

HSU.2019.154

Entscheid vom 31. Januar 2020

Besetzung Oberrichter Vetter, Vizepräsident
 Gerichtsschreiber Schneuwly
 Gerichtsschreiberin-Stv. Albert

Gesuchstellerin **L. AG,** _____

Gesuchsgegnerin **K. AG,** _____
rin vertreten durch Dr. iur. Peter Heer, Rechtsanwalt, Stadtturmstrasse 19,
 5401 Baden

Gesuchsgegneri- **E. AG,** _____
sche Streitberu- vertreten durch lic. iur. Michael Merz, Rechtsanwalt, Hardturmstrasse 11,
fene 8005 Zürich

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend Bauhandwerkerpfandrecht

Der Vizepräsident entnimmt den Akten:

1.

Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in B. Sie ist gemäss Handelsregister im Wesentlichen im Bereich _____ tätig.

2.

Die Gesuchsgegnerin ist eine privatrechtliche Aktiengesellschaft mit Sitz in A. Sie hat gemäss Handelsregister hauptsächlich _____ zum Zweck.

Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des Grdst.-Nr. 123 GB Z. (E-GRID: CH 321; Gesuchsbeilage [GB] 156).

3.

Die gesuchsgegnerische Streitberufene ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie bezweckt im Wesentlichen _____.

4.

Mit Gesuch vom 17. Dezember 2019 (Postaufgabe 18. Dezember 2019) stellte die Gesuchstellerin folgende Rechtsbegehren:

" Das Grundbuchamt Zofingen, Brühlstrasse 5, 4800 Zofingen sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks in der Gemeinde 4001 A., Grundbuch-/Grundbuchblatt-Nr. 123 Kataster-Nr. 123, zugunsten von der gesuchstellenden Partei ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF222'847.05 nebst 0 % Zins seit 00.00.0000 vorläufig als Vormerkung einzutragen."

5.

Am 19. Dezember 2020 erliess der Vizepräsident folgende Verfügung:

1.

Die Streitsache gehört ins summarische Verfahren (Art. 248 ZPO).

2.

Die Gesuchstellerin hat bis **3. Januar 2020** einen Kostenvorschuss von **Fr. 3'000.00** an die Obergerichtskasse mit beiliegendem Einzahlungsschein zu bezahlen (Art. 98 ZPO i.V.m. Art. 101 ZPO).

3.

Der Gesuchsgegnerin wird Frist **bis zum 3. Januar 2020** für die Erstattung einer schriftlichen Antwort angesetzt.

4.

4.1.

Fristerstreckungen werden grundsätzlich **nicht** gewährt. Ausnahmsweise ist eine Fristerstreckung beim Vorliegen zureichender Gründe möglich (Art. 144 Abs. 2 ZPO). Als solche gelten die Zustimmung der Gegenpartei oder

von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe.

4.2.

Bei **Säumnis** wird das Verfahren ohne die versäumte Handlung weitergeführt, d.h. das Gericht fällt eine Endentscheid, sofern die Angelegenheit spruchreif ist, oder lädt zu einer Verhandlung vor (Art. 147 Abs. 2 und Art. 223 Abs. 2 ZPO).

5.

Der **Stillstand der Fristen** gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO **gilt nicht** (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO).

6.

Es gilt **kein Stillstand der Fristen** (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO).

6.

Mit Verfügung vom 24. Dezember 2019 erstreckte der Vizepräsident die Frist zur Erstattung der Gesuchsantwort letztmals bis 10. Januar 2020.

7.

Mit Eingabe vom 27. Dezember 2019 zeigte RA lic. iur. Michael Merz an, er vertrete die Gesuchsgegnerin und reichte gleichzeitig eine Stellungnahme zum Gesuch vom 17. Dezember 2019 ein. Darin führte er im Wesentlichen aus, dass das Grdst.-Nr. 123 GB Z. der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe diene und daher mangels Verwertbarkeit nicht pfändbar sei. Wenn überhaupt kämen bei gegebenen Voraussetzungen die Bestimmungen von Art. 839 Abs. 4-6 ZGB zur Anwendung, was von Amtes wegen zu beachten sei.

8.

Mit Eingabe vom 3. Januar 2020 zeigte RA lic. iur. Michael Merz an, er vertrete die Gesuchsgegnerin mit sofortiger Wirkung nicht mehr.

9.

