

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 03
Fax +41 31 635 48 14
handelsgericht.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

HG 17 89

Bern, 26. Juni 2017

Besetzung

Oberrichter Schlup (Vizepräsident),
Gerichtsschreiberin Kämpfen

Verfahrensbeteiligte

A._____ AG (UID: _____)
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Gesuchstellerin

gegen

C._____ AG in Liquidation (UID: _____)
handelnd durch das Konkursamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mit-
telland, Poststrasse 25, 3071 Ostermundigen
Gesuchsgegnerin

Gegenstand

Vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

Gesuch vom 11./12. Mai 2017



Regeste:

- Vormerkung Bauhandwerkerpfandrecht nach Konkurseröffnung über den Grundeigentümer.
- Art. 263 ZPO; Ansetzung einer relativ bemessenen Klagefrist gerechnet ab dem rechtskräftigen Widerruf des Konkurses bzw. der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven zur Einreichung der Klage auf definitive Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte im ordentlichen Verfahren (E. 23).

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Mit Gesuch vom 11./12. Mai 2017 stellte die Gesuchstellerin beim Handelsgericht des Kantons Bern folgende Anträge (pag. 2 und 6):
 - «1. Es sei für die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Werklohnforderung in der Höhe von CHF 39'724.00 auf das Grundstück D. _____-Grundbuchblatt Nr. _____ zugunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig einzutragen.
 2. Es sei für die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Werklohnforderung in der Höhe von CHF 26'039.00 auf das Grundstück D. _____-Grundbuchblatt Nr. _____ zugunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig einzutragen.
 3. Es sei für die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Werklohnforderung in der Höhe von CHF 26'039.00 auf das Grundstück D. _____-Grundbuchblatt Nr. _____ zugunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig einzutragen.
 4. Es sei für die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Werklohnforderung in der Höhe von CHF 26'039.00 auf das Grundstück D. _____-Grundbuchblatt Nr. _____ zugunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig einzutragen.
 5. Der Grundbuchverwalter des Grundbuchamtes Emmental-Oberaargau sei anzuweisen, die Eintragung gemäss Ziff. 1 bis 4 hievor vorläufig im Grundbuch vorzumerken.
 6. Die Massnahmen gemäss Ziff. 1 bis 5 seien ohne Anhörung der Gegenpartei superprovisorisch anzuordnen.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge ->
2. Mit Verfügung vom 15. Mai 2017 (pag. 13 ff.) entsprach der Vizepräsident den (superprovisorisch gestellten) Anträgen und wies den Grundbuchverwalter des Grundbuchamtes Emmental-Oberaargau an, das Bauhandwerkerpfandrecht im beantragten Umfang als vorläufige Eintragung im Grundbuch vorzumerken.
3. In derselben Verfügung wurde die Gesuchsgegnerin aufgefordert, innert 14 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung eine Stellungnahme einzureichen (pag. 14 Ziff. 4).
4. Die Gesuchsgegnerin hat sich innert der angesetzten Frist nicht vernehmen lassen.

