

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE140406-O

U/ee

Mitwirkend: Ersatzoberrichterin Franziska Egloff sowie die Gerichtsschreiberin
Claudia Feier

Urteil vom 10. Februar 2015

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

sowie

C._____ AG,
Prozessführende Streitberufene

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- " 1. Das Grundbuchamt D._____,... [Adresse], sei unverzüglich gerichtlich anzuweisen, vorläufig und provisorisch zugunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht für den Betrag von CHF 82'730 nebst Zins zu 5 % seit dem 21. August 2014 auf CHF 80'104.87 sowie nebst Zins zu 5 % auf CHF 2'625.50 seit dem 21. Juli 2014 im Grundbuch zulasten der Gesuchsgegnerin auf der Liegenschaft der Stammparzelle Kataster-Nr. ..., Grundbuchblatt ..., E._____-Strasse .../.../..., F._____-Strasse .../..., G._____-Strasse .../..., H._____-Strasse .../.../..., I._____, im Grundbuch D._____ einzutragen;
2. Das Grundbuchamt D._____, ... [Adresse], sei unverzüglich gerichtlich anzuweisen, vorläufig und provisorisch zugunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht für den Betrag von CHF 158'490.90 nebst Zins zu 5 % seit dem 21. August 2014 auf 155'865.40 sowie nebst Zins zu 5 % auf CHF 2'625.50 seit dem 21. Juli 2014 im Grundbuch zulasten der Gesuchsgegnerin auf der Liegenschaft der Stammparzelle Kataster-Nr. ..., Grundbuchblatt ..., H._____-Strasse ..., F._____-Strasse ..., im Grundbuch D._____, einzutragen;
3. Eventualiter sei das Grundbuchamt D._____, ... [Adresse], unverzüglich gerichtlich anzuweisen, vorläufig und provisorisch zugunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht für den Betrag von CHF 241'221.27 nebst Zins zu 5 % seit dem 21. August 2014 auf CHF 235'970.27 sowie nebst Zins zu 5 % auf CHF 5'251 seit dem 21. Juli 2014 im Grundbuch zulasten der Gesuchsgegnerin auf der Liegenschaft Kataster Nr. ..., Grundbuchblatt ..., E._____-Strasse .../.../..., F._____-Strasse .../..., G._____-Strasse .../..., H._____-Strasse .../.../..., I._____, sowie auf Liegenschaft Kataster Nr. ..., Grundbuchblatt ..., F._____-Strasse .../..., Stockwerkeinheiten ... - ... sowie auf Liegenschaft Kataster Nr. ..., Grundbuchblatt ..., H._____-Strasse ..., F._____-Strasse ..., Stockwerkeinheiten ... - ..., im Grundbuch D._____, nach Wertquoten pauschal von CHF 2'680.25 je Stockwerkeigentümereinheit der erwähnten Grundstücke, einzutragen;
4. Das Grundbuchamt D._____, ... [Adresse], sei unverzüglich gerichtlich anzuweisen, vorläufig und provisorisch zugunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht für den Betrag von CHF 182'382.06 nebst Zins zu 5 % seit dem 21. August 2014 auf CHF 171'880.06 sowie nebst Zins zu 5 % auf CHF 10'502.00 seit dem 21. Juli 2014 im Grundbuch zulasten der Gesuchsgegnerin auf der Liegenschaft der Stammparzelle Kataster-Nr. ..., Grundbuchblatt ..., E._____-Strasse .../.../..., F._____-Strasse .../...,

G._____-Strasse .../..., H._____-Strasse .../.../..., I._____, einzutragen;

