus dem Boden herausragenden Teile der Bohlen abgeschnitten würden. Diese Arbeiten seien nicht von der Gesuchstellerin durchgeführt worden. Die Gesuchstellerin würde aufgrund des Nachtrags 30 vom 26. Oktober 2017 von der Entscheidung der Bauleitung betreffend das Belassen der Spundbohlen im Boden gewusst haben, womit die Gesuchstellerin keine Leistungen bezüglich die im Boden verbleibenden Spundbohlen mehr

zu erbringen gehabt haben würde (act. 20 Rz. 18 ff.). Zudem habe die zuständige Subunternehmerin mit Email vom 16. Juli 2018 angezeigt, dass die Spundbohlen gezogen worden seien (act. 20 Rz. 21). Per 23. November 2018 bzw. per Ende November 2018 habe die Gesuchstellerin sodann die Betonpiste, welche als Zufahrt für die Tiefbauarbeiten gedient haben würde, abgebrochen. Damit seien die Tiefbauarbeiten und damit die Arbeiten, für welche die Gesuchstellerin beauftragt worden sei, abgeschlossen gewesen (act. 20 Rz. 24). Zudem habe die J. \_\_\_\_\_ GmbH spätestens am 17. Oktober 2018 mit den Umgebungsarbeiten begonnen, woraus zu folgern sei, dass die Spundbohlen und die Betonpiste spätestens im Oktober bzw. im November 2018 vollständig entfernt gewesen seien und die Gesuchstellerin ihre Arbeiten abgeschlossen hatte (act. 20 Rz. 29).

8.3. Wie bereits ausgeführt, hat die Eintragung ins Grundbuch bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Zu präzisieren ist dreierlei: Erstens gelten Bauarbeiten grundsätzlich dann als vollendet, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen 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 sind; insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt. Insofern ist der Begriff der Arbeitsvollendung restriktiv auszulegen (BGer 5A\_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4; BGE 125 III 113 E. 2b m.w.H.; OGer ZH LF180018 vom 4. Juni 2018 E. 3.4.2. und LF140087 vom 16. Dezember 2014 E. 8; THURNHERR, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl. 2019, Art. 839/840 ZGB N 29). So sind auch reine Aufräumarbeiten oder der Abtransport von Material nicht als Vollendungsarbeiten zu qualifizieren und deshalb für den Fristenlauf ohne Bedeutung. Hingegen gelten vertragliche Leistungen, wenn sie für den bestimmungsgemässen Gebrauch und die Funktionalität notwendig sind oder wenn sie aus Sicherheitsgründen zu erbringen sind, als Vollendungsarbeiten, mögen sie auch noch so geringfügig sein (OGer ZH LF180018 E. 3.4.2. und LF140087 E. 8; THURNHERR, a.a.O., Art. 839/840 ZGB N 29). Zweitens kann die Viermonatsfrist auch ohne Vollendung der Arbeiten be-

ginnen, was insbesondere der Fall ist, wenn der Werkvertrag aufgelöst wird oder eine Partei vom Vertrag zurücktritt (vgl. SCHUHMACHER, a.a.O., N. 1116 ff.). Die Eintragsfrist beginnt dann nicht mit Vollendung der Arbeiten zu laufen, sondern in dem Zeitpunkt, in welchem der Unternehmer erstmals mit Sicherheit erkannt hat, dass er inskünftig keine Bauarbeiten zu erbringen hat und deshalb die Bauarbeiten nicht zu vollenden hat (SCHUHMACHER, a.a.O., N 1120). Drittens unterliegen Bauarbeiten für Bauwerke auf mehreren Grundstücken grundsätzlich einem getrennten Fristenlauf. Die Eintragsfrist beginnt also für jedes Grundstück bzw. für jedes Bauwerk mit der Vollendung der dafür geleisteten Arbeiten separat zu laufen. Der Fristbeginn ist demgegenüber einheitlich, wenn die Bauwerke auf zwei oder mehreren Grundstücken eine funktionelle Einheit bilden und die Bauarbeiten in einem Zug ausgeführt werden (SCHUHMACHER, a.a.O., N 1204 f., 1207).

