

HSU.2022.41

Entscheid vom 23. Februar 2023

Besetzung Oberrichter Dubs, Präsident
Gerichtsschreiberin Näf

Gesuchstellerin **A.** _____
vertreten durch lic. iur. Niklaus Schoch, Rechtsanwalt, und lic. iur. Seraina
Bazzani-Testa, Rechtsanwältin, Birmensdorferstrasse 83, 8003 Zürich

Gesuchsgegnerin **B.** _____
vertreten durch lic. iur. Daniel Grunder, Rechtsanwalt, und MLaw Ramona
Williner, Rechtsanwältin, Zugerstrasse 32, Postfach, 6341 Baar

gesuchsgegnerische Nebenintervenientin **C.** _____
vertreten durch lic. iur. Simon Kohler, Rechtsanwalt, Postfach, 8058 Zürich

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend Bauhandwerkerpfandrecht

Der Präsident entnimmt den Akten:

1.

Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Q.. Sie bezweckt die Führung der Geschäftszweige Bauunternehmung, Generalunternehmung, Kauf und Verkauf von Immobilien und Beteiligungen (Gesuchsbeilage [GB] 2).

Die Gesuchstellerin verfügt in R. über eine Zweigniederlassung gleichen Namens (GB 1).

2.

Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in S.. Sie hat insbesondere das Kaufen, Verkaufen und Verwalten von Immobilien im In- und Ausland zum Zweck (GB 9).

Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des Grundstücks GB T. Nr. B sowie der von diesem dominierten Grundstücke GB T. Nrn. CE, CF, CH, CI, CO, CP, CAA, CAB, CAC, CAD, CAE, CAF, CAF, CAG, CAH, CAI, CAJ, CAK, CAL und CAM (GB 5 und 8).

3.

Mit Gesuch vom 8. Dezember 2022 (gleichentags persönlich überbracht) stellte die Gesuchstellerin die folgenden Rechtsbegehren:

" 1.

Das Grundbuchamt X. sei gerichtlich anzuweisen, zu Gunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten der nachstehenden Grundstücke (in T.) die folgenden Pfandsummen zuzüglich 5 % Zins seit dem 29. November 2022 im Grundbuch als vorläufige Eintragung vorzumerken:

Grundstück-Nr.	Pfandsumme in CHF
B	39'080.30
CE	2'094.80
CF	2'094.80
CH	2'094.80
CI	2'094.80
CO	2'094.80
CP	2'094.80
CAA	2'094.80
CAB	2'094.80
CAC	2'094.80
CAD	2'094.80
CAE	2'094.80
CAF	2'094.80
CAG	2'094.80
CAH	2'094.80
CAI	2'094.80
CAJ	2'094.80

CAK	2'094.80
CAL	2'094.80
CAM	2'094.80

2.
Die Anweisung gemäss Ziffer 1 hiavor sei durch das angerufene Gericht als vorläufige Massnahme, superprovisorisch und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin zu erteilen.

3.
Die in Ziff. 1 hiavor beantragte superprovisorische Verfügung sei dem Grundbuchamt X. sowohl schriftlich als auch telefonisch/per Telefax oder elektronisch sofort anzumelden.

4.
Der Gesuchstellerin sei eine angemessene Frist von mindestens drei Monaten ab rechtskräftigem Abschluss dieses vorläufigen Eintragungsverfahrens anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Ziffer 1 hiavor zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin einzuleiten.

5.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

4.
Mit Verfügung vom 9. Dezember 2022 bewilligte der Präsident den Antrag um superprovisorische Anordnung der Vormerkungen der vorläufigen Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten im beantragten Umfang und wies das Grundbuchamt X. an, diese sofort einzutragen. Gleichzeitig setzte er der Gesuchsgegnerin Frist zur Erstattung einer Antwort bis zum 5. Januar 2022.

5.
Das Grundbuchamt X. merkte die vorläufige Eintragung am 9. Dezember 2022 (Tagebuchnummer 13812) im Tagebuch vor.

6.
Mit Verfügung vom 4. Januar 2023 wurde das Verfahren auf gemeinsamen Antrag der Parteien bis zum 31. Januar 2023 sistiert.

7.
Mit Eingabe vom 25. Januar 2023 liess die C. die folgenden Anträge stellen:

"1. Es sei die C., CHE-[...], mit Sitz in U., als Nebenintervenientin auf der Seite der Gesuchsgegnerschaft zuzulassen.

