

HSU.2019.122 / as / as

Art. 199

Entscheid vom 9. Dezember 2019

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

Gesuchstellerin **I. GmbH,** _____
 vertreten durch lic. iur. Andreas Bühlmann, Rechtsanwalt, Talacker 50,
 8001 Zürich

Gesuchsgegnerin **A. AG,** _____

Gesuchsgegnerische Nebeninter-
venientin **I. AG,** _____
 vertreten durch lic. iur. Fabienne Schürmann und Dr. iur. Matthias Streiff,
 Rechtsanwälte, Zürcherstrasse 29, 8620 Wetzikon ZH

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend Bauhandwerkerpfandrecht

Der Vizepräsident entnimmt den Akten:

1.

Die Gesuchstellerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Z. Sie bezweckt insbesondere Bauarbeiten aller Art (Gesuchsbeilage [GB] 2)].

2.

Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in W. (ZH). Sie hat insbesondere den unmittelbaren und mittelbaren Betrieb von _____ zum Zweck (GB 3).

Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des Grdst.-Nr. 123 GB Muri (E-GRID: CH 321; GB 1).

3.

Die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Zürich. Sie bezweckt Bauarbeiten aller Art.

4.

Mit Gesuch vom 4. Oktober 2019 (Postaufgabe: 4. Oktober 2019) stellte die Gesuchstellerin die folgenden Rechtsbegehren:

- " Das Grundbuchamt Wohlen sei im Sinne von Art. 961 ZGB zunächst superprovisorisch und hernach vorläufig anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des folgenden Grundstücks der Gesuchsgegnerin ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf:

Liegenschaft Grundstück-Nr. 123, _____, Muri,
für die maximale Pfandsumme von CHF 518'510.96 zuzüglich
5% Zins seit 4. Oktober 2019;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

5.

Mit Verfügung vom 7. Oktober 2019 bewilligte der Vizepräsident den Antrag um superprovisorische Anordnung der Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts teilweise im Umfang von Fr. 518'510.86 zzgl. Zins zu 5 % ab dem 5. Oktober 2019 und wies das Grundbuchamt Wohlen an, die Vormerkung sofort einzutragen.

6.

Das Grundbuchamt Wohlen merkte die vorläufige Eintragung am 7. Oktober 2019 (Tagebuchnummer 987) im Tagebuch vor.

7.

7.1.

Mit Eingabe vom 17. Oktober 2019 stellte die I. AG das Gesuch, sie sei als Nebenintervenientin der Gesuchsgegnerin zuzulassen, da sie sich vertraglich verpflichtet habe, die vorläufige und definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu verhindern.

7.2.

Mit Verfügung vom 18. Oktober 2019 nahm der Vizepräsident der Gesuchsgegnerin die Antwortfrist einstweilen ab und setzte der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme bis 31. Oktober 2019.

7.3.

Mit Eingaben vom 30. Oktober 2019 und 31. Oktober 2019 widersetzten sich weder die Gesuchsgegnerin noch die Gesuchstellerin dem Nebeninterventionsgesuch.

7.4.

Mit Verfügung vom 1. November 2019 wurde die I. AG als Nebenpartei der Gesuchsgegnerin (gesuchsgegnerische Nebenintervenientin) zugelassen und ihr sowie der Gesuchsgegnerin Frist zur Erstattung einer schriftlichen Gesuchsantwort bis zum 14. November 2019 angesetzt.

8.

8.1.

Mit Stellungnahme vom 14. November 2019 stellte die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin folgende Rechtsbegehren:

" Es sei

1.

das Gesuch der Gesuchstellerin vom 04. Oktober 2019 um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin Liegenschaft Grundstück-Nr. 123, _____, 5630 Muri, abzuweisen und das superprovisorisch vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen;

2.

eventualiter der Gesuchstellerin eine Frist von längstens drei Monaten anzusetzen, um Klage betreffend definitiven Bestand und Umfang des Pfandrechts anzuheben;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin."

8.2.

Nach Ansetzung einer kurzen Nachfrist stellte die Gesuchsgegnerin mit Gesuchsantwort vom 22. November 2019 folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Es sei das Gesuch der Gesuchstellerin vom 04. Oktober 2019 um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin, Liegenschaft Grundstück-Nr. 123, 5630 Muri, abzuweisen und das superprovisorisch eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen.

2.

Es sei eventualiter der Gesuchstellerin eine Frist von längstens drei Monaten anzusetzen, um Klage betreffend definitivem Bestand und Umfang des Pfandrechts anzuheben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen und zusätzlich Mehrwertsteuerzusatz zulasten der Gesuchstellerin."

Der Vizepräsident 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 7. Oktober 2019).

