

# ZH\_HANDELSGERICHT HE230142 vom 16. April 2024

Zh Handelsgericht, 2024-04-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HE230142](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE230142)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HE230142 du 16 avril 2024

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HE230142 del 16 aprile 2024

## Erwägungen

### E. 1

C.\_\_\_\_\_ SA,

#### E. 1.1

Am 20. November 2023 überbrachte die Gesuchstellerin ihr Gesuch betreffend provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gleichen Datums dem hiesigen Gericht (act. 1; act. 2; act. 3/1–15). Dem Gesuch wurde mit Verfügung vom 20. November 2023 einstweilen entsprochen, und das Grundbuchamt H.\_\_\_\_\_ ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin angewiesen, ein Pfandrecht im beantragten Betrag vorläufig einzutragen (act. 4; vgl. auch act. 7). Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin Frist zur schriftlichen Stellungnahme angesetzt.

#### E. 1.2

Mit Eingabe vom 8. Dezember 2023 ersuchte die D.\_\_\_\_\_ AG darum, als Nebenintervenientin im vorliegenden Verfahren zugelassen zu werden (act. 9; act. 10; act. 11/2; act. 12). Daraufhin wurde den Hauptparteien mit Verfügung vom 11. Dezember 2023 Gelegenheit gegeben, zum Interventionsgesuch Stellung zu nehmen (act. 13). Mit Eingabe vom 11. Dezember 2023 verkündete die Gesuchsgegnerin der C.\_\_\_\_\_ SA den Streit und erklärte sich einverstanden mit der Beteiligung der D.\_\_\_\_\_ AG im Verfahren (act. 16). Mit Eingabe vom 8. Dezember 2023 ersuchte C.\_\_\_\_\_ SA um Zulassung im Verfahren als Nebenintervenientin (act. 18; - 3 - act. 19). Mit Verfügung vom 14. Dezember 2023 wurde die C.\_\_\_\_\_ SA als Nebenintervenientin zu Gunsten der Gesuchsgegnerin zugelassen (fortan: Nebenintervenientin 1; act. 20). Mit Eingabe vom 18. Dezember 2023 erklärte sich die Gesuchsgegnerin (erneut) mit der Einsetzung der D.\_\_\_\_\_ AG als Nebenintervenientin einverstanden (act. 22) und mit Eingabe vom 21. Dezember 2023 gab die Gesuchstellerin an, sich diesbezüglich nicht "zur Wehr" zu setzen (act. 23). Mit Stellungnahme vom 22. Dezember 2023 beantragte die Gesuchsgegnerin innert erstreckter Frist unter anderem, es sei festzustellen, dass die seitens der D.\_\_\_\_\_ AG noch einzureichende, provisorisch gestellte Zahlungsgarantie eine hinreichende Sicherheit sei (act. 24). Dasselbe beantragten die Nebenintervenientin 1 mit Stellungnahme vom 20. Dezember 2023 (act. 25) und die D.\_\_\_\_\_ AG mit Stellungnahme vom 22. Dezember 2024 (act. 26), letztere unter Beilage der Bankgarantie der I.\_\_\_\_\_ AG [Bank] Nr. ... vom 18. Dezember 2023 (act. 27/1). In der Folge wurde die D.\_\_\_\_\_ AG mit Verfügung vom 27. Dezember 2023 zu Gunsten der Gesuchsgegnerin als Nebenintervenientin 2 zugelassen und wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, zu den Eingaben der Gesuchsgegnerin, der Nebenintervenientin 1 sowie der Nebenintervenientin 2, insbesondere zur angebotenen Sicherheit, Stellung zu nehmen (act. 29). Innert erstreckter Frist führte die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme vom 15. Januar 2024 unter anderem