2. Es sei das Gesuch der Gesuchstellerin um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vollumfänglich abzuweisen.
3. Es sei das Grundbuchamt X. gerichtlich anzuweisen, das auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerschaft einstweilen zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht umgehend und vollumfänglich zu löschen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Gesuchstellerin."

Zur Begründung wurde ausgeführt, die C. habe der Gesuchsgegnerin diverse Grundstücke verkauft, auf welchen nun Bauhandwerkerpfandrechte vorläufig eingetragen worden seien. Als Verkäuferin stehe sie gegenüber der Gesuchsgegnerin in der Pflicht, solche Pfandrechte abzulösen. Weiter erkläre sie, in vorliegendem Verfahren auf eine detaillierte materielle Stellungnahme zu verzichten. Allfällige formelle und materielle Einreden und Einwendungen behalte sie sich für den ordentlichen Prosequierungsprozess ausdrücklich vor. Das Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen werde der Vollständigkeit halber bestritten.

8.

Mit Eingabe vom 27. Januar 2023 stellte die Gesuchsgegnerin die folgenden Rechtsbegehren:

- "1. Es sei die C., CHE-[...], mit Sitz in U. als Nebenintervenientin auf der Seite der Gesuchsgegnerin zuzulassen.
2. Es sei das Gesuch der Gesuchstellerin um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vollumfänglich abzuweisen.
3. Es sei das Grundbuchamt X. gerichtlich anzuweisen, das auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerschaft einstweilen zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht umgehend und vollumfänglich zu löschen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Gesuchstellerin."

Zur Begründung wurde ausgeführt, die Sistierung könne aufgehoben werden. Die Gesuchsgegnerin habe Kenntnis vom Antrag der C. und stimme diesem zu. Das Interesse der C. sei evident.

Gleichzeitig äusserte sich die Gesuchsgegnerin zum Gesuch vom 8. Dezember 2022. Sie erkläre, auf eine detaillierte materielle Stellungnahme zu verzichten. Allfällige formelle und materielle Einreden und Einwendungen

behalte sie sich für den ordentlichen Prosequierungsprozess vor. Der Vollständigkeit halber werde das Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen bestritten.

9.

Mit Verfügung vom 1. Februar 2023 hielt der Präsident fest, dass mit Erstattung der Stellungnahme / Gesuchsantwort der Gesuchsgegnerin vom 27. Januar 2023 der Schriftenwechsel im summarischen Verfahren abgeschlossen sei. Weiter stellte er der Gesuchstellerin die Eingaben der Gesuchsgegnerschaft zu und setzte ihr Frist, um zum Interventionsgesuch der C. Stellung zu nehmen.

10.

Mit Eingabe vom 13. Februar 2023 (Postaufgabe: gleichentags) verzichtete die Gesuchstellerin auf eine Stellungnahme zum Interventionsgesuch. Weiter änderte sie ihren prozessualen Antrag gemäss Rechtsbegehren Ziff. 4 wie folgt:

"Der Gesuchstellerin sei eine angemessene Frist von mindestens **sechs** Monaten ab rechtskräftigem Abschluss dieses vorläufigen Eintragungsverfahrens anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Ziffer 1 hiervor zu Lasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin einzuleiten."

Zur Begründung führte sie aus, der vorliegende Fall weise nur schon angesichts der Vielzahl von Pfandschuldnern eine gewisse Komplexität auf. Daneben sei aktenkundig, dass die Forderungsschuldnerin gegenüber der Gesuchstellerin mehrfach ihren Willen geäussert habe, die offene Forderung im Laufe des ersten Halbjahres 2023 bzw. bis zum 31. Mai 2023 zu begleichen. Eine aussergerichtliche Einigung in den kommenden Monaten scheine daher nicht aussichtslos zu sein.

11.

Mit Verfügung vom 15. Februar 2023 wurde die C. (fortan: gesuchsgegnerische Nebenintervenientin) als Nebenpartei der Gesuchsgegnerin zugelassen.

12.

Mit Eingaben vom 17. Februar 2023 resp. 20. Februar 2023 reichten die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin und die Gesuchsgegnerin je eine Stellungnahme betreffend die Prosequierungsfrist ein.

