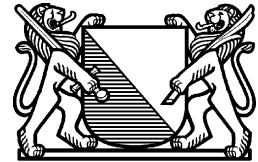


Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE190053-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie die Gerichtsschreiberin
Sabrina Schalcher

Urteil vom 3. April 2019

in Sachen

A._____ GmbH,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ Immobilien AG,

Gesuchsgegnerin

sowie

C._____ AG,

Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y._____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei das Grundbuchamt D._____ richterlich anzuweisen, auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin, Gemeinde D._____, Grundbuch Blatt ..., Liegenschaft, Kataster ..., EGRID CH..., E._____, ein Bauhandwerkerpfandrecht im Betrag von Fr. 37'675.95 zzgl. Zins zu 5% seit 02.11.18 vorläufig einzutragen.
2. Die vorläufige Eintragung sei unverzüglich zur Wahrung der Viermonatsfrist durch eine vorsorgliche Verfügung anzuordnen, das zuständige Grundbuchamt also richterlich anzuweisen, das Pfandrecht unverzüglich superprovisorisch einzutragen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Prozessuale Anträge der Gesuchsgegnerin:

(act. 10 S. 2)

- "1. Es sei das Interventionsgesuch der Nebenintervenientin um Intervention als Nebenpartei im Sinne von Art. 74 ff. ZPO gutzuheissen.
2. Es sei festzustellen, dass die von der Nebenintervenientin mit Zahlungsauftrag vom 27. Februar 2019 geleistete Zahlung an die Obergerichtskasse Zürich im Betrag von CHF 43'327.35 (Restforderung Werklohn von CHF 37'675.95 zuzüglich Zins zu 5 % für 3 Jahre) als hinreichende *provisorische* Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB gilt und daher an die Stelle des (super)provisorisch im Grundbuch eingetragenen Pfandrechts tritt.
3. Es sei das Grundbuchamt D._____ anzuweisen, das eingetragene Pfandrecht auf Grundbuch Blatt ..., Liegenschaft, Kataster ..., EGRID CH..., E._____, F._____-Strasse ..., zu löschen.
4. Der Gesuchstellerin sei eine angemessene Frist anzusetzen, und Klage auf definitive Bestellung der eingereichten Sicherheit anzuhängen (gegen die Nebenintervenientin).
5. Der Gesuchsgegnerin sei eine angemessene Umtriebsentschädigung zuzügl. MWSt zuzusprechen."

Prozessuale Anträge der Nebenintervenientin:

(act. 7 S. 2 ff.)

- "1. Es sei das vorliegende Interventionsgesuch um Intervention als Nebenpartei im Sinne von Art. 74 ff. ZPO gutzuheissen.

2. Es sei festzustellen, dass die von der Nebenintervenientin mit Zahlungsauftrag vom 27. Februar 2019 geleistete Zahlung an die Obergerichtskasse Zürich im Betrag von CHF 43'327.35 (Restforderung Werklohn von CHF 37'675.95 zuzüglich Zins zu 5% für 3 Jahre) als hinreichende *provisorische* Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB gilt und daher an die Stelle des (super)provisorisch im Grundbuch eingetragenen Pfandrechts tritt.
3. Es sei das Grundbuchamt D._____ anzuweisen, das eingetragene Pfandrecht auf Grundbuch Blatt ..., Liegenschaft, Kataster ..., EGRID CH..., E._____, F._____-Strasse ..., zu löschen.
4. Der Gesuchstellerin sei eine angemessene Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Bestellung der eingereichten Sicherheit anzuhängen.
5. Die Obergerichtskasse Zürich sei anzuweisen, die von der Nebenintervenientin geleistete Zahlung im Betrag von CHF 43'327.35 (als Sicherheitsleistung für die behauptete Restwerklohnforderung von CHF 37'675.95 zuzüglich Zins zu 5% für 3 Jahre) für die Dauer des vorliegenden Verfahrens sowie ab dem Datum des Entscheids im vorliegenden Verfahren aufzubewahren und einzig nach Massgabe der folgenden Voraussetzungen an die Gesuchstellerin oder die Nebenintervenientin herauszugeben:
 - a) Eine ganz oder teilweise Freigabe der Sicherheit an die Gesuchstellerin erfolgt, wenn dem Gericht über den zur Freigabe ersuchten Betrag eine schriftliche und rechtsgültig unterzeichnete Zahlungsaufforderung der Gesuchstellerin an die Nebenintervenientin im Original vorgelegt wird, welche dieser belegtermassen an die letztbekannte Adresse (Einschreiben) zugestellt wurde
und
 - aa) dem Gericht ein vollstreckbares und rechtskräftiges (keine Anfechtbarkeit mehr mit Berufung oder Beschwerde) Urteil eines schweizerischen Gerichts im Original oder in Kopie mit Vollstreckbarkeits- und Rechtskraftbescheinigung vorgelegt wird, aus dem hervorgeht, dass die mittels der Sicherheitsleistung gesicherte Forderung für Arbeiten auf dem Grundstück Grundbuch Blatt ..., Liegenschaft, Kataster ..., EGRID CH..., E._____, F._____-Strasse ..., von definitivem Bestand ist (ganz oder teilweise) *und* dem Gericht ein vollstreckbares und rechtskräftiges (keine Anfechtbarkeit mehr mit Berufung oder Beschwerde) Urteil eines schweizerischen Gerichts im Original oder in Kopie mit Vollstreckbarkeits- und Rechtskraftbescheinigung vorgelegt wird, aus dem hervorgeht, dass die zwecks Ablösung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts geleistete Zahlung (ganz oder teilweise) definitiv und zu Recht für diese Forderung der Gesuchstellerin haftet
oder

