

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE200291-O

U/mk

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

## Urteil vom 19. Oktober 2020

in Sachen

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

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

gegen

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

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

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

sowie

**C. \_\_\_\_\_ AG,**  
Prozessführende Streitberufene

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

vertreten durch Rechtsanwalt Z2. \_\_\_\_\_

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

---

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_, ... [Adresse] sei im Sinne von Art. 961 ZGB sofort und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin einstweilen anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin ein Pfandrecht vorläufig einzutragen auf dem Grundstück Kat. Nr. 1, GBBI. 2, E.\_\_\_\_\_-weg ..., ... Zürich, für eine Pfandsumme von CHF 714'298.40. zuzüglich Zins von 5% auf CHF 96'900.– seit 11. März 2020 und 5% auf CHF 571'367.40 seit 17. April 2020 und 5% auf CHF 46'031.– ab Rechtshängigkeit dieses Verfahrens.
2. Der Gesuchstellerin ist eine angemessene Frist zur Einleitung des Prozesses betreffend definitive Eintragung ihrer Pfandansprüche anzusetzen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. Mehrwertsteuerzusatz von 7.7%) zulasten der Gesuchsgegnerin."

**Erwägungen:**

**A. Sachverhalt und Verfahren**

1. Sachverhaltsübersicht

Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin der Liegenschaft am E.\_\_\_\_\_-weg ..., ... Zürich. Sie plante, das da gelegene Gebäude zu sanieren, bzw. teilweise abzubauen und neu zu erstellen und schloss hierzu mit der Streitberufenen einen Totalunternehmer-Werkvertrag ab. Die prozessführende Streitberufene beauftragte ihrerseits die F.\_\_\_\_ AG (nachfolgend "Subunternehmerin") mit der Ausführung der Abbrucharbeiten (BKP 112.1). Die Subunternehmerin schloss hernach ihrerseits einen Werkvertrag mit der Gesuchstellerin ab, um diese Arbeiten bzw. einen Teil davon und/oder andere Arbeiten – der vereinbarte Leistungsumfang ist umstritten – für einen Pauschalpreis von CHF 420'000.– auszuführen. Die Gesuchstellerin ersucht heute um provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf der Liegenschaft der Gesuchsgegnerin, da sie geltend

macht, die Subunternehmerin habe ihr weder den vollen Werklohn aus dem Werkvertrag noch die geltend gemachten Nachträge bezahlt.

## 2. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin überbrachte dem hiesigen Einzelgericht ihr Gesuch am 20. Juli 2020 um 10.00 Uhr (act. 1, act. 2 und act. 3/1-29). Das Gesuch um superprovisorische Eintragung wurde gleichentags gutgeheissen. Mit selbiger Verfügung wurde zudem der Gesuchsgegnerin Frist zur Gesuchsantwort angesetzt (act. 4). Innert erstreckter Frist (vgl. act. 7) verkündete die Gesuchsgegnerin der Streitberufenen den Streit und erklärte ihr Einverständnis zur Prozessführung durch die Streitberufene (act. 10). Hiervon wurde mit Verfügung 25. August 2020 Vormerk genommen, mit dem Hinweis, dass die laufende und bereits erstreckte Frist zur Erstattung der Gesuchsantwort auch bei einem allfälligen Prozessbeitritt der Streitberufenen gilt (act. 12). Mit Eingabe vom 27. August 2020 erklärte die Streitberufene den Prozessbeitritt und die Weiterführung des Prozesses an Stelle der Gesuchsgegnerin, verkündete ihrerseits den Streit an die Subunternehmerin und ersuchte um eine weitere Fristerstreckung (act. 14). Mit Verfügung vom 28. August 2020 wurde vom Ausscheiden der Gesuchsgegnerin aus der Prozessführung und der Weiterführung derselben durch die Streitberufene sowie von der Streitverkündung an die Subunternehmerin Vormerk genommen. Zugleich wurde das Fristerstreckungsgesuch der Streitberufenen abgewiesen und ihr eine Notfrist bis 4. September 2020 angesetzt, um zum Begehren der Gesuchstellerin vom 20. Juli 2020 schriftlich zu beantworten (act. 16). Am 4. September 2020 reichte die prozessführende Streitberufene eine Stellungnahme ein (act. 18, act. 19 und act. 20/2-12), die der Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom 8. September 2020 – unter Hinweis auf den eingetretenen Aktenschluss – zur freiwilligen Stellungnahme bzw. zur Wahrung des Replikrechts zugestellt wurde (act. 21). Am 24. September 2020 (act. 23) zeigte die Gesuchstellerin die Einreichung einer Stellungnahme an, welche sodann am 28. September 2020 erfolgte (act. 24 und act. 25/1-9). Die Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 28. September 2020 wurde der prozessführenden Streitberufenen am 5. Oktober 2020 zugestellt. Letztere liess sich in der Folge nicht mehr vernehmen.

## **B. Voraussetzungen des Bauhandwerkerpfandrechts**

Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts 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 Bauhandwerkerpfandrechts 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). Das Pfandrecht kann von dem Zeitpunkt an, da sich der Unternehmer zur Arbeitsleistung verpflichtet hat, in das Grundbuch eingetragen werden (Art. 839 Abs. 1 ZGB). Die Fälligkeit der Vergütungsforderung des Handwerkers oder Unternehmers ist für die Geltendmachung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht vorausgesetzt (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N 473).