Da die Gesuchstellerin den Gerichtskostenvorschuss von Fr. 3'000.00 nicht innert der mit Verfügung vom 19. Dezember 2019 gesetzten Frist bezahlte, setzte der Vizepräsident der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 6. Januar 2020 eine letzte, nicht erstreckbare Frist bis 10. Januar 2020 zur Leistung des Gerichtskostenvorschusses von Fr. 3'000.00.

10.

Mit E-Mail vom 10. Januar 2020 zeigte RA lic. iur. Michael Merz an, er vertrete nunmehr die Interessen der E. AG gegenüber der Gesuchstellerin.

11.

Am 10. Januar 2020 reichte die Gesuchsgegnerin eine Antwort ein mit folgenden Rechtsbegehren:

- " 1.
Das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes sei abzuweisen.
- 2.
Unter gesetzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen."

In ihrer Begründung bestritt die Gesuchsgegnerin, dass die Gesuchstellerin Forderungen aus der Leistung von Material oder Arbeiten auf dem Grdst.-Nr. 123 GB Z. erworben habe, ebenso die Rechtzeitigkeit für diejenigen behaupteten Regiearbeiten, welche die Gesuchstellerin vor mehr als vier Monaten erledigt habe (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Ausserdem bestritt die Gesuchsgegnerin, für von der Gesuchstellerin allenfalls auf Grdst.-Nr. 123 GB Z. geleistete Regiearbeiten die Zustimmung erteilt zu haben (Art. 837 Abs. 2 ZGB). Schliesslich bestritt die Gesuchsgegnerin, dass ihr Grdst.-Nr. 123 GB Z. mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet werden dürfe (Art. 839 Abs. 4 ZGB).

12.

12.1.

Mit Eingabe vom 9. Januar 2020 (Postaufgabe: 9. Januar 2020, Posteingang: 13. Januar 2020) beantragte die Gesuchstellerin die Sistierung des Verfahrens, da sie mit der E. AG, ihrer Vertragspartnerin, in Vergleichsverhandlungen stehe.

12.2.

Die Gesuchsgegnerin erklärte mit E-Mail vom 10. Januar 2020, sie verwehre sich nicht gegen eine Sistierung des Verfahrens, solange keine vorläufige Vormerkung im Grundbuch erfolge.

12.3.

Mit Verfügung vom 13. Januar 2020 sistierte der Vizepräsident das Verfahren bis zum 23. Januar 2020 oder Widerruf durch eine Partei. Zugleich kündigte er an, er behalte sich vor, am 29. Januar 2020 eine mündliche Verhandlung durchzuführen, um sowohl die Viermonatsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB als auch das unbedingte Replikrecht zu wahren, falls das Verfahren bis am 23. Januar 2020 nicht vergleichsgemäss erledigt sein sollte.

13.

13.1.

Mit Eingabe vom 20. Januar 2020 beantragte die Gesuchsgegnerin den Endtermin vom 23. Januar 2020 aufzuheben und das Verfahren unbefristet zu sistieren. Eine mündliche Verhandlung am 29. Januar 2020 sei nicht

möglich, da ihr Rechtsvertreter am 29. Januar 2020 den ganzen Tag als Referent an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften engagiert sei. Weiter verkündete die Gesuchsgegnerin der E. AG den Streit.

13.2.

Mit Verfügung vom 21. Januar 2020 wies der Vizepräsident das Gesuch um unbefristete Sistierung ab, da die viermonatige Eintragungsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB am 11. Februar 2020 ablaufen werde.

14.

Am 23. Januar 2020 hat die Gesuchstellerin den Gerichtskostenvorschuss von Fr. 3'000.00 bezahlt.

15.

Die gesuchsgegnerische Streitberufene erklärte mit Eingabe vom 23. Januar 2020 ihren Eintritt als Nebenintervenientin gemäss Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO.

16.

Mit Eingabe vom 23. Januar 2020 teilte die Gesuchsgegnerin unter anderem mit, dass die Gesuchstellerin und ihre Vertragspartnerin, die E. AG, die von der Gesuchstellerin behaupteten Forderungen offenbar nicht erledigt hätten.

17.

Mit Verfügung vom 24. Januar 2020 lud der Vizepräsident auf den Freitag, 31. Januar 2020, 08:00 Uhr, zu einer Instruktionsverhandlung vor.

18.

Mit Eingabe vom 24. Januar 2020 stellte die Gesuchsgegnerin den Antrag, dass mangels rechtzeitiger Leistung des Gerichtskostenvorschusses auf das Gesuch vom 17. Dezember 2019 nicht einzutreten sei.

19.

Am 31. Januar 2020 fand eine Instruktionsverhandlung statt, anlässlich welcher die Gesuchstellerin und die gesuchsgegnerische Streitberufene sich insbesondere zum Antrag der Gesuchsgegnerin vom 24. Januar 2020 auf Nichteintreten äussern konnten. Weiter reichte die gesuchsgegnerische Streitberufene die Zahlungsgarantie Nr. 567 der U. AG vom 28. Januar 2020 über den Betrag von Fr. 223'000.00 ein. Auf Nachfrage des Vizepräsidenten hin erklärte sich die Gesuchstellerin mit dieser Zahlungsgarantie ausdrücklich einverstanden (Protokoll der Verhandlung vom 31. Januar 2020, S. 4).

Der Vizepräsident zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Gemäss Art. 60 ZPO prüft das Gericht von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind. Zu den Prozessvoraussetzungen gehört unter anderem die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO) sowie die fristgemässe Leistung des Gerichtskostenvorschusses (Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO).

1.1. Zuständigkeit

1.1.1.

Für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist oder am Ort, wo die Massnahme vollstreckt werden soll, zwingend örtlich zuständig (Art. 13 ZPO). Für Klagen auf Errichtung gesetzlicher Grundpfandrechte ist das Gericht am Ort, an dem das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist, zuständig (Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO).

Das Grundstück, auf welchem die Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig eintragen lassen will, befindet sich in A. Die örtliche Zuständigkeit der aargauischen Gerichte ist somit gegeben.

1.1.2.

Die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters am Handelsgericht (vgl. § 13 Abs. 1 lit. a EG ZPO) für den Erlass superprovisorischer und vorsorglicher Massnahmen ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 5 ZPO. Diese ist gegeben, da in der Hauptsache die geschäftliche Tätigkeit zumindest der Gesuchstellerin betroffen ist, gegen den Entscheid – bei einem Streitwert von über Fr. 30'000.00 – die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offensteht und die Parteien im Handelsregister eingetragen sind.

1.2. Fristgemässe Leistung des Gerichtskostenvorschusses

1.2.1.

Mit Verfügung vom 19. Dezember 2019 setzte der Vizepräsident der Gesuchstellerin Frist bis 3. Januar 2020 zur Bezahlung des Gerichtskostenvorschusses in Höhe von Fr. 3'000.00. Da die Gesuchstellerin diesen Gerichtskostenvorschuss nicht bezahlte, setzte der Vizepräsident der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 6. Januar 2020 eine letzte, nicht erstreckbare Frist bis 10. Januar 2020 zur Leistung des Gerichtskostenvorschusses. Am 9. Januar 2020 beantragte die Gesuchstellerin die Sistierung des Verfahrens. Mit Verfügung vom 13. Januar 2020 sistierte der Vizepräsident das Verfahren bis zum 23. Januar 2020 oder Widerruf durch eine Partei. Die Gesuchstellerin bezahlte den Gerichtskostenvorschuss am 23. Januar 2020 ohne dazu nochmals aufgefordert worden zu sein.

1.2.2.

Gemäss Auffassung der Gesuchsgegnerin habe die Sistierung keinen Einfluss auf die rechtzeitige Zahlungspflicht: Erstens sei die Sistierung erst nach Ablauf der Zahlungsfrist erfolgt, nämlich mit Verfügung vom 13. Januar 2020. Zweitens setze die Sistierung ein Verfahren voraus, das aber ohne Kostenvorschuss nicht eröffnet bzw. nicht an die Hand genommen worden sei, weshalb vor Bezahlung eines Kostenvorschusses das Verfahren nicht sistiert werden könne. Drittens hätte die Gesuchstellerin keinen Anspruch auf eine Sistierung gehabt, weshalb nicht auf das Datum ihres Sistierungsgesuchs, sondern auf die Sistierungsverfügung abzustellen sei. Viertens vermöge eine Sistierung die Pflicht zur Zahlung eines Kostenvorschusses ohnehin nicht aufzuheben (Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 24. Januar 2020 Ziff. 4).

Die Gesuchstellerin ist sinngemäss hingegen der Ansicht, sie habe den Kostenvorschuss rechtzeitig bezahlt (Protokoll der Verhandlung vom 31. Januar 2020, S. 3).

1.2.3.

In der kantonalen Rechtsprechung wird die Auffassung vertreten, die Einreichung eines Sistierungsgesuchs entbinde nicht von der Pflicht, den Gerichtskostenvorschuss zu leisten. Dieser sei vor der Sistierung des Verfahrens zu leisten.¹ Zudem entfalte eine Sistierung ihre Wirkung erst mit deren Anordnung und nicht bereits mit dem Antrag der Gesuchstellerin; auch nicht rückwirkend.² Das Bundesgericht hat sich soweit ersichtlich noch nicht zu dieser Frage geäussert.

