

ZH_HANDELSGERICHT HE210126 vom 21. Dezember 2021

Zh Handelsgericht, 2021-12-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE210126

FR: ZH_HANDELSGERICHT HE210126 du 21 décembre 2021

IT: ZH_HANDELSGERICHT HE210126 del 21 dicembre 2021

Erwägungen

E. 2

Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Ziffer 1 sei superprovisorisch zu verfügen.

E. 2.1

Aktenschluss / Noven Die Ausführungen unter dem Titel "Aktenschluss / Noven / Neuanbringung" sind nicht Gegenstand des Rückweisungsurteils 5A_1047/2020 vom 4. August 2021; es kann grundsätzlich unverändert auf das Ersturteil vom 13. November 2021 E. 3.2. S. 6 ff. verwiesen werden (act. 28). Pro memoria ist erneut festzuhalten, dass die Ausführungen und Beweismittel im (zweiten) Gesuch vom 30. Juli 2020 (act. 11; act. 13/22-23) als unbeachtlich zu erachten sind und darauf nicht abgestellt werden kann (vgl. act. 28 E. 3.2.4. S. 14).

- 6 -

E. 2.2

Zuständigkeit / Prozessvoraussetzungen Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist unbestrittenermassen nach wie vor gestützt auf Art. 29 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 13 lit. b ZPO; Art. 6 Abs. 2 und 5 ZPO i.V.m. § 44 lit. b und § 45 lit. b GOG gegeben. Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben keinen Anlass zu Bemerkungen. Von der gesellschaftsrechtlichen Umwandlung und der Änderung der Domiziladresse der Klägerin (vgl. act. 52) ist Vormerk zu nehmen; das Rubrum ist entsprechend anzupassen. Das Verfahren ist spruchreif. 3.
Rückweisungsentscheid

E. 3

Der Gesuchstellerin sei nach erfolgter Eintragung eine angemessene Frist zur Anhebung der Klage auf definitive Eintragung des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts anzusetzen.

E. 3.1

Rechtliches / Ausgangslage Die Rückweisung gemäss Urteil des Bundesgerichtes 5A_1047/2020 vom

E. 3.2

Verbindliche Feststellungen im Rückweisungsentscheid Es ist der tatsächliche und rechtliche Rahmen zu bestimmen, in welchem eine neue Entscheidung zu ergehen hat. Dieser ergibt sich insbesondere aus folgenden Passagen des Rückweisungsentscheids: act. 39 E. 3.1 S. 6: "Wenn sich der Unternehmer aber weigert, die Arbeit fortzuführen, und sich aus dem (Werk-)Vertrag vorzeitig zurückzieht, beginnt die besagte Frist schon von demjenigen Zeitpunkt an zu laufen, an dem der Vertragsrücktritt bzw. die vorzeiti-

Vertragsauflösung feststeht, denn in einem solchen Fall der Vertragsauflösung hat der Unternehmer auf dem fraglichen Grundstück kein Material und auch keine Arbeit mehr zu liefern und kann über seine Forderung für die erbrachte Arbeit mit derselben Präzision abrechnen, wie er dies hätte tun können, wenn die Arbeiten vollendet worden wären (BGE 120 II 389 E. 1a; 102 II 206 E. 1a; Urteile 5D_116/2014 vom 13. Oktober 2014 E. 5.2.2; 5P.344/2005 vom 23. Dezember 2005 E. 3.1). Von einer solchen vorzeitigen Vertragsauflösung ist namentlich auch dann auszugehen, wenn der ursprüngliche Vertrag aufgelöst und mit unverändertem Inhalt ein neuer Vertrag mit einer neuen Vertragspartei abgeschlossen wird (Urteil 5C.47/2000 vom 7. Juli 2000 E. 2a)." act. 39 E. 3.4 S. 9 f.: "Zu Recht beklagte sich die Beschwerdeführerin zunächst über eine willkürliche Feststellung des (Prozess-)Sachverhalts. Entgegen dem, was der angefochtene Entscheid unterstellt, ist in Randziffer 8 ihres Gesuchs vom 10. Juli 2020 nicht von der blossen Möglichkeit einer Niederlegung der Arbeit die Rede. Die Beschwerdeführerin erklärt an der fraglichen Stelle ausdrücklich, ihre Arbeiten auf den Baustellen der F._____ AG "zwischenzeitlich eingestellt" zu haben, und legt unter An-