## **C. Pfandobjekt und Legitimation**

1. Das Pfandobjekt ist das Grundstück, zu dessen Gunsten pfandberechtigte Arbeiten erbracht wurden (SCHUMACHER, a.a.O., N 600, 604). Pfandgläubiger ist ursprünglich immer der Unternehmer, der die pfandberechtigten Arbeiten erbracht hat (SCHUMACHER, a.a.O., N 511, 530). Pfandschuldner ist demgegenüber der Grundeigentümer des Baugrundstücks (BGE 134 III 147 E. 4.3 S. 150).

2. Es ist unbestritten, dass die Gesuchstellerin auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin pfandberechtigte Arbeiten ausgeführt hat, sowie, dass die Gesuchsgegnerin Alleineigentümerin des streitgegenständlichen Grundstücks ist (Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2, E. \_\_\_\_\_-weg ..., ... Zürich). Die Gesuchstellerin ist damit aktiv- und die Gesuchsgegnerin passivlegitimiert. Pfandobjekt ist das genannte Grundstück der Gesuchsgegnerin.

## **D. Pfandforderung und -berechtigung**

### 1. Unbestrittener Sachverhalt

Zwischen der Subunternehmerin und der Gesuchstellerin (nachfolgend die Vertragsparteien) ist ein Werkvertrag (mindestens) für Abbrucharbeiten auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin zustande gekommen, wobei die Gesuchstellerin hierfür pauschal mit CHF 420'000.– entschädigt werden sollte (act. 1 Rz. 9 f.; act. 4 f.). Unbestritten ist auch, dass die Subunternehmerin der Gesuchstellerin bis heute drei Akontozahlungen à CHF 107'700.– bzw. CHF 323'100.– an die Pauschalvergütung geleistet hat, bzw., dass die Werklohnrestanz CHF 96'900.– beträgt (act. 1 Rz. 20 f.; act. 15 f.). Mit schriftlichem Werkvertrag vom 1. Oktober 2019 vereinbarten die Vertragsparteien die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 (mit Ausnahmen) und trafen namentlich weitere Absprachen hinsichtlich der Modalitäten von Nachtragsarbeiten und der Zahlungsbedingungen (vgl. act. 1 Rz. 16, 21; act. 18 Rz. 43).

### 2. Parteibehauptungen

#### 2.1. *Gesuchstellerin*

2.1.1. Die Gesuchstellerin behauptet im Wesentlichen, die geltend gemachte Pfandforderung von CHF 714'298.40 setze sich zusammen aus CHF 96'600.– als vierte Akontozahlung an den vereinbarten Werklohn und CHF 617'398.40 aus Vergütungsforderungen für Nachträge und zusätzliche Aufwände (act. 1 Rz. 30).

2.1.2. Betreffend den vertraglich vereinbarten Werklohn führt die Gesuchstellerin insbesondere Folgendes aus: Ende November 2019 habe die Gesuchstellerin ihre Arbeiten gemäss der Pauschalsumme zu 95% erledigt. Deshalb sei sie berechtigt gewesen, der Subunternehmerin am 21. November 2019 die Rechnung für eine vierte Akontozahlung zuzustellen (irrtümlicherweise über CHF 107'700.– anstatt der noch offenen CHF 96'900.–). In Ziffer 7 des Werkvertrages sei vereinbart gewesen, dass Akontozahlungen innert 30 Tagen zu leisten seien (act. 1 Rz. 21; act. 24 Rz. 63). Damit sei die vierte Akontozahlung fällig geworden (act. 1 Rz. 55). Diese Rechnung habe die Subunternehmerin nicht beglichen (act. 1 Rz. 22). Mit Email vom 11. März 2020 habe die Gesuchstellerin die Subunternehmerin aufge-

fordert, die vierte Akontozahlung zu leisten. Daher sei die Subunternehmerin seit 11. März 2020 in Verzug (act. 1 Rz. 55).

2.1.3. Hinsichtlich der Nachträge und die zusätzlichen Aufwände macht die Gesuchstellerin im Wesentlichen Folgendes geltend: Inhalt des Werkvertrages seien die Leistungen gemäss Offerte vom 12. September 2019 gewesen, welche die Subunternehmerin mit Email vom 14. September 2019 akzeptiert habe. Der nachträglich am 1. Oktober 2019 unterschriebene Werkvertrag habe zu keiner Erweiterung des geschuldeten Leistungsumfangs geführt (act. 1 Rz. 16). Eine Woche nachdem die Gesuchstellerin am 10. Oktober 2019 mit ihren Arbeiten begonnen habe, hätten sich G.\_\_\_\_, Mitglied des Verwaltungsrates der Subunternehmerin mit Einzelzeichnungsberechtigung und H.\_\_\_\_, Einzelzeichnungsberechtigter der Gesuchstellerin, zu einer Besprechung getroffen. An dieser Besprechung, an welcher auch I.\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_, Mitarbeiter der Gesuchstellerin, anwesend gewesen seien, habe G.\_\_\_\_ H.\_\_\_\_ mündlich zusätzliche Aufträge erteilt (act. 1 Rz. 1, 7, 17, 26). G.\_\_\_\_ habe H.\_\_\_\_ versichert, dass alle zusätzlichen Arbeiten voll entschädigt würden (act. 1 Rz. 17, 25 f.). Mit Email vom 21. Januar 2020 habe die Gesuchstellerin der Subunternehmerin mitgeteilt, welche Arbeiten sie im Rahmen des Werkvertrages erledigt und welche zusätzliche Leistungen sie erbracht habe (act. 1 Rz. 24). Zusätzlich habe sie die Subunternehmerin aufgefordert, am 27. Januar 2020 auf der Baustelle zu sein, um diese anzuschauen und um die Abnahmen durchzuführen (act. 1 Rz. 26). Die im Pauschalpreis inbegriffenen Arbeiten seien in vielen Bereichen abgeschlossen gewesen, lediglich im Untergeschoss seien noch Arbeiten im Heizungs- und im Lüftungsraum vorzunehmen gewesen. Bei den Zusatzarbeiten habe es noch grössere Pendenzen gegeben (act. 1 Rz. 24, 27). Am 27. Januar 2020 hätten sich H.\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_ um 13.00 Uhr auf der Baustelle getroffen. G.\_\_\_\_ habe H.\_\_\_\_ erneut zugesichert, dass er alle Leistungen bezahlen werde (act. 1 Rz. 28). Am 11. März 2020 habe die Subunternehmerin der Gesuchstellerin den Abschluss der Arbeiten angezeigt und sie zur Stellung der Schlussrechnung aufgefordert (act. 1 Rz. 29). Die Gesuchstellerin habe die Schlussrechnung am 12. März 2020 erstellt. Diese habe sich aus der vierten Akontozahlung und der zusätzlichen Arbeiten und Aufwände zusammengesetzt (neun Nachträge [insgesamt CHF 423'033.– exkl. MwSt.], Auf-

