

# ZH\_HANDELSGERICHT HE160435 vom 16. Februar 2017

Zh Handelsgericht, 2017-02-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HE160435](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE160435)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HE160435 du 16 février 2017

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HE160435 del 16 febbraio 2017

## Erwägungen

### E. 3

Sachverhalt

#### E. 3.1

Unbestrittener Sachverhalt Für das Bauprojekt "MFH D.\_\_\_\_\_, " zog die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin als Totalunternehmerin hinzu. Im Totalunternehmer-Werkvertrag vom 6. Mai 2013 vereinbarten die Parteien den pauschalen Werkpreis von CHF 12'260'000.–. (act. 1 Rz. 3, 5 und 6; act. 11 Rz. 5).

#### E. 3.2

Parteistandpunkte

##### E. 3.2.1

Die Gesuchstellerin begründet ihr Gesuch im Wesentlichen damit, dass die Gesuchsgegnerin ihr gemäss Schlussrechnung vom 11. Juli 2016 gesamthaft noch CHF 791'917.50 (inklusive vertraglich vereinbartem Garantiebtrag) schulde. Im Betrag von CHF 172'853.73 seien dabei wertvermehrende Arbeiten bzw. Ma-

- 5 - terial zugunsten der Wohnung B4, welche sich im Eigentum der Gesuchsgegnerin befinde, erbracht bzw. geliefert worden. Im Zusammenhang mit den Rechnungen 1– 16 ergebe sich dies aus der Referenzierung auf die Wohnung B4 in der Rechnung selber. Bei Rechnung 16 sei dabei statt der Gesuchstellerin fälschlicherweise die E.\_\_\_\_ GmbH als Rechnungsempfängerin aufgeführt. Bei den Rechnungen 17 bis 27 handle es sich namentlich um Arbeiten wie Gips- oder Reini- gungsarbeiten, welche an allen Wohnungen ausgeführt worden seien, pro Woh- nung aber keine separate Rechnung erstellt worden sei, weshalb eine Annähe- rung vorgenommen werden müsse. Gemäss Grundbuchauszug betrage die Quo- te der Wohnung B4 70/1000. Der Anteil der Rechnungen 17 bis 27, der auf die vorliegend in Frage stehenden Liegenschaft entfalle, betrage demnach mindestens 70/1000 des jeweiligen Rechnungsbetrages (act. 1 Rz. 9 f.; act. 3/7-10).

##### E. 3.2.2

Die Gesuchsgegnerin stellt sich auf den Standpunkt, die Gesuchstellerin habe als Totalunternehmerin keine eigenen Leistungen erbracht, so dass bei ihr wohl einzig nicht pfandrechtsgeschützte intellektuelle Arbeiten verblieben seien (act. 11 Rz. 9 ff.). Sodann würden die von der Gesuchstellerin genannten Arbeiten entweder gemeinschaftliche Teile (Brücke, Terrasse, Aussenplatten, Fenstertüre, Gartenterrasse) und somit nicht Teile des Sonderrechts der Wohnung B4, oder aber rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten wie beispielsweise die Män- gelbehebung von bereits abgeschlossenen Arbeiten, betreffen (act. 11 Rz. 20). Eventualiter bringt die Gesuchsgegnerin vor, die Gesuchstellerin habe

vertrags- widrig Zahlungen an Handwerker nicht ausgeführt. Gemäss Ziff. 9.1 Abs. 2 des Totalunternehmer-Vertrags sei die Gesuchsgegnerin in diesem Fall berechtigt gewesen, die am Bau beteiligten Unternehmer direkt mit befreiender Wirkung selber zu bezahlen. Davon habe die Gesuchsgegnerin – unter vorheriger Anhörung der Gesuchstellerin – Gebrauch gemacht. Auch habe die Gesuchsgegnerin für provisorisch eingetragene Bauhandwerkerpfandrechte von Unternehmern Sicherheiten gestellt, weil die Gesuchstellerin dies trotz vertraglicher Verpflichtung im Totalunternehmervertrag nicht selber vorgenommen habe. Diese Direktzahlungen und die Sicherstellungen d.h. gesamthaft CHF 76'239.90 (CHF 59'411.55 plus CHF 16'828.35) seien von der geltend gemachten Pfandsomme abzuziehen, da

- 6 - die entsprechenden Unternehmensforderungen nicht mehr bestehen würden (act. 11 Rz. 31 ff.).

