

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE210081-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie Gerichtsschreiberin
Zoë Biedermann

Urteil vom 12. August 2021

in Sachen

A._____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____

gegen

1. **B._____ AG,**
2. **C._____ AG,**
Gesuchsgegnerinnen

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Das Grundbuchamt D. _____ (Anschrift: ... [Adresse]) sei im Sinne von Art. 961 ZGB einstweilen anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegner ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBL. 2, Gemeinde E. _____, für eine Pfandsumme von CHF 254'620.55 nebst Zins zu 5% seit 1. Mai 2021.
2. Die Anweisung gemäss Ziff. 1 sei im Sinne von Art. 961 superprovisorisch, ohne vorgängige Anhörung der Gesuchsgegner, und unverzüglich vorzunehmen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. 7.7% MWST) zulasten der Gesuchsgegner."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 17. Mai 2021 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin hierorts das Gesuch mit den vorstehenden Rechtsbegehren ein (act. 1; act. 3/2-25). Mit Verfügung vom 18. Mai 2021 wurde dem Gesuch einstweilen – ohne Anhörung der Gesuchsgegnerinnen – entsprochen und das Grundbuchamt D. _____ wurde angewiesen, das beantragte Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Gleichzeitig wurde den Gesuchsgegnerinnen – unter Androhung der Säumnisfolgen – Frist angesetzt, um eine Stellungnahme einzureichen (act. 4). Die Anmeldung zum Vollzug im Grundbuch erfolgte am 18. Mai 2021 (act. 8).

Innert Frist zeigte Rechtsanwältin Y. _____ die Vertretung der Gesuchsgegnerinnen an. Da sich die Vertretungsproblematik in der Folge klärte, ist nicht näher darauf einzugehen (act. 7/2-3; act. 10; act. 11A; act. 11B; act. 13; act. 14; act. 15 Erw. 3; act. 22). Zugleich reichte sie eine Bankgarantie der F. _____ im Original zugunsten der Gesuchstellerin ins Recht, mit dem Antrag der Löschung der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts aufgrund einer anderweitigen hinreichenden Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB (act. 10; act. 12).

Die Gesuchstellerin nahm fristwährend zur Bankgarantie der F._____ Stellung, wobei sie diese als nicht hinreichend gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB erachtete (act. 15; act. 16/1; act. 17). Die Gesuchsgegnerinnen liessen sich ebenfalls fristgerecht vernehmen. Sie stellten sich wiederum auf den Standpunkt, die Bankgarantie sei hinreichend (act. 18; act. 19/2-3; act. 21). Die Gesuchstellerin nahm dazu im Rahmen der Wahrung des rechtlichen Gehörs Stellung, und hielt an ihrem ablehnenden Standpunkt bezüglich der Frage der hinreichenden Sicherheit fest (act. 23; act. 24/1; act. 25). Die Gesuchsgegnerinnen reichten ihre Stellungnahme dazu fristwährend ins Recht (act. 26; act. 27/2; act. 28). Diese Eingabe wurde der Gesuchstellerin am 30. Juli 2021 zugestellt (act. 29). Die Gesuchstellerin liess sich in der Folge nicht mehr verlauten.

Nach durchgeführtem Schriftenwechsel und Wahrung des rechtlichen Gehörs bzw. Replikrechts ist das Verfahren spruchreif.

1. Prozessgegenstand

Die Gesuchstellerin verlangt die vorläufige Eintragung eines gesetzlichen Grundpfandrechts auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerinnen aus Art. 961 i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, da sie im Rahmen des Bauvorhabens der Gesuchsgegnerinnen "G._____" von der H._____ AG, I._____ (ZG) – die für die Erstellung der Lüftungsanlagen verantwortlich sei – mit der Massanfertigung und Lieferung von Einzelteilen (Lüftungskanäle, Bögen, Sattelstücke etc.) zwecks Montage vor Ort beauftragt, jedoch nur teilweise bezahlt worden sei (act. 1 S. 3).

Die Gesuchsgegnerinnen liessen sich zum Sachverhalt nicht verlauten. Sie reichten die Bankgarantie der F._____ vom 8. Juni 2021 zu den Akten und beantragten die Löschung der vorläufigen Eintragung zufolge hinreichender Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB (act. 10; act. 28 S. 2).

Die Parteien sind sich nicht einig, ob die Bankgarantie vom 8. Juni 2021 als hinreichende Sicherheit zu qualifizieren ist (act. 12; act. 17; act. 21; act. 25; act. 28).

Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in J._____. Sie bezweckt die Herstellung und den Vertrieb ... (Handelsregisterauszug des Kantons Zug, Stand: 28. Juli 2021).

Die Gesuchsgegnerin 1 ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in E._____. Sie bezweckt die Planung, die Projektierung, ... (Handelsregisterauszug des Kantons Zürich, Stand: 28. Juli 2021). Die Gesuchsgegnerin 2 ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in Zürich. Sie bezweckt – mit Schwerpunkt in der Lebensversicherung – ... anzubieten (Handelsregisterauszug des Kantons Zürich, Stand: 28. Juli 2021).

Das streitgegenständliche Grundstück Kat. Nr. 1, GBBI. 2, steht im Miteigentum der Gesuchsgegnerinnen (act. 3/2).

2. Formelles

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 13 lit. a i.V.m. Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO, die sachliche Zuständigkeit aus Art. 6 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 und Abs. 2 ZPO sowie § 45 lit. b GOG (BGE 137 III 563 E. 3.4). Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt. Auf das Gesuch ist einzutreten.

3. Materielles

3.1. Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks, auch wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind. Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollen- dung der Arbeiten zu erfolgen und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigen-

tümer bzw. ein Dritter für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet (Art. 839 Abs. 2 und Abs. 3 ZGB).

Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, so muss die Gesuchstellerin ihr Begehren nur glaubhaft machen (Art. 961 Abs. 3 ZGB und Art. 261 Abs. 1 ZPO). Nach allgemeiner Ansicht ist das Beweismass in diesem Verfahren gegenüber anderen Arten vorsorglicher Massnahmen allerdings besonders stark herabgesetzt (BGE 137 III 563 E. 3.3; Urteil BGer 5A_688/2019 vom 6. November 2019 E. 4.2; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, Rz. 1394). Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint. Im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung dem definitiven Eintragungsverfahren zu überlassen (BGE 86 I 265 E. 3; Urteil BGer 5A_688/2019 6. November 2019 E. 4.2 m.w.H.).

3.2. Unbestrittener und bestrittener Sachverhalt

Die Gesuchsgegnerinnen haben sich zum Gesuch der Gesuchstellerin um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vom 17. Mai 2021 nicht verlauten lassen. Sie haben einzig die Bankgarantie vom 8. Juni 2021 eingereicht und um Löschung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts ersucht (act. 10; act. 28). Entsprechend ist der von der Gesuchstellerin behauptete Sachverhalt zwar nicht ausdrücklich anerkannt, aber unbestritten geblieben. Die seitens der Gesuchstellerin aufgestellten Tatsachenbehauptungen werden daher einstweilen als wahr unterstellt und dem Urteil zu Grunde gelegt (statt vieler SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl. 2016, Art. 55 N 27; OBERHAMMER/WEBER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, Art. 55 N 12).

Die Gesuchstellerin macht – wie einleitend erwähnt – geltend, im Rahmen des Bauvorhabens "G._____" von der H.____ AG mit der Massanfertigung und Lieferung von Einzelteilen (Lüftungskanäle, Bögen, Sattelstücke etc.) zwecks Monta-

ge vor Ort beauftragt worden zu sein. Die Zusammenarbeit habe auf der Offerte vom 4. Mai 2020 basiert, mit einem Gesamtvolumen von CHF 639'064.45 (act. 1 S. 3; act. 3/3). Die Lieferungen seien ab Juni 2020 in regelmässigen Abständen erfolgt. Die H._____ AG habe mehrere Akontozahlungen im Umfang von total CHF 170'000.– geleistet (act. 1 S. 3; act. 3/4-10). Ab Dezember 2020 sei es zu schleppenden Zahlungen gekommen, wobei die Lieferungen – nach Gesprächen – fortgesetzt worden seien, um den Baufortschritt nicht zu gefährden (act. 1 S. 3 f.). Bis dato seien Rechnungen der Gesuchstellerin im Umfang von CHF 254'620.55 unbezahlt geblieben (act. 1 S. 3; act. 3/11-22).

3.3. Würdigung

Die Gesuchstellerin erfüllt die Bauhandwerkereigenschaft, da sie selbständig, d.h. auf eigene Rechnung tätig ist. Angesichts der schlüssigen Darstellungen der Gesuchstellerin und des unbestritten gebliebenen Sachverhalts ist glaubhaft gemacht, dass die Gesuchstellerin im Auftrag der H._____ AG massangefertigte Einzelteile für das Bauvorhaben auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerinnen angefertigt und geliefert hat (act. 1 S. 3; act. 3/2-3). Damit leistete sie pfandberechtigte Arbeiten im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB (BGE 103 II 33 E. 2 m.w.H.). Der Umfang der pfandberechtigten Forderung wird von der Gesuchstellerin auf CHF 254'620.55 beziffert und ist durch Rechnungen inkl. detaillierter Stücklisten belegt (act. 1 S. 4; act. 3/12-22). Ebenso ist behauptet, unbestritten geblieben und teilweise belegt, dass die produzierten Teile entweder im Werk abgeholt oder auf die Baustelle geliefert, abgenommen und quittiert worden sind, wobei die letzte Bestellung vom 1. März 2021 am 2. März 2021 übergeben wurde (act. 1 S. 4; act. 3/23-25). Mit der letzten pfandberechtigten Leistung, datierend vom 2. März 2021, und der vorläufigen Eintragung im Grundbuch per 18. Mai 2021 ist die Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB ohne Weiteres eingehalten (act. 4; act. 8).

Zusammengefasst sind die Voraussetzungen der vorsorglichen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts einstweilen glaubhaft gemacht. Zu prüfen bleibt, ob eine (andere) hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB vorliegt.

3.4. Hinreichende Sicherheit (Art. 839 Abs. 3 ZGB)

3.4.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Gesuchstellerin macht zusammengefasst geltend, die Bankgarantie vom 8. Juni 2021 sei nicht hinreichend. Erstens seien die Modalitäten der Inanspruchnahme ungewöhnlich und für die Gesuchstellerin nachteilig, da sie die Garantie gemäss deren S. 1 Abs. 3 für die Inanspruchnahme im Original und mit weiteren Belegen der F._____ einreichen müsse. Dies bedinge, dass sie bei der Inanspruchnahme das einzige Original aus den Händen gebe und die Verfügungshoheit über das Dokument verliere. Zweitens stehe die Pflicht zur Einreichung des Originals auch im Widerspruch zu S. 2 Abs. 3, wonach die Garantie mit ihrer Rückgabe an die F._____ erlösche. Die Garantie sei daher unklar und belasse der Bank einen Spielraum bei der Auszahlung. Schliesslich werde der Gerichtsstand gemäss dem letzten Satz der Garantie nach Basel verlegt, sodass die Gesuchstellerin in einem Streit um die Inanspruchnahme der Garantie in Basel statt in Zürich prozessieren müsse, was einen verfahrensrechtlichen Nachteil darstelle. Entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerinnen beziehe sich der prozessuale Nachteil nicht nur auf die Bestellung der Sicherheit, sondern auch auf die Inanspruchnahme derselben, sprich der Verwertung (act. 17; act. 25).

