

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE200197-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie Gerichtsschreiber
Christian Markutt

Urteil vom 28. September 2020

in Sachen

A._____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Fürsprecher lic. iur. X. _____

gegen

B._____ GmbH,
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

sowie

C._____ Ltd.,
Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei das Grundbuchamt D._____ anzuweisen, zulasten des Grundstückes der Gesuchsgegnerin, Grundbuch E._____, Grundbuchblatt Nr. 1, Kataster-Nr. 2, F. _____-strasse 3 und 4, zugunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsumme von Fr. 657'343.16, nebst Zins zu 5 % seit dem 21. April 2020, vorläufig vorzumerken.
2. Die Anweisung gemäss Ziff. 1 hiervor sei superprovisorisch, d.h. sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei zu verfügen und dem Grundbuchamt unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch (bis spätestens zum 1. Juli 2020) mitzuteilen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 14. Mai 2020 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin hierorts das Gesuch mit obigem Rechtsbegehren ein (act. 1; act. 3/1-13). Mit Verfügung vom 18. Mai 2020 wurde dem Gesuch einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen und das Grundbuchamt D._____ wurde angewiesen, das beantragte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin – unter Androhung der Säumnisfolgen – Frist angesetzt, um eine Stellungnahme einzureichen (act. 4). Mit Eingabe vom 28. Mai 2020 verkündete die Gesuchsgegnerin der C._____ Limited, G._____ [Ort], und der C1._____ AG im Sinne von Art. 78 ff. ZPO den Streit und beantragte, es sei ihr die Frist zur Einreichung einer Stellungnahme zu erstrecken (act. 8). Mit Verfügung vom 29. Mai 2020 wurde von der Streitverkündung Vormerk genommen und die entsprechende Fristerstreckung gewährt (act. 10). Mit Eingabe vom 26. Juni 2020 ersuchte die Gesuchsgegnerin um Abnahme der Frist zur Einreichung der Gesuchsantwort, eventualiter um eine Fristerstreckung (act. 12). Mit Verfügung vom 29. Juni 2020 wurde das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Fristabnahme abge-

wiesen und die Frist letztmals erstreckt (act. 13). Mit Eingabe vom 29. Juni 2020 schloss die C._____ Ltd. als Nebenintervenientin auf (teilweise) Abweisung des Gesuchs und stellte den Verfahrens Antrag, es sei ihr 90 Tage Frist zur Einreichung einer Bankgarantie anzusetzen (act. 15). Mit Verfügung vom 30. Juni 2020 wurde die C._____ Ltd. als Nebenintervenientin im Rubrum aufgenommen (act. 17). Mit Eingabe vom 9. Juli 2020 schloss auch die Gesuchsgegnerin auf Abweisung des Gesuchs, eventualiter sei die von der Nebenintervenientin einzureichende Bankgarantie als hinreichende Sicherheit festzustellen (act. 20). Mit Eingabe vom 9. Juli 2020 stellte die Nebenintervenientin (erneut) den Verfahrens Antrag, es sei ihr eine Frist von 90 Tagen zur Einreichung einer Bankgarantie anzusetzen (act. 21). Mit Verfügung vom 10. Juli 2020 wurde der Nebenintervenientin Frist angesetzt, um sich zur Einreichung einer Bankgarantie zu äussern; der Gesuchstellerin wurde Frist angesetzt, um sich zu einem Zuwarten mit dem Endentscheid zu äussern (act. 22). Nachdem die Nebenintervenientin mit Eingabe vom 18. Juli 2020 (act. 24) um eine Fristerstreckung ersuchte und die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 24. Juli 2020 (act. 25) beantragte, es sei das Verfahren beförderlich weiterzuführen, wurde mit Verfügung vom 27. Juli 2020 die der Nebenintervenientin angesetzte Frist zur Stellungnahme letztmals erstreckt (act. 26). Im Auftrag der Nebenintervenientin ging hierorts am 14. August 2020 eine Bankgarantie ein (act. 28-30). Mit Verfügung vom 17. August 2020 wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um Stellung zu dieser Bankgarantie zu nehmen (act. 31). Mit Eingabe vom 31. August 2020 lehnte die Gesuchstellerin die angebotene Bankgarantie als hinreichende Sicherheit ab und beantragte die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (act. 34). Mit Verfügung vom 2. September 2020 wurde der Gesuchsgegnerin bzw. Nebenintervenientin Frist angesetzt, um sich zur letzten Eingabe der Gesuchstellerin zu äussern und allenfalls eine neue Sicherheit einzureichen (act. 35). Mit Eingabe vom 23. September 2020 hielt die Nebenintervenientin an ihren Anträgen fest und stellte sich auf den Standpunkt, dass die eingereichte Bankgarantie als hinreichende Sicherheit zu erachten sei (act. 37).