Der Präsident zieht in Erwägung:

1. Zuständigkeit

Der Einzelrichter am Handelsgericht ist örtlich, sachlich und funktionell zur Beurteilung der im summarischen Verfahren zu behandelnden Streitigkeit zuständig (vgl. dazu E. 4 der Verfügung vom 9. Dezember 2022).

2. Allgemeine Voraussetzungen der vorläufigen Eintragung

2.1.

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).

2.2.

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.¹ 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.² Letztlich läuft es darauf hinaus, dass der gesuchstellende Unternehmer nur die blosse Möglichkeit eines Anspruchs auf ein Bauhandwerkerpfandrecht nachzuweisen hat.³

3. Pfandsumme

3.1. 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

¹ BGE 137 III 563 E. 3.3; 86 I 265 E. 3; vgl. auch SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2022, N. 1533 ff.; BSK ZGB II-THURNHERR, 6. Aufl. 2019, Art. 839/840 N. 37 je m.w.N.

² BGE 86 I 265 E. 3; 102 Ia 81 E. 2b.bb; BGer 5A_395/2020 vom 16. März 2021 E. 2; 5A_32/2020 vom 8. April 2020 E. 3; 5A_426/2015 vom 8. Oktober 2015 E. 3.4; SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1533.

³ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1535.

i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB eine bestimmte Pfandsumme anzugeben.⁴

Werden auf mehreren Grundstücken pfandberechtigte Leistungen erbracht, so ist die Pfandsumme auf die einzelnen Parzellen zu verteilen.⁵ Die Aufteilung hat derart zu erfolgen, dass jedes einzelne Grundstück nur mit demjenigen Anteil belastet wird, der dem Anteil an den Bauarbeiten entspricht, die tatsächlich für das betreffende (belastete) Grundstück erbracht worden sind. Die sich aus der Aufteilung ergebenden Teilbeträge sind in der Folge als Teilpfandrechte i.S.v. Art. 798 Abs. 2 ZGB einzutragen.⁶ Der Unternehmer hat grundsätzlich nachzuweisen, welche konkreten Leistungen an Arbeit und Material er zu welchen Preisen für jedes einzelne Grundstück erbracht hat.⁷ Im Verfahren betreffend vorläufige Eintragung ist indes – aufgrund der drohenden Verwirkung bei Nichteintragung innerhalb der Frist von Art. 839 Abs. 2 ZGB – eine Aufteilung auf die einzelnen Liegenschaften nach Bruchteilen (etwa auf der Grundlage von Quadrat- oder Kubikmeterzahlen) statthaft. Die im Grundbuch vorläufig eingetragenen Teilpfandsummen sind dann im Verfahren betreffend definitive Eintragung aufgrund konkreter Nachweise der auf den verschiedenen Grundstücken erbrachten Leistungen zu berichtigen.⁸

3.2. Würdigung

Der Tatsachenvortrag der Gesuchstellerin zur Auftragserteilung (Werkvertrag 014 vom 31. August bzw. 2. und 7. September 2021 [GB 3] sowie zur Beststellungsänderung Nr. 1 vom 29. August 2022 [GB 15]), zu den erfolgten Baumeisterarbeiten und deren Zurechnung zu den einzelnen Grundstücken der Überbauung, insbesondere zu den Grundstücken der Gesuchsgegnerin, wurde von der gesuchsgegnerischen Seite nicht bzw. lediglich in pauschaler Weise bestritten.

Die zu sichernde Forderung der Gesuchstellerin ergibt sich aus der Addition des offenen Betrags aus der Schlussrechnung vom 26. Juli 2022 über Fr. 231'627.90 (inkl. MwSt.; GB 16 f.) mit dem offenen Betrag aus der Beststellungsänderung Nr. 1 vom 29. August 2022 von Fr. 23'327.80 (inkl. MwSt.; GB 15). Die Forderung ist mittels der eingereichten Unterlagen ohne Weiteres glaubhaft gemacht, zumal die beklagte Nebenintervenientin mit Schreiben vom 30. November 2022 nicht nur bestätigte, dass die Schlussrechnung akzeptiert worden sei, sondern in diesem Schreiben wie

⁴ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 513.

⁵ BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 1), Art. 839/840 N. 18 m.w.N.

⁶ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 861 ff.; vgl. BRITSCHGI Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band/Nr. 30, 2008, S. 103-118, 105, 113 f.; vgl. auch MATHIS, Das Bauhandwerkerpfandrecht in der Gesamtüberbauung und im Stockwerkeigentum, 1988, S. 150, 152.