II. Formelles

5. Die streitgegenständlichen Grundstücke sind im Grundbuch der Gemeinde D. _____ aufgenommen. Damit ist das angerufene Gericht zur Beurteilung des vorliegenden Gesuchs örtlich zuständig (Art. 13 der Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272] i.V.m. Art. 29 Abs. 1 Bst. c ZPO).
6. Gemeinsam eingeklagte Ansprüche (Art. 90 ZPO) sind zwecks Bestimmung des zuständigkeits- und verfahrensartrelevanten Streitwerts zusammenzuzählen (BGE 142 III 788 E. 4).
7. Das Handelsgericht des Kantons Bern ist auch sachlich zur Beurteilung des Gesuchs zuständig, da dieses eine vorsorgliche Massnahme in einer handelsrechtlichen Streitigkeit betrifft (Art. 6 Abs. 5 ZPO i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1]). Bei der Hauptsache (definitive Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte) handelt es sich um eine handelsrechtliche Streitigkeit, da beide Parteien im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind (Art. 6 Abs. 2 Bst. c ZPO) und der Streitwert CHF 117'841.00 beträgt, womit gegen den Entscheid die Beschwerde an das Bundesgericht offen steht (Art. 6 Abs. 2 Bst. b ZPO i.V.m. Art. 74 Abs. 1 Bst. b des Bundesgerichtsgesetzes [BGG; 173.110]). Zudem ist auch die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen (Art. 6 Abs. 2 Bst. a ZPO), da das Bauhandwerkerpfandrecht eng mit der Werklohnforderung und damit der geschäftlichen Tätigkeit des Bauunternehmers zusammenhängt (BGE 138 III 471 E. 4).
8. Neben der gleichen sachlichen Zuständigkeit ist auch für sämtliche Ansprüche das summarische (Art. 248 Bst. d ZPO) bzw. in der Hauptsache das ordentliche Verfahren anwendbar, womit die objektive Klagenhäufung zulässig ist (Art. 90 ZPO).
9. Für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit ist der Präsident zuständig (Art. 3 ZPO i.V.m. Art. 45 Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).
10. Die Gesuchstellerin hat den mit Verfügung vom 15. Mai 2017 eingeforderten Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 3'500.00 (pag. 14 Ziff. 5) fristgerecht geleistet.
11. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 ZPO erfüllt sind, ist auf das Gesuch einzutreten.
12. Da die Gesuchsgegnerin innert Frist keine Stellungnahme eingereicht hat, ist sie säumig (Art. 147 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren wird entsprechend ohne die versäumte Handlung weitergeführt (Art. 147 Abs. 2 ZPO) und es wird aufgrund der Akten entschieden. Die Gesuchsgegnerin ist in der Verfügung vom 15. Mai 2017 auf die Säumnisfolgen hingewiesen worden (pag. 15; Art. 147 Abs. 3 ZPO).

III. Materielles

13. Für 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, besteht Anspruch auf die Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts an diesem Grundstück (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB, SR 210]).
14. Der Anspruch des Unternehmers auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich, unabhängig vom Bestand eines Vertragsverhältnisses, gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks (vgl. BGE 92 II 227 E. 1; RAINER SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematischer Aufbau, 3. Aufl. 2008 [nachfolgend: Bauhandwerkerpfandrecht], Rz. 1363).
15. Ein Bauhandwerkerpfandrecht kann zu seiner Sicherung als vorläufige Eintragung im Grundbuch vorgemerkt werden (Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Nachdem der Ansprecher seine Berechtigung glaubhaft gemacht hat, bewilligt das Gericht die Vormerkung, indem es deren Wirkungen zeitlich und sachlich genau feststellt und nötigenfalls zur gerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche eine Frist ansetzt (Art. 961 Abs. 3 ZGB).
16. Nach Art. 261 Abs. 1 ZPO hat der Unternehmer seinen Pfandanspruch, dessen Gefährdung durch den drohenden Ablauf der Verwirkungsfrist nach Art. 839 Abs. 2 ZGB und damit auch die zeitliche Dringlichkeit glaubhaft zu machen (RAINER SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage, 2011, Rz. 599).
17. An die Glaubhaftmachung sind nach konstanter Praxis und herrschender Lehre keine strengen Anforderungen zu stellen, da die kurze Verwirkungsfrist in Art. 839 Abs. 2 ZGB und der damit drohende endgültige Verlust des Pfandrechts eine besondere Interessenlage begründen. Die Eintragung darf nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfall ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und der endgültige Entscheid über Bestand und Umfang des Pfandrechts dem Richter im Hauptverfahren zu überlassen. Dies gilt namentlich bei unklarer oder unsicherer Rechtslage. Denn ein zu Unrecht eingetragenes Baupfandrecht kann immer noch gelöscht werden, ohne dass dem Grundeigentümer nennenswerter Schaden erwächst. Andererseits kann ein zu Unrecht verweigertes Baupfandrecht nachträglich nicht mehr eingetragen werden, da die Frist in den meisten Fällen inzwischen abgelaufen ist (SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1394; BGE 86 I 265 E. 3).
18. Nachdem sich die Gesuchsgegnerin nicht hat vernehmen lassen, kann auf die Begründung der Verfügung vom 15. Mai 2017 (pag. 14; insbesondere auf die GB 3, 4, 5 und 6) verwiesen werden. Entsprechend ist davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin eine ausstehende Vergütungsforderung aus pfandberechtigten Leistungen von insgesamt CHF 117'839.75 glaubhaft gemacht hat.

