

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE150480-O

U/ee

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, sowie Gerichtsschreiber
Rafael Rutgers

Urteil vom 1. Februar 2016

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y._____

sowie

C._____ AG,
Nebenintervenientin

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

" Es sei das zuständige Grundbuchamt sofort und superprovisorisch anzuweisen, zulasten des im Eigentum von der B._____ AG, ... [Adresse] stehende Grundstück Kataster Nr. ..., ..., D._____ -Strasse ...-..., ..., E._____ ZH ein Bauhandwerker-Pfandrecht für eine Summe von Fr. 617'509.30 nebst Zins von 5 % auf einen Betrag Fr. 488'055.50 seit dem 10. Juli 2015 und Zinsen von 5 % auf einen Betrag von Fr. 27'904.05 seit dem 30. Juli 2015 zugunsten der Klägerin vorläufig vorzumerken.

Der Klägerin sei weiter eine Frist von 3 Monaten ab Rechtskraft des Befehlsentscheides betreffend vorläufige Vormerkung anzusetzen, um die Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechtes gemäss Abs. 1 hievori zulasten des Grundstückes der Beklagten einzureichen."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Klägerin verlangte mit Eingabe vom 20. Oktober 2015 (Datum Poststempel) samt Beilagen (act. 1 und 2/1-10) die (vorerst) superprovisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem beklagtischen Grundstück, Kat. Nr. ..., ..., ..., GBBl., D._____ -Strasse ...-..., ..., E._____ für eine Pfandsumme von CHF 617'509.30 nebst Zins. Diesem Gesuch wurde mit Verfügung vom 22. Oktober 2015 einstweilen und ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen, und das Grundbuchamt F._____ wurde entsprechend angewiesen, das Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig wurde der Beklagten Frist bis 12. November 2015 zur Stellungnahme zum klägerischen Begehren angesetzt (act. 3). Auf Gesuch der Parteien wurde das Verfahren in der Folge zur Führung aussergerichtlicher Vergleichsgespräche bis zum 20. November 2015 sistiert und der Beklagten wurde die Frist zur Stellungnahme abgenommen (act. 8 und 10). Nachdem die Sistierung ohne weitere Eingaben der Parteien dahingefallen war, wurde der Beklagten mit Verfügung vom 26. November 2015 erneut Frist zur Stellungnahme zum klägerischen Gesuch angesetzt (act. 13). Mit ihrer Stellungnahme vom 3. Dezember 2015 führte die Beklagte aus, dass ihre Totalunternehmerin

C._____ AG dem Verfahren als Nebenintervenientin beitreten und eine Zahlungsgarantie einer Bank einreichen werden, und beantragte, das Grundbuchamt F._____ infolge der Leistung einer hinreichenden Sicherheit durch die C._____ AG anzuweisen, die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zu löschen (act. 15). Ebenfalls mit Eingabe vom 3. Dezember 2015 erklärte die C._____ AG, dem Verfahren als Nebenintervenientin beizutreten, und reichte die Zahlungsgarantie Nr. ... der G._____ AG vom 2. Dezember 2015 (act. 19; nachfolgend Zahlungsgarantie 1) ein. Sie beantragte, diese Garantie als hinreichend im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB zu beurteilen und das Grundbuchamt F._____ zur Löschung des Bauhandwerkerpfandrechts anzuweisen. Eventualiter sei ihr eine Frist anzusetzen, um die Garantie inhaltlich anzupassen (act. 17). Mit Verfügung vom 7. Dezember 2015 wurde vorgemerkt, dass die C._____ AG dem Verfahren als Nebenintervenientin beigetreten sei, und der Klägerin wurde Frist zur Stellungnahme zur Zahlungsgarantie 1 angesetzt (act. 21). Nachdem die Klägerin mit Schreiben vom 18. Dezember 2015 erklärt hatte, die Zahlungsgarantie 1 sei als nicht hinreichende Sicherheit zurückzuweisen (act. 24), reichte die Nebenintervenientin mit Eingabe vom 8. Januar 2016 neu die Zahlungsgarantie Nr. ... der G._____ AG vom 7. Januar 2016 (act. 28; nachfolgend Zahlungsgarantie 2) ein. Sie beantragte weiterhin, die Zahlungsgarantie 1 als hinreichend zu beurteilen, eventualiter die Zahlungsgarantie 2, und demzufolge das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht löschen zu lassen (act. 27). Die Beklagte schloss sich den Ausführungen der Nebenintervenientin an (act. 30). Mit Eingabe vom 25. Januar 2016 beantragte schliesslich die Klägerin, auch die Zahlungsgarantie 2 als nicht hinreichend zurückzuweisen (act. 35).

