

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE120395-O

U/dz

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vizepräsident, sowie
der Gerichtsschreiber Christian Fischbacher

Urteil vom 3. Dezember 2012

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y._____

sowie

C._____ AG,

Nebenintervenientin

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 7 S. 2)

"Es sei das Grundbuchamt D. _____ anzuweisen, im Grundbuch zu Lasten des Grundstücks der Beklagten an der ... [Adresse], Kataster-Nr. ..., Grundbuchblatt ..., für eine Forderung im Betrag von CHF 271'185.90 nebst Verzugszins in der Höhe von 5% seit 25. September 2012, zu Gunsten der Klägerin ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig einzutragen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Klägerin reichte am 10. Oktober 2012 (Datum Poststempel) ein Gesuch um superprovisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ein (act. 1 und 2). Das Gesuch erwies sich als unverständlich, weshalb der Klägerin mit Verfügung vom 12. Oktober 2012 eine Nachfrist zur Verbesserung ihres Gesuchs angesetzt wurde. Der Antrag auf superprovisorische Eintragung wurde abgewiesen (act. 5). Das verbesserte Gesuch datiert vom 15. Oktober 2012 (act. 7). Daraufhin wurde der Beklagten mit Verfügung vom 16. Oktober 2012 Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 8). Am 23. Oktober 2012 ersuchte die Beklagte um eine Fristerstreckung (act. 10). Diese wurde mit Verfügung vom 24. Oktober 2012 bis zum 2. November 2012 gewährt (act. 13). Mit Eingabe vom 26. Oktober 2012 ersuchte die Klägerin erneut um superprovisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts mit der Begründung, dass die gesetzliche Eintragsfrist im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB am 5. November 2012 ablaufe (act. 16). Dem Antrag wurde entsprochen und die Eintragung des verlangten Bauhandwerkerpfandrechts mit Verfügung vom 29. Oktober 2012 superprovisorisch angeordnet. Zeitgleich wurde die Frist zur Stellungnahme für die Beklagte bis zum 9. November 2012 erstreckt (act. 17). Am 2. November 2012 teilte die Beklagte dem Gericht mit, dass sie der C. _____ AG am 30. Oktober 2012 den Streit verkündet habe (act. 21). Gleichentags trat die C. _____ AG dem Prozess als Nebenintervenientin auf der Seite der Beklagten bei und beantragte zugleich die Abweisung des Gesuchs und Lö-

schung des superprovisorisch eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts (act. 23). Innert der ihr mit Verfügung vom 7. November 2012 (act. 26) angesetzten Frist nahm die Klägerin zur Eingabe der Nebenintervenientin Stellung (act. 29). Eine letzte Eingabe der Nebenintervenientin erteilte das Gericht am 27. November 2012 (act. 31).

2. Parteibehauptungen

2.1. Die Klägerin macht geltend, sie sei von der als Totalunternehmerin tätigen Nebenintervenientin mit diversen Gipserarbeiten in den Gebäuden der neuen Wohnüberbauung auf dem Grundstück der Beklagten an der ... [Adresse] beauftragt worden. Zwischen den Parteien sei mündlich vereinbart worden, dass die klägerischen Arbeiten im Ausmass geleistet würden. Im Gegensatz dazu sei die Auftragsbestätigung am 26. Mai 2011 aber zu einem Pauschalpreis erfolgt, weshalb sie – die Klägerin – den Werkvertrag vom 10. Februar 2012 nicht unterzeichnet habe. Nichtsdestotrotz habe sie in der Folge sämtliche Arbeiten gemäss dem nicht unterzeichneten Werkvertrag erbracht. Dabei habe sie die E._____ AG als Subunternehmerin beigezogen. Diese habe die letzten Arbeiten auf dem Grundstück am 5. Juli 2012 in Form von Trockenbau (Errichten von Wänden) im ersten Untergeschoss erbracht. Nachdem das Ausmass unmittelbar vor Vollendung der Arbeiten weitestgehend bekannt gewesen sei, habe sie – die Klägerin – zu Handen der Nebenintervenientin am 25. Juni 2012 die Schlussrechnung unter Abzug der bis dahin geleisteten Akontozahlungen gestellt (act. 7 N 3-6).

