

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE210008-O

U/mk

Mitwirkend: Obergerichter Roland Schmid, Präsident, sowie die Gerichtsschreiberin
Nadja Kiener

Urteil vom 1. Juni 2021

in Sachen

A. _____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,
Gesuchsgegnerin

sowie

C. _____ Schweiz AG,
Prozessführende Streitberufene

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:
(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt D._____ sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks Kat. Nr. 1, GBBI. 2, E._____ ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin für die Pfandsumme von **CHF 220'571.75**, zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 11.01.2021 vorläufig einzutragen (Vormerkung).
2. Die Anweisung gemäss Ziffer 1 vorstehend sei superprovisorisch bzw. sofort nach Eingang des Gesuchs ohne Anhörung der Gegenseite zu verfügen und dem Grundbuchamt D._____ unverzüglich mitzuteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin"

Inhaltsverzeichnis:

1.	Sachverhaltsübersicht	4
2.	Prozessverlauf.....	4
3.	Anträge der Parteien	5
4.	Rechtliches.....	6
5.	Pfandobjekt und Legitimation	7
6.	Umfang und Bestand der Pfandforderung.....	7
6.1.	Parteibehauptungen.....	7
6.2.	Würdigung.....	12
7.	Verrechnungsforderung der prozessführenden Streitberufenen.....	13
7.1.	Parteibehauptungen.....	13
7.2.	Rechtliches.....	15
7.3.	Würdigung.....	15
8.	Eintragungsfrist	16
9.	Leistung einer hinreichenden Sicherheit	16
9.1.	Parteibehauptungen.....	16
9.2.	Rechtliches.....	19
9.3.	Würdigung.....	19
10.	Fazit.....	23
11.	Prosequierungsfrist.....	23
12.	Kosten- und Entschädigungsfolgen	23

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Sachverhaltsübersicht

Die Gesuchsgegnerin ist Eigentümerin des Grundstücks Kat.-Nr. 1 in E. _____ (act. 2/2), auf welchem sie die Wohnüberbauung "Wohnen in E. _____" (bestehend aus einem Mehrfamilienhaus) erstellen liess. Hierzu schloss sie mit der prozessführenden Streitberufenen am 31. Oktober 2018 einen Totalunternehmer-Werkvertrag ab. Im Zusammenhang mit der Erfüllung dieses Werkvertrags hat die prozessführende Streitberufene ihrerseits die Gesuchstellerin mit Arbeiten der Arbeitsgattung "Baugrube" (BKP 201) beauftragt (Werkvertrag Nr. 41090728 vom 3./5. April 2019; fortan "Subunternehmerwerkvertrag"). Die Gesuchstellerin ersucht im vorliegenden Verfahren um provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf der Liegenschaft der Gesuchsgegnerin, da sie geltend macht, ihr sei weder der volle Werklohn aus dem Subunternehmerwerkvertrag noch die vereinbarten Nachträge bezahlt worden.

2. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin überbrachte dem hiesigen Einzelgericht ihr Gesuch am 11. Januar 2021 um 15.50 Uhr (act. 1 und act. 2/1-22). Das Gesuch um superprovisorische Eintragung wurde mit Verfügung vom 12. Januar 2021 gutgeheissen. Mit selbiger Verfügung wurde zudem der Gesuchsgegnerin Frist zur Gesuchsantwort angesetzt (act. 3). Innert Frist verkündete die Gesuchsgegnerin der C. _____ Schweiz AG den Streit und erklärte ihr Einverständnis zur Prozessführung durch die Streitberufene (act. 6 und act. 7/1a+b). Hiervon wurde mit Verfügung vom 26. Januar 2021 Vormerk genommen sowie die der Gesuchsgegnerin angesetzte Frist zur Stellungnahme zum Gesuch erstreckt (act. 8). Mit Eingabe vom 1. März 2021 (überbracht) erklärte die C. _____ Schweiz AG (fortan "prozessführende Streitberufene") den Prozessbeitritt und die Weiterführung des Prozesses an Stelle der Gesuchsgegnerin und nahm sogleich Stellung zum Gesuch (act. 10, act. 11 und act. 12/1-32). Mit Verfügung vom 2. März 2021 wurde vom Ausscheiden der Gesuchsgegnerin aus der Prozessführung und der Weiterführung derselben durch die Streitberufene Vormerk genommen sowie der Gesuchstellerin Frist an-

gesetzt, um im Sinne der Erwägungen zur Eingabe der prozessführenden Streitberufenen vom 1. März 2021 (insbesondere zur angebotenen Sicherheit) Stellung zu nehmen (act. 13). Dieser Aufforderung kam die Gesuchstellerin innert der ihr erstreckten Frist mit Eingabe vom 25. März 2021 nach (act. 16; act. 19 und act. 20/23). In der Folge wurden der Gesuchsgegnerin sowie der prozessführenden Streitberufenen je das Doppel dieser Stellungnahme samt Beilagen zugestellt (Prot. S. 9), woraufhin sich die prozessführende Streitberufene mit Eingabe vom 30. April 2021 erneut vernehmen liess (act. 22 und act. 23). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

3. Anträge der Parteien

Die Gesuchstellerin beantragt die Anweisung an das Grundbuchamt D._____, zu lasten des besagten Grundstücks ein Bauhandwerkerpfandrecht zu ihren Gunsten für die Pfandsumme von CHF 220'571.75 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 11. Januar 2021 vorläufig einzutragen (act. 1 Rechtsbegehren Ziff. 1).

Die prozessführende Streitberufene beantragt demgegenüber die Abweisung des Gesuchs (act. 10 Rechtsbegehren Ziff. 2). Eventualiter beantragt sie die Feststellung, dass sie mit der eingereichten Zahlungsgarantie Nr. ... vom 26. Februar 2021 der F.____ AG für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung eines provisorischen Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung zu Gunsten der Gesuchstellerin eine hinreichende provisorische Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB leiste (act. 10 Rechtsbegehren Ziff. 4). Subeventualiter sei das Grundbuchamt D._____ anzuweisen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts Zürich vom 12. Januar 2021 zugunsten der Gesuchstellerin und zu lasten des im Eigentum der Gesuchsgegnerin stehenden Grundstücks einstweilen vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht auf den Betrag von CHF 73'271.42 zuzüglich Zins zu 5 % seit 11. Januar 2021, subeventualiter auf den Betrag von CHF 112'568.95 zuzüglich Zins von 5 % seit 11. Januar 2021, herabzusetzen (act. 10 Rechtsbegehren Ziff. 9).