Weshalb die Sistierung eines Prozesses vor Leistung des Gerichtskostenvorschusses unzulässig sein sollte, ist nicht ersichtlich. Zwar handelt es sich bei der Leistung eines Gerichtskostenvorschusses um eine Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO). Prozessvoraussetzungen stellen jedoch keine Bedingungen für das Eröffnen eines Prozesses, sondern lediglich Voraussetzungen für das Eintreten auf die Sachprüfung dar.³ Ist der Prozess durch Einreichung des Gesuchs demnach rechtshängig (Art. 62 Abs. 1 ZPO) und damit eröffnet worden, steht es dem Gericht im Rahmen der Prozessleitung jederzeit zu, das Verfahren aus Gründen der Zweckmässigkeit zu sistieren (Art. 126 Abs. 1 ZPO). Vorliegend erfolgte die Sistierung auf Wunsch der Gesuchstellerin, weil diese in aussergerichtlichen Vergleichsverhandlungen mit der gesuchsgegnerischen Streitberufenen stand. Der Sistierung stimmten alle Parteien zu (vgl. Verfügung vom 13. Januar 2020 sowie die E-Mail der gesuchsgegnerischen Streitberufenen vom

¹ OGer ZH RU170024 vom 16. Mai 2017 E. 3; KGer FR 101 2016 40 vom 7. Juli 2016 E. 3b/ee.

² HGer ZH HE180106 vom 23. Juli 2018 E. 3.2.

³ BERTI, Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, 2011, N. 322.

10. Januar 2020). Dass die Gesuchstellerin keinen Rechtsanspruch auf Sistierung hatte, spielt daher keine Rolle; sie war jedenfalls zweckmässig.

Weiter hat das Bundesgericht festgehalten, bei der Fristansetzung sei zu berücksichtigen, dass der fristbelasteten Partei eine siebentägige Abholfrist zustehe (Art. 138 ZPO). Die Ansetzung einer Frist auf den letzten Abholungstag, d.h. auf den siebten Tag, stelle eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar: "Wird die Frist auf einen bestimmten Kalendertag terminiert, ist die Abholfrist von sieben Tagen zu berücksichtigen".⁴ Vorliegend hat die Gesuchstellerin die Verfügung vom 6. Januar 2020, in welcher ihr die Nachfrist gemäss Art. 101 Abs. 3 ZPO zur Bezahlung des Gerichtskostenvorschusses angesetzt wurde, nicht abgeholt. Damit gilt sie gestützt auf Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO erst am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch (8. Januar 2020), d.h. am 15. Januar 2020, als zugestellt. In diesem Zeitpunkt war die mit Verfügung vom 6. Januar 2020 auf den 10. Januar 2020 angesetzte Nachfrist allerdings bereits abgelaufen. Die Nachfristansetzung erfolgte daher – weil die Verfügung von der Gesuchstellerin nicht abgeholt wurde – unter Verletzung des rechtlichen Gehörs der Gesuchstellerin. Entsprechend wäre eine neue Frist anzusetzen gewesen. Dies war im vorliegenden Fall allerdings nicht nötig, da das Verfahren mit Verfügung vom 13. Januar 2020 schon sistiert wurde. Erst nach Sistierungsaufhebung hätte daher die eigentliche Ansetzung der Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses erfolgen müssen, was sich nun infolge Bezahlung des Gerichtskostenvorschusses am 23. Januar 2020 erledigt hat.

Der Antrag der Gesuchsgegnerin vom 24. Januar 2020 auf Nichteintreten ist daher abzuweisen und auf das Gesuch vom 17. Dezember 2020 ist einzutreten.

2. Aktenschluss

2.1.

Im summarischen Verfahren findet grundsätzlich nur ein Schriftenwechsel statt, mit dessen Abschluss der Aktenschluss eintritt.⁵ Keine der Parteien darf sich darauf verlassen, dass das Gericht nach einmaliger Anhörung einen zweiten Schriftenwechsel oder eine mündliche Hauptverhandlung anordnet.⁶ Eine durch die Parteien selbständig vorgenommene Aufteilung der Rechtsschriften in einzelne Themenkomplexe ist unzulässig.⁷ Die grundsätzliche Beschränkung des summarischen Verfahrens auf einen einfa-

⁴ BGer 5A_280/2018 vom 21. September 2018 E. 5.2.

