

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE140512-O

U/ee

Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, sowie Gerichtsschreiber Dr. David Egger

Urteil vom 26. Mai 2015

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ Immobilien AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y._____

sowie

C._____ AG,

Nebenintervenientin

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Das Grundbuchamt D. _____ sei im Sinne von Art. 961 ZGB einstweilen anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten des Grundstücks der Gesuchgegnerin ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf Liegenschaft Kat.-Nr. ..., Grundbuch Blatt ..., ...strasse .../.../.../.../..., für eine Pfandsumme von CHF 1'035'407 nebst Zins zu 5 % auf CHF 837'276 seit 15. April 2014.
2. Das Grundbuchamt D. _____ sei im Sinne einer superprovisorischen Verfügung anzuweisen, das in Ziffer 1 hiervoor beantragte Bauhandwerkerpfandrecht unverzüglich und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin im Grundbuch vorläufig vorzumerken.
3. Es sei der Gesuchstellerin eine Frist von sechs Monaten, gerechnet ab Rechtskraft des Befehlsentscheides betreffend die vorläufige Vormerkung, anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Ziffer 1 hiervoor zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin einzureichen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Klägerin machte ihr Gesuch um (superprovisorische) vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts am 29. Dezember 2014 (Datum Poststempel), hierorts eingegangen am 31. Dezember 2014, anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 31. Dezember 2014 ordnete das Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich – dem klägerischen Antrag im Wesentlichen folgend – die vorläufige Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch an. Einzig bezüglich Beginn des Zinslaufes wurde nicht auf den 15. April 2014, sondern auf den 15. November 2014 abgestellt. Gleichzeitig setzte es der Beklagten Frist zur schriftlichen Stellungnahme zum klägerischen Begehren an (act. 4/1). Innert erstreckter Frist stellte die Beklagte den Antrag auf Abweisung des klägerischen Gesuchs und um Löschung des Bauhandwerkerpfandrechts. Sie bestritt die klägerischen Behauptungen mit Nichtwissen und informierte das Einzelgericht des Handelsgerichts darüber, dass

die C._____ AG als Nebenintervenientin dem Verfahren beitreten und eine Zahlungsgarantie einreichen werde (act. 9). Innert derselben Frist äusserte sich auch die C._____ AG (act. 11). Sie beantragte in ihrer Eingabe unter anderem, zur Unterstützung der Beklagten als Nebenintervenientin zugelassen zu werden; zudem reichte die C._____ AG das Original der Zahlungsgarantie der E._____ AG [Bank] Nr. ... vom 23. Januar 2015 ein (act. 13) mit dem sinngemässen Antrag, es sei festzustellen, dass die C._____ AG damit eine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB geleistet habe (act. 11 S. 2). Da die Beklagte dem Beitritt der C._____ AG als Nebenintervenientin im vorliegenden Verfahren bereits in ihrer Eingabe vom 9. Februar 2015 zugestimmt hatte (act. 9 S. 2), wurde mit Verfügung vom 10. Februar 2015 vorgemerkt, dass die C._____ AG dem Prozess als Nebenintervenientin der Beklagten beigetreten sei (act. 15). Die Eingabe der Nebenintervenientin wurde der Klägerin und der Beklagten zugestellt, und es wurde der Klägerin Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 15). Die Klägerin liess sich mit Eingabe vom 16. März 2015 vernehmen. Sie erachtete die eingereichte Garantie als ungenügend. Eventualiter stellte sie den Antrag, dass die von der Nebenintervenientin eingereichte Zahlungsgarantie nur unter Vorbehalt der Anpassung im Sinne der klägerischen Erwägungen in ihrer Stellungnahme als hinreichend i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB zu erachten sei (act. 18). Mit Verfügung vom 17. März 2015 wurde der Beklagten sowie der Nebenintervenientin Frist angesetzt, um zur Eingabe der Klägerin vom 16. März 2015 Stellung zu nehmen (act. 19). Die Nebenintervenientin stellte in ihrer Eingabe vom 7. April 2015 diverse Anträge und reichte neu eine angepasste, eventualiter zu berücksichtigende Garantie vom 26. März 2015 ein (act. 22 und 23). Die Beklagte schloss sich mit Eingabe vom selben Datum den Ausführungen der Nebenintervenientin an (act. 21). Mit Verfügung vom 10. April 2015 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um zur Garantie vom 26. März 2015 Stellung zu nehmen (act. 24). Dies tat die Klägerin mit Eingabe vom 23. April 2015 (act. 27), welche der Beklagten und der Nebenintervenientin zugestellt wurde (act. 28/1 und 28/2).