bb) dem Gericht ein von der Gesuchsgegnerin und deren Auftraggeberin rechtsgültig unterzeichneter gerichtlicher oder aussergerichtlicher Parteivergleich im Original oder in Kopie vorgelegt wird, aus dem hervorgeht, dass die mittels Sicherheitsleistung gesicherte Forderung aus dem besagten Vertragsverhältnis in Höhe des Betrags, für welchen um Freigabe ersucht wird, anerkannt wird, *und* dem Gericht ein vollstreckbares und rechtskräftiges (keine Anfechtbarkeit mehr mit Berufung oder Beschwerde) Urteil eines schweizerischen Gerichts im Original oder in Kopie mit Vollstreckbarkeits- und Rechtskraftbescheinigung vorgelegt wird, aus dem hervorgeht, dass die zwecks Ablösung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts geleistete Zahlung (ganz oder teilweise) definitiv und zu Recht für diese Forderung der Gesuchstellerin haftet

oder

cc) dem Gericht ein von der Gesuchstellerin und der Nebenintervenientin rechtsgültig unterzeichneter gerichtlicher oder aussergerichtlicher Parteivergleich im Original oder in Kopie vorgelegt wird, aus dem hervorgeht, dass die Nebenintervenientin den Betrag, für welchen um Freigabe ersucht wird, zur Zahlung anerkennt

oder

dd) dem Gericht ein konkursamtlicher oder betreibungsrechtlicher Verlustausweis im Original oder in Kopie vorgelegt wird, aus dem hervorgeht, dass die mittels Sicherheitsleistung gesicherte Forderung in Höhe des Betrags, für welchen um Freigabe ersucht wird, zu Verlust gekommen ist, *und* dem Gericht ein vollstreckbares und rechtskräftiges (keine Anfechtbarkeit mehr mit Berufung oder Beschwerde) Urteil eines schweizerischen Gerichts im Original oder in Kopie mit Vollstreckbarkeits- und Rechtskraftbescheinigung vorgelegt wird, aus dem hervorgeht, dass die zwecks Ablösung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts geleistete Zahlung (ganz oder teilweise) definitiv und zu Recht für diese Forderung der Gesuchstellerin haftet.

b) Eine ganze oder teilweise Rückleistung der Sicherheit an die Nebenintervenientin erfolgt, wenn

aa) die Nebenintervenientin die Rückleistung mit der Begründung verlangt, dass die vom Gericht angesetzte Klagefrist gemäss Antrag Nr. 3 voranstehend von der Gesuchstellerin definitiv nicht gewahrt wurde und die Nebenintervenientin zum Nachweis einen Ausweis in der Form gemäss lit. a)/aa) vorstehend einreicht bzw. falls die Nebenintervenientin geltend macht, ein solcher Ausweis sei mangels Einreichung einer Klage nicht verfügbar und die Gesuchstellerin daraufhin nicht positiv mit einem Ausweis gemäss a)/aa) vorstehend oder im Falle eines laufenden Verfahrens mit der Bestätigung des mit der Sache befassten Gerichts belegt, dass die Klagefrist im Zeitpunkt des Ersuchens der Nebeninter-

