

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE240051-O

U/pz

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, sowie der
Gerichtsschreiber Dr. Severin Harisberger

Urteil vom 8. Juli 2024

in Sachen

A._____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____

gegen

B._____,
Gesuchsgegnerin

sowie

C._____ AG,
Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt D. _____-Zürich sei im Sinne von Art. 961 ZGB sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei einstweilen anzuweisen, zu Gunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin ein Pfandrecht wie folgt vorläufig im Grundbuch auf das Grundstück Kat.-Nr. 1, GB-BI. 2, Grundbuch E. _____ EGRID CH3, einzutragen:

Eigentümerin: B. _____, F. _____-strasse 4, ... Zürich

Grundbuchamt D. _____-Zürich, Grundbuch E. _____, Grundstück Kat.-Nr. 1, GB-BI. 2

für eine Pfandsomme von CHF 322'946.35

nebst Zins zu 5 % ab Datum Gesuchseinreichung

2. Die Anweisung sei superprovisorisch zu verfügen und dem Grundbuchamt D. _____-Zürich unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Rechtsbegehren der Nebenintervenientin:

(act. 13 S. 2)

- "1. Es sei das Gesuch der Gesuchstellerin vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter sei festzustellen, dass die von der C. _____ AG provisorisch gestellte Zahlungsgarantie Nr. 5 der F. _____ AG [Bank] vom 23. Mai 2024 für eine allenfalls vom Gericht als glaubhaft erachtete Pfandsomme eine hinreichende Sicherheit sei. Subeventualiter sei den Parteien Gelegenheit zu geben, eine verbesserte Sicherheit einzureichen.
3. Es sei das Grundbuchamt D. _____-Zürich in jedem Fall anzuweisen, das gestützt auf die Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 29. April 2024 einstweilen zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin Kat. Nr. 1, GBBI. 2, EGRID CH3, für einen Betrag von CHF 322'946.35 eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht umgehend und vollumfänglich zu löschen.
4. Eventualiter sei der Gesuchstellerin eine Frist von zwei Monaten zur Einreichung der Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit

bzw. definitiver Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzusetzen.

5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Gesuchstellerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 26. April 2024 (Datum Poststempel) stellte die Gesuchstellerin ein Gesuch um (superprovisorische) Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren (act. 1; act. 3/2-10). Mit Verfügung vom 29. April 2024 (act. 4) wurde das Gesuch einstweilen ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin teilweise gutgeheissen, hinsichtlich des Zinses abgewiesen, und das Grundbuchamt D._____-Zürich angewiesen, ein Pfandrecht vorläufig einzutragen (act. 5). Zugleich wurde der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme angesetzt. Mit Eingabe vom 6. Mai 2024 (act. 7) verkündete die Gesuchsgegnerin der C.____ AG den Streit. Mit Verfügung vom 7. Mai 2024 (act. 9) wurde diese Streitverkündung vorgemerkt. Mit Eingabe vom 27. Mai 2024 (act. 13; act. 15/2-3) reichte die C.____ AG innert erstreckter (act. 11) Frist eine Stellungnahme ein. Darin beantragte sie ihre Zulassung als Nebenintervenientin auf der Seite der Gesuchsgegnerin und stellte das eingangs wiedergegebene Rechtsbegehren. Mit Verfügung vom 28. Mai 2024 (act. 16) wurde die Nebenintervention vorgemerkt und der Gesuchstellerin Frist zur Stellungnahme insbesondere zur von der Nebenintervenientin angebotenen Sicherheit angesetzt. Mit Eingabe vom 3. Juni 2024 (act. 19) verzichtete die *Gesuchsgegnerin* auf eine eigene Stellungnahme, stellte aber ein Rechtsbegehren, das sich im Wesentlichen mit dem der Nebenintervenientin deckt. Mit Eingabe vom 10. Juni 2024 (act. 20) nahm die Gesuchstellerin fristgemäss zur Eingabe der Nebenintervenientin und zur angebotenen Sicherheit Stellung. Hierzu nahm die Nebenintervenientin mit Eingabe vom 19. Juni 2024 (act. 26) Stellung. Weitere Eingaben erfolgten nicht. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Formelles

2.1. Die Zuständigkeit des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben und unbestritten (Art. 13 lit. a i.V.m. Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO und Art. 6 Abs. 5 i.V.m. Abs. 2 ZPO sowie § 45 lit. b GOG; act. 1 Rz. 2 ff.; act. 13 Rz. 12; act. 19).

