

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE200083-O

U/mk

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

Urteil vom 16. Juni 2020

in Sachen

A. _____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur., LL.M. X. _____

gegen

1. **B. _____ AG,**
 2. **C. _____ AG,**
- Gesuchsgegnerinnen

sowie

D. _____ AG,
p.a. Rechtsanwältin Y. _____
Nebenintervenientin

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- " 1. Das Grundbuchamt E. _____ sei anzuweisen, zulasten folgender Grundstücke der Gesuchsgegnerin 1 Bauhandwerkerpfandrechte im jeweils aufgeführten Betrag, nebst 5% Zins seit 27. Januar 2020 als Vormerkung einzutragen:
- a. Grundbuchblatt 1 (15/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH1, Pfandsumme: CHF 784.50
 - b. Grundbuchblatt 2 (55/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH2, Pfandsumme: CHF 2'876.50
 - c. Grundbuchblatt 3 (90/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH3, Pfandsumme: CHF 4'707.00
 - d. Grundbuchblatt 4 (201/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH4, Pfandsumme: CHF 10'512.30
 - e. Grundbuchblatt 5 (2717/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH5, Pfandsumme: CHF 142'099.10
 - f. Grundbuchblatt 6 (142/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH6, Pfandsumme: CHF 7'426.60
 - g. Grundbuchblatt 8 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
 - h. Grundbuchblatt 9 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
 - i. Grundbuchblatt 10 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
 - j. Grundbuchblatt 11 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
 - k. Grundbuchblatt 12 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
 - l. Grundbuchblatt 13 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
 - m. Grundbuchblatt 14 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
 - n. Grundbuchblatt 15 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
 - o. Grundbuchblatt 16 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
 - p. Grundbuchblatt 17 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50

- q. Grundbuchblatt 18 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
 - r. Grundbuchblatt 19 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
 - s. Grundbuchblatt 20 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
 - t. Grundbuchblatt 21 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
 - u. Grundbuchblatt 22 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
 - v. Grundbuchblatt 23 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
 - w. Grundbuchblatt 24 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
 - x. Grundbuchblatt 25 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
 - y. Grundbuchblatt 26 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
 - z. Grundbuchblatt 27 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
2. Das Grundbuchamt E._____ sei anzuweisen, zulasten folgender Grundstücke der Gesuchsgegnerin 2 Bauhandwerkerpfandrechte im jeweils aufgeführten Betrag, nebst 5% Zins seit 27. Januar 2020 als Vormerkung einzutragen:
- a. Grundbuchblatt 28 (47/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH7, Pfandsumme: CHF 2'458.10
 - b. Grundbuchblatt 29 (52/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH8, Pfandsumme: CHF 2'719.60
 - c. Grundbuchblatt 30 (51/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH9, Pfandsumme: CHF 2'667.30
 - d. Grundbuchblatt 31 (47/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH10, Pfandsumme: CHF 2'458.10
 - e. Grundbuchblatt 32 (66/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH11, Pfandsumme: CHF 3'451.80
 - f. Grundbuchblatt 33 (51/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH12, Pfandsumme: CHF 2'667.30
 - g. Grundbuchblatt 34 (47/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH13, Pfandsumme: CHF 2'458.10
 - h. Grundbuchblatt 35 (52/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH14, Pfandsumme: CHF 2'719.60

- i. Grundbuchblatt 36 (52/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH15, Pfandsumme: CHF 2'719.60
 - j. Grundbuchblatt 37 (65/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH16, Pfandsumme: CHF 3'399.50
 - k. Grundbuchblatt 38 (45/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH17, Pfandsumme: CHF 2'353.50
 - l. Grundbuchblatt 39 (65/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH18, Pfandsumme: CHF 3'399.50
 - m. Grundbuchblatt 40 (65/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH19, Pfandsumme: CHF 3'399.50
 - n. Grundbuchblatt 41 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
 - o. Grundbuchblatt 42 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
 - p. Grundbuchblatt 43 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
 - q. Grundbuchblatt 44 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
 - r. Grundbuchblatt 45 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
 - s. Grundbuchblatt 46 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme: CHF 261.50
3. Die Anweisung sei superprovisorisch zu verfügen und dem Grundbuchamt unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zu Lasten der Gesuchsgegnerinnen."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 27. Februar 2020 (gleichentags überbracht) reichte die Gesuchstellerin das vorliegende Gesuch mit obigem Rechtsbegehren hierorts ein (act. 1). Mit Verfügung vom 28. Februar 2020 wurde dem Gesuch einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen und das Grundbuchamt E._____ wurde angewiesen, das beantragte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig wurde den Gesuchsgegnerinnen Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 4).

Mit Eingabe vom 23. März 2020 stellte die D._____ AG ein Gesuch um Zulassung als Nebenintervenientin und beantragte, es sei festzustellen, dass sie mit der gleichzeitig eingereichten Zahlungsgarantie Nr. ... der F._____ AG vom 17. März 2020 (act. 12) eine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB geleistet habe (act. 10). Die Gesuchsgegnerinnen selber liessen sich nicht vernehmen. Mit Datum vom 9. April 2020 verzichtete die Gesuchstellerin auf eine Stellungnahme zum Interventionsgesuch der D._____ AG, beantragte die Abweisung deren Feststellungsbegehrens und ersuchte um eine Prosequierungsfrist von mindestens 60 Tagen ab dem Zeitpunkt, ab dem weder eine besondere noch eine ausserordentliche Lage gemäss Epidemien-gesetz bestehe (act. 16). Mit Verfügung vom 17. April 2020 wurde die D._____ AG als Nebenintervenientin auf Seiten der Gesuchsgegnerinnen zugelassen (act. 18). Mit Eingabe vom 5. Mai 2020 nahm die Nebenintervenientin zur Eingabe der Gesuchstellerin vom 9. April 2020 ihrerseits Stellung und stellte eine Anpassung der Zahlungsgarantie in Aussicht (act. 20), welche sie am 13. Mai 2020 schliesslich auch einreichte (act. 25). Unter dem 2. Juni 2020 hielt die Gesuchstellerin schliesslich daran fest, dass die eingereichte Zahlungsgarantie trotz der erfolgten Änderung nicht hinreichend im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB sei (act. 29).