#### **E. 4**

Rechtliches

##### **E. 4.1**

Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts für Forderungen von Handwerkern und Unternehmern, die zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks, auch wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind (siehe BGE 92 II 227; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N 869 ff.). Intellektuelle Arbeitsleistungen sind nach wie vor nicht pfandberechtigt. Bilden sie jedoch mit den physischen Arbeitsleistungen eine funktionelle Gesamtleistung, sind sie ebenfalls pfandberechtigt. Die Vergütungsansprüche der General- und Totalunternehmer sind vollumfänglich pfandberechtigt (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband, a.a.O., N 79; SCHUMACHER, in: Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Sachenrecht, 3. Auflage, Zürich 2016; vgl. auch BGE 136 III 6 E. 5.3; a. A. BERCHTOLD, Zur Revisionsbedürftigkeit des Bauhandwerkerpfandrechts, Zürcher Studien zum Privatrecht, Diss. Zürich 2008, S. 90; ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR NF 101, 1982 II 95). Der Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts besteht zugunsten der Unternehmer auch für diejenigen Arbeiten, die sie an Subunternehmer weitergegeben haben. Nach der Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Zürich profitieren jedoch Unternehmer, welche die Ausführung sämtlicher vertraglich vereinbarter Leistungen an Dritte übertragen und damit selbst keinerlei Leistungen "im Zusammenhang mit der Erstellung des geschuldeten Werks" erbringen, nicht vom Pfandschutz (THURNHERR, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. Auflage, Basel 2015, Art. 839/840 Rz. 3; ZR 2014 Nr. 80, 153; anders noch ZR 1980 Nr. 80, 153).

- 7 - Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollerfüllung der Arbeiten zu geschehen und darf nur erfolgen, wenn die Pfandsomme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist (Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB). Da bis zur rechtskräftigen gerichtlichen Feststellung von Pfandberechtigung und Pfandsomme in der

Regel mehr als vier Monate vergehen, ist zum Schutz der Handwerker und Unternehmer die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vorgesehen. Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO obliegt es dem Handwerker oder Unternehmer als gesuchstellender Partei, seinen Pfandanspruch sowie dessen Gefährdung durch den drohenden Ablauf der Verwirkungsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB und damit auch die zeitliche Dringlichkeit glaubhaft zu machen, worüber das Gericht im summarischen Verfahren zu entscheiden hat (Art. 961 ZGB; Art. 248 lit. d sowie Art. 249 lit. d Ziff. 5 und 11 ZPO). Unter der "besonderen Dringlichkeit" ist insbesondere die zeitliche Dringlichkeit zu verstehen. Dieses Kriterium ist bereits erfüllt, wenn der baldige Ablauf der gesetzlichen (nicht erstreckbaren) Verwirkungsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB bevorsteht und deshalb der rasche Verlust des Pfandanspruchs droht (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband, a.a.O., N 593, N 599). Eine einzelne Bauleistung kann nur zugunsten eines einzigen Unternehmers in einer Vertragskette gesichert werden. Das Mehrwertsprinzip spricht bereits dafür, dass nur derjenige Unternehmer innerhalb einer Vertragskette das Baupfand beanspruchen darf, der die betreffende Bauleistung tatsächlich erbracht hat und damit zur Mehrwertschöpfung effektiv beigetragen hat. Die Pfandsummen der Unternehmer oberer Stufen einer Vertragskette sind aufgrund des Mehrwertprinzips zu reduzieren, wenn die betreffende Bauleistung durch ein Baupfandrecht zugunsten eines Unternehmers auf einer unteren Stufe einzutragen ist (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N 946 f.). Die Eintragung eines Baupfandrechts setzt negativ voraus, dass diese Forderung entstanden sowie noch nicht bzw. noch nicht ganz erloschen ist und deshalb noch besteht (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N 1040). Geht es wie hier lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, so muss die Gesuchstellerin ihr Begehren nur glaubhaft machen. An die Glaubhaftmachung sind nach konstanter Lehre und Praxis keine strengen Anforderungen zu stellen: Die vorläufige Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts darf nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfalle ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen bzw. die aufgrund einer superprovisorischen Verfügung bereits erfolgte vorläufige Eintragung zu bestätigen und der Entscheid über die Berechtigung des Baupfandrechts dem Hauptprozess betreffend definitive Eintragung zu überlassen (BGE 86 I 265 E. 3; BGE 102 Ia 81 E. 2.b.bb; BGE 112 Ib 482 E. 3.b; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N 1394 ff.). Nachfolgend ist zu prüfen, ob die von der Klägerin behaupteten, für einen Pfandanspruch erforderlichen Tatsachen glaubhaft gemacht sind.

