

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE220111-O

U/mk

Mitwirkend: die Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, sowie der Gerichtsschreiber Dario König

Urteil vom 8. Februar 2023

in Sachen

A._____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2._____,

gegen

B._____ Foundation,
Gesuchsgegnerin

sowie

C._____ AG,
prozessführende Streitberufene

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt D. _____ sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks Kat.-Nr. 1, GBBI. 2, E. _____-Strasse, ... D. _____ ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin für die Pfandsumme von CHF 379'611.78 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 7. November 2022 vorläufig einzutragen (Vormerkung).
2. Die Anweisung gemäss Ziffer 1 vorstehend sei superprovisorisch bzw. sofort nach Eingang des Gesuchs ohne Anhörung der Gegenpartei zu verfügen und dem Grundbuchamt D. _____ unverzüglich mitzuteilen.
3. Das Grundbuchamt D. _____ sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks Kat.-Nr. 3, GBBI. 4, E. _____-Strasse, ... D. _____ ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin für die Pfandsumme von CHF 258'459.08 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 7. November 2022 vorläufig einzutragen (Vormerkung).
4. Die Anweisung gemäss Ziffer 3 vorstehend sei superprovisorisch bzw. sofort nach Eingang des Gesuchs ohne Anhörung der Gegenpartei zu verfügen und dem Grundbuchamt D. _____ unverzüglich mitzuteilen.
5. Das Grundbuchamt D. _____ sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks Kat.-Nr. 5, GBBI. 6, E. _____-Strasse, ... D. _____ ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin für die Pfandsumme von CHF 444'226.55 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 7. November 2022 vorläufig einzutragen (Vormerkung).
6. Die Anweisung gemäss Ziffer 5 vorstehend sei superprovisorisch bzw. sofort nach Eingang des Gesuchs ohne Anhörung der Gegenpartei zu verfügen und dem Grundbuchamt D. _____ unverzüglich mitzuteilen.
7. Das Grundbuchamt D. _____ sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks Kat.-Nr. 7, GBBI. 8, E. _____-Strasse, ... D. _____ ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin für die Pfandsumme von CHF 121'152.69 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 7. November 2022 vorläufig einzutragen (Vormerkung).
8. Die Anweisung gemäss Ziffer 7 vorstehend sei superprovisorisch bzw. sofort nach Eingang des Gesuchs ohne Anhörung der Gegenpartei zu verfügen und dem Grundbuchamt D. _____ unverzüglich mitzuteilen.
9. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST auf die Parteientschädigung) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 18. November 2022 reichte die Gesuchstellerin das Gesuch (act. 1) ein. Mit Verfügung (act. 4) wurde das Grundbuchamt D._____ gleichentags angewiesen, die beantragten Grundpfandrechte einstweilen vorläufig im Grundbuch einzutragen. Der Gesuchstellerin wurde gleichzeitig Frist angesetzt, um ihre Beilagen in geordneter Form nachzureichen. Nach fristgerechter, neuer Einreichung der Beilagen wurde der Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom 22. November 2022 (act. 10) Frist zur Erstattung einer Gesuchsantwort angesetzt. Mit Eingabe vom 24. November 2022 verkündete die Gesuchsgegnerin der C._____ AG den Streit und zeigte an, dass sie diese aufgefordert habe, den Prozess als prozessführende Streitberufene gemäss Art. 79 Abs. 1 lit b ZPO zu führen (act. 13). Die C._____ AG erklärte mit Eingabe vom 24. November 2022 (act. 14), die Streitverkündung anzunehmen, und beantragte, als prozessführende Streitberufene zugelassen zu werden. Mit Verfügung vom 25. November 2022 (act. 16) wurde vorgemerkt, dass fortan die C._____ AG als Streitberufene den Prozess führt und die Gesuchsgegnerin aus der Prozessführung ausgeschieden ist. Mit Eingabe vom 16. Dezember 2022 (act. 21) reichte die Streitberufene innert erstreckter Frist (vgl. act. 18) ihre Gesuchsantwort ein. Mit Verfügung vom 10. Januar 2023 (act. 23) wurde diese Gesuchsantwort der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt. Die Gesuchstellerin liess sich nicht mehr vernehmen. Das Verfahren ist spruchreif, weshalb ein Urteil zu fällen ist.

