

HSU.2023.54 / fn / fn

Entscheid vom 22. Februar 2024

Besetzung Oberrichter Dubs, Präsident
 Gerichtsschreiberin Näf

Gesuchstellerin **C._____ GmbH,**
 vertreten durch lic. iur. Stephan Weber, Rechtsanwalt,

Gesuchsgegnerin 1 **D._____ AG,**

Gesuchsgegnerin 2 **E._____ AG,**
 1 und 2 vertreten durch LL.M. Thomas Zweifel und MLaw Michelle Lindemann, Rechtsanwälte

beklagte Streitberufene **F._____ AG,**
 vertreten durch lic. iur. Simon Kohler, Rechtsanwalt

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

Der Präsident entnimmt den Akten:

1.

Mit Gesuch vom 21. Dezember 2023 (gleichentags persönlich überbracht) stellte die Gesuchstellerin die folgenden Rechtsbegehren:

1.

Das [REDACTED] sei gerichtlich anzuweisen, zu Lasten des Grundstücks selbständiges und dauerndes Recht [REDACTED] zugunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 94'947.36 zzgl. Zins zu 5 % seit dem 15.11.2023 vorläufig einzutragen.

2.

Die Anweisung sei superprovisorisch und demnach sofort nach Eingang des Gesuches und ohne Anhörung der Gesuchgegnerinnen zu verfügen und dem Grundbuchamt unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.

3.

Die [REDACTED] sei zu verpflichten, dem Handelsgericht des Kantons Aargau innert einer gerichtlich anzusetzenden Frist folgende Daten resp. Unterlagen in lesbarer Form einzureichen:

- a. Sämtliche Daten resp. Unterlagen (Träger der Daten) der Zutrittskontrolle (namentlich Daten zu allen Ein- und Austritten) für die Baustelle auf dem Grundstück betreffend den Mitarbeiter der Gesuchstellerin, [REDACTED] für den Zeitraum vom 29.08.2023 bis am 31.08.2023.
- b. Sämtliche Daten resp. Unterlagen (Träger der Daten) der Zutrittskontrolle (namentlich Daten zu allen Ein- und Austritten) für die Baustelle auf dem Grundstück betreffend den Mitarbeiter der Gesuchstellerin, [REDACTED] für den Zeitraum vom 29.08.2023 bis am 31.08.2023.
- c. Sämtliche Daten resp. Unterlagen (Träger der Daten) der Zutrittskontrolle (namentlich Daten zu allen Ein- und Austritten) für die Baustelle auf dem Grundstück betreffend den Mitarbeiter der Gesuchstellerin, [REDACTED] für den Zeitraum vom 29.08.2023 bis am 31.08.2023.
- d. Sämtliche Daten resp. Unterlagen (Träger der Daten) der Zutrittskontrolle (namentlich Daten zu allen Ein- und Austritten) für die Baustelle auf dem Grundstück betreffend den Mitarbeiter der Gesuchstellerin, [REDACTED] für den Zeitraum vom 29.08.2023 bis am 31.08.2023.

Die [REDACTED] sei **eventualiter** zu verpflichten, dem Handelsgericht des Kantons Aargau folgende Unterlagen einzureichen:

- e. Sämtliche Daten resp. Unterlagen (Träger der Daten) der Zutrittskontrolle (namentlich Daten zu allen Ein- und Austritten) für die Baustelle auf dem Grundstück betreffend den Mitarbeiter der Gesuchstellerin, [REDACTED] für den Zeitraum vom 29.08.2023 bis am 31.08.2023.

- f. Sämtliche Daten resp. Unterlagen (Träger der Daten) der Zutrittskontrolle (namentlich Daten zu allen Ein- und Austritten) für die Baustelle auf dem Grundstück betreffend den Mitarbeiter der Gesuchstellerin, [REDACTED] für den Zeitraum vom 29.08.2023 bis am 31.08.2023.
- g. Sämtliche Daten resp. Unterlagen (Träger der Daten) der Zutrittskontrolle (namentlich Daten zu allen Ein- und Austritten) für die Baustelle auf dem Grundstück betreffend den Mitarbeiter der Gesuchstellerin, [REDACTED] für den Zeitraum vom 29.08.2023 bis am 31.08.2023.
- h. Sämtliche Daten resp. Unterlagen (Träger der Daten) der Zutrittskontrolle (namentlich Daten zu allen Ein- und Austritten) für die Baustelle auf dem Grundstück betreffend den Mitarbeiter der Gesuchstellerin, [REDACTED] für den Zeitraum vom 29.08.2023 bis am 31.08.2023.

4.

Es sei nach Abschluss des Schriftenwechsels eine Hauptverhandlung mit Befragung der Parteien und der angerufenen Zeugen durchzuführen.

5.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchgegnerinnen, unter solidarischer Haftbarkeit (inkl. MWST).

2.

