

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE160435-O

U/dz

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, sowie
Gerichtsschreiberin Adrienne Hennemann

Urteil vom 16. Februar 2017

in Sachen

A._____ GmbH,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X2. _____

gegen

B._____ AG,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

1. Es sei das Grundbuchamt C.____ (Anschrift: Notariat, Grundbuch- und Konkursamt C.____ ... [Adresse]) anzuweisen, zu Lasten des im Eigentum der Gesuchgegnerin stehenden Grundstücks Grundbuch Blatt 1 , Stockwerkeigentum, ... weg ... , 70 / 1000 Miteigentum an Grundbuch Blatt 2 , Kat. Nr. ... , mit Sonderrecht an der 3 ½-Zimmer-Attikawohnung Nr. B4 auf Ebene 4 und am Keller mit Waschturm Nr. B4 auf Ebene 0, gemäss Begründungserklärung vom 13. Juni 2013, Beleg ... zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig ein Bauhandwerkerpfandrecht im Grundbuch einzutragen für eine Pfandsumme von CHF 172'853.73 zzgl. Zins zu 5% seit 12. August 2016.
2. Die Anweisung gemäss Ziff. 1 vorstehend sei superprovisorisch bzw. sofort nach Eingang des Gesuchs ohne Anhörung der Gesuchgegnerin zu verfügen und dem Grundbuchamt C.____ unverzüglich mitzuteilen.
3. Es sei der Gesuchstellerin eine Frist von sechs Monaten seit Rechtskraft des Entscheides über die Bestätigung der superprovisorischen Massnahme zur Einreichung der Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzusetzen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchgegnerin.“

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin reichte am 21. Oktober 2016 (Datum Überbringung) hierorts ein Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ein

(act. 1). Mit Verfügung vom 24. Oktober 2016 wurde die Eintragung des verlangten Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandsumme von CHF 172'853.73 zzgl. 5% Zins seit 12. August 2016 einstweilen angeordnet und der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme zum Begehren der Gesuchstellerin angesetzt (act. 4). Mit Eingabe vom 7. Dezember 2016 erstattete die Gesuchsgegnerin innert erstreckter Frist die Stellungnahme zum Gesuch (act. 8 und 11). Mit Verfügung vom 13. Dezember 2016 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 13), die am 9. Januar 2017 hierorts einging (act. 15). Mit Verfügung vom 10. Januar 2017 wurde die Eingabe der Beklagten zur Stellungnahme zugestellt (act. 17). Am 1. Februar 2017 ging die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin hierorts ein (act. 19), die alsdann an die Gesuchstellerin ging (Prot. S. 7). Die Gesuchstellerin liess sich in der Folge nicht mehr vernehmen.

2. Prozessuales

2.1. Zuständigkeit

Das angerufene Gericht erweist sich sowohl örtlich als auch sachlich als zuständig (Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Abs. 5 ZPO und § 45 lit. b GOG).

2.2. Summarisches Verfahren

2.2.1. Das Gesetz sieht für das summarische Verfahren keinen doppelten Schriftenwechsel vor (Art. 253 ZPO). Die gesuchstellende Partei hat mithin das gesamte Gesuchsfundament (substantiierte Parteibehauptungen und Bezeichnung der Beweismittel) mit dem Gesuch vorzutragen. Nach Eingang der Gesuchsantwort ist der Schriftenwechsel grundsätzlich abgeschlossen (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 16. Juni 2015 [5A_82/2015] E. 4.1). Die Verfügungen vom 13. Dezember 2016 (act. 13) und 10. Januar 2017 (act. 17) dienten der Gewährung des Replikrechts, führen aber nicht dazu, dass die Parteien den Sachverhalt beliebig ergänzen können.

2.2.2. Die Gesuchstellerin hat darzulegen, dass bei der Begründung der Vergütungsforderung (Vertragsabschluss) die Bedingungen erfüllt worden sind, deren Erfüllung das Gesetz für deren Qualifikation als baupfandberechtigte Forderung

vorschreibt (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage, Zürich 2011, N 182). Dem Gesetzeswortlaut von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB lassen sich keine speziellen Beschränkungen in Bezug auf den Pfandanspruch eines Totalunternehmers entnehmen. Das Obergericht hat in seiner Entscheidung vom 17. September 2014 dem Totalunternehmer, der keine eigenen Leistungen erbracht hat, die Pfandberechtigung abgesprochen [LB130063]). Das Bundesgericht geht davon aus, dass zugunsten des Generalunternehmers ein Bauhandwerkerpfandrecht bestellt werden kann (BGE 95 II 87). Mit der Frage, ob einer Totalunternehmerin eine baupfandberechtigte Forderung zusteht, hatte es sich noch nicht zu befassen. Die kantonale Rechtsprechung ist uneinheitlich. Die Anforderungen an die Sustainierung dürfen im summarischen Verfahren nicht überstrapaziert werden. Die Gesuchstellerin hat in ihrem Gesuch dargelegt, dass sie sich als Totalunternehmerin zur Herstellung eines Werkes verpflichtet hat, wobei sie Subunternehmer beigezogen hat (act. 1 Rz. 12). Damit hat sie ihre pfandberechtigte Forderung unter Berücksichtigung der weniger strengen Substantiierungsanforderungen im Rahmen des summarischen Verfahrens genügend dargelegt. Es ist ihr daher nicht verwehrt, als Folge der nicht zu erwartenden Bestreitung durch die Gesuchsgegnerin hierzu weitere Ausführungen zu tätigen.