2. Prozessgegenstand

Die Gesuchsgegnerin hat die Streitberufene als Totalunternehmerin mit der Erstellung von Neubauten auf den streitgegenständlichen vier Grundstücken beauftragt. Die Streitberufene übertrug der Gesuchstellerin als Subunternehmerin mit Werkvertrag vom 7. Mai 2021 (act. 3/5) sämtliche Gipserarbeiten zu einem Pauschalpreis von CHF 1'546'783.43 (inkl. MwSt.). Auf jedem der vier Grundstücke steht ein Haus: Auf dem Grundstück Kat.-Nr. 1 das Haus "P", auf dem Grundstück Kat.-Nr. 3 das Haus "Q", auf dem Grundstück Kat.-Nr. 5 das Haus "R" und auf

dem Grundstück Kat.-Nr. 7 das Haus "S". Die Streitberufene hat Akontozahlungen von CHF 1'431'491.05 (exkl. MwSt.) bzw. CHF 1'541'715.86 (inkl. MwSt.) geleistet (Gesuchstellerin: act. 1 N 6 ff.; Streitberufene: act. 21 N 7).

Die Gesuchstellerin verlangt die vorläufige Eintragung von vier Bauhandwerkerpfandrechten auf den streitgegenständlichen Grundstücken im Umfang von total CHF 1'203'450.10 zuzüglich Zins. Sie macht zusammengefasst geltend, sie habe total Gipsarbeiten im Umfang von CHF 2'588'993.85 (exkl. MwSt.) bzw. CHF 2'788'346.37 (inkl. MwSt.) erbracht, wobei CHF 1'436'196.31 (exkl. MwSt.) auf Leistungen gemäss Werkvertrag, CHF 351'712.75 (exkl. MwSt.) auf Nachträge, CHF 59'640.53 (exkl. MwSt.) auf Regie und CHF 655'001.64 (exkl. MwSt.) auf übrige Mehrleistungen entfielen. Vom genannten Gesamtbetrag zieht sie die erhaltenen Akontozahlungen ab und verlegt die Restsumme nach der Anzahl Wohnungen auf die vier Grundstücke.

Die Streitberufene beantragt die Abweisung des Gesuchs sowie die vollumfängliche Löschung der superprovisorisch eingetragenen Grundpfandrechte (act. 21 S. 2 f.). Sie wendet nebst der Nichteinhaltung der Eintragungsfrist diverse betragsmässige Fehler, Unstimmigkeiten und Widersprüche im Vortrag der Gesuchstellerin ein. Die von der Gesuchstellerin behaupteten Mehrleistungen bestreitet die Streitberufene sodann insbesondere mangels Substantiierung und mangels schriftlicher Vereinbarung (act. 21 N 8 ff.).

3. Rechtliches

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 Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person zum Schuldner haben. Nach dem Mehrwertprinzip ist die Vergütungsforderung der Unternehmerin mit Blick auf ein einzelnes Grundstück einer Gesamtüberbauung nur so weit pfandberechnigt, als

ihre Bauarbeiten geeignet sind, dem betreffenden Grundstück einen Mehrwert zu verschaffen. Deshalb ist die Vergütungsforderung derart aufzuteilen, dass jedes einzelne Grundstück nur mit demjenigen Anteil belastet wird, der dem Anteil an den Bauarbeiten entspricht, die für das betreffende Grundstück geschuldet bzw. erbracht worden sind. Hingegen darf eine einheitlich in Erscheinung tretende Leistung, die sich ihrer Natur nach zugunsten aller oder zumindest mehrerer Bauwerke der Gesamtüberbauung gleichermassen auswirkt und deren Anteile an den einzelnen Grundstücken nicht oder nicht mit zumutbarem Aufwand abgegrenzt werden können, nach einem angemessenen Schlüssel auf die verschiedenen Grundstücke aufgeteilt werden (BGE 146 III 7 ff. E. 4.1.1 und 4.1.3; RAINER SCHUMACHER / PASCAL REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl., Zürich 2022, N 865 ff.). Die Ermittlung der grundstückseigenen Teilpfandsummen ist in der Praxis häufig schwierig. Die Bereinigung der Schlussabrechnung wird häufig erst nach Ablauf der Viermonatsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB abgeschlossen. Nach Ablauf dieser Frist können zwar zu hohe Teilpfandsummen herabgesetzt, zu niedrige jedoch nicht mehr erhöht werden. Im provisorischen Pfandeintragungsverfahren muss der Unternehmer die Pfandsummen folglich unter Umständen vorläufig einschätzen, wobei ihm eine Sicherheitsmarge eingeräumt werden kann (BGer-Urteil 5A_933/2014 vom 16. April 2015).

