

# Bauhandwerkerpfandrecht: Ist eine definitive Bankgarantie, die zu einem Wechsel der örtlichen Zuständigkeit führt, eine hinreichende Sicherheit?

Der geografische Nachteil, der sich daraus ergibt, dass eine im Rahmen der provisorischen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts geleistete definitive Bankgarantie hinsichtlich eines in Zürich gelegenen Grundstücks als Gerichtsstand Basel vorsieht, ist vernachlässigbar gering. Er macht die Bankgarantie deshalb nicht unzureichend im Sinn von Art. 839 Abs. 3 ZGB.

*Le désavantage géographique qui résulte du fait qu'une garantie bancaire définitive fournie dans le cadre de l'inscription provisoire de l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs prévoit, en ce qui concerne un immeuble situé à Zurich, que le for est à Bâle est négligeable. Il ne rend donc pas la garantie bancaire insuffisante au sens de l'art. 839 al. 3 CC.*

Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 12. August 2021 (HE210081-O)

**Bettina Hürlimann-Kaup**, Dr. iur., Professorin an der Universität Freiburg

## Der Fall

**(273)** Die A. AG (im Folgenden: Gesuchstellerin) beantragte für Bauarbeiten, die sie als Subunternehmerin erbracht hatte, zunächst superprovisorisch die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem im Kanton Zürich gelegenen Grundstück der B. AG und der C. AG (im Folgenden: Gesuchsgegnerinnen). Das Gesuch wurde gutgeheissen. Im Rahmen des Verfahrens um vorläufige Eintragung legten die Gesuchsgegnerinnen eine Bankgarantie der F. (einer öffentlich-rechtlichen Anstalt mit Sitz in Basel) im Original zugunsten der Gesuchstellerin ins Recht und beantragten gleichzeitig gestützt auf Art. 839 Abs. 3 ZGB die Löschung der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts; zum Gesuch der Gesuchstellerin um vorläufige Eintragung nahmen sie nicht Stellung. Die Gesuchstellerin erachtete die Bankgarantie nicht als hinreichend im Sinn von Art. 839 Abs. 3 ZGB. Das Handelsgericht stellt fest, dass die Gesuchsgegnerinnen mit der eingereichten Bankgarantie für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit geleistet haben und weist das zuständige Grundbuchamt an, das superprovisorisch eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen.

## Der Entscheid

Wird für die angemeldete Forderung eine hinreichende Sicherheit geleistet, kann die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht verlangt werden. Erkennt der Bauhandwerker die geleistete Sicherheit nicht als hinreichend im Sinn von Art. 839 Abs. 3 ZGB an, entscheidet das Gericht über diese Frage. Damit die Ersatzsicherheit als hinreichend qualifiziert

werden kann, muss sie qualitativ und quantitativ dieselbe Sicherheit bieten wie das Bauhandwerkerpfandrecht (E. 3.4.2).

Die Gesuchstellerin bestreitet das Vorliegen einer hinreichenden Sicherheit unter anderem mit dem Argument, dass die Bankgarantie eine Gerichtsstandsklausel enthalte, die zu einem Wechsel des Gerichtsstands von Zürich nach Basel führe. Dies bedeute für sie einen prozessualen Nachteil. Das Gericht hält dazu zunächst fest, dass die Bankgarantie als definitive Sicherheit eingereicht worden ist und damit das Verfahren um definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts entfällt. Zu prüfen bleibt somit ausschliesslich, ob der Gerichtsstandswechsel bei Inanspruchnahme der Bankgarantie für die Gesuchstellerin einen prozessualen Nachteil darstellt. Weder die bundesgerichtliche Rechtsprechung noch die Lehre hat sich – soweit ersichtlich – bislang mit der Frage beschäftigt, ob dem Bauhandwerker ein prozessualer Nachteil entsteht, wenn er, statt das Grundstück aufgrund des Bauhandwerkerpfandrechts am Ort der gelegenen Sache verwerten zu lassen, im Fall einer Auseinandersetzung bei Inanspruchnahme der Bankgarantie an einem anderen Ort klagen muss. Die Gesuchstellerin macht in erster Linie einen geografischen Nachteil geltend. Das Handelsgericht kommt mit den Gesuchsgegnerinnen zum Schluss, dass die Wahrscheinlichkeit einer Auseinandersetzung bei Inanspruchnahme der Bankgarantie als gering einzustufen ist, da es sich bei der Garantie um ein abstraktes Zahlungsverprechen handelt, das ausgelöst wird, wenn die begünstigte Person das vorgesehene Verfahren einhält und die erforderlichen Belege vorlegt. Sollte es trotzdem zu einem gerichtlichen Verfahren kommen, wird sich dieses namentlich hinsichtlich des Umfangs deutlich vom Verfahren über die definitive Bestellung einer Sicherheit (insbesondere die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts) unterscheiden. Es würde wohl schriftlich geführt; ein Erscheinen in Basel wäre höchstens einmal erforderlich. Der geografische Nachteil ist deshalb vernachlässigbar. Der Gesuchstellerin droht mit anderen Worten in dieser Hinsicht kein prozessualer Nachteil. Das Handelsgericht verwirft weiter das Argument der Gesuch-