2. Wahrung der Eintragungsvoraussetzungen

2.1. 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 seinem 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).

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.).

2.2. Die Klägerin erachtet sich aufgrund der von ihr auf dem Grundstück der Beklagten erbrachten Arbeiten (BKP 283.4: Deckenbekleidungen aus Holz und Holzwerkstoff; BKP 282.5: Wandbekleidungen aus Holz und Holzwerkstoff) und der offenen Rechnungen im Umfang der Pfandsumme zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes berechtigt (act. 1).

Die Beklagte bestreitet die klägerischen Vorbringen pauschal mit Nichtwissen, wies jedoch bereits mit Eingabe vom 9. Februar 2015 auf die Nebenintervention der C._____ AG und die von Letzterer einzureichende Garantie hin (act. 9 Rz. 4 f.). Die Nebenintervenientin begnügte sich ebenfalls mit einer pauschalen Bestreitung der Sachdarstellung der Klägerin; gleichzeitig verzichtete sie jedoch im Rahmen des vorliegenden summarischen Verfahrens auf die einlässliche Erhebung von Einreden sowie Einwendungen und behielt sich diese für das nachfolgende ordentliche Verfahren vor (act. 11 Rz. 6).

Weil pauschale Bestreitungen unter der eidgenössischen Zivilprozessordnung ohne Wirkung sind (BK ZPO-HURNI, N 41 zu Art. 55 ZPO), gelten die Eintragungsvoraussetzungen im vorliegenden summarischen Verfahren um vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts als unbestritten – unter Vorbehalt der Erhebung einlässlicher Einreden und Einwendungen im nachfolgenden ordentlichen Verfahren. Die Klägerin hat somit Anspruch auf vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im mit Verfügung vom 31. Dezember 2014 verfügten Umfang (act. 4/1).

3. Hinreichende Sicherheit

3.1. Im Wesentlichen geht es der Beklagten und der Nebenintervenientin im vorliegenden (summarischen) Verfahren jedoch um die Ablösung des Bauhandwerkerpfandrechts durch hinreichende Sicherheitsleistung (vgl. act. 11 S. 2; act. 21 Rz. 2; act. 22 S. 2).

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 dann 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.).

Wird die Sicherheit wie vorliegend in einem Zivilverfahren ohne vorgängige Einigung mit der Unternehmerin geleistet, ist der Unternehmerin das rechtliche Gehör zu gewähren und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, ob nach ihrer Ansicht die geleistete Sicherheit hinreichend oder ungenügend sei. Sollte sie der Meinung sein, die Sicherheit sei nicht hinreichend, hat sie substantiiert darzulegen, weshalb die Sicherheit nicht hinreichend ist; eine pauschale und unbegründete Ablehnung der Garantie ist eine ungenügende Bestreitung. Das Gericht hat keine über die substantiierten Einwände hinausgehende Prüfung der Sicherheit vorzunehmen (vgl. SCHUMACHER, a.a.O., N 1314).

3.2. Zahlungsgarantie der E._____ AG vom 23. Januar 2015 (act. 13)

3.2.1. Die Klägerin stört sich an den folgenden Klauseln der Zahlungsgarantie der E._____ AG Nr. ... vom 23. Januar 2015:

Seite 2, 6. Absatz, der Zahlungsgarantie vom 23. Januar 2015:

"Wir können unter dieser Garantie nur 1 (ein) Mal in Anspruch genommen werden. Eine Korrektur einer nicht konformen Beanspruchung gilt nicht als zusätzliche Inanspruchnahme. Somit verfällt unsere Garantie automatisch und vollumfänglich, sobald wir Zahlung in der Höhe des von Ihnen geltend gemachten Betrages geleistet haben."

und

Seite 2, letzter Absatz, der Zahlungsgarantie vom 23. Januar 2015:

"Die vorliegende Garantie erlischt automatisch und vollumfänglich entweder

[...] oder

d) vier Monate nach Eintritt der Rechtskraft des FORDERUNGS-URTEILS, was uns mittels Zustellung desselben zu dokumentieren ist (Datum der Rechtskraft gilt als Tag Null); [...]"