2. Rechtliche Grundlagen

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen 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. Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet (Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB).

Geht es 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 insbesondere 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, 3. Aufl., N 1394 ff.).

3. Eintragungsvoraussetzungen

Wird während eines Verfahrens betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts eine Sicherheit geleistet, stellt sich die Frage, ob damit der Anspruch auf vorläufige Sicherheit anerkannt wird und alle Einreden und Einwendungen für den Hauptprozess betreffend die definitive Sicherheitsbestellung vorbehalten bleiben oder ob das summarische Verfahren fortzusetzen ist und die geleistete Sicherheit erlöscht, falls es dem Unternehmer nicht einmal gelingen sollte, seinen Pfandanspruch glaubhaft zu machen (Schumacher, a.a.O., N 1305). Weder die Beklagte noch die Nebenintervenientin äussern sich explizit zu dieser Frage. Sie machen jedoch die Leistung der Sicherheit in keiner Weise von der Glaubhaftmachung der übrigen Eintragungsvoraussetzungen abhängig. Vielmehr beantragen beide einzig die Feststellung, dass eine hinreichende Sicherheit geleistet worden sei und beantragen aus diesem Grund die Löschung des vorsorglichen Eintrages sowie die Ansetzung einer Prosequierungsfrist für die Klägerin. Eine Abweisung des klägerischen Gesuches aus anderen Gründen verlangen sie

nicht und auch die eingereichten Zahlungsgarantien enthalten keine entsprechenden Bedingungen. Demnach ist davon auszugehen, dass die Beklagte sowie die Nebenintervenientin den vorläufigen Sicherungsanspruch der Klägerin anerkennen. Sofern sich eine der eingereichten Zahlungsgarantien als hinreichend erweisen sollte, kann damit an sich offenbleiben, ob der Klägerin die Glaubhaftmachung der übrigen Eintragungsvoraussetzungen gelingen würde. Aufgrund der diesbezüglich sehr tiefen Anforderungen und der Tatsache, dass die Beklagte die klägerischen Behauptungen einzig pauschal mit Nichtwissen bestreitet (act. 15 Rz 4) und auch die Nebenintervenientin – unter Vorbehalt sämtlicher Einreden und Einwendungen im Prosequierprozess – explizit auf eine einlässliche Stellungnahme dazu verzichtet (act. 17 Rz 6 ff.), wäre dies jedoch zu bejahen.

4. Hinreichende Sicherheit

4.1. Rechtliche Grundlagen

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.). Ein Unternehmer hat allfällige Einwendungen gegen eine geleistete Sicherheit substantiiert zu erheben, eine pauschale unbegründete Ablehnung ist ungenügend. Wendet sich der Unternehmer jedoch konkret gegen eine Bestimmung der Sicherheit, hat der Richter mit aller Sorgfalt zu prüfen, ob die Sicherheit hinreichend im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB ist oder nicht (SCHUMACHER, a.a.O., N 1314).

4.2. Zahlungsgarantie 1 vom 2. Dezember 2015 (act. 19)

4.2.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin erklärt zur Zahlungsgarantie 1, diese enthalte in Ziffer 3 Bestimmungen, wonach sie automatisch und vollumfänglich entweder am 31. Dezember 2016 oder 14 Kalendertage nach einem in der Bestätigung genannten Datum für die vom Gericht angesetzte Frist oder vier Monate nach Unterzeichnung des Parteivergleichs etc. erlösche. Dies stelle für die Klägerin eine bedeutende Erschwernis gegenüber dem Bauhandwerkerpfandrecht dar, müsse sie hier doch nur die vom Gericht angesetzten Fristen beachten (act. 24 S. 2).