- 8 - rufung entsprechender Beweismittel dar, dass die Zahlungen der F._____ AG – abgesehen von einer Ausnahme – seit Februar 2020 ausgeblieben seien. [...] Zu Recht besteht sie jedoch darauf, im selben Abschnitt klargelegt zu haben, dass ihre Arbeiten bis und mit Januar 2020 von der F._____ AG bezahlt wurden und die seit Mai 2020 erbrachten Arbeiten direkt von der Bauleitung – der Beschwerdegegnerin 2 – vergütet werden." "Allein gestützt auf die isoliert wahrgenommene Aussage der Beschwerdeführerin, dass die Arbeiten (im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs vom 10. Juli 2020) noch nicht vollendet waren, durfte die Vorinstanz deshalb nicht annehmen, dass die Viermonatsfrist noch gar nicht zu laufen begonnen hat. [...] Ohne jegliche Rücksicht auf diese Vorbringen der Beschwerdeführerin trotzdem zum Schluss zu kommen, dass die Eintragungsfrist mangels Vollendung der Arbeiten noch gar nicht zu laufen begonnen habe, verträgt sich weder mit den dargelegten Vorgaben der bundesgerichtlichen Rechtsprechung noch mit der Sorgfalt, die bei der Prüfung eines Gesuchs um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vom Gericht verlangt werden kann. Der angefochtene Entscheid verletzt Art. 9 BV." act. 39 E. 3.4 S. 11 in fine: "[...] musste das Handelsgericht angesichts der Vorbringen der Beschwerdeführerin doch in Betracht ziehen, dass die Viermonatsfrist trotz ausstehender Vollendung der Arbeiten spätestens mit der Aufnahme der Vergütung durch die Beschwerdegegnerin 2 zu laufen begann. [...]"

E. 3.3

Zusammenfassung Der Rückweisungsentscheid befasst sich ausschliesslich mit dem Aspekt, inwiefern die Gesuchstellerin den Beginn der Viermonatsfrist im Sinne von Art. 839 Abs. 2 ZGB und damit die Gefährdung des Pfandanspruchs glaubhaft gemacht hat. Entgegen des Ersturteils des hiesigen Gerichtes ist – nach den verbindlichen Feststellungen des Bundesgerichts – der Beginn der Viermonatsfrist und damit die Gefährdung des Pfandanspruchs glaubhaft gemacht. Aus diesem spezifischen

- 9 - Grund kann folglich das Begehren nicht mehr abgewiesen werden. Konkrete Feststellungen zum Zeitpunkt des Beginns der Viermonatsfrist hat das Bundesgericht nicht getroffen. Es wurde lediglich festgehalten, dass die Viermonatsfrist spätestens mit der Aufnahme der Vergütung durch die Beschwerdegegnerin 2 zu laufen begann (zur Einhaltung der Viermonatsfrist vgl. nachfolgend E. 4.3.).

E. 4

Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

E. 4.1

Grundlagen der Eintragung Für die rechtlichen Grundlagen ist auf das Ersturteil vom 13. November 2020 zu verweisen (act. 28 E. 4.1. S. 14 f.). Abgesehen vom Punkt der Einhaltung der Viermonatsfrist wurden im Ersturteil die übrigen Voraussetzungen der Pfandein- tragung nicht weiter thematisiert. Auch das Bundesgericht hat sich nicht damit be- fasst. Glaubhaft gemacht werden müssen u.a. pfandberechtigte Arbeiten im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB.