19. Nach der unbestritten gebliebenen Darstellung der Gesuchstellerin hat sie Erschliessungsarbeiten für eine Gesamtüberbauung erbracht, welche alle vier streitgegenständlichen Grundstücke betrifft (Gesuch Art. 2 Rz. 4 und 6).

Vergütungsforderungen für Bauarbeiten eines Unternehmers für mehrere Grundstücke sind so aufzuteilen, dass jedes einzelne Grundstück nur mit demjenigen Anteil der Vergütungsforderung belastet wird, der dem Anteil an den Bauarbeiten entspricht, die tatsächlich für das betreffende Grundstück erbracht worden sind (SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 837).

Die Gesuchstellerin führt aus, dass sie zugunsten aller vier Grundstücke Erschliessungsarbeiten vorgenommen habe, wobei aber die Parzelle Gbbl. Nr. _____ einen leicht höheren Anteil aufweise, da ein Mehraufwand (Parkplätze, Detailerschliessung, etc.) ausschliesslich diesem Grundstück zugewiesen werden könne (Gesuch Art. 2 Rz. 6). Hierzu reicht sie eine Berechnung der Aufteilung der Pfandsumme auf die vier betroffenen Grundstücke vom 4. Mai 2017 ein (GB 10), aus welcher die Pfandsummen gemäss Rechtsbegehren resultieren. Diese weisen einen Betrag von insgesamt CHF 117'841.00 und damit eine Rundungsdifferenz von CHF 1.25 zur geltend gemachten Werklohnforderung (CHF 117'839.75) auf. Aufgrund der Geringfügigkeit dieser Differenz, welche ihren Ursprung darin hat, dass die einzelnen Teilsummen auf ganze Frankenbeträge gerundet wurden, und welche wiederum auf die vier Grundstücke zu verteilen wäre, rechtfertigt es sich die Bauhandwerkerpfandrechte trotzdem in beantragter Höhe einzutragen.

20. Die Eintragung des Pfandrechts hat bis spätestens vier Monate nach der Vollen-
dung der Arbeit zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB).

Die Gesuchstellerin führt aus, dass sie ihre Arbeiten bis am 28. Februar 2017 ausgeführt habe (Gesuch Art. 1 Rz. 1). Damit würde die viermonatige Verwirkungsfrist am 28. Juni 2017 auslaufen, womit die zeitliche Dringlichkeit im Sinne von Art. 261 Abs. 1 ZPO glaubhaft ist. Mit der am 15. Mai 2017 im Grundbuch vorläufig eingetragenen Vormerkung der Bauhandwerkerpfandrechte ist diese Frist vorläufig gewahrt worden.

21. Gemäss den eingereichten Grundbuchauszügen (GB 2) ist die Gesuchsgegnerin Alleineigentümerin der betroffenen Liegenschaften (D. _____ Gbbl. Nrn. _____, _____, _____ und _____).