2.1.

Mit Verfügung vom 22. Dezember 2023 bewilligte der Präsident den Antrag um superprovisorische Anordnung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im beantragten Umfang und wies das Grundbuchamt Q._____ an, die Vormerkung sofort einzutragen.

2.2.

Das Grundbuchamt Q._____ merkte die vorläufige Eintragung am 22. Dezember 2023 im Tagebuch vor (Tagebuch-Nr. D).

3.

3.1.

Mit Eingabe vom 10. Januar 2024 (Postaufgabe: 12. Januar 2024) stellten die Gesuchsgegnerinnen den Antrag, es sei der F._____ AG der Streit zu verkünden.

3.2.

Mit Verfügung vom 15. Januar 2024 setzte der Präsident des Handelsgerichts der Streitberufenen Frist bis zum 26. Januar 2024 an, um sich zur Streitverkündung zu erklären.

4.

Mit Antwort vom 19. Januar 2024 stellten die Gesuchsgegnerinnen die folgenden Anträge:

- " 1.
Es sei festzustellen, dass die von der F._____ AG provisorisch gestellte Zahlungsgarantie Nr. aaa der UBS Switzerland AG vom 18. Januar 2024 eine hinreichende Sicherheit sei.
2.
Eventualiter sei den Parteien Gelegenheit zu geben, eine verbesserte hinreichende Sicherheit einzureichen.
3.
Es sei das Grundbuchamt Q._____ anzuweisen, das gestützt auf die Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 22. Dezember 2023 einstweilen zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerinnen GB R._____ Nr. G für einen Betrag von CHF 94'947.36 nebst Zins zu 5 % ab dem 15. November 2023 eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht umgehend und vollumfänglich zu löschen.
4.
Der Gesuchstellerin sei eine Frist von zwei Monaten zur Einreichung der Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit bzw. definitiver Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzusetzen.
5.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Gesuchstellerin."

5.

Mit Antwort vom 19. Januar 2024 (Postaufgabe: gleichentags) stellte die F._____ AG die folgenden Anträge:

- " 1.
Es sei das Gesuch der Gesuchstellerin vollumfänglich abzuweisen.
2.
Es sei festzustellen, dass die von der F._____ AG provisorisch gestellte Zahlungsgarantie Nr. aaa der UBS Switzerland AG vom 18. Januar 2024 eine hinreichende Sicherheit sei.
3.
Eventualiter sei den Parteien Gelegenheit zu geben, eine verbesserte hinreichende Sicherheit einzureichen.
4.
Es sei das Grundbuchamt Q._____ anzuweisen, das gestützt auf die Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 22. Dezember 2023 einstweilen zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerinnen GB R._____ Nr. G, für einen Betrag von CHF 94'947.36 nebst Zins zu 5 % ab dem 15. November 2023 eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht umgehend und vollumfänglich zu löschen.

5.
Der Gesuchstellerin sei eine Frist von zwei Monaten zur Einreichung der Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit bzw. definitiver Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzusetzen.

6.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Gesuchstellerin."

Sowie den prozessualen Antrag:

" Es sei die F._____ AG, mit Sitz in S._____, als Nebenintervenientin auf der Seite der Gesuchsgegnerinnen zuzulassen."

Mit ihrer Eingabe reichte sie zudem die (provisorisch) zugunsten der Gesuchstellerin ausgestellte Zahlungsgarantie Nr. aaa der *UBS Switzerland AG*, (nachfolgend nur noch: Zahlungsgarantie" vom 18. Januar 2024 im Original ein (Beilage 2 der Eingabe vom 19. Januar 2024).

6.

6.1.

Mit Verfügung vom 23. Januar 2024 stellte der Präsident fest, dass die F._____ AG als gesuchsgegnerische Nebenintervenientin am Verfahren teilnehme.

Weiter setzte der Präsident der Gesuchstellerin Frist bis zum 5. Februar 2024 an, um zur eingereichten Zahlungsgarantie Stellung zu nehmen und insbesondere mitzuteilen, ob sie die angebotene Sicherheit als hinreichend i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB erachtet.

6.2.

Mit Eingabe vom 5. Februar 2024 erklärte die Gesuchstellerin, sie erachte die Bankgarantie Nr. aaa vom 18. Januar 2024 als nicht ausreichend i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB. Gestützt darauf beantragte die Gesuchstellerin, die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin sei aufzufordern, eine verbesserte Sicherheit zu leisten. Widrigenfalls sei die angebotene Sicherheit aus dem Recht zu weisen.

6.3.

Mit Verfügung vom 6. Februar 2024 setzte der Präsident der gesuchsgegnerischen Nebenintervenientin unter Hinweis auf die Säumnisfolgen Frist bis zum 20. Februar 2024, um eine dem Bauhandwerkerpfandrecht quantitativ und qualitativ gleichwertige Zahlungsgarantie einzureichen.

