

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE150087-O

U/ee

Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, sowie Gerichtsschreiberin Claudia Feier

Urteil vom 4. Mai 2015

in Sachen

A._____ GmbH,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2._____

gegen

B._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Y._____

sowie

C._____ AG,

Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z._____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- " 1. Es sei das Grundbuchamt D._____ anzuweisen, zu Gunsten der A._____ GmbH, ... [Adresse], und zu Lasten des Grundstücks Kat.-Nr. ..., Grundbuchblatt ... (E._____, F._____), Grundbuch D._____ (... [Adresse]), ein gesetzliches Pfandrecht (Bauhandwerkerpfandrecht) für eine Pfandsumme von Fr. 56'384.10 zuzüglich 5% Zins seit 8. November 2014 vorsorglich einzutragen bzw. es sei das mit Verfügung vom 17. Februar 2015 des Bezirksgerichtes Bülach im Proz. Nr. ES150005-C zu Gunsten der A._____ GmbH, ... [Adresse], und zu Lasten des Grundstücks Kat.-Nr. ..., Grundbuchblatt ... (E._____, F._____), Grundbuch D._____ (... [Adresse]) superprovisorisch eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht über die Pfandsumme von Fr. 56'384.10 zuzüglich 5% Zins seit 8. November 2014 zu bestätigen.
2. Das Grundbuchamt D._____ sei anzuweisen, das mit Verfügung vom 17. Februar 2015 des Bezirksgerichtes Bülach im Proz.Nr. ES150005-C zu Gunsten der A._____ GmbH, ... [Adresse], und zu Lasten des Grundstücks Kat.-Nr. ..., Grundbuchblatt ... (E._____, F._____), Grundbuch D._____ (... [Adresse]) superprovisorisch eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht über die Pfandsumme von Fr. 56'384.10 zuzüglich 5% Zins seit 8. November 2014 aufrecht zu halten bzw. nicht zu löschen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 9. März 2015 (Datum Poststempel) stellte die Klägerin beim Einzelrichter (recte Einzelgericht) des Handelsgerichts des Kantons Zürich das vorstehend aufgeführte Begehren (act. 1). Mit Verfügung vom 10. März 2015 wurde das Grundbuchamt D._____ angewiesen, das bereits gestützt auf die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 17. Februar 2015 eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nicht zu löschen (act. 4). Gleichzeitig wurde der Beklagten Frist angesetzt, um zum klägerischen Begehren Stellung zu nehmen (act. 4). Die Stellungnahme der Beklagten datiert vom 31. März 2015 (act. 9). Zeitgleich reichte die C._____ AG ein Interventionsgesuch und eine Stellungnahme ein, worin sie – eventualiter – die Löschung des Pfandrechts aufgrund einer von ihr beigebrachten Bankgarantie beantragte (act. 11). Mit Verfügung vom 2. April 2015 wurde der Klägerin daher Frist angesetzt, um sich zur Eingabe der C._____ AG und insbesondere zur Sicherheitsleistung zu äussern (act. 14). Die entsprechende Stellungnahme datiert vom 22. April 2015 (act. 17).

2. Parteien

Die Beklagte ist Bauherrin des Bauprojekts "F._____" in G._____ und beauftragte die H._____ AG als Totalunternehmerin. Letztere betraute die C._____ AG mit der Lieferung und Montage von Fenstern. Die C._____ AG ihrerseits schloss einen Teilleistungsvertrag mit der I._____ AG und diese wiederum einen Werkvertrag mit der Klägerin (act. 11 Rz. 4).

3. Nebenintervention

Wer ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, dass eine rechtshängige Streitigkeit zugunsten der einen Partei entschieden werde, kann im Prozess jederzeit als Nebenpartei intervenieren und zu diesem Zweck beim Gericht ein Interventionsgesuch stellen (Art. 74 ZPO). Ein rechtliches Interesse am Obsiegen einer Partei

besteht dann, wenn eigene Rechte und Verbindlichkeiten des Nebenintervenienten vom Bestand oder Nichtbestand der Rechte oder Rechtsverhältnisse abhängen, die Gegenstand des Prozesses zwischen den Hauptparteien bilden (GÖKSU, Dike-Kommentar zur ZPO, 2011, N 11 zu Art. 466).