wände für Entsorgungen gemäss Rechnungen der K.\_\_\_\_\_ AG [125'224.55 exkl. MwSt.] und die Kosten eines Bauleiters, den die Gesuchstellerin der Subunternehmerin für die Erfüllung deren Auftrags zur Verfügung gestellt habe [CHF 25'000.– exkl. MwSt.]. Die Schlussrechnung sei infolge Rechnungsfehlern tiefer ausgefallen; bei korrekter Addition zzgl. MwSt. ergebe sich die Totalrestschuld von CHF 714.298.40 (act. 1 Rz. 30 f.).

## *2.2. Prozessführende Streitberufene*

Die Streitberufene wendet zusammengefasst ein, die vierte Akontorechnung sei zu hoch ausgefallen, da die Gesuchstellerin maximal CHF 378'000.– bzw. 90% des Werklohnes als Akontozahlung habe verlangen können. Unter Berücksichtigung der geleisteten Akontozahlungen habe die Gesuchstellerin maximal CHF 55'000.– als weitere Akontozahlung verlangen können (act. 18 Rz. 16). Die Gesuchstellerin sei im Zeitpunkt der vierten Akontorechnung mit ihren Leistungen aber noch nicht genügend fortgeschritten gewesen als dass sie eine weitere Akontozahlung hätte verlangen können. Die Voraussetzungen für die Ausrichtung einer Akontozahlung seien nicht erfüllt gewesen (act. 18 Rz. 43). Schliesslich hätten die Vertragsparteien keinen Verfalltag verabredet, sondern lediglich ein Zahlungsziel, weshalb die Subunternehmerin nicht in Verzug sei und auch kein Verzugszins geschuldet sei (act. 18 Rz. 16, 43). Betreffend die Schlussrechnung hätten die Vertragsparteien vertraglich eine Zahlungsfrist von 60 Tagen ab Vorliegen der bereinigten und unterzeichneten Schlussabrechnung vereinbart. Unter Berücksichtigung der Mindestprüffrist von einem Monat im Sinne von Art. 154 Abs. 2 SIA Norm 118 wäre die Schlussrechnung vom 12. März 2020 daher frühestens am 11. Juni 2020 fällig geworden. Einen Ausstand habe die Gesuchstellerin aber nie gemahnt (act. 18 Rz. 43). Im Weiteren bestreitet die Streitberufene zusammengefasst, dass Nachträge vereinbart worden seien (act. 18 Rz. 13). Es habe insbesondere keine mündlichen Zusatzvereinbarungen gegeben (act. 18 Rz. 21). Ohnehin sei vereinbart worden, dass Mehrkosten ohne schriftliche Auftragsbestätigung nicht bezahlt würden (act. 18 Rz. 12). Im Übrigen sei die Gesuchstellerin bereits unter dem ursprünglichen Werkvertrag verpflichtet gewesen, die von ihr behaupteten zusätzlich ausgeführten Arbeiten zu erbringen (act. 18 Rz. 21)

### 3. Rechtliches

3.1. Das Bauhandwerkerpfandrecht dient der akzessorischen Sicherung der Forderungen des Bauhandwerkers, wobei das Gesetz die Rechtsgründe, die eine derartige Forderung begründen können, nicht definiert. Der wichtigste Entstehungsgrund einer durch Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB geschützten Forderung des Bauhandwerkers ist der Schuldvertrag (Art. 1 ff. OR), häufig in der Form eines Werkvertrages (Art. 363 ff. OR). Die vertragsgemässe Vergütungsforderung bestimmt die Pfandsumme (SCHUMACHER, a.a.O., N 475 ff., 547). Ob der Unternehmer Anspruch auf ein Entgelt der Bauarbeiten besitzt, beurteilt sich nach dem vereinbarten Vertragsinhalt. Liegt ein Werkvertrag vor, schuldet der Unternehmer seinem Besteller die Herstellung und Ablieferung des Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (Art. 363 OR). Wird der vertragliche vereinbarte Leistungsumfang bzw. die Herstellungspflicht des Unternehmers nachträglich einvernehmlich geändert, liegt eine vereinbarte Bestellsänderung vor. Untersteht die konsensuale Bestellsänderung einer vertraglichen Formvorschrift, so wird nach Massgabe des Art. 16 Abs. 1 OR vermutet, dass die Parteien bei Nichterfüllung der Form keine Änderung vereinbaren wollten (GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N 768, 770). Für den Mehraufwand, der durch eine vereinbarte Bestellsänderung nötig wird, hat der Unternehmer Anspruch auf eine Mehrvergütung. Das Vorliegen einer Bestellsänderung und der darauf zurückzuführende Mehraufwand hat der Unternehmer zu beweisen (BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. 374 N19). Unter Vorbehalt einer anderen Abrede bestimmt sich die Vergütung, die der Besteller für diesen Mehraufwand schuldet, nach Art. 374 OR (GAUCH, a.a.O., N 785). Demgemäss wird der Preis, der zum Voraus entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt wurde, nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt (Art. 374 OR). Es obliegt dem Unternehmer, die dem Aufwand und den Bemessungsfaktoren zugrundeliegenden Tatsachen zu beweisen, ebenso die Angemessenheit der geforderten Vergütung. Hinsichtlich des Aufwandes hat der Unternehmer namentlich konkret aufzuzeigen, an welchem Datum welche Mitarbeiter wie viele Stunden aufwendeten und welche Arbeiten ausgeführt wurden (BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. 374 N 18 mit zahlreichen Hinweisen).

