

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE210126-O

U/ei

(vormals HE200269-O)

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

Urteil vom 21. Dezember 2021

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. Y1._____,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y2._____,

sowie

C._____ AG,

Nebenintervenientin

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren gemäss Gesuch vom 10. Juli 2020:

(act. 1 S. 2)

- "1. Das Grundbuchamt D._____ sei richterlich anzuweisen, auf dem Grundstück Grundbuch Blatt 1, Kataster 2, EGRID 3 (E._____ [Strasse] ..., ... Zürich) zu Gunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht im Betrag von CHF 248'118.27 zzgl. Zinsen von
 - 5% seit 30.3.2020 auf den Betrag von CHF 178'099.80;
 - 5% seit 3.4.2020 auf den Betrag von CHF 45'425.17;
 - 5% seit 9.4.2020 auf den Betrag von CHF 22'153.89 und
 - 5% seit 13.4.2020 auf den Betrag von CHF 2'439.41vorläufig im Grundbuch einzutragen.
2. Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Ziffer 1 sei superprovisorisch zu verfügen.
3. Der Gesuchstellerin sei nach erfolgter Eintragung eine angemessene Frist zur Anhebung der Klage auf definitive Eintragung des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts anzusetzen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Rechtsbegehren gemäss Gesuch vom 30. Juli 2020:

(act. 11 S. 2)

- "1. Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Antrag 1 des Gesuchs vom 10.7.2020 sei superprovisorisch zu verfügen. Die Eintragung habe bis am 31.7.2020 zu erfolgen."

"Zusätzliche Anträge" gemäss Stellungnahme vom 26. November 2021:

(act. 53 S. 2)

- Es sei die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D._____ zu bestätigen und das superprovisorisch eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht sei provisorisch einzutragen.
- Es sei der Gesuchstellerin eine Frist von 60 Tagen zur Einreichung einer Klage auf definitive Sicherstellung ihrer Forderung ab rechtskräftigem Entscheid über die Kollozierung ihrer Forderung im Zusammenhang mit dem Bauwerk der Gesuchsgegnerin am E._____ in Zürich im Konkurs der F._____ AG anzusetzen.

- Das Konkursamt Schlieren sei aufzufordern, die Gesuchstellerin über die Rechtskraft der Kollozierung ihrer Forderung im Konkurs der F. _____ AG anzusetzen.
- Es sei festzustellen, dass die beiden von der prozessführenden Nebenintervenientin eingereichten Bankgarantien keine hinreichende Sicherheit leisten.
- Die Rechtsbegehren der Gesuchstellerin und jenes der Nebenintervenientin in deren Eingabe vom 12. November 2021 (Hauptbegehren, Eventualbegehren und Subeventualbegehren) seien allesamt abzuweisen.
- Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin und der Nebenintervenientin, wobei die Kosten und die Parteientschädigung für die Beurteilung der Bankgarantien unabhängig von Ausgang des Prosequierungsverfahrens der Nebenintervenientin aufzuerlegen seien."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Für den Prozessverlauf bis zum Urteil HE200269 des hiesigen Einzelgerichts vom 13. November 2020 (nachfolgend: Ersturteil) kann auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen werden (act. 28 E. 1 S. 3 f.). Pro memoria wurde das Bauhandwerkerpfandrecht am 30. Juli 2020 vorläufig eingetragen (act. 17). Der Prozessverlauf ist wie folgt zu ergänzen: Nach Ergehen des vorgenannten Urteils hat die Gesuchstellerin Beschwerde ans Bundesgericht erhoben und mit Eingabe vom 16. Dezember 2020 u.a. mitgeteilt, dass von einer Löschung des superprovisorisch eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts bis zum Entscheid des Bundesgerichtes abzusehen sei (act. 30-31). Nachdem das hiesige Gericht auf Vernehmlassung zur Frage der aufschiebenden Wirkung verzichtet hatte (act. 33-34), wurde der Beschwerde 5A_1047/2020 mit Verfügung des Bundesgerichts vom 21. Januar 2021 aufschiebende Wirkung erteilt (act. 36). Auf eine Vernehmlassung in der Sache wurde seitens des hiesigen Gerichtes ebenfalls verzichtet (act. 38). Mit Urteil 5A_1047/2020 vom 4. August 2021 hiess das Bundesgericht die von der Gesuchstellerin gegen das handelsgerichtliche Urteil erhobene Beschwerde gut, hob das Urteil auf und wies die Sache zu neuer Beurteilung an das