aus, die fragliche Bankgarantie sei keine hinreichende Sicherheit im Sinne des Gesetzes (act. 31; act. 33). Besagte Stellungnahme der Gesuchstellerin wurde der Gesuchsgegnerin und den Nebenintervenientinnen 1 und 2 in der Folge zur Kenntnisnahme zugestellt (Prot. 9). Mit Stellungnahme vom 25. Januar 2024 stellte sich die Nebenintervenientin 2 auf den Standpunkt, die Bankgarantie stelle eine hinreichende Sicherheit dar (act. 35). Dieser Auffassung schloss sich die Gesuchsgegnerin mit Stellungnahme vom 29. Januar 2024 an (act. 37). Mit Blick auf die übereinstimmenden Anträge aller Verfahrensbeteiligten, es sei der Gesuchsgegnerin bzw. den Nebenintervenientinnen 1 und 2 im Falle einer Beurteilung des hiesigen Gerichts der Sicherheit als nicht hinreichend, Gelegenheit zu geben, eine verbesserte Sicherheit einzureichen (vgl. act. 24 S. 2, act. 25 S. 2, act. 26 S. 2 und act. 33 S. 3), wies das hiesige Gericht die Verfahrensbeteiligten mit Verfügung vom 31. Januar 2024 darauf hin, dass die gerichtliche Prüfung einer Bankgarantie praxisgemäss erst mit dem Endentscheid erfolge,

- 4 - stellte indessen gleichzeitig in Aussicht, dass gewisse Rügen der Gesuchstellerin ihre Berechtigung hätten (act. 38). Gestützt darauf wurde der Gesuchsgegnerin bzw. den Nebenintervenientinnen 1 und 2 Frist angesetzt, um allenfalls eine neue Bankgarantie einzureichen. Innert erstreckter Frist (act. 40; act. 42; act. 43) nahmen die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientinnen 1 und 2 je mit Eingabe vom 11. März 2024 Stellung (act. 46; act. 47; act. 48) und beantragten übereinstimmend insbesondere, es sei festzustellen, dass die revidierte, seitens der Nebenintervenientin 2 gestellte Zahlungsgarantie der I. \_\_\_\_\_ AG Nr. ... vom 8. März 2024 (act. 49) eine hinreichende Sicherheit sei. Mit Verfügung vom 13. März 2024 wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um zur neuen Sicherheit Stellung zu nehmen (act. 51). In ihrer Stellungnahme vom 4. April 2024 führte die Gesuchstellerin aus, auch die neue Sicherheit als nicht hinreichend zu erachten (act. 53).

### **E. 1.3**

Wie zu zeigen sein wird, ist die revidierte Sicherheit als hinreichend im Sinne des Gesetzes zu beurteilen. Damit rechtfertigt es sich, die jüngste Stellungnahme der Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin und den Nebenintervenientinnen 1 und 2 erst mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen. Das Verfahren ist spruchreif, weshalb ein Urteil zu fällen ist. 2. Formelles

### **E. 2**

Es sei das Grundbuchamt H. \_\_\_\_\_, sofort und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin richterlich anzuweisen, das Pfandrecht gemäss Ziffer 1 vorstehend vorläufig vorzumerken.

### **E. 2.1**

Das Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist nach Art. 29 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 13 lit. a ZPO örtlich und nach Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Abs. 5 ZPO sowie § 45 lit. b GOG sachlich zuständig (vgl. GRÜNINGER, in: Basler Kommentar ZGB, 7. Aufl. 2022, N 27 zu Art. 81; so auch act. 1 Rz. 2). 2.2.1. 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; BGE 142 III 629 E. 2.1). Über den Streitgegenstand verfügen, das heisst Dispositionsakte vornehmen, wie das Anerkennen der Klage oder die Erhebung einer Widerklage, kann die intervenierende Partei hingegen nicht (GRABER, in: Basler Kommentar ZPO, 3. Aufl. 2017, N 9 zu Art. 76). Stehen die Prozesshandlungen der

intervenierenden Person mit jenen der Hauptpartei im Widerspruch, sind sie im Prozess sodann unbeachtlich (Art. 76 Abs. 2 ZPO). Eine Untätigkeit der Hauptpartei schadet allerdings nicht und gilt insbesondere nicht als Widerspruch zum Handeln der Intervenientin (BGE 142 III 271 E. 1.3; DOMEJ, in: Kurzkomentar ZPO, 3. Aufl. 2021, N 8 zu Art. 76). 2.2.2. Demnach durfte die Nebenintervenientin 2 vorliegend ohne Weiteres für die Gesuchsgegnerin tätig werden und namentlich Banksicherheiten in das Verfahren einbringen (vgl. auch SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl., Zürich 2022, Rz. 1223). 3. Beurteilung der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts

### **E. 3**

Die Eintragung sei unverzüglich (superprovisorisch) und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin vorzunehmen.