⁷ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 865 ff.; BRITSCHGI (Fn. 6), S. 114; MATHIS (Fn. 6), S. 152.

⁸ Vgl. SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 868; BRITSCHGI (Fn. 6), S. 115; MATHIS (Fn. 6), S. 150 f.

auch mit der "Schuldanererkennung, Zahlungsvereinbarung, Einfacher Bürgschaftsvertrag" vom 1. Dezember 2022 einen offenen Betrag im Umfang von Fr. 254'954.90 anerkannte (GB 18 f.). Da es sich bei den unter dem Werkvertrag verrichteten Arbeiten (Baustelleneinrichtung, Abdichtungs-, Ortbeton, Maurer- und Elementbauarbeiten Beton; Gesuch Rz. 33, GB 3) um Arbeitsleistungen i.S.v. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB handelt, ist damit eine pfandberechtigte (Gesamt-)Forderung der Gesuchstellerin im Umfang von Fr. 254'955.70 bzw. mindestens Fr. 254'954.90 glaubhaft gemacht. Im vorliegenden Verfahren betreffend Bauhandwerkerpfandrechte ist dabei unerheblich, ob nun die E. oder die F. (vgl. Gesuch Rz. 14; GB 3) Schuldnerin dieser Forderung ist.

Die werkvertraglichen Leistungen der Gesuchstellerin betreffen eine Wohnüberbauung auf fünf Grundstücken (GB T. Nrn. [...], B und C), welche sich aus vier Mehrfamilienhäusern (A, B, C und D) mit insgesamt 42 Wohnungen und eine parzellenübergreifende Tiefgarage zusammensetzt (Gesuch Rz. 4, 11 f.). Die Gesuchsgegnerin ist Eigentümerin des Grundstücks GB T. Nr. B, auf welchem Haus A gelegen ist, sowie von 19 Miteigentumsanteilen am Grundstück Nr. C (Gesuch Rz. 12; GB 5 und 8). Nach den unbestritten gebliebenen Ausführungen der Gesuchstellerin betrifft die Beststellungsänderung Nr. 1 vom 29. August 2022 allein das Haus B (Gesuch Rz 51), womit die darunter ausgeführten Arbeiten nicht den Grundstücken der Gesuchsgegnerin zugutekamen und vorliegend nicht zu berücksichtigen sind. Zur Ermittlung der jeweiligen Teilpfandsummen (Art. 798 Abs. 2 ZGB) stellt die Gesuchstellerin auf die zugunsten der jeweiligen Gebäudeteilen verbauten Betonkubaturen ab, welche ihren Ausführungen nach 80 % des Werkpreises ausmachten (Gesuch Rz. 20, 52). Die Angemessenheit dieses Verteilschlüssels blieb von der Gesuchsgegnerschaft ebenso unbestritten wie die Tatsache, dass 14.06 % der Betonarbeiten dem auf dem Grundstück GB T. Nr. B der Gesuchsgegnerin gelegenen Haus A und 41.45 % der Tiefgarage und Rampe des Grundstücks Nr. C anzurechnen sind (Gesuch Rz. 20, 52). Nach diesen Quoten verteilt die Gesuchstellerin den Betrag in der Höhe von Fr. 231'627.90 auf die einzelnen Grundstücke, womit für das Grundstück GB T. Nr. B eine Pfandsumme von gerundet Fr. 32'566.90 ($\text{Fr. } 231'627.90 \times 14.06 \%$) und für das Grundstück GB T. Nr. C eine Pfandsumme von gerundet Fr. 96'009.75 ($\text{Fr. } 231'627.90 \times 41.45 \%$) resultiert. Letztere teilt die Gesuchstellerin entsprechend der jeweiligen Quoten von 1/55 (vgl. GB 8) auf die einzelnen Miteigentumsanteile am Grundstück GB T. Nr. C auf, womit jeweils ein Betrag von gerundet Fr. 1'745.65 resultiert ($\text{Fr. } 96'009.75 / 55$). Der gewählte Verteilschlüssel erscheint aufs erste plausibel und ist im Rahmen des vorliegenden Verfahrens, wo es um eine vorläufige Ermittlung der Teilpfandsummen geht, statthaft (vgl. E. 3.1.). Von Lehre und Rechtsprechung anerkannt ist sodann

auch die von der Gesuchstellerin angebehrte Erhöhung der einzelnen Teilpfandsummen um eine Sicherheitsmarge von 20 %.⁹ Es sind vorliegend keine Gründe ersichtlich, davon abzuweichen.