Dazu führt die Nebenintervenientin aus, die Klägerin beanstande einzig die in Ziff. 3 lit. a-d der Zahlungsgarantie 1 enthaltenen Befristungen. Relative Befristungen, kombiniert mit angemessenen Reaktionsfristen, würden jedoch nach Lehre, Rechtsprechung und namentlich auch handelsgerichtlicher Praxis als zulässig erachtet, weshalb die klägerischen Einwendungen, sofern sie überhaupt als substantiiert zu qualifizieren seien, nicht verfangen. Es bestehe keine Grundlage, die Zahlungsgarantie 1 als unzureichend zu beurteilen (act. 27 S. 3).

Auch die Beklagte wendet gegen die klägerischen Beanstandungen der Zahlungsgarantie 1 ein, dass die relative Befristung der Gültigkeitsdauer einer Ersatzsicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB zulässig sei. Die Klägerin mache nicht (und schon gar nicht substantiiert) geltend, dass die in der Zahlungsgarantie 1 enthaltenen Fristen unverhältnismässig oder nicht relativer Natur seien (act. 30 S. 2).

4.2.2. Würdigung

Die Klägerin beanstandet an der Zahlungsgarantie 1 einzig die Befristungen in Ziffer 3 als nicht hinreichend. Während eine Zahlungsgarantie grundsätzlich nicht absolut befristet werden darf, ist eine relative Befristung dann zulässig, wenn dem Unternehmer ermöglicht wird, nach Eintritt bestimmter Ereignisse innerhalb einer angemessenen Reaktionsfrist die Sicherheit rechtswirksam für sich zu beanspruchen (SCHUMACHER, a.a.O., § 26 N 1258 ff.). Eine relative Befristung ist mit anderen Worten dann unzulässig, wenn die Gefahr besteht, dass trotz des Eintritts des bestimmten Ereignisses die Sicherheit (noch) nicht beansprucht werden kann, so

dass die Garantie unter Umständen erlöschen könnte, ehe der Unternehmer überhaupt die Möglichkeit hatte, diese in Anspruch zu nehmen.

Die Zahlungsgarantie 1 enthält insbesondere folgende (relative) Befristung:

"Die vorliegende Garantie erlischt automatisch und vollumfänglich [...]

d) 4 Monate nach Eintritt der Rechtskraft des FORDERUNGS-URTEILS, was uns mittels Zustellung desselben zu dokumentieren ist (Datum der Rechtskraft gilt als Tag Null)"

Demgegenüber ist zur Inanspruchnahme der Garantie sowohl ein Forderungsurteil als auch ein Sicherungsurteil (definitive Bestellung der Sicherheit) nötig:

"Eine konforme Inanspruchnahme erfolgt bei Vorlage bei uns: [...]

Variante B

1) Ihrer unterzeichneten Zahlungsaufforderung im Original, unter Angabe des zu zahlenden Kapitalbetrages und der möglicherweise darin enthaltenen TEILBETRÄGE, sowie der auf diese entfallenden VERFALLTAGE, versehen mit der Erklärung, dass Sie von C. _____ AG für den unter dieser Garantie geltend gemachten Betrag bei Fälligkeit keine Zahlung erhalten haben

und

2) eines mit einer Rechtskraftbescheinigung versehenen Sachurteils oder anderen Gerichtsentscheidendes (gerichtlicher Vergleich oder Klageanerkennung) eines schweizerischen staatlichen Gerichtes (im Original oder Kopie), aus dem hervorgeht, dass Ihre Forderung gegen C. _____ AG aus dem eingangs erwähnten Vertrag ganz oder teilweise geschützt oder das Verfahren infolge Klageanerkennung oder Vergleich abgeschrieben wird (das "FORDERUNGS-URTEIL"),

und

3) eines mit Rechtskraftbescheinigung versehenen Gerichtsentscheidendes 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 (das "SICHERUNGS-URTEIL")."