Die Gesuchsgegnerinnen stellen sich demgegenüber auf den Standpunkt, die Modalitäten der Inanspruchnahme, insbesondere die Einreichung der Garantie im Original zusammen mit weiteren Belegen, sei nicht ungewöhnlich und auch nicht nachteilig. Die Gesuchstellerin habe es unterlassen, einen unangemessenen Nachteil zu substantiieren. Es handle sich bei der Garantie um ein Wertpapier, das zur Inanspruchnahme naturgemäss übergeben werden müsse, was der Rechtssicherheit der Bank diene und eine unantastbare Voraussetzung für die Leistung eines ab-strakten Garantieversprechens darstelle. Zudem sei es der Gesuchstellerin möglich, den Nachweis der Übergabe der Garantie an die F._____ zu erbringen. Auch bestehe kein Widerspruch zu S. 2 Abs. 3. Denn die Inanspruchnahme der Garantie mittels Übergabe des Originals zusammen mit der

schriftlichen Zahlungsaufforderung und den notwendigen Unterlagen sei nicht mit der Retournierung der Garantie ohne Zahlungsaufforderung zu verwechseln. Schliesslich betreffe der Gerichtsstand einzig Streitigkeiten zwischen der Gesuchstellerin und der F._____ im Zusammenhang mit der Garantie. Dies könne der Gesuchstellerin zugemutet werden. Der seitens der Gesuchstellerin zitierte Bundesgerichtsentscheid verpöne einzig Sicherheiten, die für die definitive Bestellung derselben einen anderen Gerichtsstand begründen würden als jenen, der für die Prosequierung des Bauhandwerkerpfandrechts anwendbar wäre. Die vorliegende Bankgarantie sei jedoch bereits eine definitive Sicherheit, weshalb sich die Gesuchstellerin das weitere Verfahren ersparen könne, was für sie gar ein prozessualer Vorteil sei (act. 21 S. 3 f.). In ihrer Stellungnahme vom 26. Juli 2021 ergänzen die Gesuchsgegnerinnen, dass es sich bei der Bankgarantie um ein abstraktes Zahlungsverprechen handle, sodass bei Vorliegen der notwendigen Belege und der formell korrekten Inanspruchnahme durch die Gesuchstellerin folglich kaum davon auszugehen sei, dass es im Zusammenhang mit der Bankgarantie zwischen der F._____ und der Gesuchstellerin zu Streitigkeiten kommen würde. Ferner würden Zivilprozesse in der Regel schriftlich geführt, sodass höchstens einmal – für den unwahrscheinlichen Fall eines Prozesses – der Weg nach Basel angetreten werden müsste, was der Gesuchstellerin zuzumuten sei. Schliesslich ergebe sich aus dem Umstand, dass es sich bei der F._____ um eine Anstalt des öffentlichen Rechts handle, kein Nachteil, auch wenn die Gerichte in Basel anstatt in Zürich zuständig seien (act. 28 S. 3 f.).

3.4.2. Rechtliches

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. Das Fehlen einer hinreichenden Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB stellt eine negative Anspruchsvoraussetzung dar (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl. 2017, Rz. 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, a.a.O., Rz. 1314). Dazu muss sie sowohl qualitativ als auch quantitativ die gleiche Sicherheit bieten wie das Bauhandwerkerpfandrecht (BGE 142 III 738 E. 4.4.2). Bei der Prüfung durch das Gericht gilt das Rügeprinzip. Der Handwerker oder Unternehmer hat seine Einwendungen substantiiert darzulegen (SCHUMACHER, a.a.O., Rz. 1314).

3.4.3. Würdigung

Die Gesuchstellerin rügt einerseits, die Modalitäten der Inanspruchnahme seien ungewöhnlich und zu ihrem Nachteil, da sie mit Rechtsunsicherheit verbunden und in sich widersprüchlich seien, andererseits macht sie einen prozessualen Nachteil geltend, da sich der Gerichtsstand bei Inanspruchnahme der Garantie in einen anderen Kanton verlegen würde. Die Gesuchsgegnerinnen bestreiten diese Rügen.