#### **E. 3.1**

Parteistandpunkte

##### **E. 3.1.1**

Die Gesuchstellerin macht geltend, auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin (Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBB1. 2, EGRID CH3, F. \_\_\_\_\_-strasse 4, 5 und 6, G. \_\_\_\_\_) Gips-Trockenbauarbeiten erbracht und das dafür benötigte Material geliefert zu haben (act. 1 S. 2, Rz. 10, Rz. 12 und Rz. 19). Die letzten (pfandberechtigten) Arbeiten seien am 26. Juli 2024 ausgeführt worden (act. 1 Rz. 15 und Rz. 19). Die zurzeit noch offene Forderung betrage CHF 725'319.13 (act. 1 Rz. 17 f.).

##### **E. 3.1.2**

Weder die Gesuchsgegnerin noch die Nebenintervenientinnen 1 und 2 bestreiten diese Tatsachenbehauptungen der Gesuchstellerin (vgl. act. 24, act. 25 und act. 26). Sie führen zwar übereinstimmend pauschal aus, das Vorhandensein der Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu bestreiten, erklärten indessen gleichzeitig, aufgrund des stark herabgesetzten Beweismasses auf detailliertere Ausführungen zu verzichten (act. 24 Rz. 5; act. 25 Rz. 5; act. 26 Rz. 2). Für das ordentliche Verfahren würden sie allerdings sämtliche Einreden und Einwendungen vorbehalten.

#### **E. 3.2**

Rechtliches

##### **E. 3.2.1**

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Wer-

ken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts. Der Anspruch richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstückes. Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ins Grundbuch hat gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB bis spätestens vier Monate nach Vollendung der Arbeiten zu erfolgen. Dabei handelt es sich um eine Verwirkungsfrist (BGE 126 III 462 E. 2.c.aa). Vollendet ist die Arbeit dann, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrags bilden, ausgeführt sind (vgl. BGE 125 III 113 E. 2.b, BGer 5A\_395/2020 vom 16. März

2021 E. 2. oder BGer 5A\_688/2019 vom 6. November 2019 E. 4.2.; vgl. auch THURNHERR, in: Basler Kommentar ZGB, a.a.O., N 29 zu Art. 839/840).

### **E. 3.2.2**

Für die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts müssen die Voraussetzungen des Pfandrechts gemäss Art. 961 Abs. 3 ZGB nur glaubhaft gemacht werden, wobei die Anforderungen an die Glaubhaftmachung tiefer sind als bei anderen Anwendungsfällen des Beweismasses der Glaubhaftmachung. Die Eintragung ist nur zu verweigern, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint. Im Zweifelsfall ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über den Bestand und Umfang des Pfandrechts dem ordentlichen Gericht vorzubehalten (BGE 137 III 563 E. 3.3; BGE 86 I 265 E. 3; BGer 5A\_280/2021 vom 17. Juni 2022 E. 3.1.). Dies gilt insbesondere bei unklarer oder unsicherer Rechtslage.

### **E. 3.3**

Würdigung

#### **E. 3.3.1**

Angesichts der schlüssigen Ausführungen der Gesuchstellerin sowie der eingereichten Akten und der lediglich pauschalen Bestreitung der Eintragungsvoraussetzungen seitens der Gesuchsgegnerin und der Nebenintervenientinnen 1 und 2 ist zur vorläufigen Eintragung des Pfandrechts ausreichend glaubhaft gemacht, dass die Gesuchstellerin für die eingetragene Pfandsumme auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB Material und Arbeit geliefert bzw. geleistet hat, ein Betrag in der Höhe der eingetragenen Pfandsumme bisher unbezahlt geblieben ist und die Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB mit der vorläufigen Eintragung gewahrt wurde.