E. 4.2

Pfandberechtigte Forderung / Zinsforderung

E. 4.2.1

Wesentliche Einwände Die Gesuchsgegnerin stellt sich hauptsächlich auf den Standpunkt, es sei die Ein- tragung des Bauhandwerkerpfandrechts mangels nachvollziehbarer, substantiiier- ter Darlegungen durch die Gesuchstellerin zu verweigern; der Anspruch sei nicht glaubhaft gemacht (act. 19 Rz. 29 ff.). Pfandrechtsberechtigte Arbeiten würden nicht dargetan, zumal für Planungsarbeiten kein Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts bestünde (act. 19 Rz. 32). Weiter behaupte die Ge- suchstellerin gar nicht erst, dass die Nebenintervenientin oder die G. _____ AG ihr etwas schuldeten (act. 19 Rz. 36). Schliesslich wird von der Gesuchsgegnerin auch die Zinsforderung bestritten (act. 19 Rz. 40). Dies im Wesentlichen unter Be- rufung darauf, die Gesuchstellerin sei der Behauptungs- und Substantiierungslast nicht nachgekommen. Aus den von ihr ins Recht gelegten Rechnungen könne nicht geschlossen werden, dass eine Zahlungsfrist von 10 Tagen vereinbart wor- den sei (act. 19 Rz. 40).

- 10 - Die Nebenintervenientin bringt lediglich vor, die Gesuchstellerin sei weder ihrer Behauptungs- noch Substantiierungslast nachgekommen und verweist im Übrigen vollumfänglich auf die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin (act. 20 Rz. 9).

E. 4.2.2

Würdigung Die Gesuchstellerin hat nachvollziehbar dargelegt, dass sie als Subunternehmerin im Auftrag der F. _____ AG auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin Lüftungs- montagearbeiten vorgenommen hat (act. 1 Rz. 7, Rz. 11). Entsprechende Arbeits- respektive Wochenrapporte wurden eingereicht (act. 3/7-15; act. 3/21). Dass für diese Arbeiten ausstehende Forderungen bestehen, hat die Gesuchstellerin mit Verweis auf eingereichte Kontoauszüge, Rechnungen und E-Mails plausibel dar- gelegt (act. 1 Rz. 8 und 10). Hinsichtlich der geltend gemachten Zinsforderungen lässt sich nicht ausschliessen, dass sich diese auf die Rechnungen samt Zah- lungsaufforderungen stützen lassen (act. 3/7-16). Die Einwände der Gesuchs- gegnerin sind insofern wenig aussagekräftig, sofern lediglich (unsubstantiiert) die Ausführungen der Gesuchstellerin bestritten werden oder auf deren (behauptete) ungenügende Darlegung verwiesen wird. Dass mit Montagearbeiten betreffend die Lüftung pfandberechtigte Arbeiten vorliegen, ist ohne Weiteres glaubhaft ge- macht, die Gesuchsgegnerin bringt dagegen keine stichhaltigen Gründe vor. Auch sonst bringt die Gesuchsgegnerin keine Gründe vor, die gegen die vorläufige Ein- tragung sprechen, zumal nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die An- forderungen an die Glaubhaftmachung in diesem Stadium gering sind. Von der Nebenintervenientin wurden,

wie erwähnt, keine weiteren Aspekte vorgebracht.

