

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PF200005-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.  
R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

## Urteil vom 16. Juni 2020

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Nebenintervenientin und Beschwerdeführerin

sowie

1. **B.\_\_\_\_\_,**

2. **C.\_\_\_\_\_,**

Gesuchsgegner

gegen

**D.\_\_\_\_\_ AG,**

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

betreffend

**Bauhandwerkerpfandrecht (vorläufige Eintragung)**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 29. Januar 2020 (ES190041)

**Erwägungen:**

1.

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.\_\_\_\_\_ [Ort] (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 Bauhandwerkerpfandrechten gegen diverse Stockwerkeigentümer der erwähnten Überbauung und die Vorinstanz legte entsprechend 41 Geschäfte an. In allen Verfahren wurde die A.\_\_\_\_\_ AG als Nebenintervenientin zugelassen.

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.

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 Widerspruch 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.

2.

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).

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 Gesuch-

stellerin 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).

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, 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 Erlöschen 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 Bauhandwerkerpfandrecht nicht erschwert.

2.4. Fällt die Nebenintervenientin in Konkurs, bevor ein rechtskräftiger Entscheid zum Grundgeschäft vorliegt, muss die Gesuchstellerin aufgrund von Ziffer 3.3. lit. b der Garantie die behauptete Forderung im Kollokationsverfahren durchsetzen. Dies ist – wie die Nebenintervenientin zu Recht geltend macht – beim Bauhandwerkerpfandrecht jedoch nicht anders: Die definitive Eintragung des

Bauhandwerkerpfandrechts setzt die gerichtliche Feststellung der Pfandsumme bzw. der Grundforderung voraus. Sobald die Schuldnerin in Konkurs fällt, wird ein bereits hängiger Forderungsprozess sistiert bzw. ein Forderungsprozess kann nicht mehr hängig gemacht werden und es kommt das Kollokationsverfahren zur Anwendung (vgl. Art. 207 SchKG i.V.m. Art. 63 KOV sowie BGer 5A\_33/2014 vom 26. Februar 2014 E. 3.2.). Die Garantie ist damit im Ergebnis auch im Falle des Konkurses der Nebenintervenientin vor rechtskräftigem Entscheid über die Grundforderung eine dem Grundpfand gleichwertige Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB. In Gutheissung des Rechtsmittels sind die Ziffern 1 und 2 des vorinstanzlichen Entscheids aufzuheben und es ist das Grundbuchamt anzuweisen, das vorläufig eingetragene Pfandrecht zu löschen.

### 3.

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).

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.

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.

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:**

1. In Gutheissung der Beschwerde werden Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 29. Januar 2020 aufgehoben.
2. Das Grundbuchamt F. \_\_\_\_\_ wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 10. Oktober 2019 für eine Pfandsumme von Fr. 5'451.60 zugunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten des Stockwerkeigentumsanteils Grundbuchblatt 1, H. \_\_\_\_\_-platz 2, 3, 4, 5 und 6, F. \_\_\_\_\_ (66/10'000 Miteigentum an Grundbuch Blatt 7, Kat. Nr. 8) vorläufig eingetragene Pfandrecht im Grundbuch vollumfänglich zu löschen.
3. Die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 650.45 festgesetzt und der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Nebenintervenientin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 250.– zu bezahlen.

5. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 400.– festgesetzt, der Gesuchstellerin auferlegt und aus dem von der Nebenintervenientin für das zweitinstanzliche Verfahren geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Nebenintervenientin den Betrag von Fr. 400.– zu ersetzen.
6. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Nebenintervenientin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 250.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Nebenintervenientin und die Stockwerkeigentümerschaft unter Beilage eines Doppels der Beschwerdeantwort, an das Bezirksgericht Bülach und deren Kasse, an die Obergerichtskasse sowie an das Grundbuchamt F.\_\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

8. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 5'451.60.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am: