

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE230086-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, sowie
Gerichtsschreiber Dr. Pierre Heijmen

Urteil vom 28. November 2023

in Sachen

A._____ GmbH,

Gesuchstellerin

gegen

B._____,

Gesuchsgegnerin

sowie

C._____ AG,

Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Das Grundbuchamt ...-Zürich sei im Sinne von Art. 961 ZGB [sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei] einstweilen anzuweisen, zugunsten des Gesuchstellers und zulasten des Grundstücks des Gesuchsgegners ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2 (Grundbuchblatt), Im D.____-Hof 1-18 für eine Pfandsumme von Fr. 383'173.13 nebst Zins zu 5.00 % seit 18.07.2023. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchsgegners."

ergänzttes Rechtsbegehren:

(act. 21 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt ...-Zürich, sei richterlich anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin, Kat.-Nr. 1, GBBl. 2, EGRID CH3, Grundbuch E.____, ... [Adresse], ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Summe von Fr. 383'173.13 nebst 5 % Zins seit 18. Juli 2023 vorläufig einzutragen.
2. Der Gesuchstellerin sei nach erfolgter vorläufiger Vormerkung eine angemessene Frist von mindestens drei Monaten zur Anhebung der Klage auf definitive Eintragung des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts anzusetzen.
3. Unter entsprechender Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchsgegnerin bzw. der Nebenintervenientin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 3. August 2023 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin hierorts ein Gesuch betreffend provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts i.S.v. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB ein (act. 1). Mit Verfügung vom 7. August 2023 wurde das Grundbuchamt ...-Zürich angewiesen, das Pfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Begehren der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen (act. 4). Mit Eingabe vom 14. August 2023 verkündete die Gesuchsgegnerin der C.____ AG (fortan als Nebenintervenientin bezeichnet) den Streit (act. 7), wovon das Gericht mit Verfügung vom 16. August 2023

Vormerk nahm (act. 9). Mit Eingabe vom 25. August 2023 reichte die Nebenintervenientin eine Stellungnahme zum Gesuch samt einer Bankgarantie ein und beantragte die Abweisung des Gesuchs der Gesuchstellerin im den Betrag von CHF 68'221.55 übersteigenden Umfang sowie die Feststellung, dass die von ihr eingereichte Bankgarantie für die verbleibende Forderung eine hinreichende Sicherheit ist. Ausserdem beantragte sie die Zulassung als Nebenintervenientin auf der Seite der Gesuchsgegnerin (act. 11; act. 14). Die Gesuchsgegnerin reichte mit Eingabe vom 28. August 2023 ihre Gesuchsantwort innerhalb der ihr mit der Verfügung vom 7. August 2023 angesetzten Frist ein (act. 16). Mit Verfügung vom 29. August 2023 wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um sich zur Pfandforderung und zur angebotenen Sicherheit zu äussern (act. 17). In der Folge reichte die Gesuchstellerin innert erstreckter Frist eine Stellungnahme ein (act. 21). Mit Verfügung vom 12. Oktober 2023 wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zur gesuchstellerischen Eingabe Stellung zu nehmen und allenfalls eine neue Bankgarantie einzureichen (act. 23). Mit Eingabe vom 2. November 2023 reichte die Nebenintervenientin eine Stellungnahme ein (act. 25). Mit Eingabe vom 6. November 2023 nahm die Gesuchsgegnerin innert Frist zur Stellungnahme der Gesuchstellerin, insbesondere zur angebotenen Bankgarantie, Stellung (act. 28). Weitere Stellungnahmen zum Gesuch gingen nicht ein. Die Sache ist spruchreif.

2. Prozessgegenstand

Die Gesuchstellerin verlangt die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für Arbeiten auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin in der Höhe von CHF 383'173.13 zuzüglich Zins zu 5 % seit 18. Juli 2023.