hiesige Gericht zurück (act. 39). Dementsprechend wird das vorliegende Verfahren unter der Geschäfts-Nr. HE210126 weitergeführt. In der Folge wurde mit Verfügung vom 21. Oktober 2021 der Gesuchsgegnerin sowie der Nebenintervenientin Frist angesetzt, um zur Eingabe der Gesuchstellerin vom 8. September 2020 (act. 26) Stellung zu nehmen und gegebenenfalls eine neue Sicherheit einzureichen (act. 40). Am 1. November 2021 reichte die Gesuchsgegnerin ihre Stellungnahme ein (act. 44). Nachdem die Nebenintervenientin mit Eingabe vom 12. November 2021 u.a. eine neue Zahlungsgarantie einreichte (act. 46 und 47), wurde der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 15. November 2021 Frist angesetzt, um dazu Stellung zu nehmen (act. 49). Am 26. November 2021 reichte die Gesuchstellerin innert Frist einerseits eine "*Stellungnahme und Mitteilung Adresswechsel und Wechsel der Gesellschaftsform*" (act. 51 und 52), andererseits eine "*Stellungnahme zur Eingabe der Nebenintervenientin betr. Garantie vom 12.11.2021*" (act. 53 und act. 54/1-2) ein. Die vorgenannten Eingaben wurden der Gesuchsgegnerin und Nebenintervenientin zugestellt (Prot. S. 5; act. 55/1-2).

2. Formelles

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).

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

3.1. Rechtliches / Ausgangslage

Die Rückweisung gemäss Urteil des Bundesgerichtes 5A_1047/2020 vom 4. August 2021 (act. 39) versetzt das Verfahren hinsichtlich der aufgehobenen Punkte in die Lage, in welcher es sich vor Fällung des angefochtenen Entscheids befunden hat (BGE 116 II 220 Erw. 4a). Die Vorinstanz, an welche das Bundesgericht die Sache zur Neuurteilung zurückweist, ist an die rechtlichen Erwägungen des Rückweisungsentscheids gebunden, soweit diese die Sache definitiv entscheiden (BGE 131 III 91 Erw. 5.2 S. 94 = PRA 94 [2005] Nr. 116; BGE 133 III 201 Erw. 4.2 = PRA 96 [2007] Nr. 126; Urteil des Bundesgerichts 4A_226/2019 vom 18. November 2019 Erw. 2), ebenso wie an die nicht angefochtenen tatsächlichen Feststellungen (BGE 131 III 91 Erw. 5.2 S. 94 = PRA 94 [2005] Nr. 116). Es ist ihr verwehrt, *"der Beurteilung des Rechtsstreits einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden waren"* (BGE 143 IV 214 Erw. 5.3.3 unter Verweis auf BGE 135 III 334 Erw. 2; Urteil des Bundesgerichts 4A_226/2019 vom 18. November 2019 Erw. 2). Der Rückweisungsentscheid gibt den tatsächlichen und rechtlichen Rahmen der neuen Entscheidung vor (BGE 135 III 334 Erw. 2). Insofern ist auch eine Bindung der Vorinstanz an die eigenen, vor Bundesgericht nicht angefochtenen oder von diesem geschützten Erwägungen zu bejahen. Schliesslich ist auch das

Bundesgericht an seine eigenen Rückweisungsentscheide gebunden (BGE 125 III 421 Erw. 2a = PRA 89 [2000] Nr. 30; BGE 133 III 201 Erw. 4.2 = PRA 96 [2007] Nr. 126; BGE 135 III 334 Erw. 2; BGE 143 III 290 Erw. 1.5; Urteil des Bundesgerichts 4A_226/2019 vom 18. November 2019 Erw. 2).

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 vorzeitige 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-

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 klargestellt 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 Vollen-
dung der Arbeiten spätestens mit der Aufnahme der Vergütung durch die Be-
schwerdegegnerin 2 zu laufen begann. [...]"*

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

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.).

4. Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

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 Pfandeintragung nicht weiter thematisiert. Auch das Bundesgericht hat sich *nicht* damit befasst. Glaubhaft gemacht werden müssen u.a. pfandberechtigte Arbeiten im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB.

4.2. Pfandberechtigte Forderung / Zinsforderung

4.2.1. Wesentliche Einwände

Die Gesuchsgegnerin stellt sich hauptsächlich auf den Standpunkt, es sei die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts mangels nachvollziehbarer, substantiierter 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 Gesuchstellerin 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 Berufung 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 worden sei (act. 19 Rz. 40).

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).

4.2.2. Würdigung

Die Gesuchstellerin hat nachvollziehbar dargelegt, dass sie als Subunternehmerin im Auftrag der F._____ AG auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin Lüftungsmontagearbeiten 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 dargelegt (act. 1 Rz. 8 und 10). Hinsichtlich der geltend gemachten Zinsforderungen lässt sich nicht ausschliessen, dass sich diese auf die Rechnungen samt Zahlungsaufforderungen stützen lassen (act. 3/7-16). Die Einwände der Gesuchsgegnerin 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 gemacht, die Gesuchsgegnerin bringt dagegen keine stichhaltigen Gründe vor. Auch sonst bringt die Gesuchsgegnerin keine Gründe vor, die gegen die vorläufige Eintragung sprechen, zumal nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Anforderungen an die Glaubhaftmachung in diesem Stadium gering sind. Von der Nebenintervenientin wurden, wie erwähnt, keine weiteren Aspekte vorgebracht.

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 Bundesgericht festgehalten, dass die Viermonatsfrist spätestens mit der Aufnahme der Vergütung durch die Beschwerdegegnerin 2 [=Nebenintervenientin] zu laufen begann, weitere Feststellungen wurden dazu nicht gemacht. Nach den Darstellungen der Gesuchstellerin wurden die erbrachten Arbeiten "seit Mai 2020" direkt von

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 Bauleitung sind nicht aktenkundig. "Seit Februar 2020" würden, so die Gesuchstellerin, die Rechnungen von der Auftraggeberin (F._____ AG) – ausgenommen eine Teilzahlung 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 Auftraggeberin 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 Eintragsfrist) *nach* dem 30. März 2020 nahe. Obschon die Gesuchstellerin keinen konkreten 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 eingehalten ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist damit die Voraussetzung der Einhaltung der Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB glaubhaft gemacht. Unter diesen Umständen offen bleiben kann, inwiefern die Gesuchstellerin noch am 30. März 2020 selber oder danach Arbeiten für die Auftraggeberin (F._____ AG) leistete (so offenbar die Gesuchsgegnerin: act. 19 Rz. 16 ff.).

5. Hinreichende Sicherheit

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

		BEILAGE 41 c. _____	
		H. _____	
Trade and Export Finance		(22/)	
		Kontakt	I. _____
		Telefon	+41 ...
		E-Mail	I. _____@H. _____, ch
		Adresse	... [Adresse 1]
		Briefadresse	Postfach, ... Zürich
		BIC (SWIFT)	...
A. _____			
... [Adresse 2]			
Zürich, 12. August 2020			
Garantie			
Garantie Nr.:	4		
Garantiebetrag:	CHF 248'118.27		
Verfall:	unbefristet		
Auftraggeber:	C. _____, ... [Adresse 3]		
Begünstigter:	A. _____, ... [Adresse 2]		
Zahlungsgarantie zwecks Abwendung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB			
Wir, die H. _____, ... [Adresse 4], sind dahingehend informiert worden, dass zum Zwecke der Abwendung des gemäss Verfügung des Handelsgericht des Kanton Zürich vom 30. Juli 2020, Geschäfts-Nr. HE200269-O, zulasten der im Eigentum von B. _____ AG stehenden Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBB1 1, EGRID 3, D. _____, vorläufig einzutragenden Bauhandwerkerpfandrechts eine Garantie zu Ihren Gunsten, d.h. zugunsten von A. _____ GmbH (aktuell vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____), für die Sicherung der behaupteten Forderung aus Lieferung und Leistung gemäss angeblicher Auftragsvergabe mit E-Mail vom 23.04.2019 zwischen F. _____ AG und A. _____ GmbH (nachstehend der "Grundvertrag") gestellt werden soll.			
Dies vorausgeschickt, verpflichten wir, die H. _____, ... [Adresse 4], uns hiermit unwiderruflich, Ihnen, A. _____ GmbH, auf erste Aufforderung hin - wie nachstehend näher umschrieben - und ungeachtet der Gültigkeit und Rechtswirkungen der eingangs erwähnten Grundverträge sowie unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden aus denselben, jeden Betrag bis maximal			
CHF 248'118.27 (in Worten: Schweizer Franken zweihundertachtundvierzigtausendeinhundertachtzehn 27/100, das "Forderungsnominal") zuzüglich eines Zinses von 5% seit 30.03.2020 auf den Betrag von CHF 178'099.80 (Zinsusanz [act/360], der "Zinsbetrag")			
Garantie 12. August 2020 Nr. 4		H. _____ 1/4	