3.2.2. Die *Klägerin* wendet gegen die Zahlungsgarantie vom 23. Januar 2015 ein, dass die Garantie nicht hinreichend sei, weil auf S. 2 der Garantie im 6. Absatz vermerkt sei, dass die Bank unter dieser Garantie nur *ein Mal* in Anspruch genommen werden könne. Für eine derartige Einschränkung bestehe kein Anlass. Ergehe beispielsweise in der Folge ein Teilurteil über einen Teil der gesamten Forderung, hätte die *Klägerin* nur die Wahl, den Teilanspruch innert der 4-Monatsfrist geltend zu machen und damit das Erlöschen der Garantie für den Restanspruch in Kauf zu nehmen oder, um diese Rechtsfolge zu vermeiden, auf die Geltendmachung des Teilanspruchs zu verzichten. Diese Einschränkung könne so nicht hingenommen werden, weil damit die Rechtsstellung der *Klägerin* im Vergleich zum Bauhandwerkerpfandrecht wesentlich verschlechtert werde (act. 18 Rz. 9).

Die *Beklagte* und die *Nebenintervenientin* entgegnen der *Klägerin*, dass diese mit ihrer Argumentation die Bestimmungen über das Verwertungsverfahren beim Bauhandwerkerpfandrecht sowie dessen Konsequenzen übersehe. Wolle sich die *Klägerin* aus dem Bauhandwerkerpfandrecht bezahlt machen, werde sie üblicherweise eine Betreuung auf Pfandverwertung einleiten. Bei der Betreuung auf Pfandverwertung könne nun die *Klägerin* die Verwertung des pfandbelasteten Grundstückes lediglich einmal verlangen, da nach dessen Verwertung das Pfandrecht gelöscht werde. Gleiches gelte auch im Falle der Pfandverwertung im Konkursverfahren. Diese Rechtslage werde durch die Zahlungsgarantie vom 23. Januar 2015 zutreffend abgebildet, wenn die garantiegebende Bank gemäss dem Garantietext lediglich einmal in Anspruch genommen werden könne. Sodann sei ergänzend anzumerken, dass die Stellung der *Klägerin* mit der Zahlungsgarantie vom 23. Januar 2015 im Vergleich zu ihrer Situation beim Bauhandwerkerpfandrecht und den gesetzlichen Verwertungsverfahren insgesamt wesentlich erleichtert werde. Die *Klägerin* könne die Verwertung der Garantie bei gegebenen Voraussetzungen erwirken, ohne dass sie vorgängig ein langwieriges Verwertungsverfahren durchführen müsse, in welchem auch auf die Ansprüche anderer Gläubiger Rücksicht genommen werden müsse. Zudem habe die *Klägerin* kein Risiko, bei der Verwertung der Garantie leer auszugehen, was bei der Verwertung des Bauhandwerkerpfandrechts auf Grund der Pfandreihenfolge durchaus realis-

tisch erscheine. Zusammengefasst ergebe sich damit, dass die Zahlungsgarantie vom 23. Januar 2015 der Situation bei der Verwertung des Bauhandwerkerpfandrechts entspreche, könne doch die Verwertung des Bauhandwerkerpfandrechts lediglich einmal (auch wenn nur eine Teilforderung geltend gemacht werde) verwertet werden. Damit sei die Zahlungsgarantie vom 23. Januar 2015 als hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB zu qualifizieren (act. 21 Rz. 2; act. 22 Rz. 7 f.).

3.2.3. Es erscheint zumindest nicht als abwegig, dass es im von der Klägerin geschilderten Fall aufgrund der Eigenheiten des Zwangsverwertungsverfahrens eines Baupfandrechts (vgl. SCHUMACHER, a.a.O., N 1618 ff.) – man denke etwa an die Regelungen in Art. 126 SchKG, Art. 102 i.V.m. Art. 54 Abs. 2 VZG, Art. 135 Abs. 2 SchKG etc. – zu einer vollständigen Befriedigung der pfandgesicherten Forderung im Zwangsverwertungsverfahrens kommen könnte, auch wenn ursprünglich die Betreuung auf Pfandverwertung nur für einen Teil der Forderung eingeleitet worden war. Die beanstandeten Garantiebestimmungen würden in diesem – wohl theoretischen – Fall zu einer Verschlechterung der Position der Klägerin führen. Im Übrigen könnten auch die in der nachfolgenden Ziff. 3.3. geäußerten Bedenken zu einer Verschlechterung der Position der Klägerin führen. Die Zahlungsgarantie Nr. ... vom 23. Januar 2015 ist nach dem Gesagten als nicht hinreichend im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB zu erachten.

3.3. Zahlungsgarantie der E._____ AG vom 26. März 2015 (act. 23)

3.3.1. In der Zahlungsgarantie der E._____ AG Nr. ... vom 26. März 2015 wurden die in Ziffer 3.2. hiervoor genannten Klauseln angepasst (act. 23). So wurde der von der Klägerin monierte 6. Absatz auf der 2. Seite der Garantie gestrichen und durch die folgende Klausel ersetzt:

"Jede unter dieser Garantie infolge einer Inanspruchnahme geleistete Zahlung erfolgt in Reduktion unserer Haftung."