3. Sachverhalt

3.1. Die Gesuchstellerin (als Unternehmerin) schloss mit der Nebenintervenientin (als Bestellerin) am 06./09. Februar 2023 einen Werkvertrag für Gärtnerarbeiten auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin im Zusammenhang mit der Überbauung "D. _____-Hof" in E. _____ zu einem Pauschalpreis von CHF 2'584'800.– (netto inkl. 7.7 % MwSt.) ab (act. 3/2; act. 21 Rz. 4). In der Folge führte die Gesuchstellerin diverse Gartenarbeiten auf den Grundstück der Gesuchsgegnerin aus. Am 19. Juni

2023 kündigte die Nebenintervenientin den Werkvertrag mit der Gesuchstellerin. Mit Schreiben vom 2. Juli 2023 stellte die Gesuchstellerin der Nebenintervenientin eine Schlussrechnung über einen Betrag von CHF 383'173.13 zu (act. 2; act. 3/11; act. 21 Rz. 5). Der Betrag wurde bis heute nicht bezahlt. Die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientin haben eine Pfandsumme in Höhe von CHF 68'221.55 (inkl. MwSt.) anerkannt (act. 11 Rz. 26; act. 16 Rz. 6).

3.2. Die Gesuchstellerin macht geltend, dass sämtliche Forderungen der Schlussrechnung pfandberechtigt seien. Da es die Nebenintervenientin unterlassen habe, die notwendigen Vorleistungs- und Vorbereitungsarbeiten zu erbringen, habe sie - die Gesuchstellerin - die Arbeiten gemäss Werkvertrag nicht erbringen können. Wenn ein Unternehmer bei der Ausführung seines Werkes behindert werde, weil der Besteller die Vornahme einer ihm obliegenden Mitwirkungshandlung ganz oder teilweise unterlasse oder verzögere, habe der Unternehmer nicht nur Anspruch auf eine angemessene Fristerstreckung, sondern auch einen Anspruch auf Mehrvergütung. Dieser Mehrvergütung komme ein Vergütungscharakter zu, weshalb es sich hierbei nicht um einen Schadenersatzanspruch handle. Sämtliche Forderungen im Umfang des Mehraufwands, den sie infolge der Verletzung der Mitwirkungspflichten der Nebenintervenientin bei der Werksausführung gehabt habe, seien daher pfandberechtigt (act. 21 Rz. 10 ff.).

3.3. Die Nebenintervenientin anerkennt die Forderung der Gesuchstellerin im Betrag von CHF 68'221.55 (inkl. MwSt). Sie bestreitet jedoch die Forderung im darüber hinausgehenden Betrag und hält fest, dass es sich bei den in der Schlussrechnung aufgeführten Beträge um Schadenersatzansprüche handle, für die kein Pfandrecht eingetragen werden könne. Zudem reiche sie eine hinreichende Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB ein, womit das Gesuch abzuweisen sei (act. 11 Rz. 6 ff.; act. 25 Rz. 2 ff.).

4. Rechtliches

4.1. 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 Abbruch-

arbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks, 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). Forderungen des Unternehmers gegen den Besteller, die ihm nicht als Gegenleistung für effektiv geleistete und/oder noch zu leistende Bauleistungen zustehen, sind keine Forderungen im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB und mithin nicht pfandberechtigt (SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl., 2022, N 397).

4.2. 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 137 III 563 E. 3.3; 102 Ia 86; 112 Ib 484; 86 I 265 E. 3; BGer 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4; ZR 79/1980 Nr. 80 S. 152 E. 1; SCHUMACHER, a.a.O., N 1394 ff.).

5. Würdigung

5.1. Vertragsbeziehung

Unbestritten und belegt ist, dass die Gesuchstellerin und die Nebenintervenientin einen Werkvertrag für Arbeitsleistungen auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin abgeschlossen haben (act. 3/2).

5.2. Pfandberechtigte Leistungen

5.2.1. Gestützt auf den Werkvertrag hatte die Gesuchstellerin auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin diverse Gärtnerarbeiten zu erbringen.

