

# ZH\_OBERGERICHT PF200033 vom 16. Juni 2020

ZH Obergericht, 2020-06-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PF200033](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PF200033)

FR: ZH\_OBERGERICHT PF200033 du 16 juin 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT PF200033 del 16 giugno 2020

## Erwägungen

### E. 1.1

Die D.\_\_\_\_\_ AG (Gesuchstellerin/Beschwerdegegnerin, fortan Gesuchstellerin) als Subunternehmerin und die A.\_\_\_\_\_ AG als Totalunternehmerin schlossen einen Werkvertrag über den Einbau von Schränken in diversen Stockwerkeigentumswohnungen in der Überbauung E.\_\_\_\_\_ in F.\_\_\_\_\_ (vgl. act. 6/1 S. 3 und act. 6/8 S. 3). Am 4. Oktober 2019 stellte die Gesuchstellerin beim Bezirksgericht Bülach insgesamt 41 Gesuche um vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerverpfandrechten gegen diverse Stockwerkeigentümer der erwähnten Überbauung und die Vorinstanz legte entsprechend 41 Geschäfte an. In allen Verfahren wurde die A.\_\_\_\_\_ AG als Nebenintervenientin zugelassen.

### E. 1.2

Am 27. August 2019, mit Ergänzung vom 19. Oktober 2019, stellte die G.\_\_\_\_\_ eine unwiderrufliche Zahlungsgarantie über Fr. 359'746.70 zur Sicherstellung der offenen Forderung der Gesuchstellerin gegen die Nebenintervenientin aus dem Werkvertrag aus. Die Ansicht der Nebenintervenientin, es liege mit der angepassten Garantie der G.\_\_\_\_\_ eine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB vor, teilte die Vorinstanz nicht. Sie hiess alle Gesuche um vorläufige Eintragung gut und setzte der Gesuchstellerin eine Frist von 60 Tagen an, um Klage auf Feststellung der Forderung als Pfandsumme und definitive Eintragung des Pfandrechts einzureichen (act. 3). Die Nebenintervenientin erhob in der Folge gegen alle Entscheide Beschwerde bzw. Berufung.

### E. 1.3

Beim vorliegenden Geschäft handelt es sich um eine Beschwerde, da der Streitwert unter Fr. 10'000.– liegt (vgl. E. 3.3. und Art. 308 Abs. 2 und Art. 319 lit. a ZPO). Mit Verfügung vom 11. März 2020 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkannt, soweit sie sich gegen die der Gesuchstellerin angesetzte Klagefrist richtet. Gleichzeitig wurde der Nebenintervenientin Frist angesetzt für die Bezahlung eines Kostenvorschusses und der Stockwerkeigentümerschaft, um gegen die Erhebung des Rechtsmittels durch die Nebenintervenientin Wider-

- 3 - spruch zu erheben. Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt; Widerspruch wurde keiner erhoben. Innert Frist beantwortete die Gesuchstellerin die Beschwerde und beantragte deren Abweisung (vgl. act. 7 ff.). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 6). Das Verfahren ist spruchreif.

### E. 2.1

Zu beantworten ist die Frage, ob die angepasste Bankgarantie der G.\_\_\_\_\_ eine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB darstellt. Eine Ersatzsicherheit

ist dann hinreichend im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB, wenn sie qualitativ und quantitativ die gleiche Sicherheit bietet wie das Bauhandwerkerpfandrecht (vgl. BGE 142 III 738 E. 4.4.2).

### **E. 2.2**

Die vorliegende Garantie ist wie das Pfandrecht akzessorisch ausgestaltet und deshalb abhängig vom Grundgeschäft. Gemäss Ziffer 3.3. lit. b erlischt die Garantie automatisch und vollumfänglich, sobald ein Auszug aus der rechtskräftigen Verteilungsliste im Konkursverfahren der Nebenintervenientin vorliegt, aus der hervorgeht, dass die Forderung der Gesuchstellerin gegenüber der Nebenintervenientin aus dem Grundgeschäft oder das Recht auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bzw. auf Sicherstellung durch die Garantie im Konkurs der Nebenintervenientin nicht kolloziert wurde (vgl. act. 4/2). Ziffer 3.3. lit. b der Garantie gilt unabhängig davon, ob die Nebenintervenientin vor oder nach rechtskräftiger Feststellung der Forderung aus dem Grundgeschäft in Konkurs fällt. Die Vorinstanz sah in der Konstellation, in welcher die Nebenintervenientin nach rechtskräftiger Feststellung der Forderung aus dem Grundgeschäft in Konkurs fällt, die Rechtsstellung der Gesuchstellerin als erschwert, weil die Gesuchstellerin nach Ansicht der Vorinstanz in diesem Fall zunächst ein Kollokationsverfahren zu durchlaufen hätte, um auf die Ersatzsicherheit greifen zu können. Sie verneint deshalb die Gleichwertigkeit der Garantie mit dem Grundpfandrecht. Die Gesuchstellerin sei mithin gezwungen, am Konkurs der Nebenintervenientin teilzunehmen. Könnte sie sich jedoch aus einem Bauhandwerkerpfandrecht gegenüber den Stockwerkeigentümern befriedigen, wäre Entsprechendes nicht notwendig (vgl. act. 3 E. 2.3).

