

HOR.2023.2

Urteil vom 22. Juni 2023

Besetzung	Oberrichter Vetter, Vizepräsident Ersatzrichterin Müller Handelsrichter Friedli Handelsrichter Gruntz Handelsrichter Laube Gerichtsschreiber Sulser Gerichtsschreiberin-Stv. Hunziker
Klägerin	A._____ GmbH, [...] vertreten durch lic. iur. Alexander Cica, Rechtsanwalt, Mühlebachstrasse 32, Postfach 769, 8024 Zürich
Beklagte	Kantonsspital Z. AG, [...] vertreten durch lic. iur. Felix Weber, Rechtsanwalt, Hintere Bahnhofstrasse 10, Postfach, 5001 Aarau
Gegenstand	Ordentliches Verfahren betreffend definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

Das Handelsgericht entnimmt den Akten:

1.

Die Klägerin ist eine Schweizer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Q. Sie bezweckt [...] (Klagebeilage [KB] 2).

2.

Die Beklagte ist eine Schweizer Aktiengesellschaft mit Sitz in Z. (AG). Sie bezweckt im Wesentlichen die Führung des Kantonsspitals Z. als Spital bzw. Kantonsspital mit gemeinnütziger Zweckbestimmung im Sinne der aargauischen Spezialgesetzgebung (KB 3).

Die Beklagte ist Alleineigentümerin des Grdst.-Nr. aaa GB Z. (E-GRID: CH bbb) (KB 7).

3.

Die Beklagte ist Bauherrin des Bauprojekts R. auf Grdst.-Nr. aaa GB Z. In diesem Zusammenhang hat sie am 23. März 2022 mit der B. GmbH [...] einen Werkvertrag für Gipserarbeiten Trockenbau P2 und P3 zum Werkpreis von netto Fr. 4'532'079.90 abgeschlossen (KB 8). Die Klägerin hat ihrerseits als Subsubunternehmerin mit der C. GmbH [...] am 17. November 2021 einen Subunternehmervertrag abgeschlossen (Klage Rz. 4; KB 5).

4.

4.1.

Mit Gesuch vom 20. Oktober 2022 ersuchte die Klägerin im Verfahren HSU.2022.36 den Vizepräsidenten des Handelsgerichts um Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grdst.-Nr. aaa GB Z. der Beklagten für eine Pfandsomme von Fr. 434'683.62 zuzüglich 5 % Zins seit dem 6. Oktober 2022 (KB 6).

4.2.

Am 7. November 2022 schrieb der Vizepräsident das Gesuch infolge Anerkennung ab und wies das Grundbuchamt Z. an, die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grdst.-Nr. aaa GB Z. für eine Pfandsomme von Fr. 434'683.62 zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 6. Oktober 2022 einzutragen. Gleichzeitig wurde der Klägerin Frist angesetzt, bis zum 7. Februar 2023 beim zuständigen Gericht im ordentlichen Verfahren Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzuheben.

5.

Mit Klage vom 12. Januar 2023 (Postaufgabe: 12. Januar 2023) stellte die Klägerin folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Das Grundbuchamt Z. sei anzuweisen, das zu Lasten des Grundstücks der Beklagten, Grundstücks-Nr. aaa GB Z. (E-GRID: CH bbb), bereits vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 434'683.62 zuzüglich 5% Zins seit dem 6. Oktober 2022 definitiv im Grundbuch einzutragen;

2.

Es sei festzustellen, dass der Bestand und Umfang des Bauhandwerkerpfandrechts in der Höhe von CHF 434'683.62 zuzüglich 5% Zins seit dem 6. Oktober 2022 zugunsten der Klägerin besteht;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer zulasten der Beklagten."

Zur Begründung führte die Klägerin im Wesentlichen aus, sie habe während den Monaten November 2021 bis August 2022 am Bauprojekt R. Trockenbau- und Gipsarbeiten ausgeführt. Sie habe insgesamt Arbeiten inkl. Materialkosten im Betrag von Fr. 691'442.55 (exkl. MwSt.) ausgeführt. Die B. GmbH habe der Klägerin Akontoleistungen von Fr. 287'836.59 (exkl. MwSt.) bezahlt. Damit sei noch ein Restbetrag von Fr. 434'683.62 (inkl. MwSt.) ausstehend.

6.

6.1.

Mit Eingabe vom 27. Januar 2023 stellte die Beklagte folgende prozessuale Begehren:

" 1.

Im Verfahren HOR.2023.2 sei der Streitberufenen durch die Beklagte/Streitverkünderin der Streit zu verkünden (einfache Streitverkündung im Sinne von Art. 78 ff. ZPO).

2.

Verfahrensantrag: Der Beklagten/Streitverkünderin sei im Verfahren HOR.2023.2 die Frist für die Erstattung der Klageantwort gemäss Verfügung vom 18. Januar 2023 abzunehmen, bis sich die Streitberufene zu ihrer Form der Beteiligung im Prozess geäußert hat. Anschliessend sei der Beklagten/Streitverkünderin neu Frist zur Stellungnahme anzusetzen.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. der gesetzlichen MWST)."

6.2.

Mit Verfügung vom 30. Januar 2023 nahm der Vizepräsident der Beklagten die Frist zur Erstattung der Klageantwort ab und setzte der B. GmbH Frist bis 10. Februar 2023, um sich zu erklären, ob sie zugunsten der Beklagten als Nebenintervenientin am Verfahren teilnehmen wolle (Art. 79 Abs. 1 lit. a

ZPO), anstelle der Beklagten mit deren Einverständnis den Prozess führen wolle (Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO) oder den Eintritt ins Verfahren ablehne (Art. 79 Abs. 2 ZPO).

6.3.

Da sich die B. GmbH innert Frist nicht vernehmen liess, setzte der Vizepräsident der Beklagten mit Verfügung vom 14. Februar 2023 Frist zur Erstattung einer schriftlichen Antwort bis zum 6. März 2023.

7.

Mit Klageantwort vom 6. März 2023 stellte die Beklagte folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.

2.

Das Grundbuchamt Z. sei anzuweisen, die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf LIG Z./aaa der Beklagten für eine Pfandsumme von CHF 434'683.62 zuzüglich 5 % Zins ab dem 6. Oktober 2022 zu löschen.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin."

Zur Begründung führte die Beklagte im Wesentlichen aus, dass das streitgegenständliche Grundstück Verwaltungsvermögen darstelle und damit unpfändbar sei. Auch bestritt die Beklagte, dass die Klägerin Arbeiten am Bauprojekt R. erbracht oder Material geliefert hätte. Jedenfalls sei die Forderung von Fr. 434'683.62 durch die Klägerin nicht substantiiert behauptet bzw. bewiesen worden. Sollte die Klägerin tatsächlich Arbeiten ausgeführt haben, würden diese nach Auffassung der Beklagten keine Arbeiten im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB darstellen. Die Klägerin habe lediglich Mitarbeiter im Rahmen eines Personalverleihverhältnisses zur Verfügung gestellt.