2. Formelles

Nachdem die Nebenintervenientin mit Eingabe vom 23. September 2020 (act. 37) – trotz Nichtanerkennung durch die Gesuchstellerin – an der bereits eingereichten Bankgarantie festhält, hat es damit sein Bewenden und es ist ohne Weiteres ein Endentscheid zu fällen. Diese letzte Eingabe der Nebenintervenientin (act. 37) kann der Gesuchstellerin sowie der Gesuchsgegnerin zusammen mit dem vorliegenden Entscheid zugestellt werden, da dieser Eingabe keine – wie noch zu zeigen sein wird – Entscheidrelevanz zukommt. Die Nebenintervenientin hat sich im Gegensatz zur Gesuchsgegnerin (ausgenommen der Einwand der hinreichenden Sicherheit) auch materiell geäußert. Es liegt Aktenschluss vor (BGE 144 III 117 E. 2.2; BGE 5A_366/2019 vom 19. Juni 2020 E. 3.1.).

Da sich (i) das streitgegenständliche Grundstück in Zürich befindet, (ii) die geschäftliche Tätigkeit mindestens der Gesuchstellerin (Isolationsarbeiten) betroffen ist, (iii) beide Parteien im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind (act. 3/1-2) und der Streitwert CHF 30'000.– übersteigt, ist das Handelsgericht des Kantons Zürich (Einzelgericht) gemäss Art. 6 Abs. 2 und 5 ZPO sowie Art. 13 und Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO i.V.m. § 45 lit. b GOG *örtlich* und *sachlich* zuständig, was unbestritten blieb (vgl. act. 8; act. 12; act. 15; act. 20-21).

3. Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

3.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Aktiv- und Passivlegitimation steht grundsätzlich nicht zur Diskussion. Eben- sowenig ist im Grundsatz bestritten, dass die Gesuchstellerin von der H._____ AG [mittlerweile in Liquidation], einer Subunternehmerin der Nebenintervenientin, für die Ausführung von Isolationsarbeiten, für die Dämmung von Warmwasser-, als auch Kühlwasserleitungen, beigezogen wurde (act. 1 Art. 1 und 2 [S. 3]; act. 15 S. 3 f.). Obschon die Ausführungen der Nebenintervenientin zunächst einen anderen Schluss nahelegen scheinen, wurde von ihr an sich weder die Auftragserteilung noch der Abschluss eines Werkvertrages zwischen der Gesuch- stellerin und der H._____ AG bestritten (act. 1 Art. 2-5 [S. 3 ff.]; act. 15 Ziff. 12 ff. [S. 3 f.]). Weiter hat die Nebenintervenientin weder behauptet, dass die angeführ-

ten Arbeiten der Gesuchstellerin nicht geleistet worden wären noch dass die geltend gemachten offenen Forderungen *der Gesuchstellerin* bereits beglichen worden wären. Schliesslich wurde von der Nebenintervenientin weder die Einhaltung der Viermonatsfrist noch das Wissen der Gesuchsgegnerin um den Beizug der Gesuchstellerin oder der verlangte Zins bestritten (act. 1 Art. 7-9 [S. 6 f.]).

3.2. Zusammengefasste (materielle) Einwände der Nebenintervenientin

Unter Hinweis auf diverse Dokumente bringt die Nebenintervenientin vor, die vorliegende Auftragsvergabe [an die Gesuchstellerin] sei "*ausserhalb der üblichen Vergabewege und Konditionenfestlegung*" erfolgt, zumal – so die Nebenintervenientin sinngemäss – der eigentliche Projektleiter der H._____ AG umgangen worden sei (act. 15 Ziff. 6 ff. [S. 3 f.]; act. 3/6-9).