Im vorläufigen Eintragungsverfahren gilt das Beweismass der Glaubhaftmachung (Art. 961 Abs. 3 ZGB; Art. 261 Abs. 1 ZPO), wobei das Beweismass in diesem Verfahren gegenüber anderen Arten vorsorglicher Massnahmen besonders stark herabgesetzt ist. Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint. Im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechts dem ordentlichen Gericht vorzubehalten (BGE 137 III 563 ff. E. 3.3; BGer-Urteil 5A_280/2021 vom 17. Juni 2022 E. 3.1). Das reduzierte Beweismass führt jedoch nicht zur Herabsetzung der Behauptungs- und Substantiierungsanforderungen (BGer-Urteil 5A_280/2021 vom 17. Juni 2022 E. 3.4.3).

4. Forderungen und Pfandberechtigung

4.1. Leistungen gemäss Werkvertrag

Die von der Klägerin behaupteten Leistungen gemäss Werkvertrag (CHF 1'436'196.31 netto exkl. MwSt.) – welche sich mit dem Betrag in der Kostenzusammenstellung (act. 9/7) decken – übersteigen die erhaltenen Akontozahlungen (CHF 1'434'096.78 exkl. MwSt.) um CHF 2'099.60 (act. 1 N 13 f.). Allerdings macht die Streitberufene zu Recht darauf aufmerksam (act. 21 N 12) und wurde von der Gesuchstellerin auch nicht mehr bestritten, dass es sich bei dreien der von ihr eingereichten Nachträge (act. 9/19-21) um Mindernachträge handelt. Damit reduziert sich die Werkvertragssumme total um CHF 67'123.95 netto inkl. MwSt. (CHF 33'736.30 + CHF 13'910.90 + CHF 19'476.75). Die erhaltenen Akontozahlungen übersteigen demnach die Leistungen gemäss Werkvertrag, weshalb die Gesuchstellerin keine Restforderung aus Werkvertrag glaubhaft macht.

4.2. Nachträge und Regie

4.2.1. Die Gesuchstellerin macht geltend, auf den fraglichen vier Grundstücken Nachtragsarbeiten von total CHF 351'712.75 (exkl. MwSt.) und Regiearbeiten von total CHF 59'640.53 (exkl. MwSt.) erbracht zu haben (act. 1 N 14). Die Streitberufene moniert – abgesehen von den vorstehend erwähnten Mindernachträgen – weitere Widersprüche in der Sachdarstellung der Gesuchstellerin. So stimmten deren Angaben im Gesuch nicht mit ihrer Kostenzusammenstellung (act. 3/7) überein (act. 21 N 8 ff.).

4.2.2. Die Gesuchstellerin stützt sich in ihrem Gesuch wiederholt auf die Kostenzusammenstellung (act. 3/7), welche sie teilweise als Schlussrechnung bezeichnet, ohne sich dazu näher zu äussern. Da das Dokument nicht als Schlussrechnung bezeichnet ist und wie das Gesuch vom 18. November datiert, ist nicht von der Schlussrechnung, sondern von einer blossen Kostenzusammenstellung auszugehen. Eine Schlussabrechnung scheint noch nicht vorzuliegen. Es trifft sodann zu, dass diverse Differenzen zwischen den von der Gesuchstellerin im Gesuch genannten und in der Kostenzusammenstellung aufgeführten Vergütungstotalen bestehen. Die Differenzen lassen sich teilweise dadurch erklären, dass die Ge-

suchstellerin einmal Bruttobeträge, einmal Nettobeträge mit oder ohne Mehrwertsteuer nennt. Zumindest insoweit lassen sich die vermeintlichen Widersprüche auflösen. Im Einzelnen:

4.2.3. Bei den Nachträgen hat es die Gesuchstellerin versäumt darauf hinzuweisen, dass es sich bei den in Randziffer 16 genannten Beträgen um Bruttobeträge handelt, nicht um die massgeblichen Nettobeträge inkl. MwSt. Dies allein steht der Glaubhaftmachung aber nicht im Weg, ergeben sich die Nettobeträge doch ohne Weiteres auch aus den zum Beweis offerierten Nachträgen. Sodann äussert sich die Gesuchstellerin in Randziffer 16 nicht zu allen angeblich erbrachten Nachtragsarbeiten ("*insbesondere*"), was selbstredend keinen Widerspruch zwischen Vergütungstotalen begründet, sondern vielmehr die Substantiierungsproblematik tangiert. Mangels Ausführungen und Einreichung entsprechender Nachträge macht die Klägerin über die in Randziffer 16 genannten Nachträge hinaus keine weitere Nachtragsforderungen glaubhaft. Was die in genannter Randziffer aufgeführten Nachträge anbelangt, lassen sich diese insbesondere aufgrund uneinheitlicher bzw. nicht nachvollziehbarer Bezeichnungen teilweise keinem der als Beilagen 12-23 eingereichten Nachträge zuordnen. Bei dreien (act. 9/19-21) handelt es sich zudem – wie bereits ausgeführt – um Mindernachträge. Als entgegen der Ansicht der Streitberufenen (act. 21 N 16) zuordenbar und glaubhaft gemacht erweisen sich folgende Nachträge:

- Haus P: CHF 19'555.85 (act. 9/14 S. 6) + CHF 13'269.45 (act. 9/14 S. 8) + CHF 21'492.40 (act. 9/23 S. 1), total CHF 54'317.70
- Haus Q: CHF 19'836.50 (act. 9/14 S. 4 f.) + CHF 55'895.65 (act. 9/17) + 3'773.15 (act. 9/16) + CHF 42'655.30 (act. 9/18), total CHF 122'160.60
- Haus R: CHF 24'572.30 (act. 9/12) + CHF 7'172.85 (act. 9/15) + CHF 6'511.85 (act. 9/22), total CHF 38'257.–
- Haus S: CHF 69'853.45 (act. 9/13)

Die Streitberufene bestreitet diesbezüglich zu Recht nicht, dass es sich um pfandberechtigte Leistungen im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 handelt.

4.2.4. Nicht auflösen lässt sich hingegen ein von der Streitberufenen monierter Widerspruch bei den Regiearbeiten: So äussert sich die Gesuchstellerin im Gesuch (act. 1 N 15) zu Regiearbeiten im Umfang von CHF 64'331.12 (netto inkl. MwSt.), was den behaupteten Gesamtbetrag von Regiearbeiten von total CHF 59'640.53 exkl. MwSt. (act. 1 N 14) bzw. CHF 64'232.85 inkl. MwSt. übersteigt. Hingegen deckt sich letzterer Totalbetrag mit demjenigen in der Kostenzusammenstellung (act. 9/7 S. 4) von CHF 69'797.45 (brutto exkl. MwSt.), was netto inkl. MwSt. einem Betrag von CHF 64'232.85 entspricht (vgl. act. 9/7 S. 1). Entscheidend sind aber ohnehin nicht die Vergütungstotale, sondern die konkreten Regiearbeiten, wie sie in act. 1 N 15 dargelegt werden. Diese sind durch Regierapporte unterlegt. Die Streitberufene wendet auch dagegen pauschal ein, es sei nicht an ihr, den "*wirren Beilagenwust*" der Gesuchstellerin zu überprüfen (act. 21 N 16). Diese Bestreitung ist zu wenig substantiiert, hat die Gesuchstellerin doch nicht bloss auf die Regierapporte verwiesen, sondern auch im Gesuch selbst Ausführungen zu den fraglichen Arbeiten gemacht. Dem ordentlichen Verfahren ist sodann die Prüfung des Einwands vorzubehalten, wonach die Entschädigung der unterzeichneten Regierapporte unter dem (vertraglichen) Vorbehalt stünden, dass die Arbeiten nicht ohnehin geschuldet gewesen wären (act. 21 N 18). Substantiiert und zutreffend ist allerdings der Einwand der Streitberufenen, wonach die Arbeiten gemäss den Regieaufträgen Nr. 11-12, 26-27, 45-46, 48, 51-52, 55, 57-59, 62-64 und 66-67 im Nachtrag Nr. 4100005378-CO-1 (act. 9/23) zusammengefasst worden seien und die Gesuchstellerin deshalb diese Entschädigung doppelt geltend mache. Die Gesuchstellerin liess sich dazu denn auch nicht mehr vernehmen. Diese Regieaufträge entsprechen den Regierapporten Nr. 34 (CHF 625.20), 35 (CHF 532.95), 36 (CHF 721.80), 37 (CHF 1'039.35), 40 (CHF 775.30), 41 (CHF 1'020.60), 42 (CHF 2'642.25), 43 (CHF 560.75), 44 (CHF 894.96), 45 (CHF 1'638.80), 46 (CHF 1'422.50), 47 (CHF 338.35), 48 (CHF 1'503.40), 49 (CHF 618.40), 50 (CHF 2'840.15) und 51 (CHF 817.26). Diese Leistungen sind demnach nicht nochmals zu entschädigen. Mangels substantiiertes Bestreitung als er-

stellt und im Übrigen auch durch unterzeichnete Aufträge als belegt haben indes folgende Regiearbeiten zu gelten:

- Haus P: CHF 2'937.50 (act. 9/8 Rapport Nr. 9)
- Haus Q: CHF 3'272.35 (act. 9/9 Rapport Nr. 61) + CHF 2'572.65 (act. 9/9 Rapport Nr. 60) + CHF 5'754.25 (act. 9/9 Rapport Nr. 59) + CHF 3'516.25 (act. 9/9 Rapport Nr. 58) + CHF 1'244.25 (act. 9/9 Rapport Nr. 57) + CHF 793.30 (act. 9/9 Rapport Nr. 56) + CHF 433.10 (act. 9/9 Rapport Nr. 54), total CHF 17'586.15
- Haus R: CHF 3'382.05 (act. 9/10 Rapport Nr. 33) + CHF 4'555.70 (act. 9/10 Rapport Nr. 31) + CHF 5'157 (act. 9/10 Rapport Nr. 32) + CHF 248.85 (act. 9/10 Rapport Nr. 55) + CHF 485.55 (act. 9/10 Rapport Nr. 53), total CHF 13'829.15
- Haus S: CHF 958.80 (act. 9/11 Rapport Nr. 52) + CHF 532.95 (act. 9/11 Rapport Nr. 35) + CHF 2'882.85 (act. 9/11 Rapport Nr. 12) + CHF 3'075.75 (act. 9/11 Rapport Nr. 11) + CHF 986.75 (act. 9/11 Rapport Nr. 10), total CHF 8'437.10

4.3. Mehrleistungen

4.3.1. Die Gesuchstellerin verweist zur Begründung bzw. zum Beweis ihrer angeblichen Mehrleistungen in der Höhe von CHF 655'001.64 exkl. MwSt. bzw. CHF 705'436.76 inkl. MwSt. (act. 1 N 14) auf ihre Kostenzusammenstellung (act. 3/7). Bei dieser handelt es sich um eine Parteibehauptung in Urkundenform. Sie weist keinen Beweiswert auf, substantiiert aber die geltend gemachten Mehrleistungen weiter. So werden die folgenden Positionen im Umfang von total CHF 766'550.– brutto exkl. MwSt. geltend gemacht:

- Mehrmalige Feuchtigkeitsmessungen: CHF 4'500.–
- Aufwendungen für Installation und vorzeitige Deinstallation aufgrund des verspäteten Verputzes der Erdgeschosses durch Planungsänderungen: CHF 18'000.–

- Einkauf weiterer Ressourcen wegen Verzögerung des Baustartes:
CHF 180'000.–
- Mehr Personal aufgrund Bauverzögerung: CHF 80'000.–
- Abgleich Stromunterbrüche bezugnehmend auf Mails: CHF 10'000.–
- Aufwandsentschädigung für das Ausarbeiten und Erstellen von Nachträgen: CHF 1'500.–
- Mehrmalige Umstellung Silos, da Baustelleninstallation durch C. _____ AG nicht eingehalten: CHF 60'000.–
- Aufwandsentschädigungen für Siloinstallationen / Maschinen demontieren und neu Ankleben inkl. Reinigung: CHF 32'000.–
- Logistik über Tiefgarage anstatt über Erdgeschoss gemäss Konzept: CHF 80'000.–
- Mehr Aufsichtspersonen wegen Terminverzug: CHF 72'000.–
- Transporte von Hand, da kein Einsatz von Drehkopfgabelkran: CHF 48'000.–
- Transporte Restmaterialien etc. von Hand zur Schuttmulde, da kein Einsatz von Drehkopfgabelkran: CHF 12'000.–
- Stellen der Unterkonstruktion: CHF 4'000.–
- Stellstreifen bei Sanitärelementen: CHF 56'000.–
- Nachträgliches Anarbeiten an Stellstreifen: CHF 43'750.–
- Spezielles Abschlussprofil durch fehlende Überputzbarkeit: CHF 8'400.–
- Zulage für Ausbildung von Schattenfuge mit Abschlussprofil: CHF 8'400.–

- Abdeckerarbeiten durch Terminänderungen: CHF 40'000.–
- Anschlüsse an Küchen und Schränke mittels Abrieb: CHF 8'000.–