8.

Mit Replik vom 12. April 2023 sowie Duplik vom 9. Mai 2023 hielten die Parteien an ihren Rechtsbegehren und Begründungen fest.

9.

9.1.

Mit Verfügung vom 10. Mai 2023 überwies der Vizepräsident die Streitsache an das Handelsgericht, gab die Zusammensetzung des Gerichts bekannt und forderte die Parteien auf, dem Handelsgericht schriftlich mitzuteilen, ob sie auf eine Hauptverhandlung gänzlich (Art. 233 ZPO) bzw. al-

ternativ auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verzichten und dem Gericht beantragen, ihre Schlussvorträge schriftlich einzureichen (Art. 232 Abs. 2 ZPO).

9.2.

Mit Eingabe vom 16. Mai 2023 teilte die Beklagte mit, dass sie mit der Durchführung einer Hauptverhandlung einverstanden sei. Die Klägerin teilte mit Eingabe vom 19. Mai 2023 mit, sie verzichte auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung und beantrage, die Schlussvorträge schriftlich einzureichen.

9.3.

Mit Verfügung vom 25. Mai 2023 lud der Vizepräsident zur Hauptverhandlung vom 22. Juni 2023, 13:30 Uhr, vor und erliess die Beweisverfügung.

9.4.

Am 22. Juni 2023 fand die Hauptverhandlung statt. Die Parteien hielten ihre Schlussvorträge und konnten sich dabei je zwei Mal äussern. Anschliessend zog sich das Handelsgericht zur Beratung zurück und fällte das vorliegende Urteil.

Das Handelsgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Das Gericht prüft die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 60 ZPO). Darunter fallen insbesondere die örtliche und die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO) sowie das Rechtsschutzinteresse (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO).

1.1. Zuständigkeit

1.1.1. Örtliche Zuständigkeit

Die Beklagte lässt sich auf den vorliegenden Prozess i.S.v. Art. 18 ZPO ein, weshalb die Gerichte des Kantons Aargau örtlich zuständig sind.

1.1.2. Sachliche Zuständigkeit

Die Streitigkeit beschlägt die geschäftliche Tätigkeit sowohl der Klägerin als auch der Beklagten. Beide sind zudem im Handelsregister eingetragen (KB 2 und 3) und der Streitwert beträgt Fr. 434'683.62. Das Handelsgericht ist demgemäss nach Art. 6 Abs. 2 ZPO sachlich zuständig.

1.2. Prosequierungsfrist

Mit ihrer Klage 12. Januar 2023 hielt die Klägerin die mit Verfügung vom 7. November 2022 bis zum 7. Februar 2023 angesetzte Prosequierungsfrist ein.

2. Feststellungsbegehren

Die Klägerin beantragt in Rechtsbegehren-Ziff. 2, es sei festzustellen, dass der Bestand und Umfang des Bauhandwerkerpfandrechts in der Höhe von Fr. 434'683.62 zuzüglich 5% Zins seit dem 6. Oktober 2022 zugunsten der Klägerin bestehe.

Die Feststellungsklage setzt ein Feststellungsinteresse voraus. Dieses ist eine Erscheinungsform des allgemeinen Rechtsschutzinteresses und gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO somit eine Prozessvoraussetzung. Das Feststellungsinteresse ist gegeben, wenn für die Klägerin eine Ungewissheit, Unsicherheit oder Gefährdung ihrer Rechtsstellung besteht, deren Behebung gerechtfertigt und nicht auf andere Weise möglich ist.¹ Falls die Klägerin mit einer Leistungs- oder Gestaltungsklage zum gewünschten Ziel kommen könnte, fehlt es in der Regel am erforderlichen Feststellungsinteresse. Die Feststellungsklage lässt sich somit gegenüber der Leistungs- oder Gestaltungsklage als subsidiär bezeichnen.²

Das gewünschte Ziel, die definitive Eintragung des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts, lässt sich bereits mit Rechtsbegehren Ziff. 1 erreichen. Folglich fehlt es dem Feststellungsbegehren von Rechtsbegehren Ziff. 2 am erforderlichen Feststellungs- und damit am Rechtsschutzinteresse. Auf Rechtsbegehren Ziff. 2 ist damit nicht einzutreten.

3. Verhandlungsmaxime

Vorliegend gilt die Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Auf die sich daraus ergebenden Obliegenheiten der Parteien ist vorab einzugehen:

3.1. Behauptungslast

Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Den Prozessparteien obliegt die Behauptungslast.³ Die Aufteilung der Behauptungslast zwischen den Parteien folgt der Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB.⁴ Somit trägt die Behauptungslast für rechtserzeugende Tatsachen, wer ein Recht oder Rechtsverhältnis behauptet; für rechtsaufhebende Tatsachen, wer die Aufhebung oder den Untergang eines Rechts behauptet (z.B. Verwirkung, Erlass etc.) und für rechtshindernde Tatsachen, wer sich darauf beruft (z.B. Verjährung, Stundung etc.).⁵

¹ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2019, § 14 N. 25 mit Verweis auf BGer 4C.364/2002 vom 31. Januar 2003 E. 2.

² STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 1), § 14 N. 25a m.w.N.

³ Vgl. BGer 5A_83/2019 vom 23. Juli 2019 E. 4, 4A_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2; SCHNEUWLY, Lange Rechtsschriften – Wieso? Und was tun?, Anwaltsrevue 2019, S. 444.

⁴ BGE 132 III 186 E. 4; BGer 5A_808/2018 vom 15. Juli 2019 E. 4.2.

⁵ SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 55 N. 18.

Dementsprechend hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu behaupten, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt.⁶

Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten; es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden rechtlichen Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden.⁷ Was offensichtlich in anderen, ausdrücklich vorgebrachten Parteibehauptungen enthalten ist, muss nicht explizit behauptet werden (sog. implizite bzw. mitbehauptete Tatsachen).⁸ Blosser Mutmassungen stellen jedoch keine rechtsgenügenden Tatsachenbehauptungen dar.⁹ Ist ein Tatsachenvortrag im erwähnten Sinne vollständig, so wird er als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt.¹⁰

Tatsachenbehauptungen sind grundsätzlich in den Rechtsschriften aufzustellen (Art. 221 Abs. 1 lit. d und Art. 222 Abs. 2 Satz 1 ZPO).¹¹ Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht.¹² Durch einen Verweis auf Urkunden können Sachverhaltselemente jedoch ausnahmsweise als behauptet gelten, wenn es überspitzt formalistisch wäre, eine Übernahme des Urkundeninhalts in die Rechtsschrift zu verlangen. Die Zulässigkeit des Verweises bedingt, dass die Partei die Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen in der Rechtsschrift behauptet.¹³ Aus dem in der Rechtsschrift aufzuführenden Verweis muss zudem für das Gericht und die Gegenpartei klar ersichtlich sein, dass Informationen aus einem Aktenstück zum Tatsachenfundament erhoben werden sollen. Weiter hat die Rechtsschrift ein spezifisches Aktenstück zu nennen und es muss ersichtlich sein, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen.¹⁴ Weil ein Verweis auf Akten nicht dazu führen darf, dass die Gegenpartei und das Gericht die relevanten Tatsachen aus der Beilage selbst zusammensuchen

⁶ BGE 128 III 271 E. 2.a.aa; weitergehend ZK ZGB-JUNGO, 3. Aufl. 2018, N. 387.