- 7 -

#### **E. 3.3.2**

Demnach sind die Voraussetzungen für die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Verfügung vom 20. November 2023 (act. 4) erfüllt.

### **E. 4**

Hinreichende Sicherheit

#### **E. 4.1**

Parteistandpunkte

##### **E. 4.1.1**

Die Nebenintervenientin 2 stellt sich auf den Standpunkt, mittels der revidierten, zweiten ihrerseits eingereichten Zahlungsgarantie der I. \_\_\_\_\_ AG Nr. ... vom

##### **E. 4.1.2**

Demgegenüber rügt die Gesuchstellerin die eingereichte revidierte Bankgarantie weiterhin in zweierlei Hinsicht als nicht hinreichend (act. 53): Erstens führt sie aus, gemäss Ziffer 3.2.a)-e) [recte: 3.1.a)-e)] erlösche die Zahlungsgarantie innerhalb von 120 Kalendertagen nach Eintritt der Rechtskraft der in den Literas a)-e) genannten Urteile, Vergleiche und Bekanntmachungen (act. 53 Rz. 4 f.). Eine solche Frist für die Durchsetzung der mit dem

Pfand gesicherten Forderung sei im Gesetz nicht vorgesehen. Die Gesuchstellerin könnte ihre Forderung innerhalb der gesetzlichen Verjährungsfristen geltend machen. Durch die in der Zahlungsgarantie verlangte "Handlung [...] innerhalb einer kurzen Zeit, die sonst nicht nötig wäre" werde sie mit der Garantie im Vergleich zum Pfandanspruch schlechter gestellt. Zweitens rügt die Gesuchstellerin, dass gemäss Ziffer 3 (letzter Satz) ein Erlösungsgrund sofort nach dessen Eintritt der I. \_\_\_\_\_ AG durch einen im kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Rechtsanwalt schriftlich mitzuteilen sei (vgl. act. 53 Rz. 6). Sie führt aus, für diese Mitteilung als solche sowie für die Mitteilung durch einen Rechtsanwalt bestehe weder eine Grundlage noch eine Notwendigkeit, weshalb sie die Zahlungsgarantie gegenüber der Inanspruchnahme des Pfandes schlechterstelle (act. 53 Rz. 7). Ausserdem widerspreche das Erfordernis Ziffer 2 der Zahlungsgarantie, wonach die dort geregelte Mitteilung betreffend Inanspruch-

- 8 - nahme der Garantie der I. \_\_\_\_\_ AG entweder durch die Gesuchstellerin selber oder durch einen Rechtsanwalt vorgenommen werden dürfe.

## **E. 4.2**

Rechtliches

### **E. 4.2.1**

Das Fehlen einer hinreichenden Sicherheit ist eine negative Voraussetzung für die Eintragung bzw. den Weiterbestand des Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 839 Abs. 3 ZGB). Ein bereits eingetragenes Pfandrecht ist in diesem Fall zu löschen (SCHUMACHER/REY, a.a.O., Rz. 1216 und Rz. 1285). 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 (SCHUMACHER/REY, a.a.O., Rz. 1219 und Rz. 1301). Bei der Prüfung durch das Gericht gilt das Rügeprinzip. Die Gesuchstellerin hat ihre Einwendungen substantiiert darzulegen.