2.2. Die Nebenintervenientin stellt sich namens der Beklagten auf den Standpunkt, dass die Arbeiten der Klägerin vor Abnahme des gesamten Wohnhauses durch die Beklagte per 15. Juni 2012 vollständig abgeschlossen gewesen seien und die Klägerin die viermonatige Eintragsfrist folglich verpasst habe (act. 23 N 1). Gemäss den Aufzeichnungen des Bauleiters F._____ in seinem Baujournal vom 21. Mai 2012 hätte die Klägerin am 22. und 23. Mai 2012 die noch fehlenden Wände zu errichten gehabt. Am 11. und 12. Juni 2012 seien sodann die beiden Untergeschosse durch die Bauherrentreuhänderin, G._____, und ihren Stellvertreter, H._____, namens und im Auftrag der Beklagten abgenommen worden. Die anlässlich dieser Abnahmen erstellten Abnahmeprotokolle würden keinerlei Hin-

weise enthalten, dass im 1. und/oder 2. Untergeschoss noch Wände fehlten. Folglich müsse davon ausgegangen werden, dass die streitbetroffenen Wände bereits damals erstellt und damit auch die Arbeiten der Klägerin bei der Abnahme durch die Beklagte beendet gewesen seien. Dieser Sachverhalt werde durch den Bauablauf gestützt, würden doch die von der Klägerin erstellten Trockenausbauwände Grundlage für verschiedene weitere Arbeiten bilden, welche von anderen Unternehmern hätten erbracht werden müssen. Es seien lediglich Lichtinstallationen, Brandabschottungen, Malerarbeiten und die Holzarbeiten für die an die Trockenmauern anschliessenden Kellerabteile erwähnt. Sämtliche dieser Arbeiten könnten ohne die fertige Installation der von der Klägerin erstellten Mauern nicht erstellt werden.

Der Bauleiter der Nebenintervenientin habe ferner nach der Übergabe des Wohnhochhauses an die Beklagte eine Pendenzenliste geführt, welche die von den verschiedenen Unternehmern noch zu erbringenden Arbeiten enthalten habe. Auf der Pendenzenliste per 28. Juni 2012 sei hinsichtlich Gipsarbeiten lediglich vermerkt "Gips GKP-Decke in Nasszelle 0002", wobei dieser Vermerk gestrichen sei. Damit sei diese Arbeit, bei der es sich lediglich noch um untergeordnete Fertigstellungsarbeiten gehandelt habe, vor dem 28. Juni 2012 erledigt gewesen. Hinweise auf irgendwelche Gipsarbeiten im 1. und/oder 2. Untergeschoss würden vollständig fehlen. Es dränge sich daher der Schluss auf, dass die Klägerin bereits vor dem 28. Juni 2012 sämtliche Arbeiten (auch nicht fristauslösende untergeordnete Fertigstellungsarbeiten) abgeschlossen gehabt habe. Auch in den Aufzeichnungen des Bauleiters zwischen dem 2. und 9. Juli 2012 sowie den entsprechenden Pendenzenlisten würden keine Arbeiten der Klägerin resp. ihrer Subunternehmerin mehr beschrieben.

Der Projektleiter der Nebenintervenientin habe sodann von der Klägerin im Sommer 2012 eine Zusammenstellung ihrer in Regie ausgeführten Arbeiten verlangt. Die Klägerin habe ihr – der Nebenintervenientin – ihre Regiearbeiten mit Rechnung Nr. 12/963 vom 17. September 2012 in Rechnung gestellt. Gemäss den dieser Rechnung beiliegenden Regierapporten Nr. 7-9 habe die Klägerin Ende Mai 2012 die streitbetroffenen Leichtbauwände erstellt. Hätte sie am 4. und 5. Juli

2012 weitere Leichtbauwände erstellt, wäre sie durchaus in der Lage gewesen, den Aufwand für diese Leichtbauwände (Trockenbau) am 17. September 2012 in der gleichen Rechnung geltend zu machen. Die Regierapporte Nr. 7-9 würden überdies mit den Aufzeichnungen des Bauleiters in seinem Baujournal vom 21. Mai 2012 übereinstimmen. Die Regierapporte würden die Montage der Trockenbauwände ebenfalls für Ende Mai 2012 belegen. Schliesslich lasse sich aus dem Stundenrapport nicht entnehmen, welche Baustelle an der ... [Adresse] gemeint sei. Neben dem per 15. Juni 2012 an die Beklagte übergebenen Wohnhochhaus würden sich entlang der ... [Adresse] aktuell weitere Baustellen, u.a. auch von ihr – der Nebenintervenientin–, in Ausführung befinden. Es sei auch nicht ersichtlich, welcher Art die angeblich ausgeführten Tätigkeiten waren und welches Material verbraucht worden sei (act. 23 N 1-5).