Die C._____ AG begründet ihr Interventionsgesuch damit, dass sowohl im Werkvertrag zwischen der Beklagten und der H._____ AG, als auch in jenem zwischen der H._____ AG und der C._____ AG die Verpflichtung enthalten sei, allfällige Bauhandwerkerpfandrechte eintrage abzulösen. Die H._____ AG habe denn auch am 17. März 2015 von der C._____ AG verlangt, für die sofortige Löschung des eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts zu sorgen (act. 11 Rz. 4). Die Klägerin widersetzt sich der Zulassung der C._____ AG als Nebenintervenientin, weil das Interesse der C._____ AG rein in der Erfüllung der Vertragsklausel, wonach allfällige Bauhandwerkerpfandrechte abzulösen seien, liege; zur Ablösung des Pfandrechts sei aber keine Nebenintervention nötig (act. 17 Rz. 9).

Entgegen der Ansicht der Klägerin begründet die von der C._____ AG dargelegte vertragliche Konstellation, wonach sie verpflichtet sei, allfällige Bauhandwerkerpfandrechte auf dem fraglichen Grundstück abzulösen, ein ausreichendes rechtliches Interesse an einer Nebenintervention nach Art. 74 ZPO. Bei Obsiegen der Beklagten entfiere nämlich die vertragliche Pflicht der C._____ AG gegenüber ihrer Vertragspartnerin, das Bauhandwerkerpfandrechte abzulösen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Klägerin mit der C._____ AG selber in keiner vertraglichen Beziehung steht.

Der Nebenintervention der C._____ AG zugunsten der Beklagten steht demnach nichts entgegen, und es ist vorzumerken, dass die C._____ AG dem Prozess als Nebenintervenientin zur Unterstützung der Beklagten beigetreten ist.

4. Parteistandpunkte

Die Klägerin erachtet sich aufgrund von ihr auf dem Grundstück der Beklagten erbrachten Arbeiten (Montage von Grundzargen, Sichtzargen, Seitenprofilen, Fensterbänken, Glasgeländern, Rohrgeländern etc.) und offener Rechnungen im Um-

fang der Pfandsumme zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigt. Bezüglich der Wahrung der Viermonatsfrist stützt sich die Klägerin auf die am 17. Februar 2015 durch das Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach superprovisorisch angeordnete Eintragung im Grundbuch (act. 1 Rz. 27).

Die Beklagte bestreitet im Wesentlichen die Einhaltung der Eintragsfrist, da die erfolgte Eintragung zufolge sachlicher Unzuständigkeit des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach nichtig sei. Das Vorliegen der übrigen Eintragungsvoraussetzungen bestreitet sie pauschal mit Nichtwissen (act. 9 Rz. 6 ff.).

Die Nebenintervenientin beruft sich ebenfalls auf die Nichtigkeit des Eintrages gemäss Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 17. Februar 2015 zufolge sachlicher Unzuständigkeit des anordnenden Gerichts (act. 11 Rz. 8 ff.). Überdies bestreitet die Nebenintervenientin die Höhe der Pfandsumme, die Pfandberechtigung einzelner Arbeiten und die Erbringung letzter Arbeiten am 21. Oktober 2014 (act. 11 Rz. 21 ff.).

5. Nichtigkeit der Eintragung

Das Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist für das vorliegende Verfahren örtlich und sachlich zuständig. Das Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach hingegen war für die Eintragung des Pfandrechts nicht zuständig. Soweit besteht Konsens zwischen den Parteien. Strittig sind die Folgen des trotz Unzuständigkeit ergangenen Entscheides des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach.