#### **E. 4.2**

**Aktivlegitimation** Bei den durch die Subunternehmer geleisteten Arbeiten handelt es sich um Forderungen, die grundsätzlich mittels Bauhandwerkerpfandrecht von den jeweiligen Handwerkern gesichert werden können. Umstritten ist jedoch, ob auch der Gesuchstellerin als Totalunternehmerin die Berechtigung zusteht, ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen zu können. Soweit die Gesuchsgegnerin behauptet, die Gesuchstellerin habe keine Eigenleistungen behauptet resp. sei mit der Auflistung ihrer Arbeiten in der Stellungnahme nicht mehr zu hören, kann dem nicht gefolgt werden (vgl. die Ausführungen unter E. 2.2.2). Die Gesuchstellerin führt aus, dass ihr nebst der Gesamtverantwortung für die Planung auch die Gesamtleitung und Planungscoordination, das Erstellen aller für die Ausführung des Projektes erforderlichen Eingaben sowie die Inbetriebnahme und Einregulierung aller Systeme und Geräte der Haustechnik obliegen habe (act. 15 Rz. 6). Die Gesuchstellerin

vermag glaubhaft zu machen, dass sie zumindest intellektuelle Leistungen im Zusammenhang mit der Baute erbracht hat. Dies geht auch aus dem von ihr angefertigten Werkvertrag hervor (act. 3/41 S. 7). Die Projektverfassung wird von der Gesuchstellerin nicht als Eigenleistung behauptet. Insofern kommt dem Einwand der Gesuchsgegnerin, die Gesuchstellerin habe die Projektverfassung durch die E.\_\_\_\_\_ GmbH ausführen lassen, was sich alleine schon aus der Baubewilligung und den entsprechenden Baugesuchsplänen ergebe (act. 11 Rz. 13; act. 3/1, An-

- 9 - hang 1 "Baubewilligung" S. 1 und act. 12/1), keine Bedeutung zu. Rein intellektuelle Leistungen vermögen nach herrschender Auffassung keine pfandberechtigte Forderung zu begründen. Die von der Gesuchstellerin glaubhaft gemachten Planungsarbeiten, Koordinationsarbeiten etc. stehen jedoch fraglos im Zusammenhang mit der Erstellung des geschuldeten Werkes. Damit erweisen sie sich grundsätzlich einer Sicherung durch ein Bauhandwerkerpfandrecht zugänglich. Die Frage, ob eine Pfandbelastung nur zugunsten derjenigen Forderungen eingetragen werden kann, bei denen es sich nicht um intellektuelle Leistungen handelt, kann offen gelassen werden, verlangt die Gesuchstellerin doch von der Gesuchsgegnerin ausschliesslich die Verpfändung aufgrund nicht bezahlter Handwerkerforderungen. Die Aktivlegitimation der Gesuchstellerin ist daher gegeben.

### **E. 4.3**

Wahrung der Viermonatsfrist

#### **E. 4.3.1**

Eine negative Voraussetzung für das Bauhandwerkerpfandrecht ist die Nichtverwirkung der viermonatigen Eintragungsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB. Die Rechtsprechung ist in Bezug auf die Frage, wann eine Arbeitsleistung im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB beendet ist, uneinheitlich. Während das Bundesgericht in einer weiten Auslegung darauf abstellt, ob alle gemäss Werkvertrag geschuldeten Verrichtungen ausgeführt worden sind (BGE 120 II 391; 4C.243/2003) und dabei auch nebensächliche Arbeiten wie beispielsweise Räumung der Baustelle, Reinigung, Deponie und Recycling von Abbruchmaterial als fristwährend erachtet, hat es in anderen Fällen in einer engeren Auslegung darauf abgestellt, ob die fraglichen Arbeiten für die Verwendung des Werkes unerlässlich und damit funktionell notwendig sind (BGE 125 III 116; 5C.161/2000, E. 3c.). In neuester Zeit zeichnete sich jedoch der einheitliche Trend der bundesgerichtlichen und kantonalen Rechtsprechung zur Restriktion auf das Kriterium der Funktionalität ab (BGE 5A\_208/2010 E. 2; 5A\_475/2010 E. 3.1; SCHUMACHER, Art. 839 N 6, in: Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht; Breitschmid/Jungo [Hrsg.], Sachenrecht, 3. Aufl., 2016; SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband, a.a.O., N 238). Die Frist beginnt für jede Arbeitsgattung separat zu laufen. Die einzelnen Leistungen der verschiedenen Arbeitsgattungen weisen unter sich keinen funktionellen Zusammenhang auf und bilden daher auch keine

- 10 - funktionelle Einheit (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N 1191 ff.). Zwar schuldet der Totalunternehmer dem Bauherrn regelmässig die Ausführung vieler Arbeitsgattungen und damit die Ausführung verschiedener Bauarbeiten. Er erstellt jedoch ein einheitliches Gesamtwerk. Die intellektuellen Leistungen bilden demnach mit den Bauarbeiten, welche der Totalunternehmer dem Bauherrn ebenfalls schuldet, eine funktionelle Einheit. Daher unterliegt der Generalunternehmer einem einheitlichen Fristenlauf, wobei der Fristenlauf mit der letzten Bauarbeit ausgelöst wird

(SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N 1198). Die Gesuchstellerin führte in ihrem Gesuch aus, die letzten Arbeiten an der Wohnung B4 seien am 29. Juni 2016 ausgeführt worden (act. 1 Rz. 7). Am 27. Juni 2016 sei die Terrasse abgedichtet und der Belag auf der Brücke behandelt worden, der vom Wohnzimmer der Wohnung B4 auf die Terrasse führe, am 28. Juni 2016 seien verschiedene Storen montiert und Plättli bezüglich Rutschfestigkeit behandelt worden. Am 29. Juni 2016 seien schliesslich noch Malerausbesserungen vorgenommen worden (act. 1 Rz. 5 unter Bezugnahme auf act. 3/B und C). Wie gezeigt beginnt der Fristenlauf bei einem Totalunternehmer erst mit dem Abschluss der letzten funktionell notwendigen Arbeiten. Es mag zwar zutreffen, dass die Gesuchstellerin einzig Pläne für die Fertigstellung der Arbeiten eingereicht hat, die von ihr selber stammen. Sie hat ihren Anspruch aber in diesem Verfahren auch noch nicht zu beweisen; es reicht, wenn sie ihn glaubhaft machen kann. Dafür reichen auch E-Mails und Pläne aus, die ihrer Feder entstammen. Die Gesuchstellerin legt im Zusammenhang mit der E-Mail (act. 3/B) glaubhaft dar, dass es sich bei den Arbeiten der Abdichtung der Terrasse und des Belags auf der Brücke um Arbeiten an der Wohnung B4 und nicht an gemeinschaftlichen Teilen handelt. Hingegen führt die Gesuchstellerin nicht genauer aus, was mit den Arbeiten Terrassenabdichtung und Behandlung des Belags auf der Brücke genau gemeint ist. Davon abgesehen handelt es sich bei solchen Arbeiten in der Regel nicht um funktionell notwendige, sondern bloss der Vervollkommnung dienende Arbeiten. Gleiches hat für die von der Gesuchstellerin behaupteten Malerausbesserungen vom 29. Juni 2016 zu gelten. Die erste Parkettbehandlung wurde von