2.3. In ihrer Eingabe vom 22. November 2012 erklärte die Klägerin, dass sich der Eintrag unter der Position "Gipser" im Baujournal auf den Eingangsbereich des Hauses beziehe. Die Subunternehmerin E. _____ AG habe die letzten Arbeiten aber im Untergeschoss ausgeführt. Aus den Aufzeichnungen des Bauleiters F. _____ könne die Nebenintervenientin somit nichts zu ihren Gunsten ableiten. Vielmehr ergebe sich aus den von der Nebenintervenientin eingereichten Pendenzenlisten vom 28. Juni, 3. Juli, 5. Juli und 9. Juli 2012 um welche Wände es vorliegend gehe: In der Pendenzenliste vom 28. Juni 2012 habe F. _____ als unerledigte Arbeit die "I. _____ Schlusskontrolle Brandschotts 1.+2. UG. Brandschott RDA in Doppelboden 2.UG" aufgeführt mit dem handschriftlichen Zusatz "Neben FW Pumpe". Dieselbe Pendezenz sei noch einmal in den Pendenzenlisten vom 3. und 5. Juli 2012 aufgeführt, in diesen aber gestrichen worden. In der Pendenzenliste vom 9. Juli 2012 sei dann lediglich noch von der "Schlusskontrolle Brandschotts 1.+2. UG." sowie von einem Rundgang die Rede gewesen, der am 12. Juli 2012 habe stattfinden sollen. Damit stehe fest, dass bis zum 5. Juli 2012 Arbeiten im 1. und 2. Untergeschoss der Liegenschaft ... [Adresse], im Bereich "FW Pumpe" (gemeint sei die Feuerwehrrpumpe des Feuerlöschpostens) pendent gewesen seien. Wie sich aus der Bestätigung der E. _____ AG vom 20. November 2012 ergebe, habe diese im Auftrag der Klägerin am 4. und 5. Juli 2012 unter anderem die Zubehörlankung des Feuerlöschpostens im 1. und 2. Untergeschoss ge-

mäss Vorgabe der Nebenintervenientin nach durchgeführter Brandabschottung durch I'._____ (gemeint sei die I._____ AG für Isolierungen) ausgeführt. Hierfür habe die Subunternehmerin am 27. Juni 2012 bei der J._____ AG diverses Material bezogen. Unter Zubeplankung verstehe man in der Baufachsprache das Anbringen von Gipskartonplatten, Gipsfaserplatten oder anderen Platten aus dem Bereich des Trockenbaus an einem Ständerwerk. Diese Aufgabe sei somit zweifellos Aufgabe der Klägerin gewesen, welche auf der fraglichen Baustelle als Gipsunternehmen auch für den Trockenbau engagiert worden sei. Bevor der Feuerlöschposten jedoch überhaupt habe beplankt werden können, hätte das auf Isolierungen spezialisierte Unternehmen I._____ AG für Isolierungen die Brandabschottungen vornehmen müssen. Wie sich aus den von F._____ erstellten Pendenzenlisten ergebe, seien diese Abschottungen von der I._____ AG für Isolierungen nicht vor dem 5. Juli 2012 angebracht worden, denn andernfalls wären diese Arbeiten bis dahin nicht als Pendenzen in Erscheinung getreten.

Dass die von ihr – der Klägerin – bzw. der E._____ AG noch zu erbringenden Beplankungsarbeiten in den Prüfungsprotokollen vom 11. und 12. Juni 2012 keine Erwähnung gefunden haben, vermöge nicht zu erstaunen, sei doch die Abnahme des Feuerlöschpostens ohne Brandabschottung gar nicht möglich.