⁵ BGE 144 III 117 E. 2.2; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 229 N. 17.

⁶ BGE 144 III 117 E. 2.2; BGer 4A_273/2012 vom 30. Oktober 2012 E. 3.2 (nicht publ. in BGE 138 III 620).

⁷ Vgl. BGer 4A_70/2019 vom 6. August 2019 E. 2 (zur Publikation bestimmt).

chen Schriftenwechsel ändert jedoch nichts daran, dass den Parteien gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 und 2 BV das Recht zusteht, zu jeder Eingabe der Gegenpartei Stellung zu nehmen, und zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthält.⁸ Insbesondere sind Stellungnahmen zum Rechtlichen und zum Beweisergebnis bis zur Urteilsfällung jederzeit möglich (sog. Replikrecht). Nach Eintritt des Aktenschlusses können Tatsachen und Beweismittel nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO ohne Verzug vorgebracht werden (sog. Novenrecht).⁹ Eine Tatsache ist neu, wenn sie ein Sachverhaltselement erstmals einführt. Wird ein bereits eingeführtes Sachverhaltselement hingegen bloss klargestellt, ist es nicht neu. Dagegen sind Vorbringen neu, die dem Nachsubstantiieren dienen, wenn die Partei ein substantiiertes Behaupten oder Bestreiten zuvor unterlassen hat.¹⁰

2.2.

Mit der Stellungnahme von RA lic. iur. Michael Merz vom 27. Dezember 2019, der aufgrund der Vollmacht vom 24. Dezember 2019 die Gesuchsgegnerin rechtsgültig vertrat, erstattete die Gesuchsgegnerin ihre Gesuchsantwort und es trat Aktenschluss ein. Die Gesuchsgegnerin konnte danach nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO Tatsachen und Beweismittel vorbringen. Dass diese Voraussetzungen für die in der Antwort der Gesuchsgegnerin vom 10. Januar 2020 enthaltenen Vorbringen erfüllt gewesen sein sollten, macht die Gesuchsgegnerin weder geltend noch ist dies aus den Akten ersichtlich. Die in der Gesuchsantwort vom 10. Januar 2020 enthaltenen Behauptungen und Bestreitungen haben folglich unberücksichtigt zu bleiben.

Dass bei der Gesuchsgegnerin zwischenzeitlich Verwirrung über ihre Rechtsvertretung herrschte, kann an diesem Ergebnis nichts ändern. Es ist vielmehr der Gesuchsgegnerin anzulasten, wenn sie am 23. und am 24. Dezember 2019 mit zwei separaten Vollmachten zwei unterschiedliche Rechtsvertreter mit der vorliegenden Rechtsstreitigkeit beauftragte und sich diese mit ihren Eingaben nicht aufeinander abstimmten.

3. Allgemeine Voraussetzungen der vorläufigen Eintragung

3.1.

Die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts setzt im Wesentlichen die Forderung eines Bauhandwerkers oder Unternehmers für die Leistung von Arbeit und allenfalls von Material zugunsten des zu belastenden Grundstücks sowie die Wahrung der viermonatigen Eintragsfrist voraus (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und 839 Abs. 2 ZGB).

⁸ BGE 144 III 117 E. 2.1; BGE 138 I 154 E. 2.3.3 m.w.N.; BGer 4A_42/2011 vom 21. März 2011 E. 2.2.2.

⁹ LEUENBERGER (Fn. 5), Art. 229 N. 4a.

¹⁰ BSK ZPO-WILLISEGGER, 3. Aufl. 2017, Art. 229 N. 16.

3.2.

Die Eintragungsvoraussetzungen sind im Verfahren betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts lediglich glaubhaft zu machen. An diese Glaubhaftmachung werden zudem weniger strenge Anforderungen gestellt, als es diesem Beweismass für vorsorgliche Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO) sonst entspricht.¹¹ Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint. Im Zweifelsfall, bei unklarer Beweis- oder Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung dem Richter im ordentlichen Verfahren zu überlassen.¹² Letztlich läuft es darauf hinaus, dass der gesuchstellende Unternehmer nur die blosse Möglichkeit eines Anspruchs auf ein Bauhandwerkerpfandrecht nachzuweisen hat.¹³

4. Pfandsumme

4.1. Parteibehauptungen

Die Gesuchstellerin behauptet im Zusammenhang mit der Montage der Lüftungsinstallationen _____, gegenüber der gesuchsgegnerischen Streitberufenen eine Werklohnforderung in Höhe von Fr. 222'847.05. Weder die Gesuchsgegnerin noch die gesuchsgegnerische Streitberufene haben diese Werklohnforderung rechtzeitig bestritten (vgl. oben E. 2.2).