venientin um Rückleistung nicht als definitiv nicht gewahrt zu gelten hat

oder

bb) die Nebenintervenientin einen Ausweis im Sinn und der Form von a) vorstehend vorlegt, aus dem sich ergibt, dass die Forderung aus dem besagten Vertragsverhältnis im Umfang der von ihr beanspruchten Rückleistung nicht besteht oder getilgt wurde

oder

cc) die Nebenintervenientin ein Urteil in der Form von a)/aa) vorstehend vorlegt, wonach die Gesuchstellerin im Verfahren betreffend definitive Bestellung der Sicherheitsleistung ganz oder teilweise unterlegen ist, wobei die Rückleistung nach Massgabe des Unterliegens erfolgt.

6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MwSt. zulasten der Gesuchsgegnerin."

Prozessuale Anträge der Gesuchstellerin:

(act. 14 S. 2)

- "1. Es sei festzustellen, dass der von der C._____ AG bei der Kasse des Obergerichts einbezahlte Betrag von CHF 43'327.35 grundsätzlich als hinreichend im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB zu gelten hat, sofern die Sicherheit solange hinterlegt bleibt, bis in einem Prozess zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin bzw. Nebenintervenientin oder zwischen der Gesuchstellerin und der Werklohnschuldnerin Höhe und Bestand der Forderung von Fr. 37'675.95 zzgl. Zins zu 5% seit 02.11.2018 ganz oder teilweise rechtskräftig festgestellt bzw. die Werklohnschuldnerin ganz oder teilweise rechtskräftig zur Bezahlung verurteilt wird und die Freigabe der Sicherheit nach Massgabe des Entscheides verlangt wird.

Gleiches gilt, wenn in einem gerichtlichen oder aussergerichtlichen Vergleich zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin bzw. der Nebenintervenientin oder Gesuchstellerin und Werklohnschuldnerin die jeweiligen Parteien vereinbaren, dass die Sicherheit ganz oder teilweise an die Gesuchstellerin herauszugeben ist.

2. Den Gesuchen der C._____ AG und der Gesuchsgegnerin um Nebenintervention der C._____ AG sei stattzugeben.
3. Es sei richterlich festzuhalten gegen wen (Gesuchsgegnerin oder Nebenintervenientin) ein allfälliger Prozess auf definitive Bestellung der Sicherheit zu führen ist.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin ersuchte mit ihrer Eingabe vom 6. Februar 2019 samt Beilagen (act. 1; act. 2; act. 3/2-15) beim hiesigen Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich um superprovisorische Anordnung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf der Liegenschaft Gemeinde D._____, Grundbuch Blatt ..., Liegenschaft, Kat. Nr. ..., EGRID CH..., E._____, F._____-Strasse ... (act. 3/4 und Prot. S. 2). Dem Gesuch wurde mit Verfügung vom 7. Februar 2019 einstweilen und ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen und das zuständige Grundbuchamt D._____ wurde angewiesen, das entsprechende Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Gesuch Stellung zu nehmen (act. 4). Sowohl die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin als auch diejenige der C._____ AG wurden mit Poststempel vom 28. Februar 2019 fristgerecht eingereicht (act. 7; act. 9/2-5; act. 10). Die Gesuchsgegnerin und die C._____ AG beantragten darin, das Gesuch der C._____ AG um Intervention als Nebenpartei i.S.v. Art. 74 ff. ZPO sei zu genehmigen und, sinngemäss, der C._____ AG sei zu bewilligen, als hinreichende provisorische Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB den Betrag von CHF 43'327.35 bei der Kasse des hiesigen Obergerichts zu hinterlegen. Am 28. Februar 2019 ging dieser Betrag, geleistet durch die C._____ AG, bei der Kasse des Obergerichts ein. In der Folge wurde mit Verfügung vom 4. März 2019 der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um sich zum Nebeninterventionsgesuch und dazu zu äussern, ob sie die angebotene Barsicherheit als hinreichend im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB erachte. Mit derselben Verfügung wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um sich zur Frage zu äussern, ob sie Rechtsanwalt MLaw Y._____ als ihren Rechtsvertreter beauftragt habe, und falls ja, um eine entsprechende Vollmacht nachzureichen, unter der Androhung, dass sonst hinsichtlich act. 7 sowie act. 9/2-5 für die Gesuchsgegnerin vollmachtloses Handeln