E. 4.3

Einhaltung Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB Eingetragen wurde das Bauhandwerkerpfandrecht per 30. Juli 2020 (act. 17), so- dass die Viermonatsfrist, damit diese noch als eingehalten zu erachten ist, nicht vor dem 30. März 2020 zu laufen beginnen durfte. Wie erwähnt hat das Bundes- gericht festgehalten, dass die Viermonatsfrist spätestens mit der Aufnahme der Vergütung durch die Beschwerdegegnerin 2 [=Nebenintervenientin] zu laufen be- gann, weitere Feststellungen wurden dazu nicht gemacht. Nach den Darstellun- gen der Gesuchstellerin wurden die erbrachten Arbeiten "seit Mai 2020" direkt von

- 11 - der Bauleitung vergütet (act. 1 Rz. 8 und Rz. 11 f.). Näheres dazu lässt sich ihren Behauptungen nicht entnehmen, genaue Angaben zu den Zahlungen der Baulei- tung sind nicht aktenkundig. "Seit Februar 2020" würden, so die Gesuchstellerin, die Rechnungen von der Auftraggeberin (F._____ AG) – ausgenommen eine Teil- zahlung am 24. März 2020 – nicht mehr bezahlt (act. 1 Rz. 8). Den Akten lässt sich entnehmen, dass offenbar noch Rechnungen bis am 2. April 2020 an die Auf- traggeberin verschickt wurden (act. 3/16). Ausserdem lässt sich den Akten ein E- Mail vom 26. März 2020 entnehmen, wonach zu diesem Zeitpunkt lediglich in Aussicht gestellt wird, dass man sich direkt mit der Bauherrschaft in Verbindung setze, sollten die entsprechenden Rechnungen nicht beglichen werden (act. 3/19). All dies legt eine "Arbeitsniederlegung" (Beginn Lauf der Eintragsungs- frist) nach dem 30. März 2020 nahe. Obschon die Gesuchstellerin keinen konkre- ten Zeitpunkt nennt, ab welchem die Viermonatsfrist laufen soll, kann nach dem Gesagten zusammengefasst nicht ausgeschlossen werden, dass der Beginn des Fristenlaufs nach dem 30. März 2020 liegt und die massgebende Frist damit ein- gehalten ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist damit die Voraus- setzung der Einhaltung der Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB glaubhaft gemacht. Unter diesen Umständen offen bleiben kann, inwiefern die Gesuchstel- lerin noch am 30. März 2020 selber oder danach Arbeiten für die Auftraggeberin (F._____ AG) leistete (so offenbar die Gesuchsgegnerin: act. 19 Rz. 16 ff.).

