

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE200122-O

U/mk

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

## Verfügung und Urteil vom 27. Juli 2020

in Sachen

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

Gesuchstellerin

vertreten durch Fürsprecher lic. iur. X1.\_\_\_\_\_,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:**

(act. 1 S. 2; act. 17 S. 2)

1. Das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ sei im Sinne von Art. 961 ZGB sofort und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin einstweilen anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf der Liegenschaft Kat.-Nr. 1, Grundbuch D.\_\_\_\_\_ Blatt Nr. 2, E.\_\_\_\_\_ -strasse ..., D.\_\_\_\_\_, für eine Pfandsomme von CHF 5'215'341.25 zzgl. Verzugszins zu 5% seit 17. März 2020.
2. Das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ sei im Sinne einer superprovisorischen Verfügung anzuweisen, das in Ziffer 1 hiervoor beantragte Bauhandwerkerpfandrecht unverzüglich und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin im Grundbuch vorläufig einzutragen.
3. Es sei der Gesuchstellerin eine Frist von sechs Monaten, gerechnet ab Rechtskraft des Befehlsentscheides betreffend die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss obiger Ziff. 1 anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung dieses Bauhandwerkerpfandrechts einzureichen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin (zzgl. MWST).
- 5a. Das Rechtsbegehren Ziff. 1 der Gesuchsgegnerin sei vollumfänglich abzuweisen.
- 5b. Das Eventualbegehren Ziff. 2 sei insofern abzuweisen, als die Pfandsomme für das auf der Liegenschaft Kat-Nr. 1 Gbbl. Nr. 2, EGRID Nr. 3, E.\_\_\_\_\_ -strasse ..., D.\_\_\_\_\_, zugunsten der Gesuchstellerin zu errichtende Bauhandwerkerpfandrecht nicht lediglich für eine Pfandsomme von CHF 1'049'514 (zzgl. MWST) nebst Zins zu 5 % seit 17. März 2020 vorläufig einzutragen ist, sondern für die volle pfandberechtigte Summe von CHF 5'215'341.25 zzgl. Verzugszins von 5 % seit 17. März 2020.
- 5c. Das Rechtsbegehren Ziff. 3 der Gesuchsgegnerin sei insofern abzuweisen, als der Gesuchstellerin eine Frist von mindestens 6 Monaten, gerechnet ab Rechtskraft des Befehlsentscheids betreffend die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts, anzusetzen ist, um Klage auf definitive Eintragung dieses Bauhandwerkerpfandrechts einzureichen.
- 5d. Das Rechtsbegehren Ziff. 4 der Gesuchsgegnerin sei vollumfänglich abzuweisen.

**Geändertes Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:**

(act. 26 S. 2)

1. Das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ sei im Sinne von Art. 961 ZGB anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf der Liegenschaft Kat.-Nr. 1, Grundbuch D.\_\_\_\_\_ Blatt 2, E.\_\_\_\_\_-strasse ..., D.\_\_\_\_\_, für eine Pfandsumme von CHF 4'988'616.25 zzgl. Verzugszins zu 5% seit 17. März 2020.

**Rechtsbegehren der Gesuchsgegnerin:**

(act. 12 S. 2)

1. Es sei das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ anzuweisen, das von ihm auf der Liegenschaft Kat. Nr. 1 GBBl. Nr. 2, EGRID Nr. 3, E.\_\_\_\_\_-strasse ..., D.\_\_\_\_\_, am 23. März 2020 zugunsten der Gesuchstellerin vorsorglich vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsumme von CHF 5'215'341.25 nebst Zins zu 5% seit 17. März 2020 zu löschen.
2. Eventualiter sei das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ anzuweisen, auf der Liegenschaft Kat. Nr. 1 GBBl. Nr. 2, EGRID Nr. 3, E.\_\_\_\_\_-strasse ..., D.\_\_\_\_\_, zugunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsumme von lediglich CHF 1'049'514.- (zzgl. MwSt) nebst Zins zu 5% seit 17. März 2020 vorläufig einzutragen.
3. Es sei der Gesuchstellerin eine Frist von höchstens 30 Tagen, gerechnet ab Rechtskraft des Entscheides betreffend vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts, anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts einzureichen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu Lasten der Gesuchstellerin.

**Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 19. März 2020 stellte die Gesuchstellerin ein Gesuch betreffend provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts i.S.v. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB (Eingang beim Einzelgericht am 23. März

2020; act. 1; act. 2; act. 3/2-14). Die Verfügung vom 23. März 2020, mit welcher das Gesuch superprovisorisch ohne Anhörung der Gegenpartei einstweilen gutgeheissen wurde (act. 4), nahm das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ am 23. März 2020 zum Vollzug im Grundbuch entgegen (act. 8). Innerhalb erstreckter Frist (act. 10) reichte die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 29. April 2020 ihre Gesuchsantwort ein (act. 12; act. 13; act. 14/1-12).

Mit Verfügung vom 30. April 2020 wurde die Gesuchsantwort der Gesuchstellerin zugestellt (act. 15). Die Gesuchstellerin reichte mit Eingabe vom 15. Mai 2020 eine Stellungnahme ein (act. 17; act. 18/15). Mit Verfügung vom 20. Mai 2020 wurde die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin zugestellt (act. 19). Die Gesuchsgegnerin reichte mit Eingabe vom 4. Juni 2020 eine Stellungnahme ein (act. 21; act. 22/1). Die Gesuchstellerin zeigte mit Eingabe vom 5. Juni 2020 einen Adresswechsel ihrer Rechtsvertretung an (act. 23). Mit Verfügung vom 17. Juni 2020 wurde der Gesuchstellerin die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 4. Juni 2020 zugestellt (act. 24). Die Gesuchstellerin reichte mit Eingabe vom 6. Juli 2020 eine Stellungnahme ein (act. 26; act. 27/16-17). Mit Verfügung vom 8. Juli 2020 wurde die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin zugestellt und ihr in Aussicht gestellt, das Gericht werde seinen Entscheid nicht vor dem 24. Juli 2020 fällen (act. 28). Die Gesuchsgegnerin hat sich nicht mehr vernehmen lassen.

Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Prozessgegenstand

Die Klägerin verlangt die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin Kat. Nr. 1, GBBI. Nr. 2, EGRID Nr. 3, E.\_\_\_\_\_-strasse ..., D.\_\_\_\_\_ für eine noch offene Vergütungsforderung.

