

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE160406-O

U/ee

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

Urteil vom 28. Februar 2017

in Sachen

A._____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch lic. iur. X. _____

gegen

B._____ AG,
Gesuchsgegnerin

sowie

C._____ AG,
prozessführende Streitberufene

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. . _____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt D. _____ sei gerichtlich anzuweisen, zu Gunsten der Klägerin und zu Lasten des nachfolgend genannten Grundstücks ein Bauhandwerkerpfandrecht mit der folgenden Pfandsumme nebst 6% Zins im Grundbuch E. _____ als vorläufige Eintragung vorzumerken:
Gemeinde E. _____
Grundbuch Blatt 1, Liegenschaft, Kataster Nr. 2, F. _____,
G. _____
Eigentümerin: B. _____ AG
Mit einer Pfandsumme von CHF 54'000.00
nebst 6% Zins seit 28. Juli 2016.
2. Die Anweisung gemäss Ziff. 1 hiervor sei durch das angerufene Gericht als vorsorgliche Massnahme, superprovisorisch und ohne Anhörung der Beklagten zu erteilen.
3. Die in Ziff. 1 hiervor beantragte superprovisorische Verfügung sei dem Grundbuchamt D. _____ sowohl schriftlich als auch telefonisch/per Telefax oder elektronisch sofort zur Eintragung im Grundbuch anzumelden.
4. Der Klägerin sei eine angemessene Frist von mindestens 3 Monaten ab rechtskräftigem Abschluss dieses Verfahrens um vorläufige Eintragung anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Ziff. 1 hiervor zu Lasten des Grundstücks der Beklagten einzuleiten.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

1.1. Die Gesuchstellerin verlangte mit Eingabe vom 3. Oktober 2016 (Datum Poststempel) samt Beilagen (act. 1 und 3/2-23) die (vorerst) superprovisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem gesuchsgegnerischen Grundstück, Kat. Nr. 2, GBBl. 1, F. _____, G. _____, Gemeinde E. _____, für eine Pfandsumme von CHF 54'000.– nebst Zins zu 6 % seit 28. Juli 2016. Diesem Gesuch wurde mit Verfügung vom 4. Oktober 2016 einstweilen und ohne Anhörung

der Gegenpartei entsprochen, und das Grundbuchamt D._____ wurde entsprechend angewiesen, das Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist bis 25. Oktober 2016 zur Stellungnahme zum Begehren der Gesuchstellerin angesetzt (act. 4). Mit Verfügung vom 6. Oktober 2016 wurde der Gesuchstellerin eine Frist bis 31. Oktober 2016 angesetzt, um sich zu der von der C._____ AG gegen sie eingereichten Schutzschrift vom 8. September 2016 (im Verfahren HE160377), mit welcher diese eine Zahlungsgarantie (act. 12/3A) eingereicht hatte, Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurden die Akten des Verfahrens HE160377 beigezogen sowie der Gesuchsgegnerin die Frist zur Stellungnahme gemäss Verfügung vom 4. Oktober 2016 (vgl. act. 4) einstweilen abgenommen (act. 9). Mit Eingabe vom 2. November 2016 erstattete die Gesuchstellerin – innert erstreckter Frist – die Stellungnahme samt Beilagen zur Schutzschrift der C._____ AG respektive zu der von ihr eingereichten Zahlungsgarantie (act. 15 und 16/1-2).

1.2. In der Folge wurde mit Verfügung vom 4. November 2016 die C._____ AG als Nebenintervenientin zugelassen sowie der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme zum Begehren der Gesuchstellerin vom 3. Oktober 2016 (act. 1) und deren Stellungnahme vom 2. November 2016 (act. 15) angesetzt (act. 17). Mit Eingabe vom 22. November 2016 zeigte der Rechtsvertreter der Nebenintervenientin C._____ AG dem Gericht – unter Verweis auf das Schreiben der Gesuchsgegnerin vom 22. November 2016 (act. 20) – an, dass die Gesuchsgegnerin der Nebenintervenientin den Streit verkündet und das Einverständnis erteilt habe, den vorliegenden Prozess anstelle der Gesuchsgegnerin im Sinne von Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO zu führen (act. 19). Mit Verfügung vom 23. November 2016 wurde davon Vormerk genommen, dass fortan die C._____ AG den vorliegenden Prozess anstelle der Gesuchsgegnerin als prozessführende Streitberufene führt; weiter wurde die der Gesuchsgegnerin angesetzte Frist zur Stellungnahme gemäss Disp.-Ziff. 2 der Verfügung vom 4. November 2016 (vgl. act. 17) erstreckt und neu der prozessführenden Streitberufenen auferlegt (act. 21). Mit Eingabe vom 29. Dezember 2016 samt Beilagen sowie (neu) einer als Solidarbürgschaft bezeichneten Ersatzsicherheit datierend vom 15. November 2016 erstattete die prozessführende Streitberufene – innert erstreckter Frist – die entsprechende Stel-

