

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE170056-O

U/jo

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

Urteil vom 27. Juni 2017

in Sachen

A._____ GmbH ...,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Gesuchsgegnerin

sowie

1. **C._____ GmbH,**

2. **D._____ AG,**

Nebenintervenientinnen

1 vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y._____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- " 1. Das Grundbuchamt ...-Zürich sei anzuweisen, zu Gunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten des Grundstücks Kat.Nr. ... ohne Verzug ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 152'270.00 zuzüglich Verzugszins von 5% seit dem 1. März 2017 gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3, Art. 839 und Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB vorläufig als Vormerkung einzutragen.
2. Im Sinne einer superprovisorischen Verfügung sei das Grundbuchamt ...-Zürich sofort anzuweisen, das in Ziffer 1 beantragten Bauhandwerkerpfandrecht sofort vorläufig einzutragen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 1. März 2017 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin hierorts das Gesuch mit obigem Rechtsbegehren ein (act. 1). Mit Verfügung vom 2. März 2017 wurde dem Gesuch einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen und das Grundbuchamt ...-Zürich wurde angewiesen, das beantragte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Mit Eingabe vom 13. April 2017 nahm die Gesuchsgegnerin Stellung und beantragte im Hauptstandpunkt, das Rechtsbegehren der Gesuchstellerin sei vollumfänglich abzuweisen. Eventualiter stellte sie den Antrag, es sei der Betrag der hinreichenden Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB, welcher provisorisch und in bar zu leisten sei, auf 125 % der Pfandsumme – ausmachend CHF 190'337.50 oder einen gerichtlich zu bestimmenden höheren Betrag festzulegen und die Gerichtskasse des Handelsgerichts des Kantons Zürich oder eine andere gerichtlich zu bestimmende Stelle sei als Depositenstelle zu bezeichnen (act. 11). Unter dem nämlichen Datum ersuchte die Nebenintervenientin 1 um Zulassung zum Verfahren und schloss sich den Rechtsbegehren der Gesuchsgegnerin an (act. 13). Mit Verfügung vom 21. April 2017 wurde der Gesuchstellerin die Möglichkeit gewährt, sich zu den Stellungnahmen der Gesuchsgegnerin sowie der Nebenintervenientin 1, insbesondere zur

Frage der Höhe einer für sie im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB hinreichenden Sicherheit, zu äussern (act. 16). Mit Eingabe vom 8. Mai 2017 erklärte die Gesuchstellerin, eine Barkaution beim Gericht im Umfang von 125 % der Pfandsumme (d.h. CHF 190'337.50) als hinreichende Sicherheit zu akzeptieren (act. 18). In der Folge wurde der Gesuchsgegnerin bzw. der Nebenintervenientin 1 die Möglichkeit eingeräumt, eine entsprechende Sicherheit bei der Obergerichtskasse zu leisten (act. 19). Mit Valutadatum vom 29. Mai 2017 zahlte die Nebenintervenientin 2 bei der Obergerichtskasse einen Betrag in der Höhe von CHF 190'337.50 ein (act. 24). Mit Verfügung vom 2. Juni 2017 wurde den Parteien das rechtliche Gehör zum sinngemässen Interventionsgesuch der Nebenintervenientin 2 gewährt. Sodann wurde der Nebenintervenientin 2 Frist zur Erklärung angesetzt, zu welchem Zweck sie die geleistete Summe einbezahlt habe (act. 25). Mit Eingabe vom 7. Juni 2017 ersuchte die Nebenintervenientin 2 nun ausdrücklich um Zulassung zum Verfahren. Im Hauptbegehren beantragte sie die vollständige Abweisung der Rechtsbegehren der Gesuchstellerin. Eventualiter stellte sie den Antrag, es sei festzustellen, dass sie mit der Leistung einer Barkaution in der Höhe von CHF 190'337.50 bei der Obergerichtskasse zu Gunsten der Gesuchstellerin hinreichende Sicherheit für die zur vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung geleistet habe (act. 27). Mit Eingabe vom 22. Juni 2017 stimmte die Gesuchsgegnerin der Nebenintervention der Nebenintervenientin 2 ausdrücklich zu (act. 28).

2. Nebeninterventionen

Betreffend die Nebenintervenientin 1 wurde bereits mit Verfügung vom 21. April 2017 davon Vormerk genommen, dass sie dem Prozess als Nebenintervenientin der Gesuchsgegnerin beigetreten sei (act. 16). Gleiches ist nun auch in Bezug auf die Nebenintervenientin 2 zu tun, da ihr durch die Gesuchsgegnerin der Streit verkündet worden ist (act. 27 lit. D; act. 15/2; act. 29; Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO).