5. Subeventualiter sei das Grundbuchamt D.______ unverzüglich gerichtlich anzuweisen, vorläufig und provisorisch zugunsten der Gesuchstellerin zur Wahrung der laufenden Frist vom befassten Gericht rechtzeitig, das heisst gegebenenfalls superprovisorisch vor Fristablauf spätestens am 18. November 2014, die beantragten Bauhandwerkerpfandrechte dringend und telefonisch beim zuständigen Grundbuch zur Eintragung anzumelden, soweit und sofern dies nicht mit dem zu fällenden Entscheid schriftlich möglich ist.
6. Der Gesuchstellerin sei eine angemessene Frist zur detaillierten Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes von mindestens 4 Monaten anzusetzen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Klägerin machte ihr Gesuch am 13. November 2014 (Datum Poststempel) anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 14. bzw. 17. November 2014 ordnete das Handelsgericht Zürich die antragsgemässe vorläufige Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch an. Gleichzeitig setzte es der Beklagten Frist zur schriftlichen Stellungnahme zum klägerischen Begehren (Prot. S. 3 ff.). Mit Eingabe vom 3. Dezember 2014 erklärte die C.____ AG die Nebenintervention im Sinne von Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO auf Seiten der Beklagten und wies darauf hin, dass die C.____ AG voraussichtlich die Stellungnahme zum Gesuch der Klägerin einreichen werde (act. 12). Mit Verfügung vom 5. Dezember 2014 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um zum Nebeninterventionsbegehren der C.____ AG Stellung zu nehmen (Prot. S. 7). Mit Eingabe vom 19. Dezember 2014 reichte die C.____ AG wie angekündigt ihre Stellungnahme zum klägerischen Gesuch ein (act. 17). Darin beantragte sie, dass sie mit Zustimmung der Beklagten als Hauptpartei an deren Stelle zuzulassen sei (Prozessstandschaft) und dass das Begehren der Klägerin abzuweisen und das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandreicht zu löschen sei. Ausserdem reichte sie mit ihrer Stellungnahme eine Bankgarantie ein, auf welche

sie ihr Löschungsbegehren eventualiter stützt. Die Beklagte erklärte sich mit Eingabe vom 22. Dezember 2014 mit der Nebenintervention der C._____ AG einverstanden und beantragte, dass die C._____ AG das Verfahren an ihrer Stelle übernehmen solle. Im Weiteren verzichtete sie auf eine Stellungnahme und verwies auf die Stellungnahme der C._____ AG (act. 20). Mit Eingabe vom 22. Dezember 2014 stellte die Klägerin die Zulässigkeit der Nebenintervention der C._____ AG in Frage (act. 19) Mit Verfügung vom 30. Dezember 2014 wurde von der Prozessstandschaft der streitberufenen C._____ AG als prozessführende Streitberufene Vormerk genommen und der Klägerin wurde Frist angesetzt, um zur Eingabe der prozessführenden Streitberufenen vom 19. Dezember 2014 Stellung zu nehmen, insbesondere zur Frage, ob die angebotene Sicherheit hinreichend ist (Prot. S. 8 ff.). Die Klägerin versuchte in der Folge die Bankgarantie in Anspruch zu nehmen, worauf die prozessführende Streitberufene mit Eingabe vom 19. Januar 2015 hinwies mit dem Bemerkten, dass dies als konkludente Anerkennung des Garantietextes interpretiert werden dürfe und die dadurch verursachte Bearbeitungsgebühr bei der Verteilung der Verfahrenskosten zu berücksichtigen sei (act. 25). Der Klägerin wurde daraufhin Frist angesetzt, um zu diesen Vorbringen Stellung zu nehmen (Prot. S. 12). Die Stellungnahme der Klägerin zu den Eingaben der prozessführenden Streitberufenen datiert vom 28. Januar 2014 (act. 29).

2. Parteien und ihr Standpunkte

Die Beklagte ist Bauherrin der Überbauung des J._____ in Zürich und beauftragte die prozessführende Streitberufene als Totalunternehmerin mit der schlüsselfertigen Erstellung des Projektes K._____. Die prozessführende Streitberufene ihrerseits beauftragte die L._____ AG mit der Ausführung von Gipsarbeiten. Die L._____ AG wiederum stand in einer Vertragsbeziehung mit der Klägerin.