Mit Generalunternehmer-Werkvertrag vom 19. Dezember 2017 verpflichtete sich die Gesuchstellerin zur schlüsselfertigen Erstellung eines Hotelgebäudes mit insgesamt 260 Gästezimmern inkl. unterirdischem Parkgeschoss mit ca. 140 Garagenplätzen sowie Technik- und Lagerräumen und 20 Aussenparkplätzen sowie Grünfläche- und Gartenanlage (act. 1 Rz. 12). Die Parteien vereinbarten

einen Pauschalwerkpreis von CHF 29'716'000.00 zuzüglich die gesetzliche Mehrwertsteuer von 7,7 % (act. 1 Rz.15). Nachdem es zwischen den Parteien zu Meinungsverschiedenheiten über die Qualifikation von Projektänderungen gekommen war (act. 1 Rz. 16, 17; act. 12 Rz.144, 145), wies die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 12. Dezember 2019 zusammen mit einer Übersicht über die Bestellungsänderungen die Gesuchsgegnerin darauf hin, dass die Bauarbeiten ab dem 20. Dezember 2019 bis mindestens 24. Januar 2020 eingestellt würden (act. 1 Rz. 18; act. 12 Rz. 147). Die Meinungsverschiedenheiten der Parteien hielten auch im Januar 2020 an (act. 1 Rz. 20; act. 12 Rz. 149, 150). Mit Schreiben vom 3. Februar 2020 kündigte die Gesuchsgegnerin den Generalunternehmer-Werkvertrag (act. 1 Rz. 20; act. 12 Rz. 151). Die Gesuchsgegnerin hat bisher Akontozahlungen von CHF 14'260'800.00 geleistet (act. 1 Rz. 23, 24, 31; act. 12 Rz. 153, 154, 156).

Die Gesuchstellerin ist der Ansicht, sie verfüge gestützt auf Art. 377 OR über einen Vergütungsanspruch für sämtliche bis zur Kündigung des Werkvertrags erbrachten Leistungen (act. 1 Rz. 22). Sie behauptet Arbeiten bis zur Rohbauvollendung von CHF 14'260'800.00 und Leistungen ab Rohbauvollendung von CHF 4'842'471.00 (act. 1 Rz. 22). Abzüglich die Anzahlungen der Gesuchsgegnerin sei ein Vergütungsanspruch von CHF 4'842'471.00 zuzüglich die gesetzliche Mehrwertsteuer bzw. CHF 5'215'341.25 einschliesslich die gesetzliche Mehrwertsteuer noch offen (act. 1 Rz. 23, 24, 31).

Die Gesuchsgegnerin wendet gegen den Anspruch auf Pfanderrichtung der Gesuchstellerin insbesondere ein, dass

- sich die Gesuchstellerin in der Erklärung betreffend Baufinanzierung mit Generalunternehmer vom 13. August/1. November 2018 vertraglich verpflichtet habe, keine Bauhandwerkerpfandrechte einzutragen (act. 12 Rz. 5-11),
- die Gesuchstellerin nicht zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigt sei, da sie als sog. "Schreibtisch-GU" sämtliche physischen Bauarbeiten an Subunternehmer weitervergeben und nur intellektuelle Leistungen erbracht habe (act. 12 Rz. 12-18),

- die Gesuchstellerin die Pfandsumme auf die beiden Grundstücke Kat. Nr. 1 und 4 hätte aufteilen müssen, welcher Obliegenheit sie nicht nachgekommen sei (act. 12 Rz. 19-27),
- die Gesuchsgegnerin durch ihre bisherigen Zahlungen in der Höhe von CHF 14'260'800.00 sämtliche Leistungen der Gesuchstellerin vollständig vergütet habe (act. 12 Rz. 28-43).

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

### 3. Formelles

3.1. Die Rechtsvertretungen haben sich durch genügende Vollmachten ausgewiesen (Art. 68 Abs. 3 ZPO). Die Vollmacht an die Rechtsvertretung der Gesuchstellerin wurde durch deren einzelzeichnungsberechtigten Vizepräsidenten des Verwaltungsrates F.\_\_\_\_\_ (act. 2), jene an die Gesuchsgegnerin durch deren einzelzeichnungsberechtigten Präsidenten des Verwaltungsrates G.\_\_\_\_\_ (act. 13) unterzeichnet.

3.2. Das streitgegenständliche Grundstück liegt im Kanton Zürich. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 13 lit. a i.V.m. Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO.

3.3. Die sachliche Zuständigkeit folgt aus Art. 6 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 und 2 ZPO sowie § 45 lit. b GOG (BGE 137 III 563 E. 3.4 S. 568-569).

3.4. Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

3.5. Die Angelegenheit wird im summarischen Verfahren behandelt (Art. 248 lit. d ZPO; Art. 249 lit. d Ziff. 5 und 11 ZPO). Die Gesuchsgegnerin macht an verschiedenen Stellen geltend, die Gesuchstellerin habe im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 15. Mai 2020 unter Missachtung der Novenschranke neue Tatsachenbehauptungen aufgestellt. Im summarischen Massnahmeverfahren findet grundsätzlich nur ein einfacher Schriftenwechsel statt (BGE 144 III 117 E. 2.2 S. 118-119; BGE 138 III 252 E. 2.1 S. 254; BGer 5A\_366/2019 v. 19.06.2020 E. 3.1 [zur Publikation vorgesehen]), womit der Aktenschluss nach der schriftlichen Gesuchsant-

wort eingetreten ist. Darauf sind die Parteien seit der Verfügung vom 30. April 2020 mit jeder prozessleitenden Entscheidung hingewiesen worden (act. 15; act. 19; act. 24; act. 28). Mit Verfügung vom 17. Juni 2020 wurde der Gesuchstellerin lediglich eine Frist zur Stellungnahme zur Noveneingabe der Gesuchsgegnerin vom 4. Juni 2020 (act. 21 Rz. 72-75; act. 22/1) angesetzt (act. 24; BGE 142 III 48 E. 4.1.1 S. 53-54 = Pra 106 [2017] Nr. 4). Einen zweiten Schriftenwechsel hat das Einzelgericht nicht angeordnet (vgl. BGer 5A\_366/2019 v. 19.06.2020 E. 3.2 [zur Publikation vorgesehen]). Die Gesuchstellerin muss deshalb ihr Tatsachengrundament bereits im Gesuch hinreichend darlegen. Dazu genügt es jedoch, wenn diese "in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet" wird (BGE 136 III 322 E. 3.4.2 S. 327-328; BGer 4A\_533/2019 v. 22.04.2020 E. 4.4.1; 4A\_591/2012 v. 20.02.2013 E. 2.1).

Gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO kann eine Partei nach Aktenschluss auch unechte Noven in das Verfahren einführen, wenn diese ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten. Da es einer klagenden bzw. gesuchstellenden Partei grundsätzlich weder möglich noch zumutbar ist, in ihrer Rechtsschrift auf Vorrat sämtliche denkbaren Noven zu entkräften, mit denen die Gegenpartei in der darauffolgenden Rechtsschrift vor Aktenschluss den Prozessstoff ausdehnen kann, darf sie unechte Noven noch vorbringen, wenn diese einerseits erst die Noven in der letzten Rechtsschrift der Gegenpartei veranlasst wurden und andererseits in technischer bzw. thematischer Hinsicht als Reaktion auf diese aufzufassen sind (BGE 146 III 55 E. 2.5.2 S. 61-62).