4. Rechtliches

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes für Forderungen von Handwerkern und Unternehmern, die zu Bauten oder anderen Werken auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Ein Anspruch besteht auch für reine Materiallieferungen, allerdings nur, wenn der Baustoff für das betreffende einzelne Bauwerk aufgrund einer individuellen Bestellung eigens hergestellt wird. 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 (siehe BGE 92 II 227; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N 299 ff. und N 869 ff.). Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu geschehen (Art. 839 Abs. 2 ZGB).

Geht es wie hier 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 (BGE 86 I 265 E. 3; BGE 79 II 424 E. 6; BGE 39 II 139 E. 2; BGer 5P.221/2003 vom 12. September 2003 E. 3.2.1). Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint (BGE 86 I 265 E. 3; BGer 5A_933/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2; BGer 5D_116/2014 vom 13. Oktober 2014 E. 5.3; BGer 5A_475/2010 vom 15. September 2010 E. 3.1.2). Im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen (BGE 102 Ia 81 E. 2b/bb; BGE 86 I 265 E. 3; BGer 5A_933/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2; BGer 5A_932/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2; BGer 5A_475/2010 vom 15. September 2010 E. 3.1.2) und die Entscheidung dem definitiven Eintragungsverfahren zu überlassen (BGE 86 I 265 E. 3). Bei Abweisung des Gesuchs um vorläufige Eintragung droht der gesuchstellenden Partei aufgrund der ablaufenden Eintragungsfrist ein definitiver Rechtsverlust (BGE 137 III 563 E. 3.3; BGE 86 I 265 E. 3; BGE 39 II 139 E. 2), während bei einer Gutheissung im vorläufigen Eintragungsverfahren der Gegenpartei lediglich ein vorübergehender Nachteil

droht, da die gesuchstellende Partei die Massnahme zu prosequieren haben wird (BGE 86 I 265 E. 3).

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 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.).

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Gesuchstellerin die für einen Pfandanspruch erforderlichen Tatsachen glaubhaft dargelegt hat.

5. Pfandobjekt und Legitimation

Das Pfandobjekt ist das Grundstück, zu dessen Gunsten pfandberechtigte Arbeiten erbracht wurden (SCHUMACHER, a.a.O., N 600 und N 604). Pfandgläubiger ist ursprünglich immer der Unternehmer, der die pfandberechtigten Arbeiten erbracht hat (SCHUMACHER, a.a.O., N 511 und N 530). Pfandschuldner ist demgegenüber der Grundeigentümer des Baugrundstücks (BGE 134 III 147 E. 4.3).

Es ist unbestritten, dass die Gesuchstellerin auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin pfandberechtigte Arbeiten ausgeführt hat, sowie, dass die Gesuchsgegnerin Alleineigentümerin des streitgegenständlichen Grundstücks ist (Liegenschaft Kat. 1, GBBl. 2, G.____-Strasse ..., E.____; act. 2/2). Die Gesuchstellerin ist damit aktiv- und die Gesuchsgegnerin passivlegitimiert. Pfandobjekt ist das genannte Grundstück der Gesuchsgegnerin.

6. Umfang und Bestand der Pfandforderung

6.1. Parteibehauptungen

Die Gesuchstellerin führt in ihrem *Gesuch* im Wesentlichen aus, ihre Pfandforderung setze sich aus Forderungen des Werkvertrags sowie aus 14 Nachträgen im Gesamtbetrag von CHF 1'381'982.80 (inkl. MwSt.) zusammen, wobei sie diesbezüglich auf die Schlussrechnung Altlasten Nr. 220661 vom 11. November 2020 sowie auf die Schlussrechnung Baugrube Nr. 220695 vom 23. November 2020 verweist. Abzüglich der geleisteten Akontozahlungen in der Höhe von CHF 1'161'411.05 (inkl. MwSt.) sei damit noch ein Werklohn von CHF 220'571.75 geschuldet, welchen sie nunmehr geltend mache (act. 1 Rz. 8 ff.).

Die prozessführende Streitberufene wendet in ihrer *Gesuchsanwort* im Wesentlichen ein, dass die Gesuchstellerin weder ihrer Behauptungs- noch ihrer Substantiierungspflicht hinsichtlich der Höhe der geltend gemachten Werklohnforderung rechtsgenügend nachgekommen sei, weshalb das mit Verfügung vom 12. Januar 2021 eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht vollumfänglich zu löschen sei. Eventualiter sei das Pfandrecht auf den Betrag von CHF 73'271.42 zuzüglich Zins von 5% seit 11. Januar 2021, subeventualiter auf den Betrag von CHF 112'568.95 herabzusetzen (act. 10 Rz. 8 S. 5 f.). Zur Begründung führt sie folgendes aus:

- Für die Leistungen unter dem Subunternehmerwerkvertrag sei ein Preis auf Abrechnung von CHF 1'005'461.74 netto (= CHF 1'063'067.30 brutto) vereinbart worden. Die von der Gesuchstellerin erbrachten Leistungen seien aus dem Ausmassprotokoll vom 15. November 2019 ersichtlich, in welchem die Parteien die bis zu diesem Datum unter dem Hauptauftrag erbrachten Leistungen und Ausmasse festgelegt und verschiedene Nachträge bereinigt hätte. Am 15. November 2019 hätten unter dem Hauptauftrag noch gewisse Leistungen gefehlt. Die Gesuchstellerin sei ihren Verpflichtungen nur schleppend nachgekommen und mehrfach in Verzug geraten. Nach Ansetzung diverser Nachfristen, welche die Gesuchstellerin unbenutzt habe verstreichen lassen, habe sie auf die Leistungen unter dem Hauptauftrag schliesslich verzichtet. Die erwähnten letzten Arbeiten der Gesuchstellerin seien derzeit Gegenstand einer Ausmassbereinigung zwischen den Parteien (act. 10 Rz. 12 ff. S. 7 ff.)