2. Parteistandpunkte

Die Gesuchstellerin verlangt die Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten auf den Grundstücken der Gesuchsgegnerinnen. Dazu erklärt sie zusammengefasst, Hintergrund der vorliegenden Streitsache seien Bauarbeiten am Projekt G._____, einem 50 Meter hohen Hochhauses, das im Auftrag der H._____ AG von der Nebenintervenientin als Totalunternehmerin gebaut worden sei und unter anderem 100 Eigentumswohnungen, ein Hotel mit 116 Zimmern und 138 Tiefgaragenplätze umfasse. Die beiden Gesuchsgegnerinnen seien die Miteigentümerinnen, die mit Abstand die meisten Stockwerkeigentumsanteile erworben hätten. Die Nebenintervenientin habe die I._____ AG mit der Errichtung der Lüftungsanlagen beauftragt. Diese habe die Arbeiten, bei denen es sich insbesondere um die Einlege- und Montagearbeiten der Lüftungsanlagen sowie deren Isolation gehandelt habe, durch ihre Subunternehmerin, die J._____ AG, ausführen lassen, welche in der

Folge selber und unter teilweiser Weitervergabe von Arbeiten an Subunternehmer die ihr übertragenen Arbeiten an den Lüftungsanlagen ausgeführt habe. Da die Nebenintervenientin ihre Subunternehmer häufig nur mit sehr grosser Verspätung bezahlt habe, habe auch die I. _____ insbesondere die J. _____ AG – wenn überhaupt – nur mit grosser Verspätung bezahlt, so dass letztere darauf angewiesen gewesen sei, auf ihren Factoring-Service (denjenigen der Gesuchstellerin) zurückzugreifen, um sicherzustellen, dass ihre Subunternehmer bezahlt würden. Im Rahmen dieses Factorings habe die J. _____ AG ihre Forderungen gegenüber der I. _____ AG an sie (die Gesuchstellerin) abgetreten, weshalb auch das Recht zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf sie übergegangen sei. Per heute seien noch Forderungen gegenüber der I. _____ AG in der Höhe von insgesamt CHF 523'000.– unbezahlt (vgl. Auflistung in Randziffer 19 des Gesuchs, wobei diese betreffend die Rechnungen Nr. 158-2018 und Nr. 38-2019 zwei Übertragungsfehler enthält). Die I. _____ AG habe bestätigt, dass die in Rechnung gestellten Arbeiten durch die J. _____ AG geleistet worden seien und sie die Ansprüche anerkannt habe. Der Einfachheit halber werde ein Verzugszins für die gesamte Forderung nach Ablauf der in der Schuldanererkennung vom 26. November 2019 vereinbarten Zahlungsfrist von 60 Tagen, mithin ab dem 27. Januar 2020, gefordert. Die letzten Arbeiten der J. _____ AG auf der Baustelle G. _____ seien am 8. November 2019 oder noch etwas später vorgenommen worden. Es rechtfertige sich, die Pfandrechte nach den Wertquoten auf die einzelnen Eigentümer zu verteilen, da alle Stockwerkeigentümer einen vergleichbaren Nutzen aus der Lüftungsanlage zögen (act. 1 Rz 9 ff.).

Die Gesuchsgegnerinnen selber haben sich im Verfahren nicht vernehmen lassen. Die Nebenintervenientin bestreitet zwar pauschal die Sachdarstellung der Gesuchstellerin vollumfänglich, erklärt jedoch, angesichts des summarischen Charakters des Verfahrens und des Beschleunigungsinteresses aller beteiligten Parteien auf eine einlässliche eigene Stellungnahme zu verzichten, wobei sie sich eine solche für den Prosequierprozess ausdrücklich vorbehalte. Ohne Anerkennung eines Sicherungsanspruches stelle sie eine hinreichende Zahlungsgarantie der F. _____ AG, womit das Grundbuchamt E. _____ anzuweisen sei, die

vorläufig eingetragenen Pfandrechte im Grundbuch vollumfänglich zu löschen (act. 10 Rz 7 ff.).

3. Rechtliches

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes 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 Bauhandwerkerpfandrechtes 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 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., Zürich/Basel/Genf 2008, N 1394 ff.).

4. Eintragungsvoraussetzungen

Wird während eines Verfahrens betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes 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). Vorliegend teilte die Nebenintervenientin mit ihrer Eingabe vom 23. März 2020 mit, im Rahmen des vorliegenden summarischen Verfahrens auf eine einlässliche eigene Stellungnahme zu verzichten (act. 10 Rz 7). Sodann stellte sie keinen Antrag, das Gesuch der Gesuchstellerin sei aufgrund des Fehlens übriger Eintragungsvoraussetzungen abzuweisen. Vielmehr beantragte sie, ihr eine kurze Nachfrist zur Leistung einer hinreichenden Sicherheit anzusetzen, sollte die von ihr eingereichte Zahlungsgarantie der F._____ AG als nicht hinreichend beurteilt werden. Von daher scheint die Nebenintervenientin den provisorischen Sicherungsanspruch der Gesuchstellerin zu anerkennen. Auf der anderen Seite erklärt sie explizit, die Stellung der Bankgarantie erfolge ausdrücklich ohne Anerkennung eines Sicherungsanspruchs der Gesuchstellerin, wobei damit auch der definitive Sicherungsanspruch gemeint sein könnte. Die Gesuchsgegnerinnen selber haben stillschweigend gänzlich auf eine Stellungnahme verzichtet. Letztendlich kann die Frage der Anerkennung des provisorischen Sicherungsanspruches indes vorliegend offengelassen werden.