2.2. Eine intervenierende Partei kann zur Unterstützung der Hauptpartei alle Prozesshandlungen vornehmen, die nach dem Stand des Verfahrens zulässig sind, insbesondere alle Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen (Art. 76 Abs. 1 ZPO). Demnach durfte die Nebenintervenientin für die Gesuchsgegnerin tätig werden und namentlich eine Sicherheit in das Verfahren einbringen (vgl. auch SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2022, Rz. 1223).

3. Anspruch auf vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben.

Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, 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 Pfandrechts darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfall ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über den Bestand und Umfang des Pfandrechts dem ordentlichen Gericht vorzubehalten. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 137 III 563 E. 3.3; BGE 102 Ia 86 E. 2b/bb; BGE 86 I 265 E. 3; Urteile des BGer 5A_144/2024 vom 23. Mai 2024 E. 4.1; 5A_822/2022 14. März 2023 E. 4.2; 5A_280/2021 vom 17. Juni 2022 E. 3.1; 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4). Das herabgesetzte Beweismass führt jedoch nicht dazu, dass die Behauptungs- und Substanziierungsanforderungen herabgesetzt wären. Auch im summarischen

Verfahren wie bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist ein schlüssiger und hinreichend substantzierter Tatsachenvortrag erforderlich. Dabei hängt insbesondere vom materiellen Recht bzw. vom Tatbestand der in Frage stehenden Rechtsnorm ab, wie weit ein Sachverhalt substantziiert zu behaupten ist, damit er unter den Tatbestand der in Frage stehenden Rechtsnorm subsumiert werden kann (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; Urteile des BGer 5A_144/2024 vom 23. Mai 2024 E. 4.1; 4A_410/2011 vom 11. Juli 2012 E. 6.1). Das herabgesetzte Beweismass kommt erst zum Zug, wenn zu den hinreichend substantzierten, strittigen Tatsachen Beweise abgenommen werden (Urteil des BGer 5A_280/2021 vom 17. Juni 2022 E. 3.4.3). Der Behauptungs- und Substanziierungslast ist in der Rechtschrift nachzukommen. Der blosse pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht (Urteil des BGer 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5; Urteil des Obergerichts ZH LF220077 vom 5. Oktober 2022 E. 4.2).

3.1. Im Grundsatz ist unbestritten, dass die Gesuchstellerin pfandberechtigte Arbeiten auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin ausgeführt hat (vgl. act. 13 Rz. 14). Sie ist aktivlegitimiert.

3.2. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gegen die jeweilige Eigentümerschaft des Grundstücks, auch wenn die Leistungen nicht in ihrem Auftrag erbracht worden sind. Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin der streitgegenständlichen Liegenschaft (act. 1 Rz. 8; act. 13 Rz. 12; act. 3/2; Prot. S. 2). Sie ist passivlegitimiert.

3.3. Dass die Gesuchstellerin mit der Nebenintervenientin einen Werkvertrag abgeschlossen hat, wonach Letztere der Ersteren die Ausführung der allgemeinen Metallbauarbeiten (Schlosserarbeiten) im Rahmen des Projekts "G._____" übertragen hat, ist unbestritten (act. 1 Rz. 10; act. 13 Rz. 14) und ergibt sich im Übrigen auch aus dem Werkvertrag vom 2./5. April 2022 (act. 3/6).

Die Nebenintervenientin bestreitet, dass die Gesuchstellerin alle Arbeiten vertragsgemäss erbracht hat, und macht geltend, die Gesuchstellerin hätte die einzelnen geleisteten Arbeiten behaupten und aufzeigen müssen, welche Arbeiten gemäss Vertrag geschuldet gewesen seien (act. 13 Rz. 14, 20). Indem die Gesuchstellerin

behauptet, sie sei mit der Ausführung allgemeiner Metallbauarbeiten (Schlosserarbeiten) betraut worden, habe diese vertragsgemäss und vollständig erbracht und zuletzt Handläufe montiert (act. 1 Rz. 10 f., 13, 15), genügt sie ihrer Behauptungslast. Denn dieser Tatsachenvortrag lässt den Schluss zu, dass die Gesuchstellerin als Handwerkerin zu einer Baute Arbeit geliefert hat. Ob alle Arbeiten vertragsgemäss erbracht worden sind, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu klären, zumal die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts erfolgen kann, sobald sich der Unternehmer zur Arbeitsleistung verpflichtet hat (Art. 839 Abs. 1 ZGB).