stellerin, sie werde wesentlich benachteiligt, wenn sie in Basel ein Verfahren gegen eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Kantons Basel einleiten müsste, statt gegen juristische Personen in Zürich klagen zu können. Es ist nicht ersichtlich, worin hier konkret ein Nachteil liegen sollte. Würde einem derart pauschal vorgetragenen Einwand Rechnung getragen, könnten Bankgarantien von Banken, welche die Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Anstalt haben, nicht als hinreichend im Sinn von Art. 839 Abs. 3 ZGB angesehen werden, da die Banken praxisgemäss für Streitigkeiten im Zusammenhang mit ihren Bankgarantien einen Gerichtsstand an ihrem Sitz vorsehen (E. 3.4.3.2).

## Die Anmerkungen

1. Eine Sicherheit ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung hinreichend im Sinn von Art. 839 Abs. 3 ZGB, wenn sie dem Bauhandwerkerpfandrecht in quantitativer und qualitativer Hinsicht gleichwertig ist.<sup>1</sup> Qualitative Gleichwertigkeit heisst unter anderem, dass die Situation des Bauhandwerkers in verfahrensrechtlicher Hinsicht durch die Sicherheit im Vergleich zum Bauhandwerkerpfandrecht nicht erschwert werden darf.<sup>2</sup> In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere die Frage, ob die Sicherheit den Bauhandwerker mit Bezug auf den Gerichtsstand schlechterstellt als das Bauhandwerkerpfandrecht.

2. Das Bundesgericht hat, soweit ersichtlich, bis jetzt noch keinen Entscheid gefällt, wonach die Verlegung des Gerichtsstands dazu führt, dass eine geleistete Sicherheit als unzureichend anzusehen ist. In BGE 103 Ia 462 ff. (466) E. 2c hat es dies in einem Obiter Dictum immerhin angedeutet.<sup>3</sup> In BGE 121 III 445 ff. (447) E. 5b hat es die Frage offengelassen, ob die konkret zu beurteilenden Sicherheiten aufgrund des daraus resultierenden Gerichtsstandswechsels Art. 839 Abs. 3 ZGB widersprechen würden, dann aber angefügt, dass sie «angesichts der grossen Bedeutung des Gerichtsstandes zu bejahen gewesen» wäre. Die Lehre folgt mehrheitlich der in den beiden Bundesgerichtsentscheiden wiedergegebenen Auffassung.<sup>4</sup>

3. SCHUMACHER/REY weisen zu Recht darauf hin, dass es das Kriterium der qualitativen Gleichwertigkeit erlaubt, die Gerichtsstandsfrage anhand der Umstände des Einzelfalls zu bewerten. Es kann also nicht gesagt werden, dass ein Gerichtsstandswechsel notwendigerweise zum Ungenügen der Sicherheit führt. So mag sich die Situation des Bauhandwer-

kers im konkreten Fall sogar komfortabler zeigen, wenn zum Beispiel der Klagegerichtsstand mit dem Wohnsitzgerichtsstand des Bauhandwerkers übereinstimmt und das betroffene Grundstück in einem anderen Kanton liegt.<sup>5</sup> Da aber die Bankgarantie im Verfahren um vorläufige Eintragung ohne Beteiligung des Bauhandwerkers gestellt wird und das Vorliegen einer hinreichenden Sicherheit zur Löschung des (super-)provisorisch eingetragenen Pfandrechts führt, darf nach der hier vertretenen Auffassung die qualitative Gleichwertigkeit der Sicherheit bei einem Gerichtsstandswechsel nur ausnahmsweise bejaht werden.