Aus der Tatsache, dass die Position "Gipser GKP-Decke in Nasszelle 0002" in der Pendenzenliste vom 28. Juni 2012 gestrichen war, könne nicht gefolgert werden, dass diese Arbeit vor dem 28. Juni 2012 erledigt worden sei. Wäre dies der Fall gewesen, hätte der Bauleiter am 28. Juni 2012 doch gar keine Veranlassung gehabt, diese Position in die Pendenzenliste aufzunehmen. Dies gelte umso mehr, als der Vermerk ein weiteres Mal in die darauffolgende Pendenzenliste vom 3. Juli 2012 aufgenommen und erneut gestrichen worden sei. Nachdem davon in der nächsten Pendenzenliste schliesslich nicht mehr die Rede war, dränge sich der Schluss auf, dass sie – die Klägerin – bzw. die E._____ AG diese Arbeit am 4. Juli 2012 erledigt habe.

Mit Rechnung vom 17. September 2012 habe sie der Nebenintervenientin die Regearbeiten in Rechnung gestellt. Die streitgegenständlichen Arbeiten seien je-

doch im Ausmass und in Nachträgen enthalten und in der Rechnung vom 25. Juni 2012 abgerechnet worden.

Die E. _____ AG habe sodann bis zum 5. Juli 2012 an der ... [Adresse] keine weiteren Arbeiten im Auftrag der Klägerin mehr ausgeführt (act. 29 S. 2 ff.).

2.4. In ihrer Eingabe vom 27. November 2012 verzichtete die Nebenintervenientin aus prozessökonomischen Gründen auf eine weitere Stellungnahme zu den Ausführungen der Klägerin vom 22. November 2012. Sie erklärte aber, dass sie sich sämtliche Einreden und Einwendungen gegen die Pfandberechtigung der Klägerin, insbesondere die verspätete Geltendmachung des Bauhandwerkerpfandrechts, sowie über Bestand und Umfang der Forderung für das anschliessend folgende Hauptverfahren auf Feststellung der Pfandberechtigung und den Bestand der Pfandforderung sowie einen allfällig folgenden Forderungsprozess ausdrücklich vorbehalte (act. 31 N 1).

3. Rechtliches

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 Grundstückes, auch wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind (siehe BGE 92 II 227; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N 869 ff.). Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu geschehen (Art. 839 Abs. 2 ZGB).

Geht es wie hier lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, so muss die Klägerin 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 und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechtes dem ordentlichen Gericht vorzubehalten. Dies gilt namentlich bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 86 I 270; BGE 102 Ia 86; BGE 112 Ib 484; ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 101(1982) II Halbband S. 158, ZR 79 Nr. 80 Erw. 1; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N 1394 ff.).

4. Subsumption

4.1. Es ist unbestritten, dass zwischen der Klägerin und der Nebenintervenientin ein Werkvertrag zustande gekommen ist. Die vertraglich geschuldeten Arbeiten wurden ausgeführt und von der Nebenintervenientin – zumindest bis heute – nicht als mangelhaft bezeichnet. Umstritten ist einzig, wann die letzten vertragsrelevanten Arbeiten ausgeführt worden sind.

4.2. Die Nebenintervenientin vermochte die Glaubhaftigkeit der klägerischen Ausführungen zu den letzten relevanten Arbeiten zunächst ernsthaft in Frage zu stellen, indem sie auf den ersten Blick überzeugend darlegte, dass

- das 1. und 2. UG des streitbetroffenen Gebäudes bereits am 15. Juni 2012 abgenommen worden waren,
- in der Pendenzenliste des Bauleiters keine Gipserarbeiten im 1. und/oder 2. UG aufgeführt und auch der Vermerk "Gipser GKP-Decke in Nasszelle 0002" durchgestrichen waren und
- die Klägerin die Arbeiten vom 4./5. Juli 2012 in der Zusammenstellung der Regiearbeiten vom 17. September 2012 nicht aufführte.

4.3. Weil die Klageantwort der Nebenintervenientin zahlreiche Noven enthielt, rechtfertigte es sich, der Klägerin noch einmal Frist zur Stellungnahme anzusetzen.

4.4. In dieser zweiten Stellungnahme vermochte die Klägerin ihren Anspruch wieder zu erhärten, indem sie ausführlich und nachvollziehbar die Einwände der Nebenintervenientin entkräftete und ihre eigene Darstellung unter anderem durch

eine Bestätigung ihrer Subunternehmerin (act. 30/1) untermauerte. Die Beklagte und die Nebenintervenientin haben diese Ausführungen nicht bestritten (act. 31).