3.2. Unter der Verhandlungsmaxime obliegt es den Parteien, die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Welche Tatsachen zu behaupten sind, ergibt sich aus dem Tatbestand der materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage und dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1 S. 522 f.; 127 III 365 E. 2b S. 368). Dabei folgt die Behauptungslast der Beweislast (Art. 8 ZGB; BGE 132 III 186 E. 4). Da im summarischen Verfahren der Aktenschluss bereits nach den ersten Parteivorträgen bzw. nach Erstattung der Gesuchsantwort eintritt (BGE 144 III 117 E. 2.2 S. 118; 146 III 55 E. 2.3.1. S. 57), obliegt es der Gesuchstellerin, all jene Tatsachen, die für die Subsumption des Sachverhaltes unter die konkret anwendbaren Rechtsnormen notwendig sind und für welche sie beweisbelastet ist, bereits im Gesuch zu substantiieren. Sie hat ihre Vorbringen also nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 365 E. 2b S. 368). Dasselbe gilt für Einreden oder Einwendungen der Gesuchsgegnerin, soweit diese bei Einreichung des Gesuchs bereits konkret voraussehbar waren (SOGO/BAECHLER, Aktenschluss im summarischen Verfahren, AJP 2020, S. 315, 328). Tut sie dies nicht, läuft sie die Gefahr, dass ihre unsubstantiierten Behauptungen von der Gesuchsgegnerin in deren Gesuchsantwort bestritten wird, ohne dass sie, die Gesuchstellerin, in einem zweiten Vortrag ihre Substantiierungsversäumnisse nachholen könnte. Über einen nicht substantiiert vorgetragenen Sachverhalt findet aber kein Beweisverfahren statt, denn Gegenstand des Beweises sind nur von der beweisbelasteten Partei substantiiert behauptete und von der Gegenpartei substantiiert bestrittene rechtserhebliche Tatsachen (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO). Im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime ist der nicht substantiiert vorgebrachte und bestrittene dem nicht bewiesenen Sachverhalt daher gleichzusetzen (vgl. BGer 5P.210/2005 vom 21. Oktober 2005 E. 4.1).

3.3. Nach dem Regelbeweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Ausnahmen vom Regelbeweismass ergeben sich einerseits aus dem Gesetz; andererseits wurden sie durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet. Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechtes, so muss die

gesuchstellende Partei ihre Behauptungen nur *glaubhaft* machen (Art. 961 Abs. 3 ZGB). Nach dem Beweismass des Glaubhaftmachens gilt der Beweis grundsätzlich als erbracht, wenn für das Vorhandensein einer Tatsache gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 140 III 610 E. 4.1 S. 612 f.). An die Glaubhaftmachung der Voraussetzungen für die vorläufige Bauhandwerkerpfandrechteintragung sind indes weniger strenge Anforderungen zu stellen, als es diesem Beweismass sonst entspricht: 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 bewilligen und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechtes dem ordentlichen Gericht vorzubehalten. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 137 III 563 E. 3.3; 102 Ia 86; 112 Ib 484; 86 I 265 E. 3; ZR 79/1980 Nr. 80 S. 152 E. 1; SCHUMACHER, a.a.O., N 1394 ff.).

#### 4. Würdigung

4.1. Angesichts des Umstandes, dass eine Werklohnrestanz von CHF 96'900.– unbestritten ist und der Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechts unabhängig von der Fälligkeit dieser Restanz möglich ist (vgl. Art. 839 Abs. 1 ZGB), ist die Pfandforderung in diesem Umfang rechtsgenügend glaubhaft gemacht. Dass es sich bei den werkvertraglich vereinbarten Abbrucharbeiten um pfandberechtigte Arbeiten im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB handelt, ist offensichtlich. Umstritten ist im Zusammenhang mit der Pauschallohnrestforderung lediglich, ob und wann diese fällig wurde und ob entsprechend ein Verzugszins geschuldet ist. Vorwegzunehmen ist, dass nicht zwingend erheblich ist, dass die Gesuchstellerin am 21. November 2019 einen bestimmten Leistungsstand erreicht haben muss, um Anspruch auf eine Akontozahlung zu haben. Akontozahlungen sind vorläufige Zahlungen, wobei der Umfang der definitiv geschuldeten Leistung noch zu ermitteln ist (BGE 134 III 519 E. 5.2.3 S. 595). Sie können eigentliche Voraus- oder aber, wenn der Unternehmer vollständig vorleistungspflichtig bleibt, Abschlagszahlungen sein. Die Parteien behaupten nicht, die Vertragsparteien hätten vereinbart,