5% seit 03.04.2020 auf den Betrag von CHF 45'425.17 (Zinsusanz [act/360], der "Zinsbetrag")
5% seit 09.04.2020 auf den Betrag von CHF 22'153.89 (Zinsusanz [act/360], der "Zinsbetrag")
5% seit 13.04.2020 auf den Betrag von CHF 2'439.41 (Zinsusanz [act/360], der "Zinsbetrag")
gemeinsam die "Zinsbeträge"

zu zahlen gegen Erhalt

1) Ihrer schriftlichen, unterzeichneten Zahlungsaufforderung im Original mit der Erklärung, dass Sie mit Bezug auf den unter dieser Garantie verlangten Betrag bei Fälligkeit für Ihre Forderungen aus Ihren für die Liegenschaft ausgeführten Arbeiten im Zusammenhang mit den

Kat. Nr. 2, GBB1 1, EGRID 3, D. _____

Grundverträgen von F. _____ AG keine Zahlung erhalten haben, und (kumulativ)

2) entweder (i) eines mit einer Rechtskraftbescheinigung versehenen Gerichtsentscheides (rechtskräftiges Leistungsurteil und/oder rechtskräftiger Erledigungsentscheid zufolge Klageanerkennung oder gerichtlichen Vergleichs) im Original oder in notariell beglaubigter Kopie, aus dem hervorgeht, dass F. _____ AG unter den Grundverträgen zu einer Zahlung (aus Forderungsnominal) an Sie (mindestens) in der Höhe des von Ihnen unter dieser Garantie insgesamt beanspruchten Betrages verpflichtet wird (nachstehend "**Zusprechender Forderungsentscheid**") oder (ii) eines definitiven Pfändungs- oder Konkursverlustscheines im Original oder in notariell beglaubigter Kopie, aus dem hervorgeht, dass Ihre Forderung aus den Grundverträgen (mindestens) in der Höhe des von Ihnen unter dieser Garantie insgesamt beanspruchten Betrages ungedeckt geblieben ist (nachstehend "**Definitiver Verlustschein**"), oder (iii) eines von Ihnen und C. _____ AG unterzeichneten aussergerichtlichen Vergleiches im Original oder in notariell beglaubigter Kopie, aus dem hervorgeht, dass C. _____ AG Ihre Forderung (mindestens) in der Höhe des von Ihnen unter dieser Garantie insgesamt beanspruchten Betrages bedingungslos als geschuldet anerkannt hat (nachstehend "**Vollstreckbarer aussergerichtlicher Forderungsvergleich**"), und (kumulativ)

3) entweder (i) eines mit einer Rechtskraftbescheinigung versehenen Gerichtsentscheides (rechtskräftiger Entscheid oder rechtskräftiger Erledigungsentscheid zufolge Klageanerkennung oder Vergleichs) im Original oder in notariell beglaubigter Kopie, aus dem hervorgeht, dass Ihr Anspruch auf definitive Sicherstellung durch diese Zahlungsgarantie (mindestens) in der Höhe des von Ihnen unter dieser Garantie insgesamt beanspruchten Betrages bestätigt wurde (nachfolgend "**Zusprechender Sicherungsentscheid**"), oder (ii) eines von Ihnen und B. _____ AG und C. _____ AG unterzeichneten aussergerichtlichen Vergleiches im Original oder in notariell beglaubigter Kopie, aus dem hervorgeht, dass B. _____ AG und die C. _____ AG Ihren Sicherstellungsanspruch (mindestens) in der Höhe des von Ihnen unter dieser Garantie insgesamt beanspruchten Betrages bedingungslos als rechtmässig anerkannt hat (nachstehend "**Vollstreckbarer aussergerichtlicher Sicherungsvergleich**").