#### 4. Materielles

Gemäss Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB kann eine vorläufige Eintragung vorgemerkt werden zur Sicherung des Anspruchs auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts "für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, an diesem Grundstück, sei es,

dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person zum Schuldner haben".

Im vorläufigen Eintragungsverfahren gilt das Beweismass der Glaubhaftmachung (Art. 961 Abs. 3 ZGB; Art. 261 Abs. 1 ZPO). Nach allgemeiner Ansicht ist das Beweismass in diesem Verfahren gegenüber anderen Arten vorsorglicher Massnahmen allerdings besonders stark herabgesetzt (BGE 137 III 563 E. 3.3 S. 566-567; BGer 5A\_613/2015 v. 22.01.2015 E. 4; RAINER SCHUHMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N 1394). An die Glaubhaftmachung dürfen folglich keine besonderen Anforderungen gestellt werden (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGE 79 II 424 E. 6 S. 439; BGE 39 II 139 E. 2 S. 139-140; BGer 5P.221/2003 v. 12.09.2003 E. 3.2.1). Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGer 5A\_933/2014 v. 16.04.2015 E. 3.3.2; 5D\_116/2014 v. 13.10.2014 E. 5.3; 5A\_475/2010 v. 15.09.2010 E. 3.1.2). Im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen (BGE 102 Ia 81 E. 2b/bb S. 86; BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGer 5A\_933/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2; 5A\_932/2014 v. 16.04.2015 E. 3.3.2; 5A\_475/2010 v. 15.09.2010 E. 3.1.2) und die Entscheidung dem definitiven Eintragungsverfahren zu überlassen (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270). Bei Abweisung des Gesuchs um vorläufige Eintragung droht der gesuchstellenden Partei aufgrund der ablaufenden Eintragungsfrist ein definitiver Rechtsverlust (BGE 137 III 563 E. 3.3 S. 566-567; BGE 86 I 265 E. 3 S. 268, 269-270; BGE 39 II 139 E. 2 S. 139-140), während bei einer Guttheissung im vorläufigen Eintragungsverfahren der Gegenpartei lediglich ein vorübergehender Nachteil droht, da die gesuchstellende Partei die Massnahme zu prosequieren haben wird (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270). Insofern verhält es sich gerade umgekehrt zum Verfahren des klaren Rechtsschutzes, wo bei einer Guttheissung des Gesuchs ein definitiver Vollstreckungstitel mit materieller Rechtskraft resultiert, weshalb bereits substantiiert und schlüssig vorgetragene, erhebliche Einwände der Gegenpartei einer Guttheissung entgegenstehen (BGE 138 III 620 E. 5.1.1 S. 623-624).

4.1. Der Generalunternehmer ist zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigt (vgl. BGE 95 II 87 E. 3 S. 90; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N 1301 und Dritter Teil FN 1592; SCHUHMACHER, a.a.O., N 339; zum Umfang der Pfandberechtigung s. Ziffer 4.3 unten). Sein Anspruch erstreckt sich auch auf Forderung für Arbeiten, welche er an Subunternehmer weitergegeben hat (CHRISTOPH THURNHERR, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, hrsg. von Thomas Geiser/Stephan Wolf, 6. Aufl. 2019, N. 3 zu Art. 939/940 ZGB). Die Gesuchsgegnerin ist unter Bezugnahme auf OGer ZH I. ZK LB130063 v. 17.09.2014 (ZR 113 [2014] Nr. 80) allerdings der Ansicht, der Gestuchstellerin komme als sog. "Schreibtisch-GU", der sämtliche physischen Bauarbeiten an Subunternehmer weitervergebe und selber nur intellektuelle Leistungen erbringe, keine Pfandberechtigung zu (act. 12 Rz. 13, 15).

Die referenzierte Entscheidung zieht aus dem Umstand, dass es zur Pfandberechtigung auf die Art der Leistung und nicht auf den Vertragstypus ankomme, den Umkehrschluss, dass beim Generalunternehmer nicht auf die Verpflichtung zur gesamten Ausführung eines Bauwerks, sondern auf die erbrachten Arbeiten abzustellen ist (OGer ZH I. ZK LB130063 v. 17.09.2014, ZR 113 [2014] Nr. 80 E. IV/4c S. 274 m.Nw. und E. IV/4e S. 275). Demzufolge verfügte der "Generalübernehmer" oder "Schreibtisch-GU" über keine Pfandberechtigung (OGer ZH I. ZK LB130063 v. 17.09.2014, ZR 113 [2014] Nr. 80 E. IV/4e S. 275). Diese Ansicht ist umstritten (a.A. namentlich OGer ZH I. ZK v. 14.02.1980, ZR 79 [1980] Nr. 80 E. 2c S. 153; RAINER SCHUHMACHER, Kein Bauhandwerkerpfandrecht, jedoch Verkäuferpfandrecht für Hausverkäufer, BR 2015, 165, S. 167).

Das logische Argument des Umkehrschlusses ist lediglich ein Argument bei der Gesetzesauslegung, ersetzt letztere jedoch nicht (anstatt vieler ERNST HÖHN, Praktische Methodik der Gesetzeslegung, 1993, S. 273). Gemäss Art. 839 Abs. 1 ZGB sind die Handwerker und Unternehmer bereits mit Übernahme der Verpflichtung zur Arbeitsleistung berechtigt, ein Bauhandwerkerpfandrecht einzutragen. Daraus ergibt sich, dass der Inhalt der Verpflichtung gerade nicht bedeutungslos ist. Die Praxis kennt den "Generalübernehmer" als Sonderform des Generalunternehmers (GAUCH, a.a.O., N 226). Auch wenn der Generalunternehmer die Arbei-

ten durch Subunternehmer ausführen lässt, gehört die Erstellung eines Bauwerks zu seinem Pflichtenprogramm (BGE 94 II 161 E. 1 S. 162-163; GAUCH, a.a.O., N 230, 235). Wenn der Unternehmer die Verpflichtung eingeht, ist allenfalls noch gar nicht bekannt, welche Arbeiten er selber erbringen und welche er an Subunternehmer vergeben wird. Die Subunternehmer sind Hilfspersonen des Generalunternehmers i.S.v. Art. 101 OR, deren Verhalten und Verschulden sich der Generalunternehmer zurechnen lassen muss (BGE 116 II 305 E.2c S. 307-308; GAUCH, a.a.O., N 177, 1893). Dessen ungeachtet sind die Subunternehmer unabhängig vom Generalunternehmer zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigt (BGE 136 III 14 E. 2.3 S. 19 = Pra 99 [2010] Nr. 72; BGE 95 II 87 E. 3 S. 89-90), obwohl in der Regel einzig mit dem Generalunternehmer eine vertragliche Verbindung besteht (BGE 136 III 14 E.2.3 S. 19 = Pra 99 [2010] Nr. 72; BGE 94 II 161 E. 3b S. 166). Die mögliche Mehrfachbelastung des Grundstückes nimmt die Rechtsanwendung hin (BGE 95 II 87 E. 3 S. 90).