lungnahme (act. 25-28). Mit Verfügung vom 4. Januar 2017 wurde wiederum der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um zur neuen, von der prozessführenden Streitberufenen angebotenen Ersatzsicherheit vom 15. November 2016 (act. 28) Stellung zu nehmen (act. 29). Die Gesuchstellerin äusserte sich mit Eingabe vom 27. Januar 2017 – innert erstreckter Frist – zu der von der prozessführenden Streitberufenen neu eingereichten Ersatzsicherheit (act. 33). Die Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 27. Januar 2017 (act. 33) wurde der prozessführenden Streitberufenen am 9. Februar 2017 sowie der Gesuchsgegnerin am 2. Februar 2017 zugestellt (act. 34/1-2).

2. Vorbemerkungen bzgl. Finanzvermögen-Verwaltungsvermögen

2.1. Zusammengefasste Parteistandpunkte

Gemäss übereinstimmender Parteivorbringen ist die Zuteilung des gegenständlichen Grundstücks zum Verwaltungs- bzw. zum Finanzvermögen strittig; keine der Parteien hat bisweilen ausdrücklich einen Standpunkt dazu eingenommen, ob es sich beim Grundstück um Verwaltungsvermögen handelt oder nicht (act. 1 Rz. 5 ff.; act. 25 Rz. 3). Unter Verweis auf die unsichere Rechtslage hierzu liess die Gesuchstellerin ausführen, dass sie gegenüber der Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 7. September 2016 bzw. 3. Oktober 2016 (act. 3/2-3) vorsorglich die Geltendmachung der einfachen Bürgschaft gemäss Art. 839 Abs. 4 ZGB angezeigt habe (act. 1 Rz. 6).

2.2. Rechtliches und Würdigung

Handelt es sich beim Grundstück unbestrittenermassen um Verwaltungsvermögen und ergibt sich die Schuldpflicht des Eigentümers nicht aus vertraglichen Verpflichtungen, so haftet er den Handwerkern oder Unternehmern für die anerkannten oder gerichtlich festgestellten Forderungen nach den Bestimmungen über die einfache Bürgschaft. Ist strittig, ob es sich um ein Grundstück im Verwaltungsvermögen handelt, so kann der Handwerker oder Unternehmer innert vier Monaten eine vorläufige Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch verlangen. Steht aufgrund eines Urteils fest, dass das Grundstück zum Verwaltungsvermögen

gen gehört, so ist die vorläufige Eintragung zu löschen (Art. 839 Abs. 4 bis 6 ZGB).

Ist – wie vorliegend – zwischen den Parteien strittig (act. 1 Rz. 5 ff.; act. 25 Rz. 3), ob es sich um ein Grundstück im Verwaltungsvermögen handelt, können die Handwerker oder Unternehmer (und insb. die Subunternehmer) gemäss Art. 839 Abs. 5 ZGB bis spätestens vier Monate nach Vollendung der Arbeit die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts verlangen. Daraus folgt, dass die ungeklärte Zugehörigkeit des Grundstücks (Verwaltungs- oder Finanzvermögen) alleine – bzw. das Argument, es handle sich um Verwaltungsvermögen – der provisorischen Eintragung nicht entgegensteht. Anders verhält es sich jedoch mit der definitiven Eintragung. Diese ist grundsätzlich nur dann möglich, wenn es sich um ein Grundstück im Finanzvermögen handelt (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl. 2011, N. 342; BSK ZGB II-THURNHERR, 5. Aufl. 2015, Art. 839/840 N. 42j).

3. Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

3.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Gesuchstellerin macht geltend, die Gesuchsgegnerin habe im Frühjahr und Sommer 2016 ein neuartiges Sicherheitssystem ("H.____, H.____") für Flugzeuge erstellen lassen (act. 1 Rz. 9). Der Einbau des Sicherheitssystems H.____ sei durch die C1.____ AG erfolgt, wofür von der Gesuchstellerin spezieller Schaumglasschotter geliefert worden sei (act. 1 Rz. 10; act. 3/7 und 3/8). Insgesamt habe die Gesuchstellerin der C1.____ AG, C.____, total 4000 m³ Spezial-Schaumglasschotter geliefert, wofür sie diverse Rechnungen gestellt habe, wovon der Restbetrag von CHF 54'000.– unbezahlt geblieben sei (act. 1 Rz. 12 f.; act. 3/8-10). Dass die Lieferung des Spezial-Schaumglasschotters tatsächlich erfolgt sei, erhelle aus den gegengezeichneten Lieferscheinen (act. 1 Rz. 14; act. 3/10-18). Weiter stellt sich die Gesuchstellerin auf den Standpunkt, es liege ihrerseits eine pfandberechtigte Leistung vor, indem spezieller Schaumglasschotter für den Einbau im H.____ produziert worden sei. Für den Schaumglasschotter hätten genau definierte Spezifikationen und Parameter eingehalten werden

müssen, was notwendig sei für die Zertifizierung der zuständigen Behörden. Beim von ihr hergestellten Schaumglasschotter handle es sich um eine unvertretbare Sache, welche ausschliesslich für das konkrete Bauwerk produziert worden sei (act. 1 Rz. 16 f.; act. 3/19-20). Die letzte Lieferung Schaumglasschotter sei am 14. Juni 2016 erfolgt; die Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB sei eingehalten (act. 1 Rz. 18 f.; act. 3/17-18 und 3/21).

Die prozessführende Streitberufene stellt sich zusammengefasst auf den Standpunkt, dass ein Abzug von der Forderung der Gesuchstellerin in Höhe von CHF 50'000.– vereinbart worden sei, nachdem der prozessführenden Streitberufenen Kosten angefallen seien für die Bereithaltung von Ersatzmaterial für den Schaumglasschotter (act. 25 Rz. 4 ff.; act. 27/2-3). Es sei zwar weder bestritten, dass die Gesuchstellerin den gelieferten Schaumglasschotter hergestellt habe noch dass dieser bestimmte physikalische Eigenschaften habe aufweisen müssen, gleichwohl handle es sich nicht um eine unvertretbare Sache. Auch Kies, Sand, Zement, etc., würden gewisse spezifische physikalische Eigenschaften aufweisen, was indessen nicht zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtige. Entscheidend sei vielmehr, ob der gelieferte Schaumglasschotter für ein beliebiges Bauprojekt hätte verwendet werden können, was hier zweifellos der Fall sei (act. 25 Rz. 8 ff.; act. 27/4-5). Weiter sei der Schaumglasschotter – trotz bestimmter Druckfestigkeit und definierter Siebkurve – für beliebige Anwendungen einsetzbar und könne problemlos als Dämmstoff oder als Untergrund für den Belagseinbau verwendet werden (act. 25 Rz. 10).

3.2. Rechtliches

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. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstückes, auch wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind. Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Voll-

endung 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).

Nach der gesetzlichen Ordnung von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht die pfandgeschützte Bauleistung in der Lieferung von *Material und Arbeit* oder *Arbeit allein*. Reine Materiallieferungen ohne Bauarbeiten, d.h. Sachlieferungen von vertretbaren Baumaterialien wie Kies, Sand, Zement, Ziegel, Backsteine, usw., sind grundsätzlich nicht baupfandberechtigt (CHK ZGB-SCHUMACHER, 3. Aufl. 2016, Art. 837 N. 11). Immerhin besteht eine Baupfandberechtigung, wenn das hergestellte bzw. gelieferte Material (welches von einem Dritten in das Bauwerk eingebaut wird) das Merkmal der *Individualität* aufweist. D.h. das Material wurde nach einzelfallbezogenen Weisungen (z.B. Plänen oder Baubeschreibungen, Rezepturen für Transportbeton oder Strassenasphalt) hergestellt und auf das einzelne konkrete Bauwerk individuell abgestimmt. Unter anderem ist auf das Kriterium der "schweren Wiederverwendbarkeit" abzustellen, welches vorliegt, wenn "Material" spezifisch auf die besonderen Bedürfnisse und Anforderungen eines bestimmten Bauwerks ausgelegt sowie hergestellt wurde und für andere Bauten überhaupt nicht oder nur schwer verwendet werden könnte (BGE 86 I 270 E. 3; BGE 136 III 6 E. 5.4; BGE 103 II 33 E. 3; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl. 2011, N. 146 f.; ZR 104 [2010] Nr. 66 S. 268 ff. = BR 2011 S. 71 mit Anm. von SCHUMACHER; BSK ZGB II-THURNHERR, 5. Aufl. 2015, Art. 839/840 N. 6 m.w.H.).

Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechtes, so muss die Gesuchstellerin ihr Begehren nur *glaubhaft* machen. An die Glaubhaftmachung sind nach konstanter Lehre und Praxis keine strengen Anforderungen zu stellen: Die vorläufige Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechtes darf nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechtes ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfalle ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechtes dem ordentlichen Gericht vorzubehalten. Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage (BGE 86 I 265 E. 3; BGE 137 III 563 E. 3.3; BGE 102 Ia 86; BGE 112

Ib 484; Urteil des Bundesgerichts 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1394 ff. bzw. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl. 2011, N. 609 ff.; ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 101(1982) II Halbband S. 158, ZR 79 [1980] Nr. 80 S. 152 E. 1).

3.3. Würdigung

Neben dem Einwand eines vereinbarten Abzugs von CHF 50'000.– wendet die prozessführende Streitberufene im Wesentlichen ein, dass es sich bei der Herstellung und Lieferung des Schaumglasschotters durch die Gesuchstellerin *nicht um eine pfandberechtigte Bauleistung* handle. Insbesondere nicht bestritten wurde somit, dass die entsprechende Herstellung und Lieferung des Schaumglasschotters durch die Gesuchstellerin im Rahmen eines Vertragsverhältnisses mit der C._____ AG (bzw. allenfalls der C1._____ AG) erfolgte. Weiter ist nicht bestritten, dass der Schaumglasschotter – durch die prozessführende Streitberufene – im betreffenden Grundstück der Gesuchsgegnerin eingebaut wurde. Gegen den Bestand der Vergütungsforderung der Gesuchstellerin bringt die prozessführende Streitberufene an sich lediglich vor, dass ihr ein "Abzug in Höhe von CHF 50'000.– zzgl. MWSt. vom Gesamtaufwand" (vgl. act. 25 Rz. 6 f.) zustehe, wofür sie sich auf ein E-Mail vom 17. März 2016 (act. 27/3) stützt. Wohl wird in dem von der prozessführenden Streitberufenen ins Recht gelegten E-Mail ein "Abzug" von CHF 50'000.– thematisiert, allerdings ist nicht substantiiert dargelegt und ersichtlich, inwiefern dies eindeutig der Vergütungsforderung der Gesuchstellerin entgegenstehen soll; der glaubhaft gemachte Bestand der Forderung wird deshalb jedenfalls nicht ernsthaft in Zweifel gezogen. Ferner ist auch nicht bestritten, dass die Anmeldefrist von vier Monaten i.S.v. Art. 839 Abs. 2 ZGB vorliegend eingehalten ist.

Zu der pfandberechtigten Leistung: Die Gesuchstellerin hat nachvollziehbar dargelegt, dass es sich beim auf dem fraglichen Grundstück eingebauten Schaumglasschotter um individuell und spezifisch für das Bauprojekt des Flughafens hergestelltes Material handelt. So erhellt aus den Parteivorbringen sowie den vorliegenden Unterlagen, dass das Material gemäss konkreten Anforderungen und

Weisungen hergestellt und für das Bauprojekt abgestimmt wurde; die prozessführende Streitberufene bringt nichts anderes vor. Es bleibt noch die Frage der "schweren Wiederverwendbarkeit". Die prozessführende Streitberufene zieht insbesondere eine Parallele zu Kies und bringt vor, dass der Schaumglasschotter für ein beliebiges Bauprojekt hätte verwendet werden können. Wohl ist anzunehmen, dass Schaumglasschotter – im Gegensatz etwa zu Frischbeton (vgl. BGE 86 I 265 E. 3 S. 271) – nicht nur für sehr kurze Zeit verwendbar oder haltbar ist, allerdings ist zweifelhaft, ob das Material problemlos für ein anderes Bauprojekt hätte verwendet werden können. Gerade dem von der prozessführenden Streitberufenen selber ins Recht gelegten Auszug aus der Homepage der Gesuchstellerin lässt sich entnehmen, dass Schaumglasschotter, je nach den spezifischen Anforderungen, für unterschiedliche Bauprojekte jeweils individuelle Eigenschaften aufweist. Plausibel erscheint, dass der individuell für ein neuartiges Bauprojekt auf einer Flugzeugpiste (H._____) hergestellte Schaumglasschotter nicht einfach problemlos für ein beliebiges anderes Bauprojekt verwendet werden könnte. Der Bestand einer pfandberechtigten Leistung ist weder ausgeschlossen noch höchst unwahrscheinlich.