6.4.

Mit Eingabe vom 14. Februar 2024 hielt die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin an den in der Eingabe vom 19. Januar 2024 gestellten

Anträgen fest. Die eingereichte Zahlungsgarantie sei als hinreichend zu qualifizieren, weswegen die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin es nicht als angezeigt erachte, eine angepasste Zahlungsgarantie einzureichen.

Die Eingabe wurde der Gesuchstellerin sowie den Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 mit Verfügung vom 15. Februar 2024 zur Kenntnisnahme zugestellt.

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 22. Dezember 2023).

2. Rechtsbegehren Ziff. 3

Mit ihrem Rechtsbegehren Ziff. 3 beantragt die Gesuchstellerin, es seien die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin sowie die G._____ zur Herausgabe diverser im einzelnen genannten Daten und Unterlagen zu verpflichten.

Aus der Begründung des Gesuchs ergibt sich, dass die Gesuchstellerin damit keinen eigenständigen Anspruch geltend machen möchte, sondern einen zivilprozessualen Beweisantrag auf Edition stellt (Gesuch Rz. 39). Im vorliegenden summarischen Verfahren ist der Beweis für eine behauptete Tatsache grundsätzlich durch Urkunden zu erbringen ist (Art. 254 Abs. 1 ZPO). Andere Beweismittel sind gemäss Art. 254 Abs. 2 ZPO nur zulässig, wenn a) sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern, b) es der Verfahrenszweck erfordert oder c) das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat. Vorliegend ist auf die angebehrte Urkundenedition, wie noch zu zeigen sein wird, zu verzichten, weil von Seiten der Gesuchsgegnerinnen der Tatsachenvortrag der Gesuchstellerin überhaupt nicht bestritten wurde (Art. 150 Abs. 1 ZPO; sogleich E. 4.1.).

3. Allgemeine Voraussetzungen der vorläufigen Eintragung

3.1. Eintragungsvoraussetzungen

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 Eintragungsfrist voraus (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und 839 Abs. 2 ZGB). Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB kann die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht verlangt

werden, wenn der Grundeigentümer oder eine Drittperson¹ für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit geleistet wird.

3.2. Beweismass

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.² 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.³ Letztlich läuft es darauf hinaus, dass der gesuchstellende Unternehmer nur die blosser Möglichkeit eines Anspruchs auf ein Bauhandwerkerpfandrecht nachzuweisen hat.⁴

4. Eintragungsvoraussetzungen erfüllt

4.1. Keine Bestreitung

Vorliegend leistete die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin zwar eine Sicherheit, beantragte aber gleichzeitig mit Eingabe vom 19. Januar 2024 für die Gesuchsgegnerinnen die Abweisung des Gesuchs. Damit haben die Gesuchsgegnerinnen den provisorischen Sicherungsanspruch der Gesuchstellerin nicht anerkannt.

Hingegen hat die gesuchsgegnerische Seite nur pauschal – und damit ungenügend⁵ – bestritten, dass die Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts erfüllt seien. Auf eine eingehende Stellungnahme und eigene Darstellung des Sachverhalts hat sie ausdrücklich verzichtet (Eingaben der Gesuchsgegnerinnen sowie der gesuchsgegnerischen Nebenintervenientin vom je 19. Januar 2024, jeweils Rz. 5). Entsprechend ist der von der Gesuchstellerin behauptete Sachverhalt zwar nicht anerkannt, aber unbestritten geblieben. Die Tatsachenbehauptungen der Gesuchstellerin werden daher einstweilen als wahr unterstellt und dem

¹ SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2022, N. 1223; VETTER/BRUNNER, Die hinreichende Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB, in: Jusletter 27. Februar 2017, Rz. 5.

² BGE 137 III 563 E. 3.3; 86 I 265 E. 3; vgl. auch SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1533 ff.; BSK ZGB II-THURNHERR, 6. Aufl. 2019, Art. 839/840 N. 37 je m.w.N.

³ 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.

⁴ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1535; VETTER/CARBONARA, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2023, N. 51 f.

⁵ Vgl. BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.3; SCHNEUWLY, SCHNEUWLY, Lange Rechtsschriften – Wieso? Und was tun?, Anwaltsrevue 2019, S. 445 f.