Der Schluss, dass die vertragliche Verpflichtung des Generalunternehmers zu pfandberechtigten Arbeiten für dessen Pfandberechtigung nicht hinreichend ist, widerspricht der gesetzlichen Wertung, wie sie sich insbesondere in Art. 839 Abs. 1 ZGB niederschlägt. Eine Unterscheidung zwischen Unternehmer und Übernehmer ist gesetzlich nicht vorgesehen. Bei der Vergabe von Arbeiten an Subunternehmer handelt es sich um einen in einer arbeitsteiligen Wirtschaft üblichen Vorgang, bei welchem das unternehmerische Risiko für die Gesamtheit der Bauarbeiten beim Generalunternehmer verbleibt. Die entgegengesetzte Ansicht vermag nicht zu begründen, weshalb dem "gewöhnlichen" Generalunternehmer die Pfandberechtigung auch für an Subunternehmer vergebene Arbeiten zukommen soll.

Selbst wenn den Argumenten, welche gegen eine Pfandberechtigung des sog. "Generalübernehmers" oder "Schreibtisch-GU" sprechen, ihre Berechtigung belassen wird, ist die Streitfrage im vorläufigen Eintragungsverfahren zu Gunsten des Ansprechers zu entscheiden. Eine Abweisung des Gesuchs führte unweigerlich zu einem definitiven Rechtsverlust durch Zeitablauf. Die Klärung muss deshalb dem definitiven Eintragungsverfahren vorbehalten werden.

Die streitige Tatfrage, ob die Gesuchstellerin selber bis Juli 2019 noch Bauarbeiten erbracht habe (act. 12 Rz. 15, 16; act. 17 Rz. 20; act. 21 Rz. 29), kann offen bleiben.

Da sich die Gesuchstellerin zur schlüsselfertigen Erstellung eines Bauwerks verpflichtet hat, ist sie zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigt. Der Gesuchstellerin kommt die Aktivlegitimation zu.

4.2. Der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks (BGE 134 III 147 E. 4.3 S. 150; BGE 92 II 227 E. 1 S. 229-230). Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des streitgegenständlichen Grundstücks Kat. Nr. 1, GBBI. Nr. 2, EGRID Nr. 3, E.\_\_\_\_-strasse ..., D.\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 10, 11; act. 3/2; Prot. S. 2). Der Gesuchsgegnerin kommt die Passivlegitimation zu.

4.3. Die Gesuchsgegnerin macht geltend, die Gesuchstellerin sei nicht berechtigt, ein Bauhandwerkerpfandrecht auf der streitgegenständlichen Liegenschaft einzutragen (act. 12 Rz. 10), da sie sich in der "Erklärung betreffend Baufinanzierung mit Generalunternehmer" vom 13. August/1. November 2018 verpflichtet habe, dafür besorgt zu sein, dass keine Bauhandwerkerpfandrechte eingetragen würden (act. 12 Rz. 9).

Gemäss Art. 837 Abs. 3 ZGB kann der Berechtigte auf seine Pfandberechtigung nicht zum Voraus verzichten. Die herrschende Meinung lässt allerdings einen Verzicht nach Vertragsabschluss zu (BGE 132 III 226 E.3.3.7 S. 239 m.Hw.; a.A. SCHUHMACHER, a.a.O., N 1062-1066).

Bei der Heranziehung eines Generalunternehmers besteht das Risiko, dass die von diesem beigezogenen Subunternehmer, welche ihre Vergütung noch nicht erhalten haben, aus eigenem Recht Bauhandwerkerpfandrechte eintragen. Davor schützen sich die Vertragspartner von Generalunternehmern durch entsprechende Baufinanzierungsregelungen und/oder die Verpflichtung des Generalunternehmers zur Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten durch Stellen einer hinreichenden Sicherheit (vgl. BGE 95 II 87 E.4 S.90-91).

In der Erklärung betreffend Baufinanzierung verpflichtete sich die Gesuchstellerin, eine hinreichende Sicherheit zwecks Aufhebung von Anmeldungen oder Eintragungen von Bauhandwerkerpfandrechten zu leisten (act. 12 Rz. 9; act. 14/1). Dadurch sollte die Gesuchsgegnerin vor doppelten Eintragungen von Bauhandwerkerpfandrechten und Doppelzahlungen geschützt werden. Ein Verzicht auf die Eintragung eines eigenen Bauhandwerkerpfandrechts lässt sich der Vereinbarung vom 13. August/1. November 2018 nicht entnehmen.

4.4. Die Gesuchstellerin verlangt die Sicherstellung des offenen Betrags von CHF 4'842'471.00 zuzüglich Mehrwertsteuer gemäss Rechnung vom 6. März 2020 (act. 1 Rz. 24; act. 3/13). Die einzelnen Positionen legt sie im Gesuch tabellarisch dar, auf welche Darstellung Bezug genommen wird (act. 1 Rz. 26). Zur Glaubhaftmachung reicht sie "soweit bereits erhalten die entsprechenden Zwischenabrechnungen ihrer Subunternehmer, Lieferanten und Beauftragten ein" (act. 1 Rz. 26; act. 3/14.1-14.23).

Die Parteien haben einen Zahlungsplan vereinbart (act. 1 Rz. 23; act. 12 Rz. 38; act. 14/5). Sie stimmen dahingehend überein, dass die Gesuchsgegnerin die Vergütung für die Leistungen bis zur Rohbauvollendung vollständig bezahlt hat (act. 1 Rz. 23; act. 12 Rz. 29). Die Summe der Zahlungen der Gesuchsgegnerin von CHF 14'260'800.00 deckt die Zahlungen bis Position 14,00 des Zahlungsplans vom 24./26. April 2018 (act. 14/5).

Die Gesuchsgegnerin wendet ein, sie habe nicht nur die Leistungen für den Rohbau, sondern sämtliche Leistungen der Gesuchstellerin bereits vergütet (act. 12 Rz. 29, 42, 43). Aufgrund von Referenzobjekten gelangt sie zum Schluss, die Rohbaukosten würden von speziellen Ausnahmekonstellationen abgesehen nicht mehr als rund 30 % der Gesamtbaukosten ausmachen (act. 12 Rz. 32-34; act. 14/7-8), was bei Gesamtbaukosten von CHF 29'716'00.00 einem Betrag von CHF 8'914'800.00 entspreche, wogegen sie bereits CHF 14'260'800.00 bezahlt habe (jeweils zuzüglich Mehrwertsteuer; act. 12 Rz. 36).