4. Zinsforderung

4.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Neben der Vergütungsforderung macht die Gesuchstellerin – gestützt auf ihre AGB sowie das Mahnschreiben vom 27. Juli 2016 – einen Verzugszins von 6 % seit 28. Juli 2016 geltend (act. 1 Rz. 23 ff.; act. 3/8 und act. 3/22-23).

Unter Verweis darauf, dass keine Schuld gegenüber der Gesuchstellerin bestehe, bestreitet die prozessführende Streitberufene, dass ein Verzugszins geschuldet ist. Ausserdem sei kein Verzugszinssatz in Höhe von 6 % vereinbart gewesen, da die Auftragsbestätigung vom 11. Dezember 2015 aufgrund des Vorbehalts (Zertifizierung und Auftragsvolumen) vorliegend nicht anwendbar sei und der blosser Verweis auf die AGB der Gesuchstellerin nicht genüge (act. 25 Rz. 13 f.).

4.2. Würdigung

Wie dargelegt ist einstweilen ausreichend glaubhaft gemacht, dass eine Vergütungsforderung der Gesuchstellerin besteht, weshalb unter Berücksichtigung des unbestrittenen Mahnschreibens vom 27. Juli 2016 (vgl. act. 3/22) auch der Bestand einer Verzugszinsforderung nicht ausser Betracht fällt. Ausserdem ist nicht erkennbar, aus welchem Grund die Vereinbarung eines Verzugszinssatzes von 6 % ausgeschlossen sein soll. Nicht plausibel ist der Einwand, dass die Auftragsbestätigung vom 11. Dezember 2015 aufgrund des Vorbehalts der Zertifizierung und des Auftragsvolumens für die vorliegende Streitsache ausser Betracht fallen solle, so wurde von der prozessführenden Streitberufenen gar nicht bestritten, dass – zumindest zu einem späteren Zeitpunkt – eine Zertifizierung und Einigung über das Auftragsvolumen erfolgte. Überdies ist nicht evident, inwiefern der Verweis der Gesuchstellerin auf ihre AGB nicht ausreichen soll. Es ist denn auch für die gültige Übernahme von AGB (Globalübernahme) nicht unbedingt notwendig, dass die fraglichen Bestimmungen im Einzelnen effektiv wahrgenommen werden. Der Bestand einer Verzugszinsforderung von 6 % seit 28. Juli 2016 ist daher glaubhaft gemacht.

5. 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. 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, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1314 f.). Inhaltlich ist die Sicherheit dann hinreichend, wenn sie die Forderung voll und ganz sichert, d.h. die Ersatzsicherheit muss *qualitativ* und *quantitativ* die gleiche Sicherheit bieten wie das Bauhandwerkerpfandrecht (BGE 5A_838/2015 vom 5. Oktober 2016 E. 4.4.2.). Die Vergütungsforderung umfasst in der Regel einen Kapitalbetrag und Verzugszinsen. Letztere sind ohne zeitliche Beschränkung pfandberechtigt (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1254 ff.). Ein Unternehmer hat allfällige Einwendungen gegen eine geleistete Sicherheit substanti-

iert 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, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1314).

5.1. Zahlungsgarantie I._____ AG vom 2. September 2016

Unbestrittenermassen wurde mit der Zahlungsgarantie Nr. ... der I._____ AG vom 2. September 2016 (act. 12/3A) lediglich die Vergütungsforderung von CHF 54'000.– zuzüglich Verzugszins von 6 % *für fünf Jahre* sichergestellt. Unter Berücksichtigung der Feststellungen des mittlerweile ergangenen BGE 5A_838/2015 vom 5. Oktober 2016 E. 4.4.2. (so schon BGE 121 III 445 E. 5a S. 447) sind indessen, um als hinreichende Sicherheit zu genügen, die Verzugszinsen zeitlich unlimitiert sicherzustellen. Nach dem Gesagten kann sogleich festgestellt werden, dass die Zahlungsgarantie Nr. ... der I._____ AG vom 2. September 2016 keine genügende Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB bietet.

5.2. Solidarbürgschaft J._____ AG vom 15. November 2016

5.2.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Gesuchstellerin erachtet weiterhin auch die Solidarbürgschaft der J._____ AG vom 15. November 2016 als nicht hinreichend i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB. Erstens seien nicht alle möglichen Schuldner angeführt, zweitens sei die Ersatzsicherheit ungenügend formuliert und drittens sei die rechtliche Qualifikation derselben unklar (act. 33 Rz. 7).