Mit Entscheid vom _____ wurde über die Gesuchsgegnerin der Konkurs eröffnet. Der Unternehmer kann sein gesetzliches Grundpfandrecht selbst nach Eröffnung des Konkurses über den Besteller, dem das Grundstück gehört, eintragen lassen (BGE 95 II 31 E. 4)

22. Damit hat die Gesuchstellerin sowohl die Pfandansprüche zu ihren Gunsten im Betrag von CHF 39'724.00 auf dem Grundstück D. _____ Gbbl.-Nr. _____ und im Betrag von Betrag je CHF 26'039.00 auf den Grundstücken D. _____ Gbbl.-Nr. _____, _____ und _____ als auch deren Gefährdung glaubhaft gemacht. Entsprechend ist die mit Verfügung vom 15. Mai 2017 getroffene superprovisorische Anordnung vollumfänglich zu bestätigen.

23. Ist die Klage in der Hauptsache noch nicht rechtshängig, so setzt das Gericht der gesuchstellenden Partei eine Frist zur Einreichung der Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts an, mit der Androhung, die angeordnete Massnahme falle bei ungenutztem Ablauf der Frist ohne Weiteres dahin (Art. 263 ZPO). Für die Dauer des Konkursverfahrens sind aber die ordentlichen Zivilgerichte nicht mehr zuständig zur Beurteilung einer Klage auf definitiven Grundbucheintrag eines Bauhandwerkerpfandrechts (SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1698). Ist der Prozess um definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch nicht hängig, wird über dessen Bestand im Lastenbereinigungsverfahren und nicht in einem materiellen Zivilprozess entschieden (JÜRGEN SCHMID, Das Bauhandwerkerpfandrecht im Konkurs, in: TREX 2001 S. 148 ff., S. 156).

Damit ist aus prozessökonomischen Gründen dem Unternehmer eine relativ bemessene Klagefrist anzusetzen, gerechnet ab dem Zeitpunkt, in welchem feststeht, dass die mit dem Bauhandwerkerpfandrecht belasteten Grundstücke weder im Konkursverfahren noch in einer anschliessenden Spezialliquidation nach Art. 230a Abs. 2 SchKG (Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs; SR 281.1) von der Konkursverwaltung verwertet worden sind (SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 1708). Entsprechend ist dem Unternehmer (der Gesuchstellerin), gerechnet ab dem Zeitpunkt, in dem feststeht, dass der Konkurs nicht durchgeführt werden wird, das heisst entweder der Konkurs mangels Aktiven eingestellt oder widerrufen wird, eine relative Frist von drei Monaten anzusetzen, um die definitive Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte in einem entsprechenden ordentlichen Verfahren zu erwirken. Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt die vorläufige Eintragung bestehen. Die Konkursverwaltung wird in diesem Zusammenhang aufgefordert, das Gericht über einen allfälligen Widerruf des Konkurses über die Gesuchsgegnerin oder über die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven zu unterrichten. Es darf davon ausgegangen werden, dass das Konkursamt den Unternehmer (die Gesuchstellerin) über das laufende Konkursverfahren, soweit seine Bauhandwerkerpfandrechtsansprüche betreffend, ebenfalls unterrichten wird.

IV. Kosten

24. In Anwendung von Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 42 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 des Dekrets betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (Verfahrenskostendekret, VKD; BSG 161.12) werden die Gerichtskosten für das vorsorgliche Massnahmeverfahren auf CHF 3'500.00 festgesetzt und mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Vorschuss von CHF 3'500.00 verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO).
25. Über den Pfandanspruch der Gesuchstellerin wird erst im ordentlichen Verfahren definitiv entschieden werden. Daher rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten des vorliegenden Verfahrens vorerst der Gesuchstellerin aufzuerlegen. Vorbehalten bleibt die definitive Kostenregelung im Hauptverfahren. Bei Nichtprosequierung der vorsorglichen Massnahme oder falls es aufgrund der Durchführung des Konkurs-

verfahrens zu keinem ordentlichen Verfahren über die definitive Eintragung kommt, gelten die Gerichtskosten als definitiv der Gesuchstellerin auferlegt.