### **E. 4.2.2**

Damit eine Ersatzsicherheit als hinreichend gelten kann, muss sie qualitativ und quantitativ die gleiche Sicherheit bieten wie das Bauhandwerkerpfandrecht (BGE 142 III 738 E. 4.4.2). In quantitativer Hinsicht erfordert dies die vollumfängliche Abdeckung der pfandberechtigten Forderung ebenso wie allfälliger Verzugszinsen ohne zeitlicher Beschränkung (SCHUMACHER/REY, a.a.O., Rz. 1226 und Rz. 1239). In qualitativer Hinsicht wird namentlich vorausgesetzt, dass die Beanspruchung der Ersatzsicherheit gegenüber der Beanspruchung eines definitiv eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts nicht erschwert sein darf (SCHUMACHER/REY, a.a.O., Rz. 1245 ff.). Wird die Inanspruchnahme der Ersatzsicherheit mit Modalitäten und Auflagen verbunden, die der Rechtssicherheit dienen, ist dies zulässig, sofern sie zweckmässig und verhältnismässig sind (SCHUMACHER/REY, a.a.O., Rz. 1245). Beispielsweise ist eine relative Befristung der Sicherheit, deren Ende definitionsgemäss von einem oder mehreren zukünftigen Ereignissen abhängt, unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, während deren absolute Befristung ausgeschlossen bleibt (BGE 142 III 738 E. 5.4; SCHUMACHER/REY, a.a.O., Rz. 1241 ff.). Als Bedingung wird namentlich genannt, dass dem Unternehmer eine angemessene Reaktionsfrist bleiben müsse, um die Sicherheit rechtswirksam zu beanspruchen. Eine Frist von 120 Kalendertagen ab Rechtskraft eines entsprechenden Urteils hat das Bundesgericht ausdrücklich als hinreichend bezeichnet

- 9 - (vgl. BGE 142 III 738 E. 5.5.3). Sind die Voraussetzungen der Inanspruchnahme jedoch unklar formuliert oder verursachen sie in anderer Hinsicht Rechtsunsicherheit, so spricht dies gegen die Gleichwertigkeit der Sicherheit (SCHUMACHER/REY, a.a.O., Rz. 1245).

### **E. 4.3**

Würdigung

#### **E. 4.3.1**

Die provisorisch geleistete Zahlungsgarantie deckt betragsmässig den geltend gemachten Pfandbetrag vollumfänglich ab. Deren quantitative Gleichwertigkeit mit dem Bauhandwerkerpfandrecht wird von der Gesuchstellerin denn auch nicht bestritten.

#### **E. 4.3.2**

Mit Blick auf die vorgebrachten Rügen der Gesuchstellerin ist demgegenüber strittig, ob die Zahlungsgarantie dem Bauhandwerkerpfandrecht auch in qualitativer Hinsicht gleichgestellt ist. Hintergrund der ersten Rüge der Gesuchstellerin ist die folgende Formulierung der Zahlungsgarantie Nr. ... vom 8. März 2024 (vgl. act. 49): "Diese GARANTIE erlischt automatisch und vollumfänglich (je ein "ERLÖSCHUNGSGRUND"): 1) 120 Kalendertage nach (je nachdem, welches später erfolgt): a) Eintritt der Rechtskraft des FORDERUNGSRURTEILS (Datum der Rechtskraft gilt als Tag Null); oder b) Inkrafttreten des VERGLEICHS (Datum des Inkrafttretens gilt als Tag Null); oder c) Öffentlicher Bekanntmachung des Schlusses des Konkursverfahrens betreffend D.\_\_\_\_\_ AG durch das Konkursamt (Datum der Bekanntmachung bzw. der Einstellung gilt als Tag Null), sofern kein Verfahren betreffend FORDERUNGSRURTEIL hängig ist; oder d) Öffentlicher Bekanntmachung des Entscheides über einen NACHLASSVERTRAG betreffend D.\_\_\_\_\_ AG gemäss Art. 308 SchKG (Datum der Bekanntmachung gilt als Tag Null); und e) Eintritt der Rechtskraft des SICHERUNGSRURTEILS (Datum der Rechtskraft gilt als Tag Null). Einigen sich die Parteien im VERGLEICH auch über die Erledigung des Sicherungsverfahrens, ist für die Berechnung der Frist alleine das Inkrafttreten des VERGLEICHS massgebend[d]."