Denn aufgrund des Verzichts auf eine eingehende Stellungnahme der Nebenintervenientin fehlen konkrete Bestreitungen der Darstellung der Gesuchstellerin bzw. eine eigene Schilderung des Sachverhalts auf Seiten der Gesuchsgegnerinnen. Demzufolge ist glaubhaft und jedenfalls nicht genügend bestritten, dass sich die Gesuchstellerin Forderungen abtreten liess und deren Entstehungsgrund die Leistung pfandgeschützter Arbeiten im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB auf den Grundstücken der Gesuchsgegnerinnen war (vgl. act. 1 Rz. 7 ff.; act. 3/52-3/79). Glaubhaft bzw. unbestritten ist weiter, dass ein Betrag in der Höhe der eingetragenen Pfandsumme bisher unbezahlt geblieben und auf die Grundstücke der Gesuchsgegnerinnen zu verlegen ist (vgl. act. 3/5; act. 3/80-3/91), die Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB mit der vorläufigen Eintragung gewahrt wurde (vgl. act. 3/51 und 3/92) und Zinsen von 5 % ab 27. Januar 2020

(vgl. act. 3/91) einzutragen sind. Demgemäss steht der vorläufigen Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte im mit Verfügung vom 28. Februar 2020 verfügten Umfang (act. 4) – die Leistung einer hinreichenden Sicherheit vorbehalten – ohnehin nichts entgegen.

5. Hinreichende Sicherheit

5.1. Rechtliches

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).

5.2. Ausgangslage

Die Nebenintervenientin hat die Zahlungsgarantie Nr. ... der F. _____ AG vom 17. März 2020 (nachfolgend Zahlungsgarantie) zu Gunsten der Gesuchstellerin eingereicht (act. 12). In ihrer Stellungnahme vom 9. April 2020 erklärt die Gesuchstellerin, die angebotene Sicherheit sei keine hinreichende Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB, wobei sie fünf Punkte konkret beanstandet. In der Folge reichte die Nebenintervenientin eine Änderung zur genannten Zahlungsgarantie vom 8. Mai 2020 (nachfolgend Änderung zur Zahlungsgarantie) ein (act. 25). Die

Gesuchstellerin erachtet die Sicherheit dennoch nach wie vor als nicht hinreichend. Dabei betreffen ihre Einwände nicht die Deckung ihrer Forderung. Die Garantie ist denn auch über CHF 212'076.50 zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 27. Januar 2020 ausgestellt (act. 12), was den einstweilen zu Lasten der Gesuchsgegnerinnen eingetragenen Pfandrechten entspricht (insgesamt CHF 173'636.– zu Lasten der Gesuchsgegnerin 1 und CHF 38'440.50 zu Lasten der Gesuchsgegnerin 2). Die Kritik der Gesuchstellerin richtet sich vielmehr gegen die Modalitäten der Inanspruchnahme. Dazu ist festzuhalten, dass eine Sicherheit auch verfahrensrechtlich gleichwertig zu einem Bauhandwerkerpfandrecht sein muss, um als hinreichend qualifiziert zu werden. Nachfolgend sind die Einwendungen der Gesuchstellerin näher zu betrachten:

5.3. Garantie verlangt Zustimmung der D._____ AG

Die ursprüngliche Zahlungsgarantie (act. 12) enthält unter dem Titel "2. INANSPRUCHNAHME DER GARANTIE" insbesondere die folgende Bestimmung:

" Im Falle einer vollständigen oder teilweisen Anerkennung des GARANTIEBETRAGS in einem VERGLEICH bzw. gerichtlichen Verfahren ohne Zustimmung der D._____ AG ist sodann eine schriftliche Bestätigung (im Original oder Kopie) der D._____ AG beizubringen, woraus hervorgeht, dass D._____ AG einer vollständigen oder teilweisen Anerkennung des ZAH-LUNGSBETRAGES zugestimmt hat ("ZUSTIMMUNG")."

Wie die Gesuchstellerin zutreffend ausführt, stellt dies eine Bedingung dar, welche sie im Vergleich zum Bauhandwerkerpfandrecht schlechter stellen könnte, da die Nebenintervenientin so einen Vergleich im Forderungsprozess der Gesuchstellerin gegen die I._____ AG faktisch verunmöglichen könnte (vgl. act. 16 Rz 3 ff.).

Nachdem auch das hiesige Gericht in der Verfügung 17. April 2020 erwogen hatte, dass dieses Zustimmungserfordernis prima facie problematisch erscheine (act. 18), reichte die Nebenintervenientin die Änderung zur Zahlungsgarantie ein, mit welcher insbesondere diese Bestimmung ersatzlos gestrichen wird (act. 25).

Nachdem die Gesuchstellerin in ihrer Eingabe vom 2. Juni 2020 erklärt hat, mit der Streichung dieses Absatzes und dem damit einhergehenden Verzicht, die Nutzung der Garantie von der Zustimmung der Nebenintervenientin abhängig zu machen, sei dieses eine Element, das beanstandet worden sei, korrigiert worden, ist dieser Einwand erledigt und steht der Qualifikation der (geänderten) Zahlungsgarantie als hinreichende Sicherheit nicht mehr entgegen. Das Original der Änderung zur Zahlungsgarantie befindet sich (wie auch dasjenige der Zahlungsgarantie) bei der Obergerichtskasse.

5.4. Garantie schafft unklare Situation im Falle eines Forderungsprozesses

Unter diesem Titel erklärt die Gesuchstellerin sinngemäss, dass die Inanspruchnahme der Zahlungsgarantie auch bei einer Anerkennung einzelner oder aller ihrer Forderungen im Forderungsprozess von der Zustimmung der Nebenintervenientin abhängt, auch wenn es den Anschein mache, diese Bedingung beziehe sich nur auf den Abschluss eines Vergleiches (act. 16 Rz 8 ff.). Die Nebenintervenientin bestätigt in ihrer Stellungnahme vom 5. Mai 2020 letztendlich dieses Verständnis der Gesuchstellerin (act. 20 Rz 17). Die Zahlungsgarantie hätte sich damit auch in dieser Hinsicht nicht als hinreichende Sicherheit erwiesen.