Die Nebenintervenientin bestreitet die Höhe der pfandberechtigten Forderung sowie deren Zusammensetzung und bemängelt die diesbezüglichen Behauptungen der Gesuchstellerin (act. 13 Rz. 20). Die Gesuchstellerin behauptet, die Schlussrechnung im Betrag von CHF 143'086.35 sei unbezahlt geblieben, und verweist diesbezüglich auf die Schlussrechnung vom 22. Januar 2024 (act. 1 Rz. 14; act. 3/8). Indem sie die von ihr geltend gemachte Pfandforderung beziffert und urkundlich unterlegt, genügt sie ihrer Behauptungslast und macht den Betrag im erforderlichen Masse glaubhaft.

Die Nebenintervenientin verweist im Besonderen darauf, dass die Gesuchstellerin offenbar die Nachträge 1 bis 7 geltend mache, wozu aber jegliche Behauptungen fehlten. Namentlich habe es die Gesuchstellerin unterlassen, Behauptungen zu den in den Nachträgen enthaltenen Arbeiten, zur Vereinbarung dieser Nachträge und der Preise, zu den Kosten und zur Ausführung der Arbeiten zu machen. Sie bestreite, dass die Nachträge bzw. die in Rechnung gestellten Beträge vereinbart worden seien, es sich um (im Verhältnis zum Werkvertrag) zusätzliche Arbeiten handle und die Arbeiten ausgeführt worden seien (act. 13 Rz. 21 f.). Die Gesuchstellerin macht ihre Pfandforderung hinsichtlich der Nachträge nicht separat, sondern vielmehr als Teil des in der Schlussrechnung genannten Betrags von CHF 143'086.35 geltend. Wie bereits gesagt, kommt sie insoweit ihrer Behauptungslast bezüglich der geltend gemachten Pfandforderung nach und unterlegt diese auch urkundlich. Dass auch der Teil dieser Forderung, der auf Nachtragsarbeiten zurückzuführen ist, auf einer im Kontext des bestehenden Werkvertrags zustande gekommenen Vereinbarung beruht und es sich um weitere Metallbauarbeiten handelt, ist ohne

Weiteres plausibel. Vor diesem Hintergrund erscheint jedenfalls nicht ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich, dass die Gesuchstellerin auch für ihre Forderungen hinsichtlich der Nachträge einen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts hat.

Somit ist eine pfandberechtigte Forderung von CHF 143'086.35 glaubhaft gemacht.

3.4. Die Gesuchstellerin behauptet, zusätzlich eine pfandberechtigte Forderung von CHF 179'860.– zu haben. Die Nebenintervenientin habe eine von ihr, der Gesuchstellerin, gestellte Erfüllungsgarantie gezogen und von der H._____ AG CHF 179'860.– erhalten, die sie dieser habe zurückerstatten müssen. Dadurch sei ihr dieser Betrag vom Teil des Werklohns, den sie von der Nebenintervenientin gestützt auf Akontorechnungen bereits erhalten habe (act. 1 Rz. 14), wieder in Abzug gebracht worden. Mithin habe sie auch in diesem Umfang für ihre Werkleistungen keine Gegenleistung erhalten. Dies sei geschehen, obschon sie sämtliche Arbeiten erbracht und die Nebenintervenientin nach Arbeitsvollendung nie eine Mängelrüge erhoben habe (act. 1 Rz. 15; act. 20 Rz. 4). Die Nebenintervenientin bestreitet, dass sie die Erfüllungsgarantie zu Unrecht gezogen hat (act. 13 Rz. 24). Zudem stünden einem allfälligen Erstattungsanspruch der Gesuchstellerin keine Bauarbeiten gegenüber, weshalb die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht zulässig sei (act. 13 Rz. 11, 25).