Diese Garantie tritt mit Datum ihrer Ausstellung in Kraft.

Zahlungen unter dieser Garantie erfolgen ausschliesslich zugunsten eines Kontos von Ihnen als Garantiebegünstigten. Abtretungen von Forderungen unter dieser Garantie sind nicht zulässig.

Diese Garantie ist nur einmal beanspruchbar. Während ihrer Laufzeit erfolgende Verbesserungen bzw. Korrekturen etwaiger nicht garantiekonformer Inanspruchnahmen sind jedoch möglich und gelten nicht als mehrfache Beanspruchung.

Die Laufzeit dieser Garantie und ihre Rechtswirkungen definieren sich wie folgt: Die Garantie und unsere Verpflichtungen unter ihr erlöschen entweder

Garantie I 12. August 2020
Nr. 4

H. _____

2/4

J. _____

BEILAGE 2

J. _____
... [Adresse 5]
Tel. +41 ...
SWIFT ...

Trade Finance
Guarantees

K. _____
6 [Referenznummer]
Tel. +41 ...
...@J.com
www.J.com/...

A. _____
... [Adresse 2]

Zahlungsgarantie Nr. 5 vom 05 November 2021
über CHF 248'118.27 (SCHWEIZER FRANKEN zweihundertachtundvierzigtausendeinhundertachtzehn
27/100)

zuzüglich Zins gemäss nachfolgendem Garantietext

zur Sicherstellung eines Bauhandwerkerpfandrechtes im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB ("GARANTIE")

Wir, die J. _____ [Adresse 6], sind dahingehend informiert worden, dass zum Zwecke der Ablösung des gemäss Verfügung des Handelsgericht des Kantons Zürich vom 30. Juli 2020, Geschäfts-Nr. HE200269-O, zulasten der im Eigentum von AG stehenden Liegenschaft Kst. Nr. 2, GSB 1, BOD 3, D. _____, provisorisch eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechtes, die vorliegende GARANTIE zu Gunsten von Ihnen für die Sicherung der behaupteten Forderung gegenüber der AG aus Lieferung und Leistung gemäss angeblicher Auftragsvergabe mit E-Mail vom 23.04.2019 zwischen AG und _____ GmbH ("GRUNDGESCHÄFT"), gestellt werden muss.

1. GARANTIE

Dies vorausgeschickt, verpflichten wir J. _____ [Adresse 6], uns hiermit unwiderruflich, Ihnen auf erste Anforderung hin (wie weiter unten näher umschrieben), ungeachtet der Gültigkeit und der Rechtswirkungen des GRUNDGESCHÄFTES und unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden aus demselben, jeden Betrag bis maximal:

CHF 248'118.27 ("KAPITALBETRAG"),
zuzüglich einfacher Zins zu 5 % auf den einzelnen unten aufgeführten Teilbeträgen, gerechnet ab dem für den jeweiligen Teilbetrag aufgeführten Datum, bis zum Datum der konformen Inanspruchnahme unter dieser GARANTIE (Zinsusanz 365/360 bzw. 366/360)

Teilbeträge / Zins gerechnet ab:
CHF 178'099.80 / 30.03.2020
CHF 45'425.17 / 03.04.2020
CHF 22'153.89 / 09.04.2020
CHF 2'439.41 / 13.04.2020
(zusammen "ZINSBETRAG")

(KAPITALBETRAG und ZINSBETRAG zusammen "GARANTIEBETRAG")

zu zahlen, unter den Voraussetzungen dieser GARANTIE.