- 10 - Wie bereits ausgeführt, begründet die Gesuchstellerin die von ihr beanstandete Schlechterstellung durch die Zahlungsgarantie damit, dass sie innerhalb einer "kurzen Frist, die sonst nicht nötig wäre" eine Handlung vornehmen müsse, während sie andernfalls die gesetzliche Verjährungsfrist zur Verfügung hätte (act. 53 Rz. 4 f.; so bereits: act. 33 Rz. 7 f.; vgl. auch E. 4.1.2.). Nach dem genauen Wortlaut der betroffenen Ziffer beginnt die Frist von 120 Tagen allerdings erst zu laufen, wenn die Gesuchstellerin über ein rechtskräftiges Sicherungsurteil verfügt (Litera e) und zusätzlich ein Fall gemäss Litera a), b), c) oder d) eingetreten ist (vgl. auch act. 48 Rz. 6). Daraus folgt, dass es der Gesuchstellerin auch mit Blick auf die fragliche Formulierung in der Zahlungsgarantie freisteht, mit der Forderungsklage über Jahre zuzuwarten und die Verjährungsfrist nach ihrem eigenen Gutdünken zu beanspruchen. Anders war dies im Übrigen noch in der ersten eingereichten Zahlungsgarantie der Nebenintervenientin 2: Die damalige Ziffer 3.1) verlangte nach Eintritt der Rechtskraft des Sicherungsurteils innert 9 Monaten die Klageeinleitung des Grundgeschäfts, was tatsächlich eine Schlechterstellung der Gesuchstellerin bedeutet hätte. Die genannte Ziffer wurde in der neuen Fassung allerdings gänzlich gestrichen (vgl. act. 27/1, act. 48 Rz. 4 und act. 49). Was die konkrete Frist von 120 Kalendertagen nach Eintritt der beiden genannten kumulativen Bedingungen betrifft, um die Garantie abzurufen, ist in

Erinnerung zu rufen, dass solche Auflagen dann zulässig sind, wenn sie zweckmässig und verhältnismässig sind (vgl. E. 4.2.2.). Dazu hat das Bundesgericht bereits festgestellt, dass eine relative Befristung von 120 Tagen – mithin eine solche wie die vorliegende –, die Interessen der gesuchstellenden Partei genügend wahre (BGE 142 III 738 E. 5.4). Durch die Anhebung der Frist von in der ersten Zahlungs- garantie ursprünglich noch 90 Kalendertagen auf neu 120 Kalendertage, hat die Nebenintervenientin 2 die diesbezügliche ursprünglich bestehende Unsicherheit jedenfalls beseitigt. Demnach ist die relative Befristung gemäss Ziffer 3.1) der Zahlungs- garantie Nr. ... vom 8. März 2024 zulässig.

- 11 -

#### **E. 4.3.3**

Die zweite Rüge der Gesuchstellerin bezieht sich auf den folgenden Satz ganz unten an Ziffer 3 der Zahlungs- garantie Nr. ... vom 8. März 2024 (vgl. act. 49): "Ein ERLÖSCHUNGSGRUND ist uns sofort nach dessen Eintritt durch einen in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Rechtsanwalt schriftlich mitzuteilen." Zu Recht verweist die Gesuchstellerin darauf, dass sie gemäss Ziffer 2 der Zahlungs- garantie für deren Inanspruchnahme ausdrücklich selber, mithin ohne anwaltliche Vertretung, handeln darf (act. 53 Rz. 7; so im Übrigen bereits act. 33 Rz. 11 f.). Tatsächlich ist für sie nur das von Belang: Ohne Relevanz für die Gesuchstellerin ist dagegen die Frage, wer der I. \_\_\_\_\_ AG einen Erlöschungsgrund mitteilt, wobei das Interesse an der (Mitteilung der) Löschung der Garantie offensichtlich auf der Gegenseite liegt (so auch die Nebenintervenientin 2: act. 48 Rz. 11 m.H.a. act. 35 Rz. 9). So führt die Gesuchstellerin auch selber aus, für eine Mitteilung des Erlöschungsgrunds [von ihr] gebe es weder eine Grundlage noch eine Notwendigkeit (act. 53 Rz. 7). Darin ist ihr zuzustimmen. Daher geht mangels Betroffenheit und Nachteile der Gesuchstellerin vom fraglichen Satz auch ihre zweite Rüge fehl; die Ersatzsicherheit stellt sie im Vergleich zum Bauhandwerkerpfandreht nicht schlechter. Im Übrigen ergibt sich aus dem betroffenen Satz auch kein (logischer) Widerspruch innerhalb der Zahlungs- garantie (vgl. act. 53 Rz. 7), welcher zu einer Rechtsunsicherheit führen könnte, weil Ziffer 2 die Inanspruchnahme der Garantie durch die Gesuchstellerin und Ziffer 3 deren Erlöschen betrifft.