- Zu den Beststellungsänderungen: Während den Bauarbeiten sei es in der Tat zu gewissen Beststellungsänderungen bzw. Nachträgen gekommen. Die Nachträge Nr. 41090728-00020 bis Nr. 41090728-00150 habe sie zusammen mit der Gesuchstellerin bereinigt und im beidseitig unterzeichneten Ausmassprotokoll vom 15. November 2019 festgehalten. Nachtrag Nr. 41090728-00160 ("Nachtrag Nr. 16") betreffend die von der Gesuchstellerin geltend gemachten Mehrkosten im Zusammenhang mit den Hinterefüllungsarbeiten und Werkleitungerschliessung. Die Gesuchstellerin habe für diese Arbeiten einen Preis von CHF 34'100.– brutto (= CHF 33'179.46 netto) offeriert, welchen sie nunmehr in ihrer Schlussrechnung geltend mache. Die Gesuchstellerin habe diese Arbeiten jedoch weder vollständig noch innert der vereinbarten Zeit erbracht, weshalb am 30. Oktober 2020 die 14. Teilzahlungsrechnung der Gesuchstellerin zurückgewiesen worden sei. Auf der Nachtragsofferte Nr. 16 habe sie handschriftlich und in roter Farbe auf die verschiedenen Leistungen hingewiesen, womit unter Nachtrag Nr. 16 höchstens CHF 16'875.– brutto (= CHF 16'419.45 netto) geschuldet seien (act. 10 Rz. 19 ff. S. 9 ff.).
- Zu den weiteren Positionen in den Schlussrechnungen Altlasten und Baugrube (act. 10 Rz. 28 ff. S. 12 ff.):
 - Die Schlussrechnung Altlasten sei aus mehreren Gründen inkorrekt: Zunächst seien die angewandten Einheitspreise in der Rechnung falsch (CHF 63.– und CHF 102.– pro Tonne, anstatt CHF 61.– und CHF 100.– gemäss Nachtrag Nr. 4109728-00030). Darüber hinaus seien die Mehrkosten weitgehend auf fehlerhafte Ausmassangaben der Gesuchstellerin im April 2019 zurückzuführen. Mangels Genehmigung durch den Bauherrn würden die entsprechenden Zusatzkosten zurückgewiesen. Zusammengefasst könnten unter dieser Rechnung höchstens die Kosten für zusätzliche Entsorgungen im Jahre 2020, also 133.13 zusätzliche Tonnen à CHF 61.– für Entsorgung und CHF 5.– für Triage, d.h. CHF 8'786.58 brutto (= CHF 8'549.40 netto) gefordert werden. Die

Gesuchstellerin habe denn auch am 22. Januar 2021 zuhanden der Streitberufenen eine neue und angepasste Schlussrechnung betreffend Altlasten in der Höhe von CHF 8'532.– netto eingereicht (act. 10 Rz. 30 ff. S. 12 f.).

- Auch die übrigen Positionen der Schlussrechnung Baugrube würden bestritten: Gewisse Positionen seien bereits (ganz oder teilweise) im Hauptauftrag oder in gewissen Nachträgen abgegolten worden (so Pos. 5.2, 5.18, 6.2, 7 und 9), andere seien nicht belegt (so Pos. 5.17 und 6.1). Eine Beauftragung für die Regiearbeiten unter Pos. 8 und 10 der Schlussrechnung Baugrube habe sodann nie stattgefunden (act. 10 Rz. 33 ff. S. 13 ff.).

Zusammengefasst könne festgehalten werden, dass gemäss Subunternehmerwerkvertrag der Betrag von CHF 1'275'482.42 brutto (= CHF 1'072'797.80 [Hauptauftrag] + CHF 177'733.22 [Nachträge Nr. 41090728-00020 bis Nr. 41090728-00150] + CHF 16'419.45 [Nachtrag Nr. 16] + CHF 8'532.– [Schlussrechnung Altlasten]) geschuldet und anerkannt werde. Abzüglich der geleisteten Akontozahlungen in der Höhe von CHF 1'161'411.05 resultiere damit noch ein Betrag von **CHF 114'071.42** (act. 10 Rz. 42 f. S. 15).

Die Gesuchstellerin wiederholt in ihrer *Stellungnahme zur Gesuchsantwort*, dass sie in ihrem Gesuch die Anforderungen an die Glaubhaftmachung ohne Weiteres erfülle. Dem Gesuch liege der Werkvertrag sowie diverse Nachträge bei, welche den Bestand der Forderung glaubhaft darzulegen vermögen (act. 19 Rz. 13 S. 6).

- Zu den Leistungen unter dem Subunternehmervertrag: Die prozessführende Streitberufene führe selbst aus, dass zwischen den Parteien Gespräche zur Bereinigung des Ausmasses geführt würden, womit klar sei, dass sie über eine fällige Forderung gegenüber der prozessführenden Streitberufene verfüge. Auch sei nicht ausgeschlossen, dass die Forderung im geltend gemachten Umfang bestehe (act. 19 Rz. 15 ff. S. 7).

- Zu den Bestelländerungen: In Bezug auf den Nachtrag Nr. 16 vermöge die prozessführende Streitberufene nicht nachzuweisen, welche Arbeiten sie (die Gesuchstellerin) nicht ausgeführt habe solle. Soweit die prozessführende Streitberufene weiter ausführe, sie (die Gesuchstellerin) sei mit ihren Arbeiten in Verzug geraten, habe die prozessführende Streitberufene dies – zumindest in wesentlichen Teilen – selbst zu verantworten, zumal sie trotz entsprechender Hinweise auf die Notwendigkeit einer sofortigen (d.h. gleichentags) Freigabe zur Einhaltung der angegebenen Bauzeit, den Nachtrag Nr. 16 nicht rechtzeitig freigegeben habe, womit sich die Fertigstellung entsprechend verlängert habe (act. 19 Rz. 19 S. 7 f.).
- Zu den weiteren Positionen in den Schlussrechnungen Altlasten und Baugrube: Sie vermöge mit Regierapporten und Abrechnungen nachzuweisen, dass ihre geltend gemachten Forderungen bestünden. Die prozessführende Streitberufene vermöge ihre Behauptung, einzelne Positionen seien bereits im Hauptauftrag enthalten, nicht zu belegen und diese würde bestritten. Auch der Hinweis auf angeblich fehlende Regierapporte gehe fehl. Im Zusammenhang mit der Position 8 sei die Festlegung des Ausmasses in Absprache mit der prozessführenden Streitberufenen erfolgt. Sie habe bereits am 7. August 2020 darauf hingewiesen, dass es sich dabei nicht um Arbeiten aus dem Werkvertrag handle. Weiter treffe zwar zu, dass der Saldo der Schlussabrechnung vom 22. Januar 2021 nur CHF 8'532– betrage. Indessen seien die dort aufgeführten Teilrechnungen Nr. 2 und 3 gar nicht beglichen worden. Deshalb ergebe sich der von ihr angegebene Gesamtbetrag (act. 19 Rz. 20 ff. S. 8 f.).

Die prozessführende Streitberufene äusserte sich in ihrer *ergänzenden Stellungnahme vom 30. April 2021* nicht mehr konkret zu den Bestreitungen der Gesuchstellerin, sondern verwies auf ihre Ausführungen in der Gesuchsantwort (act. 22 Rz. 2 S. 2).