⁷ BGE 136 III 322 E. 3.4.2; BGer 4A_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1.

⁸ BGE 144 III 519 E. 5.3; BGer 4A_243/2018 vom 17. Dezember 2018 E. 4.2.1 m.w.N.; Josi, Behaupten, Bestreiten und Beweisen – praktische Fragen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Markus/Eichel/Rodriguez (Hrsg.), Der handelsgerichtliche Prozess, Chancen und Gefahren – national und international, 2019, S. 80.

⁹ BGer 4A_667/2014 vom 12. März 2015 E. 3.2.2.

¹⁰ BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.1 m.w.N., 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; SCHNEUWLY (Fn. 3), S. 445.

¹¹ BGE 144 III 519 E. 5.2.1, 144 II 67 E. 2.1; BRUGGER, Der Verweis auf Beilagen in Rechtsschriften, SJZ 2019, S. 534; Josi (Fn. 8), S. 60.

¹² BGer 4A_496/2019 vom 1. Februar 2021 E. 4.3.1, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.1 m.w.N.; Josi (Fn. 8), S. 61.

¹³ Vgl. BGer 4A_398/2018 vom 25. Februar 2019 E. 10.4.1, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; BRUGGER (Fn. 11), S. 535 f.

¹⁴ BGE 144 III 519 E. 5.2.1.2; BGer 4A_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.2.1, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; eingehend BRUGGER (Fn. 11), S. 536 ff.

müssen, muss auf die fragliche Information bzw. Tatsache problemlos zugegriffen werden können und es darf kein Interpretationsspielraum bestehen.¹⁵ Ein problemloser Zugriff ist gewährleistet, wenn eine Beilage selbst-erklärend ist und genau die verlangten (bzw. in der Rechtsschrift bezeichneten) Informationen enthält. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, kann ein Verweis nur genügen, wenn die Beilage in der Rechtsschrift derart konkretisiert und erläutert wird, dass die Informationen ohne weiteres zugänglich werden und nicht interpretiert und zusammengesucht werden müssen.¹⁶ Die in der Praxis beliebten Pauschalverweise auf eingereichte Akten bzw. die allgemeine Erklärung, diese würden "integrierenden Bestandteil" der Rechtsschrift bilden, stellen deshalb keine hinreichenden Behauptungen dar bzw. können fehlende Behauptungen nicht ersetzen.¹⁷

3.2. Bestreitungslast

Die Kehrseite der Behauptungslast ist die sog. Bestreitungslast: Bestreitet eine Partei eine Tatsachenbehauptung ihres Gegners nicht, gilt diese als unbestritten und die betreffende Tatsache kann dem Entscheid ohne weiteres zugrunde gelegt werden, da über nicht bestrittene Tatsachen kein Beweis geführt zu werden braucht (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).¹⁸ Art. 222 Abs. 2 ZPO verlangt von der beklagten Partei, darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden. Es ist deshalb empfehlenswert, die Tatsachenbehauptungen der Klägerin detailliert, d.h. Punkt für Punkt zu bestreiten.¹⁹ Bestreitungen sind dabei so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so bestimmt sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss. Pauschale Bestreitungen reichen indessen selbst dann nicht aus, wenn sie explizit erfolgen. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird.²⁰ Auch ein implizites Bestreiten genügt unter diesen Voraussetzungen den Anforderungen der rechtsgenügenden Bestreitung.²¹

¹⁵ BGer 4A_496/2019 vom 1. Februar 2021 E. 4.3.1, 4A_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.4.2, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2, 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.2 f.

¹⁶ BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2, 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.3; eingehend BRUGGER (Fn. 11), S. 538 ff.

¹⁷ BK ZPO I-HURNI, 2012, Art. 55 N. 21 m.w.N.; BRUGGER (Fn. 11), S. 540 Fn. 50 m.w.N.

¹⁸ BK ZPO I-HURNI (Fn. 17), Art. 55 N. 37 mit Verweis auf Art. 150 Abs. 1 ZPO; Josi (Fn. 8), S. 57.

¹⁹ Ähnlich DROESE, Bestreitungsbedürftige Beilagen – ein Hinweis zur bundesgerichtlichen Speisekarte, Note zu Urteil 4A_11/2018, SZPP 2019, S. 19.

²⁰ BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.3; SCHNEUWLY (Fn. 3), S. 445 f.

²¹ SCHMID/HOFER, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, ZZZ 2016, S. 285 m.w.N.

3.3. Substantiierungslast

Bestreitet aber der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei in rechtsgenügender Weise, so greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann.²² Das Beweisverfahren darf nicht dazu dienen, ein ungenügendes Parteivorbringen zu vervollständigen.²³ Dies gilt namentlich auch für die von der Klägerin beantragten Gutachten. Ohne substantiierte Behauptungen kommt es nicht zu einem Beweisverfahren und dem Handelsgericht ist es folglich verwehrt, Gutachter einzusetzen. Der nicht oder nicht substantiiert vorgebrachte Sachverhalt ist im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime dem nicht bewiesenen Sachverhalt gleichzusetzen.²⁴

3.4. Bezeichnung der Beweismittel

Die Parteien haben im Rahmen der Verhandlungsmaxime die einzelnen Beweismittel zu bezeichnen (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO, wonach die Klage die Tatsachenbehauptungen sowie die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu enthalten hat). Dazu gehört auch, dass aus dem Zusammenhang klar wird, inwiefern die angerufenen Beweismittel den angestrebten Beweis erbringen sollen. Es genügt nicht, in der Klage Behauptungen aufzustellen und pauschal auf die Klagebeilagen zu verweisen.²⁵ Ein Beweismittel ist nur dann formgerecht angeboten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt.²⁶ Deshalb sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die entsprechenden Tatsachenbehauptungen aufzuführen, welche durch sie bewiesen werden sollen ("Prinzip der sog. Beweismittelverbindung").²⁷ Es ist hingegen unzureichend, einen ganzen Sachverhaltskomplex zu behaupten und lediglich pauschal auf eine Vielzahl von Urkunden oder eine Anzahl Zeugen zu verweisen.²⁸ Bei umfangreichen Urkunden ist zudem die für die Beweisführung erhebliche Stelle zu bezeichnen (Art. 180 Abs. 2 ZPO).²⁹

²² BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; BGer 4A_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1.