Die Klägerin macht geltend, sie habe im Auftrag der L._____ AG Arbeit und Material für die Häuser ..., ..., ..., ..., ... und G der Überbauung K._____ geliefert. Insbesondere habe sie speziell für die Baustelle hergestelltes Trockenbaumaterial, insbesondere Gipsplatten, Kantenleisten, Verputzmaterial, Abdeck- und Isolationsmaterial geliefert und installiert. Trotz mehrmaliger Aufforderung habe die in-

zwischen konkursite L._____ AG die erbrachten Leistungen nicht bezahlt (act. 1 S. 5 ff.). Die Liegenschaften seien durch die erbrachten Leistungen im Betrag von gesamthaft CHF 423'603.33 begünstigt worden. Die Arbeiten seien zwischen dem 4. April 2014 und dem 18. Juli 2014 erbracht worden, weshalb die gesetzliche Frist gewahrt worden sei (act. 1 S. 7 f.)

Die prozessführende Streitberufene bestreitet dagegen, dass die Klägerin überhaupt Arbeitsleistungen erbracht habe (act. 17 S. 12). Bei den Materiallieferungen handle es sich sodann mehrheitlich nicht um baupfandberechtigte Sonderanfertigungen, sondern um Lagerware (act. 17 S. 15). Überdies sei für die angeblichen Arbeits- und Lieferleistungen der Klägerin von getrennten Fristenläufen auszugehen. In Bezug auf die Lieferleistungen sei die Viermonatsfrist verwirkt (act. 17 S. 11). Eventualiter macht die prozessführende Streitberufene geltend, es sei für jedes Bauwerk die Einhaltung der Frist separat glaubhaft zu machen, was der Klägerin nicht gelungen sei (act. 17 S. 14). Ferner wendet die prozessführende Streitberufene ein, die Klägerin hätte die Wertvermehrung für jedes einzelne Grundstück separat und konkret berechnen müssen. Stattdessen habe sie die Liefer- und Arbeitsleistungen nur mittels einer Quote bestimmt, ohne darzulegen, weshalb eine konkrete Zuteilung unzumutbar sei (act. 17 S. 16 f.). Schliesslich ist die prozessführende Streitberufene der Ansicht, die Pfandsumme für die Lieferleistungen sei zu hoch und ergebe sich nicht aus den unterzeichneten Empfangs- und Lieferscheinen der M._____ AG sowie dem Unternehmersauszug der A._____ AG (act. 17 Rz. 40 f.).

3. Rechtliches

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes für Forderungen von Handwerkern und Unternehmern, die zu Bauten oder anderen Werken auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Ein Anspruch besteht auch für reine Materiallieferungen, allerdings nur, wenn der Baustoff für das betreffende einzelne Bauwerk aufgrund einer individuellen Bestellung eigens hergestellt wird. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechtes richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstückes, auch wenn die Leistungen nicht in sei-

nem Auftrag erbracht worden sind (siehe BGE 92 II 227; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N 299 ff. und 869 ff.). Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu geschehen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Für Arbeiten an mehreren Bauwerken gilt ausnahmsweise ein einheitlicher Fristenlauf, wenn sie in einem funktionellen Zusammenhang stehen und die Bauarbeiten für die Bauwerke fortlaufend erbracht wurden (SCHUMACHER, a.a.O., N 1202 f.). Auch wenn sich eine Überbauung auf mehrere Grundstücke erstreckt, ist nur das einzelne Grundstück Pfandobjekt. Nach dem Mehrwertsprinzip ist die Vergütungsforderung eines Unternehmers nur soweit pfandberechtigt, als die erbrachten Bauarbeiten dem belasteten Grundstück einen Mehrwert zu verschaffen vermochten. Deshalb ist die Vergütungsforderung für die Bauarbeiten eines Unternehmers für mehrere Grundstücke derart aufzuteilen und den einzelnen Grundstücken derart zu belasten, dass jedes einzelne Grundstück nur mit demjenigen Anteil an der Vergütungsforderung belastet wird, der dem Anteil an den Bauarbeiten entspricht, die tatsächlich für das betreffende Grundstück erbracht worden sind (SCHUMACHER, a.a.O., N 837). Bezüglich zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Grundstücken ist Art. 648 Abs. 3 ZGB zu beachten: Solange ein Stockwerkmitteigentumsanteil weder verpfändet noch gepfändet ist, hat der Bauunternehmer die Wahl, ob das Bauhandwerkerpfandrecht dem Stammgrundstück oder anteilmässig den einzelnen Stockwerkmitteigentumsanteilen zu belasten ist (SCHUMACHER, a.a.O., N 772).