3.4.3.1. Modalitäten der Inanspruchnahme

Die Argumente der Gesuchstellerin hinsichtlich der Modalitäten der Inanspruchnahme verfangen nicht. Die Auflage von Modalitäten, die der Rechtssicherheit des Grundeigentümers und aller weiteren beteiligten Personen dienen, sind zulässig, wenn sie zweckmässig und verhältnismässig sind (SCHUMACHER, a.a.O., Rz. 1263). Die Garantie vom 8. Juni 2021 sieht hinsichtlich der Modalitäten vor, dass sie im Original zusammen mit der schriftlichen Zahlungsaufforderung und der Bestätigung, dass die H._____ AG den geschuldeten Betrag trotz Fälligkeit nicht bezahlt hat, einzureichen ist. Gleichzeitig ist ein mit einer Rechtskraftbescheinigung versehenes Urteil, ein Vergleich oder ein Verlustausweis (im Original oder in beglaubigter Kopie) einzureichen (act. 12). Diese Modalitäten dienen der Absicherung, dass die Forderung bislang nicht beglichen wurde und die Garantie nur einmal beansprucht werden kann. Damit wird Rechtssicherheit geschaffen und es ist – entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin – mit der Einreichung der Originalgarantie zum Zweck der Auszahlung kein Nachteil ersichtlich, denn die Bankgarantie kann ohnehin nicht mehrfach beansprucht werden. Wenn die Gesuchstellerin das Einreichen der Garantie zusammen mit der schriftlichen Zahlungsaufforderung und den übrigen Unterlagen belegen kann, erwächst ihr

dadurch kein Rechtsnachteil; ein solcher wurde auch nicht ausreichend substantiiert. Entsprechend ist die Bestimmung über die Modalitäten sowohl zweckmässig als auch verhältnismässig, da sie weder über das erforderliche Mass hinausgeht, noch die Gesuchstellerin übermässig einschränkt. Daran vermag auch der pauschale Einwand der Gesuchstellerin, die Modalitäten seien ungewöhnlich, nichts zu ändern.

Zudem ist der seitens der Gesuchstellerin monierte Widerspruch, dass die Garantie mit der Einreichung bei der F._____ erlöschen würde, da es sich um eine Rückgabe handle, zu verneinen. Die Rückgabe ist klar von der Inanspruchnahme zu unterscheiden. Bei der Inanspruchnahme ist die Garantie zwar – wie bei der Rückgabe – im Original einzureichen, allerdings zusammen mit einer schriftlichen Zahlungsaufforderung und mit weiteren Unterlagen. Damit ist klar erkennbar und belegbar, dass die Garantie beansprucht werden soll. Demgegenüber fehlt bei der Rückgabe genau diese Erklärung, weshalb die beiden Handlungen eindeutig voneinander abgegrenzt werden können.

3.4.3.2. Prozessualer Nachteil

Schliesslich bleibt der Einwand des prozessualen Nachteils der Gesuchstellerin durch die Gerichtsstandsklausel in der Bankgarantie zu prüfen. Zunächst ist festzuhalten, dass die Gesuchsgegnerinnen die Bankgarantie als definitive Sicherheit eingereicht haben (act. 10; act. 12), sodass – sofern das Gericht die Sicherheit als hinreichend beurteilt – das Verfahren um definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts entfällt (vgl. Art. 961 Abs. 3 ZGB). Entsprechend stellt sich die Frage, ob der Wechsel des Gerichtsstands von Zürich nach Basel einen prozessualen Nachteil darstellt, einzig mit Blick auf die Inanspruchnahme der Bankgarantie.

Im durch die Parteien angerufenen Leitentscheid BGE 121 III 445 ging es um die Frage, ob die Löschung des (ohne Anhörung der Parteien) vorläufig vorgemerkten Bauhandwerkerpfandrechts nach erfolgtem Schriftenwechsel, mit Einreichung einer anderweitigen Sicherstellung, rechtens war. Die Streitigkeit hinsichtlich der hinreichenden Sicherheit erfolgte mithin im Stadium der vorläufigen Eintragung.

Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass das Obergericht in Willkür verfallen sei, indem es die Sicherheit – die eine zeitliche Limitierung der Verzugszinsen vorsah – als hinreichend qualifizierte, weshalb es den Entscheid aufhob (BGE 121 III 445 E. 5a). Im Sinne eines obiter dictums merkte es an, dass eine Sicherheit, die einen vom Ort der gelegenen Sache bzw. vom vereinbarten Ort abweichenden Gerichtsstand vorsehe, ebenfalls als Art. 839 Abs. 3 ZGB widersprechend anzusehen sei, angesichts der grossen Bedeutung des Gerichtsstandes (BGE 121 III 445 E. 5b).

Im Entscheid BGE 103 Ia 462 reichten die Grundeigentümer eine Bankgarantie ein, weshalb kein gesetzliches Grundpfandrecht eingetragen wurde. In der Folge schützte das Bundesgericht die Unzuständigkeitseinrede der Grundeigentümer, die sich für die Klage auf Anerkennung und Bezahlung der Restschuld – welche beim Gericht am Ort der gelegenen Sache eingereicht wurde – auf ihren Wohnsitzgerichtstand beriefen, wobei das Bundesgericht festhielt, dass die Lösung nicht völlig zu befriedigen vermöge, da sich der Unternehmer nicht zur hinreichenden Sicherheit äussern können (BGE 103 Ia 462 E. 2c).

Schumacher kommt gestützt auf den Entscheid BGE 103 Ia 462 zum Schluss, dass eine Sicherheit ungenügend sei, wenn sie den Gerichtsstand verlege. Er führt Gründe der Prozessökonomie an, wonach alle Klagen (z.B. des gleichen Unternehmers für mehrere Bauten einer Gesamtüberbauung) vom gleichen Gericht beurteilt werden sollten, unabhängig davon, ob Baupfandrechte eingetragen oder andere Sicherheiten geleistet worden seien. Unter Beachtung von BGE 121 III 445 E. 5b hält er dafür, dass eine Sicherheit, die nur provisorisch bestellt wurde, unzureichend sei, wenn für das Verfahren betreffend die definitive Bestellung der Ersatzsicherheit ein anderes Gericht zuständig wäre (SCHUMACHER, a.a.O., N 1264 ff.).

Soweit ersichtlich, hat sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die Lehre bislang nicht explizit mit der Frage befasst, ob dem Handwerker oder Unternehmer ein prozessualer Nachteil entsteht, wenn er – anstatt das Bauhandwerkerpfandrecht am Ort der gelegenen Sache verwerten zu lassen – allfällige Streitig-

keiten im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme der Bankgarantie am Sitz der Bank oder einem anderen vereinbarten Gerichtsstand einzuklagen hat.

Die Gesuchstellerin macht als prozessuale Nachteile zunächst die Distanz, mithin einen geografischen Nachteil geltend (act. 17 S. 2; act. 25 S. 2). Zudem stellt sie sich auf den Standpunkt, wesentlich benachteiligt zu sein, wenn sie vor den Gerichten des Kantons Basel ein Verfahren gegen eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Kantons Basel einleiten müsste, anstatt unter juristischen Personen vor den Gerichten des Kantons Zürich eine Streitigkeit auszutragen (act. 25 S. 2). Die Gesuchsgegnerinnen bestreiten diese Nachteile. Sie weisen darauf hin, dass es sich bei der Bankgarantie um ein abstraktes Zahlungsverprechen handle, das bei Vorliegen der notwendigen Belege und der formell korrekten Inanspruchnahme ausgelöst werde. Dabei würde es kaum zu Streitigkeiten kommen. Im unwahrscheinlichen Fall, werde der Zivilprozess vorwiegend schriftlich geführt, sodass höchstens einmal der Weg nach Basel angetreten werden müsse, was zumutbar sei und keinen geografischen Nachteil darstelle. Die Gesuchstellerin habe es so dann unterlassen, darzulegen, worin der prozessuale Nachteil bestehen soll, wenn eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Kantons Basel in Basel eingeklagt werden soll. Die Gesuchsgegnerinnen bestreiten jegliche prozessualen Nachteile (act. 28 S. 3 f.).