4.2. Rechtliches

Pfandberechtigt sind 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 (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Die mit dem Bauhandwerkerpfand zu sichernde bzw. die gesicherte Forderung besteht entsprechend in der Vergütungsforderung des Handwerkers oder Unternehmers. Sie ist mit dieser identisch. Für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch ist daher nach Art. 794 Abs. 1 i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB eine bestimmte Pfandsumme anzugeben.¹⁴

4.3. Würdigung

Mangels Bestreitung sind die von der Gesuchsgegnerin behaupteten Tatsachen dem Entscheid ohne weiteres zugrunde zu legen, da über nicht bestrittene Tatsachen kein Beweis geführt zu werden braucht (vgl. Art. 150

¹¹ BGE 137 III 563 E. 3.3; 86 I 265 E. 3; vgl. auch SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1394; BSK ZGB II-THURNHERR, 6. Aufl. 2019, Art. 839/840 N. 37.

¹² BGE 86 I 265 E. 3; 102 Ia 81 E. 2b.bb; BGer 5A_426/2015 vom 8. Oktober 2015 E. 3.4; 5A_924/2014 vom 7. Mai 2015 E. 4.1.2; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl., 2011, N. 628.

¹³ SCHUMACHER (Fn. 11), N. 1395.

¹⁴ SCHUMACHER (Fn. 11), N. 436, 438 und 547.

Abs. 1 ZPO).¹⁵ Ohne Zweifel qualifiziert die Montage einer Lüftungsinstallation als bauhandwerkerpfandrechtsberechtigte Arbeit. Die Gesuchsgegnerin hat die von der Gesuchstellerin gegenüber der gesuchsgegnerischen Streitberufenen behauptete Werklohnforderung in Höhe von Fr. 222'847.05 nicht bestritten. Es sind daher – aufgrund des im vorliegenden Verfahren zu beurteilenden Sachverhalts – keine Gründe ersichtlich, weshalb der Gesuchstellerin die geltend gemachte Pfandsomme im Umfang von Fr. 222'847.05 nicht zustehen sollte.

5. Eintragungsfrist

5.1. Parteibehauptungen

Die Gesuchstellerin behauptet, am 11. Oktober 2019 mit den beauftragten Regiearbeiten die letzten Arbeiten ausgeführt zu haben.

5.2. Rechtliches

Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts muss bis spätestens vier Monate nach der Arbeitsvollendung erfolgen, andernfalls verwirkt der Anspruch (Art. 839 Abs. 2 ZGB).¹⁶ Die Eintragungsfrist berechnet sich nach Art. 7 ZGB i.V.m. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Abs. 2 OR. Sie endet somit an demjenigen Tag des letzten Monats, der durch seine Zahl dem Tag der Arbeitsvollendung entspricht.¹⁷

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 839 Abs. 2 ZGB gelten Bauarbeiten grundsätzlich dann als vollendet, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen dabei geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen wie der Ersatz gelieferter, aber fehlerhafter Teile oder die Behebung anderer Mängel. Geringfügige Arbeiten gelten aber dann als Vollendungsarbeiten, wenn sie unerlässlich sind; insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt.¹⁸

5.3. Würdigung

Mangels Bestreitung kann der von der Gesuchstellerin behauptete 11. Oktober 2019 als Datum der Arbeitsvollendung dem Entscheid zugrunde gelegt werden, da über nicht bestrittene Tatsachen kein Beweis geführt zu werden braucht (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).¹⁹

6. Hinreichende Sicherheit

Die gesuchsgegnerische Streitberufene reichte anlässlich der Instruktionsverhandlung die Zahlungsgarantie Nr. 567 der U. AG vom 28. Januar 2020

¹⁵ BK ZPO I-HURNI, 2012, Art. 55 N. 37 mit Verweis auf Art. 150 Abs. 1 ZPO.

¹⁶ BGE 126 III 462 E. 4c/aa; BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 11), Art. 839/840 N. 29.

¹⁷ BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 11), Art. 839/840 N. 31a.

¹⁸ BGer 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4 m.w.N.

¹⁹ BK ZPO I-HURNI, 2012, Art. 55 N. 37 mit Verweis auf Art. 150 Abs. 1 ZPO.

über Fr. 223'000.00 zu Gunsten der Gesuchstellerin ein. Die Gesuchstellerin akzeptierte diese Zahlungsgarantie (vgl. Aktenzusammenzug Ziff. 19).

Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB kann die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht verlangt werden, wenn der Grundeigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet. Das Fehlen einer hinreichenden Sicherheit ist daher eine negative Voraussetzung für die Eintragung bzw. den Weiterbestand des Bauhandwerkerpfandrechts.²⁰ Mit anderen Worten kann der Unternehmer kein Bauhandwerkerpfandrecht verlangen, wenn ihm für die entsprechende Forderung eine hinreichende Sicherheit geleistet wird.²¹ Die Leistung einer hinreichenden Sicherheit hat die Funktion einer Ersatzsicherheit: Anstelle eines mittelbaren gesetzlichen Grundpfandrechts in der Form des Bauhandwerkerpfandrechts²² erhält der Unternehmer eine Ersatzsicherheit.²³ Mit Ausnahme der definitiven Sicherheitsleistung führt diese nicht zur Gegenstandslosigkeit und damit zur Beendigung des ganzen Prozesses. Das Prozessthema bleibt ungeachtet der Änderung des Haftungssubstrats das Gleiche.²⁴ Vorausgesetzt ist, dass die Sicherheitsleistung als "hinreichend" i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB qualifiziert wird.²⁵ Dies setzt voraus, dass die Sicherheitsleistung qualitativ und quantitativ die gleiche Sicherheit bietet wie das Bauhandwerkerpfandrecht.²⁶

Ob die Sicherheitsleistung als "hinreichend" qualifiziert wird, obliegt vorab der Disposition der involvierten Parteien.²⁷ Akzeptiert der Unternehmer die von der sicherleistenden Person angebotene Ersatzsicherheit anstelle des Bauhandwerkerpfandrechts, wird das Gericht nicht mehr überprüfen, ob die Sicherheitsleistung "hinreichend" i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB ist.²⁸

Da die Gesuchstellerin mit der eingereichten Zahlungsgarantie einverstanden ist, erübrigt sich eine Prüfung der quantitativen und qualitativen Gleichwertigkeit zum Bauhandwerkerpfandrecht. Der Zahlungsgarantie steht auch eine allfällige Qualifikation des umstrittenen Grundstücks als Verwaltungsvermögen nicht entgegen (Art. 839 Abs. 4-6 ZGB).

²⁰ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 4. Aufl. 2012, N. 1742; SCHUMACHER (Fn. 11), N. 1237.

²¹ VETTER/BRUNNER, Die hinreichende Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB, in: Jusletter 27. Februar 2017, Rz. 1.

²² Statt vieler SCHUMACHER (Fn. 12), N. 5 ff. m.w.N.

²³ VETTER/BRUNNER (Fn. 21), Rz. 3.

²⁴ RÜETSCHI, Vorfälle im schweizerischen Zivilprozess, 2011, N. 533 ff.; ZR 2010, Nr. 66, S. 272; AGVE 1982 S. 28.

²⁵ VETTER/BRUNNER (Fn. 21), Rz. 6.

²⁶ BGE 142 III 738 E. 4.4.2.; VETTER/BRUNNER (Fn. 21), Rz. 8.

²⁷ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 11), N. 1312. Siehe auch Merkblatt des Handelsgerichts des Kantons Aargau, abrufbar unter <https://www.ag.ch/media/kanton_aargau/jb/dokumente_6/obergerichte/handelsgericht/Merkblatt_Handelsgericht.pdf>, zuletzt besucht am 31. Januar 2020.

²⁸ VETTER/BRUNNER (Fn. 21), Rz. 30; SCHUMACHER (Fn. 20), N. 1314.

7. Ergebnis

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandsomme von Fr. 222'847.05 grundsätzlich erfüllt wären. Zudem hat die Gesuchstellerin die eingereichte Zahlungsgarantie Nr. 567 der U. AG vom 28. Januar 2020 über Fr. 223'000.00 als hinreichend anerkannt.

Folglich ist die vorläufige Eintragung des von der Gesuchstellerin beantragten Bauhandwerkerpfandrechts nicht mehr möglich. Das Interesse der Gesuchstellerin an der Verfahrensfortführung ist in dieser Hinsicht untergegangen. Das Verfahren ist in dieser Hinsicht gemäss Art. 219 i.V.m. Art. 242 ZPO gegenstandslos geworden (vgl. oben E. 6).