5.2.2. Die Nebenintervenientin bestreitet die Pfandberechtigung folgender Positionen auf der Schlussrechnung vom 2. Juli 2023 (act. 11 Rz. 14 ff.; act. 3/11; act. 3/11; act. 3/12):

- Rechnung 2022016-R05 vom 02.07.2023 samt Regierapport 021223 vom 31.05.2023 in der Höhe von CHF 8'935.00 exkl. MwSt;
- Rechnung 2022016-R06 vom 23.07.2023 samt Regierapport 021214 vom 06.06.2023 in der Höhe von CHF 33'516.00 exkl. MwSt;
- Rechnung 2022016-R07 vom 02.07.2023 samt Regierapport 021035 vom 12.06.2023 in der Höhe von CHF 23'409.00 exkl. MwSt;
- Rechnung 2022016-R08 vom 02.07.2023 samt Regierapport 021037 vom 23.06.2023 in der Höhe von CHF 25'698.00 exkl. MwSt;
- "Gewinnverlust" in Höhe von CHF 240'000.00.

Die Nebenintervenientin macht geltend, dass es sich bei den ersten vier Positionen um Kosten infolge Standzeiten und nicht um geleistete Bauarbeiten handle, damit also um Schadenersatzansprüche, welche nicht pfandberechtigt seien (act. 11 Rz. 22; act. 25 Rz. 5 ff.). Bei der Position "Gewinnverlust" handle es sich um entgangenen Gewinn, welcher ebenfalls einen Schadenersatzanspruch darstelle und daher nicht pfandberechtigt sei (act. 11 Rz. 12-13; act. 3/11; act. 25 Rz. 5). Die Gesuchstellerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die bestrittenen Positionen Mehrvergütungsansprüche darstellen würden, welchen Vergütungscharakter zukomme.

Daher handle es sich um pfandberechtigte Forderungen und nicht um Schadenersatzansprüche (act. 21 Rz. 11 ff. mit Verweis auf SCHUMACHER, a.a.O., N 402, 414).

5.2.3. Arbeitsleistungen, die nicht in die individuelle Herstellung eines konkreten Bauwerks integriert und deshalb nicht zur Vermehrung des Bauwerts auf dem betreffenden Grundstück geeignet sind, sind grundsätzlich nicht pfandberechtigt (SCHUMACHER, a.a.O., N 227). Entsprechend sind jene Forderungen des Unternehmers gegen den Besteller, die ihm nicht als Gegenleistung für effektiv geleistete und/oder noch zu leistende Bauarbeiten zustehen, keine Forderungen im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB und mithin nicht pfandberechtigt (SCHUMACHER, a.a.O., N 397). Das Bauhandwerkerpfandrecht ist nur für die Entschädigung der geleisteten Arbeit vorgesehen. Schadenersatzansprüchen steht grundsätzlich kein baulicher Mehrwert auf dem Grundstück gegenüber, unabhängig davon, wie sie entstanden sind. Solche Forderung können nicht mittels eines Bauhandwerkerpfandrechtes abgesichert werden (vgl. auch SCHUMACHER, a.a.O., N 398). Schadenersatzansprüche sind nur dann nicht vom Baupfand ausgeschlossen, wenn einer Schadenersatzforderung die Leistung von Bauarbeiten gegenübersteht (SCHUMACHER, a.a.O., N 402).

5.2.4. Unbestritten ist, dass den oben aufgeführten Positionen keine Arbeitsleistungen gegenüber stehen (act. 11 Rz. 14 ff; act. 21 Rz. 6 ff.). Bei den vier ersten Positionen handelt es sich jeweils um Standzeiten von Maschinen und Personal. Die geplanten Arbeiten wurden an den jeweiligen Tagen nicht ausgeführt (vgl. act. 3/12). Beim geltend gemachten Gewinnverlust handelt es sich um angeblich entgangenen Gewinn, welchem keine Gegenleistung für effektiv geleistete und/oder noch zu leistende Bauarbeiten gegenüber steht. Da den in mit den beanstandeten Positionen in der Schlussrechnung geltend gemachten Schadenersatzansprüchen keine von der Gesuchstellerin geleisteten oder künftigen Bauarbeiten als Gegenleistung entsprechen, wodurch gegebenenfalls eine pfandberechtigte Forderung hätte entstehen können, sind diese Forderungen nicht pfandberechtigt.