Den Gesuchsgegnerinnen ist darin zuzustimmen, dass die Bankgarantie ein abstraktes Zahlungsverprechen darstellt, das unter Einhaltung der Modalitäten zur Inanspruchnahme ausgelöst wird. Die Wahrscheinlichkeit, dass es bei der Inanspruchnahme der Garantie zu Streitigkeiten kommen wird, ist als gering einzustufen. Für den Fall, dass es dennoch zu einem gerichtlichen Verfahren kommen sollte, wird sich dieses insbesondere hinsichtlich des Umfangs deutlich von einem Verfahren betreffend definitive Bestellung einer Sicherheit (insbesondere Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts) unterscheiden, wobei den Gesuchsgegnerinnen ferner dahingehend zuzustimmen ist, dass ein solches Verfahren in der Regel schriftlich geführt würde und höchstens einmal ein Erscheinen in Basel erforderlich wäre. Der geografische Nachteil ist vernachlässigbar gering, sodass der Gesuchstellerin diesbezüglich kein prozessualer Nachteil droht. Das zweite Ar-

gument der Gesuchstellerin, dass es sich bei der F._____ um eine öffentlich-rechtliche Anstalt handle über die dann die Gerichte in Basel entscheiden müssten, was ebenfalls ein prozessualer Nachteil darstelle, verfängt nicht. Es ist nicht ersichtlich, worin der Nachteil konkret bestehen sollte. Würde man den Einwand so pauschal gelten lassen, hätte jede ...-Bank, die als öffentlich-rechtliche Anstalt ausgestaltet ist, das Problem, dass ihre Bankgarantien – in Prozessen wie dem vorliegenden – nicht als hinreichend erachtet würden, da Schweizer Banken praxisgemäss für Streitigkeiten im Zusammenhang mit ihren Bankgarantien einen Gerichtsstand an ihrem Sitz vorsehen. Entsprechend sind keine Nachteile ersichtlich, welche die qualitative Gleichwertigkeit der vorliegenden Bankgarantie gegenüber einem Bauhandwerkerpfandrecht in Frage stellen würden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sowohl die Modalitäten zur Inanspruchnahme der Garantie als auch die in der Bankgarantie vom 8. Juni 2021 enthaltene Gerichtsstandsklausel zulässig sind. Die Sicherheit ist daher im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB als hinreichend zu qualifizieren.

3.5. Fazit

Die Gesuchstellerin hat ihren Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts glaubhaft gemacht. Allerdings haben die Gesuchsgegnerinnen mit der eingereichte Garantie Nr. ... der F._____ vom 8. Juni 2021 (act. 12) für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB geleistet. Entsprechend ist das Original der Bankgarantie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Gesuchstellerin herauszugeben. Sodann ist das Grundbuchamt D._____ anzuweisen, das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Gesuchstellerin stellt sich auf den Standpunkt, durch die Bestellung einer definitiven Sicherheit durch die Gesuchsgegnerinnen würde sie obsiegen, weshalb den Gesuchsgegnerinnen die Verfahrenskosten aufzuerlegen und ihr eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen sei (act. 17 S. 2; act. 25 S. 2).

Die Gesuchsgegnerinnen beantragen, die Prozesskosten seien der Gesuchstellerin aufzuerlegen, wobei zu berücksichtigen sei, dass die Gesuchstellerin durch ihre unberechtigten Einwände einen doppelten Schriftenwechsel veranlasst habe (act. 21 S. 2, S. 5; act. 28 S. 2, S. 4).