- 12 -

E. 5

Hinreichende Sicherheit

E. 5.1

1. Zahlungsgarantie Nr. 4 vom 12. August 2020 (act. 22) [auszugsweise]

- 13 -

E. 5.2

2. Zahlungsgarantie Nr. 5 vom 5. Nov. 2021 (act. 47) [auszugsweise]

- 14 -

- 15 -

- 16 -

E. 5.3

Wesentliche Parteistandpunkte 1. Zahlungsgarantie [H._____] Nr. 4 vom 12. August 2020 (act. 22) Die Gesuchstellerin erachtet die erste angebotene Garantie (act. 22) als ungenügend (act. 26 Rz. 5 ff.). Sie bringt vor, die Garantieerklärung sei widersprüchlich, so sei eingangs ein Garantiebetrug von CHF 248'118.27 definiert, aus dem Text gehe jedoch hervor, dass auch die von der Gesuchstellerin verlangten Zinsen von der Garantie gedeckt sein sollen. Auch die Zinsen müssten von der maximalen Garantiesumme umfasst sein (act. 26 Rz. 5). Weiter enthalte die Garantie ein Zessionsverbot. Eine solche Einschränkung müsse sie sich nicht gefallen lassen, es sollte ihr möglich sein, ihre Forderung gegenüber der F.____ AG mit den ak- zessorischen Nebenrechten (der Garantie) an einen Dritten abzutreten (act. 26 Rz. 6; act. 53 Rz. 24). Am 21. April 2020 sei über die Schuldnerin der Werklohn- forderung (F.____ AG) der Konkurs eröffnet worden. Mit der Konkurseröffnung höre gegenüber dem Schuldner der Zinsenlauf auf, was jedoch nicht für pfandge- sicherte Forderungen gelte (act. 26 Rz. 7). Die Garantie biete deswegen keine gleichwertige Sicherheit für ihren Anspruch und würde eine Schlechterstellung zur Folge haben (act. 26 Rz. 7; act. 53 Rz. 25). Als weiteren Punkt bringt die Gesuch- stellerin vor, die Garantie sei beschränkt auf Lieferungen und Leistungen gemäss "angeblicher Auftragsvergabe mit E-Mail vom 23. April 2019 zwischen F.____ AG und A.____ GmbH". Sollte eine andere oder eine weitere Grundlage für die pfandrechtsgesicherte Forderung geltend gemacht werden oder sich aus dem Prozess ergeben, so würde die Garantie nicht gelten (act. 26 Rz. 8; act. 53 Rz. 27). Schliesslich beinhalte die Garantie, so die Gesuchstellerin, neun Bedin- gungen, unter welchen die Garantie erlösche, darunter einzuhaltende Fristen. Das Grundpfandrecht erlösche frei von Fristen, wenn die Hauptforderung erlösche o- der wenn der Eintrag nicht bestätigt werde. Die Garantie stelle diesbezüglich eine wesentliche Schlechterstellung dar (act. 26 Rz. 10; act. 53 Rz. 28). In ihrer Stellungnahme vom 12. November 2021 (act. 46) entgegnet die Neben- intervenientin zu den Einwänden der Gesuchstellerin, es sei zwar korrekt, dass in der Überschrift der Zahlungsgarantie einzig der Betrag von CHF 248'118.27 als Garantiebetrug vermerkt sei, aber aus dem Garantietext gehe unmissverständlich

- 17 - und klar hervor, dass die Zahlungsgarantie zuzüglich zum Betrag von CHF 248'118.27 auch die Verzugszinsen umfasse und abdecke. Es sei welt- fremd, dass sich die H.____ trotz eindeutig formuliertem Garantietext, welcher die Verzugszinsen vollumfänglich mitumfasse, mit Hinweis auf die Garantieüber- schrift weigern würde, für die Verzugszinsen Zahlung zu leisten (act. 46 Rz. 4). Die Einwendung der Gesuchstellerin zum behaupteten Zessionsverbot überzeuge nicht, da sich die in der Zahlungsgarantie enthaltene Klausel einzig auf das Aus- senverhältnis zwischen der garantierenden Bank und der Gesuchstellerin bezie- he. In dieser Hinsicht sei ein Abtretungsverbot zulässig. Im Innenverhältnis stehe es der Gesuchstellerin hingegen trotz dieser Klausel weiterhin offen, in einem all- fälligen Abtretungsvertrag die ihr allenfalls zustehende Werklohnforderung sowie die allfällige Garantieforderung aus der zu beurteilenden Zahlungsgarantie abzu- treten (act. 46 Rz. 5). Weiter seien die Ausführungen der Gesuchstellerin zum Zinsenlauf bei pfandgesi- cherten Forderungen unzutreffend, da die Gesuchstellerin das vorliegende Ver- fahren betreffend Bauhandwerkerpfandrecht am 10. Juli 2020 und somit nach der Konkurseröffnung über die Schuldnerin der Werklohnforderung (F.____ AG) vom 21. April 2020 eingeleitet habe. Aus diesem Grund sei ihre Forderung ohnehin nicht als pfandgesicherte Forderung im Sinne von Art. 209 Abs. 2 SchKG zu qua- lifizieren und sie könnte in keinem Fall vom länger dauernden Zinsenlauf gemäss Art. 209 Abs. 2 SchKG profitieren. Im Vergleich zum Bauhandwerkerpfandrecht führe die Zahlungsgarantie nicht