Für die Tilgung als rechtsvernichtende Tatsache trägt die Gesuchsgegnerin die Darlegungs- und Beweislast. Zwischen den Parteien ist in erster Linie der verein-

barte Zahlungsplan vom 24./26. April 2018 massgebend. Will die Gesuchsgegnerin davon abweichen, so muss sie eine konkrete Gegendarstellung behaupten. Die Gesuchstellerin hat überdies die Leistungen anhand der einzelnen Positionen dargelegt und den Anteil an den Ausbauleistungen jeweils ausgeschieden (act. 1 Rz. 26). Die Gegenpartei hat die einzelnen getilgten Positionen konkret anzugeben (Art. 222 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Die Gesuchsgegnerin geht jedoch lediglich auf die Position Haustechnik konkreter ein und setzt sich mit den übrigen Positionen in der Aufstellung der Gesuchstellerin nicht auseinander (act. 12 Rz. 38-40). Aus den von der Gesuchsgegnerin angeführten allgemeinen Erfahrungswerten ergibt sich keine schlüssig behauptete Tilgung des Vergütungsanspruchs der Gesuchstellerin.

Die Gesuchsgegnerin macht bei zahlreichen Positionen geltend, die den Forderungen zugrunde liegenden Leistungen begründeten keine Pfandberechtigung (act. 12 Rz. 63, 68, 74, 75, 77, 79, 81, 86, 88, 90, 92, 94, 96, 98, 100, 102, 104, 106, 108, 110, 112, 114, 116, 118, 120). Die herrschende Ansicht geht davon aus, die gesamte Forderung des Total- oder Generalunternehmers sei pfandberechtigt, obwohl diese auch (nicht pfandberechtigten) intellektuelle Leistungen umfassen würde, da diese mit den als hauptsächliche Leistungen geschuldeten Bauarbeiten zusammen eine funktionelle Einheit bilden würden (SCHUHMACHER, a.a.O., N 336, 341, 483; GAUCH, a.a.O., N 1309; a.A. THURNHERR, in: Basler Kommentar, N. 4 zu Art. 839/840 ZGB m.w.Nw. zum Streitstand). Im Rahmen des vorläufigen Eintragungsverfahrens ist dieser Ansicht zu folgen (s. bereits Ziffer 4.1 oben).

Die Gesuchsgegnerin bringt bei zahlreichen Positionen weitere Einwendungen vor. Im Einzelnen wird auf die Gesuchsantwort Bezug genommen (act. 12 Rz. 52-121). Die Einwendungen der Gesuchsgegnerin sind nachfolgend zu würdigen:

4.4.1. H.\_\_\_\_\_ GmbH (act. 12 Rz. 52, 53): Die Forderung der Gesuchstellerin ist beziffert und durch zwei Akontozahlungen vom 23. September 2019 und vom 15. November 2019 teilweise urkundlich belegt (act. 1 Rz. 26; act. 14.1). Über eine Schlussrechnung verfügt die Gesuchstellerin noch nicht (act. 1 Rz. 26; act. 17 Rz. 46). Dies ergibt sich – entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin (act. 21

Rz. 64) – bereits aus dem Gesuch in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen (act. 1 Rz. 26; Ziffer 3.5 oben).

4.4.2. I. \_\_\_\_\_ AG (act. 12 Rz. 54, 55): Die Forderung der Gesuchstellerin ist durch die Rechnung vom 21. Dezember 2019 urkundlich belegt (act. 1 Rz. 26; act. 3/14.4). Daraus ergibt sich, dass die Arbeiten die Erstellung der Wand-Decken-Fugen im 1. bis 4. OG betreffen (act. 3/14.4). Es ist jedenfalls nicht unglaubhaft, dass es sich um Innenausbauarbeiten handelt.

4.4.3. J. \_\_\_\_\_ AG (act. 12 Rz. 56, 57): Die Arbeiten betreffen den Einbau der Brandabschottungen (act. 1 Rz. 26; act. 17 Rz. 48). Auch wenn noch keine Schlussrechnung vorliegt (act. 1 Rz. 26; act. 17 Rz. 48), sind die Arbeiten jedenfalls nicht unglaubhaft.

4.4.4. K. \_\_\_\_\_ AG (act. 12 Rz. 58, 59): Auch wenn noch keine Schlussrechnung vorliegt (act. 1 Rz. 26; act. 17 Rz. 49), sind die Arbeiten jedenfalls nicht unglaubhaft.

4.4.5. L. \_\_\_\_\_ GmbH in Liquidation (act. 12 Rz. 60, 61): Die Forderung der Gesuchstellerin ist beziffert und im Umfang der Rechnung vom 17. Oktober 2019 urkundlich belegt (act. 1 Rz. 26; act. 3/14.8). Die Aufteilung zwischen Roh- und Ausbauarbeiten hat die Gesuchstellerin annäherungsweise aufgrund der vereinbarten Arbeitsschritte und des Zahlungsplans ermittelt (act. 17 Rz. 50). Die Forderung ist einstweilen glaubhaft.

4.4.6. M. \_\_\_\_\_ AG (act. 12 Rz. 62-64): Die Forderung der Gesuchstellerin betreffend Lüftungsanlagen von CHF 221'725.00 ist durch die Zwischenabrechnung über die bereits bestellte und gelieferte Ware vom 5. März 2020 (act. 3/14.11) urkundlich belegt. Die Arbeiten betreffen Warenlieferungen für Lüftungsanlagen sowie Kosten für Entsorgung und Retouren (act. 12 Rz. 62; act. 3/14.11-14.12). Forderungen aus Materiallieferungen alleine sind nur pfandberechtigt, wenn es sich um speziell für einen bestimmten Bau vorfabrizierte Materialien handelt (BGE 136 III 6 E. 5.4 S. 11-12; BGE 131 III 300 E. 3 S. 303-304 und E. 4.2 S. 304-305;

BGE 103 II 33 E. 2a S. 35; BGE 97 II 212 E. 1 S. 214-215). Die vorliegenden Warenlieferungen folgen einem Baukostenplan und dürften teilweise spezifische Vorfabrikate darstellen. Im Übrigen bilden die Leistungen eine funktionelle Einheit mit der Gesamtleistung der Gesuchstellerin.