6.2. Würdigung

Im zwischen der Gesuchstellerin und der prozessführenden Streitberufenen geschlossenen Subunternehmerwerkvertrag verpflichtet sich die Gesuchstellerin zur Leistung von Arbeiten im Zusammenhang mit der Baugrube (insbesondere Rückbau, Abschränkungen, Baugrubenaushub und Baugrubensicherung), wobei ein Bruttowerkpreis von CHF 1'092'893.20 vereinbart wurde (act. 2/3). Unbestritten ist, dass es im Rahmen dieser Arbeiten zu gewissen Bestellungenänderungen gekommen ist und die Gesuchstellerin und die prozessführende Streitberufene diverse Nachträge vereinbart haben. So hat die prozessführende Streitberufene denn auch die Nachträge Nr. 41090728-000020 bis Nr. 41090728-00150 im Gesamtbetrag von CHF 182'664.20 anerkannt. Die von der Gesuchstellerin eingereichte Schlussrechnung Altlasten Nr. 220661 vom 11. November 2020 weist eine Rechnungssumme von CHF 51'293.– netto (inkl. MwSt.) und jene Nr. 220695 vom 23. November 2020 betreffend die Baugrube eine solche von CHF 169'278.75 netto (inkl. MwSt.) auf (act. 2/20 und act. 2/21), was einen Gesamtbetrag von CHF 220'571.75 (= Pfandsumme) ergibt. Die Gesuchstellerin hat damit – entgegen den Behauptungen der prozessführenden Streitberufenen – die Höhe der Pfandsumme im Rahmen des summarischen Verfahrens ausreichend behauptet und substantiiert. Die Gesuchsgegnerin führt denn auch nicht aus, welchen Teil der von der Gesuchstellerin nunmehr geltend gemachten Pfandforderung sie weshalb nicht nachvollziehen kann. Vielmehr nimmt sie ausführlich Stellung zu den Behauptungen der Gesuchstellerin und legt die aus ihrer Sicht höchstens geschuldete Werklohnforderung dar.

Die von der prozessführenden Streitberufenen weiter vorgetragenen Einwendungen werfen diverse Fragen auf, so unter anderem, ob die in der Schlussrechnung Altlasten unter Pos. 2 und 3 angewandten Einheitspreise korrekt sind oder ob auf jene gemäss Schlussrechnung vom 22. Januar 2021 abzustellen ist, ob die Gesuchstellerin ihren Schlussabrechnungen die richtigen Ausmasse zugrunde legte, ob sämtliche geltend gemachten Zusatzkosten vom Bauherr genehmigt bzw. in Auftrag gegeben worden sind, ob allenfalls gewisse Positionen doppelt in Rechnung gestellt worden sind, weil sie bereits im Hauptauftrag oder in einem anderen

Nachtrag inbegriffen waren und ob und allenfalls welche Leistungen konkret und aufgrund wessen Verschulden von der Gesuchstellerin nicht mehr erbracht worden sind bzw. ob die Ersatzvornahme rechtens war, mithin in welchem Umfang diesbezüglich noch eine Vergütung geschuldet ist. Obschon diese Fragen gewisse Zweifel am Bestand bzw. Umfang des geltend gemachten Pfandrechts aufwerfen und die Rechtslage entsprechend unsicher ist, wird dadurch der Pfandanspruch jedoch nicht ausgeschlossen und erweist sich insgesamt auch nicht als unwahrscheinlich. Dies insbesondere, da die Gesuchstellerin diverse durchaus plausibel wirkende Gegenargumente vorträgt und die prozessführende Streitberufene ihre Position nicht mittels eindeutiger Urkunden zu untermauern vermag. Ungeachtet dessen, dass die Gesuchstellerin bisher nicht nachgewiesen hat, dass sie sämtliche Arbeiten tatsächlich erbracht hat, ist die Erbringung derselben nicht ausgeschlossen. Auch schliessen fehlende Zusammenstellungen, fehlende Rechnungen von Dritten (konkret der H._____) und fehlende Regierapporte einen Pfandanspruch der Gesuchstellerin nicht per se aus.

Wenn das Gericht – wie vorliegend – weder von der Existenz des insgesamt geltend gemachten Pfandanspruchs noch von dessen Ausschluss überzeugt ist, muss es das Pfandrecht zuhanden des Grundbuchamtes anordnen bzw. die frühere superprovisorische Anordnung bestätigen, ansonsten es der Willkür verfällt (BGer 5A_777/2009 vom 1. Februar 2010 E. 4.1 und BGer 5A_208/2010 vom 17. Juni 2010 E. 4.2).

Der von der Gesuchstellerin geltend gemachte Verzugszins ist von der prozessführenden Streitberufenen unbestritten geblieben.

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass das Bestehen einer Vergütungsforderung über CHF 220'571.75 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 11. Januar 2021 von der Gesuchstellerin rechtsgenügend glaubhaft gemacht wurde.

7. Verrechnungsforderung der prozessführenden Streitberufenen

7.1. Parteibehauptungen

Die prozessführende Streitberufene erklärt im Umfang von CHF 40'500.– Verrechnung, wobei sie ihre Verrechnungsforderung wie folgt begründet: Bereits während der Bauausführung habe sich abgezeichnet, dass die Gesuchstellerin ihre Leistungen weder zeitgerecht noch entsprechend den vertraglichen Vorgaben bzw. erteilten Weisungen erfüllen werde. Die Gesuchstellerin habe mehrfach Anweisungen der Bauleitung und Fachbauleitung missachtet, indem sie Ankerarbeiten nicht plangemäss ausgeführt bzw. die Vorgaben betreffend Ankerausführung und Aushubzustände nicht eingehalten habe. Dieses Fehlverhalten ergebe sich bereits aus dem Schreiben der Bauingenieure I. _____ AG vom 1. April 2019. Sie habe dieses Verhalten am 2. April 2019 umgehend gerügt. Am 26. April 2019 sei die Gesuchstellerin zudem aufgrund von Verspätungen mit den Ankerarbeiten in Bezug auf die 2. Ankerlage in Verzug gesetzt worden. Auch am 11. Juni 2019 habe die Streitberufene festgestellt, dass die Gesuchstellerin die vertraglichen Termine nicht einhalten werde, wofür die Gesuchstellerin erneut in Verzug gesetzt worden sei. Aufgrund der Weisungsmissachtungen und Fehl Ausführungen der Anker seien ihr Mehrleistungen und Mehrkosten des Bauingenieurs in der Höhe von CHF 40'800.– entstanden. Diese Mehrkosten würden eine direkte Folge der Vertragsverletzung der Gesuchstellerin darstellen und würden nunmehr vollumfänglich als Schaden geltend gemacht (act. 10 Rz. 44 ff. S. 15 ff.).