zu einer Schlechterstellung (act. 46 Rz. 7). Zum Vorwurf, es sei die Zahlungsgarantie beschränkt gemäss "angeblicher Auftrags- vergabe mit E-Mail vom 23. April 2019 zwischen F._____ AG und A._____ GmbH", entgegnet die Nebenintervenientin, die Gesuchstellerin sei im vorliegen- den Verfahren verpflichtet, die pfandgesicherte Forderung glaubhaft zu machen, was notwendigerweise voraussetze, dass die Gesuchstellerin auch die vertragli- che Grundlage der pfandgesicherten Forderung glaubhaft mache. Die Eintragung eines provisorischen Bauhandwerkerpfandrechts bzw. die Leistung einer proviso- rischen Sicherheit erfolge daher im Hinblick auf die glaubhaft gemachte vertragli- che Grundlage der pfandgesicherten Forderung und nicht etwa in pauschaler

- 18 - Weise. Schliesslich sei auch der Einwand zu den Bedingungen der Fristeinhal- tung zurückzuweisen. Entgegen den Ausführungen der Gesuchstellerin handle es sich bei sämtlichen dieser neun Bedingungen um zulässige Befristungen, da sie keine absoluten Befristungen enthielten (act. 46 Rz. 8). 2. Zahlungsgarantie [J._____] Nr. 5 vom 5. Nov. 2021 (act. 47) Die Gesuchstellerin erachtet auch die zweite angebotene Zahlungsgarantie der Nebenintervenientin (act. 47) als ungenügend (act. 53 Ziff. 3). Zunächst bestehe (nunmehr) keine zutreffende Bezeichnung der Gesuchstellerin, nachdem sie sich von einer GmbH in eine AG umgewandelt und ihre Adresse geändert habe (act. 53 Rz. 7). Generell sei die Garantie mangelhaft verfasst, was zu unzumutba- ren Unklarheiten führe, so sei wohl die "Ablösung" und nicht die "Sicherstellung des Bauhandwerkerpfandrechts" gemeint (act. 53 Rz. 8 f.). Unter Verweis auf Ziffer 2 "Inanspruchnahme der Garantie" bringt die Gesuchstel- lerin vor, es sei nicht ersichtlich, weswegen neben den unter Ziffer 2) c) aufgeführ- ten Dokumenten noch kumulativ eine Zustimmung der Nebenintervenientin beizu- bringen sei, wobei nicht anzunehmen sei, dass diese eine solche Zustimmung abgeben würde (act. 53 Rz. 11). Des Weiteren moniert die Gesuchstellerin "diver- se relative Befristungen und Erlösungsbedingungen" (act. 53 Rz. 12 ff.). Die Verpflichtung der Gesuchstellerin immer wieder für die Bewahrung der Garantie aktiv werden zu müssen, stelle eine massive Schlechterstellung im Vergleich zur Grundpfandverschreibung dar, welche ihr nicht zugemutet werden könne (act. 53 Rz. 14). Eine solch unklare Garantie stelle keinen gleichwertigen Ersatz zur Grundpfandverschreibung dar, die Garantie habe klar und verständlich formuliert zu sein (act. 53 Rz. 15). Da die Werklohnschuldnerin im Konkurs und das Konkursverfahren noch pendent sei, könne die Gesuchstellerin keine Klage gegen diese einreichen, was von ihr jedoch in Ziffer 1 der Erlösungsgründe verlangt werde, wenn sie das Erlöschen der Garantie verhindern wolle (act. 53 Rz. 16). Betreffend den Erlösungsgrün- den 2) bestehe die Gefahr, dass das Konkursverfahren der F._____ AG abge- schlossen werde, aber noch kein Sicherungsurteil vorliege. In jenem Falle könne

- 19 - die Garantie noch nicht geltend gemacht werden und erlösche dennoch gemäss Ziffer 2 c) und 2 e) (act. 53 Rz. 17). Weiter ergebe sich eine unzulässige Schlech- terstellung daraus, dass die Garantie nur einmal und nicht in Raten in Anspruch genommen werden könne (act. 53 Rz. 19). Sie halte daran fest, dass die Verzin- sung der Werklohnforderung aufgrund von Art. 209 Abs. 2 SchKG vom Bestehen eines Pfandes abhängig sei (act. 53 Rz. 21).