4.2. Rechtliches

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind vorliegend strittig. Die Prozesskosten sind grundsätzlich nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess festzulegen (Art. 106 ZPO). Wird während eines gerichtlichen Verfahrens auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts eine (Ersatz-)Sicherheit definitiv geleistet, sind die Prozesskosten grundsätzlich gleich zu verteilen, wie wenn der Grundeigentümer den Anspruch auf die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch definitiv anerkannt hätte (SCHUMACHER, in: Breitschmid/Jungo [Hrsg.], Handkommentar, 3. Aufl. 2016, Art. 839 N 22 m.w.H.). Denn der Unternehmer verliert durch die definitive Sicherheitsleistung nicht seinen Sicherungsanspruch, sondern erhält eine Ersatzsicherheit, die gleich wie das Bauhandwerkerpfandrecht ein Verwertungsrecht ist. Durch die hinreichende und definitive Sicherheitsleistung anerkennt der Grundeigentümer den Sicherungsanspruch des Unternehmers und gilt demgemäss als unterliegende Partei (SCHUMACHER, Handkommentar, a.a.O., Art. 839 N 22).

Die Gesuchsgegnerinnen haben mit der von ihnen eingereichten Zahlungsgarantie der F._____ vom 8. Juni 2021 (act. 12) den definitiven Sicherungsanspruch der Gesuchstellerin anerkannt. Da sie als unterliegend geltend, sind ihnen die Ge-

richtskosten dieses Massnahmeverfahrens vollumfänglich solidarisch aufzuerlegen.

4.3. Gerichtsgebühr

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 254'620.55 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 7'500.– festzusetzen ist.

4.4. Parteientschädigung

Da die Gesuchstellerin berufsmässig vertreten ist, ist ihr eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 95 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 lit. b ZPO). Die Höhe derselben wird nach der Anwaltsgebührenverordnung festgesetzt (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 ZPO). Die Grundgebühr beträgt beim vorliegenden Streitwert CHF 17'800.– (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Sie ist im summarischen Verfahren in Anwendung von § 9 AnwGebV auf CHF 9'000.– zu ermässigen. Infolge Einreichung der Bankgarantie hat ein weiterer Schriftenwechsel stattgefunden, das Verfahren wurde in der Folge jedoch durch sinngemässe Anerkennung erledigt, weshalb die Gebühr weder zu erhöhen noch herabzusetzen ist (vgl. § 11 AnwGebV). Eine Parteientschädigung von CHF 9'000.– erscheint angemessen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Es wird festgestellt, dass die Gesuchsgegnerinnen mit der von ihnen eingereichten Bankgarantie der F. _____ vom 8. Juni 2021 Nr. ... (act. 12) für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit geleistet haben.
2. Das Grundbuchamt D. _____ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung vom 18. Mai 2021 des Handelsgerichts des Kantons Zürich vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmit-

telfrist vollumfänglich zu löschen
auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2, EGRID 3,
Grundbuch E._____,
für eine Pfandsumme von CHF 254'620.55 nebst Zins zu 5 % seit 1. Mai
2021.

3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Bankgarantie der F. _____ vom 8. Juni 2021 Nr. ... (act. 12) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – im Original an die Rechtsvertretung der Gesuchstellerin herauszugeben.
4. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 7'500.–.
Die weiteren Kosten betragen: CHF 137.30.– (Rechnung Nr. ... des Grundbuchamtes D. _____ vom 1. Juni 2021).
5. Die Kosten werden den Gesuchsgegnerinnen solidarisch auferlegt.
6. Die Gesuchsgegnerinnen werden solidarisch verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von CHF 9'000.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie nach Eintritt der Rechtskraft an die Kasse des Obergerichts als auch im Dispositivauszug gemäss Ziffer 2 an das Grundbuchamt D. _____.
8. 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 254'620.55.

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

Zürich, 12. August 2021

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Zoë Biedermann