Anstelle der bei den anderen Sub-Unterakkordanten üblichen Stundensätzen für Regiearbeiten von CHF 70.– pro Stunde sei mit der Gesuchstellerin ein Stundensatz von CHF 84.– vereinbart worden, d.h. CHF 14.– bzw. rund 15 % mehr pro Stunde. Aufgrund dessen stellt sich die Nebenintervenientin auf den Standpunkt, es liege gesamthaft ein ungerechtfertigter Mehrpreis in Höhe von CHF 134'430.80 vor, in welchem Umfang kein Bauhandwerkerpfandrecht eingetragen werden könne (act. 15 Ziff. 16 ff.). Weiter seien die von der Gesuchstellerin geltend gemachten noch offenen Beträge bereits durch die Nebenintervenientin der H._____ AG (grossmehrheitlich) vergütet worden; sie werde durch das vorliegende Gesuch zu einer (ungerechtfertigten) Doppelzahlung gezwungen (act. 15 Ziff. 23 ff. [S. 6]). Obwohl die Gesuchstellerin schon am 10. Januar 2020 gewusst habe, dass die H._____ AG ihren Zahlungsverpflichtungen nicht mehr nachkomme, seien zu den 40 unbezahlt gebliebenen Rechnungen keine Mahnungen versandt worden und die Arbeiten nicht eingestellt worden (act. 15 Ziff. 27 ff. [S. 6 f.]). In der Folge habe es die Gesuchstellerin treuwidrig unterlassen, die Gesuchsgegnerin oder die Nebenintervenientin über die ausgesetzten Zahlungen der H._____ AG zu informieren, mit der Folge, so die Nebenintervenientin sinngemäss, dass diese das Risiko einer Doppelzahlung in Kauf genommen habe (act. 15 Ziff. 31 ff. [S. 7 f.]).

3.3. 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 bzw. ein Dritter 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. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 86 I 265 E. 3; BGE 137 III 563 E. 3.3; BGE 102 Ia 86; BGE 112 Ib 484; Urteil des Bundesgerichts 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1394 ff. bzw. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl., 2011, N. 609 ff.; ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 101(1982) II Halbband S. 158, ZR 79 [1980] Nr. 80 S. 152 E. 1).

3.4. Würdigung

Wie bereits erwähnt, hat sich die Gesuchsgegnerin (materiell) nicht zur Sache geäußert, womit lediglich auf die Ausführungen der Nebenintervenientin abgestellt werden kann. Angesichts der glaubhaft gemachten Darstellungen der Gesuchstellerin respektive des unbestritten gebliebenen Sachverhalts hat sich erwiesen, dass die Gesuchstellerin im behaupteten Umfang – und gestützt auf eine vertragliche Grundlage mit der H._____ AG – pfandberechtigte Arbeiten auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin geleistet hat. Mit der letzten pfandberechtigten Leistung datierend vom 23. März 2020 und der vorläufigen Eintragung im Grundbuch per 18. Mai 2020 (act. 4) wird die Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB ohne Weiteres eingehalten.

Inwiefern die vorliegende Auftragsvergabe an die Gesuchstellerin ungewöhnlich hätte sein sollen, ist nicht nachvollziehbar, zumal der – auch gemäss der Nebenintervenientin zuständige – Projektleiter I._____ selber offensichtlich in die Planung und Auftragsvergabe involviert war, was sich dem im Recht liegenden E-Mail einen Tag vor der Auftragsbestätigung am 19. bzw. 20. September 2019 (vgl. act. 3/6) entnehmen lässt. Die genaueren Umstände der Auftragsvergabe können indes ohnehin offen bleiben, nachdem die Nebenintervenientin aus ihren vagen Andeutungen gar keine rechtlich relevanten Schlüsse zieht; den Vertragsschluss hat sie jedenfalls nicht bestritten.

Mangels Erheblichkeit kann ebenso offen bleiben, inwiefern mit "*anderen Sub-Unterakkordanten*" ein Stundensatz von CHF 70.– anstatt CHF 84.– vereinbart worden sein soll. Weshalb die Gesuchstellerin ab dem 10. oder 16. Januar 2020 hätte wissen müssen, dass die H._____ AG ihren Zahlungsverpflichtungen definitiv nicht mehr nachkommen will oder kann, wird nicht weiter ausgeführt und bleibt unklar. Die Nebenintervenientin vermag daraus jedenfalls nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Ob die H._____ AG tatsächlich, wie von der Nebenintervenientin behauptet, eine entsprechende Vergütung für die von der Gesuchstellerin geleisteten Arbeiten erhalten hat, muss an dieser Stelle nicht weiter abgeklärt werden, betrifft dies doch primär das Verhältnis Gesuchsgegnerin/Nebenintervenientin und H._____ AG, zumal das "Doppelzahlungsrisiko" in erster Linie den Bauherrn trifft