Zum Einwand der *mangelhaften Angabe der Schuldnerin* führt die Gesuchstellerin aus, es sei wahrscheinlich, dass nicht die prozessführende Streitberufene (C._____ AG), sondern die C1._____ AG ihre Vertragspartnerin sei. Da in der Ersatzsicherheit aber nur die C._____ AG erwähnt sei, könne nicht von einer hinreichenden Sicherheit gesprochen werden. Hierzu verweist die Gesuchstellerin auf ihre Ausführungen in der Stellungnahme vom 2. November 2016 sowie diverse

Beilagen (act. 33 Rz. 8 ff.; act. 15 Rz. 4 f.; act. 16/1-2; act. 3/8; act. 28; act. 12/3A).

Unter Verweis auf die Stellungnahme vom 2. November 2016 moniert die Gesuchstellerin eine *ungenügende Formulierung* der Sicherheit (act. 33 Rz. 13; act. 15 Rz. 9 ff.). Im Einzelnen sind dies die folgenden Punkte: (i) Das Aufbewahrungsrisko für das Original der Ersatzsicherheit werde der Gesuchstellerin überbunden, was nicht angehen könne (act. 33 Rz. 13 i.V.m. act. 15 Rz. 10). (ii) Es werde nicht nur eine rechtskräftige definitive Bestellung der Sicherheit verlangt, sondern auch die Feststellung der Forderung, was bei einem Verfahren auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht vonnöten sei (act. 33 Rz. 13 i.V.m. act. 15 Rz. 11). (iii) Schliesslich sei auch eine Befristung unzulässig, bei welcher die Gesuchstellerin ihre Zahlungsaufforderung innert zwei Monaten nach Eintritt der Bedingungen der Garantie einreichen müsse, das Bundesgericht habe in BGE 5A_838/2015 vom 5. Oktober 2016 vielmehr eine relative Frist von 120 Tagen als genügend erachtet.

Zuletzt wendet die Gesuchstellerin ein, dass der *Rechtscharakter* der Ersatzsicherheit unklar sei. Der Titel spreche zwar von einer Solidarbürgschaft, im Text sei dann aber die Rede von "Garantie" oder "Zahlungsversprechen" (act. 33 Rz. 14). Die Qualifikation sei entscheidend für die Frage, ob die Vorschriften für den Garantievertrag gemäss Art. 111 OR oder die Bürgschaft gemäss Art. 492 ff. OR anwendbar seien (act. 33 Rz. 15). Die Gesuchstellerin verweist weiter auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Urteil 4A_279/2009 vom 14. September 2009 und stellt sich auf den Standpunkt, es bestehe eine Unsicherheit bei der Abschätzung der rechtlichen Konsequenzen, womit – im Vergleich zu einem Bauhandwerkerpfandrecht – keine hinreichende Ersatzsicherheit vorliege (act. 33 Rz. 16).

Die prozessführende Streitberufene entgegnete zu den Einwänden der Gesuchstellerin (noch in Bezug auf die Zahlungsgarantie der I.____ AG vom 2. September 2016; act. 3A), dass tatsächlich die C.____ AG Vertragspartnerin in der streitgegenständlichen Sache sei, und nicht die C1.____ AG (act. 25 Rz. 18).

Die prozessführende Streitberufene bringt im Einzelnen vor, dass (i) der Gesuchstellerin die Zahlungsgarantie im Original erst bei rechtskräftiger Erledigung des Verfahrens auf definitive Bestellung der Sicherheit ausgehändigt würde, was eine hinreichende Sicherheit biete (act. 25 Rz. 22). (ii) Es müsse zunächst ein Urteil über den Bestand der Forderung ergehen, sodann ein Urteil darüber, ob ein Anspruch auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bzw. die Sicherstellung durch die Bankgarantie bestehe, deshalb sei keine Schlechterstellung gegenüber einem Bauhandwerkerpfandrecht gegeben (act. 25 Rz. 23). (iii) Schliesslich sei eine Frist von 60 Tagen zur Einlösung der Ersatzsicherheit genügend, was bereits aus einer Entscheidung des Handelsgerichts Zürich HE140120 vom 24. Juli 2014 erhelle, bei welchem eine relative Befristung von 40 Tagen als ausreichend beurteilt worden sei (act. 25 Rz. 24).

Zur Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 27. Januar 2017 (act. 33) hat sich die prozessführende Streitberufene nicht geäussert.