Die Forderung betreffend Entsorgungen von CHF 450'000.00 stützt die Gesuchstellerin auf die E-Mail vom 5. März 2020 (act. 3/14.12). Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Höhe der Forderung und stützt sich dabei auf das eigene Gesuch der M.\_\_\_\_\_ AG betreffend Bauhandwerkerpfandrecht vom 27. Mai 2020 (act. 21 Rz. 73; act. 22/1). Dagegen beruft sich die Gesuchstellerin wiederum auf die vergleichsweise Einigung mit der M.\_\_\_\_\_ AG über eine Summe von CHF 445'000.00, welche die Gesuchstellerin bereits bezahlt hat (act. 26 Rz. 10, 11; act. 26 Rz. 10; act. 27/17). Mit Eingabe vom 6. Juli 2020 reduziert sie die Pfandsumme entsprechend um CHF 226'725.00 (CHF 221'725.00 + CHF 450'000.00 - CHF 445'000.00) auf CHF 4'988'616.25 (act. 26 Rz. 13). Dabei lässt die Gesuchstellerin allerdings ausser Acht, dass die Pfandsumme auch die MWST von 7.7 % beinhaltet. Während es sich bei den Einzelpositionen von CHF 221'275.00 und CHF 450'000.00 um Beträge vor MWST handelt, ist in der Vergleichssumme einer tatsächlichen Vermutung entsprechend auch die MWST enthalten. Die Gesuchstellerin widerlegt diese tatsächliche Vermutung nicht. Zur Berechnung der Reduktion des Rechtsbegehrens sind jeweils die Beträge inkl. MWST heranzuziehen:

**Beträge gemäss Gesuch vom 19. März 2020**

M._____ AG (act. 3/14.11; Anteil Ausbau)	221'725.00
M._____ AG (act. 3/14.12)	450'000.00
Total betreffend ,M._____ AG exkl. MWST	671'725.00
MWST von 7.7 %	51'722.85
Total betreffend M._____ AG inkl. MWST	723'447.85

**Betrag gemäss Eingabe vom 6. Juli 2020**

Vergleichsbetrag	445'000.00
<b>Differenz</b>	<b>278'447.85</b>

Die Parteien sind auf diese Berechnung mit Verfügung vom 8. Juli 2020 hingewiesen worden (act. 28). Bei der Berechnung der Pfandforderung führt es zum gleichen Ergebnis, wenn die Positionen betreffend M.\_\_\_\_\_ AG zunächst nicht berücksichtigt werden und der Vergleichsbetrag schliesslich auf das Zwischentotal inkl. MWST geschlagen wird (Ziffer 4.4.21 unten).

Im Umfang von CHF 278'447.85 ist das Gesuch der Gesuchstellerin als durch Rückzug erledigt abzuschreiben.

4.4.7. N.\_\_\_\_\_ AG (act. 12 Rz. 65, 66): Die Forderung der Gesuchstellerin ist beziffert und durch die Rechnung vom 20. Februar 2020 urkundlich belegt (act. 1 Rz. 26; act. 3/14.15). Die Aufteilung zwischen Roh- und Ausbauarbeiten hat die Gesuchstellerin annäherungsweise aufgrund der vereinbarten Arbeitsschritte und des Zahlungsplans ermittelt (act. 17 Rz. 52). Die Forderung ist einstweilen glaubhaft.

4.4.8. O.\_\_\_\_\_ AG (act. 12 Rz. 67-71): Der ursprüngliche Auftragswert von CHF 472'415.05 ist durch die Anzahlung vom 13. März 2019 urkundlich belegt (act. 3/14.16). Lifte stellen in der Regel spezifische Anfertigungen für ein konkretes Bauwerk dar und sind deshalb pfandberechtigt. Eine Entlassung der Gesuchstellerin aus der Schuld ergibt sich aus dem Werkvertrag mit der P.\_\_\_\_\_ vom 5. März 2020 und der E-Mail vom 23. April 2020 – entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin – jedenfalls nicht ohne weiteres. Die Rechnung vom 26. Juni 2019 betrifft eine Akontozahlung für den Nachtrag Nr. 1 (act. 14/11). Es ist glaubhaft, dass die Gesuchstellerin diese bei der Berechnung der pfandberechtigten Forderung berücksichtigt hat (act. 17 Rz. 54), da es sich um Nachtragsarbeiten handelt.

4.4.9. Q.\_\_\_\_\_ AG (act. 12 Rz. 72, 73): Die Gesuchstellerin hat sich zum Einwand der Gesuchsgegnerin äussern können, jedoch nicht schlüssig dargelegt, weshalb nach Vorliegen der Schlussrechnung noch auf eine Endkostenschätzung abzustellen sein soll (act. 17 Rz. 55; act. 3/12; act. 3/14.18). Die Schlussrechnung vom 25. Oktober 2019 weist lediglich einen Totalbetrag von CHF 11'669.65 exkl. MWST aus (act. 3/14.18). Die anteiligen Ausbaurkosten können nicht höher sein als die Gesamtkosten. Die Gesuchstellerin vermag deshalb lediglich eine Forde-

rung von CHF 11'670.00 glaubhaft zu machen. Die pfandberechtigte Forderung ist um die Differenz von CHF 172.00 zu reduzieren.

4.4.10. R.\_\_\_\_\_ AG (act. 12 Rz. 74): Es wird verwiesen auf die Argumentation in Ziffer 4.4.6 oben.

4.4.11. S.\_\_\_\_\_ AG (act. 12 Rz. 75, 76): Die Forderung der Gesuchstellerin ist beziffert und teilweise durch die Schlussrechnungen vom 26. Februar 2020 urkundlich belegt (act. 3/14.20). Nach herrschender Ansicht ist die gesamte Forderung des Total- oder Generalunternehmers pfandberechtigt, auch wenn darin einzelne lediglich intellektuelle Leistungen enthalten sind.

4.4.12. T.\_\_\_\_\_ AG (act. 12 Rz. 77, 78): Da es sich um eigene Leistungen der Gesuchstellerin handelt, besteht keine Rechnung. Jedenfalls ist die Erbringung der Leistungen nicht unglaubhaft. Nach herrschender Ansicht ist die gesamte Forderung des Total- oder Generalunternehmers pfandberechtigt, auch wenn darin einzelne lediglich intellektuelle Leistungen enthalten sind.

4.4.13. U.\_\_\_\_\_ AG (act. 12 Rz. 79, 80): Auch wenn noch kein Rechnungsbeleg vorliegt (act. 1 Rz. 26; act. 17 Rz. 59), sind die Leistungen jedenfalls nicht unglaubhaft.

4.4.14. V.\_\_\_\_\_ GmbH (act. 12 Rz. 81, 82): Nach herrschender Ansicht ist die gesamte Forderung des Total- oder Generalunternehmers pfandberechtigt, auch wenn darin einzelne lediglich intellektuelle Leistungen enthalten sind.

4.4.15. W.\_\_\_\_\_ AG (act. 12 Rz. 83-85): Die Forderung der Gesuchstellerin ist beziffert und durch Belege untermauert (act. 3/14.22). Im Rahmen des vorläufigen Eintragungsverfahrens ist die Forderung glaubhaft gemacht.