5.2.5. Die übrigen Positionen auf der Schlussrechnung vom 2. Juli 2023 sind unbestritten und beziehen sich auf tatsächlich erbrachte Arbeitsleistungen auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin (act. 11 Rz. 25; act. 21 Rz. 9; act. 3/11). Es er-

scheint daher glaubhaft, dass es sich dabei um pfandberechtigte Forderungen handelt. Nach Abzug der nicht pfandberechtigten Forderungen im Umfang von CHF 331'558.– ergibt dies einen Betrag von CHF 146'099.– (exkl. MwSt). Nach Abzug der Akontorechnungen von insgesamt CHF 74'280.35, eines Grundrabatts von 10% (CHF 7'181.86), eines Skontos von 2% (CHF 1'292.73) und zuzüglich der Mehrwertsteuer von 7.7% (CHF 4'877.49), beläuft sich der verbleibende Betrag der pfandberechtigten Forderung auf insgesamt CHF 68'221.55.

5.3. Zinsanspruch

Die Gesuchstellerin beantragt eine Verzinsung des Pfandanspruchs ab dem 18. Juli 2023. Den Beginn des Zinsenlaufs begründet sie nicht weiter. Angesichts der Schlussrechnung vom 2. Juli 2023 und der Zahlungsfrist von 10 Tagen (act. 3/11) kann die Nebenintervenientin frühestens am 12. Juli 2023 in Verzug geraten sein. Entsprechend ist der Zinsanspruch ab dem 18. Juli 2023 glaubhaft.

5.4. Frist

Die Eintragsfrist ist unbestrittenermassen eingehalten, zumal die Gesuchstellerin bis zur Kündigung des Vertrags am 19. Juni 2023 Arbeiten geleistet hat und die superprovisorische Eintragung bereits am 7. August 2023 erfolgt ist.

5.5. Zwischenfazit

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es der Gesuchstellerin gelingt, einen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts von CHF 68'221.55 nebst 5 % Zins seit 18. Juli 2023 glaubhaft zu machen. Im Mehrbetrag ist das Gesuch abzuweisen.

6. Hinreichende Sicherheit

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. 2017, Rz. 1742). Sofern der Unternehmer 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, a.a.O., Rz. 1301). Dazu muss sie sowohl qualitativ als auch quantitativ die gleiche Sicherheit bieten wie das Bauhandwerkerpfandrecht (BGE 142 III 738 E. 4.4.2). Bei der Prüfung durch das Gericht gilt das Rügeprinzip. Der Handwerker oder Unternehmer hat seine Einwendungen substantiiert darzulegen (SCHUMACHER, a.a.O., Rz. 1301).

Mit Eingabe vom 25. August 2023 hat die Nebenintervenientin eine Bankgarantie (Zahlungsgarantie) Nr. ... vom 24. August 2023 der F. _____ AG über den Betrag von CHF 80'000.00 eingereicht (act. 14). Umstritten ist, ob diese eine genügende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB darstellt.

6.1. Wesentliche Parteistandpunkte

6.1.1. Die Gesuchstellerin ist der Ansicht, dass die von der Nebenintervenientin eingereichte Bankgarantie in qualitativer Hinsicht ungenügend sei, da sie in Ziff. 3 Abs. 1 eine relative Befristung per 1. Juli 2024 vorsehe. Nach diesem Zeitpunkt erlösche die Garantie, wenn nicht eine schriftliche Bestätigung eingereicht werde, dass im Grundgeschäft eine Klage vor einem staatlichen Gericht gegen die Nebenintervenientin eingereicht worden sei und sich diese weder im Konkurs noch in einem Nachlassverfahren befinde. Diese Befristung zwingt sie zu einer verfrühten Forderungsklage und sei daher unzulässig (act. 21 S. 14). Sodann sehe die Bankgarantie in Ziff. 4 lediglich die einmalige Inanspruchnahme vor, was ebenfalls zu einer Verschlechterung führe, da dem Unternehmer die Einleitung einer Teilklage verunmöglicht werde, welche im Rahmen der Betreibung auf Pfandverwertung sinnvoll sei (act. 21 S. 14).