2. Superprovisorische Anordnung der Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechts

Soweit sich die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin in ihrer Stellungnahme vom 14. November 2019 gegen den Antrag auf superprovisorische Anordnung zur Wehr setzt (Stellungnahme vom 14. November 2019 Rz. 7 ff.), ist anzumerken, dass der Antrag auf superprovisorische Anordnung mit Verfügung vom 1. November 2019 bereits gutgeheissen wurde. Verfahrensgegenstand ist daher nicht mehr die superprovisorische Anordnung, sondern nur noch die vorsorgliche Anordnung der vorläufigen Eintragung des von der Gesuchstellerin beantragten Bauhandwerkerpfandrechts.

3. Allgemeine Voraussetzungen der vorläufigen Eintragung

3.1.

Die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts setzt im Wesentlichen die Forderung eines Bauhandwerkers oder Unternehmers für die Leistung von Arbeit und allenfalls von Material zugunsten des zu belastenden

Grundstücks sowie die Wahrung der viermonatigen Eintragungsfrist voraus (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und 839 Abs. 2 ZGB).

3.2.

Die Eintragungsvoraussetzungen sind im Verfahren betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts lediglich glaubhaft zu machen. An diese Glaubhaftmachung werden zudem weniger strenge Anforderungen gestellt, als es diesem Beweismass für vorsorgliche Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO) sonst entspricht.¹ Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint. Im Zweifelsfall, bei unklarer Beweis- oder Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung dem Richter im ordentlichen Verfahren zu überlassen.² Letztlich läuft es darauf hinaus, dass der gesuchstellende Unternehmer nur die blosse Möglichkeit eines Anspruchs auf ein Bauhandwerkerpfandrecht nachzuweisen hat.³

4. Eintragungsfrist

4.1. Parteibehauptungen

4.1.1. Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin behauptet, die letzten Arbeiten seien am 26. Juni 2019 ausgeführt worden. Dies gehe aus ihren Stundenlisten hervor. Diese Stunden seien für Hauptarbeiten aufgewendet worden. Im Mai 2019 seien drei, im Juni 2019 zwei Mitarbeiter der Gesuchstellerin auf dem umstrittenen Grundstück tätig gewesen (Gesuch Rz. 7, GB 7-9). Der «letzte Hammerschlag» sei deshalb am 26. Juni 2019 erfolgt, als Sockel gestrichen worden seien. Die viermonatige Eintragungsfrist sei daher eingehalten (Gesuch Rz. 9; GB 10).

4.1.2. Gesuchsgegnerische Nebenintervenientin

Die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin behauptet, die Werkarbeiten seien am 18. und 24. Januar 2019 sowie am 12. Februar 2019 der Bauherrschaft übergeben worden. Damit seien die werkvertraglichen Arbeiten nachweislich schon im Februar 2019 abgeschlossen worden (Stellungnahme vom 14. November 2019 Rz. 17; Beilagen 5 f. zur Stellungnahme vom 14. November 2019).

Die von der Gesuchstellerin behaupteten Arbeiten im Mai und Juni 2019 würden, sofern sie überhaupt von der Gesuchstellerin erbracht worden seien, blosse Nachbesserungsarbeiten darstellen (Stellungnahme vom

¹ BGE 137 III 563 E. 3.3; 86 I 265 E. 3; vgl. auch SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1394; BSK ZGB II-THURNHERR, 6. Aufl. 2019, Art. 839/840 N. 37.

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

³ SCHUMACHER (Fn. 1), N. 1395.

14. November 2019 Rz. 31 und 33; Beilagen 4-6 zur Stellungnahme vom 14. November 2019). Die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin sei von der ARGE Q. selbst zur Nachbesserung aufgefordert worden, woraufhin diese die F.-Bau GmbH zur Mängelbehebung aufgebieten habe (Stellungnahme vom 14. November 2019 Rz. 32; Beilagen 4 und 11 zur Stellungnahme vom 14. November 2019; GB 10). Die Arbeiten der Gesuchstellerin / F. AG / F.-Bau GmbH seien mit Ausnahme der Terrassen der Häuser 15a und 15b am 18. und 24. Januar 2019 von der ARGE Q. abgenommen worden. Die Abnahme besagter Terrassen sei am 12. Februar 2019 erfolgt. Bei beiden Abnahmen hätten Mängel festgestellt werden müssen (Stellungnahme vom 14. November 2019 Rz. 34; Beilage 5 f. zur Stellungnahme vom 14. November 2019). Weil diese Arbeiten, wenn auch nur mangelbehaftet, abgenommen worden seien, sei die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin auf der Pendenzenliste der noch fertigzustellenden Arbeiten vom 15. Februar 2019 nicht mehr aufgeführt (Stellungnahme vom 14. November 2019 Rz. 36; Beilage 12 der Stellungnahme vom 14. November 2019). Weiter habe R. B., Bauleiter der gesuchsgegnerischen Nebenintervenientin, B. R. mit E-Mail vom 16. Mai 2019 zur Nachbesserung am 20. und 21. Mai 2019 aufgebieten. Die F.-Bau GmbH habe diese E-Mail gleichentags bestätigt und versichert, an diesen Tagen vor Ort zu sein (Stellungnahme vom 14. November 2019 Rz. 38; Beilage 4 der Stellungnahme vom 14. November 2019). Es erscheine daher nicht glaubhaft, dass im Mai und Juni 2019 noch Vollendungsarbeiten hätten vollbracht werden sollen (Stellungnahme vom 14. November 2019 Rz. 37). Auch vor diesem Hintergrund würden die Stundenrapporte der Gesuchstellerin nicht glaubhaft erscheinen. Die darin verwendeten Begriffe würden mit den festgestellten Mängeln korrelieren (Stellungnahme vom 14. November 2019 Rz. 39). Dasselbe gelte für die Arbeiten im Juni 2019 (Stellungnahme vom 14. November 2019 Rz. 40). Ferner sei die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin von der ARGE Q. auch mit Schreiben vom 22. August 2019 aus der Erfüllungsgarantie entlassen worden (Stellungnahme vom 14. November 2019 Rz. 42; Beilage 9 der Stellungnahme vom 14. November 2019).