Nach dieser Darstellung musste im Bereich des Feuerlöschpostens zunächst durch die I. _____ AG eine Brandabschottung erstellt werden. Anschliessend wurde der Bereich zubeplankt, d.h. durch Gipsplatten o.Ä. überdeckt. Die Klägerin reichte zur Darstellung ein Foto ein (act. 30/2), auf dem zweierlei ersichtlich wird: Zum einen ist zu erkennen, dass die Wand oberhalb der Feuerlöschpostens mit zwei Rohren durchbrochen wird. Zudem ist davon auszugehen, dass der Wasseranschluss, den der Feuerlöschposten haben muss, um seiner Funktion gerecht zu werden, ebenfalls einen Wanddurchbruch bedingt. Dadurch wird naturgemäss eine Brandabschottung nötig oder zumindest sinnvoll, dient diese doch dazu, Wanddurchbrüche abzudichten, sodass ein allfälliges Feuer nicht beim Wanddurchbruch in andere Räume übergreifen kann. Zum anderen lässt sich aber keine Brandabschottung sondern lediglich eine verputzte Wand erkennen. Dies führt zur Annahme, dass die Brandabschottung unterhalb der erkennbaren Wandoberfläche angebracht resp. durchgeführt wurde, was zwingend zur Folge hätte, dass die Klägerin resp. ihre Subunternehmerin erst im Anschluss an die Durchführung der Brandabschottung tätig wurde. Damit erscheint die klägerische Sachdarstellung zumindest glaubhaft. Dass überhaupt eine Brandabschottung durchgeführt wurde, lässt sich aus den Pendenzenlisten des Bauleiters ohne weiteres herleiten (act. 25/7, 25/9 und 25/11). Glaubhaft ist auch, dass die Brandabschottung nicht vor dem 28. Juni 2012, möglicherweise auch nicht vor dem 3. Juli 2012 durchgeführt wurde: Die offene Position in der Pendenzenliste vom 28. Juni 2012 wurde erstmals in der Pendenzenliste vom 3. Juli 2012 durchgestrichen, in der Pendenzenliste vom 5. Juli 2012 aber gleichwohl nochmals (durchgestrichen) aufgeführt.

Glaubhaft gemacht hat die Klägerin sodann, dass ihre Subunternehmerin am 27. Juni 2012 Material bei der J. _____ AG einkaufte, welches auf der streit betroffenen Baustelle verarbeitet werden sollte (act. 30/3). Dies entkräftet das Vorbringen der Beklagten, wonach die Arbeiten am 15. Juni 2012 bereits abgeschlossen gewesen seien.

Überzeugend erscheint der Einwand der Klägerin, dass der Umstand, dass die Position "Gipser GKP-Decke in Nasszelle 0002" in der Pendenzenliste vom 28. Juni 2012 zwar aufgeführt aber durchgestrichen war, nicht ohne weiteres bedeutet, dass die Arbeit am 28. Juni 2012 bereits vollendet war. In eine Pendenzenliste werden normalerweise nur offene Positionen (Pendenzen) aufgenommen. Wurde die Liste am 28. Juni 2012 erstellt, deutet der Umstand, dass die Position Eingang in die Liste fand, darauf hin, dass die Position noch nicht erledigt war.

Schliesslich hat die Klägerin nachvollziehbar erklärt, weshalb sich die Aufwendungen vom 4./5. Juli 2012 nicht in der Zusammenstellung vom 17. September 2012 widerspiegeln.

4.5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin glaubhaft dargetan hat, dass sie zur Baute der Beklagten Arbeit und Material geliefert hat, was sie zum Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechts für noch offene Forderungen berechtigt. Ferner hat sie glaubhaft dargelegt, dass die letzten Arbeiten am 4./5. Juli 2012 ausgeführt wurden und somit die Eintragung per 29. Oktober 2012 innert der gesetzlichen Frist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB erfolgte. Die mit Verfügung vom 29. Oktober 2012 angeordnete vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist deshalb zu bestätigen.