dass es sich bei den Akontozahlungen um Abschlagszahlungen handeln würde, deren Fälligkeit vom Erreichen eines bestimmten Leistungsstandes abhängen würde. Andererseits behauptet die Gesuchstellerin auch nicht, dass die Akontozahlungen Vorschusszahlungen sein sollten. Sie macht einzig geltend, sie sei aufgrund des Umstandes, dass sie 95% der geschuldeten Arbeiten geleistet habe, berechtigt gewesen, eine weitere Akontozahlung zu beanspruchen (act. 1 Rz. 21; act. 24 Rz. 63). Mangelhaft ist das Vorbringen der Gesuchstellerin aber einerseits bereits deshalb, weil sie nicht substantiiert darlegt, dass sie am 21. November 2019 tatsächlich 95% der geschuldeten Leistungen erbracht hatte. Dies hätte erfordert, dass die Gesuchstellerin konkret aufzeigt, welche Leistungen insgesamt zu welchem Wert zu erbringen waren, und welche Leistungen zu welchem Wert sie bis am 21. November 2019 erbracht hatte. Andererseits – selbst wenn die Gesuchstellerin den Leistungsstand genügend behauptet hätte – ist nicht ersichtlich, woraus die Gesuchstellerin die Berechtigung ableitet, dass sie bei einem gewissen Leistungsstand Anspruch auf eine Akontozahlung von einer bestimmten Höhe hat. Ob die Gesuchstellerin am 21. November 2019 berechtigt war, eine Akontozahlung von CHF 96'900.– mit einer Zahlungsfrist von 30 Tagen von der Subunternehmerin zu verlangen, ist damit nicht schlüssig dargetan. Daran ändert das Email der Gesuchstellerin an die Subunternehmerin vom 11. März 2020 nichts (vgl. act. 3/19). Nachdem die Gesuchstellerin nicht schlüssig dargetan hat, dass die geforderten CHF 96'900.– fällig wurden, konnte die Subunternehmerin mit dieser Zahlung auch nicht in Verzug geraten. Mangels Verzugs schuldet die Subunternehmerin der Gesuchstellerin damit mutmasslich kein Verzugszins. Die provisorische pfandrechtliche Sicherung eines Verzugszinses scheidet aus.

4.2. Die Gesuchstellerin behauptete im Weiteren, sie verfüge über weitere Pfandforderungen für insgesamt CHF 617'398.40 (Vergütungsforderungen für Nachträge und zusätzliche Aufwände, vgl. act. 1 Rz. 30). Vorerst ist indes unklar, auf welchem Rechtsgrund diese weiteren Forderungen der Gesuchstellerin beruhen. Soweit sie geltend machen will, G.\_\_\_\_\_ habe sie anlässlich der Besprechung, welche eine Woche nachdem die Gesuchstellerin am 10. Oktober 2019 mit ihren Arbeiten begonnen habe, stattgefunden haben soll (act. 1 Rz. 17), für alle geltend gemachten Zusatzarbeiten mündlich beauftragt, so erscheint dies an-

gesichts des geltend gemachten Umfangs der Zusatzarbeiten als unglaubhaft. Der Behauptung, die Gesuchstellerin sei an einem einzigen Termin mündlich beauftragt worden, neun Nachträge bzw. insgesamt Leistungen über CHF 617'398.40 zu erbringen, ohne dass auch nur eine Offerte, eine schriftliche Bestätigung oder auch nur ein einziger gegengezeichneter Rapport bei den Akten liegt, kann kein Glaube geschenkt werden. Zudem müsste das Vorliegen von neun Nachträgen dafürsprechen, dass es auch neun Aufträge gegeben hat (und nicht bloss eine Besprechung). Von weiteren Besprechungen ist aber im Gesuch aber keine Rede. Dass diese Nachträge sodann mündlich erteilt wurden, obschon die Vertragsparteien in Ziffer 7 des Werkvertrags vereinbarten, dass Nachtragsarbeiten nur nach Vorliegen einer Auftragsbestätigung der Bauleitung ausgeführt werden dürfen, spricht ebenfalls dagegen, dass die Gesuchstellerin tatsächlich beauftragt wurde, die von ihr behaupteten zusätzlichen Leistungen zu erbringen.

4.3. Wäre es ungeachtet des soeben ausgeführten so gewesen, wie es die Gesuchstellerin behauptet – also, dass die Vertragsparteien die Zusatzleistungen mündlich vereinbart haben – würde im Weiteren unklar sein, was genau Gegenstand dieser Vereinbarungen bzw. dieser Bestellungsänderungen gewesen sein soll. Namentlich legt die Gesuchstellerin nicht konkret dar, zu welchen Arbeiten sie anlässlich des Gespräches eine Woche nach Arbeitsbeginn beauftragt worden sein soll. Die Gesuchstellerin behauptet nicht einmal konkret, sie sei anlässlich dieses Gespräches zu all jenen Leistungen beauftragt worden, die sie später als Nachträge und Zusatzaufwendungen in Rechnung gestellt hat. Ihre Ausführungen beschränken sich auf die Behauptung, sie sei zu zusätzlichen Arbeiten beauftragt worden und es sei vereinbart worden, sie würde hierfür entschädigt (act. 1 Rz. 17).