Geht es wie hier lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechtes, 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 Pfandrechtes darf nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechtes ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfalle ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechtes dem ordentlichen Gericht vorzubehalten. Dies gilt 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, a.a.O., N 1394 ff.).

Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB kann die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer oder ein Dritter für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet. Ein bereits eingetragenes Pfandrecht ist in diesem Fall zu löschen. Sofern der Unternehmer die Sicherheit nicht als genügend anerkennt, stellt das Gericht fest, ob die Sicherheit für die angemeldete Forderung hinreichend im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB ist (vgl. SCHUMACHER, a.a.O., N 1314 f.). Inhaltlich ist die Sicherheit hinreichend, wenn sie die Forderung voll und ganz sichert. Die Vergütungsforderung umfasst in der Regel einen Kapitalbetrag und Verzugszinsen. Letztere sind ohne zeitliche Beschränkung pfandberechtigt (SCHUMACHER, a.a.O., N 1254 ff.).

4. Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

Die Überbauung K._____ ist eine U-förmig gestaltete Wohnüberbauung, die sich auf mehrere Grundstücke erstreckt, unter anderem jene mit den Kataster-Nummern ..., und Es handelt sich um eine Gesamtüberbauung im weiteren Sinne (vgl. SCHUMACHER, a.a.O., N 834). Die beiden erstgenannten Grundstücke sind zu Stockwerkeigentum aufgeteilt. Aufgrund der klägerischen Unterlagen (insb. act. 3/3) ist davon auszugehen, dass die (aneinander gebauten) Häuser ... bis ... eine funktionelle Einheit bilden. Überdies lassen die von der Klägerin eingereichten, an die L._____ AG adressierten Rechnungen darauf schliessen, dass die Leistungen der Klägerin in einem Zug ausgeführt wurden (act. 8 -10). Es ist daher von einem einheitlichen Fristbeginn auszugehen. Mit Einreichung der Rechnung vom 21. Juli 2014 hat die Klägerin glaubhaft gemacht, dass sie die letzten Arbeiten für die Überbauung K._____ am 18. Juli 2014 erbracht hat (act. 3/8). Selbst wenn die Klägerin mit der L._____ AG mehrere Werkverträge geschlossen haben sollte, wofür in den Akten keine Hinweise bestehen, wäre aufgrund dessen, dass die Überbauung eine funktionale Einheit bildet, von einem einheitlichen Fristenlauf auszugehen (vgl. SCHUMACHER, a.a.O., N 1186). Die eingereichten Rechnungen betreffen sowohl die Lieferung von Material als auch die Leistung von Arbeit für diese Gesamtüberbauung (act. 8 - 10). Damit hat die Klägerin auch glaubhaft gemacht, dass sie für die Überbauung K._____ sowohl Material geliefert als auch Arbeit geleistet hat. Beim gelieferten Material handelt es

sich zumindest teilweise um Spezialanfertigungen, wie die prozessführende Streitberufene selber einräumt (act. 17 Rz. 36).