angenommen würde (act. 12). Die Gesuchstellerin reichte mit Eingabe vom 14. März 2019 ihre Stellungnahme fristgerecht ein (act. 14). Zudem erklärte Rechtsanwalt MLaw Y._____ mit Eingabe vom 15. März 2019, nur die C._____ AG, nicht aber die Gesuchsgegnerin zu vertreten (act. 15). Die Gesuchsgegnerin selbst liess sich nicht vernehmen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif, weshalb ein Urteil zu fällen ist.

2. Nebenintervention

2.1. 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). Das Gericht entscheidet über das Nebeninterventionsgesuch nach Anhörung der Parteien (Art. 75 Abs. 2 ZPO). Im Falle der Genehmigung des Gesuchs kann die intervenierende Person zur Unterstützung der Hauptpartei Prozesshandlungen vornehmen, die nach dem Stand des Verfahrens zulässig sind. Stehen diese Prozesshandlungen mit jenen der Hauptpartei im Widerspruch, so sind sie im Prozess unbeachtlich (Art. 76 ZPO).

2.2. Sowohl die Gesuchstellerin als auch die Gesuchsgegnerin haben sich mit der Nebenintervention der C._____ AG ausdrücklich einverstanden erklärt (act. 10 S. 2; act. 14 S. 2). Zudem erscheint das rechtliche Interesse der C._____ AG als Mieterin der Räumlichkeit, in welchen die behaupteten, dem beantragten Bauhandwerkerpfandrecht zugrunde liegenden Ausbauarbeiten ausgeführt worden sein sollen (act. 7 Rz. 3), glaubhaft. Deshalb ist die C._____ AG zu Gunsten der Gesuchsgegnerin als Nebenintervenientin zuzulassen.

3. Voraussetzungen zur provisorischen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

3.1. 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 (Art. 839 Abs. 2 ZGB).

Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, so muss die Gesuchstellerin ihr Gesuch nur glaubhaft machen. An die Glaubhaftmachung sind nach konstanter Lehre und Praxis keine strengen Anforderungen zu stellen. Die vorläufige Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts darf nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfall ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechts dem ordentlichen Verfahren vorzubehalten. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 86 I 265 E. 3; BGE 102 Ia 81 E. 2; BGE 112 Ib 482 E. 3b; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. A., 2008, Rz. 1394 ff.).

3.2. Die Gesuchstellerin behauptet, in der Liegenschaft der Gesuchsgegnerin vom 5. bis 23. Oktober 2018 Gips- und Malerarbeiten ausgeführt zu haben. Die mit diesen Arbeiten ursprünglich beauftragte G. _____ GmbH habe sie nicht mehr selber ausführen können und habe deshalb die Gesuchsgegnerin beigezogen. Auch in der Zeit vom 21. bis 23. Oktober 2018 seien noch namhafte Arbeiten erbracht worden. Zudem habe die Gesuchstellerin das dafür notwendige Material eingekauft. Für Arbeit und Material seien der Nebenintervenientin am 25. Oktober 2018 CHF 37'675.95 in Rechnung gestellt worden. Diese Rechnung sei nicht fristgerecht beglichen worden, weshalb sie den Ausstand am 2. November 2018 abgemahnt habe (act. 1 Rz. II.1 ff.).

3.3. Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Behauptungen der Gesuchstellerin nicht (act. 7; act. 10). Die Nebenintervenientin behält sich Bestreitungen für das Verfahren um definitive Bestellung der Sicherheit bzw. für das Verfahren vor dem ordentlichen Gericht vor, hält aber vorsorglich bereits fest, dass die Höhe der For-

derung, die Fertigstellung der Arbeiten und die Nachträge bestritten würden und Mängel entstanden seien (act. 7 Rz. 8).