5.2.2. Würdigung

Mangelhafte Angabe der Schuldnerin

Unbestrittenermassen wird in der Ersatzsicherheit ausschliesslich die prozessführende Streitberufene ("C._____ AG") erwähnt. Der Einwand der Gesuchstellerin, dass (noch) nicht eindeutig geklärt sei, ob als Vertragspartnerin für den vorliegenden Streitgegenstand die "C._____ AG" oder die "C1._____ AG" gilt, ist an sich nicht von der Hand zu weisen. So lässt sich den von der Gesuchstellerin eingereichten Unterlagen, wie schon im Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 28. September 2016 in Erwägung 3.2. (vgl. act. 16/2) festgestellt, u.a. die Bezeichnung "C1._____ AG" entnehmen (act. 3/8-18). Zwar könnte ein entsprechender Einwand gegen die Inanspruchnahme der Ersatzsicherheit als rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB beurteilt werden, wobei jedenfalls beim Bauhandwerkerpfandrecht eine solche Unsicherheit nicht gegeben ist. Aufgrund dieser Unsicherheit liegt qualitativ keine Gleichwertigkeit vor.

Rechtscharakter der Ersatzsicherheit

Die Gesuchstellerin legt substantiiert dar, weshalb eine Schwierigkeit der Abschätzung besteht, ob es sich vorliegend um eine Garantie gemäss Art. 111 OR oder um eine Bürgschaft gemäss Art. 492 ff. OR handelt (vgl. hierzu auch bspw. BGE 113 II 434 und BGE 129 III 702 E. 2.3.). Eine klare Qualifizierung derselben ist – um als hinreichende Sicherheit zu genügen – nicht unwesentlich, zumal sich beispielsweise bei der Beurteilung als Bürgschaft die Frage stellt, inwiefern sich die Voraussetzung der Angabe eines Höchstbetrages (Art. 493 Abs. 1 ZGB; Art. 499 Abs. 1 ZGB) zur Voraussetzung der Sicherstellung von Verzugszinsen auf unbeschränkte Zeit verhält (vgl. CHK ZGB-SCHUMACHER, 3. Aufl. 2016, Art. 839 N. 21; ferner SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1287). Sofern nicht ohne Weiteres eine klare Qualifikation der Sicherheit vorgenommen werden kann, entspricht dies nicht einer verlässlichen Sicherstellung wie beim Bauhandwerkerpfandrecht.

Ungenügende Formulierung

Da die Sicherheit bereits aus den dargestellten Gründen als nicht hinreichend zu betrachten ist, kann die genaue Abklärungen der weiteren Einwände der Gesuchstellerin (Aufbewahrungsrisiko, Feststellung der Forderung und Frist Zahlungsaufforderung) offen bleiben. Zumindest sprechen diese Einwände nicht eindeutig gegen eine hinreichende Ersatzsicherheit.

5.2.3. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass keine hinreichende Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB vorliegt. Da es keinen Rechtsgrund mehr für den Verbleib der Zahlungsgarantie und der Solidarbürgschaft bei der Obergerichtskasse gibt, ist diese anzuweisen, die Sicherheiten der prozessführenden Streitberufenen nach Ablauf der Rechtsmittelfrist wieder herauszugeben.

5.3. Antrag zur Fristansetzung für Nachreichung einer verbesserten Sicherheit

Anlässlich der Stellungnahme vom 29. Dezember 2016 liess die prozessführende Streitberufene ausführen, dass – wenn die Zahlungsgarantie vom 15. November 2016 vom Gericht als ungenügend erachtet würde – um eine kurze Frist zur Nachreichung einer verbesserten Zahlungsgarantie ersucht werde. Die Ansetzung einer Frist zur Nachreichung einer *weiteren* Ersatzsicherheit ist hier indessen in mehrfacher Hinsicht nicht angezeigt. So besteht keine Grundlage dafür, dass vom Gericht jeweils vorgängig eine mutmassliche Beurteilung der vorgelegten Sicherheit mitteilt wird, sodass weitere Ersatzsicherheiten gestellt bzw. Anpassungen vorgenommen werden können (so schon Urteil des Handelsgerichts Zürich HE140512 vom 26. Mai 2015 E. 4). Für eine diesbezügliche Absprache hat sich die Sicherheit stellende Partei primär an den Unternehmer zu wenden. Sofern keine Anerkennung der Gesuchstellerin vorliegt, ist die verbindliche Beurteilung ohnehin allein im gerichtlichen Entscheid vorzunehmen. Die Beratung durch das Gericht zu den Anforderungen an eine hinreichende Sicherheit dürfte unabhängig davon ausser Betracht fallen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_462/2013 vom 12. November 2013 E. 3.3.). Mit Zustellung der Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 27. Januar 2017 (act. 33) am 2. Februar 2017 (vgl. act. 34/1) ist vorliegend das rechtliche Gehör der prozessführenden Streitberufenen – im Rahmen einer ausreichenden Frist zur Wahrnehmung des Replikrechts (vgl. BGE 138 I 484 E. 2.2) – gewahrt.