²³ DOLGE, Anforderungen an die Substanziierung, in: Dolge (Hrsg.), Substantiieren und Beweisen, 2013, S. 21; JOSI (Fn. 8), S. 86; vgl. auch BGE 108 II 337 E. 3.

²⁴ BGer 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, 3. Aufl. 2021, Art. 55 N. 12; ähnlich JOSI (Fn. 8), S. 62.

²⁵ BGer 4A_195/2014 und 4A_197/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.3 m.w.N. (nicht publ. in BGE 140 III 602).

²⁶ BGer 4A_291/2018 vom 10. Januar 2019 E. 4.4.2, 4A_370/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 3.3 m.w.N.

²⁷ BK ZPO II-KILLIAS, 2012, Art. 221 N. 29; PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 221 N. 16 ff.; BRUGGER (Fn. 11), S. 537.

²⁸ BK ZPO II-KILLIAS (Fn. 27), Art. 221 N. 29; JOSI (Fn. 8), S. 86; ähnlich BGer 4A_360/2017 vom 30. November 2017 E. 4.

²⁹ BK ZPO II-RÜETSCHI, 2012, Art. 180 N. 17 ff.; WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 5), Art. 180 N. 10 ff., je m.w.N.

4. Verfahren auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

Gegenstand des Bauhandwerkerpfandrechts 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. Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Zur Wahrung der Frist genügt es, wenn der Handwerker bzw. der Unternehmer innerhalb der Frist die vorläufige Eintragung in Form einer Vormerkung im Grundbuch erwirkt.³⁰

Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB darf die Eintragung nur erfolgen, wenn die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist und kann nicht verlangt werden, wenn der Grundstückseigentümer für die Forderung hinreichende Sicherheit leistet. Liegt keine Anerkennung des Grundstückseigentümers vor, kann die Eintragung nur durch ein rechtskräftiges Gerichtsurteil angeordnet werden. Im ordentlichen Zivilprozess betreffend die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts hat der Unternehmer die seinem Anspruch sowie den Voraussetzungen für die Eintragung zugrunde liegenden Tatsachen nicht lediglich glaubhaft zu machen, wie im Verfahren betreffend vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts,³¹ sondern strikte zu beweisen.³² Nach dem dafür erforderlichen Regelbeweismass ist ein Beweis erbracht, *"wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist"*.³³ Numerisch wird von einer Wahrscheinlichkeit von mindestens 90 % ausgegangen.³⁴ Die Klägerin hat folglich ihren Anspruch um gerichtliche Anordnung der definitiven Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts *"so intensiv nachzuweisen, wie es [ihr] nur möglich ist"*.³⁵

5. Pfandberechtigte Forderung

5.1. Parteibehauptungen

5.1.1. Klägerin

Die Klägerin behauptet, sie sei mit Werkvertrag vom 17. November 2021 (KB 5) von der C. GmbH zur Ausführung von Trockenbau- und Gipserarbeiten für das Bauprojekt R. auf dem Grdst.-Nr. aaa GB Z. der Beklagten (KB 7) beauftragt worden. Die C. GmbH sei ihrerseits von der B. GmbH beauftragt, welche ihrerseits von der Beklagten mit Werkvertrag vom

³⁰ SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2022, N. 1068.

³¹ BGE 137 III 563 E. 3.3, 86 I 265 E. 3; vgl. auch SCHUMACHER/REY (Fn. 30), N. 1529 ff.; BSK ZGB II-THURNHERR, 7. Aufl. 2023, Art. 839/840 N. 37.

³² SCHUMACHER/REY (Fn. 30), N. 1740; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 6. Aufl. 2022, N. 1775.

³³ BGE 140 III 610 E. 4.1, 132 III 715 E. 3.1. Vgl. auch VETTER/CARBONARA, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2023, N. 140 m.w.N.

³⁴ VETTER/CARBONARA (Fn. 33), N. 140 m.w.N.

³⁵ SCHUMACHER/REY (Fn. 30), N. 1740.

23. März 2022 beauftragt worden sei. Die Klägerin habe somit als Subsubunternehmerin agiert. Die B. GmbH habe bereits andere Arbeiten am Bauprojekt R. ausgeführt. Die C. GmbH respektive die Klägerin seien mit den Arbeiten im Zuge der Auflösung der ARGE D. beauftragt worden, womit die Ausführung der Arbeiten besonders dringlich gewesen sei. Aus diesem Grund sei der Werkvertrag zwischen der Beklagten und der B. GmbH am 23. März 2022 (KB 8) – somit nach Ausführung der Arbeiten der Klägerin – nachgeführt worden. Die Vergabe der Arbeiten habe am 9. September 2021 stattgefunden (Klage Rz. 4).

Die Klägerin habe während den Monaten November 2021 bis August 2022 – bis zur Kündigung des Werkvertrags zwischen der Beklagten und der B. GmbH durch die Beklagte – am Bauprojekt R. gearbeitet. Die jeweiligen Stundenrapporte seien seitens der C. GmbH von E., Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelzeichnungsunterschrift, genehmigt und visiert worden (Klage Rz. 5; KB 11). Die Klägerin habe am Bauprojekt R. insgesamt 11'935 Arbeitsstunden verrichtet, woraus sich beim im Werkvertrag vom 17. November 2021 vereinbarten Stundensatz von Fr. 55.00 ein Gesamtbetrag von Fr. 656'425.00 ergebe (Klage Rz. 15; KB 4 f.). Die Arbeiten seien durch die federführenden Mitarbeiter, F. und G., durchgeführt worden (Klage Rz. 16; KB 11). Hinzu kämen Materiallieferungen vom 15. August 2022 von insgesamt Fr. 22'601.20 und vom 17. August 2022 von insgesamt Fr. 12'416.35. Die B. GmbH habe der Klägerin Akontoleistungen von insgesamt Fr. 287'836.59 (exkl. MwSt.) geleistet. Somit stehe ein Restbetrag von Fr. 434'683.62 (inkl. MwSt.) aus (Klage Rz. 5 und 17; KB 4, 10 und 11). Dies lasse sich auch der Vereinbarung der Klägerin mit der C. GmbH und der B. GmbH entnehmen, wonach die Klägerin als Subsubunternehmerin gestützt auf den Werkvertrag vom 17. November 2021 Trockenbau- und Gipserarbeiten erbracht habe und worin bestätigt werde, dass nach wie vor ein Betrag von Fr. 434'638.62 ausstehend sei (Replik Rz. 15; Replikbeilage [RB] 7). Die Trockenbau- und Gipserarbeiten seien im Erdgeschoss sowie im ersten Obergeschoss erbracht worden (Replik Rz. 17). Die Mitarbeiter der Klägerin hätten sich beim Eintreten sowie beim Verlassen der Baustelle jeweils mittels eines Badges elektronisch an- bzw. abmelden müssen (Replik Rz. 18).