- 11 - der Gesuchstellerin im Gesuch nicht behauptet, darauf muss nicht näher eingegangen werden. Es stellt sich somit einzig die Frage, ob das Einsetzen einer Store bei einem Fenster und die Behandlung von Plättli betreffend Rutschfestigkeit als funktionell notwendige Arbeiten angesehen werden können oder nicht. Die Gesuchstellerin legt unter Hinweis auf die E-Mail, worin von der Wohnung B4 die Rede ist (vgl. act. 3/B), glaubhaft dar, dass es sich dabei nicht um gemeinschaftliche Teile handelt. Während im Gesuch noch von der Montage verschiedener Storen die Rede war (vgl. act. 1 S. 4), führte die Gesuchstellerin in der Stellungnahme aus, dass ein Storen an einer Fenstertüre erst noch habe montiert werden müssen (act. 15 Rz. 19). Zwar ist der Gesuchsgegnerin zuzustimmen, dass die Gesuchstellerin ihre Behauptungen sowohl in Bezug auf das Einsetzen einer Store als auch der Behandlung der Rutschfestigkeit der Aussenplatten sehr knapp hält. Gleichwohl vermag dies den Anforderungen an die Substantiierung im vorliegenden (summarischen) Verfahren gerade noch zu genügen. Die Behandlung der Rutschfestigkeit und das Einsetzen einer Store erscheinen als unerlässliche und funktionell notwendige Arbeiten. Damit erweist sich die bereits superprovisorisch am 24. Oktober 2016 verfügte Eintragung im Grundbuch als innert der viermonatigen Verwirkungsfrist rechtzeitig vorgenommen.

#### **E. 4.4**

**Pfandsumme** Bei den durch die Gesuchstellerin über ihre Subunternehmer geleisteten Arbeiten handelt es sich um pfandberechtigte Forderungen i.S.v. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Dies wird von der Gesuchsgegnerin auch nicht bestritten; vielmehr macht sie (eventualiter) geltend, im Umfang von CHF 76'239.90 sei die Forderung durch Zahlung bzw. Zahlungsgarantie untergegangen, sei sie doch gestützt auf Art. 9.1 Abs. 2 des Totalunternehmervertrages berechtigt gewesen, die am Bau beteiligten Unternehmer direkt mit befreiender Wirkung selber zu bezahlen, sofern sie davon Kenntnis erhält, dass

solche Unternehmer von der Totalunternehmerin nicht rechtzeitig bezahlt werden: Davon habe sie vorliegend Gebrauch gemacht, jeweils unter vorheriger Anzeige an die Gesuchstellerin (act. 11 Rz. 31 ff.). Die Gesuchstellerin bestreitet die direkte Bezahlung bzw. Sicherstellung mittels Garantie im genannten Umfange nicht, hält aber dagegen, es liege missbräuchli-

- 12 - ches Handeln der Gesuchsgegnerin vor, indem sie die Subunternehmer direkt bezahlt habe (act. 15 Rz. 27 f.). Die Parteien haben folgende Vereinbarung in Ziff. 9.1 des Totalunternehmervertrags vereinbart: "[... Erhält die Bestellerin Kenntnis davon, dass die am Bau beteiligten Planer, Spezialisten, Unternehmer und Lieferanten vom Totalunternehmer nicht oder nicht rechtzeitig bezahlt werden, so ist sie berechtigt, die vereinbarte Vergütung mit befreiender Wirkung direkt an den betreffenden Vertragspartner des Totalunternehmers zu zahlen und die Zahlung von der dem Totalunternehmer geschuldeten Vergütung abzuziehen. Vor der vollständigen direkten Bezahlung hört die Bestellerin sowohl den Totalunternehmer wie auch den betreffenden Vertragspartner des Totalunternehmers über Bestand und Höhe der unbezahlten Forderung an. Wird gleichwohl ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten eines Subunternehmers superprovisorisch, vorläufig oder definitiv im Grundbuch eingetragen, so ist der Totalunternehmer verpflichtet, innert 10 Tagen ab Mitteilung diese Grundbucheintrags hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB zu leisten, damit das Bauhandwerkerpfandrecht wieder gelöscht wird. Erfolgt keine oder nur eine ungenügende Sicherstellung, so steht der Bestellerin das Recht zu, die Forderung nach Anhörung des Totalunternehmers direkt sicherzustellen oder zu zahlen und den entsprechende Betrag von der Werklohnforderung in Abzug zu bringen." Es erschliesst sich nicht, inwiefern die Gesuchsgegnerin durch die direkte Bezahlung der Subunternehmer rechtsmissbräuchlich gehandelt haben soll. Jedenfalls kann es nicht der Gesuchsgegnerin angelastet werden, dass die Gesuchstellerin gemäss eigenen Angaben über mangelnde Liquidität verfügt. Ohnehin verringert sich ja auch die Forderung der Gesuchstellerin gegenüber den jeweiligen Handwerkern. Die Gesuchsgegnerin verhält sich auch nicht treuwidrig, wenn sie – so wie von der Gesuchstellerin behauptet – die direkt mit der Wohnung B4 in Zusammenhang stehenden Rechnungen bezahlt. Solches ist durchaus verständlich, um sich selbst davor schützen zu können, dass ein Baupfand auf dem eigenen Grundbuchblatt eingetragen wird.