4.4.16. AA.\_\_\_\_\_ AG, AB.\_\_\_\_\_ AG, AC.\_\_\_\_\_ GmbH (act. 12 Rz. 86-91): Auch wenn noch kein Rechnungsbeleg bzw. noch keine eingehende Aufstellung vorliegt (act. 1 Rz. 26; act. 17 Rz. 62, 63), sind die Leistungen jedenfalls nicht unglaubhaft. Nach herrschender Ansicht ist die gesamte Forderung des Total- oder

Generalunternehmers pfandberechtigt, auch wenn darin einzelne lediglich intellektuelle Leistungen enthalten sind.

4.4.17. AD.\_\_\_\_\_ GmbH (act. 12 Rz. 92, 93): Nach herrschender Ansicht ist die gesamte Forderung des Total- oder Generalunternehmers pfandberechtigt, auch wenn darin einzelne lediglich intellektuelle Leistungen enthalten sind.

4.4.18. AE.\_\_\_\_\_ AG, AF.\_\_\_\_\_ AG, AG.\_\_\_\_\_ AG, AH.\_\_\_\_\_ GmbH (act. 12 Rz. 94-101): Auch wenn noch kein Rechnungsbeleg bzw. noch keine eingehende Aufstellung vorliegt (act. 1 Rz. 26; act. 17 Rz. 63), sind die Leistungen jedenfalls nicht unglaubhaft. Nach herrschender Ansicht ist die gesamte Forderung des Total- oder Generalunternehmers pfandberechtigt, auch wenn darin einzelne lediglich intellektuelle Leistungen enthalten sind.

4.4.19. Behindertenkonferenz (act. 12 Rz. 102, 103): Nach herrschender Ansicht ist die gesamte Forderung des Total- oder Generalunternehmers pfandberechtigt, auch wenn darin einzelne lediglich intellektuelle Leistungen enthalten sind.

4.4.20. AI.\_\_\_\_\_ AG, AJ.\_\_\_\_\_ AG, AK.\_\_\_\_\_ AG, Baudirektion des Kantons Zürich, Gemeinde D.\_\_\_\_\_, AE.\_\_\_\_\_ AG, AL.\_\_\_\_\_ AG, AM.\_\_\_\_\_ AG, AN.\_\_\_\_\_ AG (act. 12 Rz. 104-121): Auch wenn noch keine eingehende Aufstellung vorliegt (act. 1 Rz. 26; act. 17 Rz. 65-67), sind die Leistungen jedenfalls nicht unglaubhaft. Nach herrschender Ansicht ist die gesamte Forderung des Total- oder Generalunternehmers pfandberechtigt, auch wenn darin einzelne lediglich intellektuelle Leistungen enthalten sind.

4.4.21. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Bei der Position M.\_\_\_\_\_ AG entsteht lediglich ein Betrag von CHF 445'000.00 nach MWST; im Gegenzug entfallen die Positionen in der Aufstellung im Gesuch; im Differenzbetrag von CHF 278'447'.85 ist das Gesuch als durch Rückzug erledigt abzuschreiben (Ziffer 4.4.6 oben). Bei der Position Q.\_\_\_\_\_ AG entfällt ein Betrag von CHF 172.00 vor MWST (Ziffer 4.4.9 oben). Die Gesamtsumme vor MWST gemäss der Aufstellung im Gesuch der Gesuchstellerin beträgt jedoch nicht CHF 4'842'471.00, son-

dem CHF 4'842'742.00 und damit CHF 1.00 mehr (Kalkulationsfehler). Die zuzusprechende Pfandsumme berechnet sich damit folgendermassen:

Total vor MWST gemäss Gesuch vom 19. März 2020	4'842'471.00
Kalkulationsfehler	+ 1.00
Reduktion M. _____ AG (act. 3/14.11)	- 221'725.00
Reduktion M. _____ AG (act. 3/14.12)	- 450'000.00
Teilweise Reduktion Q. _____ AG (act. 3/14.18)	- 172.00
Zwischentotal exkl. MWST	4'170'575.00
MWST zu 7.7 %	321'134.27
Zwischentotal inkl. MWST	4'491'709.20
Vergleichsbetrag M. _____ AG	445'000.00
<b>Pfandforderung</b>	<b>4'936'709.20</b>

Mangels Bestreitung einer rechtsgenügenden Mahnung ist der gesetzliche Zins gestützt auf Art. 102 Abs. 1 OR im vorläufigen Eintragungsverfahren ab 17. März 2020 zuzusprechen.

4.5. Während sich das Erdgeschoss und die vier Obergeschosse des streitgegenständlichen Hotelgebäudes ausschliesslich auf dem streitgegenständlichen Grundstück befinden, erstrecken sich die beiden Untergeschosse (Keller- und Lagerräume sowie Parkgeschoss) neben dem streitgegenständlichen Grundstück auch auf das angrenzende Grundstück Kat. Nr. 4 (act. 1 Rz. 13; act. 12 Rz. 21; act. 3/6).

Die Gesuchsgegnerin ist der Ansicht, die Gesuchstellerin habe es versäumt, die Pfandsumme zwischen dem streitgegenständlichen Grundstück und dem angrenzenden Grundstück Kat. Nr. 4 aufzuteilen (act. 12 Rz. 27). Die Gesuchstellerin ist der Ansicht, die pfandberechtigten Forderung betreffe das Hotelgebäude bzw. dessen Ausbau auf der streitgegenständlichen Liegenschaft und nicht dessen Untergeschosse (act. 17 Rz. 30).

Da das Bauhandwerkerpfandrecht seine Rechtfertigung im für das betroffene Grundstück geschaffenen Mehrwert findet, ist dieses grundsätzlich als Teilpfandrecht i.S.v. Art. 798 Abs. 2 ZGB einzutragen (BGE 146 III 7 E. 2.1.2 S. 9-10; BGE

102 Ia 81 E. 2b/aa S. 85; BGer 5A\_924/2014 v. 07.05.2015 E. 4.1.3.1 und 4.2; 5A\_682/2010 v. 24.10.2011 E. 3.2; SCHUHMACHER, a.a.O., N 593, 594, 839). Hat der Unternehmer pfandberechtigte Arbeiten für mehrere Grundstücke ausgeführt, muss er die Vergütungsforderung auf die betroffenen Grundstücke nach dem für diese jeweils tatsächlich erbrachten Anteil an den Bauarbeiten aufteilen und kann jedes Grundstück nur mit dem entsprechenden Anteil an der Vergütungsforderung grundpfandrechtlich belasten (BGE 146 III 7 E. 2.1.2 S. 9-10; BGE 119 II 421 E. 3b S. 425-426; SCHUHMACHER, a.a.O., N 593, 837). Für jedes Grundstück muss er seine Leistungen konkret beziffern und darlegen (BGE 146 III 7 E. 2.1.2 S. 9-10 und E. 4.1.1 S. 12; BGer 5A\_924/2014 v. 07.05.2015 E. 4.1.3.1; 5A\_683/2010 v. 15.11.2011 E. 3.2; 5A\_682/2010 v. 24.10.2011 E. 3.2; SCHUHMACHER, a.a.O., N 840). Insbesondere ist eine amtswegige Aufteilung im von der Dispositions- und Verhandlungsmaxime beherrschten Eintragungsverfahren nicht statthaft (BGer 5A\_299/2014 v. 11.07.2014 E. 4). Eine Ausnahme vom Bezifferungserfordernis rechtfertigt sich nur in Ausnahmefällen (BGE 146 III 7 E. 4.1.1 S. 12; BGer 5A\_683/2010 v. 15.11.2011 E. 3.2; 5A\_682/2010 v. 24.10.2011 E. 3.2). Nach dem Schrifttum ist im Verfahren um vorläufige Eintragung die Berücksichtigung einer Sicherheitsmarge von 10-20 % zulässig (BGer 5A\_924/2014 v. 07.05.2015 E. 4.1.4; BGer 5A\_933/2014 v. 16.04.2015 E. 3.3.2; je m.Nw.).