Gemäss Praxis des hiesigen Gerichts und gewichtigen Lehrmeinungen ist ein allfälliger Erstattungsanspruch des Unternehmers gegen die Bestellerin infolge einer von Ersterem gestellten und von Letzterer gezogenen Erfüllungsgarantie keine pfandberechtigte Leistung. Ein allfälliger Erstattungsanspruch gründet nämlich nicht *direkt* auf pfandberechtigten Leistungen, sondern betrifft garantierechtliche Fragen. Daran ändert nichts, dass sich die erhaltenen Zahlungen für die ausgeführten Arbeiten effektiv um die gezogene Garantiesumme vermindern. Daher ist die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für einen solchen Erstattungsanspruch zu verweigern (Urteile des Handelsgerichts ZH HE200372 vom 23. November 2020 E. 4.1; HE130247 vom 1. November 2013 E. 2.6.3 [wonach eine Pfandberechtigung allenfalls in Betracht zu ziehen wäre, wenn die Garantie grundlos gezogen worden wäre]; dem folgend SCHUMACHER/REY, a.a.O., Rz. 401

["Auch dem *Rückforderungsanspruch* des Unternehmers aus einer vom Bauherrn *gezogenen Erfüllungsgarantie* stehen keine Bauarbeiten gegenüber, weshalb dieser Anspruch nicht zu den pfandberechtigten Forderungen zu zählen ist."]; BSK ZGB II-THURNHERR, Art. 839/840 N 9).

Demgegenüber ordnete das Obergericht des Kantons Zürich die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für einen Erstattungsanspruch infolge einer gezogenen Erfüllungsgarantie an, da nicht davon ausgegangen werden könne, dass dieser klarerweise nicht pfandberechtigt sei (Urteil des Obergerichts ZH LF210035 vom 8. Oktober 2021 E. 6.2). Im Ergebnis erwog es, dass sich die Frage stelle, ob Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB nicht auch einen gewissen Raum für eine materiell-wirtschaftliche Betrachtungsweise lasse, nach der es genügen könnte, dass der fragliche Anspruch *indirekt* pfandberechtigte Bauleistungen vergüte (a.a.O. E. 6.2.11). Dem folgte das Obergericht des Kantons Thurgau (Urteil des Obergerichts TG ZBS.2021.26 vom 27. Januar 2022, RBOG 2022 Nr. 11, E. 4).

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Obergericht Zürich nicht entschied, dass ein Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für einen Erstattungsanspruch infolge einer gezogenen Erfüllungsgarantie bestehe. Es kam lediglich zum Schluss, dass die Rechtslage diesbezüglich unklar sei, weshalb das Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig einzutragen sei (a.a.O. E. 6.2.13). Mithin fusst die Differenz zwischen der Praxis des hiesigen Gerichts und jener des Obergerichts auf einer unterschiedlichen Bewertung der Klarheit der Rechtslage. An dieser Klarheit hat das obergerichtliche Urteil nichts geändert.

Es sind nur jene Forderungen pfandberechtigt, die der Unternehmer im Austausch gegen Bauarbeiten erwirbt. Dies entspricht dem Kernprinzip des Bauhandwerkerpfandrechts; eine Pfandsicherung kommt allein im Gegenzug für Bauarbeiten infrage, die geeignet sind, dem Baugrundstück baulichen Mehrwert hinzuzufügen (SCHUMACHER/REY, a.a.O., Rz. 391). In diesem Zusammenhang betont das obergerichtliche Urteil wiederholt gerade denjenigen Punkt, der auch der Praxis des hiesigen Gerichts zugrunde liegt: Der hier interessierende Erstattungsanspruch ist ein von der Werklohnforderung verschiedener, neuer und selbstständiger Anspruch. Mithin besteht er nicht in einer nachträglichen Erhöhung bzw. einem Wie-

deraufleben der Werklohnforderung. Insbesondere wird durch den Garantieabruf nicht eine bereits erfolgte Tilgung der Werklohnschuld rückgängig gemacht (a.a.O. E. 6.2.9, 6.2.11). Vor diesem rechtlichen Hintergrund ist auch ohne Weiteres klar, weshalb sich der vorliegend interessierende Fall von demjenigen des vertraglichen Rückbehalts eines Teils der Werklohnforderung (sog. Garantierückbehalt) unterscheidet, für den ein Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts bejaht wird. Denn in jenem Fall wird – wie auch das Obergericht bemerkt – die Werklohnforderung also solche im Umfang des Rückbehalts gar nie getilgt. Mithin besteht – so auch das Obergericht – eine klare rechtliche Unterscheidung zur hier interessierenden Konstellation, die eine andere rechtliche Behandlung rechtfertigt (vgl. zum Ganzen a.a.O. E. 6.2.11).