E. 5.4

Rechtliches Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB kann die Eintragung eines Bauhandwerkerpfand- rechts nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer oder ein Dritter für die ange- meldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet. Ein bereits eingetragenes Pfandrecht ist in

diesem Fall zu löschen. Das Fehlen einer hinreichenden Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB stellt eine negative Anspruchsvoraussetzung dar (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl. 2018, N. 1742). Sofern der 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, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1314). Dazu muss sie qualitativ und quantitativ die gleiche Sicherheit wie das Bauhandwerkerpfandrecht bieten (BGE 142 III 738 E. 4.4.2). Der Grundsatz, dass eine Sicherstellung die Rechtslage des Unternehmers gegenüber dem Sicherungsgrundpfandrecht nicht verschlechtern darf, erfordert aber überdies, dass die allfällige Beanspruchung der Sicherheit in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht erschwert werden darf. Die Auflagen von Modalitäten, welche der Rechtssicherheit des Grundeigentümers und aller weiteren beteiligten Personen dienen, sind nur zulässig, wenn sie zweckmässig und verhältnismässig sind (SCHUMACHER, a.a.O. N. 1263).

E. 5.5

Würdigung 1. Zahlungsgarantie [H._____] Nr. 4 vom 12. August 2020 (act. 22) Auf die anlässlich der Einreichung der Sicherheit von der Nebenintervenientin gemachten Ausführungen (act. 20 Rz. 11 ff.) muss nicht näher eingegangen wer-

- 20 - den, da diese zum einen vorwiegend allgemeiner Natur sind und zudem ausschliesslich von der Gesuchstellerin in der Folge nicht bestrittene Punkte betreffen. Die angebotene Sicherheit entspricht insoweit den Erfordernissen, als dass diese betragsmässig den gesamten Pfandbetrag zuzüglich (für unbeschränkte Zeit) die entsprechenden Verzugszinsen deckt. Die Gesuchstellerin moniert u.a. das in der Zahlungsgarantie statuierte Abtretungsverbot gemäss Ziff. 3 S. 2: "Abtretungen von Forderungen unter dieser Garantie sind nicht zulässig." Dass im Grundsatz ein Zessions-/Abtretungsverbot eine wesentliche Verschlechterung der Rechtsstellung des Unternehmers darstellt, ist plausibel und wird an sich auch von der Nebenintervenientin nicht bestritten. Die Nebenintervenientin wendet lediglich ein, die Bestimmung sei gar nicht in diesem Sinne gemeint, der Gesuchstellerin stehe "im Innenverhältnis" eine Abtretung weiterhin offen. Das Bedürfnis der Gesuchstellerin nach einer klar formulierten Sicherheit ist nachvollziehbar. Der von der Nebenintervenientin angeführte einschränkende Sinn lässt sich der vorliegenden Formulierung nicht entnehmen ("Abtretungen von Forderungen unter dieser Garantie sind nicht zulässig."). Selbst wenn die Nebenintervenientin darauf verweist, damit würde kein Abtretungsverbot zulasten der Gesuchstellerin statuiert, so vermag allein diese Zusicherung der Gesuchstellerin keine genügende Sicherheit zu bieten – abgesehen davon, dass die Zahlungsgarantie in erster Linie aus sich selbst heraus verständlich sein sollte. Bereits aus diesem Grund erweist sich zusammengefasst die (erste) Zahlungsgarantie [H._____] Nr. 4 vom 12. August 2020 (act. 22) als nicht hinreichende Sicherheit. 2. Zahlungsgarantie [J._____] Nr. 5 vom 5. Nov. 2021 (act. 47) Zu Recht weist die Gesuchstellerin (erneut) darauf hin, dass die angebotene Sicherheit, um als hinreichend erachtet zu werden, klar formuliert sein muss. In diesem Zusammenhang erweist sich die gewählte Formulierung gemäss Ziffer 2 c) und d) zumindest als nicht genügend klar. In der Tat wäre nicht einzusehen, weshalb, wie es die Gesuchstellerin vermutet, neben den üblichen Bedingungen der Beanspruchung der Zahlungsgarantie zusätzlich die Zustimmung der Nebenintervenientin vorausgesetzt würde. Die Gesuchstellerin und Nebenintervenientin