Die Gesuchstellerin bestreitet die von der prozessführenden Streitberufenen geltend gemachte Gegenforderung. Sie ist der Auffassung, dass diese Forderung ohnehin nicht im Rahmen des vorliegenden summarischen, sondern in einem ordentlichen Verfahren zu beurteilen wäre. Entsprechend würden sich weitere Ausführungen erübrigen. Der Vollständigkeit halber sei schliesslich festzuhalten, dass die prozessführende Streitberufene keine Verrechnungserklärung abgegeben habe. Mithin würde selbst der Bestand von Gegenforderungen am Bestand der pfandberechtigten Forderung nichts ändern (act. 19 Rz. 23 f. S. 9).

In ihrer Eingabe vom 30. April 2021 erklärte die prozessführende Streitberufene, dass sie die Verrechnung der Schadenersatzforderung in der Höhe von CHF 40'800.– bereits mehrmals gegenüber der Gesuchstellerin zum Ausdruck gebracht habe (verweist auf act. 10 Rz. 44; Rz. 49 und Rechtsbegehren Nr. 9).

Zur Vermeidung von Missverständnissen werde die Verrechnung dieser Schadenersatzforderung jedoch nochmals ausdrücklich erklärt (act. 22 Rz. 2 S. 2).

7.2. Rechtliches

Übt der Besteller ein ihm zustehendes Verrechnungsrecht gegenüber dem Unternehmer aus, bewirkt dies in der Höhe der Verrechnung den Untergang der Vergütungsforderung des Unternehmers (Art. 120 ff. OR). Insoweit die Vergütungsforderung des Unternehmers zur Verrechnung getilgt worden ist, ist sie nicht pfandberechtigt (SCHUMACHER, a.a.O. N 472 und N 1604).

7.3. Würdigung

Zunächst ist festzuhalten, dass – entgegen den Ausführungen der Gesuchstellerin – im Verfahren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts Gegenforderungen zur Verrechnung gebracht werden können und dass die prozessführende Streitberufene die Verrechnung rechtsgültig erklärt hat (vgl. act. 10 Rz. 44 ff. S. 15 ff., insbesondere Rz. 49 i.V.m. Rechtsbegehren Nr. 9 S. 3). Die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ist jedoch nur dann zu verweigern, wenn die Verrechnungsforderung die Vergütungsforderung bzw. Pfandforderung der Gesuchstellerin ausschliesst oder höchst unwahrscheinlich erscheinen lässt. Im Zweifelsfall ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung dem definitiven Eintragungsverfahren zu überlassen.

Die prozessführende Streitberufene erläutert zwar in den Grundzügen, weshalb sie der Auffassung ist, dass ihr eine Schadenersatzforderung gegenüber der Gesuchstellerin zustehe. Indessen unterlässt sie es, die Zusammensetzung der Schadenshöhe, das der Gesuchstellerin vorgeworfene Fehlverhalten, sowie die Kausalität zwischen dem Fehlverhalten und dem Schaden im Einzelnen konkret darzulegen und zu beweisen. Vor diesem Hintergrund und aufgrund der Bestreitungen der Gesuchstellerin ist die von der prozessführenden Streitberufenen geltend gemachte Verrechnungsforderung nicht mit Sicherheit ausgewiesen und mithin das Pfandrecht der Gesuchstellerin nicht mit Bestimmtheit ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich. Vielmehr ist die Rechtslage mangels differenzierter

Tatsachenbehauptungen und mangels Beweisen unklar und mithin unsicher. Dementsprechend steht die Verrechnungsforderung der vorläufigen Eintragung in der geltend gemachten Höhe nicht entgegen.

8. Eintragsfrist

Wie bereits ausgeführt, hat die Eintragung ins Grundbuch bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Die Gesuchstellerin macht geltend, dass die Bauarbeiten auf der Parzelle Kat.-Nr. 1 am 25. September 2020 beendet worden seien (act. 1 Rz. 25), was von der Gegenseite unbestritten blieb. Nachdem die superprovisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts am 12. Januar 2021 erfolgte (vgl. act. 4), ist die Eintragsfrist gewahrt.

9. Leistung einer hinreichenden Sicherheit

In ihrer Eingabe vom 1. März 2021 reichte die prozessführende Streitberufene die Bankgarantie ... vom 26. Februar 2021 ein, mit dem Eventualantrag um Feststellung einer hinreichenden Sicherheit für den Fall, dass das Gesuch der Gesuchstellerin um Eintragung geschützt werden sollte (act. 10 Rz. 4 S. 2 und act. 11). Unbestritten ist, dass die genannte Bankgarantie betragsmässig sowohl den Pfandbetrag als auch die Zinsforderung vollumfänglich abdeckt und unwiderruflich abgegeben worden ist. Zwischen den Parteien strittig ist indessen, ob die Zahlungsgarantie unzulässige Bedingungen/Befristungen enthält und entsprechend als nicht hinreichende Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB qualifiziert werden muss, was nachfolgend zu prüfen ist.

9.1. Parteibehauptungen

Die Gesuchstellerin bestreitet, dass die von der prozessführenden Streitberufenen vorgelegte Zahlungsgarantie der F._____ AG vom 26. Februar 2021 als hinreichende Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB gelten könne. Eine Ersatzsicherheit müsse sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht die gleiche Sicherheit bieten, wie das zu ersetzende Pfandrecht, was die angebotene Zahlungsgarantie aus folgenden Gründen nicht zu erfüllen vermöge:

- Beim Passus gemäss Ziff. 3/1) der Zahlungsgarantie handle es sich um eine unzulässige Befristung der Sicherheit, welche sie zur Einreichung einer Forderungsklage gegen die prozessführende Streitberufene verpflichte. Damit handle es sich bereits nicht um eine hinreichende Sicherheit, zumal ein definitiv eingetragenes Pfandrecht sie nicht zur Erhebung einer Forderungsklage innerhalb eines Jahres verpflichte.
- Ziff. 3/2/ii. der Zahlungsgarantie verpflichte sie zu einem Tun, ansonsten die Sicherheit gelöscht werde. Dies widerspreche dem Instrumentarium einer unbefristeten hinreichenden Sicherheit. Es sei nicht die Aufgabe des Unternehmers der Bank den Eintritt bestimmter Ereignisse zu bestätigen, damit die Sicherheit verlängert werde.
- Der Unterzeichnete J._____ sei gemäss Handelsregisterauszug für die F._____ AG nicht zeichnungsberechtigt. Das Vorliegen einer Handlungsvollmacht sei nicht nachgewiesen.
- Die in Ziff. 2.1.)b) der Zahlungsgarantie vorgesehene Teilzahlung würde ferner die Inanspruchnahme der Garantie vereiteln.
- Ein Bauhandwerkerpfandrecht könne direkt gegenüber dem Pfandgläubiger durchgesetzt werde. Es sei nicht zulässig, gegebenenfalls zu verlangen, dass ein rechtskräftiger Nachlassvertrag in Bezug auf den Schuldner vorliegen müsste (vgl. Ziff. 2.1)c) der Zahlungsgarantie).
- An verschiedenen Stellen werde sodann verlangt, dass die Gesuchstellerin Erklärungen durch einen Anwalt abgeben müsste. Derartige Bedingungen seien dem Bauhandwerkerpfandrecht fremd und im Lichte von Art. 839 Abs. 3 ZGB unzulässig.
- Auch der Ablauf der Sicherheit gemäss Ziff. 3.3) der Garantie für den Fall, dass sich sowohl der Pfandanspruch als auch die Forderung als hinreichend erweisen würde, sei unzulässig. Diesfalls seien Forderungen und Pfand durch Zahlung zum Erlöschen zu bringen und nicht durch Zeitablauf (act. 19 Rz. 6 ff. S. 3 ff.).

In ihrer Eingabe vom 30. April 2021 hält die prozessführende Streitberufene dem entgegen, dass ihre vorgelegte Sicherheit insofern nicht absolut befristet sei, als der Unternehmer nach Durchlaufen sämtlicher vorerwähnter Verfahren die Sicherheit nicht mehr beanspruchen könnte. Die Erlöschungsgründe der Garantie würden ein Erlöschen bloss vorsehen, sofern der Unternehmer nicht innerhalb eines verhältnismässigen Zeitraums (im vorliegenden Fall ein Jahr) nachzuweisen vermöge, dass er sowohl um die Geltendmachung (i) seiner Forderung – indem er die dafür erforderlichen Schritte zur definitiven gerichtlichen Durchsetzung einleitet (Ziff. 3, Nr. 1 der Garantie) – als auch (ii) seines Sicherungsanspruchs (Ziff. 3, Nr. 2) bemüht gewesen sei. Komme der Unternehmer diesem Nachweis nach, so könne die Garantie auch weit über den Erlöschungstermin hinaus beansprucht werden, ohne absolute zeitliche Beschränkung. Mit diesen Bedingungen werde sichergestellt, dass die Garantie nicht über Jahre hinweg ausgestellt und unbezahlt bleibe, mit entsprechenden Unsicherheiten für den Aussteller und Kostenkonsequenzen für den Bauherrn. Auch im Rahmen eines Verfahrens um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts habe der Unternehmer seine Forderung und sein Sicherstellungsanspruch gerichtlich geltend zu machen und erhalte bei vorläufiger Eintragung bzw. Sicherstellung eine Frist, um sowohl Forderung als auch Sicherungsanspruch gerichtlich geltend zu machen. Entsprechend weiche die Garantie nicht von den gesetzlichen Vorgaben ab. Herr J._____ sei Handlungsbevollmächtigter der F._____ AG. Neben dieser Bestätigung habe die Bank zur Bekräftigung die gleiche Garantie mit Nr. ... ausgestellt und durch zwei im Handelsregister eingetragene Personen (K._____ und L._____) unterzeichnen lassen. Auch die übrigen Einwendungen der Gesuchstellerin zur Garantie seien unbegründet:

- Ein Bauhandwerkerpfandrecht lasse sich mehrmals verwerten, weshalb nicht ersichtlich sei, warum mehrere Teilzahlungen nicht möglich sein sollten.
- Der Verweis auf den rechtskräftigen Nachlassvertrag in Ziff. 2, Nr. 2), Bst. c) der Zahlungsgarantie sei nur alternativ zu einem Forderungsurteil oder einem Vergleich mit rechtskräftiger Feststellung der effektiv geschuldeten

Forderung und soll sicherstellen, dass die gesicherte Forderung auch gerichtlich erwiesen sei.

- Die Einreichung der Erklärung durch einen Anwalt sei eine von der Bank vorgegebenen Massnahme und diene der Sorgfaltspflicht bzw. Compliance der Bank im Zusammenhang mit der Beanspruchung der Garantie.
- Was den Ablauf der Sicherheit gemäss Ziff. 3, Nr. 3 der Garantie anbelange, so sollen diese Bestimmungen sicherstellen, dass der Unternehmer nach rechtskräftiger Feststellung seiner Forderung nicht ungebührlich mit der Beanspruchung der Sicherheit zuwarte. Eine solche relative Befristung sei verhältnismässig und hindere die Beanspruchung der Sicherheit nach rechtskräftiger Feststellung der Forderung des Unternehmers nicht (act. 22 Rz. 3 ff. S. 3 ff.).

9.2. 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).

9.3. Würdigung

Wie bereits erwähnt, deckt die besagte Zahlungsgarantie der F._____ AG betragsmässig sowohl den Pfandbetrag als auch die Zinsforderung vollumfänglich ab und ist unwiderruflich abgegeben worden. Die Gesuchstellerin beanstandet indessen, dass die Garantie an zahlreiche unzulässige Bedingungen geknüpft sei und sodann auch bedingt befristet sei. Unter anderem rügt sie, dass der Passus gemäss Ziff. 3.1.) der Bankgarantie eine unzulässige Befristung der Sicherheit beinhalte. Während eine Zahlungsgarantie grundsätzlich nicht absolut befristet werden darf, ist eine relative Befristung dann zulässig, wenn dem Unternehmer ermöglicht wird, nach Eintritt bestimmter Ereignisse innerhalb einer angemessenen Reaktionsfrist die Sicherheit rechtswirksam für sich zu beanspruchen (SCHUMACHER, a.a.O., N 1258 ff.). Eine relative Befristung ist mit anderen Worten dann unzulässig, wenn die Gefahr besteht, dass trotz des Eintritts des bestimmten Ereignisses die Sicherheit (noch) nicht beansprucht werden kann, so dass die Garantie unter Umständen erlöschen könnte, ehe der Unternehmer überhaupt die Möglichkeit hatte, diese in Anspruch zu nehmen.