4.4. Die Ausführungen der Gesuchstellerin würden sich indes selbst auch dann als ungenügend erweisen, wenn sie substantiiert behauptet hätte, dass sie von der Streitberufenen zu all jenen Leistungen, welche sie letztendlich zusätzlich zum vereinbarten Pauschalpreis in Rechnung gestellt hat, anlässlich der genannten mündlichen Besprechung beauftragt worden sei. Denn damit wäre nur klar, für welche Leistungen sie beauftragt worden wäre. Darüber, wie bzw. in welcher Hö-

he die Gesuchstellerin für diese Leistungen letztendlich von der Subunternehmerin zu vergüten war, wäre damit aber noch nichts gesagt. Die Gesuchstellerin behauptet aber ohnehin nicht, dass sie und die Subunternehmerin eine Vergütungsregelung für diese zusätzlichen Leistungen getroffen haben. Die Gesuchstellerin spricht stets einzig davon, dass ihr die volle Bezahlung der Leistungen wiederholt in Aussicht gestellt worden sei (vgl. act. 1 Rz. 17, 25 f., 28). Mangels anderer Abrede wäre deshalb davon auszugehen, dass die Subunternehmerin der Gesuchstellerin eine Vergütung schuldet, die sich nach Art. 374 OR bemisst. In diesem Fall hätte die Gesuchstellerin aber mindestens den Aufwand und die den Bemessungsfaktoren zugrundeliegenden Tatsachen behaupten müssen, ebenso wie die Angemessenheit der geforderten Vergütung. Hinsichtlich des Aufwandes hätte es der Gesuchstellerin namentlich obliegen, konkret aufzuzeigen, an welchem Datum welche Mitarbeiter wie viele Stunden aufgewendet haben und welche Arbeiten im Einzelnen ausgeführt worden sind. Entsprechende substantiierte Behauptungen hat die Gesuchstellerin aber nicht aufgestellt. Mangels substantiiertes Behauptungen kann deshalb auch keine Aussage darüber gemacht werden, ob diese – nicht vorhandenen – Behauptungen auch glaubhaft wären. Das Glaubhaftmachen ist, wie dargestellt, eine Frage des Beweismasses, das entsprechend substantiierte Behauptungen voraussetzt. Vom Vorbringen substantiiertes Behauptungen entbindet auch die summarische Natur des vorliegenden Verfahrens nicht. Die pauschale Behauptung der Gesuchstellerin, sie habe eine bestimmte Anzahl Manntage geleistet, vermag die offensichtlichen Substantiierungsmängel ebenso wenig zu heilen wie die Rechnungstellung selbst (vgl. act. 1 Rz. 26, 31). Ungenügend ist auch das Email der Gesuchstellerin vom 21. Januar 2020 (vgl. act. 3/19), zumal daraus namentlich nicht hervorgeht, an welchem Datum welche Mitarbeiter wie viele Stunden aufgewendet haben. Und selbst wenn man diese Aufstellung gemäss Email vom 21. Januar 2020 noch genügen lassen würde, um den geltend gemachten Aufwand allein als glaubhaft zu erachten, fehlten noch immer einschlägige Behauptungen der Gesuchstellerin zu den Bemessungsfaktoren und der Angemessenheit der Vergütung.

4.5. Insgesamt ergibt sich daher, dass das Bestehen einer Vergütungsforderung über CHF 96'900.– (Restbetrag aus vereinbartem Pauschalhonorar), nach wel-

cher sich die Pfandsumme richtet, rechtsgenügend glaubhaft gemacht wurde. Ein Rechtsgrund für zusätzliche Vergütungsforderungen sowie für Zinsen, ist demgegenüber ebenso wenig rechtsgenügend dargetan wie die die Höhe der behaupteten Zusatzvergütung.

## **E. Eintragungsfrist**

### **1. Parteibehauptungen**

1.1. Die Gesuchstellerin macht zusammengefasst geltend, es ergebe sich aus den Bausitzungsprotokollen Nr. 8 und 9 vom 25. Februar 2020 bzw. vom 12. März 2020, dass die Abbrucharbeiten im Untergeschoss – dort wo die Gesuchstellerin noch Lüftungsrohre zu entfernen gehabt habe – noch auszuführen gewesen seien, bzw. dass noch eine Lüftungsleitung demontiert werden müsse. Im Bausitzungsprotokoll Nr. 8 vom 25. Februar 2020 sei zudem festgehalten, dass noch Isolationen entfernt werden müssen (act. 24 Rz. 40, 46). Diese im Bausitzungsprotokoll vom 12. März 2020 irrtümlich dem Lüftungsmonteur zugewiesene Arbeit sei Teil der von der Gesuchstellerin werkvertraglich geschuldeten Arbeiten. Die Subunternehmerin habe sie, die Gesuchstellerin, mit Email vom 24. März 2020 daher beauftragt, die Demontage eines Lüftungskanals vorzunehmen und Restisolationen zu entfernen. Der Mitarbeiter der Gesuchstellerin L.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ hätten diese Arbeiten vom 25. März 2020 bis 27. März 2020 erledigt. Hierbei habe es sich um beträchtliche Aufwände gehandelt, die Gegenstand des Werkvertrages gewesen seien. Nach dem 27. März 2020 habe die Gesuchstellerin ihre Arbeiten auf der Baustelle infolge der unbezahlt gebliebenen Rechnungen eingestellt (act. 1 Rz. 32-36; act. 24, Rz. 41 f., 47 f.). Dass die Gesuchstellerin ihre Arbeiten noch nicht beendet gehabt habe, ergebe sich auch aus dem Umstand, dass die Subunternehmerin ihr am 16. April 2020 mitgeteilt habe, dass noch nicht alle Arbeiten erledigt worden seien (act. 24 Rz. 39).

1.2. Die prozessführende Streitberufene wendet dagegen im Wesentlichen ein, die letzten Arbeiten der Gesuchstellerin würden am 18. Februar 2020 stattgefunden haben (act. 18 Rz. 24). Bei der Demontage des Lüftungskanals habe es sich um eine separate Bestellung gehandelt, nicht um einen Nachtrag zum ursprüng-

lich vereinbarten Werkvertrag. Diese sei notwendig geworden, weil die Fachplanung betreffend die Hausinstallationen nachträglich angepasst bzw. erweitert worden sei. Dass es sich bei den Demontagearbeiten um eine zusätzliche Bestellung gehandelt habe, sei auch daran ersichtlich, weil diese Arbeiten in der Liste der Restpendenzen vom 18. Februar 2020 nicht als noch fehlende Werkleistungen noch im am 18. Februar 2020 nachgeführten Abnahmeprotokoll vom 31. Januar 2020 oder im Protokoll der Bausitzung vom 25. Februar 2020 aufgeführt seien (act. 18 Rz. 27).