Die Klägerin macht gesamthaft eine Pfandsumme von CHF 423'602.96 geltend und stützt sich dabei auf die von ihr eingereichten Rechnungen (act. 10). Die prozessführende Streitberufene errechnete in ihrer Rechnungszusammenstellung einen Gesamtrechnungsbetrag zugunsten der Klägerin von CHF 404'578.39 (act. 18/18), wobei die Rechnung vom 21. Juli 2014 für Arbeitsleistungen im Umfang von CHF 15'752.90 darin nicht berücksichtigt wird (act. 3/8). Unter Berücksichtigung dieses Betrages erscheint die von der Klägerin geltend gemachte Gesamtpfandsumme nicht als unglaubhaft. Diese Summe wurde von der Klägerin auf die Häuser ... bis ... aufgeteilt, wobei sich aus ihren Rechtsschriften tatsächlich nicht ergibt, gestützt auf welche Kriterien sie diese Aufteilung vorgenommen hat. Da die Ermittlung der Teilpfandsummen jedoch regelmässig sehr schwierig ist und der Nachweis der effektiven Bauleistungen für jedes einzelne Grundstück sorgfältige, kostspielige und zeitraubende Nachforschungen erfordert (vgl. SCHUMACHER, a.a.O., N 848), sind im Rahmen der provisorischen Eintragung keine allzu strengen Anforderungen an die Aufteilung zu stellen. Dies gilt umso mehr, wenn es sich – wie vorliegend – um eine Überbauung handelt, die eine bauliche und funktionale Einheit bildet, was eine Ausnahme von der strikten Anwendung des Mehrwertprinzips rechtfertigt, was auch von der prozessführenden Streitberufenen selber ausgeführt wurde (act. 17 Rz. 37). Die von der Klägerin vorgenommene Aufteilung erscheint vor diesem Hintergrund für das jetzige Verfahrensstadium als hinreichend.

Da die Stockwerkeigentumseinheiten gemäss Auskunft des Grundbuchamtes D._____ nicht mit Pfandrechten belastet sind (Prot. S. 2), steht der von der Klägerin beantragten Belastung der Stammparzellen mit Bauhandwerkerpfandrechten nichts entgegen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin sowohl die Einhaltung der Eintragsfrist wie auch die Erbringung von pfandberechtigten Leistungen im Umfang von CHF 82'730.– für das Grundstück Kat. Nr. ..., von CHF 158'490.90

für das Grundstück Kat. Nr. ... und von CHF 182'382.06 für das Grundstück Kat. Nr. ... glaubhaft gemacht hat.

5. Hinreichende Sicherheit

Mit ihrer Eingabe vom 19. Dezember 2014 reichte die prozessführende Streitberufene die Bankgarantie ... der N._____ AG vom 17. Dezember 2014 ein mit dem Eventualantrag um Feststellung der Leistung einer hinreichenden Sicherheit für den Fall, dass das Begehren der Klägerin um Eintragung geschützt werden sollte (act. 18/22). Die genannte Bankgarantie deckt – wovon auch die Klägerin ausgeht (act. 29 Rz. 8) – betragsmässig sowohl den Pfandbetrag als auch die Zinsforderung vollumfänglich ab und ist unwiderruflich abgegeben worden. Die Klägerin beanstandet indessen, dass die konforme Inanspruchnahme in Varianten und weitere Untervarianten unterteilt und an zahlreiche Bedingungen geknüpft sei. Der Text der Garantie sei daher nur schwer verständlich und lasse derart viel Interpretationsspielraum offen, dass die Garantie keine hinreichende Sicherheit darstelle. Die Garantie decke mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zeitlich nicht einen Rahmen ab, der für ein rechtskräftiges Urteil im materiellen Forderungsprozess betreffend definitive Eintragung erforderlich sei (act. 29 S. 8 f.). Weiter erachtet die Klägerin die Garantie als ungenügend, weil sie bis zum 15. Dezember 2015 bedingt befristet sei und die Inanspruchnahme verschiedentlich von der Zustimmung der prozessführenden Streitberufenen abhängige (act. 29 S. 8 und 20). Dass die Sicherheit ungenügend sei, habe sich auch daran gezeigt, dass eine versuchsweise Inanspruchnahme durch die Klägerin gescheitert sei (act. 29 S. 9). Weitere Einwendungen gegen die angebotene Bankgarantie erhebt die Klägerin nicht.