Entscheid zugrunde gelegt, da über nicht bestrittene Tatsachen kein Beweis geführt zu werden braucht (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).⁶

4.2. Pfandsumme

Nach der unbestrittenen Darstellung der Gesuchstellerin, hat sie mit der gesuchsgegnerischen Nebenintervenientin einen Werkvertrag über die Vornahmen von Arbeiten nach BKP Nr. 281.0, Unterlagsböden, abgeschlossen (Gesuch Rz. 14 ff., 17). Unbestritten blieben auch die Ausführungen der Gesuchstellerin, dass sie gestützt auf den Werkvertrag auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerinnen entsprechende Arbeiten erbracht hat und daraus eine Forderung gegenüber der gesuchsgegnerischen Nebenintervenientin in Höhe von Fr. 94'947.36 noch offen ist. Diese Darstellung erscheint nach Massgabe des im vorliegenden Verfahren im Vergleich zu anderen vorsorglichen Massnahmeverfahren zusätzlich herabgesetzten Beweismasses (siehe E. 1.2.) überdies glaubhaft gemacht (vgl. GB 7 f., 10 ff., 15, 17 ff.). Unbestritten und im erwähnten Sinne glaubhaft gemacht ist auch die Pfandberechtigung dieser Arbeiten i.S.v. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB.

4.3. Eintragungsfrist

Die Vormerkung der vorläufigen Eintragung wurde am 22. Dezember 2023 im Tagebuch vorgenommen (Tagebuch-Nr. D). Nach den unbestrittenen Behauptungen der Gesuchstellerin hat sie zwischen dem 28. und dem 31. August 2023 mit den Materialien Zement und Sand, die sie auf die Baustelle bestellt hatte, sowie mit Wasser ein Betongemisch hergestellt und dieses in den bereits erstellten Häusern eingebracht (Gesuch Rz. 24). Damit ist auch glaubhaft, dass die viermonatige Eintragungsfrist (Art. 839 Abs. 2 ZGB) noch nicht verstrichen ist (vgl. Stundenblatt August [GB 10] sowie Lieferschein der H. _____ AG vom 31. August 2023 für gewaschenen Sand [GB 14]).

4.4. Verzugszinsen

Befindet sich der Forderungsschuldner in Verzug (Art. 102 Abs. 1 und 2 OR),⁷ können auch Verzugszinsen eingetragen werden.⁸ Die pfandberechtigte Forderung erhöht sich entsprechend um die Verzugszinse ohne zeitliche Beschränkung. 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

⁶ BK ZPO I-HURNI, 2012, Art. 55 N. 37 mit Verweis auf Art. 150 Abs. 1 ZPO.; SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl. 2016, Art. 55 N. 27.

⁷ BGE 121 III 445 E. 5a.

⁸ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 523 ff. m.w.N.

Rechnung gesetzten Zahlungsfrist, wie z.B. "zahlbar 30 Tage netto", ohne weitere Mahnung in Verzug.⁹

Die Gesuchstellerin verlangt die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zusätzlich für Verzugszins von 5 % ab dem 15. November 2023. Ihre Schlussrechnung vom 29. September 2023 enthält den Vermerk "*Rechnung zahlbar innert 45 Tagen netto*" (GB 8). Damit ist glaubhaft gemacht, dass die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin am 15. November 2023 in Verzug geraten ist und der Gesuchstellerin den geltend gemachten Verzugszins schuldet.

4.5. Zwischenergebnis

Damit ist der Anspruch der Gesuchstellerin auf die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechte im beantragten Umfang grundsätzlich begründet. Es bleibt zu prüfen, ob der Eintragung die Leistung einer hinreichenden Sicherheit entgegensteht.

5. Keine hinreichende Sicherheit

Die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin hat mit ihrer Antwort vom 19. Januar 2024 die zugunsten der Gesuchstellerin ausgestellte Zahlungsgarantie Nr. aaa der *UBS Switzerland AG*, eingereicht (Beilage 2 der Eingabe vom 19. Januar 2024). Sie stellt sich auf den Standpunkt, hiermit habe sie eine hinreichende provisorische Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB geleistet.

5.1. Parteibehauptungen

5.1.1. Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin führt aus, die Bankgarantie Nr. aaa vom 18. Januar 2024 sei zwar grundsätzlich als Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB zu betrachten. Allerdings halte die *UBS Switzerland AG* unter Ziff. 3 fest, dass die Garantie automatisch und vollumfänglich neun Monate nach Eintritt der Rechtskraft des Sicherungsurteils erlösche, sofern die Gesuchstellerin innert dieser Frist keine Klage aus dem Grundgeschäft gegen die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin *F._____ AG* eingereicht habe. Weil das Gesetz beim Bauhandwerkerpfandrecht keine solche Verpflichtung zur Klage innert bestimmter Frist vorsehe, erachte die Gesuchstellerin die angebotene Sicherheit als nicht ausreichend i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB (Eingabe vom 5. Februar 2024).