Nach dem Gesagten gründet der vorliegend massgebliche Erstattungsanspruch der Gesuchstellerin nicht *direkt* auf pfandberechtigten Leistungen. Vielmehr unterscheidet er sich von der insoweit bereits durch die Akontozahlungen getilgten Werklohnforderung und stellt einen neuen und selbstständigen garantierechtlichen Anspruch dar. Demnach ist dieser Anspruch nicht pfandberechtigt. Für eine abweichende materiell-wirtschaftliche Betrachtungsweise verbleibt kein Raum. Es liegt keine unklare oder unsichere Rechtslage vor.

Somit ist die vorläufige Eintragung im Betrag von CHF 179'860.– zu verweigern.

3.5. Die Eintragung ins Grundbuch muss bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Vollendet ist die Arbeit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrags bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen dabei geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen wie der Ersatz gelieferter, aber fehlerhafter Teile oder die Behebung anderer Mängel. Auch geringfügige Arbeiten gelten aber dann als Vollendungsarbeiten, wenn sie – namentlich aus Sicherheitsgründen – unerlässlich sind; insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt (zum Ganzen BGE 125 III 113 E. 2b; Urteile des BGer 5A_144/2024 vom 23. Mai 2024 E. 4.1; 5A_630/2021 vom 26. November 2021 E. 3.3.2.4; 5A_395/2020 vom 16. März 2021 E. 2; 5A_688/2019 vom 6. No-

vember 2019 E. 4.2; 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4; 5A_475/2010 vom 15. September 2010 E. 3.1.1; BSK ZGB II-THURNHERR, Art. 839/840 N 29 m.w.H.; SCHUMACHER/REY, a.a.O., Rz. 1070 ff.).

Unbestritten ist, dass die Werkabnahme per 31. Dezember 2023 vorgesehen war (act. 1 Rz. 13; act. 13 Rz. 17). Die Gesuchstellerin behauptet, ein Abschluss der Arbeiten per Ende 2023 sei aufgrund von Verzögerungen nicht möglich gewesen. Namentlich seien im Treppenhaus 5 auf Baufeld 4 noch sämtliche Handläufe montiert worden, die bis dahin noch nicht geliefert worden seien. Diese Arbeiten hätten am 5. Januar 2024 abgeschlossen werden können. Zum Beweis reicht sie eine E-Mail von ihr an die Nebenintervenientin vom 5. Januar 2024, 17:04, ein, wonach im Treppenhaus 5 "per heute" alles erledigt sei, sie heute das Material erhalten und gleich alles montiert habe (act. 1 Rz. 13; act. 3/7). Demgegenüber verweist die Nebenintervenientin auf eine E-Mail der Gesuchstellerin vom 22. Dezember 2023, wonach diese alle Arbeiten auf Baufeld 4 erledigt habe und im Treppenhaus 5 nur noch "[d]er CNS auf dem Geländer" (d.h. Chromnickelstahl-Handläufe [act. 20 Rz. 8]) gemacht werden müsse, was aber "Kosmetik" sei (act. 13 Rz. 18; act. 15/2). Diese untergeordneten Arbeiten der Gesuchstellerin seien nicht fristauslösend. Vielmehr habe die viermonatige Eintragungsfrist spätestens am 22. Dezember 2023 zu laufen begonnen, weshalb die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts verspätet erfolgt sei (act. 13 Rz. 19).

Dass die Gesuchstellerin am 5. Januar 2024 die Chromnickelstahl-Handläufe im Treppenhaus 5 montierte, ist gestützt auf die E-Mail vom 22. Dezember 2023, wonach ebendies noch gemacht werden müsse, sowie auf die auf das Treppenhaus 5 Bezug nehmende Vollzugsmeldung in der E-Mail vom 5. Januar 2024 glaubhaft. Bei der Montage der Handläufe handelte es sich nicht um blosse Ausbesserungsarbeiten. Ebenso wenig ist davon auszugehen, dass es sich um geradezu geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten handelte. Ein Geländer mag zwar seine Sicherheitsfunktion auch ohne Handlauf erfüllen. Allerdings erfüllt ein Geländer auch eine Komfortfunktion und hat zudem ästhetische Wirkung, wozu der Handlauf unerlässlich ist. Es ist daher davon auszugehen, dass die Montage der Handläufe eine Gegenstand des Werkvertrags bil-

dende Verrichtung ist. Bei der Montage von Handläufen in einem Treppenhaus handelt es sich im Übrigen auch vom Arbeitsumfang her nicht um geradezu vernachlässigbare Arbeiten. Daher ist glaubhaft, dass die fristauslösenden Vollendungsarbeiten am 5. Januar 2024 verrichtet wurden.