Nebenbei steht es der prozessführenden Streitberufenen weiterhin offen, sich mit der Gesuchstellerin über eine hinreichende Ersatzsicherheit zu verständigen (vgl. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1313 ff.).

6. Prosequierung

Ausgangsgemäss ist der Gesuchstellerin Frist zur Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts anzusetzen. Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, wobei allfällige Gerichtsferien bei der Fristansetzung berücksichtigt werden. Die Gesuchstellerin hat die Ansetzung einer Prosequierungsfrist von mindestens drei Monaten beantragt (act. 1 S. 2). Nachdem weder substantiiert dargetan wurde, weshalb eine verlängerte Frist zur Klage benötigt wird noch ein entsprechendes Einverständnis der Gegenpartei vorliegt (vgl. act. 1 Rz. 28;

act. 25 Rz. 17), ist an der praxisgemässen Frist von 60 Tagen festzuhalten. Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuches (Art. 144 Abs. 2 ZPO); dieses würde in einem kostenpflichtigen Nachverfahren behandelt. Als zureichende Gründe für eine Fristerstreckung gemäss Art. 144 Abs. 2 ZPO werden nur entweder die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe anerkannt.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der Gebührenverordnung des Obergerichts bestimmt (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Es ist von einem Streitwert von CHF 54'000.– auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 3'000.– festzusetzen ist.

Über den Pfand- bzw. Sicherstellungsanspruch der Gesuchstellerin ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob die Gesuchstellerin endgültig obsiegt. Daher rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren lediglich eine einstweilige Kostenregelung zu treffen. Gemäss Praxis des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich sind die Gerichtskosten im Verfahren betreffend die vorläufige Eintragung des Pfandrechts von der Gesuchstellerin zu beziehen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt.

Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, ist der prozessführenden Streitberufenen in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von CHF 2'500.– zuzusprechen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D._____ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 4. Oktober 2016 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 6 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBB1. 1, F._____, G._____, Gemeinde E._____, für eine Pfandsumme von CHF 54'000.– nebst Zins zu 6 % seit 28. Juli 2016.
2. Es wird festgestellt, dass die prozessführende Streitberufene mit Zahlungsgarantie der I._____ AG Nr. ... vom 2. September 2016 (act. 12/3A) keine hinreichende Sicherheit geleistet hat für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.
3. Es wird festgestellt, dass die prozessführende Streitberufene mit Solidarbürgschaft der J._____ AG Nr. ... vom 15. November 2016 keine hinreichende Sicherheit geleistet hat für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.
4. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Bankgarantie der I._____ AG Nr. ... vom 2. September 2016 (act. 12/3A) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die prozessführende Streitberufene herauszugeben.
5. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Bankgarantie der J._____ AG Nr. ... vom 15. November 2016 (act. 28) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die prozessführende Streitberufene herauszugeben.
6. Der Gesuchstellerin wird – auch unter Berücksichtigung allfälliger Gerichtsferien – eine Frist bis 15. Mai 2017 angesetzt, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts anzuheben. Bei Säum-

nis kann die Gesuchsgegnerin den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 1) löschen lassen.

7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 3'000.–.
Die weiteren Kosten betragen CHF 56.– (Rechnung Nr. ... des Grundbuchamtes D._____ vom 4. Oktober 2016; act. 8).
8. Die Kosten werden von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren gemäss Dispositiv-Ziffer 6. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 6 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.
9. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 6 angesetzte Frist zur Anhebung der Klage, wird sie verpflichtet, der prozessführenden Streitberufenen eine Parteientschädigung von CHF 2'500.– zu bezahlen.
10. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die prozessführende Streitberufene, an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich (unter Hinweis auf Dispositiv-Ziffer 4 und 5) sowie nach Eintritt der Rechtskraft an das Grundbuchamt D._____.
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 54'000.–.

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

Zürich, 28. Februar 2017

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Christian Markutt