Wie die Klägerin zutreffend ausführt, knüpft die vorliegende Garantie die Inanspruchnahme an verschiedene Voraussetzungen und regelt verschiedene Fälle und Unterfälle. Dies ist für Bankgarantien im Zusammenhang mit Verfahren um Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten indessen nicht ungewöhnlich, sondern fast schon charakteristisch. Der Grund dafür liegt vor allem darin, dass das Bedürfnis besteht, verschiedene Eventualitäten möglichst vollständig zu erfassen. Bei genauerer Betrachtung wirken die in der Garantie enthaltenen Bedingungen

im Vergleich zur Sicherstellung durch ein Bauhandwerkerpfandrecht jedoch nicht erschwerend. Die Klägerin bringt denn mit Ausnahme von zwei Einwendungen, auf die nachfolgend noch einzugehen ist, auch keine begründete Kritik an den einzelnen Bestimmungen der Bankgarantie vor, sondern beschränkt sich darauf, deren Genügen in pauschaler Weise zu bestreiten. Da aus der Komplexität einer Bankgarantie jedoch nicht auf deren Ungenügen geschlossen werden kann, ist darauf nicht weiter einzugehen. Auch der verfrühte und vergebliche Versuch der Klägerin, die Garantie in Anspruch zu nehmen, ist kein Indiz für deren Unzulänglichkeit.

Die Klägerin erachtet folgende Gültigkeitsvoraussetzung der angebotenen Bankgarantie als problematisch:

"Die vorliegende Garantie erlischt automatisch und vollumfänglich entweder

a) am 15. Dezember 2015 (das GUELTIGKEITSDATUM), sofern Sie uns nicht bis spätestens zum GUELTIGKEITSDATUM (bei uns eintreffend) durch einen in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Anwalt und Bezugnahme auf diese Garantie schriftlich bestätigen lassen, dass

- i) Sie innert der vom Gericht angesetzten Frist Klage betreffend definitiver Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes beziehungsweise Sicherstellung durch diese Bankgarantie eingeleitet haben, oder
- ii) die vom Gericht angesetzte Frist zur Einreichung der Klage betreffend definitiver Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes beziehungsweise Sicherstellung durch diese Bankgarantie infolge eines gegen den entsprechenden, die Klagefrist auslösenden Gerichtsentscheid eingereichten Rechtsmittels an einem Datum nach dem GUELTIGKEITSDATUM abläuft; durch Erhalt einer solchen Bestätigung verschiebt sich das GUELTIGKEITSDATUM um 6 Monate. Dieser Verlängerungsmechanismus wiederholt sich jeweils durch fristgerechten Erhalt einer solchen Bestätigung; oder
- iii) das Gericht eine Frist bis ... (Datum, welches nach dem GUELTIGKEITSDATUM liegen muss, in der Bestätigung zu nennen) zur Einreichung der Klage betreffend definitiver Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes beziehungsweise Sicherstellung durch diese Bankgarantie angesetzt hat; (...)"

Eine absolut befristete Sicherheitsleistung ist keine hinreichende Sicherheit. Denn sie schafft im Unterschied zum (unbefristeten) Baupfandrecht das erhebliche Risiko, dass die Sicherheit für den Unternehmer nicht mehr verfügbar ist, wenn er nach rechtskräftigem Abschluss eines Verfahrens bzw. aller Verfahren auf die Deckung seiner Vergütungsforderung durch die Sicherheit angewiesen ist. Relative Befristungen der Gültigkeitsdauer einer Sicherheitsleistung sind jedoch zulässig, wenn sie dem Unternehmer ermöglichen, nach Eintritt bestimmter Ereignisse innerhalb einer angemessenen Reaktionsfrist die Sicherheit rechtswirksam für sich zu beanspruchen (SCHUHMACHER, a.a.O., Rz. 1261).