26. Auch der Entscheid über die Parteientschädigung wird dem allfälligen Hauptverfahren vorbehalten. Entsprechend wird im vorliegenden Verfahren keine Parteientschädigung gesprochen. Für den Fall, dass der Gesuchstellerin innert Frist keine Klage auf definitive Eintragung einreichen sollte, ist der Gesuchsgegnerin mangels prozessualen Aufwands keine Entschädigung zuzusprechen. Auch der Gesuchstellerin ist für diesen Fall keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Das Handelsgericht entscheidet:

1. Das Begehren um Erlass einer vorsorglichen Massnahme wird **gutgeheissen**. Die in Ziff. 2 der Verfügung vom 15. Mai 2017 beim Grundbuchverwalter des Grundbuchamtes Emmental-Oberaargau angeordnete Vormerkung folgender Bauhandwerkerpfandrechte als **vorläufige Eintragungen** zugunsten der Gesuchstellerin wird wie folgt **bestätigt**:
 - 1.1 auf dem Grundstück D. _____ Gbbl.-Nr. _____ im Betrag von CHF 39'724.00;
 - 1.2 auf dem Grundstück D. _____ Gbbl.-Nr. _____ im Betrag von CHF 26'039.00;
 - 1.3 auf dem Grundstück D. _____ Gbbl.-Nr. _____ im Betrag von CHF 26'039.00;
 - 1.4 auf dem Grundstück D. _____ Gbbl.-Nr. _____ im Betrag von CHF 26'039.00.
2. Der Gesuchstellerin wird zur Einreichung der Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts eine **Frist von drei Monaten** angesetzt, gerechnet ab dem rechtskräftigen Widerruf des Konkurses bzw. nach unbenutztem Ablauf der Frist nach Art. 230a Abs. 2 SchKG (innert welcher die Durchführung der Pfandverwertung [Spezialliquidation] der streitgegenständlichen Grundstücke bei Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven verlangt werden kann).
3. Nach unbenutztem Ablauf der Frist gemäss Ziff. 2 fällt die vorgemerkte vorläufige Eintragung dahin und ist im Grundbuch zu löschen. Der Fristenstillstand nach Art. 145 ZPO gilt für das summarische Verfahren nicht.
4. Die Konkursverwaltung wird aufgefordert, das Gericht über einen allfälligen Widerruf des Konkurses über die Gesuchsgegnerin oder über die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven schriftlich zu unterrichten.
5. Im Rahmen dieses vorsorglichen Massnahmeverfahrens werden die Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 3'500.00, der Gesuchstellerin auferlegt und dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 3'500.00 entnommen. Vorbehalten bleibt die definitive Kostenregelung im ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass es zu keinem ordentlichen Verfahren über die definitive Eintragung kommt, gelten die Gerichtskosten als definitiv auferlegt.
6. Im Rahmen dieses vorsorglichen Massnahmeverfahrens werden keine Parteientschädigungen gesprochen. Vorbehalten bleibt die definitive Kostenregelung in einem allfälligen ordentlichen Verfahren.
7. Zu eröffnen:
 - der Gesuchstellerin (per Gerichtsurkunde)

- der Gesuchsgegnerin, handelnd durch das Konkursamt Bern-Mittelland (per Einschreiben)
- dem Grundbuchamt Emmental-Oberaargau (per Einschreiben)

Mitzuteilen (A-Post):

- der Gesuchsgegnerin an deren Domizil, C. _____

Bern, 26. Juni 2017

Im Namen des Handelsgerichts

Der Vizepräsident:

Oberrichter Schlup

Die Gerichtsschreiberin:

Kämpfen

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Dabei kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden, wobei die Rüge zu begründen ist (Art. 98 BGG, Art. 106 Abs. 2 BGG). Die Art. 95, 97 und 105 Abs. 2 BGG gelangen nicht zur Anwendung. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.

Hinweis:

Dieser Entscheid ist rechtskräftig.