Der umstrittene Passus lautet wie folgt:

"3. ERLÖSCHEN DER GARANTIE

Diese GARANTIE erlischt automatisch und vollumfänglich (je ein "ERLÖSCHUNGSGRUND"):

1) Am 02.03.2022, sofern (i) Sie uns nicht bis spätestens zu diesem Datum (in unserem Besitz an obiger Adresse) durch einen in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Anwalt unter Bezugnahme auf diese GARANTIE schriftlich bestätigen lassen, dass Sie betreffend dem GRUNDGESCHFÄT eine Klage vor einem staatlichen Gericht – das Einreichen eines Schlichtungsgesuchs bei einer Schlichtungsbehörde im Sinne von Art. 202ff. ZPO genügt hierfür nicht – gegen C._____ Schweiz AG eingereicht haben und (ii) sich C._____ Schweiz AG weder in Konkurs noch in einem Nachlassverfahren befindet.

2) [...]."

Die vorstehend zitierte Bestimmung enthält keine absolute Befristung. Das Erlöschen der Garantie am 2. März 2022 ist insofern bedingt, als es nur dazu kommt, wenn es die Gesuchstellerin unterlässt, nach rechtzeitiger Klageerhebung (Forderungsklage) gegen die prozessführende Streitberufene der garantiestellenden Bank eine entsprechende Mitteilung durch einen in einem kantonalen Anwaltsre-

gister eingetragenen Anwalt zu machen. Die Gefahr, dass die Garantie erlöscht, ohne dass die Gesuchstellerin die Möglichkeit hatte, diese in Anspruch zu nehmen, besteht diesbezüglich nicht, womit es sich grundsätzlich um eine zulässige relative Befristung handelt.

Der Grundsatz, dass eine Sicherstellung die Rechtslage des Unternehmers gegenüber dem Sicherungsgrundpfandrecht nicht verschlechtern darf, erfordert aber überdies, dass die allfällige Beanspruchung der Sicherheit in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht erschwert werden darf. Die Auflagen von Modalitäten, welche der Rechtssicherheit des Grundeigentümers und aller weiteren beteiligten Personen dienen, sind nur zulässig, wenn sie zweckmässig und verhältnismässig sind (SCHUMACHER, a.a.O. N 1263).

Die prozessführende Streitberufene argumentiert, mit diesem Passus werde sichergestellt, dass die Garantie nicht über Jahre hinweg ausgestellt und unbenutzt bleibe, mit entsprechenden Unsicherheiten für den Aussteller und Kostenkonsequenzen für den Bauherrn. Dass die prozessführende Streitberufene und die garantierende Bank ein Interesse daran haben, dass die Gesuchstellerin möglichst zeitnah gegen erstere Klage erhebt, ist grundsätzlich nachvollziehbar und die auferlegten Modalitäten mithin zweckmässig. Will die Gesuchstellerin aber das Erlöschen der Garantie infolge der besagten relativen Befristung (auflösende Bedingung) verhindern, ist sie in einem ersten Schritt gezwungen, bis spätestens am 2. März 2022 eine Forderungsklage gegen die prozessführende Streitberufene zu erheben, wobei gemäss der Bestimmung das Einreichen eines Schlichtungsgesuches bei einer Schlichtungsbehörde hierfür nicht genügt. Entgegen den Behauptungen der prozessführenden Streitberufenen weicht die Garantie damit von den gesetzlichen Vorgaben ab, welche die Gesuchstellerin nicht verpflichten, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt (geschweige denn bereits bis zum 2. März 2022) Klage gegen die prozessführende Streitberufene zu erheben, trifft es doch gerade nicht zu, dass innert der vom Gericht bei vorläufiger Eintragung bzw. Sicherstellung des Bauhandwerkerpfandrechts der Gesuchstellerin angesetzten Frist zur Prosequierung des Sicherungsanspruchs auch der Forderungsanspruch durchzusetzen ist. Damit ist die Bedingung, dass die Gesuchstellerin bis zum 2. März

2022 Forderungsklage gegen die prozessführende Streitberufene erheben müsste, im Vergleich zur Sicherstellung durch ein Bauhandwerkerpfandrecht klar erschwerend. Würde sie die Forderungsklage nicht spätestens bis zu diesem Zeitpunkt erheben, würde die Garantie automatisch dahinfallen, während das eingetragene Sicherungspfandrecht bei Nichteinleitung der Forderungsklage innert dieser Zeit weiterhin bestehen würde. Dies ist unzulässig.

Selbst wenn die Gesuchstellerin innert Frist Forderungsklage erheben würde, wäre sie weiter gezwungen, einen in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Anwalt zu mandatieren, welcher der garantiestellenden Bank bis zum 2. März 2022 die Einleitung der Klage schriftlich bestätigen würde. Sollte die Gesuchstellerin die Mitteilung verpassen oder nicht durch einen in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Anwalt bestätigen lassen, hätte dies – trotz allfälliger Einleitung der Forderungsklage und trotz allfälliger Mitteilung der Klageeinleitung (jedoch nicht von einem in einem kantonalen Register eingetragenen Anwalt) – ein automatisches und vollumfängliches Erlöschen der Garantie zur Folge. Weshalb die Gesuchstellerin sich die Einleitung der Forderungsklage gegen die prozessführende Streitberufene durch einen in einem kantonalen Register eingetragenen Anwalt bestätigt lassen muss, ist nicht nachvollziehbar, zumal die Sorgfaltspflicht auch durch weniger einschneidende Nachweise (wie z.B. eine Eingangsanzeige des Gerichts) gewahrt werden könnte. Die Bestätigung durch einen Anwalt (der überdies gar in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sein muss) verursacht nicht nur einen unnötigen Zusatzaufwand, sondern auch unnötige Kosten, welche letztlich von der Gesuchstellerin getragen werden müssen.

Zusammengefasst erweisen sich damit sowohl der Zwang zur Klageerhebung gegen die prozessführende Streitberufene bis zum 2. März 2022 als auch die innert nämlicher Frist abzugebende Bestätigung der Klageeinleitung vor einem staatlichen Gericht (wobei das Einreichen eines Schlichtungsgesuchs bei einer Schlichtungsbehörde i.S.v. Art. 202 ff. ZPO nicht genügt) durch einen im kantonalen Register eingetragenen Anwalt als unverhältnismässig und vermögen die durch diese Modalitäten zwar sichergestellte Sicherheit für den Aussteller und die Kostenkonsequenzen der Garantie nicht zu legitimieren.

Nach dem Gesagten ist es der prozessführenden Streitberufenen nicht gelungen, mit der von ihr geleisteten Bankgarantie der F. _____ AG Nr. ... vom 26. Februar 2021 eine hinreichende Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB zu stellen. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich eine Prüfung der weiteren Einwendungen der Gesuchstellerin in Bezug auf die Zahlungsgarantie.