und die Nebenintervenientin nicht plausibel dartut, weshalb hier die Gesuchstellerin eine Verantwortung trifft (vgl. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 238 ff.; BSK ZGB-THURNHERR, 6. Aufl. 2019, Art. 839/840 N. 10 m.w.H.). Dass *die Gesuchstellerin* die massgeblichen Vergütungen bereits erhalten hätte, wird vorliegend – wie erwähnt – nicht behauptet. Angesichts der derzeitigen Behauptungs- und Aktenlage sowie unter Berücksichtigung der Einwände der Nebenintervenientin sind zusammengefasst die Voraussetzungen der vorsorglichen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts einstweilen glaubhaft gemacht. Zu prüfen bleibt, ob eine (andere) hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB vorliegt.

4. Hinreichende Sicherheit (Art. 839 Abs. 3 ZGB)

4.1. Garantie Nr. ... vom 14. August 2020 [auszugsweise]:

J. _____ [Bank]

A. _____
K. _____-strasse ...
L. _____ [Ort]

Garantie Nr. ... vom 14. August 2020
über CHF 657'343.16 (SCHWEIZER FRANKEN
sechshundertsiebenundfünfzigtausenddreihundertdreundvierzig 16/100)

Zahlungsgarantie zwecks Ablösung eines Bauhandwerkerpfandrechtes im Sinne von Art. 839
Abs. 3 ZGB

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir, die J. _____ AG, _____ [Adresse], sind dahingehend
informiert worden, dass zum Zwecke der Abwendung des gemäss Verfahren vor dem
Handelsgerichts des Kantons Zürich, HE200197-O betr. *vorläufiger* Eintragung des
Bauhandwerkerpfandrechtes, zulasten der im Eigentum von B. _____ GmbH
stehenden Liegenschaft Grundbuchamt D. _____ Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBB1 1,
F. _____-strasse 4, E. _____ vorläufig eingetragenen bzw. einzutragenden
Bauhandwerkerpfandrechtes eine Garantie zu Ihren Gunsten, d.h. zugunsten von A. _____
AG, für die Sicherung der behaupteten Forderung aus Lieferung und Leistung gemäss
vertraglichem Verhältnis (nachstehend das "Verhältnis") zwischen B. _____ GmbH
und A. _____ AG gestellt werden soll.

Dies vorausgeschickt, verpflichten wir, die J. _____ AG, Zürich, uns hiermit
unwiderruflich, Ihnen, A. _____ AG, auf erste Aufforderung hin - wie nachstehend näher
umschrieben - und ungeachtet der Gültigkeit und Rechtswirkungen des eingangs erwähnten
Verhältnisses sowie unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden aus demselben,
jeden Betrag bis maximal

CHF 657'343.16 (in Worten: SCHWEIZER FRANKEN
sechshundertsiebenundfünfzigtausenddreihundertdreundvierzig 16/100, der "**Kapitalbetrag**")
zuzüglich eines Zinses von 5% per annum seit 21.04.2020 bis zum Datum der konformen
Beanspruchung unter dieser Garantie (Zinsusanz 365/360 bzw. 366/360), der "**Zinsbetrag**",
(Kapitalbetrag und Zinsbetrag zusammen "**Garantiebetrag**")

zu zahlen gegen Erhalt

1) Ihrer schriftlichen, unterzeichneten Zahlungsaufforderung unter konkreter Bezifferung des
Kapitalbetrags und gegebenenfalls des **Zinsbetrags** ("**Zahlungsbetrag**") im Original an obiger
Adresse mit der Erklärung, dass Sie mit Bezug auf den unter dieser Garantie verlangten
Zahlungsbetrag bei Fälligkeit für Ihre Forderungen aus Ihren für die Liegenschaft Kat. Nr. 2,
GBB1 1, F. _____-strasse 4, E. _____ ausgeführten Arbeiten im Zusammenhang
mit dem **Verhältnis** von B. _____ GmbH keine Zahlung erhalten haben,

J. _____

Referenz Nummer:

Zürich, den 14. August 2020

und (kumulativ) entweder

2 i) eines mit einer Rechtskraftbescheinigung versehenen Gerichtsentscheides (rechtskräftiges Leistungsurteil und/oder rechtskräftiger Erledigungsentscheid zufolge Klageanerkennung oder gerichtlichen Vergleichs) im Original oder in notariell beglaubigter Kopie, aus dem hervorgeht, dass | B.____) GmbH unter dem **Verhältnis** zu einer Zahlung (aus **Kapitalbetrag** und/oder **Zinsbetrag**) an Sie in der Höhe des von Ihnen unter dieser Garantie insgesamt beanspruchten **Zahlungsbetrages** verpflichtet wird (nachstehend "**Zusprechender Forderungsentscheid**")

oder

2 ii) eines definitiven Pfändungs- oder Konkursverlustscheines im Original oder in notariell beglaubigter Kopie, aus dem hervorgeht, dass Ihre Forderung aus dem **Verhältnis** in der Höhe des von Ihnen unter dieser Garantie insgesamt beanspruchten **Zahlungsbetrages** ungedeckt geblieben ist (nachstehend "**Definitiver Verlustschein**"),

oder

2 iii) eines von Ihnen und | B.____ GmbH unterzeichneten aussergerichtlichen Vergleiches im Original oder in notariell beglaubigter Kopie, aus dem hervorgeht, dass B.____ GmbH Ihre Forderung in der Höhe des von Ihnen unter dieser Garantie insgesamt beanspruchten **Zahlungsbetrages** bedingungslos als geschuldet anerkannt hat (nachstehend "**Vollstreckbarer aussergerichtlicher Forderungsvergleich**"),

und (kumulativ)

entweder

3 i) eines mit einer Rechtskraftbescheinigung versehenen Gerichtsentscheides (rechtskräftiger Entscheid oder rechtskräftiger Erledigungsentscheid zufolge Klageanerkennung oder Vergleichs) im Original oder in notariell beglaubigter Kopie, aus dem hervorgeht, dass Ihr Anspruch auf definitive Sicherstellung durch diese Zahlungsgarantie in der Höhe des von Ihnen unter dieser Garantie insgesamt beanspruchten **Zahlungsbetrages** bestätigt wurde (nachfolgend "**Zusprechender Sicherungsentscheid**"),

oder

3 ii) eines von Ihnen und B.____ GmbH unterzeichneten aussergerichtlichen Vergleiches im Original oder in notariell beglaubigter Kopie, aus dem hervorgeht, dass B.____ GmbH Ihren Sicherstellungsanspruch in der Höhe des von Ihnen unter dieser Garantie insgesamt beanspruchten **Zahlungsbetrages** bedingungslos als rechtmässig anerkannt hat (nachstehend "**Vollstreckbarer aussergerichtlicher Sicherungsvergleich**").

Aus Identifikationsgründen ist uns Ihre schriftliche Zahlungsaufforderung zusammen mit einer unterzeichneten schriftlichen Bestätigung einer unserer Korrespondenzbanken zuzuleiten, wonach die auf Ihrer Zahlungsaufforderung figurierende(n) Unterschrift(en) von ihr geprüft worden ist/sind.

J. _____

4.2. Wesentliche Parteistandpunkte

Zur Begründung der Rückweisung der angebotenen Garantie verweist die Gesuchstellerin primär auf den ersten Absatz von Seite 1, wonach Bezug genommen wird auf ein *vertragliches Verhältnis zwischen B._____ GmbH und A._____ AG* sowie auf Ziff. 2i, 2ii und 2iii (Seite 2) sowie auf Ziff. 3ii (Seite 2) und Seite 3 (act. 34 S. 1 ff.). Die Gesuchstellerin führt aus, die Garantieerklärung der Bank unterscheide zwar zwischen Eintragungs- und Forderungsanspruch, verknüpfe aber beide Klageansprüche. Sie stellt sich weiter auf den Standpunkt, dass mutmasslich zwischen den vorliegenden Parteien kein direktes vertragliches Verhältnis vorliegen dürfte, sodass sie nicht akzeptieren könne, dass in den Ziffern 2i, 2ii, 2iii ein Leistungsurteil bzw. Surrogat gegen die Gesuchsgegnerin vorausgesetzt werde (act. 34 S. 2). Ausserdem sei die Garantieerklärung in der Ausübung auf 120 Kalendertage ab Eintritt der Rechtskraft des Forderungsentscheides bzw. des Sicherungsentscheides befristet, was im Vergleich zu einem definitiv eingetragenen Pfandrecht inakzeptabel sei (act. 34 S. 3).