Bei der vorstehend zitierten Bestimmung handelt es sich nicht um eine absolute Befristung. Das Erlöschen am 15. Dezember 2015 ist insofern bedingt, als es nur dazu kommt, wenn die Klägerin die Prosequierung unterlässt. Es handelt sich demnach um eine relative Befristung, die davon abhängt, ob die Klägerin die Prosequierung ihres Anspruches rechtzeitig einleitet. Auch die Inanspruchnahme eines vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts steht unter der Voraussetzung der rechtzeitigen Prosequierung. Mit der erwähnten Bestimmung werden der Klägerin daher keine weitergehenden Einschränkungen auferlegt, als sie nicht ohnehin zu gewärtigen hätte. Bei lit. c) bis e) handelt es sich ebenfalls um relative und somit zulässige Befristungen. Auch die von der Klägerin konkret nicht beanstandeten Gültigkeitsvoraussetzungen in lit. f) bis i) wirken nicht erschwerend auf die Position der Klägerin.

Sodann erwähnt die Klägerin am Rande, dass die Einlösung der Sicherheit jeweils von der Zustimmung der prozessführenden Streitberufenen abhängt. Da mit einer solchen Zustimmung nicht zu rechnen sei, sei die Sicherheit nicht valabel (act. 29 S. 20). Sie bezieht sich dabei wohl auf Ziffer 4 der Variante B der Bankgarantie. Die Klägerin hat ihr Recht auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nachzuweisen, um die Rechte an der Sicherheit nicht zu verlieren. In diesem Zusammenhang könnte es zwischen den Parteien zum Abschluss eines gerichtlichen oder aussergerichtlichen Vergleiches kommen. Unabhängig davon, ob die Sicherstellung im eingetragenen Grundpfandrecht oder in der vorliegenden Bankgarantie besteht, steht es jeder Partei frei, einen Vergleichsabschluss von

der Zustimmung eines Dritten abhängig zu machen. Die beanstandete Modalität stellt für die Klägerin daher keine Schlechterstellung dar.

Den Anforderungen an eine genügende Sicherheit ist mit der Bankgarantie folglich Genüge getan. Die prozessführende Streitberufene hat somit genügende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB geleistet, weshalb die Löschung der bereits erfolgten vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzuordnen ist (BSK ZGB II-HOFSTETTER, N 11 zu Art. 839/840). Demgemäss ist das Grundbuchamt D._____ anzuweisen, das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen.

6. Folgen der Sicherheitsleistung

Mit Leistung einer hinreichenden Sicherheit wird der Streit nur dann beendet, wenn die Sicherheit definitiv bestellt wird. Im vorliegenden Fall leistete die prozessführende Streitberufene die Sicherheit nur zur Ablösung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts. Die prozessführende Streitberufene hielt explizit fest, dass die Sicherheitsleistung ohne Anerkennung der geltend gemachten Forderung und des Pfandrechts erfolge (act. 17), weshalb der Streit fort dauert. Demgemäss ist der Klägerin Frist anzusetzen, um beim zuständigen Gericht auf definitive Bestellung der Sicherheit zu klagen. Es liegt dabei in der Verantwortung der Klägerin, ob sie die Klage gegen die Sicherheit leistende prozessführende Streitberufene und/oder die Beklagte (Grundeigentümerin) einreicht, zumal hierzu divergierende Ansichten bestehen.

Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen. Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuches (Art. 144 Abs. 2 ZPO) und wird praxisgemäss in einem kostenpflichtigen Nachverfahren behandelt.

7. 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 423'602.96 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 sowie § 10 Abs. 1 GebV OG auf CHF 8'000.– zu reduzieren ist.

Über den Pfand- bzw. Sicherstellungsanspruch der Klägerin ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren erst noch festzustellen sein, ob die Klägerin endgültig obsiegt. Daher rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren lediglich eine einstweilige Kostenregelung zu treffen. Gemäss Praxis des Handelsgerichtes Zürich werden die Gerichtskosten im Verfahren betreffend die vorläufige Eintragung des Pfandrechts von der Klägerin bezogen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt.