6.1.2. Die Nebenintervenientin hält daran fest, dass die Bankgarantie vom 24. August 2023 eine hinreichende Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB darstelle. Die Rechtsprechung müsse eine Gesamtbetrachtung vornehmen, denn neben gewissen Vorteilen weise das Bauhandwerkerpfandrecht auch Nachteile auf. Die massive Vereinfachung im Rechtsverkehr durch die Bankgarantie rechtfertige es, dass

gewisse einschränkende Klauseln eingefügt würden. Die Klauseln seien vorliegend nicht so beschaffen, dass eine unangemessene Erschwerung der Abrufbarkeit angenommen werden könne. Eine Befristung der Bankgarantie sei zulässig, da sie der Gesuchstellerin genug Reaktionszeit lasse, um die Forderungsklage einzuleiten (act. 25 Rz. 17-20). Die Gesuchsgegnerin schliesst sich den Ausführungen der Nebenintervenientin an (act. 28 S. 2).

6.2. Würdigung

Gemäss Ziff. 3 Abs. 1 der Garantie vom 24. August 2023 erlischt die Garantie am 1. Juli 2024, sofern nicht eine schriftliche Bestätigung eingereicht wird, dass im Grundgeschäft eine Klage vor einem staatlichen Gericht (die Gesuchseinreichung bei der Schlichtungsbehörde genügt nicht) gegen die Nebenintervenientin eingereicht wurde und sich diese nicht in einem Konkurs oder Nachlassverfahren befindet (vgl. act. 14). Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung darf die provisorische Sicherheitsleistung nicht an die auflösende Bedingung geknüpft werden, dass der Unternehmer eine Forderungsklage einreichen muss, bevor die definitive Sicherheit bestellt worden ist (SCHUMACHER, a.a.O., N 1301; Urteil HG/ZH HE140512-O vom 26. Mai 2015 E. 3.3.1). Genau dazu könnte die Gesuchstellerin jedoch mit der vorliegenden relativen Befristung gezwungen werden. Entsprechend ist die Garantie bereits diesbezüglich als nicht hinreichend zu qualifizieren. Zudem sieht Ziff. 4 der Garantie vor, dass diese nur einmal in Anspruch genommen werden kann. Diese Beschränkung führt ebenfalls zu einer Verschlechterung für den Unternehmer, da ihm die Einleitung einer Teilklage verunmöglicht wird, welche im Rahmen der Betreuung auf Pfandverwertung allenfalls sinnvoll wäre (vgl. Art. 126 SchKG, Art. 102 i.V.m. Art. 54 Abs. 2 VZG, Art. 135 Abs. 2 SchKG etc.; Urteil HG/ZH HE140512-O vom 26. Mai 2015 E. 3.2.3). Demgemäss ist die Bankgarantie vom 24. August 2023 nicht als hinreichende Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB zu qualifizieren. Mithin ist das Gesuch abzuweisen.

7. Gesamtfazit

Die Gesuchstellerin hat ihren Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Umfang von CHF 64'221.55 glaubhaft gemacht. Im übersteigenden Be-

trag erscheint die Forderung nicht pfandberechtigt. Die in diesem Zusammenhang eingereichte Bankgarantie der F. _____ AG Nr. ... vom 24. August 2023 (act. 14) stellt in qualitativer Hinsicht keine hinreichende Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB dar. Daher ist der Feststellungsantrag der Nebenintervenientin abzuweisen (vgl. act. 11 S. 2 Ziff. 2). Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt ...-Zürich ist als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 7. August 2023 im Umfang von CHF 64'221.55 zu bestätigen. Im darüber hinausgehenden Umfang ist das mit Verfügung vom 7. August 2023 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen.