Im letzten Absatz auf S. 2 der Zahlungsgarantie vom 26. März 2015 wurde "FORDERUNGS-URTEILS" durch "SICHERUNGS-URTEILS" ersetzt:

"Die vorliegende Garantie erlischt automatisch und vollumfänglich entweder

[...] oder

d) vier Monate nach Eintritt der Rechtskraft des SICHERUNGS-URTEILS, was uns mittels Zustellung desselben zu dokumentieren ist (Datum der Rechtskraft gilt als Tag Null) [...]"

3.3.2. Die *Beklagte* und die *Nebenintervenientin* führten dazu aus, dass diese Garantie eine mehrmalige Beanspruchung der Garantie bis zum maximalen Garantiebetrug ermögliche (act. 21 Rz. 2; act. 22 Rz. 9). Die *Klägerin* liess sich mit Eingabe vom 23. April 2015 (act. 27) lediglich dahingehend vernehmen, dass sie diesbezüglich auf die Ausführungen und Anträge in den bisherigen Eingaben verweise und an diesen festhalte.

3.3.3. Die Zahlung aus der Garantie vom 26. März 2015 wird – wie man dies teilweise aus anderen Bankgarantien kennt – unter anderem an die Bedingung geknüpft, dass die Klägerin der Bank – gemäss der "Variante B" – kumulativ (i) eine unterzeichnete Zahlungsaufforderung im Original, (ii) das Forderungsurteil ("Sachurteils/Sachurteile oder anderen/anderer Gerichtsentscheide[s] [gerichtlicher Vergleich oder Klageanerkennung] eines schweizerischen staatlichen Gerichtes [im Original oder Kopie], aus dem/welchen hervorgeht, dass Ihre Forderung gegen C.____ AG, aus einem oder beiden der eingangs erwähnten Verträge ganz oder teilweise geschützt oder das/die Verfahren infolge Klageanerkennung oder Vergleich abgeschrieben wird") und (iii) das Sicherungsurteil ("Gerichtsentscheides eines schweizerischen staatlichen Gerichtes [im Original oder Kopie], aus dem hervorgeht, dass Ihr Recht auf definitiven Eintrag des Bauhandwerkerpfandrechtes beziehungsweise Ihr Anspruch auf Sicherstellung durch diese Bankgarantie bestätigt wird") vorlegen muss (act. 23 S. 1 f., "Variante B"). Nur wenige Absätze weiter unten wird aber eine (alternative) negative Bedingung gestellt, wonach die Garantie "vier Monate nach Eintritt der Rechtskraft des SICHERUNGS-URTEILS" automatisch und vollumfänglich erlischt (act. 23 S. 2, letzter Absatz).

Würde daher lediglich eine Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit angehen und nicht gleichzeitig auch ein Forderungsprozess, so könnte der doch nicht unwahrscheinliche Fall eintreten, dass zuerst der Prozess auf definitive Bestel-

lung der Sicherheit erledigt und rechtskräftig würde, ohne dass dabei auch der Forderungsprozess eingeleitet oder rechtskräftig erledigt worden wäre. Diesfalls wäre es der Klägerin gar nicht möglich, die Zahlung der Garantie zu verlangen, fehlt es ihr doch an einer Bedingung, dem Forderungsurteil. Und könnte dieses nicht innerhalb von vier Monaten nach dem Sicherungsurteil erstritten werden, würde die Garantie "automatisch und vollumfänglich" erlöschen.

Diese Rechtslage würde somit zu einer Verschlechterung der Position der Klägerin führen, weshalb auch die Zahlungsgarantie vom 26. März 2015 als nicht hinreichend zu qualifizieren ist.

3.4. *Fazit*

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es der Nebenintervenientin nicht gelungen ist, eine hinreichende Sicherheit zu stellen. Da es keinen Rechtsgrund mehr für den Verbleib der Zahlungsgarantien bei der Obergerichtskasse gibt, ist diese anzuweisen, die Zahlungsgarantien der Nebenintervenientin nach Ablauf der Rechtsmittelfrist wieder herauszugeben.