3.4. Angesichts dieser Ausführungen der Gesuchstellerin, der bloss pauschalen Bestreitungen der Nebenintervenientin sowie der eingereichten Akten ist glaubhaft gemacht worden, dass die Gesuchstellerin für die eingetragene Pfandsumme auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB Material und Arbeit geliefert bzw. geleistet hat, ihr ein Betrag in der Höhe der eingetragenen Pfandsumme zusteht und die Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB mit der vorläufigen Eintragung gewahrt wurde.

Den ab dem 2. November 2018 verlangte Zins von 5 % begründet die Gesuchstellerin mit ihrer vom 2. November 2018 datierenden Mahnung (act. 1 Rz. II.4). Wann die Mahnung der Gesuchsgegnerin zugeht, geht aus den Akten nicht hervor. Da bei Mahnungen der Tag nach ihrem Eintreffen als Beginn der Zinsdauer gilt (WIEGAND, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 6. A., Art. 104 N 3; Art. 77 Abs. 1 Ziff. 1 OR analog), könnte der Zins selbst bei Zustellung der Mahnung am 2. November 2018 erst ab dem 3. November 2018 geschuldet sein. Aufgrund der Zahlungsfrist in der Rechnung vom 25. Oktober 2018 (act. 3/9) sowie der in der Mahnung enthaltenen Zahlungsfristen (act. 3/15) wäre auch ein nach dem 3. November 2018 datierender Beginn des Zinslaufs, nicht aber ein früherer, möglich. Dazu fehlen jedoch Ausführungen der Parteien. Der Verzug und damit der Beginn des Zinslaufs ist deshalb frühestens am 3. November 2018 eingetreten, ein früherer Zinslauf erscheint nicht glaubhaft.

3.5. Demnach sind die Voraussetzungen zur *vorläufigen* Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts – vorbehältlich der nachstehenden Prüfung der Leistung einer hinreichenden Sicherheit – erfüllt. Ein Pfandrechtsanspruch für den Zins bestünde – in Abweichung von der superprovisorischen Eintragung – erst ab dem 3. November 2018. Das Gesuch um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts wäre entsprechend im Mehrbetrag (Zinslauf) abzuweisen (siehe jedoch Ausführungen in Ziffer 4).

4. Hinreichende Sicherheit

4.1. Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB kann die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer oder ein Dritter für die angemeldete Forderung des Handwerkers oder Unternehmers hinreichende Sicherheit leistet. Sofern der Unternehmer (Gesuchstellerin) die Sicherheit nicht als genügend anerkennt, stellt das Gericht fest, ob die Sicherheit für die angemeldete Forderung hinreichend i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB ist (vgl. SCHUMACHER, a.a.O., Rz. 1314 f.). Einwendungen des Unternehmers müssen dabei nur geprüft werden, wenn sie substantiiert vorgebracht wurden (HGer Urteil HE150087-O vom 4. Mai 2015 E. 7). 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., Rz. 1254 ff.).

Erfolgt die Leistung der (Ersatz-)Sicherheit nachdem ein Pfandrecht bereits im Grundbuch eingetragen wurde, ist bei Akzept der Sicherheit als hinreichend durch die Gesuchstellerin oder bei Erfüllung der Voraussetzungen für eine hinreichende Sicherheit die Löschung der Eintragung anzuordnen. War die Eintragung im Grundbuch aufgrund eines Massnahmeverfahrens erst vorläufig erfolgt, besteht die Möglichkeit, dass die Sicherheit unter denselben Bedingungen wie die vorsorgliche Eintragung ebenfalls nur vorläufig geleistet wird. Diesfalls erfolgt die Prosequierung durch Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 4. A., 2012, Rz. 1741 ff.; SCHUMACHER, a.a.O., Rz. 1237 ff.).

4.2. Vorliegend ersuchen die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientin darum, dass es der Nebenintervenientin zu bewilligen sei, als hinreichende provisorische Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB den bereits einbezahlten Betrag von CHF 43'327.35 bei der Kasse des hiesigen Obergerichts zu hinterlegen (act. 7; act. 10). Bezüglich der in Ziffer 5 ihrer prozessualen Anträge aufgelisteten Modalitäten für die Herausgabe der Sicherheit führt die Nebenintervenientin aus, dass diese auch noch im Rahmen des Verfahrens um definitive Bestellung der Sicher-

heit definiert werden könnten. Die Anträge würden aber gestellt, sofern die Festlegung der Modalitäten bereits heute erforderlich sei (act. 7 Rz. 9).