8.4. Das Ziehen bzw. Abschneiden von Spundbohlen sind Arbeiten, welche Bestandteil der Auftragsbestätigung der Gesuchstellerin waren (vgl. act. 3/65). Die Behauptung der Gesuchstellerin, es handle sich hierbei nicht um nebensächliche oder geringfügige, sondern um wesentliche Vollendungsarbeiten (die, soweit das Abschneiden betroffen ist, auch sicherheitsrelevant gewesen wären; vgl. act. 1 Rz. 43), bestreitet die Streitberufene nicht. Damit ist glaubhaft, dass es sich beim Ziehen der Spundbohlen (oder deren Belassen im Boden, verbunden mit dem Abschneiden) um Bauarbeiten handelt, deren Vollendung oder Verzicht darauf durch Rücktritt die Eintragsfrist auslösen können. Fraglich ist nunmehr, ob die Darstellung der Gesuchstellerin, wonach die Eintragsfrist mit Entzug dieser Arbeiten durch die Streitberufene (bzw. Verzicht deren darauf) aufgrund der Vorbringen der Streitberufenen als höchst unglaubwürdig geltend muss.

8.5. Aus den Ausführungen der Gesuchstellerin ergibt sich implizit, dass die von ihr erwähnten 195 m<sup>2</sup> Spundbohlen nicht Teil jener 240 m<sup>2</sup> gewesen sind, welche mit Nachtrag 30 zusätzlich verrechnet werden konnten (vgl. act. 1 Rz. 37). Insofern geht der Einwand der Streitberufenen fehl, die Gesuchstellerin habe aufgrund des Nachtrags 30 vom 26. Oktober 2017 bereits gewusst, dass diese 195 m<sup>2</sup> im Boden verbleiben würden. Die Behauptung, bei diesen 195 m<sup>2</sup> handle es sich um

Spundbohlen, die eigentlich hätten gezogen werden müssen, bzw. die von der Gesuchstellerin nach einer allfälligen Entscheidung betreffend das Belassen dieser Spundbohlen im Boden abzuschneiden gewesen wären, bestreitet die Streitberufene nicht genügend. Dass die von der Gesuchstellerin erwähnten 195 m<sup>2</sup> Spundbohlen gezogen worden seien, ergibt sich denn auch nicht aus der Beilage 3 der Streitberufenen (vgl. act. 21/3); hierbei handelt es sich nicht um ein Email der K. \_\_\_\_\_ AG vom 16. Juli 2018, sondern um ein Email der L. \_\_\_\_\_ an die Gesuchstellerin vom 2. Mai 2018 (act. 21/3 = act. 21/32). Bezüglich der Betonpiste zeigt die Streitberufene sodann nicht auf, inwiefern die Betonpiste notwendig gewesen wäre, damit die Gesuchstellerin die Spundbohlen ziehen könnte. Insbesondere aus der von der Streitberufenen ins Recht gereichten Fotografie ergibt sich, dass die Spundbohlen teilweise auch an Orten eingebracht waren, die von der Strasse zugänglich waren, ohne dass hierzu eine Betonpiste notwendig erscheint (vgl. act. 21/4). Ob die Zugänglichkeit für die 195 m<sup>2</sup> Spundbohlen beim alten Kranstandort auch ohne Betonpiste möglich war, ist ungewiss. Jedenfalls ist der Abbruch der Betonpiste kein genügendes Indiz, dass mit dem Abbruch derselben auch der Gesuchstellerin hätte klar sein müssen, dass sie keine Bohlen mehr zu ziehen hatte. Nicht glaubhaft ist letztlich die Darstellung der Streitberufenen, dass bereits die Umgebungsarbeiten das Ziehen der erwähnten 195 m<sup>2</sup> Spundbohlen verunmöglichten. Nach unbestrittener Darstellung der Gesuchstellerin wurden diese Spundbohlen abgeschnitten und überteert, weshalb davon auszugehen ist, dass diese nicht an einem Ort eingebracht waren, wo Gartenarbeiten ausgeführt wurden. Insgesamt gelingt es der Streitberufenen damit nicht, die grundsätzlich glaubhafte Darstellung der Gesuchstellerin als geradezu höchst unwahrscheinlich erscheinen zu lassen. Im Gegenteil: Nebst ungenügender Bestreitung anerkennt sie, dass das Abschneiden der Bohlen nicht von der Gesuchstellerin gemacht wurde, obwohl sich im Werkvertrag Anhaltspunkte ergeben, dass das Abschneiden von Spundbohlen eine der Gesuchstellerin übertragene Arbeit war (vgl. act. 3/65 S. 33 Pos. 145). Entsprechend erscheint es glaubhaft, dass die Gesuchstellerin erst anlässlich der Sitzung vom 20. März 2019 erfuhr, dass sie die 195 m<sup>2</sup> Spundbohlen, von welchen sie bis dahin ausgegangen war, dass sie sie zu ziehen hatte, nicht mehr der Ziehung bedurften bzw. bei der Besichtigung