Das Handelsgericht des Kantons Aargau hat in einem fast gleich gelagerten Fall festgehalten, dass die Frage, ob ein Sachurteil bei Fehlen einer Prozessvoraussetzung zur Nichtigkeit führe, umstritten sei (Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 30. Juli 2014, HSU.2014.36 und HSU.2014.37 publiziert in CAN 2015 Nr. 8 S. 26).

Gemäss Bundesgericht sind fehlerhafte Entscheide nichtig, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der

Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Inhaltliche Mängel einer Entscheidung führen nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht (BGE 138 II 501 E. 3.1. m.w.H.).

Einen guten Überblick über den Stand in der Lehre gibt HOFFMANN-NOWOTNY (HOFFMANN-NOWOTNY, Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, 2010, N 78). Danach werde die Nichtigkeitsfolge bei fehlender sachlicher Zuständigkeit teilweise generell verneint oder bejaht. Die wohl überwiegende Meinung differenziere dagegen: Die Entscheide ordentlicher Gerichte sollen uneingeschränkt bloss anfechtbar sein, weil ihnen allgemeine Rechtsprechungsbefugnis zukomme. Nichtig sollen hingegen Entscheide eines Sondergerichts in Streitsachen sein, deren Beurteilung ausschliesslich den ordentlichen Gerichten zustehe (HOFFMANN-NOWOTNY, Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, 2010, N 78, m.w.H.). Dieser Meinung folgend hielt auch das Handelsgericht des Kantons Aargau fest, dass die fehlende sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts inhaltlich nicht derart gravierend sei, dass dadurch die Rechtsfolge der Nichtigkeit gerechtfertigt wäre (Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 30. Juli 2014, HSU.2014.36 und HSU.2014.37 publiziert in CAN 2015 Nr. 8 S. 26). Eine andere Meinung wird freilich von RAINER SCHUMACHER vertreten, welcher insbesondere aufgrund der Offensichtlichkeit der sachlichen Unzuständigkeit von Nichtigkeit ausgeht (SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht und Stockwerkeigentum: eine besondere Herausforderung an den Grundbuchverwalter, ZBGR 2014, S. 21; SCHUMACHER, Durch sachlich unzuständiges Gericht angeordneter vorläufiger Grundbucheintrag eines Baupfandrechts, BR 2013, S. 135).

Aufgrund der einschneidenden Rechtswirkungen der Annahme von Nichtigkeit (Rechtsverlust) erscheint die vom Handelsgericht des Kantons Aargau und der Lehre überwiegend vertretene Meinung sachgerechter als die undifferenzierte und äusserst strenge Ansicht von SCHUMACHER. Die Mangelhaftigkeit des Entscheides eines Sondergerichts (z.B. eines Handelsgerichts) über eine Streitsache, die or-

dentlichen Gerichten vorbehalten ist (z.B. eine Scheidung) erscheint ungleich schwerwiegender, als die Mangelhaftigkeit des Entscheides eines Bezirksgerichts, eine Eintragung anzuordnen, die aufgrund der konkreten Konstellation dem Handelsgericht vorbehalten wäre. Wegen des breiten Kompetenzspektrums des Bezirksgerichts, welches auch Verfahren betreffend Bauhandwerkerpfandrechte einschliesst, wiegt die Mangelhaftigkeit des Entscheides nicht derart schwer, dass sie die Annahme von Nichtigkeit rechtfertigen würde.

Der Entscheid des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 17. Februar 2015 betreffend die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zugunsten der Klägerin ist somit nicht nichtig, weshalb auch der gestützt darauf durch das Grundbuchamt vorgenommene Eintrag nicht nichtig ist.

6. Wahrung der Eintragungsvoraussetzungen

6.1. 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 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 verwei-

gert 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.).