Das vorliegende Gesuch datiere vom 7. Oktober 2019 und sei daher erst nach Ablauf der viermonatigen Eintragsfrist im Juni 2019 erfolgt (Stellungnahme vom 14. November 2019 Rz. 43).

4.2. Rechtliches

Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts muss bis spätestens vier Monate nach der Arbeitsvollendung erfolgen, andernfalls verwirkt der Anspruch (Art. 839 Abs. 2 ZGB).⁴ Die Eintragsfrist berechnet sich nach Art. 7 ZGB i.V.m. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Abs. 2 OR. Sie endet somit an

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

demjenigen Tag des letzten Monats, der durch seine Zahl dem Tag der Arbeitsvollendung entspricht.⁵

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 839 Abs. 2 ZGB gelten Bauarbeiten grundsätzlich dann als vollendet, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen dabei geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen wie der Ersatz gelieferter, aber fehlerhafter Teile oder die Behebung anderer Mängel. Geringfügige Arbeiten gelten aber dann als Vollendungsarbeiten, wenn sie unerlässlich sind; insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt.⁶

4.3. Würdigung

Die Gesuchstellerin behauptet zwar, ihre Mitarbeiter hätten im Mai und Juni 2019 noch Hauptarbeiten ausgeführt und will dies durch nicht unterschriebene Arbeitsrapporte belegen. Sie behauptet jedoch nicht, welcher Mitarbeiter welche Tätigkeiten wann ausführte.

Der gesuchsgegnerischen Nebenintervenientin gelingt es, diese Ausführungen im Rahmen des angetretenen Gegenbeweises in Frage zu stellen. Mit den Beilagen 5 f. zur Stellungnahme vom 14. November 2019 untermauert sie ihre Behauptung, wonach sie ihr Werk – und weil die Gesuchstellerin bloss Arbeiten für die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin lieferte auch deren Werk – im Januar bzw. Februar 2019 der Bauherrin übergab. Damit wurde das Werk abgeliefert und die Hauptpflicht im Werkvertrag (Herstellung eines Werks) erfüllt. Das Werk wurde daher im Februar 2019 vollendet.

Zwar räumt die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin selber ein, sie habe nur ein mangelhaftes Werk abgeliefert. Dies ändert allerdings nichts am Umstand, wonach das Werk bei Ablieferung bereits vollendet war. Arbeiten, die die Gesuchstellerin nach der Werkablieferung ausführte, qualifizieren daher als Gewährleistungsarbeiten, die nicht mehr fristauslösend wirken. Mit der Beilage 4 zur Stellungnahme vom 14. November 2019 (eine E-Mail vom 16. Mai 2019) belegt die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin, dass es sich bei den Arbeiten der Gesuchstellerin im Mai 2019 – und damit auch den darauffolgenden Arbeiten im Juni 2019 (vgl. hierzu Beilage 11 zur Stellungnahme vom 14. November 2019) – bloss um Mängelbehebungsarbeiten handelte. Ebenso ergibt sich dieser Schluss aus der Pendenzliste von Mitte Februar 2019, in welcher die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin nur noch für Mängelbehebungsarbeiten aufgeführt

⁵ BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 1), Art. 839/840 N. 31a.

⁶ BGer 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4 m.w.N.

wird (Beilage 12 zur Stellungnahme vom 14. November 2019, S. 4, Position 12: "Beschädigte Fassade Bahnseite flicken" und S. 5, Position 31: "Diverse Korrekturen Terras[s]en gem. M[ä]ngelanzeige mit Fotos").