4. Eventualantrag betr. Anpassung der Garantie nach der gerichtlichen Prüfung

Der (Subeventual-)Antrag der Nebenintervenientin, ihr sei Frist anzusetzen, um die Garantie im Sinne der gerichtlichen Erwägungen anzupassen, ist abzuweisen. Die Nebenintervenientin hat bereits von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, auf den klägerischen Einwand hin eine angepasste Garantie einzureichen (act. 23). Es kann nicht Aufgabe des Gerichts sein, während eines Zivilverfahrens fortlaufend Garantiebestimmungen der Parteien zu prüfen und anschliessend den Parteien Gelegenheit zu geben, diese entsprechend anzupassen, bis diese hinreichend i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB sind. Es liegt vielmehr in der Verantwortung der Parteien, eine entsprechende hinreichende Garantie einzureichen.

Überdies beziehe sich die Rechtskraft – so SCHUMACHER –, wenn eine Sicherheit rechtskräftig als ungenügend qualifiziert und deswegen die Löschung des vorläufig vorgemerkten Baupfandrechts im Grundbuch rechtskräftig abgelehnt worden sei, nur auf die konkrete (unzureichende) Sicherheitsleistung. Dies könne jedoch

die Grundeigentümerin nicht hindern, eine andere, nun hinreichende Sicherheit zu leisten, damit das Baupfandrecht doch noch gelöscht werden könne. Dagegen könne die Unternehmerin nicht die Einrede der abgeurteilten Sache erheben (vgl. SCHUMACHER, a.a.O., N 1315).

5. Prosequierung

Ausgangsgemäss ist der Klägerin Frist zur Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts anzusetzen. Die Prosequierungsfrist wäre praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, wobei allfällige Gerichtsferien bei der Fristansetzung zu berücksichtigen wären. Weil sich die Beklagte und die Nebenintervenientin aber mit einer verlängerten Frist von drei Monaten einverstanden erklärt haben (act. 21 Rz. 2; act. 22 Rz. 11), ist diese auf drei Monate festzusetzen. 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 würden nur entweder die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe anerkannt.

6. 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 1'035'407.– auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 10'000.– festzusetzen ist.

Über den Pfandanspruch der Klägerin ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob die Klägerin endgültig obsiegt. Daher rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren lediglich eine einstweilige Kostenregelung zu treffen. Gemäss Praxis des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich sind die Gerichtskosten im Verfahren betreffend die vor-

läufige Eintragung des Pfandrechts von der Klägerin zu beziehen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt.

Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorzubehalten. Für den Fall, dass die Klägerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, ist der Beklagten in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von CHF 6'000.– zuzusprechen. Der Nebenintervenientin wird regelmässig keine Parteientschädigung zugesprochen, ausser eine solche rechtfertigt sich im Einzelfall aus Billigkeitsüberlegungen (FREI, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N 3 zu Art. 77 ZPO; vgl. auch BGE 130 III 571 E. 6 S. 578). Solche Gründe sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich und werden von der Nebenintervenientin auch nicht geltend gemacht, ihr ist folglich keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Das Einzelgericht 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 31. Dezember 2014 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 3 einzuleitenden Prozesses
auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBl. ...,
..., ...strasse .../.../.../.../..., ... [Ort],
für eine Pfandsumme von CHF 1'035'407.00 nebst Zins zu 5 % auf CHF 837'276.00 seit 15. November 2014.
2. Es wird festgestellt, dass die Nebenintervenientin weder mit der Zahlungsgarantie der E._____ AG Nr. ... vom 23. Januar 2015 noch mit der Zahlungsgarantie der E._____ AG Nr. ... vom 26. März 2015 hinreichende Sicherheit geleistet hat für die von der Klägerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.

3. Der Klägerin wird – auch unter Berücksichtigung allfälliger Gerichtsferien – eine Frist bis 29. September 2015 angesetzt, um eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Beklagte anzuheben. Bei Säumnis kann die Beklagte den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 1) löschen lassen.
4. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Zahlungsgarantie der E. _____ AG Nr. ... vom 23. Januar 2015 und die Zahlungsgarantie der E. _____ AG Nr. ... vom 26. März 2015 – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Nebenintervenientin herauszugeben.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 10'000.–.
6. Die Kosten werden von der Klägerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren gemäss Dispositiv-Ziffer 3. Für den Fall, dass die Klägerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 3 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.
7. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Klägerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 3 angesetzte Frist zur Anhebung der Klage, wird sie verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 6'000.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Nebenintervenientin, an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich (unter Hinweis auf Dispositiv Ziffer 4) sowie nach Eintritt der Rechtskraft an das Grundbuchamt D. _____.
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 1'035'407.–.

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

Zürich, 26. Mai 2015

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
EINZELGERICHT

Der Gerichtsschreiber:

Dr. David Egger