Aufgrund dieser Ausführungen bildet eine Festlegung der Modalitäten im vorliegenden Verfahren keine Bedingung für die Sicherheitsleistung (für die Folgen der Sicherheitsleistung, inklusive der Modalitäten der Herausgabe der Sicherheit, siehe Ziffer 5 nachfolgend).

4.3. Die Gesuchstellerin erklärt in ihrer Stellungnahme vom 14. März 2019 (act. 14), dass sie den einbezahlte Betrag grundsätzlich als hinreichend betrachte, sofern die Modalitäten der Freigabe der Sicherheit an die Gesuchstellerin den Wirkungen eines eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin entsprechen würden. Weiter sei die geleistete Sicherheit von der Gesuchstellerin nur dann zu akzeptieren, wenn richterlich festgehalten werde, gegen wen der Prozess auf definitive Bestellung der Sicherheit zu führen wäre.

Damit beanstandet die Gesuchstellerin die Sicherheit inhaltlich nicht und anerkennt sie folglich als hinreichend an, wovon Vormerk zu nehmen ist (für die Folgen der Sicherheitsleistung, inklusive der Modalitäten der Herausgabe der Sicherheit, siehe Ziffer 5 nachfolgend).

4.4. Nachdem die Gesuchstellerin die geleistete Barsicherheit als provisorische hinreichende Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB anerkannt hat, ist die Löschung des mit Verfügung vom 7. Februar 2019 vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts anzuordnen. Demgemäss ist das Grundbuchamt D._____ anzuweisen, das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – zu löschen. Aufgrund der Löschung der gesamten Eintragung erübrigt sich die Anordnung einer bloss teilweisen Löschung hinsichtlich des Zinses gestützt auf die Erwägungen in Ziffer 3.

5. Folgen der Sicherheitsleistung

5.1. 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. Demgemäss ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um beim örtlich und sachlich zuständigen Gericht auf definitive Bestellung der Sicherheit zu klagen (Prosequierungsfrist). Jenem Gericht obliegt im Verfahren auf definitive Bestellung der Sicherheit auch der Entscheid, welche Partei als passivlegitimiert anzusehen ist. Das Einzelgericht des Handelsgerichts Zürich darf deshalb nicht vor- und in die Kompetenz des für die Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit zuständige Gericht eingreifen. Folglich sind die Anträge der Parteien auf Festlegung der Passivlegitimation für das Verfahren auf definitive Bestellung der Sicherheit abzuweisen. Damit liegt es in der Verantwortung der Gesuchstellerin, abzuklären, gegen wen sie die Klage einzureichen hat. Für die aktuelle Praxis des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist auf das HGer Vorurteil HG160040 vom 18. August 2016 publiziert in ZR 115/2016 S. 211 ff. zu verweisen. Das von der Nebenintervenientin angeführte Urteil HGer Urteil HE140120 vom 24. Juli 2014 E. 7 entspricht nicht der aktuellen Praxis.

5.2. Die Prosequierungsfrist ist – praxismässig – auf 60 Tage festzulegen. Eine längere Frist ist vorliegend nicht angezeigt. Allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (BGer Urteil 5A_82/2016 vom 16. August 2017, E. 2.5.2). 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.

5.3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich ist anzuweisen, die von der Nebenintervenientin geleistete Barkaution als Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB entgegen zu nehmen. Weiter ist die Obergerichtskasse darauf hinzuweisen, dass diese Sicherheit nur aufgrund einer ausdrücklichen gerichtlichen Anordnung ausbezahlt werden darf (§ 17 Verordnung des Obergerichts über die Verwaltung von Depositen, Kautionen und Effekten). Das Gericht beachtet bei seinen Anordnungen, dass die Sicherheit ein eingetragenes Bauhandwerker-

pfandrecht ersetzt und gestaltet die Herausgabemodalitäten entsprechend möglichst ähnlich. Soweit mit Ziffer 5 ihrer Anträge die Nebenintervenientin zusätzliche oder anderweitige Anforderungen an die Herausgabe der Sicherheit knüpfen möchte, stehen sie im Widerspruch zu den Anträgen der Gesuchsgegnerin, die keine zusätzlichen Modalitäten verlangt. Entsprechend sind die Anträge unbeachtlich und daher abzuweisen (Art. 76 Abs. 2 ZPO; GRABER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., 2017, Art. 76 N 9 und 11).