## 2. Rechtliches

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 zweierlei: 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; BSK ZGB II-THURNHERR, Art. 839/840 ZGB N 29). Zweitens kann die Viermonatsfrist auch ohne Vollendung der Arbeiten beginnen, was insbesondere der Fall ist, wenn der Werkvertrag aufgelöst wird oder eine Partei vom Vertrag zurücktritt (vgl. SCHUMACHER, a.a.O., N. 1116 ff.). Die Eintragungsfrist 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 (SCHUMACHER, a.a.O., N 1120).

### 3. Würdigung

3.1. Die prozessführende Streitberufene bestreitet nicht, dass die Gesuchstellerin zwischen 25. März 2020 und 27. März 2020 Lüftungsrohre demontiert hat. Ob die (superprovisorisch erfolgte) Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts fristwährend erfolgte, hängt damit massgebend davon ab, ob es sich bei diesen Arbeiten um solche handelte, die aufgrund des Werkvertrages zwischen den Vertragsparteien geschuldet waren oder ob diese Gegenstand eines separaten Werkvertrages waren. Vorwegzunehmen ist, dass aufgrund des Werkvertrages – unabhängig davon, ob von der Offerte der Gesuchstellerin vom 12. September 2019 (act. 3/8) oder vom angeblich kongruenten (vgl. act. 18 Rz. 4) Leistungsverzeichnis gemäss Vertrag vom 1. Oktober 2019 (act. 3/11) bzw. dem Vertrag zwischen der Streitberufenen und der Subunternehmerin (act. 20/3) ausgegangen wird – glaubhaft erscheint, dass die Demontage des strittigen Lüftungsrohres Teil der von der Gesuchstellerin ursprünglich geschuldeten Leistungen waren. Während die Offerte vom 12. September 2019 der "Abbruch innen" bzw. "Abbruch ganzes Innen" zum Gegenstand hat (vgl. act. 3/8), sieht das Leistungsverzeichnis gemäss Vertrag zwischen der Streitberufenen und der Subunternehmerin (das, laut der prozessführenden Streitberufenen identisch mit jenem sei, das die Gesuchstellerin unterschrieben habe, vgl. act. 18 Rz. 4), unter NPK 117.751 vor, dass in gewissen Gebäudeteilen Lüftungsanlagen abubrechen sind (vgl. act. 3/20, LV S. 11). Damit ist nicht von vornherein geradezu auszuschliessen, dass die unbestrittene Demontage nicht Teil des ursprünglichen Werkvertrages war.

3.2. Aus dem Bausitzungsprotokoll Nr. 9 vom 12. März 2020 ergibt sich sodann, dass damals noch ein Lüftungsrohr zu demontieren war (vgl. act. 20/8). Dass diese Arbeit mutmasslich Teil des Werkvertrages zwischen der Gesuchstellerin und der Subunternehmerin war, erscheint aufgrund des diesbezüglichen Emailverkehrs glaubhaft. Im vorgenannten Sitzungsprotokoll wird die gegenständliche Arbeit zwar dem Lüftungsmonteur zugewiesen (vgl. act. 20/8). Aktenkundig ist indes das gleichentags nach der Sitzung ergangene Email des Lüftungsmonteurs an die Bauleitung, worin dieser festhält, dass die Demontage nicht Teil sei-

nes Auftrags sei (act. 12/20). Hierauf meldete sich die Bauleitung bei der Subunternehmerin und teilte dieser mit, dass eine Lüftungsleitung im UG noch nicht demontiert worden sei und fragte nach, wann die Demontage gemacht werden könne (vgl. act. 12/20). Am 19. März 2020 antwortete die Subunternehmerin, dass die Gesuchstellerin die Arbeiten erledigen würde (act. 12/20). Aus diesem Emailverkehr lässt sich dagegen nicht ableiten, dass die Demontage dieses Lüftungsohres die Folge veränderter Plangrundlagen ist, noch, dass hierzu ein zusätzlicher Auftrag vergeben wurde. Glaubhaft ist vielmehr, dass diese Abbrucharbeit Teil des ursprünglichen Werkvertrages zwischen der Totalunternehmerin und der Subunternehmerin bzw. zwischen der Subunternehmerin und der Gesuchstellerin war.