3. Parteistandpunkte

Die Gesuchstellerin macht zusammengefasst geltend, die Gesuchsgegnerin habe mit der Nebenintervenientin 2 einen Generalunternehmer-Werkvertrag betreffend

Baufeld ... des streitgegenständlichen Grundstückes abgeschlossen. Diese habe die Ausführung der Arbeitsgattungen BKP Nrn. 215.52 und 221.4 der "ARGE Fassaden Baufeld ..." überlassen, welche sich aus der E._____ AG (in Liquidation) und der Nebenintervenientin 1 zusammensetze. Nachdem am 23. Juni 2016 über die E._____ AG der Konkurs eröffnet worden sei, habe die F._____AG umfangreiche Leistungen aus diesem Werk übernommen. Sie (die Gesuchstellerin) habe am 5. Juli 2016 mit der F._____AG einen Werkvertrag über die Herstellung und Lieferung von speziellen Zargen und Blechteilen aus Aluminium für das Bauvorhaben auf dem Baufeld ... G._____ abgeschlossen. Gemäss nachträglicher Vereinbarung seien die Bauteile von ihr an die E._____ d.o.o. in ... (Bosnien und Herzegowina) geliefert worden, welche die Teile weiter bearbeitet bzw. zu Fenstern verarbeitet und auf die Baustelle nach Zürich gebracht habe. Sie habe am 28. Oktober 2016 eine Teilrechnung über EUR 39'504.- gestellt, welche bis heute unbezahlt geblieben sei. Am 11. November 2016 sei die Schlussrechnung über EUR 102'420.- erfolgt. Auch dieser Betrag sei bisher nicht überwiesen worden. Demgemäss schulde ihr die F._____AG einen Betrag von EUR 141'924.- (act. 1 Rz 8 ff.).

Die Gesuchsgegnerin beantragt im Hauptstandpunkt die Abweisung des Gesuchs. Zur Begründung führt sie aus, das in Frage stehende Grundstück in ...-Zürich sei ein Eisenbahngrundstück. Dem Grundbuchauszug lasse sich entnehmen, dass darauf zahlreiche Bahngebäude stünden. Ausserdem nehme allein schon die als Bahngebiet umschriebene Fläche 60 % der Gesamtfläche der Parzelle in Anspruch. Das Grundstück diene somit überwiegend dem Eisenbahnbetrieb und sei folglich dem Verwaltungsvermögen zuzurechnen. Die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sei damit ausgeschlossen (act. 11 lit. A.). Sodann erklärt die Gesuchsgegnerin, sie bestreite sowohl den Anspruch auf Eintrag eines Pfandrechts als auch die Forderung an sich und behalte sich jegliche Einwendungen und Einreden sowie die Stellung eigener Forderungen und Schadenersatzansprüche gegen die Gesuchstellerin ausdrücklich vor. Bestritten werde unter anderem, dass die Gesuchstellerin "Material und Arbeit" im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB erbracht habe (act. 11 lit. B.).

Auch das Hauptbegehren der Nebenintervenientin 1 lautet auf vollständige Abweisung des Gesuchs. Zur Begründung macht sie einerseits geltend, dass keine Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten auf Grundstücken im Verwaltungsvermögen möglich sei. Andererseits stellt sie sich auf den Standpunkt, dass auch im Übrigen die Eintragungsvoraussetzungen nicht erfüllt seien, da kein Werkvertrag vorliege, die Zargen und Blechteile nicht "Material und Arbeit" darstellten, ein Nachweis dafür fehle, dass die angeblich gelieferten Fensterbauteile auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin verbaut worden seien und die Einhaltung der Eintragsfrist nicht nachgewiesen sei (act. 13 Rz II. A und B).

Die Nebenintervenientin 2 erklärte schliesslich, sich vollumfänglich den Ausführungen der Gesuchsgegnerin anzuschliessen (act. 27).

4. Rechtliches

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). Handelt es sich beim Grundstück unbestrittenermassen um Verwaltungsvermögen und ergibt sich die Schuldpflicht des Eigentümers nicht aus vertraglichen Verpflichtungen, so haftet er den Handwerkern oder Unternehmern für die anerkannten oder gerichtlich festgestellten Forderungen nach den Bestimmungen über die einfache Bürgschaft. Ist strittig, ob es sich um ein Grundstück im Verwaltungsvermögen handelt, so kann der Handwerker oder Unternehmer innert vier Monaten eine vorläufige Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch verlangen. Steht aufgrund eines Urteils fest, dass das Grundstück

zum Verwaltungsvermögen gehört, so ist die vorläufige Eintragung zu löschen (Art. 839 Abs. 4 bis 6 ZGB).

Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechtes, so muss die Gesuchstellerin 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.).

5. Provisorischer Pfandanspruch

5.1. Gesuchsgegnerin bei Begehren um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist stets die Grundeigentümerin. Da die Gesuchstellerin behauptet, pfandgeschützte Leistungen für das Grundstück der Gesuchsgegnerin erbracht zu haben, ist deren Passivlegitimation gegeben (vgl. act. 3/1 und Prot. S. 2).

5.2. Die Gesuchstellerin erklärt, einen Werkvertrag über die Herstellung und Lieferung von speziellen Zargen und Blechteilen aus Aluminium für das Bauvorhaben abgeschlossen zu haben. Wie aus dem Vertrag und insbesondere aus dessen Leistungsbeschreibung zu entnehmen sei, handle es sich bei den Zargen und Blechteilen um individuell bestellte und eigens für dieses Bauwerk hergestellte Baustoffe. In Ziff. 2.10 bis Ziff. 2.20 des Werkvertrages seien die von ihr vorgenommenen Arbeiten (Zuschnitt, Kanten, Bohren, Fräsen, Aussparungen anbringen, Entgraten, Schweissen, Verschleifen, Beschichten, Folieren) beschrieben. Sie sei Subunternehmerin und damit Hilfsperson des Unternehmers, welcher diesen Baustoff einbaue (act. 1 Rz 10 f.; act. 18). Aufgrund dieser Behauptungen bzw. des eingereichten Werkvertrages (act. 3/3) ist glaubhaft, dass die Gesuch-

stellerin tatsächlich individuelle Zargen und Blechteile herstellte und diese nach ... lieferte, welche letztlich für den Einbau in die Bauten auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin bestimmt waren. Damit ist vorliegend davon auszugehen, dass sie Material und Arbeit im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 geleistet hat. Erfolgen solche Leistungen ausschliesslich ausserhalb der Baustelle, sind sie indes nur dann pfandberechtigt, wenn deren Ergebnis schliesslich auch tatsächlich Bestandteil der Bauten auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin wird. Dabei ist für die Pfandberechtigung nicht erforderlich, dass die Gesuchstellerin die von ihr hergestellten Bestandteile selber auf der Baustelle eingebaut hat. Es genügt, wenn die Arbeitsleistungen von einem Dritten in das Bauwerk eingefügt worden sind (SCHUMACHER, a.a.O., N 432 ff.). Dass die aus den von der Gesuchstellerin gelieferten Bestandteilen hergestellten Fenster tatsächlich auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin eingebaut worden sind, wird zwar von der Nebenintervenientin 1 pauschal bestritten, ein entsprechender Einbau durch die E._____ d.o.o. bzw. die F._____.AG erscheint jedoch nicht unwahrscheinlich oder gar ausgeschlossen. Die Nebenintervenientin 1 vermag jedenfalls nichts vorzubringen, was gegen einen entsprechenden Einbau spricht. Damit ist glaubhaft, dass die von der Gesuchstellerin hergestellten Zargen und Bleche schliesslich Bestandteile des Grundstücks der Gesuchsgegnerin wurden, womit sie grundsätzlich pfandberechtigte Leistungen im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB für das Grundstück der Gesuchsgegnerin erbrachte.

5.3. Die Gesuchstellerin begründet ihren Pfandanspruch mit offenen Forderungen aus dem Werkvertrag mit der F._____.AG. Die Gesuchsgegnerin bestreitet zwar pauschal die klägerische Forderung und behält sich sämtliche Einwendungen und Einreden vor, sie äussert sich jedoch nicht weiter zu den Vorbringen der Gesuchstellerin. Auch die Nebenintervenientin 1 macht dazu keine Ausführungen. Aufgrund der Vorbringen der Gesuchstellerein und den von ihr eingereichten Rechnungen (act. 3/7 und 3/8) über EUR 39'504.- sowie EUR 102'420.- ist damit einstweilen glaubhaft, dass sie eine offene Werklohnforderung gegenüber der F._____.AG in der Höhe von umgerechnet CHF 152'270.- hat. Die Gesuchstellerin bringt sodann vor, der F._____.AG ihr Gesuch in Kopie als Mahnung zuzustel-

len. Damit ist auch glaubhaft, dass sich die F.____.AG seit dem 1. März 2017 in Verzug befindet.