2. INANSPRUCHNAHME DER GARANTIE

Die Inanspruchnahme der GARANTIE erfolgt nur gegen Erhalt (in unserem Besitz an obiger Adresse) der folgenden durch Sie unterzeichneten Dokumente:

- 1) einer Zahlungsaufforderung unter konkreten Bezifferung des KAPITALBETRAGS und gegebenenfalls des ZINSBETRAGS ("ZAHLUNGSBETRAG") sowie
- 2) einer unter Bezugnahme auf diese GARANTIE ausgestellten vorbehalts- und bedingungslosen Bestätigung, dass:
 - a) für den ZAHLUNGSBETRAG bei Fälligkeit keine Zahlung geleistet wurde; und
 - b) das Recht auf definitive Sicherstellung durch diese GARANTIE rechtskräftig gerichtlich bestätigt wurde ("SICHERUNGSRURTEIL"); und

J. _____

Unsere Referenz: 5
05 November 2021

c) ein Betrag mindestens im Umfang des ZAHLUNGSBETRAGES:

- von einer staatlichen Schlichtungsbehörde oder einem staatlichen Gericht rechtskräftig zugesprochen oder festgestellt wurde ("FORDERUNGURTEIL"), oder

- von Ihnen und _____ AG und der _____ AG in einem Vergleich anerkannt wurde ("VERGLEICH"). Einigen sich die Parteien im Vergleich auch über die Erledigung des Sicherungsverfahrens, ist kein SICHERUNGURTEIL mehr beizubringen, oder

- in einem Verlustschein ausgewiesen ist ("VERLUSTSCHEIN") oder

- im Nachlassvertrag durch den Nachlassrichter rechtskräftig bestätigt wurde ("NACHLASSVERTRAG"); und

d) _____ AG einer vollständigen oder teilweisen Anerkennung des ZAHLUNGSBETRAGES in einem VERGLEICH oder in einem gerichtlichen Verfahren zugestimmt hat ("ZUSTIMMUNG"), und

e) der ZAHLUNGSBETRAG den im SICHERUNGURTEIL oder FORDERUNGURTEIL, VERGLEICH, VERLUSTSCHEIN oder NACHLASSVERTRAG und/oder der ZUSTIMMUNG geschützten bzw. anerkannten Betrag sowie den GARANTIEBETRAG nicht übersteigt.

3. ERLÖSCHEN DER GARANTIE

Diese GARANTIE erlischt automatisch und vollumfänglich bis zu einem "ERLÖSCHUNGSGRUND":

1) am 30.06.2022 ("GÜLTIGKEITSDATUM"), sofern Sie uns nicht bis spätestens zu diesem Datum (in unserem Besitz an obiger Adresse) unter Bezugnahme auf diese Garantie schriftlich bestätigen, dass

i. Sie innert der vom Gericht angesetzten Frist Klage betreffend definitiver Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts beziehungsweise Sicherstellung durch diese GARANTIE eingeleitet haben; oder

ii. die vom Gericht angesetzte Frist zur Einreichung der Klage betreffend definitiver Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts beziehungsweise Sicherstellung durch diese GARANTIE infolge eines gegen den die Klagefrist auslösenden Gerichtsentscheid eingereichten Rechtsmittels an einem Datum nach dem GÜLTIGKEITSDATUM abläuft bzw. noch gar nicht zu laufen begonnen hat; durch Erhalt einer solchen Bestätigung verschiebt sich das GÜLTIGKEITSDATUM um 6 Monate nach hinten. Dieser Verlängerungsmechanismus wiederholt sich jeweils durch fristgerechten Erhalt einer solchen Bestätigung; oder

iii. das Gericht eine Frist bis _____ (Datum, welches nach dem GÜLTIGKEITSDATUM liegen muss, in der Bestätigung zu nennen) zur Einreichung einer Klage betreffend definitiver Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts beziehungsweise Sicherstellung durch diese GARANTIE angesetzt hat. Diesfalls verschiebt sich das GÜLTIGKEITSDATUM um 14 Kalendertage über das in der Bestätigung genannte Datum nach hinten.

2) 90 Kalendertage nach (je nachdem, welches später erfolgt):

a) Eintritt der Rechtskraft des FORDERUNGURTEILS (Datum der Rechtskraft gilt als Tag Null), was uns mittels Zustellung einer Kopie des mit einer Rechtskraftbescheinigung versehenen FORDERUNGURTEILS zu dokumentieren ist; oder

b) Unterzeichnung/Ausstellung des VERGLEICHS, was uns mittels Zustellung einer Kopie des VERGLEICHS zu dokumentieren ist (Datum der Unterzeichnung/Ausstellung gilt als Tag Null); oder