3.3. An diesem Schluss ändern auch die übrigen Einwendungen der prozessführenden Streitberufenen nichts. Zunächst ist festzuhalten, dass einzig die Ausfertigung der Schlussrechnung vom 12. März 2020 (vgl. act. 3/20) noch nicht zweifelsfrei belegt, dass die werkvertraglich geschuldeten Arbeiten vor diesem Zeitpunkt bzw. am 18. Februar 2020 tatsächlich abgeschlossen waren. Dies muss umso mehr gelten, als dass die Subunternehmerin der Gesuchstellerin mit Email vom 16. April 2020 anzeigte, dass Letztere ihre Arbeiten noch zu vervollständigen habe und eine "ordentliche Schlussrechnung" verlangte (act. 3/27). Dass die Subunternehmerin am 16. April 2020 auf einen anderen bzw. späteren als den ursprünglichen Werkvertrag Bezug nimmt, ist nicht ersichtlich. Gegenteiliges lässt sich auch nicht aus dem internen Rapport bzw. Rückbauprogramm der Gesuchstellerin ablesen. In dieser ununterzeichneten und undatierten Urkunde wird zwar von einem Übergabetermin am 18. Februar 2020 gesprochen (vgl. act. 3/29). Dass die Übergabe jedoch tatsächlich am 18. Februar 2020 auch stattfand, ergibt sich daraus ebenso wenig wie die Tatsache, dass an jenem Datum alle werkvertraglich geschuldeten Arbeiten erledigt waren. Demgegenüber ergibt sich aus dem Bausitzungsprotokoll Nr. 9 vom 12. März 2020 ausdrücklich, dass noch ein Lüftungsrohr zu demontieren war (vgl. act. 20/8). Diese Pendeuz wird zwar im Bausitzungsprotokoll Nr. 8 vom 25. Februar 2020 und im Email der Subunternehmerin vom 18. Februar 2020 an die Bauleitung (vgl. act. 20/4-5) nicht erwähnt. Draus kann aber nicht unbedingt geschlossen werden, dass diese Pendeuz zu diesen Zeitpunkten nicht existierte. Schliesslich kann auch nicht aus den von den pro-

zessführenden Streitberufenen eingereichten Plangrundlagen (vgl. act. 20/3, act. 20/6 und act. 20/7) abgeleitet werden, dass die strittige Demontage des Lüftungsrohres infolge später geänderter Fachplanung notwendig wurde. Aus den eingereichten Plangrundlagen ergibt sich nicht, dass das streitgegenständliche Lüftungsrohr im "roten Bereich" bzw. jenem Bereich, der eine spätere Etappe bezeichnen soll, eingezeichnet ist. Entsprechend kann auch nicht gefolgert werden, dass die Demontage des Lüftungsrohres nicht bereits Teil der ursprünglichen Planungsgrundlagen war.

3.4. Insgesamt erscheint glaubhaft, dass die Gesuchstellerin spätestens am 27. März 2020 noch Arbeiten in Erfüllung des Werkvertrages geleistet hat. Dass es sich hierbei um wesentliche Arbeiten handelte und nicht bloss um geringfügige oder nebensächliche, bestreitet die prozessführende Streitberufene nicht. Offenbleiben kann unter diesen Umständen, ob die Gesuchstellerin mit diesen Arbeiten die von ihr geschuldeten Arbeiten nicht nur sondern auch vollendet hat. So oder anders ist glaubhaft, dass die Eintragungsfrist frühestens am 27. März 2020 zu laufen begann. Nachdem die superprovisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts am 20. Juli 2020 erfolgte (vgl. act. 5), ist die Eintragungsfrist gewahrt.

## **F. Fazit**

Die Gesuchstellerin hat die Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandforderung im Umfang von CHF 96'900.– rechtsgenügend glaubhaft gemacht. Die superprovisorische Eintragung vom 20. Juli 2020 ist in diesem Umfang zu bestätigen, im Mehrbetrag ist sie zu löschen.

## **G. 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. Die Gerichtsferien sind nicht zu berücksichtigen (BGE 143 III 554 E. 2.5.2). Da eine 60-tägige Frist am 21. Dezember 2020 enden würde, erscheint das Ansetzen einer leicht

verlängerten Prosequierungsfrist angemessen. Eine Fristverlängerung 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 werden nur entweder die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe anerkannt.

#### **H. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

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 714'298.40 auszugehen (vgl. act. 1 S. 2 und Art. 91 Abs. 1 ZPO), wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 18'700.– festzusetzen ist. Weitere Kosten bleiben vorbehalten.

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 86 Prozent, weshalb es sich rechtfertigt, ihr die Gerichtskosten im Umfang von CHF 16'000.– definitiv aufzuerlegen.

3. Über den Pfandanspruch der Gesuchstellerin ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob die Gesuchstellerin endgültig obsiegt. Daher rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren lediglich eine einstweilige Kostenregelung zu treffen. 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.

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 18'000.– auszugehen und der Gesuchsgegnerin – entsprechend der teilweisen Abweisung des vorliegenden Gesuchs (Art. 106 Abs. 1 ZPO) – definitiv eine entsprechend reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von rund CHF 13'000.– zuzusprechen.

5. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände sind zu behaupten und zu belegen (BGer 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5; ZR 104/2005 Nr. 76; SJZ 101/2005 S. 531 ff.). Weder die Gesuchsgegnerin noch die prozessführende Streitberufene behaupten vorliegend für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände, weshalb die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen ist.

6. 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 5'000.– zu entschädigen.

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

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 20. Juli 2020 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2, E.\_\_\_\_\_ -weg ..., ... Zürich, für eine Pfandsumme von CHF 96'900.–.

Im Übrigen (Eintragung eines Bauhänderkerpfandrechts auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2, E. \_\_\_\_\_-weg ..., ... Zürich, für eine Pfandsumme von CHF 617'398.40 nebst Zins zu 5 % auf CHF 96'900 seit 11. März 2020, 5 % auf CHF 571'367.40 seit 17. April 2020 und 5 % auf CHF 46'031.– ab 20. Juli 2020) wird das Begehren abgewiesen.

2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis Montag, 11. Januar 2021 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 18'700.–.  
Allfällige weitere Kosten (insbesondere Gebühren des Grundbuchamts) bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden von der Gesuchstellerin bezogen. Im Umfang von CHF 16'000.– 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 13'000.– 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 5'000.– zu entschädigen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und – nach Ablauf der Rechtsmittelfrist – an das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_.
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 Be-

schwerde 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 714'298.40.

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

Zürich, 19. Oktober 2020

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Rudolf Hug