#### **E. 4.3.4**

Mit Blick auf die obigen Ausführungen erweisen sich beide Kritikpunkte der Gesuchstellerin an der von der Nebenintervenientin 2 eingereichten, revidierten Zahlungs- garantie als nicht einschlägig. Die Zahlungs- garantie der I. \_\_\_\_\_ AG Nr. ... vom 8. März 2024 (vgl. act. 49) ist demnach hinreichend im Sinne des Gesetzes. 5. Fazit Die Gesuchstellerin hat ihren Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrehts glaubhaft gemacht. Indessen hat die Nebenintervenientin 2 mit der eingereichten (revidierten) Garantie der I. \_\_\_\_\_ AG Nr. ... vom 8. März 2024 (vgl. act. 49) für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfand-

- 12 - rechts angemeldete Forderung eine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB geleistet. 6. Folgen der Sicherheitsleistung 6.1. Die Leistung einer hinreichenden Sicherheit beendet den Streit nur dann, wenn die Sicherheit definitiv, mithin unter Anerkennung des Pfandeintragungsanspruches, bestellt wird (SCHUMACHER/REY, a.a.O., Rz. 1287). Wird die Sicherheit dagegen – wie vorliegend (vgl. act. 46 Rz. 2 und act. 48 Rz. 2) – nur vorläufig resp. provisorisch geleistet, so steht sie unter der Bedingung, dass sich der Sicherheitsanspruch erst noch bewahrheitet.

Gleichwohl wird der vorläufigen Sicherheit insofern dieselbe Wirkung zugestanden wie der definitiv bestellten, als sie die Löschung des (vorläufig) eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts rechtfertigt (SCHUMA-CHER/REY, a.a.O., Rz. 1287). Wie die vorläufige Pfandeintragung muss daher die vorläufige Sicherheit entweder in eine definitive Sicherheit übergehen oder ersatzlos dahinfliegen. 6.2. Demgemäss ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um beim örtlich und sachlich zuständigen Gericht auf definitive Bestellung der Sicherheit zu klagen. Die Prosequierfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, allfällige Gerichtsferien sind 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. 6.3. Sodann ist das Grundbuchamt H. \_\_\_\_\_ anzuweisen, das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht auf der Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBL. 2, EGRID CH3, F. \_\_\_\_\_-strasse 4, 5 und 6 in G. \_\_\_\_\_, für die Pfandsumme von CHF 725'319.13 nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen.

- 13 - 6.4. Schliesslich ist die Obergerichtskasse anzuweisen, das Original der (revidierten) Bankgarantie der I. \_\_\_\_\_ AG Nr. ... vom 8. März 2024 (act. 49) nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Gesuchstellerin herauszugeben. Gleichzeitig ist die erste eingereichte Zahlungsgarantie der I. \_\_\_\_\_ AG Nr. ... vom 18. Dezember 2023 (act. 27/1), welche in der Folge verbessert wurde, der Nebenintervenientin 2 im Original 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 ZH) 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 725'319.13 auszugehen, wobei die Entscheidungsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 GebV OG – unter angemessener Berücksichtigung des entstandenen Aufwands – auf CHF 6'500.00 festzusetzen ist. Hinzu kommen die ausgewiesenen Kosten des Grundbuchamts (act. 8). 7.2. 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 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. 7.3.1. Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt es die Gesuchstellerin, ihren Anspruch in Frist zu prosequieren, gilt was folgt: Diesfalls ist der Gesuchstellerin keine Parteientschädigung zuzusprechen. Betreffend die Gesuchsgegnerin ist anzumerken, dass sie zwar mehrere Stellungnahmen eingereicht hat, sich aber in materieller Hinsicht – ausser des pauschalen Bestreitens – nicht nennenswert geäussert hat (vgl. act. 24 und act. 46). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 und § 9 AnwGebV ist