4.3.2. Nach Abzug des Rabatts von 12% und der allgemeinen Abzüge von 2.9% sowie Addition der Mehrwertsteuer (vgl. act. 3/7 S. 1) ergibt sich ein Betrag von CHF 705'436.76 netto inkl. MwSt., was mit act. 1 N 14 übereinstimmt. Mit Bezug auf die aufgeführten Arbeiten ist glaubhaft, dass es sich dabei um primäre Gipsarbeiten oder zumindest um Arbeiten handelt, die mit diesen eine funktionale Einheit bilden. So handelt es sich einerseits um Mehraufwendungen, welche der Gesuchstellerin nach deren Darstellung durch nicht von ihr zu verantwortende Bauablaufstörungen verursacht worden seien. Diese wiederum seien insbesondere durch den zu hohen Feuchtigkeitsgehalt von Betonwänden und -decken verursacht worden, da sie die Wände nicht wie geplant habe verputzen können und zur termingerechten Fertigstellung mehr zusätzliches Personal benötigt habe (act. 1 N 18 f.). Die zum Beweis offerierten Feuchtigkeitsmessungen (act. 9/25-33) weisen insbesondere bei den ersten Messungen in jedem Haus Feuchtigkeitsgehalte von über 3% aus und machen die Darstellung der Gesuchstellerin damit glaubhaft. Zwar bestreitet die Streitberufene sinngemäss eine dadurch verursachte Verzögerung der Bauarbeiten sowie eine Verantwortlichkeit für die Trocknung (act. 21 N 28 ff.); die Klärung dieser Fragen ist allerdings dem Hauptverfahren zu überlassen. Gleiches gilt für die von der Gesuchstellerin behaupteten Mehraufwendungen durch Planänderungen und angeblich nicht wie vereinbart vorhandene Baustelleninfrastruktur. Zwar ist belegt, dass die Gesuchstellerin und Streitberufene einen Pauschalpreisvertrag abgeschlossen und für die Vergütungspflicht für Mehrleistungen eine vorgängige schriftliche Genehmigung durch die Streitberufene vorausgesetzt haben (act. 21 N 19 ff.). Ein Vergütungsanspruch der Gesuchstellerin ist damit aber nicht schlechthin ausgeschlossen und deshalb im ordentlichen Verfahren zu prüfen. Vorläufig ist die Eintragung dieser Arbeiten unter dem Titel Mehrleistungen mithin nicht zu verweigern. Auf die Aufteilung der daraus resultierenden Forderungsbeträge auf die einzelnen Grundstücke ist zurückzukommen.

5. Eintragungsfrist

Es gilt für jedes Grundstück ein eigener Fristenlauf. Die von der Gesuchstellerin behaupteten letzten Arbeiten stimmen jeweils mit entsprechenden Arbeitsrapporten (Häuser P, Q und R; act. 3/34-36) bzw. dem Regieauftrag (Haus S; act. 3/37) überein. Der Einwand der Streitberufenen, dass die Gesuchstellerin bereits bei ihrer letzten Teilrechnung vom 10. Juni 2022 den Leistungsstand bezüglich aller vier Häuser mit 100% angegeben habe (act. 21 N 54 ff.), überzeugt nicht. So schliesst die Angabe eines Leistungsstands von 100% in einer Abschlagsrechnung nicht aus, dass anschliessend noch Leistungen erbracht wurden, welche mit den Arbeiten gemäss Werkvertrag eine funktionelle Einheit bilden. Bezüglich des Hauses P ist weiter anzufügen, dass die Werkabnahme entgegen der Ansicht der Streitberufenen (act. 21 N 54) nicht mit der Vollendung der Arbeiten gleichzusetzen ist (BGer-Urteil 5A_208/2010 vom 17. Juni 2010 E. 5). Ohnehin hat die Streitberufene aber kein Abnahmeprotokoll eingereicht, welches eine Abnahme am 18. Juli 2022 belegt hätte. Die eingereichte Mängelliste (act. 22/3) ist kein Abnahmeprotokoll. Die Mängelliste datiert im Übrigen vom 2. August 2022 und damit nach den behaupteten letzten Arbeiten. Sie enthält denn auch diverse Mängel, welche gemäss aufgeführtem Feststellungsdatum nicht am 18. Juli 2022, sondern nach den von der Gesuchstellerin behaupteten letzten Arbeiten aufgenommen wurden. Gleiches gilt für das Haus S: Die von der Streitberufenen vorgebrachte (act. 21 N 70) Übergabe an die Bauherrschaft Ende Juni 2022 bleibt unbelegt, ebenso wie der behauptete Bezug durch die Mieterschaft im Juli 2022. Es trifft sodann zu, dass Grundlage der von der Gesuchstellerin behaupteten Arbeiten beim Haus S ein Regieauftrag (act. 9/37) war, auf welchem sich das Wort "Mieterausbau" findet. Der Kontext bleibt allerdings unklar, wird doch soweit ersichtlich "*Brandschutz techn. notwendig, solange nicht definit Mieterausbau*" ausgeführt. Dies lässt eine abschliessende Beurteilung nicht zu und lässt es noch nicht als höchst unwahrscheinlich oder gar ausgeschlossen erscheinen, dass diese Arbeiten eine funktionelle Einheit mit den Leistungen gemäss Werkvertrag bilden.