Selbst die nicht unterzeichneten – und daher nicht als Basis einer natürlichen Vermutung dienenden⁷ – Arbeitsrapporte der Gesuchstellerin (GB 7 f.) weisen – wie es die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin zu Recht vorbringt – bei genauer Betrachtung darauf hin, dass die Arbeiten im Mai und Juni 2019 nur noch der Nachbesserung dienten. So ist darin etwa von der "Ergänzung" der Isolation oder der "Ergänzung" des Putzes die Rede. Auch zeitlich stimmen die Arbeitsrapporte mit den Weisungen zur Nachbesserung grundsätzlich überein. So wurde von der gesuchsgegnerischen Nebenintervenientin etwa gewünscht, sie möge doch die Gebäude 15a/b am 24. Juni 2019 streichen und "korrigieren", und tatsächlich, vom 24. bis zum 26. Juni 2019 sind sowohl Maler- als auch Sockelarbeiten eingetragen (GB 8). Ähnlich sieht das Bild für den Monat Mai 2019 aus: Hier wurde die Gesuchstellerin für den 20. Mai 2019 zur Mängelbehebung aufgeboten und tatsächlich haben die Mitarbeiter der Gesuchstellerin vom 22. bis zum 24. Mai 2019 Arbeiten auf dem umstrittenen Grundstück ausgeführt (GB 7).

Würde es sich bei den Mai-/Juniarbeiten nicht um blosser Nachbesserungsarbeiten handeln, so wäre unerklärbar a) weshalb die Gesuchstellerin für diese Arbeiten extra aufgeboten werden musste und diese nicht von sich aus auf der Baustelle erschien und b) weshalb zwischen den einzelnen Arbeiten jeweils mehr als eine Woche, teilweise sogar mehr als ein Monat vergingen. Bei solch grossen Arbeitsunterbrüchen muss geradezu ausgeschlossen werden, dass es sich noch um eigentliche Vollendungsarbeiten handelte. Vielmehr geht der Vizepräsident davon aus, dass im Mai und Juni 2019 bloss noch Nachbesserungsarbeiten ausgeführt wurden.

Da Nachbesserungsarbeiten die Fristauslösung jedoch nicht verzögern, sondern die viermonatige Eintragsfrist davor schon begonnen haben muss, erfolgte die Eintragung der Vormerkung des Bauhandwerkerpfandrechts vom 7. Oktober 2019 zu spät.

5. Ergebnis

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht erfüllt sind und die mit Verfügung vom 7. Oktober 2019 superprovisorisch angeordnete Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Umfang von Fr. 518'510.86 zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 5. Oktober 2019 daher zu löschen ist.

⁷ BGer 4A_15/2011 vom 3. Mai 2011 E. 3.3 i.f.; GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N. 1020.

6. Prozesskosten

Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 95 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss sind sie von der Gesuchstellerin zu tragen.

6.1.

Unter Berücksichtigung des verursachten Aufwands sowie des Umfangs der Streitigkeit werden die Gerichtskosten auf Fr. 5'000.00 festgesetzt (§ 8 VKD; SAR 221.150). Gestützt auf Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO werden sie vorab mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet.

6.2.

Es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen. Die Gesuchsgegnerin macht selbst keine Parteikosten geltend und einer Nebenintervenientin wird – dem Grundsatz folgend⁸ – keine Parteientschädigung zugesprochen.

Der Vizepräsident erkennt:

1.

Das Gesuch vom 4. Oktober 2019 **wird abgewiesen.**

2.

Das **Grundbuchamt Wohlen** wird angewiesen, das gemäss Verfügung des Vizepräsidenten vom 7. Oktober 2019 gleichentags unter der Tagebuch-Nr. 987 auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin Grdst.-Nr. 123 GB Muri (E-GRID: CH 321), für die Pfandsumme von **Fr. 518'510.86** zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 5. Oktober 2019 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht **zu löschen.**

3.

3.1.

Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 5'000.00 sind von der Gesuchstellerin zu tragen und werden mit dem von ihr geleisteten Gerichtskostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet.

3.2.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

⁸ BGE 130 III 571 E. 6; BSK ZPO-GRABER, 3. Aufl. 2017, Art. 77 N. 3 je m.w.N.

Zustellung an:

- die Gesuchstellerin (Vertreter; zweifach)
- die Gesuchsgegnerin
- die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin (Vertreter; zweifach)

Zustellung an:

- das Grundbuchamt Wohlen (nach Ablauf der Rechtsmittelfrist)

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

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

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

Aarau, 9. Dezember 2019

Handelsgericht des Kantons Aargau

2. Kammer

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Vetter

Schneuwly
(i.V. Albert)