5.4. Bereits jetzt ist darauf hinzuweisen, dass, sollte die Gesuchstellerin die Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit nachgewiesenermassen nicht innert (allenfalls erstreckter) Prosequierungsfrist einreichen, Verzicht auf die Sicherheit angenommen wird und die Nebenintervenientin beim Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich die Auszahlung der geleisteten Barsicherheit verlangen kann.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. 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 37'675.95 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 2'400.– 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 Bauhandwerkerpfandrechts von der Gesuchstellerin zu beziehen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt.

6.2. Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt es die Gesuchstellerin, ihren Anspruch innert Frist zu prosequieren, gilt was folgt:

Diesfalls ist der Gesuchstellerin keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Betreffend die Gesuchsgegnerin ist anzumerken, dass sie zwar eine Stellungnahme eingereicht hat, sich aber in materieller Hinsicht kaum geäussert hat. Da sie nicht berufsmässig vertreten ist, fiele eine Parteientschädigung (angemessene Umtriebsentschädigung) zudem höchstens in begründeten Fällen in Betracht (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO). Da eine entsprechende Entschädigung in erster Linie aber nur zur Ausgleichung von Verdienstaufschlägen einer selbstständig erwerbenden Person zur Verfügung stünde (vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006 7221, 7293), was vorliegend nicht der Fall ist, und die Gesuchsgegnerin ohnehin auch ihre Aufwendungen nicht dargelegt hat, ist ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Ebenfalls keine Parteientschädigung zuzusprechen ist der Nebenintervenientin, es fehlt bereits an einem entsprechenden Antrag auf eine eigene Entschädigung (RÜEGG/RÜEGG, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., 2017, Art. 105 N 2, vgl. act. 7 Ziffer 6 der prozessualen Anträge und Rz. 10). Ohnehin erfolgt die Zusprechung einer Parteientschädigung an eine Nebenintervenientin nur ausnahmsweise, da sie Interessen wahrt, welche sich aus ihrem Rechtsverhältnis zur unterstützenden Hauptpartei und nicht zum Prozessgegner ergeben (GRABER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., 2017, Art. 77 N 3; BGE 130 III 571 E. 6).

Das Einzelgericht erkennt:

1. Die C._____ AG wird zu Gunsten der Gesuchsgegnerin als Nebenintervenientin zugelassen.

2. Es wird vorgemerkt, dass die Gesuchstellerin die von der Nebenintervenientin bei der Obergerichtskasse des Kantons Zürich in der Höhe von CHF 43'327.35 als hinreichende Sicherheit für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung anerkannt hat.
3. Das Grundbuchamt D._____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 7. Februar 2019 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht **nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist** vollumfänglich zu löschen

auf Grundbuch Blatt ..., Liegenschaft, Kataster ..., EGRID CH..., E._____
F._____-Strasse ...,
für eine Pfandsumme von CHF 37'675.95 nebst Zins zu 5 % seit 2. November 2018.
4. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die von der Nebenintervenientin geleistete Barkaution als Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB entgegen zu nehmen und nur auf ausdrückliche gerichtliche Anordnung hin bar auszubezahlen.
5. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 4. Juni 2019 angesetzt, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit anzuhängen, unter der Androhung, dass bei Säumnis Verzicht auf die Sicherheit angenommen wird und die Nebenintervenientin beim Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich die Herausgabe der Sicherheit verlangen kann.
6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 2'400.–.

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

gemäss Dispositiv-Ziffer 5. 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, ist weder der Gesuchstellerin noch der Gesuchsgegnerin, noch der Nebenintervenientin eine Parteientschädigung zuzusprechen.
9. Im Übrigen werden die prozessualen Anträge der Parteien abgewiesen.
10. Schriftliche Mitteilung an die Parteien,
 - an die Gesuchstellerin unter Beilage eines Doppels von act. 15,
 - an die Gesuchsgegnerin unter Beilage der Doppel von act. 14 und act. 15,
 - an die Nebenintervenientin unter Beilage einer Kopie von act. 10 und eines Doppels von act. 14

sowie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt D._____ und an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich.

11. 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).

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

Zürich, 3. April 2019

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Sabrina Schalcher