Die letzten Arbeiten am 20. Juli 2022 (Haus P), 28. Juli 2022 (Haus Q), 24. August 2022 (Haus R) und 6. September 2022 (Haus S) sowie gestützt darauf die Einhaltung der Viermonatsfrist sind demnach einstweilen glaubhaft gemacht.

6. Verteilung der Pfandsummen

6.1. Mit Bezug auf die vorgenannten Nachträge und Regieaufträge ist nicht einzusehen, weshalb die Gesuchstellerin diese trotz vorgenommener Zuordnung zu jedem einzelnen Grundstück anschliessend trotzdem zu den übrigen Arbeiten addiert und prozentual nach der Anzahl Wohnungen aufteilt. Ist eine Leistung einem konkreten Grundstück zuordenbar, kann sie nicht auf einem anderen zu einem Mehrwert geführt haben. Es sind demnach nur die auf dem jeweiligen Grundstück tatsächlich erbrachten Arbeiten einzutragen.

6.2. Bei den Mehrleistungen gibt die Gesuchstellerin nicht an, welches Haus bzw. Grundstück sie betrafen. In ihrer Kostenzusammenstellung (act. 3/7) führt sie in der Sparte "Menge" grösstenteils "4.000 Pau" oder "4.000 Stk" mit dem jeweils gleichen Betrag pro Haus auf. Bei der Position "Logistik über Tiefgarage" steht bei der Leistungsbeschreibung zudem "*Pauschal pro Haus*" (act. 3/7, S. 3). Somit werden die Mehrleistungen überwiegend pauschal zu gleichen Teilen auf die Grundstücke verlegt. Eine Aufteilung nach der (unterschiedlichen) Anzahl Wohnungen pro Grundstück, wie sie die Gesuchstellerin in act. 1 N 26 ff. vornimmt, steht dazu in Widerspruch. Im Übrigen berechnet die Gesuchstellerin die Pfandsumme bei jedem Grundstück mit einer anderen Anzahl Wohnungen, als sie jeweils in der Randziffer davor für das jeweilige Grundstück angibt. Die Gesuchstellerin legt aber ohnehin nicht dar und es ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Aufteilung nach der Anzahl Wohnungen sachgemäss wäre, zumal sie die unterschiedlichen Grundrisse und Flächen bereits mit einer Sicherheitsmarge berücksichtigt haben will. Hinzu kommt, dass es sich beim Haus R nach glaubhafter Angabe der Streitberufenen um ein Bürogebäude ohne Wohnungen handelt (act. 21 N 49, 64). Im jetzigen Zeitpunkt ist es nicht möglich, die Mehrleistungen den einzelnen Grundstücken genau zuzuordnen, weshalb sich für die vorläufige Eintragung eine Aufteilung zu gleichen Teilen rechtfertigt. Aufgrund der Vorläufigkeit dieser pauschalen Aufteilung ist der Gesuchstellerin bei den Mehrleistungen eine

Sicherheitsmarge von 10% zu gewähren. Dies ergibt einen Pfandanspruch von CHF 193'995.11 pro Grundstück (CHF 705'436.77 /4, zzgl. 10%).

6.3. Nach dem Ausgeführten ergibt sich folgende Verteilung der Pfandsummen auf die vier Grundstücke:

	Nachträge	Regie	Mehrleistungen + Sicherheits- marge	Total
Haus P	CHF 54'317.70	CHF 2'937.50	CHF 193'995.11	CHF 251'250.31
Haus Q	CHF 122'160.60	CHF 17'586.15	CHF 193'995.11	CHF 333'741.86
Haus R	CHF 38'257.00	CHF 13'829.15	CHF 193'995.11	CHF 246'081.26
Haus S	CHF 69'853.45	CHF 8'437.10	CHF 193'995.11	CHF 272'285.66
Total	CHF 284'588.75	CHF 42'789.90	CHF 775'980.44	CHF 1'103'359.09

6.4. Da die superprovisorisch eingetragenen Pfandsummen infolge Fristablaufs nur noch herabgesetzt und nicht mehr erhöht werden können, ergeben sich folgende vorläufig einzutragende bzw. zu bestätigende Pfandsummen (total CHF 876'943.34):

- Haus P (Grundstück Kat. Nr. 1): CHF 251'250.31
- Haus Q (Grundstück Kat. Nr. 3): CHF 258'459.08 (wie superprovisorisch)
- Haus R (Grundstück Kat. Nr. 5): CHF 246'081.26
- Haus S (Grundstück Kat. Nr. 7): CHF 121'152.69 (wie superprovisorisch)

Im Mehrbetrag ist das Gesuch abzuweisen.