5. Sicherheitsleistung

5.1. Eventualiter beantragt die Nebenintervenientin, es sei gerichtlich festzustellen, dass die Streitberufene der Klägerin hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB zu leisten bereit sei. Deshalb sei ihr Frist zur Einreichung der rechtswirksamen hinreichenden Sicherheit anzusetzen, die Eintragung im Grundbuch zu löschen und der Klägerin eine Prosequierungsfrist von 30 Tagen anzusetzen. Subeventualiter sei der Nebenintervenientin Frist zur Nachbesserung der eingereichten Sicherheit anzusetzen, für den Fall, dass das Gericht die von ihr eingereichte Sicherheit nicht als hinreichend erachte (act. 23 S. 2, act. 31 S. 2).

5.2. Soweit die Nebenintervenientin ein Feststellungsbegehren stellt, ist ihr entgegenzuhalten, dass es ihr an einem Feststellungsinteresse fehlt, wenn sie stattdessen die anbotene Sicherheit im Original zu den Akten reichen und gestützt darauf ein Löschungsbegehren stellen könnte. Ein Rechtsanspruch für ein Feststellungsurteil besteht damit nicht.

5.3. Soweit die Nebenintervenientin lediglich verlangt, es sei ihr Frist zur Leistung einer genügenden Sicherheit anzusetzen, ist ihr entgegenzuhalten, dass es hierfür keine Rechtsgrundlage gibt. Der Nebenintervenientin steht es aber jederzeit – d.h. auch nach Abschluss des Summarverfahrens – frei, das eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht durch eine hinreichende Sicherheit abzulösen.

5.4. Ebensowenig besteht ein Rechtsanspruch zur Fristansetzung zur Verbesserung einer allfällig mangelhaften Sicherheit. Sollte die Nebenintervenientin sich entschliessen, ein Löschungsbegehren zu stellen, wird zunächst die Gegenpartei aufgefordert werden, dazu Stellung zu nehmen. Nur wenn die Gegenpartei bestreitet, dass die anbotene Sicherheit den gesetzlichen Anforderungen genügt, wird vom Gericht darüber zu befinden sein. Sollte das Gericht danzumal zum Schluss gelangen, die Sicherheit sei tatsächlich ungenügend, wäre das Löschungsbegehren abzuweisen, was die Nebenintervenientin aber nicht daran hindern würde, ein erneutes Löschungsbegehren mit einer genügenden Sicherheit anhängig zu machen.

5.5. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass es den Parteien auch unbenommen ist, aussergerichtlich eine Einigung zu erzielen. D.h., dass es weder für die Ausstellung einer genügenden Sicherheit noch für die Löschung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechtes die Mitwirkung des Gerichtes braucht, wenn beide Parteien sich über die Vorgehensweise einigen können.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Kosten des vorliegenden Verfahrens (berechnet in Beachtung von § 4 Abs. 2 und § 8 Abs. 1 GebV OG) sind einstweilen von der Klägerin zu beziehen. Vorbehalten bleibt die endgültige Festsetzung und Verteilung der Prozesskosten durch

das ordentliche Gericht. Für den Fall, dass die Klägerin die ordentliche Klage nicht fristgerecht anhängig macht, sind ihr die Kosten endgültig aufzuerlegen, und sie ist überdies antragsgemäss zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen (siehe Art. 105 ZPO). Die Parteientschädigung (berechnet in Beachtung von § 4 Abs. 1 und § 9 AnwGebV) enthält keine Mehrwertsteuer, weil die Beklagte diese nicht verlangt hat.

Der Einzelrichter 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 29. Oktober 2012 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., Hauptbuchblatt ..., ... [Adresse], für eine Pfandsumme von Fr. 271'185.90 nebst Zins zu 5% seit 25. September 2012.
2. Der Klägerin wird eine Frist von *60 Tagen* ab Zustellung dieses Urteils angesetzt, um eine Klage auf Feststellung der Forderung als Pfandsumme und definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Beklagte anzuheben. Bei Säumnis kann die Beklagte den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 1) löschen lassen.
3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 10'000.–.
4. Die Kosten werden von der Klägerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die Klägerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 2 die Klage nicht anhängig macht, wird ihr die Entscheidgebühr definitiv auferlegt.
5. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Klägerin jedoch die ihr in Dispositiv-

Ziffer 2 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 9'000.– zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 31 samt Beilage, sowie 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 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 271'185.90.

Zürich, 3. Dezember 2012

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. Christian Fischbacher