3.3. Verzugszinsen

Befindet sich der Forderungsschuldner in Verzug, können auch Verzugszinsen eingetragen werden.¹⁰ Die pfandberechtigte Forderung erhöht sich entsprechend um die Verzugszinse ohne zeitliche Beschränkung. Bei der vorläufigen Eintragung hat der Unternehmer seinen Vergütungsanspruch und seine Forderung auf Verzugszins (inkl. Beginn des Zinsenlaufes) glaubhaft zu machen (Art. 961 Abs. 3 ZGB).¹¹ Der Schuldner einer fälligen Forderung gerät entweder durch Mahnung (Art. 102 Abs. 1 OR) oder, sofern die Parteien einen bestimmten Verfalltag verabredet haben, schon mit dessen Ablauf (Art. 102 Abs. 2 OR) in Verzug. Praxisgemäss gerät er auch mit Ablauf einer in einer Rechnung gesetzten Zahlungsfrist, wie z.B. "zahlbar 30 Tage netto", ohne weitere Mahnung in Verzug.¹²

Auch gegen den Anspruch der Gesuchstellerin auf Verzugszinsen von 5 % ab dem 29. November 2022 bringt die Gesuchsgegnerschaft nichts vor, weshalb es bei den Ausführungen gem. E. 5.3 der Verfügung vom 14. Dezember 2022 bleibt.

4. Eintragsfrist

4.1. Rechtliches

Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts muss bis spätestens vier Monate nach der Arbeitsvollendung erfolgen, andernfalls verwirkt der Anspruch (Art. 839 Abs. 2 ZGB).¹³ Die Eintragsfrist 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.¹⁴

Grundsätzlich hat der Unternehmer, welcher für mehrere Bauwerke auf verschiedenen Grundstücken arbeitete, die Eintragsfrist für jedes Grundstück gesondert einzuhalten. Die Frist beginnt deshalb für jedes Grundstück bzw. Bauwerk mit der Vollendung der dafür geleisteten Arbeiten separat zu laufen, trotz einer allfälligen einheitlichen Vergebung in einem einzigen Werkvertrag. Indessen gilt ausnahmsweise auch für mehrere Bauwerke auf verschiedenen Grundstücken ein einheitlicher Fristbeginn, wenn

⁹ BGer 5A_924/2014 vom 7. Mai 2015 E. 4.1.4; BSK OR-THURNHERR, 6. Aufl. 2019, Art. 839/840 N. 18; SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 878 m.w.H.

¹⁰ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 523 ff. m.w.N.; vgl. auch BGE 121 III 445 E. 5a; 142 III 73 E. 4.4.2.

¹¹ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 529.

¹² AGVE 2003, S. 38; VETTER/BUFF, Verzugszinsen bei «zahlbar innert 30 Tagen», SJZ 2019, S. 151 f. m.w.N.; BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, 7. Aufl. 2019, Art. 102 N. 9b; KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2017, N. 55.32.

¹³ BGE 126 III 462 E. 4c.aa; BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 1), Art. 839/840 N. 29.

¹⁴ BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 1), Art. 839/840 N. 31a.

die Bauwerke oder die Arbeiten bzw. Leistungen hierzu eine funktionelle Einheit bilden und die Bauarbeiten in einem Zug ausgeführt worden sind.¹⁵

4.2. Würdigung

Im Verfahren um vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten kommt nicht das ordentliche Beweismass, sondern dasjenige der Glaubhaftmachung zur Anwendung. Es ist vorliegend nicht ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich, dass es sich bei den von der Gesuchstellerin zwischen dem 9. und 12. August 2022 ausgeführten Arbeiten, für welche sie jeweils Tagesrapporte einreicht (GB 22 - 25), um Vollendungsarbeiten i.S.v. Art. 839 Abs. 2 ZGB handelte. Ebenso wenig kann ausgeschlossen werden, dass für sämtliche gestützt auf den Werkvertrag erbrachten Leistungen ein einheitlicher Fristenlauf gilt (vgl. Gesuch Rz. 35 ff.). Demnach ist glaubhaft, dass die Gesuchstellerin ihre Arbeiten per 9. August 2022 noch nicht vollendet hatte. Da die superprovisorisch angeordnete vorläufige Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte am 9. Dezember 2022 erfolgte, ist die Eintragsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB gewahrt.