Da das Verfahren betreffend definitive Bestellung der Sicherheit durchaus länger dauern kann als der Forderungsprozess (z.B. infolge Klageanerkennung oder Vergleich im Forderungsprozess), besteht die Gefahr, dass die Zahlungsgarantie bereits erloschen wäre, bevor sie von der Klägerin überhaupt in Anspruch genommen werden könnte. Damit erweist sich die zitierte Befristung in Kombination

mit den Voraussetzungen zur Inanspruchnahme der Zahlungsgarantie als ungenügend. Dies wird denn von der Nebenintervenientin im Grundsatz auch anerkannt (act. 27 S. 4).

Infolge dieser unzulässigen Befristung stellt die Zahlungsgarantie 1 keine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB dar.

4.3. Zahlungsgarantie 2 vom 7. Januar 2016

4.3.1. Beanstandungen der Klägerin

Gegen die Zahlungsgarantie 2 wendet die Klägerin ein, diese enthalte in Ziff. 3.a) und 3.b) völlig unnötige Bedingungen, wonach die Klägerin Bestätigungen abzugeben habe, ob sie Fristen betreffend eine Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bzw. Sicherstellung durch die Bankgarantie eingeleitet habe. Die Klägerin akzeptiere keine Bedingung, wonach sie gegenüber der die Garantie ausstellenden Bank zusätzlich immer wieder aktiv werden müsse. Eine solche Meldung, deren rechtzeitige Vornahme beim Unternehmer durchaus auch einmal untergehen könne, stelle denn auch ein völlig unnötiges Erschwernis gegenüber dem im Grundbuch eingetragenen Bauhandwerkerpfandrecht dar. Es sei nicht einzusehen, weshalb eine Bankgarantie, die solch unnötige Hürden aufweise, akzeptiert werden sollte, zumal eine anders lautende Formulierung für die Nebenintervenientin keine zusätzliche Kosten zur Folge hätte. Letztlich gehe es aber um die grundsätzliche Frage, ob sich ein Handwerker unzählige, für den Laien kaum verständliche Klauseln bzw. Bedingungen einer Bank gefallen lassen müsse, welche letztlich nur darauf abzielen würden, dass der Unternehmer irgendeine der zusätzlich gesetzten Fristen verpasse, damit so die Garantie hinfällig werde (act. 35 S. 3).

4.3.2. Würdigung

In der Zahlungsgarantie 2 wurde die unzulässig Ziffer der Zahlungsgarantie 1 durch folgende Ziffer ersetzt:

"Die vorliegende Garantie erlischt automatisch und vollumfänglich [...]"

d) 4 Monate nach dem Zeitpunkt, in welchem die Rechtskraft sowohl des FORDERUNGS-URTEILS als auch des SICHERUNGS-URTEILS eingetreten ist, was uns mittels Zustellung derselben zu dokumentieren ist (bei zeitlich auseinanderfallendem Eintritt der Rechtskraft gilt das spätere Datum als Tag Null)"

Bei dieser Befristung handelt es sich um eine zulässige und angemessene relative Befristung. Sie wird von der Klägerin denn auch nicht beanstandet.

Die Klägerin erachtet jedoch die folgenden Erlöschungsgründe als nicht zulässig:

"Die vorliegende Garantie erlischt automatisch und vollumfänglich entweder

a) am 31. Dezember 2016 (das GUELTIGKEITSDATUM), sofern Sie uns nicht bis spätestens zum GUELTIGKEITSDATUM (bei uns eintreffend) durch mindestens ein, im Handelsregister eingetragenes, zeichnungsberechtigtes Mitglied Ihres Verwaltungsrates (Präsident, Delegierter und/oder Mitglied) unter Bezugnahme auf diese Garantie schriftlich bestätigen lassen, dass

i) Sie innert der vom Gericht hierfür 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, oder

b) vorausgesetzt, die Bestätigung gemäss obigem Paragraphen a) iii) ist uns eingereicht worden - 14 Kalendertage nach dem in der Bestätigung genannten Datum für die vom Gericht angesetzte Frist, sofern Sie uns nicht bis spätestens 14 Kalendertage nach dem in der Bestätigung genannten Datum (bei uns eintreffend) durch mindestens ein, im Handelsregister eingetragenes, zeichnungsberechtigtes Mitglied Ihres Verwaltungsrates (Präsident, Delegierter und/oder Mitglied) unter Bezugnahme auf diese Garantie schriftlich bestätigen lassen, dass Sie innert der vom Gericht hierfür angesetzten Frist Klage betreffend definitiver Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes beziehungsweise Sicherstellung durch diese Bankgarantie eingeleitet haben, [...]"