Da es kein Rechtsgrund mehr für den Verbleib der Bankgarantie(n) bei der Obergerichtskasse gibt, ist diese anzuweisen, die Bankgarantie(n) (act. 11 und act. 23) der prozessführenden Streitberufenen wieder herauszugeben.

10. Fazit

Die Gesuchstellerin hat alle Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandforderung im Umfang von CHF 220'571.75 nebst Zins zu 5 % seit 11. Januar 2021 rechtsgenügend glaubhaft gemacht. Die supervisorische Eintragung vom 12. Januar 2021 ist zu bestätigen.

11. Prosequierungsfrist

Sodann ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen. Die Gerichtsferien sind nicht zu berücksichtigen (BGE 143 III 554 E. 2.5.2). Eine Fristverlängerung 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 werde nur entweder die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe anerkannt.

12. 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). Der Streitwert beläuft sich vorliegend auf CHF 220'571.75 (act. 1

S. 2). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG § 8 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 5'500.– festzusetzen.

Über den Pfandanspruch der Gesuchstellerin ist damit 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. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht innert Frist prosequieren sollte, sind ihr die Gerichtskosten definitiv aufzuerlegen.

Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch jedoch nicht prosequieren sollte, wird praxisgemäss deren Gegenpartei eine Parteientschädigung zugesprochen. Anwaltlich vertretene Parteien können die Kosten ihrer berufsmässigen Vertretung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) eine Parteientschädigung entschädigt erhalten (Art. 95 Abs. 3 lit. b i.V.m. Art. 96 ZPO). Die prozessführende Streitberufene ist vorliegend nicht berufsmässig vertreten, sondern handelt durch zwei Mitarbeiter ihres Rechtsdienstes (act. 19). In der Regel wird derjenigen Partei, die nicht durch einen (externen) Anwalt vertreten ist, keine Entschädigung zugesprochen. Ausnahmsweise ist einer Partei jedoch gegebenenfalls eine Umtriebsentschädigung zuzusprechen, wenn es sich um eine komplizierte Sache mit hohem Streitwert handelt, wenn der getätigte Aufwand erheblich ist und zwischen dem betriebenen Aufwand und dem Ergebnis der Interessenwahrung ein vernünftiges Verhältnis besteht (vgl. URWYLER/GRÜTTER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, 2. Aufl., 2016, Art. 95 N. 25; sowie Urteile des Bundesgerichts 4A_355/2013 vom 22. Oktober 2013 E. 4.2; 5D_229/2011 vom 16. April 2012 E. 3.3).

Die prozessführende Streitberufene begründet ihren Aufwand im Wesentlichen mit den Sachverhaltsabklärungen, der Kommunikation mit der Gesuchstellerin, mit der Vorbereitung der Stellungnahme sowie ihren Bemühungen um Ausmassbereinigung. Alsdann sei auch der Streitwert mit CHF 220'571.75 nicht unerheblich (act. 10 Rz. 67 ff. S. 22 ff. und act. 22 Rz. 2 S. 2). Die Gesuchstellerin bestreitet, dass es sich um einen besonders komplexen und aufwändigen Fall handle. Das Gegenteil lege die prozessführende Streitberufene denn auch nicht dar (act. 19 Rz. 25).

Entgegen den Behauptungen der Gesuchstellerin begründet die prozessführende Streitberufene die Kompliziertheit des Falles mit dessen komplexen Sachverhalt, insbesondere aufgrund von Leistungsstörungen sowie Streitigkeiten bezüglich der Ausmasse. Insgesamt habe sie deshalb einen erheblichen Aufwand gehabt, der auch aufgrund des nicht unerheblichen Streitwerts gerechtfertigt sei. Vor diesem Hintergrund erscheint es angemessen, der prozessführenden Streitberufenen ermessensweise für ihren Aufwand für den Fall der ausbleibenden Prosequierung eine Umtriebsentschädigung in der Höhe von pauschal CHF 1'500.– zuzusprechen. Bezüglich des Antrags der prozessführenden Streitberufenen auf Zuspreehung der Partei- bzw. Umtriebsentschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer ist grundsätzlich auf das Kreisschreiben des Obergerichtes vom 17. Mai 2006 (mit Modifikation betreffend Mehrwertsteuer-Satz am 17. September 2010) hinzuweisen. Demgemäss hat eine mehrwertsteuerpflichtige Partei, welche die Ersetzung der Mehrwertsteuer beantragt, die Umstände, welche einen (vollen) Vorsteuerabzug nicht zulassen, zu behaupten und belegen. Dies gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch, wenn die Gegenseite gegen den Antrag auf Zuspreehung des Mehrwertsteuerzusatzes nicht opponiert hat (Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5). Angesichts der fehlenden Begründung und Belege ist der prozessführenden Streitberufenen unter dem Titel "Mehrwertsteuer" daher kein Betrag zuzusprechen.

Die gemäss Verfügung vom 2. März 2021 aus der Prozessführung ausgeschiedene Gesuchsgegnerin (vgl. act. 13 Disp.-Ziff. 1) hat keine Parteientschädigung beantragt, womit sich Ausführungen hierzu erübrigen.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Es wird festgestellt, dass die prozessführende Streitberufene mit der Bankgarantie der F._____ AG Nr. ... vom 26. Februar 2021 keine hinreichende Sicherheit geleistet hat und für die zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.
2. 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 12. Januar 2021 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 3 einzuleitenden Prozesses auf der Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2, G._____ -Strasse ..., E._____, für eine Pfandsumme von CHF 220'571.75 nebst Zins zu 5 % seit 11. Januar 2021.
3. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 3. August 2021 angesetzt, um eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Bei Säumnis kann die Gesuchsgegnerin den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 2) löschen lassen.
4. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 5'500.–.
Allfällig weitere Kosten (insbesondere Gebühren des Grundbuchamts) bleiben vorbehalten.
5. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 4 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 3 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.
6. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 3 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, hat sie der prozessführenden Streitberufenen eine Umtriebsentschädigung in der Höhe von CHF 1'500.– zu bezahlen.

7. Die Kasse des Obergerichts wird angewiesen, die Originale der Zahlungsgarantien der F._____ AG Nr. ... vom 26. Februar 2021 (act. 11 und act. 23) nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die prozessführende Streitberufene herauszugeben.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die prozessführende Streitberufene, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel von act. 22 und act. 23, an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt D._____ und an die Obergerichtskasse.
9. 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 220'571.75.

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

Zürich, 1. Juni 2021

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Nadja Kiener