5. Keine hinreichende Sicherheitsleistung

5.1. Rechtliches

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 demnach eine negative Voraussetzung für die Eintragung bzw. den Weiterbestand des Bauhandwerkerpfandrechts.¹⁶

Da Art. 839 Abs. 3 ZGB die Art der zu leistenden Sicherheit nicht vorschreibt, kann sie innerhalb der Schranken der Rechtsordnung grundsätzlich frei gewählt werden.¹⁷ Entscheidend ist, dass die Sicherheitsleistung als "hinreichend" i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB qualifiziert wird.¹⁸ Dies setzt voraus, dass die Sicherheitsleistung qualitativ und quantitativ die gleiche Sicherheit bietet wie das Bauhandwerkerpfandrecht.¹⁹ Ob die Sicherheitsleistung als "hinreichend" qualifiziert wird, obliegt vorab der Disposition der involvierten Parteien.²⁰ Akzeptiert der Unternehmer die von der sicherleis-

¹⁵ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1182 ff.; BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 1), Art. 839/840 N. 30.; BRITSCHGI, Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht, 2008, S. 55 f.

¹⁶ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1215.

¹⁷ VETTER/BRUNNER, Die hinreichende Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB, in: Jusletter 27. Februar 2017, Rz. 6; SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1251.

¹⁸ VETTER/BRUNNER (Fn. 17), Rz. 6.

¹⁹ BGE 142 III 738 E. 4.4.2.; VETTER/BRUNNER (Fn. 17), Rz. 8; SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1226 und 1252 f. m.w.N.

²⁰ Vgl. SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1300; VETTER/BRUNNER (Fn. 17), Rz. 30; Siehe auch Merkblatt des Handelsgerichts des Kantons Aargau, abrufbar unter <<https://www.ag.ch/media/kanton-aargau/jb/dokumente/obergericht/handelsgericht/merkblatt-handelsgericht.pdf>>, zuletzt besucht am 21. Februar 2023.

tenden 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 und entsprechend die Löschung des Bauhandwerkerpfandrechts anordnen.²¹ Lehnt der Unternehmer hingegen die eingereichte Sicherheitsleistung ab oder reicht er überhaupt keine Stellungnahme ein, hat das Gericht zu überprüfen, ob diese als hinreichend gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB zu qualifizieren ist. Dabei handelt es sich um eine Rechtsfrage.²²

Als Sicherheitsleistung kommen insbesondere Personalsicherheiten wie die Bürgschaft²³ in Frage.²⁴ Dabei ist in der Lehre umstritten, ob nur die Solidarbürgschaft oder auch die einfache Bürgschaft eine hinreichende Sicherheitsleistung i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB darstellt.²⁵ Hingegen besteht Einigkeit darüber, dass die Bonität des Bürgen ausser Zweifel stehen muss. Infolgedessen sind in der Regel nur von in der Schweiz zugelassenen Banken und Versicherungen ausgestellte Bürgschaften als hinreichend zu qualifizieren.²⁶

5.2. Würdigung

Am 1. Dezember 2022 unterzeichnete die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin eine Bürgschaftserklärung. Darin erklärte sie, "*die geschuldete Forderung über CHF 254'954.90 vom Schuldner*" zu anerkennen und "*für die volle, geschuldete Summe ab dem im Punkt 2.1. vereinbarten Fälligkeitsdatum*" (31. Mai 2023) unbefristet zu haften.

Die Gesuchstellerin bestreitet, dass für ihre Forderung damit hinreichend Sicherheit geleistet worden sei (Gesuch Rz. 60). Auch die Gesuchsgegnerin macht dies nicht geltend. Nachdem allein die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin erklärt hat, für den Betrag von Fr. 254'954.90 (als einfache Bürgin) zu haften (GB 19), liegt gerade keine von einer Schweizer Bank oder Versicherungsgesellschaft ausgestellte Bürgschaft vor. Daher bietet sie vorliegend – unabhängig davon, ob die einfache Bürgschaft überhaupt als hinreichende Sicherheitsleistung i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB betrachtet werden kann – in qualitativer Hinsicht nicht die gleiche Sicherheit wie das Bauhandwerkerpfandrecht. Auch unter quantitativen Gesichtspunkten ist die Gleichwertigkeit zu verneinen: Während das Bauhandwerkerpfandrecht auch allfällige Verzugszinsen zeitlich unbeschränkt abdeckt, umfasst die Erklärung der gesuchsgegnerischen Nebenintervenientin diese gerade nicht. Mit der "Schuldanererkennung, Zahlungsvereinbarung, Einfa-

²¹ VETTER/BRUNNER (Fn. 17), Rz. 30; SCHUMACHER (Fn. 16), N. 1314.