5.1.2. Gesuchsgegnerinnen

Die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin führt in ihrer Eingabe vom 14. Februar 2024 aus, die in Ziff. 3.1. enthaltene relative Befristung sei

⁹ 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. 2020, Art. 102 N. 9b; KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2017, N. 55.32.

zulässig, da sie erst nach Eintritt der Rechtskraft des Sicherungsurteils zu laufen beginne. Die Gesuchstellerin habe ab diesem Zeitpunkt neun Monate Zeit, die Forderungsklage einzureichen und dies der *UBS Switzerland AG* zu bestätigen. Art. 839 Abs. 3 ZGB bestimme die Gültigkeitsdauer der Ersatzsicherheit zugunsten des Unternehmers nicht. Zwar werde das Baupfandrecht unbefristet im Grundbuch eingetragen. Daraus sei aber nicht zu schliessen, eine Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB müsse auf unbefristete Dauer geleistet werden. Massgebend sei der Zweck der Sicherheitsleistung. Sie solle dem Unternehmer eine gleichwertige Sicherheit verschaffen, müsse also dieselbe Gewähr für die Befriedigung seiner Forderung leisten wie ein definitiv eingetragenes Baupfandrecht. In zeitlicher Hinsicht müsse die Sicherheit deshalb so lange «hinreichen», dass der Unternehmer noch auf sie zugreifen könne, nachdem alle zur Inanspruchnahme der Sicherheit erforderlichen Gerichtsverfahren rechtskräftig abgeschlossen seien. Entsprechend seien relative Befristungen zulässig. Als zulässig werde insbesondere eine relative Befristung für die Einleitung des Hauptverfahrens angesehen. Der Unternehmer könne vorliegend zunächst das Sicherungsverfahren bis zur Rechtskraft führen. Danach habe er nochmals neun Monate Zeit für die Einreichung der Forderungsklage. Halte er diese Frist ein, erlösche die Garantie nicht mehr. Das Sicherungsbedürfnis des Unternehmers sei voll abgedeckt. Der Gesetzgeber habe in Art. 839 Abs. 3 ZGB die Möglichkeit der Beibringung einer Ersatzsicherheit vorgesehen. Dieser Anspruch dürfe nicht durch übermässige Anforderungen vereitelt werden. Auch Bundesgericht lasse relative Befristungen explizit zu.

Weil die eingereichte Zahlungsgarantie dem Unternehmer unter allen Gesichtspunkten ausreichend Reaktionszeit belasse und ihm auch sonst keine Steine in den Weg lege und unter Berücksichtigung, dass die Inanspruchnahme der Zahlungsgarantie viel einfacher sei, als die Vollstreckung des Pfandrechts, sei sie als hinreichend zu qualifizieren.

5.2. Rechtliches

Das Fehlen einer hinreichenden Sicherheit ist eine negative Voraussetzung für die Eintragung bzw. den Weiterbestand des Bauhandwerkerpfandrechts Art. 839 Abs. 3 ZGB).¹⁰

Die Leistung einer hinreichenden Sicherheit hat die Funktion einer Ersatzsicherheit: Anstelle eines mittelbaren gesetzlichen Grundpfandrechts in der Form des Bauhandwerkerpfandrechts¹¹ erhält der Unternehmer eine Ersatzsicherheit.¹² Art. 839 Abs. 3 ZGB schreibt die Art der zu leistenden

¹⁰ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 4. Aufl. 2012, N. 1742; SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1213; VETTER/BRUNNER, Die hinreichende Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB, in: Jusletter 27. Februar 2017, Rz. 1.

¹¹ Statt vieler SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 5 ff. m.w.N.

¹² VETTER/BRUNNER (Fn. 1), Rz. 3.

Sicherheit nicht vor. Damit kann die Sicherheit leistende Person Art und Gegenstand der Sicherheitsleistung innerhalb der Schranken der Rechtsordnung grundsätzlich frei wählen.¹³ Als Sicherheitsleistung kommen Personalsicherheiten wie die Garantie¹⁴ oder die Bürgschaft¹⁵ sowie Realsicherheiten wie die Sicherheitshinterlegung¹⁶ in Frage.¹⁷

Dabei ist stets entscheidend, dass die Sicherheitsleistung als "hinreichend" i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB qualifiziert wird.¹⁸ Dies setzt voraus, dass sie qualitativ und quantitativ die gleiche Sicherheit bietet wie das Bauhandwerkerpfandrecht.¹⁹ In *quantitativer* Hinsicht ist die Sicherheit ausreichend, wenn sie sowohl die baupfandberechtigte Forderung des Unternehmers als auch die Verzugszinsen sichert.²⁰ *Qualitativ* gleichwertig ist die Sicherheit, wenn die Unternehmerin durch die Bonität der Sicherheit leistenden Person, die Befristung der Sicherheitsleistung, die Modalitäten der Inanspruchnahme und den Gerichtsstand für das weitere Verfahren nicht schlechter gestellt wird als durch das Bauhandwerkerpfandrecht.²¹ Während eine absolute Befristung der Sicherheit ausgeschlossen ist,²² ist eine relative Befristung grundsätzlich zulässig. Als Bedingung wird in Literatur und Rechtsprechung genannt, dass dem Unternehmer eine angemessene Reaktionsfrist bleibt, um die Sicherheit rechtswirksam zu beanspruchen.²³ Als nicht hinreichend wurde eine Bankgarantie bezeichnet, welche 120 Tage nach Rechtskraft des die Schuldnerin verpflichtenden Leistungsurteils zu beanspruchen ist, andernfalls sie untergeht.²⁴ Zulässig soll hingegen sein, eine *definitiv* bestellte Bankgarantie derart zu befristen, dass sie automatisch erlischt, falls der Unternehmer die Garantiesumme nicht innerhalb einer Frist von zwei Monaten einfordert, nachdem ein Garantiefall eingetreten ist.²⁵ Ebenso ist es zulässig, die vorläufige Sicherheit mit einer relativen Befristung für die Einleitung des Hauptverfahrens zu versehen.²⁶