8. Prosequierung

Ist eine Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts noch nicht rechtshängig, ist der gesuchstellenden Partei nach Art. 263 ZPO eine Frist zur Einreichung der Klage mit der Androhung anzusetzen, dass die Vormerkung der vorläufigen Eintragung im Grundbuch bei ungenutztem Ablauf der Frist ohne weiteres und ersatzlos gelöscht werde.²⁹ Die Prosequierungsfrist beträgt nach handelsgerichtlicher Praxis bei Fällen der vorliegenden Grösse rund drei Monate. Der Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO ist bei der Prosequierungsfrist nach Art. 263 ZPO i.V.m. Art. 961 Abs. 3 ZGB ausgeschlossen.³⁰

Der Gesuchstellerin ist daher Frist bis zum 4. Mai 2020 anzusetzen, um beim zuständigen Gericht Klage im ordentlichen Verfahren auf definitive Sicherstellung einzureichen.

9. Prozesskosten

Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 95 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Da die Sicherheitsleistung anstelle des Bauhandwerkerpfandrechts tritt, sind die Prozesskosten ausgangsgemäss von der Gesuchsgegnerin zu tragen.

9.1.

Unter Berücksichtigung des verursachten Aufwands sowie des Umfangs der Streitigkeit werden die Gerichtskosten auf Fr. 3'000.00 festgesetzt (§ 8 VKD; SAR 221.150). Gestützt auf Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO werden sie vorab mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'000.00 verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin die Gerichtskosten, d.h. Fr. 3'000.00, direkt zu ersetzen (vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO).

²⁹ SCHUMACHER (Fn. 11), N. 672 ff.

³⁰ BGE 143 III 554 E. 2.5.2 m.w.H.; vgl. auch SCHUMACHER (Fn. 11), N. 688.

9.2.

Eine Parteientschädigung ist der Gesuchstellerin mangels Antrag nicht zuzusprechen.

9.3.

Eine abweichende Verlegung der Prozesskosten im allenfalls vor Handelsgericht stattfindenden Hauptprozess im ordentlichen Verfahren oder aufgrund separater Verfügung im vorliegenden Verfahren bleibt vorbehalten.

Der Vizepräsident erkennt:

1.

Das Verfahren betreffend **Vormerkung** einer **vorläufigen Eintragung** eines **Bauhandwerkerpfandrechts** gemäss Art. 837/839 i.V.m. Art. 961 ZGB auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin, Grdst.-Nr. 123 GB Z. (E-GRID: CH 321), für eine **Pfandsomme** von **Fr. 222'847.05** wird zufolge **Gegenstandslosigkeit** als erledigt abgeschrieben.

2.

In Gutheissung des Gesuchs vom 17. Dezember 2020 wird **gerichtlich vorsorglich festgestellt**, dass die von der gesuchsgegnerischen Streitberufenen eingereichte Zahlungsgarantie Nr. 567 der U. AG vom 28. Januar 2020 über Fr. 223'000.00 als hinreichende Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB gilt.

3.

3.1.

Die **Gesuchstellerin** hat **bis zum 4. Mai 2020** beim zuständigen Gericht im ordentlichen Verfahren Klage auf definitive Sicherstellung der von der gesuchsgegnerischen Streitberufenen eingereichten Zahlungsgarantie Nr. 567 der U. AG vom 28. Januar 2020 über Fr. 223'000.00 anzuheben.

3.2.

Im **Säumnisfall** fällt die in der vorstehenden Dispositiv-Ziff. 2 angeordnete vorsorgliche Massnahme dahin.

3.3.

Es gilt **kein Stillstand der Fristen**.

4.

4.1.

Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 3'000.00 sind von der Gesuchsgegnerin zu tragen und werden mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Ge-

richtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'000.00 verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat die von ihr zu tragenden Gerichtskosten der Gesuchstellerin direkt zu ersetzen.

4.2.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.3.

Eine abweichende Verlegung der Prozesskosten mittels separater Verfügung oder im ordentlichen Verfahren bleibt vorbehalten, falls dieses vor dem Handelsgericht stattfindet.

Zustellung an:

- die Gesuchstellerin (mit Abrechnung mit Protokoll der Instruktionsverhandlung vom 31. Januar 2020)
- die Gesuchsgegnerin (Vertreter; zweifach mit Protokoll der Instruktionsverhandlung vom 31. Januar 2020)
- die gesuchsgegnerische Streitbetroffene (Vertreter; zweifach mit Protokoll der Instruktionsverhandlung vom 31. Januar 2020)

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheids an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid verfassungsmässige Rechte (Art. 98 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 31. Januar 2020

Handelsgericht des Kantons Aargau

2. Kammer

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Vetter

Schneuwly