c) Öffentlicher Bekanntmachung des Schlusses des Konkursverfahrens betreffend _____ AG durch das Konkursamt (Datum der Bekanntmachung bzw. der Einstellung gilt als Tag Null), sofern Sie uns nicht bis spätestens zu diesem Datum (in unserem Besitz an obiger Adresse) unter Bezugnahme auf diese GARANTIE schriftlich bestätigen, dass Sie betreffend dem GRUNDGESCHÄFT eine Klage vor einem staatlichen Gericht eingereicht haben; oder

d) Öffentlicher Bekanntmachung des Entscheides über einen NACHLASSVERTRAG betreffend _____ AG gemäss Art. 308 SchKG (Datum der Bekanntmachung gilt als Tag Null);

und

e) Eintritt der Rechtskraft des SICHERUNGURTEILS (Datum der Rechtskraft gilt als Tag Null), was uns mittels Zustellung einer Kopie des mit einer Rechtskraftbescheinigung versehenen SICHERUNGURTEILS zu dokumentieren ist. Einigen sich die Parteien im VERGLEICH auch über die Erledigung des Sicherungsverfahrens, ist für die Berechnung der Frist alleine das Datum der Unterzeichnung des VERGLEICHS massgebend.

3) Sofort nach Vorliegen einer Kopie eines mit einer Rechtskraftbescheinigung versehenen Urteils oder eines anderen Gerichtsentscheides einer schweizerischen staatlichen Schlichtungsbehörde oder eines staatlichen Gerichtes, aus dem hervorgeht, dass

- die Forderung aus dem GRUNDGESCHÄFT vorbehaltlos zurückgezogen wird oder nicht geschützt bzw. festgestellt wird; oder

- das Recht auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bzw. Sicherstellung durch diese GARANTIE nicht geschützt wird; oder

- diese GARANTIE nicht als hinreichende Sicherheit im Sinne des Gesetzes beurteilt wird.

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 akzessorischen Nebenrechten (der Garantie) an einen Dritten abzutreten (act. 26 Rz. 6; act. 53 Rz. 24). Am 21. April 2020 sei über die Schuldnerin der Werklohnforderung (F.____ AG) der Konkurs eröffnet worden. Mit der Konkursöffnung höre gegenüber dem Schuldner der Zinsenlauf auf, was jedoch nicht für pfandgesicherte 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 Gesuchstellerin 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 Bedingungen, unter welchen die Garantie erlösche, darunter einzuhaltende Fristen. Das Grundpfandrecht erlösche frei von Fristen, wenn die Hauptforderung erlösche oder 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

und klar hervor, dass die Zahlungsgarantie zuzüglich zum Betrag von CHF 248'118.27 auch die Verzugszinsen umfasse und abdecke. Es sei weltfremd, dass sich die H._____ trotz eindeutig formuliertem Garantietext, welcher die Verzugszinsen vollumfänglich mitumfasse, mit Hinweis auf die Garantieüberschrift 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 Ausserverhältnis zwischen der garantierenden Bank und der Gesuchstellerin beziehe. In dieser Hinsicht sei ein Abtretungsverbot zulässig. Im Innenverhältnis stehe es der Gesuchstellerin hingegen trotz dieser Klausel weiterhin offen, in einem allfälligen Abtretungsvertrag die ihr allenfalls zustehende Werklohnforderung sowie die allfällige Garantieforderung aus der zu beurteilenden Zahlungsgarantie abzutreten (act. 46 Rz. 5).

Weiter seien die Ausführungen der Gesuchstellerin zum Zinsenlauf bei pfandgesicherten Forderungen unzutreffend, da die Gesuchstellerin das vorliegende Verfahren 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 qualifizieren 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 Auftragsvergabe mit E-Mail vom 23. April 2019 zwischen F._____ AG und A._____ GmbH", entgegnet die Nebenintervenientin, die Gesuchstellerin sei im vorliegenden Verfahren verpflichtet, die pfandgesicherte Forderung glaubhaft zu machen, was notwendigerweise voraussetze, dass die Gesuchstellerin auch die vertragliche Grundlage der pfandgesicherten Forderung glaubhaft mache. Die Eintragung eines provisorischen Bauhandwerkerpfandrechts bzw. die Leistung einer provisorischen Sicherheit erfolge daher im Hinblick auf die glaubhaft gemachte vertragliche Grundlage der pfandgesicherten Forderung und nicht etwa in pauschaler

Weise. Schliesslich sei auch der Einwand zu den Bedingungen der Fristeinhaltung 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 unzumutbaren Unklarheiten führe, so sei wohl die "Ablösung" und nicht die "Sicherstellung des Bauhandwerkerpfandrechtes" gemeint (act. 53 Rz. 8 f.).