- 14 - ihr daher im oben erwähnten Säumnisfall der Gesuchstellerin eine (reduzierte) Parteientschädigung von CHF 3'000.00 zuzusprechen. Die Gesuchsgegnerin beantragt zudem die Zusprechung der Mehrwertsteuer (vgl. act. 24 S. 3 und act. 46 S. 2), weist aber nicht

nach, dass sie die auf das Anwaltshonorar bezahlte Mehrwertsteuer nicht als Vorsteuerabzug geltend machen kann; praxisgemäss ist ihr daher kein Mehrwertsteuerzusatz zuzusprechen (BGer 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5.). 7.3.2. Auch die beiden Nebenintervenientinnen 1 und 2 beantragen die Zuspreechung einer Parteientschädigung (vgl. act. 25 S. 2, act. 26 S. 2, act. 47 S. 2 und act. 48 S. 2). Indessen wird einer Nebenintervenientin 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.; BGer 4A\_295/2022 vom 16. Dezember 2022 E. 9.2.; SCHMID/JENT-SØRENSEN, in: Kurzkomentar ZPO, a.a.O., N 10 zu Art. 106). Vorliegend rechtfertigt es sich mangels Billigkeitsgründen nicht, von der genannten Praxis abzuweichen. Dem entgegenstehende Ausführungen machen im Übrigen auch die Nebenintervenientinnen 1 und 2 nicht (vgl. act. 25, act. 26, act. 47 und act. 48). Ihnen ist demnach auch im Fall einer Nicht-Prosequierung durch die Gesuchstellerin keine Parteientschädigung zuzusprechen. Das Einzelgericht erkennt: 1. Es wird festgestellt, dass die Nebenintervenientin 2 mit der von ihr eingereichten Zahlungsgarantie der I. \_\_\_\_\_ AG Nr. ... vom 8. März 2024 (act. 49) für die dem vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrecht zugrundeliegende Forderung eine hinreichende (vorläufige) Sicherheit geleistet hat. 2. Das Grundbuchamt H. \_\_\_\_\_ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich im Verfahren HE230142-O vom 20. November 2023 vorläufig eingetragene Bauhandwer-

- 15 - kerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2, EGRID CH3, F. \_\_\_\_\_-strasse 4, 5 und 6, G. \_\_\_\_\_, für eine Pfandsumme von CHF 725'319.13. 3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist das Original der Zahlungsgarantie der I. \_\_\_\_\_ AG Nr. ... vom 8. März 2024 (act. 49) an die Rechtsvertretung der Gesuchstellerin herauszugeben sowie das Original der Zahlungsgarantie der I. \_\_\_\_\_ AG Nr. ... vom 18. Dezember 2023 (act. 27/1) an die Rechtsvertretung der Nebenintervenientin 2 herauszugeben. 4. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 17. Juni 2024 angesetzt, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit anzubringen, unter der Androhung, dass sonst Verzicht auf die Sicherstellung angenommen wird und die Nebenintervenientin 2 die Herausgabe der Sicherheit von der Gesuchstellerin verlangen kann. 5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 6'500.00. Die weiteren Kosten betragen: CHF 305.00 (Rechnung Nr. 172519.01 des Grundbuchamts H. \_\_\_\_\_ vom 24. November 2023). 6. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 5 werden von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren gemäss Dispositiv-Ziffer 4. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 4 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt. 7. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 4 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, ist weder der Gesuchstellerin noch den Nebenintervenientinnen 1 und 2 eine

- 16 - Parteientschädigung zuzusprechen. Hingegen wird die Gesuchstellerin diesfalls verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine (reduzierte) Parteientschädigung von CHF 3'000.00 zu bezahlen.

## **E. 8**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin und die Nebenintervenientinnen 1 und 2 je unter Beilage eines Doppels von act. 53, so wie – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an das Grundbuchamt H.\_\_\_\_\_ und an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich.

## **E. 9**

Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 725'319.13. Es liegt ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen vor (Art. 98 BGG). Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 46 Abs. 2 BGG).  
Zürich, 16. April 2024 HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH Einzelgericht Die Gerichtsschreiberin: Susanne Roesler

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