Die Nebenintervenientin hält an ihrem Standpunkt fest, die Bankgarantie sei als hinreichende Sicherheit zu erachten. Auf den von der Gesuchstellerin monierten Punkt (wonach die Garantie Bezug nehme auf das Verhältnis Gesuchstellerin-Gesuchsgegnerin, obschon zwischen ihnen kein vertragliches Verhältnis bestehe) komme es nicht an, weil mit dem in der Bankgarantie enthaltenen Versprechen eine antizipierte Eintrittsanzeige nach Art. 110 Ziff. 2 OR vorliege (act. 37 S. 2). Ausserdem nehme die Frist von 120 Kalendertagen lediglich die Regelung eines Gläubigerverzugs vorweg (act. 37 S. 2).

4.3. 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. Das Fehlen einer hinreichenden Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB stellt eine negative Anspruchsvoraussetzung dar (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl. 2018, N. 1742). Sofern der Un-

terneher 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 (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1314). Dazu muss sie qualitativ und quantitativ die gleiche Sicherheit wie das Bauhandwerkerpfandrecht bieten (BGE 142 III 738 E. 4.4.2).

4.4. Würdigung

Wie die Gesuchstellerin zu Recht einwendet, nimmt die zur Diskussion stehende Garantie (Seite 1, Absatz 1) massgeblich Bezug auf ein *vertragliches* Verhältnis zwischen Gesuchstellerin und Gesuchsgegnerin, welches indes nach der vorliegenden Aktenlage – sowie offenbar auch nach Ansicht der Parteien – gar nicht besteht. Eine damit verbundene Unsicherheit im Zusammenhang mit der Auslegung respektive Beanspruchung der Garantie liegt auf der Hand. Bereits aus diesem Grund entfällt die qualitative Gleichwertigkeit der Sicherheit im Vergleich zu einem entsprechenden Bauhandwerkerpfandrecht. Inwiefern diese Unsicherheit dadurch ausgeräumt werden soll, dass die Garantie eine "antizipierte Eintrittsanzeige nach Art. 110 Ziff. 2 OR" darstellen soll, ist nicht erkennbar. Zusammengefasst liegt *keine* hinreichende Sicherheit vor. Der zweite monierte Punkt zur Ausübung innert 120 Kalendertagen kann damit offen bleiben (vgl. hierzu BGE 142 III 738 E. 5 sowie Verfügung und Urteil des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE190060 vom 15. April 2019 E. 4.5.3. [S. 14]).

5. Fazit

Die Gesuchstellerin hat ihren Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts glaubhaft gemacht, die Vorbringen der Nebenintervenientin vermögen daran nichts zu ändern. Die in diesem Zusammenhang eingereichte Garantie Nr. ... vom 14. August 2020 (act. 30) stellt in qualitativer Hinsicht keine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB dar; das Gesuch ist damit gutzuheissen. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D._____ ist als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 18. Mai 2020 zu bestätigen.

6. Prosequierung

Sodann ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequierungsfrist ist praxismässig auf 60 Tage festzulegen, allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (BGE 143 III 554 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.

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 657'343.16 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf rund CHF 12'000.– festzusetzen ist.

Über den Pfandanspruch 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 jedoch nicht prosequieren sollte, ist der Gesuchsgegnerin in Anwendung von § 4

Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von rund CHF 13'000.– zuzusprechen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D._____ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 18. Mai 2020 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 1, F._____ -strasse 3 und 4, E._____, für eine Pfandsumme von CHF 657'343.16 nebst Zins zu 5 % seit 21. April 2020.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 30. November 2020 angesetzt, um eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Bei Säumnis kann die Gesuchsgegnerin den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 1) löschen lassen.
3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 12'000.–.
Allfällige weitere Kosten (insbesondere Rechnung des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 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 2 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.
5. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 2 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 13'000.– zu bezahlen.

6. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Garantie der J._____ AG Nr. ... vom 14. August 2020 über CHF 657'343.16 (act. 30) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Nebenintervenientin herauszugeben.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin und die Gesuchsgegnerin je unter Beilage eines Doppels von act. 37, sowie an das Grundbuchamt D._____.
8. 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 657'343.16.

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

Zürich, 28. September 2020

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Christian Markutt