Nachdem das Zustimmungserfordernis der Nebenintervenientin mit der Änderung zur Zahlungsgarantie generell gestrichen worden ist, kann es nun jedoch auch ein allfälliges Forderungsurteil nicht mehr betreffen. Insofern ist dieser Einwand der Gesuchstellerin mittlerweile ebenfalls gegenstandslos geworden. Sie hält in ihrer Stellungnahme vom 2. Juni 2020 denn auch nicht mehr daran fest (act. 29).

5.5. Garantie zwingt Gesuchstellerin ein Konkursverfahren über I. _____ AG zu veranlassen

5.5.1. Die Gesuchstellerin wendet unter diesem Titel gegen die Zahlungsgarantie ein, dass sich ihre Position mit der Garantie im Vergleich zur Situation mit einem Pfandrecht deutlich verschlechtere, wenn die I. _____ AG im Handelsregister gelöscht bleibe. Derzeit sei noch nicht bekannt, ob das Konkursverfahren der I. _____ AG in Liquidation durchgeführt werden könne oder mangels Aktiven ein-

gestellt werden müsse. Im Falle einer Einstellung mangels Aktiven, die zu befürchten sei, müsste sie sicherstellen, dass zumindest ein summarisches Konkursverfahren durchgeführt würde, da sie nur so zu einem Verlustschein oder Nachlassvertrag kommen könnte, d.h. eines der Dokumente erhalten würde, die im Falle des Konkurses der I._____ AG benötigt würden, um den Garantiebtrag zu erhalten. Damit müsste sie eine Sicherheit für die ungedeckten Konkurskosten der I._____ in Liquidation leisten und ein ganzes Konkursverfahren durchlaufen, was lange dauere und teuer werden könne. Sei ihre Forderung dagegen über ein Bauhandwerkerpfandrecht gesichert, könne sie – unabhängig davon, ob und auf welche Art das Konkursverfahren der I._____ AG in Liquidation durchgeführt werde – eine Betreuung auf Pfandverwertung einleiten und das Pfand verwerten (act. 16 Rz 13 ff.).

Die Nebenintervenientin führt zu diesem Punkt demgegenüber aus, die I._____ AG als Schuldnerin der durch die Gesuchstellerin behaupteten und bis anhin lediglich glaubhaft gemachten Forderung befinde sich bereits im Konkurs. Sollte sich die Befürchtung der Gesuchstellerin bewahrheiten und der Konkurs über die Schuldnerin mangels Aktiven eingestellt werden, wäre die Gesuchstellerin ohnehin gezwungen, das Konkursverfahren durchführen zu lassen. Denn auch im Falle eines Pfandrechts müsste die Gesuchstellerin im Rahmen der Pfandverwertung den Bestand ihrer Forderung gegenüber der I._____ AG ausweisen können. Dazu brauche sie einen Verlustschein (act. 20 Rz 20).

Die Gesuchstellerin erklärt zu diesen Ausführungen der Nebenintervenientin, dass deren Ansicht nicht zutrefte. Denn im Rahmen der Pfandverwertung könne die Grundeigentümerin Rechtsvorschlag erheben. Je nach dem bestehenden Sachverhalt könne sie in der Folge Rechtsöffnung verlangen oder einen Anerkennungsprozess führen. Erhebe sie die Anerkennungsklage, dann finde ein Zivilprozess im ordentlichen Verfahren ohne Beweismittelbeschränkung statt. Sie sei mit hin nicht darauf angewiesen, den Bestand der Forderung mit einem ganz bestimmten Beweismittel, namentlich einem Verlustschein, geltend zu machen (act. 29 Rz 3 ff.).

5.5.2. Gemäss Ziffer 2 der Zahlungsgarantie erfolgt die Inanspruchnahme der Garantie nur gegen Erhalt einer Zahlungsaufforderung, eines Sicherungsurteils sowie eines Dokumentes aus welchem hervorgeht, dass im Zusammenhang mit dem Grundgeschäft der Garantiebetrug ganz oder teilweise anerkannt bzw. geschützt wird. Dazu werden die folgenden Dokumente alternativ genannt (act. 12 und 25):

- " 3) eines von Ihnen und I. _____ AG und/oder D. _____ AG und/oder B. _____ AG und C. _____ AG (Letztere kumulativ) unterzeichneten aussergerichtlichen Vergleichs oder eines gerichtlichen Vergleichs (im Original oder Kopie) ("VERGLEICH"); oder
- 4) eines mit einer Rechtskraftbescheinigung versehenen Leistungs- oder Feststellungsurteils bzw. eines Gerichtsentscheides eines schweizerischen staatlichen Gerichtes bzw. einer Schlichtungsbehörde (im Original oder Kopie) ("FORDERUNGSURTEIL"); oder
- 5) eines Verlustscheins (im Original oder Kopie) des für I. _____ AG zuständigen Konkursamtes ("VERLUSTSCHEIN"); oder
- 6) eines rechtskräftig durch den Nachlassrichter bestätigten Nachlassvertrages (im Original oder Kopie) ("NACHLASSVERTRAG")."

Gemäss dem Text der Zahlungsgarantie ist zu deren Inanspruchnahme damit nicht vorausgesetzt, dass die Gesuchstellerin einen Verlustschein aus dem Konkursverfahren über die I. _____ AG beibringt. Dies stellt nur eine mögliche Alternative zu einem Urteil über die Forderung dar. Betrachtet man die Sache genauer, erweist sich die Zahlungsgarantie für die Gesuchstellerin in dieser Hinsicht damit sogar als günstiger als ein Bauhandwerkerpfandrecht.