- 21 - haben sich zu diesem Einwand nicht geäußert. Diese Unsicherheit ist unzumutbar und auch die Zahlungsgarantie [J._____] Nr. 5 vom 5. Nov. 2021 (act. 47) erweist sich damit als nicht hinreichend.

E. 5.6

Zusammenfassung Die erste angebotene Zahlungsgarantie "H._____" erweist sich als nicht hinreichend i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB, da darin ein Abtretungsverbot statuiert ist, welches die Lage der Gesuchstellerin wesentlich beeinträchtigt. Die zweite angebotene Zahlungsgarantie "J._____" auferlegt der Gesuchstellerin nicht nachvollziehbare, nachteilige Modalitäten bei der Beanspruchung der Sicherheit respektive ist die Formulierung unklar gehalten, sodass unzumutbare Zweifel hinsichtlich Beanspruchung verbleiben. Inwiefern (auch) die übrigen angeführten Einwände der Gesuchstellerin gegen die beiden angebotenen Sicherheiten stichhaltig sind, kann unter diesen Umständen dahingestellt bleiben. Obschon der Gesuchsgegnerin und Nebenintervenientin die Stellungnahme der Gesuchstellerin zur angebotenen Sicherheit zugestellt wurde (vgl. act. 55/1-2), haben sich diese dazu nicht (mehr) geäußert respektive keine entsprechend geänderte/angepasste Sicherheit angeboten. Das sog. Replikrecht wurde gewährt; damit hat es sein Bewenden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_365/2019 vom 14. Dezember 2020 E. 5.2.1.3. m.w.H.). Zusammengefasst sind beide angebotenen Zahlungsgarantien als nicht hinreichende Sicherheiten i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB zu erachten.

E. 6

Aufforderung an Konkursamt Schlieren Die Gesuchstellerin stellte in ihrer Eingabe vom 26. November 2021 (act. 53) mitunter den Antrag, es sei das Konkursamt Schlieren aufzufordern, sie über die Rechtskraft der Kollozierung ihrer Forderung im Konkurs der F.____ AG am E._____ in Zürich umgehend in Kenntnis zu setzen (act. 53 S. 2). Weder hat die Gesuchstellerin ihren Antrag begründet noch wäre ohne Weiteres die Grundlage für eine solche Aufforderung durch das hiesige Gericht ersichtlich; der Antrag ist abzuweisen.

- 22 -

E. 7

Prosequierung 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.

E. 8

Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 2 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 8'800.– zu bezahlen.

E. 9

Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Zahlungs- garantie der H._____ Nr. 4 vom 12. August 2020 über CHF 248'118.27 (act. 22) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Nebenin- tervenientin herauszugeben.

E. 10

Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Zahlungs- garantie der J1._____ AG Nr. 5 vom 5. November 2021 über CHF 248'118.27 (act. 47) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Nebenintervenientin herauszugeben.

E. 11

Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Nebenintervenientin sowie an das Grundbuchamt D._____ und nach unbenutztem Ablauf der Rechts- mittelfrist an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich.

- 25 -

E. 12

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 Be- schwerde 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 248'118.27. Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 46 Abs. 2 BGG). Zürich, 21. Dezember 2021 HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH Einzelgericht Der Gerichtsschreiber: Christian Markutt

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.