3. Sachverhalt

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).

3.2. Parteistandpunkte

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 Garantiebetrags) schulde. Im Betrag von CHF 172'853.73 seien dabei wertvermehrnde Arbeiten bzw. Ma-

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 Gipser- oder Reinigungsarbeiten, welche an allen Wohnungen ausgeführt worden seien, pro Wohnung aber keine separate Rechnung erstellt worden sei, weshalb eine Annäherung vorgenommen werden müsse. Gemäss Grundbuchauszug betrage die Quote 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).

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 Mängelbehebung von bereits abgeschlossenen Arbeiten, betreffen (act. 11 Rz. 20).

Eventualiter bringt die Gesuchsgegnerin vor, die Gesuchstellerin habe vertragswidrig 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

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

4. Rechtliches

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).

Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollen-
dung 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 Pfandberechti-
gung und Pfandsomme in der Regel mehr als vier Monate vergehen, ist zum
Schutz der Handwerker und Unternehmer die vorläufige Eintragung eines Bau-
handwerkerpfandrechts vorgesehen. Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO obliegt es dem
Handwerker oder Unternehmer als gesuchstellender Partei, seinen Pfandan-
spruch sowie dessen Gefährdung durch den drohenden Ablauf der Verwirkungs-
frist 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 verste-
hen. 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 Bau-
handwerkerpfandrecht, 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 be-
anspruchen darf, der die betreffende Bauleistung tatsächlich erbracht hat und
damit zur Mehrwertschöpfung effektiv beigetragen hat. Die Pfandsommen der Un-
ternehmer oberer Stufen einer Vertragskette sind aufgrund des Mehrwertprinzips
zu reduzieren, wenn die betreffende Bauleistung durch ein Baupfandrecht zu-
gunsten eines Unternehmers auf einer unteren Stufe einzutragen ist (SCHUMA-
CHER, 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 (SCHU-
MACHER, 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 Glaubhaftma-

chung 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.

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 Planungskoordination, 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 angerufenen 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-

hang 1 "Baubewilligung" S. 1 und art. 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.

4.3. Wahrung der Viermonatsfrist

4.3.1. Eine negative Voraussetzung für das Bauhandwerkerpfandrecht ist die Nichtverwirkung der viermonatigen Eintragsfrist 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

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

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.

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-

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.

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 Pfandsomme 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).

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

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.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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 172'853.73 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf rund die Hälfte, d. h. CHF 6'000.–, festzusetzen ist.

Die Gesuchstellerin obsiegt mit ihrem Gesuch nur teilweise. Da die Gesuchstellerin trotz teilweiser Zahlung an ihrem Rechtsbegehren vollumfänglich festhält, sind ihr die Kosten dieses Verfahrens im Umfang von CHF 2'000.– definitiv aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Über den übrigen Pfandanspruch ist dagegen noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob die Gesuchstellerin endgültig obsiegt. Über die übrigen Gerichtskosten (CHF 4'000.– zzgl. allfällige weitere Kosten wie Rechnung des Grundbuchamtes C._____) ist daher lediglich eine einstweilige Kostenregelung zu treffen. Gemäss Praxis des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich sind die Gerichtskosten im Verfahren betreffend die vorläufige Eintragung des Pfandrechts von der Gesuchstellerin zu beziehen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 4 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.

Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 9 Anw-GebV auf rund die Hälfte, d.h. auf CHF 7'500.–, festzusetzen und im Umfang von CHF 2'500.– definitiv der Gesuchstellerin aufzuerlegen. Im Übrigen ist auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen dem ordentlichen Verfahren vor-

behalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch jedoch nicht prosequieren sollte, ist der Gesuchsgegnerin überdies eine Parteientschädigung von CHF 5'000.– zuzusprechen. Die Mehrwertsteuer ist nach neuster Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen, es sei denn, die betreffende Partei behauptet und belegt, dass sie nicht in vollem Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5.).

Das Einzelgericht erkennt:

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt C._____ wird in nachfolgendem Umfang bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 24. Oktober 2016 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 4 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft GBBl. 1, Stockwerkeigentum, ...weg ..., C._____, 70/1000 Miteigentum an GBBl. 2, Kat. Nr. ..., für eine Pfandsumme von CHF 96'613.83 nebst Zins zu 5 % seit 12. August 2016.
2. Im Restumfang (CHF 76'239.90 zzgl. Zins zu 5% seit 12. August 2016) wird das Gesuch abgewiesen.
3. Das Grundbuchamt C._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 24. Oktober 2016 vorläufig eingetragene Pfandrecht im Umfang von CHF 76'239.90 zzgl. Zins zu 5% seit 12. August 2016 nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist zu löschen.
4. Der Gesuchstellerin wird – auch unter Berücksichtigung allfälliger Gerichtsferien – eine Frist bis 8. Mai 2017 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.

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

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.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Grundbuchamt C._____.
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).

Zürich, 16. Februar 2017

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Adrienne Hennemann