²² VETTER/BRUNNER (Fn. 17), Rz. 31.

²³ Siehe zur (Solidar-)Bürgschaft statt vieler SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1268 ff. m.w.N.

²⁴ BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 1), Art. 839/840 N. 11; SCHUMACHER/REY (Fn. 1), Rz. 1252 f. m.w.N.

²⁵ VETTER/BRUNNER (Fn. 17), Rz. 17 m.w.N.

²⁶ VETTER/BRUNNER (Fn. 17), Rz. 11; SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1268.

cher Bürgschaftsvertrag" vom 1. Dezember 2022 der gesuchsgegnerischen Nebenintervenientin wurde daher keine hinreichende Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB geleistet.

6. Ergebnis

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für die folgenden Pfandsummen erfüllt sind:

- Fr. 39'080.30 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. B;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CE;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CF;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CH;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CI;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CO;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CP;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAA;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAB;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAC;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAD;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAE;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAF;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAG;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAH;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAI;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAJ;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAK;

- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAL;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAM.

Die mit Verfügung vom 9. Dezember 2022 superprovisorisch angeordneten Vormerkungen der vorläufigen Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten sind in diesem Umfang zu bestätigen.

7. Prosequierung

7.1. Rechtliches

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.²⁷ Die Bemessung der Prosequierungsfrist liegt im Ermessen des Gerichts, wobei die Interessen der Parteien, insbesondere das Beschleunigungsinteresse des Grundeigentümers mit dem Interesse des Unternehmers an ausreichender Vorbereitungszeit für das Vorbereiten und Verfassen der Klageschrift, gegeneinander abzuwägen sind.²⁸ Bei Fällen der vorliegenden Grösse beträgt die Prosequierungsfrist nach handelsgerichtlicher Praxis 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.²⁹

7.2. Würdigung

Die Gesuchstellerin beantragt, es sei ihr eine Prosequierungsfrist von sechs Monaten zu gewähren. Der Fall weise eine gewisse Komplexität auf und die Forderungsschuldnerin habe mehrfach den Willen geäussert, die offenen Forderungen im Laufe des ersten Halbjahres 2023 bzw. bis zum 31. Mai 2023 zu begleichen.

Mit Bezahlung der offenen Forderung würde das Bauhandwerkerpfandrecht dahinfallen und ein allfällig bereits eingeleitetes Hauptverfahren gegenstandslos, da die Tilgung der Vergütungsforderung aufgrund der Akzessorietät des Pfandrechts³⁰ auch den Anspruch auf die Eintragung bzw. den weiteren Bestand eines Bauhandwerkerpfandrechts untergehen lässt. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht sinnvoll, die Parteien zur Einleitung eines ordentlichen Verfahrens zu bewegen, während eine einvernehmliche aussergerichtliche Lösung noch möglich scheint. Entsprechend

²⁷ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1663 ff.

²⁸ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1663.

²⁹ BGE 143 III 554 E. 2.5.2 m.w.N.; vgl. auch SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1670.

³⁰ BGer 5A_527/2012 vom 21. Februar 2013 E. 2.2.2; BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 1), Art. 839/840 N. 40.

den verkündeten Aussagen der gesuchsgegnerischen Nebenintervenientin und der *E.* betreffend die beabsichtigte Begleichung des offenen Betrags von Fr. 254'954.90 (GB 29 f.) hat die Gesuchstellerin spätestens am 30. Juni 2023 Gewissheit, ob ihre offene Forderung bezahlt wurde. Sollte dies nicht eintreffen, ist der Gesuchstellerin noch Zeit für die Ausarbeitung der Klageschrift zuzugestehen. Eine Prosequierungsfrist von 6 Monaten erscheint nach dem Gesagten nicht unangemessen, zumal die Gesuchsgegnerin hiergegen auch keine Einwände vorbrachte.

8. Prozesskosten

Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 95 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss sind sie der Gesuchsgegnerin zu tragen.

8.1.