4. Der vorliegende Fall ist insofern speziell, als es sich bei der im Rahmen des Verfahrens um provisorische Eintragung gestellten Bankgarantie um eine definitive Sicherheit handelt. Zu vergleichen ist also, wie die Sicherheit beim Bauhandwerkerpfandrecht bzw. bei der Bankgarantie in Anspruch genommen werden kann, wenn die (nachgewiesene) Forderung bei Fälligkeit nicht bezahlt wird: Beim Bauhandwerkerpfandrecht ist der Weg über die Betreibung auf Pfandverwertung einzuschlagen. Die Zuständigkeit liegt nach Art. 51 Abs. 2 SchKG beim Betreibungsamt am Ort der gelegenen Sache.<sup>6</sup> Bei einer Bankgarantie muss der Bauhandwerker den Klageweg beschreiten, wenn die Garantin die Zahlung verweigert. Sofern die Parteien keine Gerichtsstandsvereinbarung abgeschlossen haben, ist gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO das Gericht am Sitz der Garantin zuständig. Genau genommen ist im vorliegenden Fall also nicht ein Gerichtsstandswechsel zu beurteilen, sondern ein Wechsel des Orts, an dem die Gesuchstellerin tätig werden muss, um die Sicherheit in Anspruch nehmen zu können. Nach der hier vertretenen Ansicht lässt sich der geografische Nachteil, den eine Verlegung dieses Ortes von Zürich (Ort der gelegenen Sache) nach Basel (Sitz der Garantin) nach sich zieht, nicht als «vernachlässigbar gering» bezeichnen. Zwar ist mit Inkrafttreten der ZPO am 1. Januar 2011 das Verfahren in der Schweiz vereinheitlicht worden; der Nachteil, sich bei einem Gerichtsstandswechsel auf eine andere Verfahrensordnung einstellen zu müssen, ist damit weggefallen.<sup>7</sup> Selbst wenn die Wahrscheinlichkeit eines Prozesses gering sein mag, muss die Gesuchstellerin, die ihren Sitz im Kanton Zug hat,<sup>8</sup> aber im Fall eines Gerichtsverfahrens mit dem Wechsel des Gerichtsstands nach Basel einen deutlich weiteren Weg auf sich nehmen. Dieser geografische Nachteil besteht nach wie vor und muss Berücksichtigung finden.<sup>9</sup> Die Bankgarantie hätte deshalb den Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache oder am Sitz der Gesuchstellerin vorsehen müssen, um als hinreichende Sicherheit qualifiziert werden zu können.<sup>10</sup>

<sup>1</sup> BGE 142 III 738 ff. (741) E. 4.4.2 mit Hinweisen.

<sup>2</sup> Vgl. etwa J. SCHMID/B. HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl., Zürich/Genf 2017, Nr. 1748.

<sup>3</sup> «On pourrait [...] se demander si la véritable solution au problème ne consisterait pas à reconnaître au créancier la faculté de contester le caractère «suffisant» de sûretés qui le privent de la possibilité d'actionner le propriétaire au lieu de situation de l'immeuble, mais l'obligent à le rechercher en justice à son domicile.»

<sup>4</sup> Vgl. die Hinweise (auch auf die Vertreter der Gegenmeinung) bei R. SCHUMACHER/P. REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, System und Anwendung, 4. Aufl., Zürich/Genf 2022, Nr. 1248 f.

<sup>5</sup> Vgl. zum Ganzen SCHUMACHER/REY (Fn. 4), Nr. 1249.

<sup>6</sup> SCHUMACHER/REY (Fn. 4), Nr. 1247.

<sup>7</sup> M. VETTER/M. BRUNNER, Die hinreichende Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB, Jusletter vom 27. Februar 2017, Rz. 21.

<sup>8</sup> Vgl. E. 1 des Berichtsentscheids.

<sup>9</sup> A. M. VETTER/BRUNNER (Fn. 7), Rz. 21, welche einen eigentlichen Nachteil grundsätzlich nur dann annehmen wollen, wenn durch die Sicherheit die internationale Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte wegfiel oder es zu einer Änderung der Verfahrenssprache käme. Wie hier hingegen SCHUMACHER/REY (Fn. 4), Nr. 1249, Fn. 1349.

<sup>10</sup> Vgl. auch SCHUMACHER/REY (Fn. 4), Nr. 1264.