Somit erfolgte die einstweilige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts fristwährend.

3.6. Hinsichtlich der Verzugszinsen wurde das Gesuch mangels Mahnung bereits mit Verfügung vom 29. April 2024 (act. 4) abgewiesen.

4. Hinreichende Sicherheit

4.1. Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB kann die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht verlangt werden, wenn die Eigentümerschaft oder eine Drittperson 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/REY, a.a.O., Rz. 1301 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/REY, a.a.O., Rz. 1226 ff.).

4.2. Die Nebenintervenientin reicht die Zahlungsgarantie Nr. 5 der F._____ AG vom 23. Mai 2024 über den Betrag von CHF 143'086.35 ein (act. 15/3). Diese werde provisorisch geleistet und stelle eine hinreichende Sicherheit im Sinn von Art. 839 Abs. 3 ZGB dar (act. 13 Rz. 30 f.). Die Gesuchstellerin macht geltend, die Sicherheit sei nicht hinreichend. Konkret führt sie diesbezüglich aber nur an, die Zahlungsgarantie laute nicht auf den Betrag von CHF 322'946.35 (act. 20 Rz. 17). Substanzierte Einwände (vgl. act. 16), namentlich bezüglich der qualitativen Gleichwertigkeit der Zahlungsgarantie mit dem Bauhandwerkerpfandrecht, macht sie nicht.

4.3. Es ist eine pfandberechtigte Forderung von CHF 143'086.35 glaubhaft gemacht. Mithin deckt die Zahlungsgarantie den Pfandbetrag vollumfänglich ab. Eine hinreichende Sicherheit liegt vor.

5. Fazit

Die Gesuchstellerin hat ihren Anspruch auf vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Betrag von CHF 143'086.35 glaubhaft gemacht. Indessen hat die Nebenintervenientin mit der Zahlungsgarantie Nr. 5 der F. _____ AG vom 23. Mai 2024 eine hinreichende Sicherheit im Sinn von Art. 839 Abs. 3 ZGB geleistet. Im Mehrbetrag ist das Gesuch abzuweisen.

6. Folgen der Sicherheitsleistung und weiteres Vorgehen

6.1. Mit Leistung einer hinreichenden Sicherheit wird der Streit nur dann beendet, wenn die Sicherheit *definitiv* bestellt wird. Im vorliegenden Fall leistete die Nebenintervenientin die Sicherheit nur provisorisch zur Ablösung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts (act. 13 Rz. 31). Demgemäss ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um beim örtlich und sachlich zuständigen Gericht auf definitive Bestellung der Sicherheit zu klagen. Die Beurteilung, gegen wen die Gesuchstellerin ihre Klage einzureichen hat (gegen die Sicherheit leistende Nebenintervenientin und / oder die Gesuchsgegnerin [als Grundeigentümerin]), liegt in der Verantwortung der Gesuchstellerin.

6.2. 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 Gesuchs (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.

6.3. Sodann ist das Grundbuchamt D. _____-Zürich anzuweisen, das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht auf der Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2,

EGRID CH3, für eine Pfandsumme von CHF 322'946.35 nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen.

6.4. Schliesslich ist die Obergerichtskasse anzuweisen, das Original der Zahlungsgarantie der F. _____ AG Nr. 5 vom 23. Mai 2024 (act. 15/3) nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Gesuchstellerin herauszugeben.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. 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 322'946.35 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 7'800.– festzusetzen ist. Die Nachforderung von weiteren Kosten (insbesondere einer allfälligen Rechnung des Grundbuchamtes) bleibt vorbehalten.

Die Gesuchstellerin unterliegt durch die teilweise Abweisung des Gesuchs rund zur Hälfte. In diesem Umfang sind ihr die Kosten definitiv aufzuerlegen. Im übrigen Umfang ist über den Pfand- bzw. Sicherstellungsanspruch 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.

7.2. Im Umfang der teilweisen Abweisung des Gesuchs ist auch definitiv über die Parteientschädigung zu befinden. Diesbezüglich gilt was folgt:

Als nicht anwaltlich vertretene Partei hat die Gesuchsgegnerin Anspruch auf den Ersatz notwendiger Auslagen und in begründeten Fällen auf eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. a und c ZPO). Die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung bedarf einer besonderen Begründung (Urteil des BGer

5A_695/2020 vom 26.04.2021 E. 5.1 m.w.H.). Die Gesuchsgegnerin hat keine Umstände dargelegt, die einen Anspruch auf eine Umtriebsentschädigung begründen würden. Der Gesuchsgegnerin ist keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen.

Die Nebenintervenientin beantragt die Zusprechung einer Parteientschädigung (act. 13 S. 2). Einer Nebenintervenientin wird in Anwendung der bundesgerichtlichen Praxis, welche sich auf die Erkenntnis stützt, eine Nebenintervenientin nehme keine im Rechtsverhältnis der Hauptparteien begründeten Interessen wahr, in der Regel gemäss Art. 107 ZPO keine Parteientschädigung zugesprochen (BGE 130 III 571 E. 6.; Urteil des BGer 4A_295/2022 vom 16. Dezember 2022 E. 9.2.; KUKO ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 106 ZPO N 10). Die Nebenintervenientin macht geltend, sie habe die materielle Stellungnahme erarbeitet und daher den hierzu nötigen Anwaltsaufwand zu tragen, weshalb ausnahmsweise die Zusprechung einer Parteientschädigung angezeigt sei (act. 13 Rz. 33 f.). Damit tut sie allerdings keine Gründe dar, welche eine Ausnahme von der Regel zu begründen vermöchten. Vorliegend rechtfertigt es sich daher mangels Billigkeitsgründen nicht, von der genannten Praxis abzuweichen.

Im übrigen Umfang (Gutheissung des Gesuchs zu rund der Hälfte) ist der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt es die Gesuchstellerin, ihren Anspruch innert Frist zu prosequieren, gilt das soeben Gesagte und ist weder der Gesuchsgegnerin noch der Nebenintervenientin eine Parteientschädigung zuzusprechen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Es wird festgestellt, dass die Nebenintervenientin mit der von ihr eingereichten Zahlungsgarantie der F._____ AG Nr. 5 vom 23. Mai 2024 (act. 15/3) für die zur vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigte Forderung der Gesuchstellerin (CHF 143'086.35) eine hinreichende (vorläufige) Sicherheit geleistet hat.
2. Im Mehrbetrag (CHF 179'860.–) wird das Gesuch abgewiesen.

3. Das Grundbuchamt D._____-Zürich wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 29. April 2024 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen
auf Grundstück Kat. Nr. 1, GBBI. 2,
EGRID CH3
für eine Pfandsumme von CHF 322'946.35.–.
4. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Bankgarantie der F.____ AG Nr. 5 vom 23. Mai 2024 (act. 15/3) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Gesuchstellerin herauszugeben.
5. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 9. September 2024 angesetzt, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit anzuheben, unter der Androhung, dass sonst Verzicht auf die Sicherstellung angenommen wird und die Nebenintervenientin die Herausgabe der Sicherheit von der Gesuchstellerin verlangen kann.
6. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 7'800.–.
Allfällige weitere Kosten (insbesondere Rechnung des Grundbuchamtes) bleiben vorbehalten.
7. Die Kosten werden der Gesuchstellerin im Umfang von CHF 3'900.– definitiv auferlegt. Im übrigen Umfang (CHF 3'900.–) 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 5 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr auch diese Kosten definitiv auferlegt.
8. Für die teilweise Abweisung des Gesuchs wird der Gesuchsgegnerin und der Nebenintervenientin keine Parteientschädigung zugesprochen. Im Übrigen wird die Regelung der Entschädigungsfolgen dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 5 angesetzte Frist zur Anhängigmachung

der Klage, wird auch in diesem Umfang keine Parteientschädigung zugesprochen.

9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt Zürich-D. _____ und an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich.
10. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 322'946.35.

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

Zürich, 8. Juli 2024

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Dr. Severin Harisberger