6.5. Die Gesuchstellerin verlangt zusätzlich Verzugszinsen von 5% seit dem 7. November 2022, ohne dies zu begründen. Der Zinsenlauf ist damit nicht glaubhaft gemacht.

7. Prosequierungsfrist

Sodann ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (BGE 143 III 554 ff. E. 2.5.2). Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuches (Art. 144 Abs. 2 ZPO); dieses würde in einem kostenpflichtigen Nachverfahren behandelt. Als zureichende Gründe für eine Fristerstreckung gemäss Art. 144 Abs. 2 ZPO werden nur entweder die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe anerkannt.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Gerichtskosten

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). Vorliegend ist von einem Streitwert von CHF 1'203'450.10 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf rund CHF 24'600.– festzusetzen ist.

Da das vorliegende Gesuch um vorläufige Eintragung teilweise abzuweisen ist, sind der Gesuchstellerin die Gerichtskosten im entsprechenden Umfang definitiv aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gesuchstellerin unterliegt zu rund 27% (CHF 876'943.34 / CHF 1'203'450.10), weshalb ihr die Gerichtskosten im Umfang von CHF 6'700.– definitiv aufzuerlegen sind. Über den restlichen Pfandanspruch der Gesuchstellerin (CHF 876'943.34) ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren zu entscheiden sein, ob die Gesuchstellerin diesbezüg-

lich endgültig obsiegt. Gemäss Praxis des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich sind die Kosten daher einstweilen von der Gesuchstellerin zu beziehen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, ist indes eine definitive Kostenaufgabe vorzusehen.

8.2. Umtriebsentschädigung

Wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist, kann ihr in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung zugesprochen werden (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO). Die Regelung zielt u.a. auf Fälle ab, wo ein Anwalt in eigener Sache auftritt, als Organ einer Partei oder Angestellter ihres Rechtsdienstes handelt. Aufgabe der ansprechenden Partei ist es, die Entschädigung zu beantragen und dem Gericht sachlich überzeugende Gründe für die geltend gemachte Höhe der Umtriebsentschädigung vorzulegen.

Da die Streitberufene nichts dazu ausführt, weshalb und in welcher Höhe ihr eine Umtriebsentschädigung zu gewähren wäre, ist ihr weder definitiv im Umfang ihres Obsiegens noch für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, eine solche zuzusprechen. Im Übrigen ist der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen dem ordentlichen Verfahren vorzubehalten.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D._____ wird teilweise bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 18. November 2022 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 3 einzuleitenden Prozesses,

auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2,

E._____ -Strasse, ... D._____,

für eine Pfandsumme von CHF 251'250.31;

auf Liegenschaft Kat. Nr. 3, GBBl. 4,
E. _____-Strasse, ... D. _____,
für eine Pfandsumme von CHF 258'459.08;

auf Liegenschaft Kat. Nr. 5, GBBl. 6,
E. _____-Strasse, ... D. _____,
für eine Pfandsumme von CHF 246'081.26;

auf Liegenschaft Kat. Nr. 6, GBBl. 7,
E. _____-Strasse, ... D. _____,
für eine Pfandsumme von CHF 121'152.69.

2. Im Mehrbetrag wird das Gesuch abgewiesen. Das Grundbuchamt D. _____ wird angewiesen, die aufgrund der Verfügung vom 18. November 2022 vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte – nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils – im über Dispositiv-Ziffer 1 hinausgehenden Umfang zu löschen.
3. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 11. April 2023 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 24'600.–.
Weitere Kosten (insbesondere Kosten des Grundbuchamts D. _____) bleiben vorbehalten.
5. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 4 werden von der Gesuchstellerin bezogen. Im Umfang von CHF 6'700.– werden sie der Gesuchstellerin definitiv auferlegt, im Übrigen (CHF 17'900.–) bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 3 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.

6. Der prozessführenden Streitberufenen wird keine Umtriebsentschädigung zugesprochen. Im Übrigen wird die Regelung der Entschädigungsfolgen dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt D._____.
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 1'203'450.10.

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

Zürich, 8. Februar 2023

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dario König