Beim Subunternehmervertrag vom 17. November 2021 (KB 5) handle es sich nicht um einen Personalverleihvertrag. Die Klägerin betreibe keinen Personalverleih. Sie habe mit eigenen Mitarbeitern Trockenbau- und Gipserarbeiten ausgeführt und auch Material geliefert. Sie sei bei den Abnahmen der Teilarbeiten stets zugegen gewesen. Die Haftung für Mängel richte sich nach den gesetzlichen Bestimmungen (Replik Rz. 14 und 26).

5.1.2. Beklagte

Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerin für das Bauprojekt R. irgendwelche Arbeiten verrichtet oder Material geliefert habe. Ihr sei bis zur Kontaktaufnahme durch die Klägerin nicht bekannt gewesen, dass diese Gips- und Trockenbauarbeiten für das Bauprojekt R. erbracht haben soll. Auch der Generalplanerin sei nicht bekannt gewesen, dass die Klägerin auf der Baustelle gearbeitet hätte. Gemäss den Stundenrapporten (KB 11) sollen zeitweise bis zu vierzehn Personen der Klägerin (bspw. im Februar 2022) auf der Baustelle gearbeitet haben, was der Generalplanerin und deren Fachbauleitung zweifellos aufgefallen wäre (Antwort Rz. 19). Die Klägerin habe auch nicht substantiiert ausgeführt, welche Arbeiten sie wo auf dem Grundstück der Beklagten ausgeführt bzw. welche Materialien sie wo eingebaut habe. Die Beklagte sei nicht einmal in der Lage zu beurteilen, ob (und in welchem Umfang) es sich um bauhandwerkerpfandberechtigte Arbeiten gehandelt habe. Die Klägerin begnüge sich mit dem generellen Hinweis auf "Trockenbau- und Gipsarbeiten". Mit Nichtwissen werde bestritten, dass die Klägerin überhaupt mit der C. GmbH einen Vertrag in Bezug auf das Bauprojekt R. abgeschlossen habe und dass die C. GmbH von der B. GmbH damit beauftragt worden sei (vgl. Antwort Rz. 21, 24 ff., 38 ff.; Duplik Rz. 16 und 20 ff.).

Sofern die Klägerin tatsächlich Leistungen beim Bauprojekt R. erbracht haben sollte, so habe es sich dabei nicht um selbständig erbrachte, pfandberechtigte Leistungen im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB gehandelt. Gemäss Ziff. I des Subunternehmervertrags vom 17. November 2021 (KB 5) habe die Klägerin für die C. GmbH Arbeiten nach jeweiliger Absprache ausführen müssen. Vereinbart worden sei somit nicht die Erbringung eines bestimmten Erfolgs oder die Erstellung eines bestimmten Werks, sondern lediglich die Unterstützung der C. GmbH nach Anweisung durch dieselbe im Bereich Trockenbau- und Gipsarbeiten. Als Vergütung sei einzig eine Entschädigung nach geleisteten Arbeitsstunden vereinbart worden, und nicht etwa ein Werklohn mit Einheits-, Global- und/oder Pauschalpreisen und zusätzlich allenfalls Regiepreisen für zusätzliche Arbeiten, wie dies für Werkverträge üblich sei. Auch seien keinerlei Materiallieferungen vereinbart worden. Es sei lediglich ein sorgfältiges Tätigwerden geschuldet gewesen im Rahmen der Anweisungen der C. GmbH. Weiter enthalte der Subunternehmervertrag grossmehrheitlich Bestimmungen zur Arbeitssicherheit und zur Verantwortung für die Leistung von Sozialversicherungsabgaben und Steuern für die Arbeitnehmer (Ziff. IV). Weder enthalte der Vertrag irgendwelche Bestimmungen zu den geschuldeten Arbeitserfolgen bzw. des zu erstellenden Werks, noch Gewährleistungsregeln, die darauf schliessen liessen, dass die Klägerin ein unternehmerisches Risiko getragen habe. Die Auslegung des Subunternehmervertrags vom 17. November 2021 führe zum Ergebnis, dass die Klägerin der C. GmbH lediglich Mitar-

beiter ausgeliehen habe und sie sich nicht zur Erbringung irgendeines Erfolgs oder zur Erstellung irgendeines Werks verpflichtet hätte (Antwort Rz. 17 f.; Duplik Rz. 15 ff.; KB 5).

5.2. Rechtliches

Anspruchsberechtigt und damit aktivlegitimiert für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sind Handwerker oder Unternehmer im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Unter Handwerkern versteht man diejenigen Gewerbetreibenden, die sich zur Ausführung spezieller Bauleistungen verpflichten wie Schreiner, Dachdecker, Spengler oder Gipser. Die Unternehmer ziehen hingegen zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen Subunternehmer bei. Bei beiden kann es sich sowohl um natürliche oder juristische Personen handeln. Von rechtlicher Relevanz ist die Unterscheidung der beiden Begriffe nicht, da Handwerker und Unternehmer hinsichtlich des Bauhandwerkerpfandrechts gleich behandelt werden.³⁶ Subunternehmer verfügen über einen selbständigen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Beizug des Subunternehmers durch den Unternehmer erlaubt war oder ob der Bauherr um den Beizug wusste. Der Anspruch besteht auch unabhängig davon, ob der Bauherr den Hauptunternehmer bereits entschädigt hat. Insofern besteht ein Doppelzahlungsrisiko für den Bauherrn.³⁷

Nicht aktivlegitimiert sind demgegenüber die Arbeitnehmer und Angestellten der Handwerker und Unternehmer. Erforderlich ist damit Selbständigkeit, d.h. ein Handwerker oder Unternehmer muss die geschuldeten oder geleisteten Bauarbeiten in eigener rechtlicher Verantwortung, namentlich auf eigene Rechnung, versprochen bzw. geleistet und die korrespondierende Forderung persönlich erlangt haben.³⁸ Dasselbe gilt für Firmen, welche einem Handwerker oder Unternehmer temporäre Arbeitskräfte zur Verfügung stellen. Dies gilt auch für den Nebenunternehmer, der als Verleihbetrieb auftritt. Der Verleiher verspricht nichts anderes als diejenigen Dienste, die ihm von seinen Arbeitnehmern in den Einzelarbeitsverträgen zugesichert worden sind. Temporär-Arbeitskräfte arbeiten nicht selbständig, sondern unter der Leitung des Einsatzbetriebs. In diesem Fall besteht nicht ein Werkvertrag, sondern ein Dienstverschaffungsvertrag, dessen wesentliche Elemente arbeitsrechtlicher und nicht werkvertraglicher Natur sind. Die Firma, die Bauarbeiter ausleiht, hat nicht für ein bestimmtes Werk einzustehen, sondern ist nur dafür verantwortlich, dass sie Arbeiter abordnet, die für die fragliche Tätigkeit geeignet sind.³⁹

³⁶ BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 31), Art. 839/840 N. 3; VETTER/CARBONARA (Fn. 33), N. 31.