8. Prosequierung und Herausgabe der provisorischen Sicherheit

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, 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.

9. Kosten- und Entschädigungsfolgen

9.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der Gebührenverordnung des Obergerichts bestimmt (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Es ist von einem Streitwert von CHF 383'173.13 auszugehen. Die nach § 4 Abs. 1 GebV OG bestimmte ordentliche Gerichtsgebühr beträgt CHF 18'413.46. In Anwendung von § 8 Abs. 1 GebV OG ist diese auf rund CHF 9'200.– festzusetzen.

9.2. Die Gesuchstellerin unterliegt im Umfang von rund 4/5 (Art. 106 Abs. 1 ZPO). In diesem Umfang sind ihr die Kosten definitiv aufzuerlegen. Im übrigen Umfang ist über den Pfandanspruch der Gesuchstellerin 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.

9.3. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 9 AnwGebV OG wäre einer vollständig obsiegenden Partei eine Parteientschädigung von CHF 10'500.– zuzusprechen. Da die Gesuchstellerin im Umfang von rund 4/5 definitiv unterliegt, ist sie zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 6'300.– zu bezahlen. Im Übrigen ist auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen dem ordentlichen Verfahren vorzubehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, ist der Gesuchsgegnerin eine weitere Parteientschädigung von CHF 4'200.– zuzusprechen.

9.4. Die Nebenintervenientin beantragt eine Parteientschädigung (act. 11 S. 2). In der Stellung der Nebenintervenientin als streitberufene Partei ist diese nicht Hauptpartei und erhält entsprechend auch keine Parteientschädigung zugesprochen. Die Nebenintervenientin wahrt Interessen, die sich aus ihrem Rechtsverhältnis zur Gesuchsgegnerin und nicht zur Gesuchstellerin ergeben. Die Zusprechung einer Parteientschädigung wäre nur (ausnahmsweise) im Einzelfall und aus Billigkeitsgründen gerechtfertigt (BGE 130 III 571 E. 6 S. 578; BSK ZPO-GRABER, Art. 77 N 3). Die Nebenintervenientin legt keine Gründe dar, die eine Parteientschädigung aus Billigkeitsgründen rechtfertigen würden. Es sind auch keine solchen ersichtlich, weshalb ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Es wird festgestellt, dass die Nebenintervenientin mit der Bankgarantie der F. _____ AG Nr. ... vom 24. August 2023 keine hinreichende Sicherheit geleistet hat für die zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.
2. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt ...-Zürich wird teilweise bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 7. August 2023 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 4 einzuleitenden Prozesses
auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBL. 2,
EGRID CH3,
... [Adresse],
für eine Pfandsomme von CHF 68'221.55 nebst Zins zu 5 % seit 18. Juli 2023.
3. Das Grundbuchamt ...-Zürich wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung vom 7. August 2023 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht – nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils – im darüber hinausgehenden Umfang zu löschen.
4. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 29. Januar 2024 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.
5. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 9'200.–.

Allfällige weitere Kosten (insbesondere Rechnung des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 5 werden der Gesuchstellerin im Umfang von CHF 7'360.– definitiv auferlegt.

Im übrigen Umfang werden sie von der Gesuchstellerin bezogen und bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 4 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.

7. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 6'300.– zu bezahlen.

Im übrigen Umfang wird die Regelung der Entschädigungsfolgen dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 4 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine weitere Parteientschädigung von CHF 4'200.– zu bezahlen.

8. Das Gesuch der Nebenintervenientin auf Zusprechung einer Parteientschädigung wird abgewiesen.
9. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Zahlungsgarantie Nr. ... vom 24. August 2023 der F. _____ AG (act. 14) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Gesuchstellerin herauszugeben.
10. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Nebenintervenientin, sowie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt ...-Zürich und an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich.
11. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 383'173.13.

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

Zürich, 28. November 2023

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Pierre Heijmen