danach feststellte, dass auch ein Abschneiden nicht mehr nötig war, da die entsprechende Stelle bereits überteert war. Unter diesen Umständen ist es nicht höchst unwahrscheinlich, dass die Streitberufene mit Mitteilung vom 20. März 2019 bzw. konkludent dadurch, dass sie die entsprechenden Bohlen von einem Dritten abschneiden und überteeren liess, vom Werkvertrag mit der Gesuchstellerin im Sinne von Art. 377 OR zurücktrat und auf vertraglich geschuldete Leistungen (Ziehen von Spundbohlen bzw. deren Abschneiden) verzichtete. Da also einstweilen davon auszugehen ist, dass die Gesuchstellerin erst nach der Sitzung vom 20. März 2019 bzw. ab der Besichtigung der Baustelle wusste, dass sie inskünftig keine Arbeiten mehr zu verrichten hatte, wozu sie vertraglich verpflichtet war, ist glaubhaft, dass die Eintragsfrist mit Rücktritt durch die Gesuchstellerin vom Werkvertrag und damit am 20. März 2019 zu laufen begann.

8.6. Anhaltspunkte, welche dem Schluss entgegenstehen, dass es sich bei den Einzelprojekten "Nebenräume", "Einstellhalle", "Hochhaus", "Hotel" und "Werkstatt/Autohaus" (vgl. act. 3/3 S. 2) um eine funktionelle Einheit handelt, sind keine ersichtlich. Diese Einzelprojekte wurden als Gesamtprojekt "C. \_\_\_\_\_" geplant und soweit ersichtlich in einem Zug erstellt (vgl. auch act. 18 S. 9). Es ist entsprechend einstweilen davon auszugehen, dass die Eintragsfrist für alle Grundstücke (Parzellen 1, 4, 7) am 20. März 2019 zu laufen begann.

8.7. Da die Eintragsfrist glaubhaft am 20. März 2019 für alle Grundstücke (Parzellen 1, 4, 7) zu laufen begann und die superprovisorische Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte gemäss Rechtsbegehren 1-3 am 17. Juli 2019 erfolgte, ist die Eintragsfrist gewahrt.

## 9. Fazit

Da die Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes von der Gesuchstellerin glaubhaft gemacht wurden, ist die superprovisorische Eintragung vom 17. Juli 2019 zu bestätigen, was zur Gutheissung der Rechtsbegehren 1-3 der Gesuchstellerin und damit zur provisorischen Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten auf den Parzellen 1, 4 und 7 im beantragten Umfang führt. Da das Rechtsbegehren 4 der Gesuchstellerin betreffend vorläufige Ein-

tragung bereits mit Verfügung vom 17. Juli 2019 abgewiesen wurde, ein Entscheid in der Sache aber der Urteilsform bedarf (§ 135 Abs. 1 GOG), ist dieser Entscheid mit nachfolgendem Erkenntnis zu bestätigen, unter ausgangsgemässer Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen.

#### 10. Prosequierungsfrist

Sodann ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen. Allfällige Gerichtsferien sind nicht zu berücksichtigen (BGE 143 III 554 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 die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe anerkannt.