Die Gesuchstellerin stützt ihre pfandberechtigte Forderung auf Ausbauarbeiten, welche sie alle dem Grundstück Kat.-Nr. 1 zuordnet, und klammert Rohbauleistungen ausdrücklich aus (act. 1 Rz. 26). Die Gesuchsgegnerin stützt sich pauschal auf den (unstreitigen) Umstand, dass sich die beiden Untergeschosse auch auf das benachbarte Grundstück erstrecken, weshalb die Gesuchstellerin ihre Leistungen für beide Grundstücke erbracht habe (act. 12 Rz. 21). Es ist naheliegend, dass sich die Ausbauleistungen nicht auf die Keller- und Lagerräume oder das Parkgeschoss, sondern auf das Erd- und die Obergeschosse beziehen. Die Gesuchsgegnerin nennt keine von der Gesuchstellerin zur Begründung ihrer pfandberechtigten Forderung geltend gemachten Leistungen, welche sich auf die Untergeschosse beziehen. Selbst wenn dies für gewisse Anteile zutreffen sollte, ist die provisorische Eintragung im vollen Betrag durch die Sicherheitsmarge von

10-20 % gedeckt. Eine genauere Ausscheidung muss dem definitiven Eintragungsverfahren vorbehalten bleiben.

4.6. Gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB hat die Eintragung bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen. Nach Darstellung der Gesuchstellerin hätten noch Anfang 2020 pfandberechtigte Arbeiten stattgefunden, bis die Gesuchsgegnerin den Vertrag am 3. Februar 2020 gekündigt habe (act. 1 Rz. 19, 20, 37; nach ihrem Eventualstandpunkt ist der 20. Dezember 2019 massgeblich, s. act. 1 Rz. 18, 37). Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Fortführung von Arbeiten in nennenswertem Umfang in der Zeit um Anfang 2020 (act. 12 Rz. 148). Indessen ist nicht streitig, dass die Gesuchstellerin ihre Arbeiten bis am 20. Dezember 2019 fortsetzte. Mit der Eintragung am 23. März 2020 ist die Eintragsfrist eingehalten.

4.7. Im Ergebnis ist das Gesuch im Umfang von CHF 278'447.85 als durch Rückzug erledigt abzuschreiben (Ziffer 4.4.6 oben). Demgemäss ist die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ teilweise zu bestätigen als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 23. März 2020 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. Nr. 2, EGRID Nr. 3, E.\_\_\_\_\_-strasse ..., D.\_\_\_\_\_, für eine Pfandsumme von CHF 4'936'709.20 nebst Zins zu 5 % seit 17. März 2020. Im Mehrbetrag ist das Gesuch abzuweisen.

Sodann ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Gesuchstellerin beantragt die Ansetzung einer Prosequierfrist von 6 Monaten in der Hoffnung, betreffend die Ausstände eine gütliche Einigung erzielen zu können (act. 1 Rz. 39). Praxisgemäss ist die Prosequierfrist lediglich auf 60 Tage festzulegen. Allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (BGE 143 III 554 E. 2.5.2 S. 557-558 = Pra 107 [2018] Nr. 145). Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuches (Art. 144 Abs. 2 ZPO). Dieses würde in einem kostenpflichtigen Nachverfahren behandelt. Als zureichende Gründe für eine Fris-

terstreckung gemäss Art. 144 Abs. 2 ZPO werden nur entweder die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe anerkannt.

##### 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 bestimmt (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert beläuft sich auf CHF 5'215'341.25 (act. 1 Rz. 7). Die nach § 4 Abs. 1 GebV OG bestimmte ordentliche Gerichtsgebühr beträgt CHF 72'903.41. In Anwendung von § 8 Abs. 1 GebV OG ist diese auf CHF 36'500.00 festzusetzen.

Die Gesuchstellerin unterliegt durch teilweisen Rückzug und teilweise Abweisung des Gesuchs im Umfang von rund 1/20 (Art. 106 Abs. 1 ZPO). In diesem Umfang sind ihr die Kosten definitiv aufzuerlegen. Im übrigen Umfang ist über den Pfandanspruch der Gesuchstellerin 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.

In Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 9 AnwGebV OG wäre einer vollständig obsiegenden Partei eine Parteientschädigung von CHF 35'000.00 zuzusprechen. Da die Gesuchstellerin teilweise definitiv unterliegt, ist sie zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 1'750.00 zu bezahlen. Im Übrigen ist auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen dem ordentlichen Verfahren vorzubehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, ist der Gesuchsgegnerin eine weitere Parteientschädigung von CHF 33'250.00 zuzusprechen.

**Das Einzelgericht verfügt:**

1. Das Gesuch wird im Umfang von CHF 278'447.85 als durch Rückzug erledigt beschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**und erkennt sodann:**

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ wird teilweise bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 23. März 2020 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses  
auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBI. Nr. 2, EGRID Nr. 3,  
E. \_\_\_\_\_-strasse ..., D. \_\_\_\_\_,  
für eine Pfandsumme von **4'936'709.20** nebst Zins zu 5 % seit 17. März 2020.
2. Im Mehrbetrag wird das Gesuch abgewiesen.
3. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 28. September 2020 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.
4. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 36'500.00.  
Die weiteren Kosten betragen: CHF 306.00 (Rechnung Nr. 5 des Grundbuchamtes C.\_\_\_\_\_ vom 23. März 2020).
5. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 4 werden der Gesuchstellerin im Umfang von CHF 1'825.00 definitiv auferlegt.  
Im übrigen Umfang werden sie von der Gesuchstellerin bezogen und bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Ver-

fahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 3 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr auch diese Kosten definitiv auferlegt.

6. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 1'750.00.00 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 3 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine weitere Parteientschädigung von CHF 33'250.00 zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie nach Ablauf der Beschwerdefrist an das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_.
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 5'215'341.25.

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

Zürich, 27. Juli 2020

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Jan Busslinger