5.5.3. Denn hat ein Unternehmer eine definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im ordentlichen Verfahren durchsetzen können, ist damit über Bestand und Höhe der Vergütungsforderung nicht rechtsverbindlich entschieden. Es steht somit nicht unwiderruflich fest, dass er die Pfandsumme letztlich auch vergütet erhält. Zur Durchsetzung seiner Forderung müsste der Unternehmer daher seine Vergütungsforderung auf dem Zwangsvollstreckungsweg durchsetzen (Betreibung auf Pfandverwertung). Dem Schuldner als auch dem Drittpfandeigentü-

mer stünde es diesfalls frei, im Rahmen des Zwangsvollstreckungsverfahrens Einreden und Einwendungen gegen die Vergütungsforderung zu erheben (vgl. SCHUMACHER, a.a.O., N. 549 f. und N. 582 f.). Der Drittpfand Eigentümer kann denn auch wie der Schuldner Rechtsvorschlag erheben (Art. 153 Abs. 2 SchKG). Der Unternehmer hätte somit – abgesehen vom unwahrscheinlichen Fall eines Verzichts auf Rechtsvorschlag – seine Forderung in einem ordentlichen Prozess zu behaupten und zu beweisen, gegen den Drittpfand Eigentümer mittels einer Feststellungsklage. Kann ein Schuldner nicht mehr eingeklagt werden, weil gegen ihn der Konkurs eröffnet worden ist, wird die Forderung des Unternehmers im Kollokationsverfahren festgestellt (siehe SCHUMACHER, a.a.O., N. 1630). Ist ein Schuldner als juristische Person infolge Konkurses untergegangen, ist die Betreuung auf Pfandverwertung ausschliesslich gegen den Drittpfand Eigentümer zu richten (Art. 89 Abs. 2 VZG). Die Gesuchstellerin müsste mit anderen Worten je nach Konstellation ein Leistungsurteil gegen die I. _____ AG und/oder ein Feststellungsurteil gegen die Gesuchsgegnerinnen erstreiten, um ein definitiv eingetragenes Bauhandwerkerpfandrecht zwangsweise verwerten zu lassen (vgl. zum ganzen auch Urteil des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE180106 vom 23.07.2018, E. 3.3). Ein Verlustschein aus dem Konkurs über die I. _____ AG könnte dies nicht ersetzen und würde jedenfalls keinen Rechtsöffnungstitel in der Betreuung auf Pfandverwertung gegen die Gesuchsgegnerinnen darstellen.

5.5.4. Die diesbezügliche verfahrensrechtliche Situation der Gesuchstellerin mit der eingereichten Zahlungsgarantie bringt ihr im Vergleich dazu keinen Nachteil. Wird das Konkursverfahren über die I. _____ AG durchgeführt und kann die Gesuchstellerin die Kollokation ihrer Forderung erwirken, würde ihr für den ungedeckt bleibenden Betrag ein Verlustschein ausgestellt (Art. 265 SchKG). Ein solcher würde zusammen mit dem Sicherungsurteil und der Zahlungsaufforderung ausreichen, um die Zahlungsgarantie in Anspruch zu nehmen. Die Gesuchstellerin könnte sich unter diesen Umständen gegebenenfalls eine Forderungsklage ersparen. Jedenfalls würde eine erfolgreiche Kollokationsklage ausreichen. Die Gefahr – wie im Rahmen der Verwertung eines Bauhandwerkerpfandrechts – zusätzlich einen allfälligen Rechtsvorschlag der Gesuchsgegnerinnen mittels Feststel-

lungsklage beseitigen zu müssen, bestünde nicht. Die Gesuchstellerin hat es zudem selber in der Hand, die Durchführung eines Konkursverfahrens zu verlangen, selbst wenn die Konkursmasse voraussichtlich nicht zur Deckung deren Kosten ausreichen sollte. Es ist zwar richtig, dass sie diesfalls Sicherheit für den durch die Konkursmasse nicht gedeckten Teil der Kosten zu leisten hätte (Art. 230 SchKG). Im Vergleich zu einer Forderungsklage im ordentlichen Verfahren – in welchem der klagenden Partei in aller Regel ebenfalls ein Kostenvorschuss auferlegt wird (Art. 98 ZPO) – dürfte die Durchführung eines (allenfalls sogar bloss summarischen) Konkursverfahrens in aller Regel jedoch den geringeren Aufwand mit sich bringen. Die Zahlungsgarantie erweist sich in diesem Punkt bereits deshalb als hinreichend.

Doch selbst dann, wenn der Konkurs über die I. _____ AG mangels Aktiven eingestellte werden sollte und die Gesuchstellerin damit tatsächlich keinen Verlustschein des zuständigen Konkursamtes mehr erhalten könnte, bliebe ihr immer noch die Möglichkeit, ein gutheissendes Forderungsurteil zu erstreiten. Denn der Unternehmer, welchem eine Ersatzsicherheit für ein Baupfandrecht geleistet worden ist, befindet sich im Falle, dass über das Vermögen des Bestellers der Konkurs eröffnet und mangels Aktiven eingestellt worden ist, in der gleichen Lage, wie nach einem Rechtsvorschlag des Drittpfandeneigentümers im Rahmen einer Betreibung auf Pfandverwertung. Da der Drittpfandeneigentümer nicht sein Schuldner ist, kann er zum Nachweis seiner Forderung zwar keine Leistungsklage gegen den Drittpfandeneigentümer erheben, er kann jedoch gegen ihn eine Klage auf Feststellung seiner Forderung einreichen (SCHUMACHER, a.a.O., N. 1279). In der Zahlungsgarantie ist explizit festgehalten, dass ein Forderungsurteil in einem Leistungs- oder Feststellungsurteil bestehen kann. Zudem wird diesbezüglich auch nicht auf eine konkrete Gegenpartei Bezug genommen. Es braucht vielmehr einzig ein Dokument, aus welchem hervorgeht, dass im Zusammenhang mit dem Grundgeschäft der Garantiebtrag zu Gunsten der Gesuchstellerin anerkannt oder geschützt wird (act. 12). Schliesslich bliebe je nach Rechtsauffassung unter Umständen auch denkbar, gegen die Löschung der I. _____ AG im Handelsregister begründeten Einspruch zu erheben, um gegen sie noch ein Leistungsurteil zu erwirken (Art. 159 Abs. 5 lit. a HRegV).