Die vorstehend zitierten Bestimmungen enthalten keine unzulässigen absoluten Befristungen. Das Erlöschen am 31. Dezember 2016 bzw. einem späteren Datum gemäss dieser Ziffer ist insofern bedingt, als es nur dazu kommt, wenn die Kläge-

rin es unterlässt, der garantiestellenden Bank die geforderte Mitteilung zu machen. Auch in zeitlicher Hinsicht sind die vorgesehenen Fristen nicht zu beanstanden. Dies insbesondere auch deshalb, weil der Klägerin die Zeitpunkte der fristauslösenden Ereignisse jeweils bereits vorzeitig bekannt sein werden. Das problematische an diesen Bestimmungen sind damit nicht die Befristungen als solche. Vielmehr erscheint fraglich, ob das Erlöschen einer Sicherheit für ein Bauhandwerkerpfandrecht von einer Mitteilung des Unternehmers an die Sicherheit leistende Bank abhängig gemacht werden kann, womit die Gefahr besteht, dass trotz prozessual korrektem Vorgehen des Unternehmers, die Sicherheit erlöschen könnte.

Eine Sicherstellung darf die Rechtslage des Unternehmers auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht erschweren. Die Auflage von Modalitäten, welche der Rechtssicherheit des Grundeigentümers und aller weiteren Personen (z.B. der garantierenden Bank) dienen, sind nur zulässig, wenn sie zweckmässig und verhältnismässig sind. Dabei gilt es zu beachten, dass die Leistung einer Sicherheit in der Regel die Anspruchsrealisierung erleichtert und beschleunigt (SCHUMACHER, a.a.O. N 1263).

Dass die garantierende Bank darüber informiert werden will, ob eine Klage betreffend definitive Bestellung der Sicherheit eingeleitet worden ist, ist nachvollziehbar, womit die beanstandete Garantiebestimmung zweckmässig ist. Insbesondere erscheint die Bestimmung nicht deshalb in die Garantie aufgenommen worden zu sein, damit der Unternehmer die Frist möglichst verpasst.

Zur Beurteilung der Verhältnismässigkeit dieser Bestimmungen sind die konkreten Umstände des vorliegenden Falles heranzuziehen. Insbesondere ist zu beachten, dass – bei einer Beurteilung der Garantie als hinreichend – der Klägerin mit dieser Entscheid eine Frist von praxisgemäss 60 Tagen zur Einreichung einer Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit anzusetzen ist. Damit bestünde der zusätzliche Aufwand der Klägerin lediglich in einem Schreiben an die garantierende Bank, welches sie bei Einreichung der Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit dieser zuzustellen hätte. Einzig bei Ergreifung eines Rechtsmittels gegen den vorliegenden Entscheid durch eine der Parteien würden allenfalls mehrere

Schreiben nötig, wobei sich der klägerische Aufwand auch diesfalls in Grenzen halten würde. Variante "iii" und "b)" der zitierten Bestimmungen werden vorliegend nicht zur Anwendung kommen. Ein Aufwand in diesem Umfang erscheint ohne Weiteres verhältnismässig. Gravierend wären hingegen die Konsequenzen, sollte die Klägerin diese Fristen verpassen. Denn dies hätte ein automatisches und vollumfängliches Erlöschen der gestellten Garantie zur Folge, selbst wenn die Klägerin die Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit rechtzeitig einleiten sollte. Eine solche Konsequenz erscheint an sich unnötig, da die Garantie ohne ein rechtskräftiges Urteil im Verfahren um definitive Bestellung der Sicherheit nicht in Anspruch genommen werden kann und auch die Beklagte bzw. die Nebenintervenientin der Bank über die Einleitung eines solchen Verfahrens Auskunft geben könnten. Schliesslich kann die Sicherheit leistende Partei gemäss Praxis des Handelsgerichts des Kantons Zürich die Herausgabe der Sicherheit von der Klägerin verlangen, sofern diese nicht rechtzeitig beim zuständigen Gericht Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit anhebt. Auf der anderen Seite ist sich die Klägerin der Tragweite dieser Bestimmungen offensichtlich bewusst und kann die nötigen Vorkehrungen zur Einhaltung der Fristen treffen.