- 4 -

### **E. 2.3**

Dieser vorinstanzlichen Einschätzung ist nicht zuzustimmen: Liegt vor dem Konkurs der Nebenintervenientin ein rechtskräftiges Forderungsurteil vor, kann die Gesuchstellerin – wie die Nebenintervenientin in ihrer Beschwerde zu Recht geltend macht – die Garantie gestützt auf Ziffer 2 derselben bei der G.\_\_\_\_\_ ohne Weiteres abrufen. Dafür muss sie einzig die formalen Voraussetzungen erfüllen, d.h. eine Rechtskraftbescheinigung beschaffen und der Nebenintervenientin Gelegenheit einräumen, gestützt auf das rechtskräftige Urteil zu bezahlen; sodann muss sie eine schriftliche Erklärung abgeben, dass trotz Aufforderung nicht bezahlt wurde, und alle Dokumente der G.\_\_\_\_\_ einreichen (vgl. act. 4/2 Ziff. 2 und Ziff. 3 letzter Absatz sowie BGE 142 III 738 E. 3.1, 3.2 und 5.5.4). Wenige Tage reichen für diese Handlungen zwar nicht aus (vgl. BGE 142 III 738 E. 5.5.5), zwei Monate hingegen schon (vgl. Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht,

### **E. 2.4**

Fällt die Nebenintervenientin in Konkurs, bevor ein rechtskräftiger Entscheid zum Grundgeschäft vorliegt, muss die Gesuchstellerin aufgrund von Ziffer

### **E. 3**

Aufl. 2008, N 1261). Fiele die Nebenintervenientin nach rechtskräftiger Feststellung der Forderung aus dem Grundgeschäft in Konkurs, bliebe der Gesuchstellerin selbst bei einem schnellstmöglichen Verlauf des Konkursverfahrens folglich genügend Zeit, um die genannten Handlungen vorzunehmen, bevor das Konkursverfahren in das Stadium der rechtskräftigen Verteilungsliste gelangen könnte und die Nebenintervenientin gestützt auf

Ziffer 3.3. lit. a der Garantie das Erlö- schen derselben bewirken könnte. Die Gesuchstellerin muss sich deshalb im von der Vorinstanz behandelten Beispiel am Konkurs der Nebenintervenientin nicht beteiligen und ihre Rechtsstellung wird durch die Garantie im Vergleich zum Bau- handwerkerpfandrecht nicht erschwert.

### **E. 3.1**

Da die Gesuchstellerin in beiden Verfahren vollumfänglich unterliegt, wird sie sowohl für das erstinstanzliche als auch für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gesuchstellerin ist der Ansicht, die Kosten seien dennoch der Nebenintervenientin bzw. der Stockwerkeigentümerschaft aufzubürden, da die modifizierte Bankgarantie erst nach Einleitung des Prozesses eingereicht worden sei (vgl. act. 12 N II.2.). Die Einreichung im hängigen Prozess ändert aber nichts daran, dass die Gesuchstellerin mit ihren Anträgen in beiden Verfahren unterliegt. Wie die Vorinstanz darlegte wurde die modifizierte Garantie ausserdem nur deshalb erst nach Einleitung des Prozesses eingereicht, weil die Gesuchstellerin ihre Beanstandungen der Nebenintervenientin nicht bereits vorgerichtlich zur Kenntnis brachte, obwohl ihr dies ohne Weiteres möglich gewesen wäre (vgl. act. 3 E. 5.2).

### **E. 3.2**

Die mit dem vorinstanzlichen Entscheid provisorisch der Gesuchstellerin auferlegten Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren sind ihr definitiv aufzuerlegen. Die Gesuchstellerin wurde mit vorinstanzlichem Entscheid sodann für den Fall, dass sie innert Frist keine Klage auf Feststellung der Forderung anhängig machen sollte, verpflichtet, der Nebenintervenientin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 250.– zu bezahlen. Aufgrund des Ausgangs des Verfahrens ist die Gesuchstellerin nun definitiv zur Bezahlung dieser Parteientschädigung zu verpflichten. Eine Parteientschädigung für die Stockwerkeigentümerschaft entfällt, da keine solche verlangt wurde – dies gilt auch für das zweitinstanzliche Verfahren.

- 6 -

### **E. 3.3**

Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 5'451.60 sind die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 400.– festzusetzen.

### **E. 3.4**

Die Parteientschädigung der Nebenintervenientin für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV sowie nach einem Abzug von 25 % für juristische Personen, welche durch angestellte Anwälte prozessieren (vgl. BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, 3. Auflage 2017, Art. 95 N 21 f.), auf Fr. 250.– festzusetzen. Es wird erkannt:

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