6.2. Eintragungsfrist

Die Klägerin macht geltend, sie hätte am 21. Oktober 2014 letzte Arbeiten ausgeführt und stützt sich dabei auf einen Tagesbericht vom 21. Oktober 2014 (act. 1 Rz. 19, act. 3/14). Gemäss diesem Tagesbericht wurden am 21. Oktober 2014 unter anderem Z-Profile im Innenhof montiert. Dabei scheint es sich um vertraglich geschuldete Leistungen zu handeln und nicht offensichtlich um Mängelbehebungen, wie die Nebenintervenientin geltend macht (act. 11 Rz. 35 ff.). Die Nebenintervenientin weist sodann zwar zu Recht darauf hin, dass dieser Tagesbericht nicht unterzeichnet wurde (act. 11 Rz. 33). Aufgrund der geringen Anforderungen an die Glaubhaftmachung (vgl. Erw. 6.1.) hat die Klägerin mit dem fraglichen Tagesbericht glaubhaft gemacht, dass sie am 21. Oktober 2014 letzte Arbeiten erbracht hat. Da der Eintrag ins Grundbuch am 17. Februar 2015 erfolgte (vgl. Erw. 5.), wurde die Eintragungsfrist demnach gewahrt.

6.3. Weitere Eintragungsvoraussetzungen

Aus den von der Klägerin eingereichten Unterlagen geht hervor, dass die Klägerin der I._____ AG für das Bauprojekt der Beklagten "F._____" die Montage von Fensterbestandteilen im Umfang von CHF 98'930.– offeriert hat und die I._____ AG diese Offerte mit Email vom 10. Juli 2014 angenommen hat (act. 3/8). Sodann blieb unbestritten, dass die Klägerin Ende Juni 2014 mit den Arbeiten begonnen hatte. Ebenfalls unstrittig ist, dass die I._____ AG anfänglich noch Zahlungen (es dürfte sich um zwei Akontozahlungen à CHF 20'000.– handeln) geleistet hatte, die Zahlungen anfangs Oktober 2014 jedoch einstellte (act. 1 Rz. 17). Mit Schreiben vom 7. November 2014 entzog die I._____ AG der Klägerin den Montageauf-

trag unter Geltendmachung fehlender Kooperation, schlechter Kommunikation, mangelhafter Ausführung und fraglichen Äusserungen gegenüber Dritten per sofort und verzichtete auf weitere Zusammenarbeit (act. 3/13). Datierend vom 7. Oktober 2014, 20. Oktober 2014 und 12. November 2014 stellte die Klägerin laut eigenen Angaben Rechnungen im Betrag von insgesamt CHF 56'384.10, welche unbezahlt geblieben seien (act. 1 Rz. 6). Ein nicht unerheblicher Teil der Rechnungssumme betrifft Regiearbeiten. Auch hierfür hat die Klägerin Belege in Form von Tagesberichten, welche mehrheitlich die Unterschrift des Unternehmers sowie der Bauleitung tragen, eingereicht (act. 3/13, act. 3/14). Die Nebenintervenientin bestreitet nicht, dass diese Rechnungen gestellt wurden und unbezahlt geblieben sind, moniert jedoch, dass der Werklohn ungenügend substantiiert und die Pfandsumme unglaublich sei, unter anderem vor dem Hintergrund der vorzeitigen Vertragsbeendigung (act. 11 Rz. 21). Wie ausgeführt (Erw. 6.1.), sind an die Glaubhaftmachung der Eintragungsvoraussetzungen keine strengen Anforderungen zu stellen und eine solche scheitert nur dann, wenn das Vorliegen der Eintragungsvoraussetzung ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Entgegen der Ansicht der Nebenintervenientin erscheint angesichts des eingereichten Email-Verkehrs, der Rechnungen und der Tagesrapporte nicht ausgeschlossen, dass die geltend gemachte Summe, inklusive der die Regiearbeiten betreffenden Beträge, aufgrund des zwischen der Klägerin und der I. _____ AG geschlossenen Werkvertrages, geschuldet ist. Daran ändert auch die vorzeitige Vertragsbeendigung nichts: Da keine Hinweise für den gesetzlichen Anforderungen genügende Mängelrügen, geschweige denn Fristansetzungen zur Nachbesserung vorliegen, ist bei der heutigen Aktenlage nicht auszuschliessen, dass eine Vertragsbeendigung gemäss Art. 377 OR vorliegt, welche nicht nur die Vergütung bereits geleisteter Arbeit, sondern auch die volle Schadloshaltung des Unternehmers nach sich ziehen würde.