Unter Berücksichtigung des verursachten Aufwands sowie des Umfangs der Streitigkeit werden die Gerichtskosten auf Fr. 2'500.00 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. 2'500.00 verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin die Gerichtskosten, d.h. Fr. 2'500.00, direkt zu ersetzen (vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO).

8.2.

Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin zudem eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung wird nach dem Streitwert – vorliegend Fr. Fr. 78'881.50 – bemessen (vgl. § 3 AnwT; SAR 291.150). Ausgehend von einer Grundentschädigung von rund Fr. 11'169.35 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 5 AnwT) resultiert nach Vornahme eines Summarabzugs von 75 % (§ 3 Abs. 2 AnwT) ein Betrag von rund Fr. 2'792.35. Damit sind insbesondere eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (vgl. § 6 Abs. 1 AnwT). Nach einem weiteren Abzug von 20 % wegen der nicht durchgeführten Verhandlung (§ 6 Abs. 2 AnwT), resultiert ein Betrag in Höhe von Fr. 2'233.90. Nach Hinzurechnung einer Auslagenpauschale (§ 13 Abs. 1 AnwT) von praxisgemäss 3 % resultiert ein Betrag in Höhe von gerundet Fr. 2'300.90, den die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin als Parteientschädigung zu bezahlen hat.

Dem gesuchstellerischen Antrag auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzuschlags ist nicht zu entsprechen. Die Gesuchstellerin ist gemäss UID-Register selber mehrwertsteuerpflichtig. Sie kann die ihrem Anwalt bezahlte Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung

in Abzug bringen (Art. 28 MWSTG).³¹ Die Mehrwertsteuer stellt somit keinen zusätzlichen Kostenfaktor dar und ist bei der Bemessung der Parteientschädigung deshalb nicht zu berücksichtigen.

8.3.

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

Der Präsident erkennt:

1.

In **Gutheissung** des Gesuchs vom 8. Dezember 2023 werden die mit Verfügung vom 9. Dezember 2022 zugunsten der Gesuchstellerin auf den Grundstücken der Gesuchsgegnerin angeordneten Vormerkungen wie folgt **vorsorglich bestätigt**.

- Fr. 39'080.30 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. B;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CE;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CF;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CH;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CI;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CO;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CP;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAA;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAB;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAC;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAD;

³¹ Vgl. Merkblatt zur Frage der Berücksichtigung der Mehrwertsteuer bei der Bemessung der Parteientschädigung der Gerichte des Kantons Aargau vom 11. Januar 2016: <<https://www.ag.ch/media/kanton-aargau/jb/dokumente/obergericht/handelsgericht/merkblatt-mwst.pdf>> (zuletzt besucht am 22. Februar 2023).

- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAE;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAF;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAG;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAH;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAI;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAJ;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAK;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAL;
- Fr. 2'094.80 zzgl. Zins zu 5 % seit 29. November 2022 auf dem Grundstück GB T. Nr. CAM.

2.

Das **Grundbuchamt X.** wird angewiesen, die Vormerkung gemäss Dispositiv-Ziff. 1 **aufrechtzuerhalten.**

3.

3.1.

Die **Gesuchstellerin** hat **bis zum 23. August 2023** beim zuständigen Gericht im ordentlichen Verfahren Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzuheben.

3.2.

Im **Säumnisfall** fällt die in der vorstehenden Dispositiv-Ziff. 1 angeordnete vorsorgliche Massnahme dahin, wobei die Vormerkung im Grundbuch nur auf entsprechendes Gesuch hin gelöscht wird.

3.3.

Es gilt **kein Stillstand der Fristen.**

4.

4.1.

Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 2'500.00 sind der Gesuchsgegnerin zu tragen und werden mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 2'500.00 verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat die von ihr zu tragenden Gerichtskosten der Gesuchstellerin direkt zu ersetzen.

4.2.

Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin deren Parteikosten in richterlich festgesetzter Höhe von Fr. 2'300.90 (inkl. Auslagen) zu ersetzen.

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 (Vertreter; zweifach mit Doppel der Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 20. Februar 2023)
- die Gesuchsgegnerin (Vertreter; zweifach)
- die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin (Vertreter; zweifach mit Doppel der Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 20. Februar 2023)

Zustellung an:

- das Grundbuchamt X (nach Ablauf der Rechtsmittelfrist)

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, 23. Februar 2023

Handelsgericht des Kantons Aargau

1. Kammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dubs

Näf