³⁷ BGE 95 II 87 E. 3; BGer 5A_282/2016 vom 17. Januar 2017 E. 3.2.2; SCHUMACHER/REY (Fn. 30), N. 194 ff.; VETTER/CARBONARA (Fn. 33), N. 33.

³⁸ SCHUMACHER/REY (Fn. 30), N. 455.

³⁹ SCHUMACHER/REY (Fn. 30), N. 456; BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 31), Art. 839/840 N. 3; VETTER/CARBONARA (Fn. 33), N. 32; BRITSCHGI, Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht, 2008, S. 38; AppGer BS ZB.2017.49 vom 23. Juli 2018 E. 2.1; HGer ZH HE160403 vom

Massgeblich für die Abgrenzung von Personalverleih- zu anderen Dienstleistungsverträgen ist der Inhalt des Vertrags und die Umschreibung der konkreten Tätigkeit im Einsatzbetrieb. Hingegen kann die Bezeichnung des Vertrags durch die Parteien nicht entscheidend sein (vgl. Art. 18 OR). Als Hilfskriterien zur Abgrenzung von Personalverleihverhältnissen gegenüber anderen Vertragsarten können die Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) zum Arbeitsvermittlungsgesetz dienen. Danach können zur Abgrenzung des Vorliegens eines Personalverleihverhältnisses gegenüber einer anderen Vertragsart als Kriterien etwa herangezogen werden, ob a) der "Dritte" bzw. Einsatzbetrieb über (unter Umständen geteilte) Weisungsbefugnisse verfügt; b) sich der Arbeitnehmer der Werkzeuge, Utensilien oder weiterer Materialien im Einsatzbetrieb bedient; c) der Arbeitnehmer vornehmlich am Sitz und im Rahmen der Arbeitszeiten des Einsatzbetriebs arbeitet; d) der primäre Zweck des Vertragsverhältnisses in einer Verrechnung von Einsatzstunden besteht und nicht in einer klar definierten Arbeitsleistung (bzw. eines Arbeitsziels) für eine bestimmte Vergütung; und e) der Dienstleister im Falle einer Nichterfüllung dem Einsatzbetrieb nicht für Nachbesserung oder Preismilderung haftet.⁴⁰

5.3. Würdigung

Vorliegend ist strittig, ob die Leistungen der Klägerin überhaupt pfandrechtliche Leistungen im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB darstellen bzw. ob zwischen der Klägerin und der C. GmbH lediglich ein Dienstverschaffungsverhältnis bestand, dessen Forderungen nicht durch die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gesichert werden können. Gestützt auf Art. 8 ZGB hat die Klägerin den Beweis für das Vorliegen der Voraussetzungen des Pfandeintragungsanspruchs zu erbringen und damit auch für das Vorliegen einer pfandberechtigten Leistung (vgl. oben E. 4).

5.3.1.

Die Klägerin bringt im Wesentlichen vor, dass sie mit ihren Mitarbeitern Trockenbau- und Gipsarbeiten auf dem Grundstück der Beklagten ausgeführt habe und diese pfandrechtliche Arbeiten darstellen würden. Soweit sie vorbringt, die von ihr erbrachten Arbeitsleistungen seien ihrer Art nach eintragungsfähig, ist dem entgegenzuhalten, dass die Art der Arbeit, die auf einer Baustelle geleistet wird, nicht weiterhilft, um Arbeiten im Sinne

31. Januar 2017 E. 3; OG OW vom 29. Juli 1997 = AbR 1996/97, Nr. 7, S. 57 ff. = BR 2/1999, Nr. 97, S. 71; GVP SG 1980, S. 20 f. = BR 3/1982, Nr. 56, S. 59 f.; vgl. auch BGE 91 II 291 E. 2b und OG AR vom 28. März 1977 = SJZ 75/1979, S. 29.

⁴⁰ BGer 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 3.5, 2A.425/2006 vom 30. April 2007 E. 3.2; HGer ZH HE190296 vom 28. November 2019 E. 2.2; AppGer BS ZB.2017.49 vom 23. Juli 2018 E. 2.1. Zum Ganzen Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) zum Arbeitsvermittlungsgesetz, <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Personenfreizuegigkeit_und_Arbeitsbeziehungen/merkblaetter/Weisungen_Erlaeuterungen_Arbeitsvermittlungsgesetz.html>, S. 66 ff (zuletzt besucht am 22. Juni 2023).

von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB von solchen zu unterscheiden, die im Rahmen eines Dienstverschaffungsverhältnisses erbracht werden. Auch verliehene Arbeitnehmer können Arbeiten erbringen, die ihrer Art nach zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigen würden.⁴¹ Entscheidend ist, dass die Arbeiten in selbständiger Verantwortung erbracht werden, um einen Anspruch nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB zu begründen.

5.3.2.

Gemäss Ziff. I des Subunternehmervertrags vom 17. November 2021 (KB 5) verpflichtete sich die Klägerin aufgrund der Dringlichkeit der auszuführenden Arbeiten zur Ausführung von Arbeiten für die C. GmbH nach jeweiliger Absprache. Die Beklagte behauptet diesbezüglich, dass sich die Klägerin damit nicht zur Erbringung eines bestimmten Erfolgs oder zur Erstellung eines bestimmten Werks verpflichtete, sondern lediglich zur Unterstützung der C. GmbH nach Absprache mit bzw. auf Anweisung der C. GmbH (Antwort Rz. 17; Duplik Rz. 18). Die Klägerin bringt dagegen vor, dass eine Mängelhaftung bzw. Verantwortung für das Werk vereinbart worden sei, die sich nach den gesetzlichen Bestimmungen richte (Replik Rz. 14). Die Klägerin unterlässt es jedoch, diesbezüglich substantiierte Behauptungen aufzustellen, so dass darüber kein Beweis abgenommen werden kann (vgl. oben E. 3.3). Zudem kann die fehlende Erwähnung von Werkgewährleistungsregeln im Subunternehmervertrag ebenso ein Indiz dafür sein, dass gerade kein bestimmter Erfolg geschuldet war.