5.5.5. Insgesamt erweist sich der Einwand der Gesuchstellerin damit als unbegründet. Die Zahlungsgarantie bietet ihr in diesem Punkt hinreichende Sicherheit. Eine andere Beurteilung hätte denn auch zum Ergebnis, dass es bei einem Drittpfand gar nicht mehr möglich wäre, eine hinreichende Sicherheit zu dessen Ablösung durch Beibringung einer Bankgarantie zu stellen, da das Risiko eines Konkurses über die Schuldnerin grundsätzlich immer besteht.

5.6. Garantie schafft Unklarheit betr. Kriterium "äussere Aufmachung"

Die Gesuchstellerin wendet gegen die Zahlungsgarantie weiter ein, im zweitletzten Absatz erkläre die Garantin, dass sie die eingereichten Dokumente daraufhin überprüfen werde, "ob sie ihrer äusseren Aufmachung nach den Bedingungen dieser GARANTIE entsprechen". Es sei unklar, was mit dem Begriff "äussere Aufmachung" gemeint sei. Anforderungen an die äussere Aufmachung von Dokumenten, die benötigt würden, um ein Bauhandwerkerpfandrecht zu realisieren, gebe es nicht, weshalb dieses Zusatzerfordernis eine Schlechterstellung im Vergleich zu einem Pfandrecht schaffe (act. 16 Rz 16 ff.).

Die Nebenintervenientin erklärt demgegenüber, diese Beanstandungen der Gesuchstellerin seien an den Haaren herbeigezogen. Aus der Garantie gehe klar hervor, welche Punkte die geforderten Belege beinhalten müssten (act. 20 Rz 21).

Schliesslich hält die Gesuchstellerin fest, dieser Hinweis der Nebenintervenientin helfe nicht weiter (act. 29 Rz 6).

Die Zahlungsgarantie hält in Ziffer 2 fest, was für Dokumente zur Inanspruchnahme vorgelegt werden müssen. Dabei handelt es sich zum einen um eine schriftliche, unterzeichnete Zahlungsaufforderung im Original, unter Angabe des zu zahlenden Betrags sowie des darauf zu zahlenden Zinsbetrags und versehen mit der Erklärung, dass für den Zahlungsbetrag bei Fälligkeit keine Zahlung erhalten worden sei. Zum anderen wird ein mit einer Rechtskraftbescheinigung versehener Gerichtsentscheid eines schweizerischen staatlichen Gerichtes (im Original oder Kopie) benötigt, aus dem hervorgeht, dass das Recht auf definitive Sicherstellung durch die Garantie bestätigt wird (Sicherungsurteil). Schliesslich muss eines der

in Erwägung Ziffer 5.5.2. aufgezählten Dokumente (Vergleich, Forderungsurteil, Verlustschein, Nachlassvertrag) beigebracht werden (vgl. act. 12).

Mit anderen Worten wird in der Zahlungsgarantie selber genau festgelegt, welche Dokumente die Gesuchstellerin dereinst vorzulegen hätte, und die nötige Form dieser Dokumente wird sodann weiter spezifiziert. Es kann damit nicht davon gesprochen werden, es sei unklar, was für Dokumente in welcher Form bei der F._____ AG einzureichen sein werden. Wenn die Bank erklärt, sie werde die Dokumente dahingehend prüfen, ob sie ihrer äusseren Aufmachung nach den Bedingungen der Garantie entsprechen, stellt sie keine weiteren Kriterien auf. Es wird vielmehr festgehalten, dass keine inhaltliche Prüfung der Richtigkeit der Dokumente erfolgen wird, was denn auch nicht zulässig wäre. Der Einwand der Gesuchstellerin ist nicht stichhaltig.

5.7. Bestellung einer Sicherheit durch D._____ AG schafft zusätzliches prozessuales Risiko

Schliesslich erklärt die Gesuchstellerin, werde die Sicherheit nicht durch die Grundeigentümerinnen, sondern durch Dritte bestellt, stelle sich die Frage, wer im Prosequierungsprozess auf definitive Bestellung der Sicherheit passivlegitimiert sei. Die Praxis des Handelsgerichts scheine derzeit zu sein, dass – auch im Falle der Sicherheitsleistung durch Dritte – die Grundeigentümerinnen in der Prosequierungsklage passivlegitimiert seien. In dieser Frage könne man aber durchaus auch anderer Ansicht sein. Bis das Bundesgericht diese Frage geklärt habe, bestehe im Falle der Sicherheitsleistung durch Dritte ein zusätzliches prozessuales Risiko, das im Falle einer Sicherstellung durch ein Bauhandwerkerpfandrecht nicht bestehe. Darin liege eine Verschlechterung ihrer Position.

Die Nebenintervenientin führt diesbezüglich ins Feld, dass von einer anwaltlich vertretenen Partei wie der Gesuchstellerin erwartet werden könne, dass sie allfällige prozessrechtliche Risiken (welche bestritten würden) zu umgehen wisse (act. 20 Rz 22).

Die Gesuchstellerin hält demgegenüber an ihrem Einwand fest und kritisiert, dass die Nebenintervenientin zwar ein zusätzliches prozessrechtliches Risiko verneine, gleichzeitig aber verschweige, wer ihrer Ansicht nach im Prosequierungsprozess passivlegitimiert sein solle (act. 29 Rz 7).