5.4. Die Gesuchstellerin führt weiter aus, ihre Lieferungen an die F.____.AG seien am 24. Oktober 2016, am 28. Oktober 2016 sowie am 4. November 2016 erfolgt, womit die Eintragsfrist gewahrt sei (act. 1 Rz 12). Die Liefertermine werden weder von der Gesuchsgegnerin noch von der Nebenintervenientin 1 bestritten. Letztere erklärt jedoch, dass die Verpackung und der Transport von Bauteilen nicht unter den Begriff der "Vollendung der Arbeit" falle, womit der Fristlauf zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht mit der Lieferung der Baumaterialien an die E.____ d.o.o. am 4. November 2016, sondern mit der Fertigstellung der Waren durch die Gesuchstellerin in ihrem Werk in H.____, Deutschland, beginne. Die Gesuchstellerin habe nicht behauptet – geschweige denn glaubhaft gemacht –, dass die Produktion der Baumaterialien in H.____ am 2. November 2016 noch nicht abgeschlossen gewesen sei. Angesichts der Tatsache, dass Lieferungen angeblich bereits in der Vorwoche in Bosnien und Herzegowina eingetroffen seien, erscheine es als erwiesen, dass die Fertigstellung der Baumaterialien früher erfolgt sei (act. 13 Rz 29 ff.).

Für den Unternehmer, der – wie vorliegend – in seiner Werkstatt oder Fabrik Bauteile nach Mass herstellt, beginnt die Eintragsfrist in der Tat am Tag nach dem Produktionsende und nicht erst mit dem Transport der Bauteile auf die Baustelle. Der Hersteller und der Unternehmer, welcher die Bauteile in das Bauwerk einfügt, unterliegen getrennten Fristanfängen (SCHUMACHER, a.a.O., N 1112). Das beantragte Bauhandwerkerpfandrecht wurde am 2. März 2017 im Grundbuch vorgemerkt (act. 7). Damit müsste die Gesuchstellerin am 1. November 2016 noch objektspezifische Arbeiten ausgeführt haben. Dies erscheint aufgrund der unstrittigen Tatsache, dass die letzte Lieferung nach Bosnien und Herzegowina erst drei Tage später erfolgte, nicht ausgeschlossen. Damit ist einstweilen glaubhaft, dass die gesetzliche viermonatige Eintragsfrist mit der superprovisorischen Eintragung gewahrt wurde.

5.5. Schliesslich steht die ungeklärte Zugehörigkeit des Grundstücks (Verwaltungs- oder Finanzvermögen) alleine – bzw. das Argument, es handle sich um

Verwaltungsvermögen – der *provisorischen* Eintragung nicht entgegen, da die Gesuchstellerin ausführt, dass dies vorliegend strittig sei (Art. 839 Abs. 5 ZGB). Demgegenüber ist eine *definitive* Eintragung nur dann möglich, wenn es sich um ein Grundstück im Finanzvermögen handelt (Art. 839 Abs. 6 ZGB; THURNHERR, in: BSK-ZGB II, Basel 2015, Art. 839/840 N 42 e und j).

6. Hinreichende Sicherheit

6.1. 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.).

6.2. Die Nebenintervenientin 2 hat bei der Obergerichtskasse einen Betrag in der Höhe von CHF 190'337.50 einbezahlt und erklärt, dass die geleistete Zahlung als Barkaution zur Ablösung des mit Verfügung vom 2. März 2017 zu Gunsten der Gesuchstellerin auf der Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBL. ..., Vorbahnhof, Stadtquartier Zürich-..., für eine Pfandsumme von CHF 152'270.– nebst Zins zu 5 % seit 1. März 2017 eingetragenen Pfandrechts verstanden werden soll, wobei die Barkaution provisorische geleistet werde (act. 24; act. 27). Die Gesuchstellerin teilte ihrerseits mit, dass sie eine Sicherheitshinterlegung (Barkaution) beim Gericht im Umfang von 125 % der Pfandsumme (d.h. CHF 190'337.50) als hinreichende Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB zu akzeptieren bereit sei (act. 18). Die Gesuchsgegnerin sowie die Nebenintervenientin 1 verlangen sodann im Eventualstandpunkt, es sei der Betrag der hinreichenden Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB, welche provisorisch und in bar zu leisten sei, auf CHF 190'337.50 festzulegen (act. 11; act. 13).