Ob die Sicherheitsleistung als "hinreichend" qualifiziert wird, obliegt vorab der Disposition der involvierten Parteien.²⁷ Akzeptiert der Unternehmer die

¹³ VETTER/BRUNNER (Fn. 1), Rz. 6; SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1251.

¹⁴ Siehe zur Garantie statt vieler SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1256 ff. m.w.N.

¹⁵ Siehe zur (Solidar-)Bürgschaft statt vieler SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1268 ff. m.w.N.

¹⁶ Siehe zur Sicherheitshinterlegung statt vieler SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1272 ff. m.w.N.

¹⁷ BSK ZGB II-THURNHERR, 6. Aufl. 2019, Art. 839/840 N. 11; SCHUMACHER (Fn. 2), N. 1269 f. m.w.N.

¹⁸ VETTER/BRUNNER (Fn. 1), Rz. 6.

¹⁹ BGE 142 III 738 E. 4.4.2.; VETTER/BRUNNER (Fn. 1), Rz. 8.

²⁰ BGE 142 III 738 E. 4.4.2; SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1239.

²¹ VETTER/BRUNNER (Fn. 1), Rz. 9.

²² BGE 142 III 738 E. 5.4; VETTER/BRUNNER (Fn. 1), Rz. 13; SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1241.

²³ BGE 142 III 738 E. 5.4; VETTER/BRUNNER (Fn. 1), Rz. 14; SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1242.

²⁴ BGE 142 III 738 E. 5.5.5.

²⁵ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1242.

²⁶ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1243.

²⁷ Vgl. SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1299. 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 22. Februar 2024.

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.²⁸ 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.²⁹ Das Gericht prüft die Sicherheit jedoch nur insofern, als die Unternehmerin substantiiert Einwendungen erhebt.³⁰

5.3. Würdigung

Die provisorisch geleistete Zahlungsgarantie deckt betragsmässig sowohl den geltend gemachten Pfandbetrag als auch die Zinsforderung vollumfänglich ab. Deren quantitative Gleichwertigkeit mit dem Bauhandwerkerpfandrecht wird von der Gesuchstellerin denn auch zu Recht nicht bestritten.

Fraglich ist, ob die Zahlungsgarantie dem Bauhandwerkerpfandrecht auch in qualitativer Hinsicht gleichgestellt ist.

Ziff. 3 der eingereichten Bankgarantie Nr. aaa vom 18. Januar 2024 enthält die die Gründe, welche zum Erlöschen der Garantie führen. Nach Ziff. 3.1) erlöscht diese u.a.:

"9 Monate nach Eintritt der Rechtskraft des SICHERUNGSRURTEILS (Datum der Rechtskraft gilt als Tag Null), sofern Sie (Einzelunterschrift bzw. Kollektivunterschrift zu zweien gemäss im Handelsregister eingetragene(n) Person(en) und Zeichnungsart) oder ein in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragener Anwalt uns nicht bis spätestens zu diesem Datum (in unserem Besitz an obiger Adresse) unter Bezugnahme auf diese GARANTIE schriftlich bestätigen bzw. bestätigen lassen, dass Sie betreffend dem GRUNDGESCHÄFT eine Klage vor einem staatlichen Gericht – das Einreichen eines Schlichtungsgesuchs bei einer Schlichtungsbehörde im Sinne von Art. 202ff. ZPO genügt hierfür nicht – gegen F._____ AG eingereicht haben. [...]"

Das Gesetz (namentlich Art. 839 Abs. 3 ZGB) schreibt der Pfandberechtigten nicht vor, dass sie die Klage aus dem Grundgeschäft innert einer bestimmten Frist beim Gericht anhängig machen müsse. Damit die Unternehmerin die bestellte Sicherheit - sei sie in Form eines Bauhandwerkerpfandrechts oder einer Zahlungsgarantie - dereinst in Anspruch nehmen kann, wird sie aber immer einen Nachweis ihrer Forderung erbringen müssen. Vor diesem Hintergrund erscheint es grundsätzlich zweckmässig, eine Garantie der auflösenden Bedingung zu unterstellen, dass sie automatisch

²⁸ VETTER/BRUNNER (Fn. 1), Rz. 30; SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1300.