Der Subunternehmervertrag umschreibt das zu erstellende Werk nicht weiter, sondern erwähnt in Ziff. I lediglich, dass die Klägerin "nach jeweiliger Absprache Arbeiten für den Unternehmer [die C. GmbH]" ausführen soll. Dieser Wortlaut der Bestimmung lässt eher auf eine in unselbständiger Stellung erbrachte Leistung – unter den Anweisungen und der Verantwortung der C. GmbH als Auftraggeberin – schliessen, mithin ein Dienstverschaffungsverhältnis. Gerade bei einem umfangreichen Bauprojekt wie dem vorliegenden ist zudem davon auszugehen, dass die Ausführung der Arbeiten mit einem nicht unerheblichen Planungs- und Koordinationsaufwand verbunden ist. Damit lässt sich die Erbringung von "Leistungen auf Abruf" in eigener Regie nur bedingt vereinbaren, zumal das zu erstellende Werk im Subunternehmervertrag nicht näher spezifiziert wird und neben der Klägerin diverse weitere Trockenbau- und Gipsergeschäfte involviert waren (vgl. Klage Rz. 14). Bezeichnenderweise blieb auch der Tatsachenvortrag der Klägerin hinsichtlich der ausgeführten Arbeiten äusserst vage. Es fehlen namentlich jegliche Behauptungen zur Organisation und Planung der Arbeiten bzw. zu den Weisungsbefugnissen, wie auch zu den konkret von der Klägerin ausgeführten Arbeiten schlechthin. Mangels entsprechender Behauptungen kann diesbezüglich auch keine Beweisabnahme erfolgen (vgl. oben E. 3.3).

⁴¹ HGer ZH HE190296 vom 28. November 2019 E. 4.5.

In dieses Bild passt weiter, dass nicht eine feste Vergütung vereinbart wurde, sondern lediglich ein Stundenansatz für zu leistende Arbeiten. Den ins Recht gelegten monatlichen Stundenrapporten (KB 11) lassen sich zudem lediglich Auflistungen der behaupteten geleisteten Stunden der einzelnen Mitarbeiter der Klägerin entnehmen, jedoch fehlen jegliche Informationen zu den jeweils konkret geleisteten Arbeiten. Auch Rapporte, wie bei Regiearbeiten üblich, legt die Klägerin keine ins Recht. Dies spricht eher dafür, dass die Mitarbeiter der Klägerin auf Instruktion der C. GmbH jeweils dort eingesetzt wurden, wo sie *ad hoc* gerade benötigt wurden. Anhaltspunkte, die den gegenteiligen Schluss zuließen, dass die Klägerin in der Ausführung der Arbeiten über wesentliche Weisungsbefugnisse verfügt hätte, die für das Vorliegen eines Werkvertragsverhältnisses sprechen würden, wurden seitens der beweisbelasteten Klägerin nicht vorgebracht.

5.3.3.

Auffällig ist weiter, dass die einzigen von der Klägerin behaupteten Materiallieferungen von Mitte August 2022 datieren (Replik Rz. 14) und damit ca. zwei Wochen vor der Einstellung der Arbeiten durch die Klägerin. Gemäss den Ausführungen der Klägerin und den eingereichten Stundenabrechnungen wurden die Arbeiten durch die Klägerin aber bereits im November 2021 aufgenommen. Wie auch die Beklagte vorbringt, waren Materiallieferungen im Subunternehmervertrag zudem nicht vorgesehen. Zwar sind Arbeiten nicht nur dann pfandberechtigt, wenn sie zusammen mit Material geliefert werden. Gipser- und Trockenbauarbeiten sind aber offenkundig materialintensive Leistungen, was eine entsprechende Planung und Organisation des einzusetzenden Materials voraussetzt. Dass die Klägerin zur Ausführung der Arbeiten eigenes Material, Werkzeug oder Gerätschaften organisiert und eingesetzt hätte, die über das übliche Mass (z.B. persönliches Werkzeug der Bauarbeiter oder gelegentliches Mitbringen von geringfügigem Material)⁴² hinausgehen, wurde von der Klägerin jedenfalls für den Zeitraum von November 2021 bis Mitte August 2022 nicht behauptet. Damit fehlen weitere substantiierte Behauptungen der Klägerin zur Frage, ob sie im Zusammenhang mit dem Bauprojekt R. in persönlicher und organisatorischer Hinsicht autonom war oder deren Mitarbeiter vielmehr in den Einsatzbetrieb der C. GmbH eingebunden waren.

Die behauptete Lieferung von Material im August 2022 schliesst im Übrigen ein Dienstverschaffungsverhältnis nicht aus. Die blosser Einkauf von Material wandelt ein solches nicht in ein Rechtsverhältnis, welches zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigen würde. Stellt die Arbeitsleistung keine Arbeit im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB dar, kann sie mit anderen Worten auch durch die Lieferung von Material nicht in eine pfandberechtigte Arbeitsleistung gewandelt werden;

⁴² Vgl. AppGer BS ZB.2017.49 vom 23. Juli 2018 E. 2.3.2.

jedenfalls nicht rückwirkend zwei Wochen vor der Einstellung der Arbeiten.⁴³

5.3.4.

Weiter behauptet die Klägerin, dass sie jeweils bei den Abnahmen der Teilarbeiten anwesend gewesen sei (Replik Rz. 26). Soweit die Klägerin damit vorbringt, dass sie die Werkverantwortung trug, ist darauf hinzuweisen, dass die reine Anwesenheit der Klägerin bzw. von deren Mitarbeitern bei Teilabnahmen nicht ohne Weiteres bedeuten würde, dass die Klägerin gewährleistetungspflichtig gewesen wäre (vgl. auch Duplik Rz. 49). Denkbar ist namentlich, dass die Klägerin allfällige Nachbesserungsarbeiten entschädigungspflichtig für und auf Anweisung der C. GmbH hätte ausführen müssen, d.h. die Klägerin nicht selbst für Mängel haftete, sondern die C. GmbH als Unternehmerin. Dass die Klägerin unentgeltlich Nachbesserungsarbeiten ausgeführt hätte, wurde nicht behauptet. Die Klägerin legte auch keine von ihr unterzeichneten Abnahmeprotokolle ins Recht noch behauptete sie substantiiert, wann welche Abnahmen durch wen bzw. mit wem durchgeführt worden sein sollen.

5.3.5.

Schliesslich ist der Einwand der Klägerin, sie betreibe keinen Personalverleih (Replik Rz. 26), unerheblich: Bezweckt ein Unternehmen ausdrücklich einen Personalverleih, kann dies zwar im Einzelfall ein Indiz dafür sein, dass ein Personalverleih und nicht ein anderer Dienstleistungsvertrag vorliegt. Umgekehrt kann es sich materiell aber auch dann um einen Personalverleih handeln, wenn dies nicht der Zweckbestimmung des Verleihers entspricht bzw. nur gelegentlich erfolgt.⁴⁴

5.3.6.