Dieser Einwand der Gesuchstellerin betrifft nicht den Inhalt der konkret vorliegenden Zahlungsgarantie, sondern bezieht sich generell auf den Prosequierungsprozess nach Leistung einer provisorischen Ersatzsicherheit anstelle eines Bauhandwerkerpfandrechts, wenn die Sicherheit nicht vom Grundeigentümer selber gestellt wird. Mit anderen Worten ist sie der Ansicht, dass in der genannten Konstellation eine provisorische Sicherheit nie als hinreichend im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB betrachtet werden könne, solange die Frage der Passivlegitimation im Prosequierungsprozess nicht vom Bundesgericht geklärt worden sei. Da es die Regel ist, dass eine Sicherheit gerade nicht vom Grundeigentümer sondern – wie vorliegend – vom Generalunternehmer gestellt wird, zu was sich letzterer oft auch im Werkvertrag verpflichtet hat, würde eine solche Ansicht die vom Gesetz explizit vorgesehene Möglichkeit der Stellung einer Ersatzsicherheit für ein Bauhandwerkerpfandrecht regelmässig verhindern. Dies erscheint nicht gerechtfertigt.

Auch wenn der Gesuchstellerin dahingehend Recht zu geben ist, dass sich das Bundesgericht soweit ersichtlich noch nicht (bzw. jedenfalls nicht aktuell) zur Frage der Passivlegitimation bei der Prosequierung einer nicht vom Grundeigentümer provisorisch geleisteten Sicherheit geäußert hat, hat das hiesige Handelsgericht in einem publizierten Entscheid mit einlässlicher Begründung unter Hinweis auf die Lehre seine Praxis dargestellt (vgl. ZR 115 [2016] Nr. 51 S. 211). An dieser vermag ein gegenteiliges obiter dictum in einem früheren Entscheid des Einzelgerichts des hiesigen Handelsgerichts nichts zu ändern.

Schliesslich steht es der Gesuchstellerin offen, den provisorischen Sicherungsentscheid einstweilen sowohl gegen die Grundeigentümerin als auch gegen die Sicherheit leistende Partei zu prosequieren, bis über die Passivlegitimation entschieden ist, wenn sie befürchtet, das Bundesgericht könnte dereinst zu einem anderen Schluss als das Handelsgericht kommen. Die diesbezüglich anfallenden Kosten und Aufwendungen, sollten mit entsprechenden prozessualen Anträgen

überschaubar gehalten werden können und führen insgesamt nicht zu einer Schlechterstellung der Gesuchstellerin gegenüber der Situation mit einem eingetragenen Bauhandwerkerpfandrecht, da ihr die Zahlungsgarantie den beschwerlichen Weg über die Betreuung auf Pfandverwertung erspart.

5.8. Fazit

Die von der Nebenintervenientin eingereichte Zahlungsgarantie (act. 12) ist nach Vornahme der Änderungen (act. 25) als hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB zu qualifizieren.

6. 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. Demgemäss ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um beim örtlich und sachlich zuständigen Gericht auf definitive Bestellung der Sicherheit zu klagen. Die Beurteilung, gegen wen die Gesuchstellerin ihre Klage einzureichen hat (gegen die Sicherheit leistende Nebenintervenientin und / oder die Gesuchsgegnerinnen [als Grundeigentümerinnen]), liegt in der Verantwortung der Gesuchstellerin.

Die Gesuchstellerin beantragt, es sei ihr eine Prosequierungsfrist von mindestens 60 Tagen ab dem Zeitpunkt anzusetzen, ab dem weder eine besondere noch eine ausserordentliche Lage nach Art. 6 f. Epidemienengesetz bestehe. Dies begründet sie damit, dass sie de facto ein Ein-Mann-Betrieb sei. Der Gründer und Verwaltungsratspräsident K._____ habe Jahrgang 1937. Seine Ehefrau, welche zwar auch als Mitglied des Verwaltungsrates eingetragen, jedoch nie operativ aktiv gewesen sei, sei 1942 geboren. Bei K._____ bestehe zudem eine Vorerkrankung, die ihn mit Blick auf das Corona-Virus zu einer besonders gefährdeten Person mache und ihn zwingt, sich einer strikten Quarantäne zu unterziehen. Er könne deshalb nicht in sein Büro gehen, was aber notwendig wäre, um die relevanten Akten zusammenzustellen, die für die Prosequierungsklage benötigt würden

(act.16 Rz 27). Die Nebenintervenientin verlangt die Ansetzung einer Prosequenzfrist von höchstens 60 Tagen (act. 20).

Ist die Klage in der Hauptsache noch nicht rechtshängig, so setzt das Gericht der gesuchstellenden Partei eine Frist zur Einreichung der Klage (Art. 263 ZPO). Wie lange diese Frist zu bemessen ist, sagt das Gesetz nicht. Es schreibt mithin keine Maximaldauer vor. Einerseits muss die Frist so bemessen werden, dass der Gesuchsteller genügend Zeit für die Klageausarbeitung hat, andererseits sind die Interessen der belasteten Partei zu berücksichtigen. Die Lehre postuliert in Anlehnung an Art. 209 Abs. 3 ZPO eine Dauer von maximal drei Monaten (vgl. zum ganzen GÜNGERICH, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 263 N 3; ZÜRCHER, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [Hrsg.], ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 263 N 2; HUBER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 263 N 18). Nach der Praxis des hiesigen Einzelgerichts ist die Frist grundsätzlich auf 60 Tage festzulegen. Allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (BGE 143 III 554 E. 2.5.2).