²⁹ VETTER/BRUNNER (Fn. 1), Rz. 31; SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1240 ff.

³⁰ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1301; HGer ZH, HE210081 E. 3.4.2; A.M. VETTER/BRUNNER (Fn. 1), Rz. 31.

erlischt, falls die Unternehmerin nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach *definitiver* Bestellung der Sicherheit Klage gegen die Bestellerin erhebt.³¹ Eine neunmonatige Frist zur Klageeinleitung gegen die Bestellerin seit Bestellung der definitiven Sicherheitsleistung ist der Unternehmerin grundsätzlich zumutbar.

Indessen darf die *provisorische* Sicherheitsleistung nicht an die auflösende Bedingung geknüpft werden, dass der Unternehmer eine Forderungsklage einreichen muss, bevor die *definitive* Sicherheit bestellt worden ist.³² Einerseits wäre es widersprüchlich, den Unternehmer zu einer sofortigen Forderungsklage zu zwingen und gleichzeitig den Sicherstellungsanspruch zu bestreiten. Ebenso hätte der Unternehmer beim Drittpfand für den Fall, dass die Sicherheitsleistung nicht definitiv bestellt wird und deshalb erlöschen sollte, einen grossen Prozessaufwand zu betreiben, der bei Zahlungsunfähigkeit des Bestellers in wirtschaftlicher Sicht erfolglos wäre.³³ Genau dies könnte aber vorliegend drohen. Die eingereichte provisorische Zahlungsgarantie sieht vor, dass sie neun Monate *nach Eintritt der Rechtskraft des Sicherungsurteils* erlösche, sofern die Gesuchstellerin innert dieser Frist keine Klage aus dem Grundgeschäft gegen die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin eingereicht habe. Dabei kommt Beschwerden an das Bundesgericht gegen Leistungsurteile von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu, weshalb das kantonale letztinstanzliche Urteil mit seiner Ausfällung in Rechtskraft erwächst und vollstreckbar ist. Das Bundesgericht kann zwar die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit aufschieben (Art. 103 Abs. 3 BGG). Sollte dies nicht geschehen, bleibt das kantonale Urteil rechtskräftig.³⁴ Dies hat vorliegend zur Folge, dass die Gesuchstellerin innert 9 Monaten nach Ausfällung des letztinstanzlichen kantonalen Urteils betreffend die definitive Leistung der Sicherheit eine Klage gegen die Bestellerin einzuleiten hätte, obwohl ein allfälliges bundesgerichtliches Verfahren noch hängig ist.

Aufgrund der genannten Verfallsklausel bietet die eingereichte Zahlungsgarantie Nr. aaa vom 18. Januar 2024 der Gesuchstellerin wohl quantitativ, nicht aber qualitativ die gleiche Sicherheit, wie das Bauhandwerkerpfandrecht.

5.4. Fazit

Im Ergebnis wird mit der Zahlungsgarantie Nr. aaa vom 18. Januar 2024 keine hinreichende Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB geleistet. Das Original der eingereichten Zahlungsgarantie ist der gesuchsgegnerischen Nebenintervenientin nach Ablauf der Rechtsmittelfrist wieder herauszugeben.

³¹ Vgl. SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1264, 1297.

³² BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 2), Art. 839/840 N. 11; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1301; HGer ZH, HE210099-O vom 30. September 2021 E. 4.6.2.

³³ SCHUMACHER (Fn. 32), N. 1301

³⁴ Vgl. BGE 142 III 738; BSK ZPO-DROESE, 3. Aufl. 2017, Art. 336 N. 10.

5.5. Keine weitere Nachfrist

Die Gesuchsgegnerinnen und die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin beantragen eventualiter, es ihnen Gelegenheit zu geben, eine verbesserte hinreichende Sicherheit einzureichen, sollte die Zahlungsgarantie nicht als hinreichend beurteilt werden. Eine entsprechende Gelegenheit wurde ihnen mit Verfügung vom 6. Februar 2024 gewährt. Ohnehin aber kann es nicht Aufgabe des Gerichts sein, während eines summarischen Verfahrens fortlaufend Garantiebestimmungen zu prüfen und den Verpflichteten anschliessend Gelegenheit zu geben, diese entsprechend anzupassen, bis sie im Sinne des Gesetzes hinreichend sind. Vielmehr ist die betreffende Partei dafür verantwortlich, eine entsprechende hinreichende Sicherheit einzureichen.³⁵

Es steht der gesuchsgegnerischen Nebenintervenientin aber weiterhin offen, sich mit der Gesuchstellerin über eine hinreichende Ersatzsicherheit zu verständigen.³⁶

6. Ergebnis

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandsumme von Fr. 94'947.36 zuzüglich Zins zu 5 % ab 15. November 2023 erfüllt sind und die mit Verfügung vom 22. Dezember 2023 superprovisorisch angeordnete Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu bestätigen ist.