Unter Verweis auf Ziffer 2 "Inanspruchnahme der Garantie" bringt die Gesuchstellerin vor, es sei nicht ersichtlich, weswegen neben den unter Ziffer 2) c) aufgeführten Dokumenten noch kumulativ eine Zustimmung der Nebenintervenientin beizubringen sei, wobei nicht anzunehmen sei, dass diese eine solche Zustimmung abgeben würde (act. 53 Rz. 11). Des Weiteren moniert die Gesuchstellerin "diverse relative Befristungen und Erlöschungsbedingungen" (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 Erlöschungsgründe verlangt werde, wenn sie das Erlöschen der Garantie verhindern wolle (act. 53 Rz. 16). Betreffend den Erlöschungsgründen 2) bestehe die Gefahr, dass das Konkursverfahren der F.____ AG abgeschlossen werde, aber noch kein Sicherungsurteil vorliege. In jenem Falle könne

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 Schlechterstellung 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 Verzinsung der Werklohnforderung aufgrund von Art. 209 Abs. 2 SchKG vom Bestehen eines Pfandes abhängig sei (act. 53 Rz. 21).

5.4. 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. 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).

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-

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 Gesuchsgegnerin und Nebenintervenientin

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.

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 gewahrt; 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.

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.

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.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der Gebührenverordnung des Obergerichts bestimmt (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Es ist von einem Streitwert von CHF 248'118.27 auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf rund CHF 7'500.- festzusetzen ist. Über den Pfandanspruch der Gesuchstellerin ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob die Gesuchstellerin endgültig obsiegt. Daher rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren lediglich eine einstweilige Kostenregelung zu treffen. Gemäss Praxis des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich sind die Gerichtskosten im Verfahren betreffend die vorläufige Eintragung des Pfandrechts von der Gesuchstellerin zu beziehen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin die Prosequierungsklage nicht rechtzeitig anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.

Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch jedoch nicht prosequieren sollte, ist der Gesuchsgegnerin in Anwendung von § 4

Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von rund CHF 8'800.– zuzusprechen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D._____ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 30. Juli 2020 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses auf Liegenschaft Kat. Nr. 2, GBBl. 1, EGRID 3, E._____ ..., ... Zürich, für eine Pfandsumme von CHF 248'118.27 nebst Zins zu 5% seit 30.3.2020 auf den Betrag von CHF 178'099.80; 5% seit 3.4.2020 auf den Betrag von CHF 45'425.17; 5% seit 9.4.2020 auf den Betrag von CHF 22'153.89; 5% seit 13.4.2020 auf den Betrag von CHF 2'439.41.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 28. Februar 2022 angesetzt, um eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Bei Säumnis kann die Gesuchsgegnerin den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 1) löschen lassen.
3. Der Antrag der Gesuchstellerin, 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, wird abgewiesen.
4. Es wird festgestellt, dass die Nebenintervenientin mit der Zahlungsgarantie der H._____ Nr. 4 vom 12. August 2020 über CHF 248'118.27 (act. 22) *keine* hinreichende Sicherheit geleistet hat für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.
5. Es wird festgestellt, dass die Nebenintervenientin mit der Zahlungsgarantie der J1._____ AG Nr. 5 vom 5. November 2021 über CHF 248'118.27

(act. 47) *keine* hinreichende Sicherheit geleistet hat für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.

6. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 7'500.–.
Die weiteren Kosten betragen: CHF 134.05 (Rechnung Nr. 7 des Grundbuchamtes D._____ vom 30. Juli 2020).
7. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 6 werden von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 2 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.
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.
9. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Zahlungsgarantie der H._____ Nr. 4 vom 12. August 2020 über CHF 248'118.27 (act. 22) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Nebenintervenientin herauszugeben.
10. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Zahlungsgarantie 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.
11. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Nebenintervenientin sowie an das Grundbuchamt D._____ und nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich.

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 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 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