6.3. Die Nebenintervenientin 2 beantragt demnach die Hinterlegung einer Barkautions in der Höhe von CHF 190'337.50 als provisorische Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB bei der Obergerichtskasse des Kantons Zürich, welche Sicherheit die Gesuchstellerin ausdrücklich als hinreichend anerkennt. Davon ist Vormerk zu nehmen. Sodann ist die Obergerichtskasse anzuweisen, den einbezahlten Betrag als Sicherheit (Barkautions) im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB zu Gunsten der Gesuchstellerin entgegen zu nehmen und nur auf gerichtliche Anordnung hin einem Ansprecher auszuzahlen. Diese Anordnung falle ohne Weiteres dahin und die Nebenintervenientin 2 könnte die Auszahlung der geleisteten Barkautions verlangen, sollte die Gesuchstellerin die Klage in der Hauptsache nicht fristgerecht einreichen (Art. 263 ZPO).

Sodann ist infolge der anerkanntermassen hinreichenden Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB die Löschung der bereits erfolgten vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzuordnen (BSK ZGB II-THURNHERR, N 11 zu Art. 839/840). Demgemäss ist das Grundbuchamt ...-Zürich anzuweisen, das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach Ablauf der Rechtsmittelfrist zu löschen.

7. 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 2 die Sicherheit nur zur Ablösung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts. Demgemäss ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um beim örtlich und sachlich zuständigen Gericht auf definitive Bestellung der Sicherheit zu klagen.

Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen. Eine Verlängerung dieser Frist ist grundsätzlich 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.

8. 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 152'270.– auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 8'000.– festzusetzen ist.

Über den Pfand- bzw. Sicherstellungsanspruch der Gesuchstellerin ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob die Gesuchstellerin 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 vorläufige Eintragung des Pfandrechts von der Gesuchstellerin 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 Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, sind jedoch die Ansprüche der Gesuchsgegnerin sowie der Nebenintervenientinnen zu regeln. Weder die Gesuchsgegnerin noch die Nebenintervenientin 2 sind berufsmässig vertreten. Eine angemessene Umtriebsentschädigung wird gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO nur in begründeten Fällen zugesprochen. Sowohl die Gesuchsgegnerin als auch die Nebenintervenientin 2 haben es unterlassen, ihren Aufwand im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren darzulegen und zu begründen sowie ihre Entschädigungsforderung zu beziffern. Damit können ihnen keine Umtriebsentschädigungen zugesprochen werden. Die Nebenintervenientin 1 ist demgegenüber berufsmässig vertreten und hat damit bei Obsiegen grundsätzlich einen Anspruch auf die Zusprechung einer Parteientschädigung nach Tarif (Art. 95 Abs. 3 lit. b i.V.m. Art. 105 Abs. 2 ZPO). Für

den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, ist der Nebenintervenientin 1 damit in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von CHF 3'000.– zuzusprechen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Es wird vorgemerkt, dass die D._____ AG, ... [Adresse], dem Prozess als Nebenintervenientin der Gesuchsgegnerin (Nebenintervenientin 2) beigetreten ist.
2. Es wird vorgemerkt, dass die Gesuchstellerin die von der Nebenintervenientin 2 bei der Obergerichtskasse des Kantons Zürich geleistete Barkaution in der Höhe von CHF 190'337.50 als hinreichende Sicherheit für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung anerkannt hat.
3. Das Grundbuchamt ...-Zürich wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 2. März 2017 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen auf Liegenschaft Kat. Nr. ..., GBBl. ..., Vorbahnhof, Stadtquartier Zürich-..., für eine Pfandsumme von CHF 152'270.– nebst Zins zu 5 % seit 1. März 2017.
4. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die von der Nebenintervenientin 2 geleistete Barkaution als Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB entgegen zu nehmen und nur auf ausdrückliche gerichtliche Anordnung hin auszubezahlen.
5. Der Gesuchstellerin wird – auch unter Berücksichtigung allfälliger Gerichtsferien – eine Frist bis 29. September 2017 angesetzt, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit anzuheben, unter

der Androhung, dass bei Säumnis die Anweisung gemäss Dispositiv-Ziffer 4 dahinfällt und die Nebenintervenientin 2 beim Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich die Herausgabe der Sicherheit verlangen kann.

6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 8'000.–.
Allfällige weitere Kosten (insbesondere Rechnung des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.
7. Die Kosten werden von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 5 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 Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 5 angesetzte Frist zur Anhebung der Klage, wird sie verpflichtet, der Nebenintervenientin 1 eine Parteientschädigung von CHF 3'000.– zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich gemäss Dispositiv-Ziffer 4 sowie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt ...-Zürich, an die Gesuchstellerin, die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientin 1 je unter Beilage eines Doppels von act. 27.
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 152'270.–.

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

Zürich, 27. Juni 2017

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Rafael Rutgers