7. Prosequierung

Ist eine Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts noch nicht rechtshängig, ist der gesuchstellenden Partei nach Art. 263 ZPO eine Frist zur Einreichung der Klage mit der Androhung anzusetzen, dass die Vormerkung der vorläufigen Eintragung im Grundbuch bei ungenutztem Ablauf der Frist ohne weiteres und ersatzlos gelöscht werde.³⁷ Die Prosequierungsfrist beträgt nach handelsgerichtlicher Praxis bei Fällen der vorliegenden Grösse rund drei Monate. Der Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO ist bei der Prosequierungsfrist nach Art. 263 ZPO i.V.m. Art. 961 Abs. 3 ZGB ausgeschlossen.³⁸

8. Prozesskosten

Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 95 Abs. 1 und

³⁵ HGer AG HSU.2017.115 vom 15. Dezember 2017 E. 5; ebenso HGer ZH HE140512-O vom 26. Mai 2015 E. 4.

³⁶ Vgl. SCHUMACHER/REY (Fn. 2), N. 1302.

³⁷ SCHUMACHER/REY (Fn. 2), N. 1663 ff.

³⁸ BGE 143 III 554 E. 2.5.2 m.w.N.; vgl. auch SCHUMACHER/REY (Fn. 2), N. 1670.

Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss sind sie von den Gesuchsgegnerinnen zu tragen.

8.1.

Unter Berücksichtigung des verursachten Aufwands sowie des Umfangs der Streitigkeit werden die Gerichtskosten auf Fr. 2'050.00 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 gleicher Höhe verrechnet. Die Gesuchsgegnerinnen haben der Gesuchstellerin die Gerichtskosten direkt zu ersetzen (vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO).

8.2.

Die Gesuchsgegnerinnen haben der Gesuchstellerin zudem eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung wird nach dem Streitwert – vorliegend Fr. 94'947.36 – bemessen (vgl. § 3 AnwT; SAR 291.150). Ausgehend von einer Grundentschädigung von rund Fr. 12'615.25 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 5 AnwT) resultiert nach Vornahme eines Summarabzugs von 75 % (§ 3 Abs. 2 AnwT) ein Betrag von rund Fr. 3'153.80. Damit sind insbesondere eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (vgl. § 6 Abs. 1 AnwT). Dem Umstand der vorliegend nicht durchgeführten Verhandlung (§ 6 Abs. 2 AnwT) wird mit einem weiteren Abzug von praxismässig 20 % Rechnung getragen, womit ein Betrag in Höhe von Fr. 2'523.00 resultiert. Für die Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 5. Februar 2024 wird ein Zuschlag von 5 % gewährt. Nach Hinzurechnung einer Auslagenpauschale (§ 13 Abs. 1 AnwT) von praxismässig 3 % resultiert ein Betrag in Höhe von gerundet Fr. 2'728.00, den die Gesuchsgegnerinnen der Gesuchstellerin als Parteientschädigung zu bezahlen hat.

Dem gesuchstellerischen Antrag auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzuschlags ist nicht zu entsprechen. Die Gesuchstellerin ist gemäss UID-Register selbst mehrwertsteuerpflichtig. Sie kann die ihrem Anwalt bezahlte Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung in Abzug bringen (Art. 28 MWSTG).³⁹ 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.

³⁹ 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 2024).

Der Präsident erkennt:

1.

In **Gutheissung** des Gesuchs vom 21. Dezember 2023 wird die mit Verfügung vom 22. Dezember 2023 zugunsten der Gesuchstellerin auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerinnen, GB R._____ Nr. G, superprovisorisch für eine **Pfandsumme von** für eine **Pfandsumme von Fr. 94'947.36** zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 15. November 2023 angeordnete Vormerkung **vorsorglich bestätigt**.

2.

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

3.

3.1.

Die **Gesuchstellerin** hat **bis zum 23. Mai 2024** 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. 2'050.00 sind von den Gesuchsgegnerinnen zu tragen und werden mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet. Die Gesuchsgegnerinnen haben der Gesuchstellerin Fr. 2'050.00 in solidarischer Haftung direkt zu ersetzen.

4.2.

Die Gesuchsgegnerinnen haben der Gesuchstellerin in solidarischer Haftung deren Parteikosten in richterlich festgesetzter Höhe von Fr. 2'728.00 (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)
- die Gesuchsgegnerinnen (Vertreter; zweifach)
- die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin (Vertreter; zweifach)

Zustellung an:

- **das Grundbuchamt Q.**_____ (nach Ablauf der Rechtsmittelfrist)

Mitteilung an:

- die Obergerichtskasse

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, 22. Februar 2024

Handelsgericht des Kantons Aargau

1. Kammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dubs

Näf

(i.V. Bisegger)