#### 11. Kosten- und Entschädigungsfolgen

11.1. 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 1'543'103.57 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 18'000.– festzusetzen ist. Die weiteren Kosten betragen CHF 451.30 (vgl. act. 9).

11.2. Da das vorliegende Gesuch um vorläufige Eintragung teilweise abzuweisen ist, sind der Gesuchstellerin in diesem Umfang ausgangsgemäss die diesbezüglichen Gerichtskosten definitiv aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gesuchstellerin unterliegt vorliegend zu rund 2 Prozent, weshalb es sich rechtfertigt, ihr die Gerichtskosten im Umfang von CHF 360.– definitiv aufzuerlegen.

11.3. Über den Pfandanspruch der Gesuchstellerin ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob die Gesuch-

stellerin endgültig obsiegt. Daher rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren lediglich eine einstweilige Kostenregelung zu treffen. Praxisgemäss 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.

11.4. Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren zu bemessen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage bildet ebenfalls der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). In Anwendung von § 4 Abs. 1, § 9 und § 11 AnwGebV ist von einer Parteientschädigung in der Höhe von CHF 12'500.– auszugehen und der Gesuchsgegnerin – entsprechend der teilweisen Abweisung des vorliegenden Gesuchs – definitiv eine um 98% reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von CHF 250.– zuzusprechen.

11.5. Im Übrigen ist der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen dem ordentlichen Verfahren vorzubehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch jedoch nicht prosequieren sollte, hat sie die Gesuchsgegnerin mit zusätzlichen CHF 12'250.– zu entschädigen.

#### **Das Einzelgericht verfügt:**

1. Es wird vorgemerkt, dass fortan die C.\_\_\_\_ (INVEST) AG, M.\_\_\_\_ [Ortschaft], den Prozess anstelle der Gesuchsgegnerin als prozessführende Streitberufene führt, und dass die Gesuchsgegnerin aus der Prozessführung ausgeschieden ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

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

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D.\_\_\_\_-Zürich wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 17. Juli 2019 bis zur rechts-

kräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses

- auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2, D.\_\_\_\_\_,  
für eine Pfandsumme von CHF 1'245'175.63 nebst Zins zu 5 % ab  
15. Oktober 2019;
- auf Liegenschaft Kat. Nr. 4, GBBl. 5, D.\_\_\_\_\_,  
für eine Pfandsumme von CHF 81'974.58 nebst Zins zu 5 % ab  
15. Oktober 2019;
- auf Liegenschaft Kat. Nr. 7, GBBl. 8, D.\_\_\_\_\_,  
für eine Pfandsumme von CHF 182'643.50 nebst Zins zu 5 % ab  
15. Oktober 2019.

Im Übrigen (Eintragung eines Bauhänderkerpfandrechts auf Liegenschaft Kat. Nr. 10, GBBl. 11, D.\_\_\_\_\_, für eine Pfandsumme von CHF 33'309.86 nebst Zins zu 5 % ab 15. Oktober 2019) wird das Begehren abgewiesen.

2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 20. Dezember 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.
3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 18'000.–.  
Die weiteren Kosten betragen: CHF 451.30 (Rechnung Nr. ... des Grundbuchamtes D.\_\_\_\_\_-Zürich vom 19. Juli 2019).
4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden von der Gesuchstellerin bezogen. Im Umfang von Fr. 320.– werden sie der Gesuchstellerin definitiv auferlegt. Im übrigen Umfang bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. 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 Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Prozessentschädigung in der Höhe von CHF 250.– zu bezahlen. Im Übrigen wird die Regelung der Entschädigungsfolgen dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 2 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, hat sie die Gesuchsgegnerin mit weiteren CHF 12'250.– zu entschädigen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage von Kopien von act. 17, act. 18, act. 20 und act. 21/1-55 und – nach Ablauf der Rechtsmittelfrist – an das Grundbuchamt D. \_\_\_\_\_-Zürich.
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 1'543'103.57.

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

Zürich, 18. Oktober 2019

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Rudolf Hug