- 13 - Die Gesuchstellerin hat nicht bestritten, dass die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin vorgängig angezeigt hatte, dass sie vom Direktzahlungsrecht Gebrauch machen werde (act. 11 Rz. 32). Auch zur Sicherstellung mittels Bankgarantie erhob die Gesuchstellerin – abgesehen vom Vorwurf des Rechtsmissbrauchs – keine Einwände. Damit ist die Gesuchsgegnerin vertragsgemäss vorgegangen und war gestützt auf den TU-Vertrag berechtigt, einen Abzug vom Lohn zu machen. Daraus folgt, dass von der superprovisorisch eingetragenen Pfandsumme von CHF 172'853.73 ein Abzug von CHF 76'239.90 vorzunehmen ist (Bankgarantie gegenüber F. \_\_\_\_\_ AG von CHF 16'828.35 sowie Rechnungen der G. \_\_\_\_\_, H. \_\_\_\_\_ AG, I. \_\_\_\_\_ AG, J. \_\_\_\_\_, K. \_\_\_\_\_, L. \_\_\_\_\_ AG von insgesamt CHF 59'411.55; vgl. act. 11 Rz. 34 ff.; act. 12/3-15). Somit beläuft sich die noch zu sichernde Pfandforderung auf CHF 96'613.83. Der verlangte Verzugszins wurde nicht bestritten, weshalb von den diesbezüglichen Angaben der Gesuchstellerin auszugehen ist (vgl. act. 1 S. 2).

#### **E. 4.5**

Fazit Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die bereits superprovisorisch erfolgte Eintragung im Umfang von CHF 96'613.83 zzgl. 5% Zins seit 12. August 2016 zu bestätigen ist. Im Umfang von CHF 76'239.90 wurde entweder der Pfandanspruch durch den Subunternehmer geltend gemacht und durch eine Bankgarantie gesichert, oder die betreffenden Forderungen sind infolge Bezahlung durch die Gesuchsgegnerin untergegangen, weshalb das Pfandrecht in diesem Umfang zu löschen ist. Das Grundbuchamt ist nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist anzuweisen, das mit Verfügung vom 24. Oktober 2016 vorläufig eingetragene Pfandrecht im Umfang von CHF 76'239.90 zzgl. 5% Zins seit 12. August 2016 zu löschen. Der Gesuchstellerin ist sodann Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin im Umfang von CHF 96'613.83 zzgl. 5% Zins seit 12. August 2016 anzuheben. Die Prosequenzfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, wobei allfällige Gerichtsferien bei der Fristansetzung berücksichtigt werden. Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuches (Art. 144 - 14 - 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.

#### **E. 5**

Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 6'000.–. Allfällige weitere Kosten (insbesondere Rechnung des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.

#### **E. 6**

Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 5 werden im Umfang von CHF 2'000.– definitiv der Gesuchstellerin auferlegt. Im darüber hinausgehenden Umfang (CHF 4'000.– zzgl. allfällige weitere Kosten) werden die Kosten von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 4 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.

#### **E. 7**

Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 2'500.– 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 4 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Gesuchsgegnerin zusätzlich eine Parteientschädigung von CHF 5'000.– zu bezahlen.

#### **E. 8**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_.

#### **E. 9**

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 172'853.73. Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 46 Abs. 2 BGG).

- 17 - Zürich, 16. Februar 2017 HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht Die Gerichtsschreiberin: Adrienne Hennemann

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.