Insgesamt sind die beanstandeten Bestimmungen der Zahlungsgarantie 2 trotz der dargelegten Bedenken aufgrund des bescheidenen Zusatzaufwandes für die Klägerin und in Anbetracht der Vorteile, welche die Inanspruchnahme der geleisteten Bankgarantie gegenüber der Betreuung auf Grundpfandverwertung hat, vorliegend noch als Verhältnismässig einzustufen.

Da die Klägerin keine weiteren Bestimmungen der Zahlungsgarantie 2 als ungenügend rügt, hat die Nebenintervenientin mit dieser Garantie somit eine hinreichende 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-THURNHERR, N 11 zu Art. 839/840). Demgemäss ist das Grundbuchamt F._____ anzuweisen, das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen.

5. 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 Nebenintervenientin die Sicherheit nur zur Ablösung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts (act. 17). Demgemäss ist der Klägerin Frist anzusetzen, um beim örtlich und sachlich zuständigen Gericht auf definitive Bestellung der Sicherheit zu klagen. Die Beurteilung, gegen wen die Klägerin ihre Klage einzureichen hat (gegen die Sicherheit leistende Nebenintervenientein und / oder die Beklagte [als Grundeigentümerin]), liegt in der Verantwortung der Klägerin, zumal hierzu divergierende Ansichten bestehen.

Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, wobei allfällige Gerichtsferien bei der Fristansetzung berücksichtigt werden. Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuches (Art. 144 Abs. 2 ZPO); dieses würde in einem kostenpflichtigen Nachverfahren behandelt. Als zureichende Gründe für eine Fristerstreckung gemäss Art. 144 Abs. 2 ZPO werden nur entweder die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe anerkannt.

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 617'509.30 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 15'000.– festzusetzen ist.

Über den Pfand- bzw. Sicherstellungsanspruch 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 be-

treffend die vorläufige 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 vorbehalten. Für den Fall, dass die Klägerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, sind jedoch die Ansprüche der Beklagten sowie der Nebenintervenientin zu regeln. Diesfalls ist der Beklagten beim vorliegenden Streitwert und unter Berücksichtigung ihres geringen Aufwandes in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV eine Parteientschädigung von CHF 3'000.– zuzusprechen. Die Nebenintervenientin ist nicht berufsmässig vertreten. Eine angemessene Umtriebsentschädigung wird gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO nur in begründeten Fällen zugesprochen. Die Nebenintervenientin hat es unterlassen, ihren Aufwand im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren darzulegen und zu begründen sowie ihre Entschädigungsforderung zu beziffern. Damit kann ihr keine Umtriebsentschädigung zugesprochen werden.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Es wird festgestellt, dass die Nebenintervenientin mit Zahlungsgarantie der G._____ AG Nr. ... vom 2. Dezember 2015 keine hinreichende Sicherheit geleistet hat für die von der Klägerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.
2. Es wird festgestellt, dass die Nebenintervenientin mit Zahlungsgarantie der G._____ AG Nr. ... vom 7. Januar 2016 hinreichende Sicherheit geleistet hat für die von der Klägerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.
3. Das Grundbuchamt F._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 22. Oktober 2015 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen

9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte und die Nebenintervenientin unter Beilage eines Doppels von act. 35, an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich sowie nach Eintritt der Rechtskraft an das Grundbuchamt F._____.
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 617'509.30.

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

Zürich, 1. Februar 2016

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Rafael Rutgers