Die Nebenintervenientin stört sich sodann daran, dass teilweise auch Warte-, Transport-, Stand-, Mess-, Sortier-, Bestandesaufnahme- und Ausfallzeiten verrechnet wurden, welche von vornherein nicht pfandberechtigt seien, da sie für das Grundstück nicht wertvermehrend seien (act. 11 Rz. 23). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass auch für sich allein nicht pfandberechtigte Leistungen pfandgeschützt

sind, wenn sie zusammen mit pfandberechtigten Bauarbeiten von ein und demselben Unternehmer erbracht werden und wenn sie entweder mit den ohnehin pfandberechtigten Bauarbeiten eine funktionale Einheit bilden oder nebensächliche Leistungen sind (sog. gemischte Leistungen) (SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N 327). Bei den von der Nebenintervenientin beanstandeten Positionen handelt es sich für die Erbringung der Bauarbeiten notwendige nebensächliche Leistungen, die vom gleichen Bauunternehmer erbracht wurden. Sie sind daher - dem entsprechenden Behauptungsmass folgend - pfandberechtigt.

Schliesslich moniert die Nebenintervenientin, dass die erbrachten Leistungen teilweise Mängelbehebungen darstellten, welche ebenfalls nicht pfandberechtigt seien (act. 11 Rz. 26 ff.). Tatsächlich weisen die Tagesberichte auf gewisse Unstimmigkeiten auf der Baustelle hin (act. 3/13, act. 3/14). Dafür, dass diese auf mangelhafte Ausführung der Klägerin zurückzuführen sind, bestehen jedoch keine hinreichenden Hinweise, insbesondere sind auch keine Mängelrügen zuhanden der Klägerin oder Nachfristansetzungen in den Akten dokumentiert. Es ist daher glaubhaft gemacht, dass die von den Klägerin erbrachten Arbeiten vertraglich geschuldet waren und nicht bloss Nachbesserungsarbeiten von selbstverschuldeten Mängeln darstellten.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aufgrund der Ausführungen der Klägerin, der von ihr eingereichten Unterlagen und trotz der ausführlichen Einwendungen der Nebenintervenientin nicht ausgeschlossen ist, dass die Klägerin gegen die I._____ AG aus werkvertraglich geschuldeten Leistungen einen Vergütungsanspruch im Umfang der Pfandsumme hat.

6.4. Zwischenfazit

Da die Eintragungsfrist gewahrt ist und die übrigen Eintragungsvoraussetzungen glaubhaft gemacht wurden, hat die Klägerin einen Anspruch auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im begehrten Umfang.

7. Leistung einer hinreichenden Sicherheit

Die Nebenintervenientin verlangt im Sinne eines Eventualantrages die Löschung des Registereintrages aufgrund der von ihr eingereichten Bankgarantie der J._____ AG Nr. ... vom 30. März 2015 (act. 11 Rz. 16 ff., act. 13/7).

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, Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., 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, Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N 1254 ff.). Allfällige Einwendungen des Unternehmers gegen die Bankgarantie müssen von diesem substantiiert erhoben werden (SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N 1314).

In Verletzung ihrer Substantiierungspflichten überliess es die Klägerin dem Gericht, zu entscheiden, ob die Bankgarantie die Anforderungen gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB erfüllt (act. 17 Rz. 17). Ob eine Bankgarantie aber genügt, hat primär der mit der fraglichen Sicherheit begünstigte Unternehmer zu prüfen. Zuzufolge der eindeutigen und klaren Sachlage ist dennoch eine Beurteilung der Bankgarantie vorzunehmen.