Auch der Entscheid betreffend Partei- bzw. Umtriebsentschädigungen wird dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Klägerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, gilt das Folgende:

Mangels eines entsprechenden Antrages und wesentlicher Umtriebe im vorliegenden Verfahren entfällt ein Anspruch der Beklagten auf Umtriebsentschädigung. In Bezug auf die prozessführende Streitberufene ist festzuhalten, dass gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung zuzusprechen ist, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist. 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 (RÜEGG, in: Basler Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2013, N 21 zu Art. 96 ZPO m.w.H.).

Die prozessführende Streitberufene hat es unterlassen, ihren Aufwand im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren darzulegen und zu begründen. Es erscheint indessen angemessen, der prozessführenden Streitberufenen – für den Fall, dass die Klägerin ihren Anspruch nicht prosequiert – für den offenkundigen Aufwand der Anwälte ihres Rechtsdienstes für das Aktenstudium und das Verfas-

sen insbesondere der Eingabe vom 19. Dezember 2015 (act. 17) eine Umtriebsentschädigung in der Höhe von CHF 1'000.– zuzusprechen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Es wird festgestellt, dass die prozessführende Streitberufene mit Zahlungsgarantie der N.____ AG Nr. ... vom 17. Dezember 2014 hinreichende Sicherheit geleistet hat für die zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.
2. Das Grundbuchamt D.____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügungen des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 14. November 2014 und 17. November 2014 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen
 - a) auf Grundstück Kat. Nr. ..., GBBL. ... (Stammparzelle),
E.____-Strasse .../.../..., F.____-Strasse .../..., G.____-Strasse .../..., H.____-Strasse .../.../..., I.____,
für eine Pfandsumme von CHF 82'730.– nebst Zins zu 5 %
auf CHF 80'104.87 seit dem 21. August 2014 und
auf CHF 2'625.50 seit dem 21. Juli 2014.
 - b) auf Grundstück Kat. Nr. ..., GBBL. ... (Stammparzelle),
H.____-Strasse ..., F.____-Strasse ..., I.____,
für eine Pfandsumme CHF 158'490.90 nebst Zins zu 5 %
auf CHF 155'865.40 seit dem 21. August 2014 und
auf CHF 2'625.50 seit dem 21. Juli 2014.
 - c) auf Grundstück Kat. Nr. ..., GBBL. ...,
E.____-Strasse .../.../..., F.____-Strasse .../..., G.____-Strasse .../..., H.____-Strasse .../.../..., I.____,
für eine Pfandsumme von CHF 182'382.06 nebst Zins zu 5 %
auf CHF 171'880.06 seit dem 21. August 2014 und
auf CHF 10'502.– seit dem 21. Juli 2014.

3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Bankgarantie der N._____ AG Nr. ... vom 17. Dezember 2014 (act. 18/22) nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Klägerin herauszugeben.
4. Der Klägerin wird eine Frist bis 13. April 2015 angesetzt, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit anzuheben, unter der Androhung, dass sonst Verzicht auf die Sicherstellung angenommen wird und die Beklagte/die prozessführende Streitberufene die Herausgabe der Sicherheit verlangen kann.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 8'000.–.
6. Die Kosten werden von der Klägerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren gemäss Dispositiv-Ziffer 4. Für den Fall, dass die Klägerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 4 die Klage nicht anhängig macht, wird ihr die Entscheidgebühr in diesem Umfang definitiv auferlegt.
7. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Klägerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 4 angesetzte Frist zur Anhebung der Klage, wird sie verpflichtet, der prozessführenden Streitberufenen eine Umtriebsentschädigung von CHF 1'000.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die prozessführende Streitberufene, an die Beklagte und an die prozessführende Streitberufene unter Beilage eines Doppels der Eingabe der Klägerin vom 28. Januar 2015 (act. 29), sowie nach Eintritt der Rechtskraft an das Grundbuchamt D._____ und an die Obergerichtskasse zur Veranlassung.
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 423'602.96.

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

Zürich, 10. Februar 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Claudia Feier

Hinweis:

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. Eine Fristerstreckung müsste in einem kostenpflichtigen Nachverfahren behandelt und geprüft werden.