Da die Klägerin bezüglich des Vorliegens pfandberechtigter Leistungen beweisbelastet ist, hätte es ihr obliegen, die Umstände, die auf das Vorliegen von Arbeiten im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB schliessen lassen, zufolge der begründeten Bestreitung durch die Beklagte substantiiert zu behaupten. Dies hat die Klägerin unterlassen. Entsprechend können darüber keine Beweise abgenommen werden, da das Beweisverfahren nicht dazu dient, ungenügende Parteivorträge zu vervollständigen (vgl. vorstehend E. 3.3). Im Gegenteil sprechen zahlreiche Indizien dafür, dass mit dem Subunternehmervertrag vom 17. November 2021 zwischen der Klägerin und der C. GmbH (KB 5) nicht ein Werkvertrag, sondern ein Dienstverschaffungsverhältnis begründet wurde. Vor diesem Hintergrund kann offenbleiben, ob und in welchem Umfang die Klägerin über eine Forderung gegenüber der C. GmbH bzw. der B. GmbH verfügt (vgl. RB 7). Jedenfalls

⁴³ Vgl. HGer ZH HE190296 vom 28. November 2019 E. 4.8.2.

⁴⁴ Vgl. Art. 27 AVV, wonach der Personalverleih explizit auch das gelegentliche Überlassen von Arbeitnehmern an Einsatzbetriebe umfasst.

würde es sich dabei nicht um pfandberechtigte Leistungen im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB handeln.

6. Fazit

Die Klage ist nach dem Gesagten abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Das Grundbuchamt Z. ist anzuweisen, die Vormerkung auf dem Grdst.-Nr. aaa GB Z. der Beklagten zu löschen.

7. Prozesskosten

Abschliessend sind die Prozesskosten zu verlegen.

7.1. Verlegung

Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Vorliegend unterliegt die Klägerin vollumfänglich, sodass ihr die Prozesskosten aufzuerlegen sind.

7.2. Streitwert

Bei der Festsetzung der Prozesskosten ist vom eingeklagten Streitwert auszugehen. Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Dem Feststellungsbegehren von Rechtsbegehren Ziff. 2 kommt keine selbständige Bedeutung zu (vgl. oben E. 2), so dass es nicht zum Streitwert hinzuzurechnen ist.⁴⁵ Zinsen werden nicht zum Streitwert gerechnet. Somit ist von einem Streitwert von Fr. 434'683.62 auszugehen.

7.3. Gerichtskosten

Die Gerichtskosten bestehen vorliegend allein aus der Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO). Der Grundansatz für die Entscheidgebühr beträgt bei einem Gesamtstreitwert von Fr. 434'683.62 gemäss § 7 Abs. 1 Zeile 8 VKD Fr. 16'190.25, welche von der Klägerin zu tragen sind. Sie werden mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 22'363.65 verrechnet (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Ein allfälliger Überschuss steht der Klägerin zu.

7.4. Parteientschädigung

Die Parteientschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO besteht aus den Kosten der berufsmässigen Vertretung. Die Grundentschädigung beträgt bei einem Gesamtstreitwert von Fr. 434'683.60 gemäss § 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 8 AnwT Fr. 28'644.56. Dadurch sind Instruktion, Aktenstudium, rechtliche Abklärungen, Korrespondenz und Telefongespräche sowie eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (§ 6 Abs. 1 AnwT). Für den doppelten Schriftenwechsel sowie die Hauptverhandlung erfolgt ein Zuschlag von praxisgemäss je 20 %. Mit der

⁴⁵ Vgl. KUKO ZPO-KÖLZ, 3. Aufl. 2021, Art. 93 N. 4.

Kleinkostenpauschale von praxismässig 3 % (vgl. § 13 Abs. 1 AnwT) resultiert damit eine Parteientschädigung von gerundet Fr. 41'300.00.

7.5. Neuverlegung der Prozesskosten des Summarverfahrens

Schliesslich sind die Prozesskosten des Summarverfahrens HSU.2022.36 (vorsorgliche Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts) dem Verfahrensausgang entsprechend neu zu verlegen. Demzufolge sind die Gerichtskosten von Fr. 750.00 von der Klägerin zu tragen. Entsprechend hat die Klägerin der Beklagten den Betrag von Fr. 750.00 zurückzuerstatten. Überdies hat die Klägerin die von der Beklagten bezahlte Parteientschädigung in Höhe von Fr. 3'335.00 zurückzuerstatten und der Beklagten eine Parteientschädigung in derselben Höhe zu bezahlen.

Das Handelsgericht erkennt:

1.

Die Klage vom 12. Januar 2023 wird **abgewiesen**, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Das Grundbuchamt Z. wird angewiesen, die gemäss Verfügung des Vizepräsidenten vom 7. November 2022 zugunsten der Klägerin provisorisch angeordnete Vormerkung für das Grundstück Grdst.-Nr. aaa GB Z. (E-GRID: CH bbb) für eine Pfandsumme von Fr. 434'683.62 zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 6. Oktober 2022 **zu löschen**.

3.

3.1.

Die Gerichtskosten des vorliegenden Verfahrens in Höhe von Fr. 16'190.25 sind von der Klägerin zu tragen und werden mit dem von der Klägerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 22'363.65 verrechnet.

3.2.

Die Klägerin hat der Beklagten für das vorliegende Verfahren eine gerichtlich festgesetzte Parteientschädigung in Höhe von Fr. 41'300.00 zu bezahlen.

4.

4.1.

Die Gerichtskosten des Verfahrens HSU.2022.36 in Höhe von Fr. 750.00 werden der Klägerin auferlegt. Sie hat der Beklagten den Betrag von Fr. 750.00 zu ersetzen.

4.2.

Die Klägerin hat der Beklagten die der Klägerin für das Verfahren HSU.2022.36 zugesprochene Parteientschädigung in Höhe von Fr. 3'335.00 zurückzuerstatten.

4.3.

Die Klägerin hat der Beklagten für das Verfahren HSU.2022.36 eine gerichtlich festgesetzte Parteientschädigung in Höhe von Fr. 3'335.00 zu bezahlen.

Zustellung an:

- die Klägerin (Vertreter; zweifach mit Protokoll der Hauptverhandlung vom 22. Juni 2023)
- die Beklagte (Vertreter; zweifach mit Protokoll der Hauptverhandlung vom 22. Juni 2023)
- das Grundbuchamt Z. (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 Entscheides 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 Recht (Art. 95 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, 22. Juni 2023

Handelsgericht des Kantons Aargau

2. Kammer

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Vetter

Sulser