Erstens knüpft die Bankgarantie nur an die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 17. Februar 2015 an. Inzwischen besteht aber auch die Verfügung des hiesigen Einzelrichters vom 10. März 2015 (act. 4). Der fehlende Hinweis schafft Probleme. Dann wird die Zahlung aus der Bankgarantie - wie üblich - unter anderem an die Bedingung geknüpft, dass die Klägerin der Bank ein mit einer Rechtskraft- oder Vollstreckbarkeitsbescheinigung versehenes Sachurteil oder einen anderen Gerichtsentscheid vorlegt, aus dem hervorgeht, dass ihre

Forderung gegen die I. _____ AG ganz oder teilweise geschützt wird (act. 13/7 S. 2, Ziff. 1). Nur wenige Absätze weiter unten wird aber eine negative Bedingung aufgestellt, wonach die Garantie wie folgt automatisch erlischt: "(...) sofort bei Vorliegen eines mit einer Rechtskraft- oder Vollstreckbarkeitsbescheinigung versehenen Sachurteil oder anderen Gerichtsentscheidendes (...), aus dem hervorgeht, dass Ihre Forderung gegen I. _____ AG (...) aus dem eingangs erwähnten Werkvertrag ganz oder teilweise geschützt wird" (act. 13/7 S. 2, lit. a).

Die Erfüllung der Zahlungsbedingung würde also gleichzeitig zu einer sofortigen Erlöschen der Bankgarantie führen. Die Bankgarantie der J. _____ AG Nr. ... ist demnach nicht nur ungenügend, sondern für die Klägerin geradezu wertlos. Damit ist es der Nebenintervenientin nicht gelungen, eine hinreichende Sicherheit zu stellen. Da es keinen Rechtsgrund mehr für den Verbleib der Bankgarantie bei der Obergerichtskasse gibt, ist diese anzuweisen, die Bankgarantie der Nebenintervenientin wieder herauszugeben.

8. Prosequierung

Ausgangsgemäss ist der Klägerin Frist zur Klage auf definitive Bestellung des Pfandrechts anzusetzen. Die Prosequierungsfrist ist praxismässig auf 60 Tage festzulegen, wobei allfällige Gerichtsferien berücksichtigt werden. Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuches (Art. 144 Abs. 2 ZPO); dieses wird 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.

9. 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 56'384.10 auszugehen, wo-

bei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 3'000.– festzusetzen ist.

Über den Pfandanspruch 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 des Kantons 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 die Entschädigungsfolgen wird dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Klägerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, ist der Beklagten in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 9 Anw-GebV OG eine Parteientschädigung von CHF 2'500.– 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. Es wird vorgemerkt, dass die C._____ AG, ... [Adresse], dem Prozess als Nebenintervenientin zur Unterstützung der Beklagten beigetreten ist.
2. Es wird festgestellt, dass die Nebenintervenientin mit der Bankgarantie der J._____ AG Nr. ... vom 30. März 2015 keine hinreichende Sicherheit geleistet hat für die zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.
3. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D._____ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläu-

figer Eintragung gemäss Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 17. Februar 2015 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziff. 4 einzuleitenden Prozesses auf Grundstück Kat. Nr. ..., GBBI. ..., F._____, E._____ (...), für eine Pfandsumme von CHF 56'384.10 nebst Zins zu 5 % seit 8. November 2014.

4. Der Klägerin wird – auch unter Berücksichtigung allfälliger Gerichtsferien – eine einmalige Frist bis 6. Juli 2015 angesetzt, um eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts anzuheben. Bei Säumnis kann die Beklagte den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 3) löschen lassen.
5. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Bankgarantie der J._____ AG Nr. ... vom 30. März 2015 (act. 13/7) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Nebenintervenientin herauszugeben.
6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 3'000.–.
7. Die Kosten werden von der Klägerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren gemäss Dispositiv-Ziffer 4. Für den Fall, dass die Klägerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 4 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.
8. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Klägerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 4 angesetzte Frist zur Anhebung der Klage, wird sie verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 2'500.– zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Hauptparteien und die Nebenintervenientin, an die Beklagte und die Nebenintervenientin je unter Beilage eines Doppels von

act. 17, an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich sowie nach Eintritt der Rechtskraft an das Grundbuchamt D._____.

10. 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 56'384.10.

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

Zürich, 4. Mai 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Claudia Feier