Der Bundesrat hat angesichts der epidemiologischen Entwicklung entschieden, die ausserordentliche Lage nach Epidemien-gesetz per 19. Juni 2020 zu beenden. Ab dann gilt wieder die besondere Lage. Wie lange diese bestehen wird, kann heute nicht abgeschätzt werden. Dem Begehren der Gesuchstellerin nachzukommen hiesse damit, dass sie die Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit auf unbestimmte Zeit nicht anheben müsste. Dies lässt sich vor dem Hintergrund der Belastung der Gesuchsgegnerinnen bzw. der Nebenintervenientin durch die Zahlungsgarantie nicht rechtfertigen. Bei der Gesuchstellerin handelt es sich zudem um eine anwaltlich vertretene Aktiengesellschaft. Einer solchen muss es grundsätzlich möglich sein, sich so zu organisieren, dass die Ausarbeitung einer Klageschrift möglich ist, zumal der klägerische Rechtsvertreter ja bereits das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen verfasst und mit diversen Beilagen versehen hat. Er dürfte sich damit schon im Besitz der meisten relevanten Akten befinden. Eine gewisse durch die gesundheitliche Lage bedingte Erschwerung für die Erar-

beitung der Klageschrift kann der Gesuchstellerin vor dem Hintergrund der geschilderten Umstände indes durchaus zugesprochen werden.

Insgesamt erscheint es damit angemessen, die Prosequierungsfrist auf leicht erhöhte 90 Tage anzusetzen. 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.

7. 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 212'076.50 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 10'000.– 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, ist der Nebenintervenientin aus Billigkeitsgründen eine Parteientschädigung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO und Art. 106 Abs. 3 ZPO zuzusprechen (vgl. dazu auch BGE 130 III 571 sowie BSK ZPO RÜ-

EGG/RÜEGG, N 9 zu Art. 106), wobei zu berücksichtigen ist, dass die Nebenintervenientin sich durch ihren Rechtsdienst vertreten liess, weshalb die Entschädigung entsprechend auf CHF 1'000.– festzusetzen ist (vgl. BSK ZPO RÜEGG/RÜEGG, N 21 zu Art. 106).

Das Einzelgericht erkennt:

1. Es wird festgestellt, dass die Nebenintervenientin mit der Zahlungsgarantie der F. _____ AG Nr. ... vom 17. März 2020 unter Berücksichtigung der Änderung vom 8. Mai 2020 hinreichende Sicherheit geleistet hat für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten angemeldete Forderung.
2. Das Grundbuchamt E. _____ wird angewiesen, nachfolgende aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 28. Februar 2020, jeweils zuzüglich Zins zu 5 % seit 27. Januar 2020, zulasten der Gesuchsgegnerin 1 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrechte nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen:

Grundbuchblatt 1 (15/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH1,
Pfandsumme: CHF 784.50

Grundbuchblatt 2 (55/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH2,
Pfandsumme: CHF 2'876.50

Grundbuchblatt 3 (90/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH3,
Pfandsumme: CHF 4'707.00

Grundbuchblatt 4 (201/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH4,
Pfandsumme: CHF 10'512.30

Grundbuchblatt 5 (2717/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH5,
Pfandsumme: CHF 142'099.10

Grundbuchblatt 6 (142/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH6,
Pfandsumme: CHF 7'426.60

Grundbuchblatt 8 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 9 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 10 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 11 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 12 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 13 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 14 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 15 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 16 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 17 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 18 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 19 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 20 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 21 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 22 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 23 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 24 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 25 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 26 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 27 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

3. Das Grundbuchamt E. _____ wird angewiesen, nachfolgende aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 28. Februar 2020, jeweils zuzüglich Zins zu 5 % seit 27. Januar 2020, zulasten der Gesuchsgegnerin 2 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrechte nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen:

Grundbuchblatt 28 (47/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH7,
Pfandsumme: CHF 2'458.10

Grundbuchblatt 29 (52/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH8,
Pfandsumme: CHF 2'719.60

Grundbuchblatt 30 (51/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH9,
Pfandsumme: CHF 2'667.30

Grundbuchblatt 31 (47/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH10,
Pfandsumme: CHF 2'458.10

Grundbuchblatt 32 (66/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH11,
Pfandsumme: CHF 3'451.80

Grundbuchblatt 33 (51/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH12,
Pfandsumme: CHF 2'667.30

Grundbuchblatt 34 (47/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH13,
Pfandsumme: CHF 2'458.10

Grundbuchblatt 35 (52/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH14,
Pfandsumme: CHF 2'719.60

Grundbuchblatt 36 (52/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH15,
Pfandsumme: CHF 2'719.60

Grundbuchblatt 37 (65/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH16,
Pfandsumme: CHF 3'399.50

Grundbuchblatt 38 (45/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH17,
Pfandsumme: CHF 2'353.50

Grundbuchblatt 39 (65/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH18,
Pfandsumme: CHF 3'399.50

Grundbuchblatt 40 (65/10'000 Miteigentum an Kataster 1), EGRID CH19,
Pfandsumme: CHF 3'399.50

Grundbuchblatt 41 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 42 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 43 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 44 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 45 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

Grundbuchblatt 46 (1/100 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7), Pfandsumme:
CHF 261.50

4. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Bankgarantie der F. _____ AG Nr. ... vom 17. März 2020 samt der Änderung vom 8. Mai 2020 (act. 12 und 25) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Gesuchstellerin herauszugeben.
5. Der Gesuchstellerin wird – auch unter Berücksichtigung allfälliger Gerichtsferien – eine Frist bis 17. September 2020 angesetzt, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit anzuheben, unter der Androhung, dass sonst Verzicht auf die Sicherstellung angenommen wird und die Gesuchsgegnerinnen / die Nebenintervenientin die Herausgabe der Sicherheit samt Änderung von der Gesuchstellerin verlangen kann.
6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 10'000.–.
Die weiteren Kosten betragen CHF 3'281.05 (Rechnung Nr. 151199.01 des Grundbuchamtes E. _____ vom 9. März 2020).
Allfällige weitere Auslagen 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, wird sie verpflichtet, der Nebenintervenientin eine Parteientschädigung von CHF 1'000.– zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerinnen und die Nebenintervenientin je unter Beilage eines Doppels von act. 29, sowie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt E. _____ und an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich.
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 212'076.50.

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

Zürich, 16. Juni 2020

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Rafael Rutgers