

AG_HANDELSGERICHT HSU.2024.46 vom 28. März 2025

Ag Handelsgericht, 2025-03-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_handelsgericht_HSU.2024.46

FR: AG_HANDELSGERICHT HSU.2024.46 du 28 mars 2025

IT: AG_HANDELSGERICHT HSU.2024.46 del 28 marzo 2025

Erwägungen

E. 1

Gesuchstellerin Die Gesuchstellerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Q._____. Sie bezweckt gemäss notorischem¹ Handelsregisterauszug hauptsächlich [...].

E. 2

Gesuchsgegnerin Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in X._____. Sie hat insbesondere [...] zum Zweck (Beilage 2 der Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 5. Dezember 2024). Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des Grundstücks Nr. aaa GB X._____ (E-GRID: CH ccc; Gesuchsbeilage [GB] 47).

E. 3

Gesuch Mit Gesuch vom 21. November 2024 (persönlich überbracht am 22. November 2024) stellte die Gesuchstellerin die folgenden Rechtsbegehren: " Das Grundbuchamt M._____ sei im Sinne von Art. 961 ZGB so- fort und ohne Anhörung der Gegenpartei einstweilen anzuwei- sen, zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des Grund- stück des Gesuchsgegners ein Pfandrecht um [recte: im] Grund- buch einzutragen auf der Liegenschaft Kat. Nr. aaa, (Kataster- nummer), GBBi ddd (Grundbuchblatt) für eine Pfandsomme von Fr. 660'064.95 nebst einer Umtriebsentschädigung von Fr. 300.00 und Zins, zu 5 % seit 2. Oktober 2024. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchs- gegners."

E. 3.1

Grundsatz 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).

E. 3.2

Beweismass Die Eintragungsvoraussetzungen sind im Verfahren betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts lediglich glaubhaft zu ma- chen. An diese Glaubhaftmachung werden zudem weniger strenge Anfor- derungen gestellt, als es diesem Beweismass für vorsorgliche Massnah- men (Art. 261 ff. ZPO) sonst entspricht.¹⁰ Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint. Im Zweifelsfall, bei unklarer Be- weis- oder Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung dem Richter im ordentlichen Verfahren zu überlassen.¹¹ Letztlich läuft es darauf hinaus, dass der gesuchstellende Unternehmer nur die blossе Möglichkeit eines Anspruchs auf ein Bauhandwerkerpfandrecht nachzuweisen hat.¹²

E. 3.3

Verhandlungsmaxime Ungeachtet dessen obliegt es dem Unternehmer, sein Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu begründen (Art. 219 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO). Die Parteien sind nicht davon entbunden, ihre Behauptungen ausreichend zu substantiieren und mit den bezeichneten Beweismitteln rechtsgenügend in Verbindung zu setzen (vgl. Art. 55 Abs. 1 ZPO). Den Prozessparteien obliegt die Behauptungslast. Die Aufteilung der Behauptungslast zwischen den Parteien folgt der Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB. Beim Verfahren um gerichtliche Anordnung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts hat die Gesuchstellerin das 10 BGE 137 III 563 E. 3.3, 86 I 265 E. 3; vgl. auch SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2022, N. 1533 ff.; BSK ZGB II-THURNHERR, 7. Aufl. 2023, Art. 839/840 N. 37. 11 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/REY (Fn. 10), N. 1533.

E. 4

Zustellung des Doppels des Gesuchs (inkl. Beilagen) vom 21. November 2024 an die Gesuchsgegnerin zur Erstattung einer schriftlichen Antwort bis zum 13. Dezember 2024.

E. 4.1

Partei behauptungen

E. 4.1.1

Gesuchstellerin Die Gesuchstellerin führt aus, sie habe am 18. März 2024 mit der Streitberufenen 2 einen Werkvertrag über das Neubauprojekt auf dem Grundstück der Gesuchstellerin geschlossen. Dabei sei ein Pauschalpreis von Fr. 1 Mio. (zzgl. MwSt.) und für die Regiearbeiten zusätzlich ein Stundenansatz von Fr. 55.00 (zzgl. MwSt.) vereinbart worden. In der Schlussabrechnung komme zum Pauschalpreis von Fr. 1 Mio. noch ein Werklohn für zusätzliche Regiearbeiten in der Höhe von Fr. 441'780.70 hinzu. Diese seien tatsächlich erbracht worden und im Pauschalpreis nicht enthalten. Sie seien durch die Streitberufene 2 in Auftrag gegeben worden. Zu all diesen Arbeiten würden entsprechende WhatsApp-Konversationen bestehen, mit denen die Erbringung der Regiearbeiten in Auftrag gegeben und/oder zu Kenntnis genommen worden seien. Es seien rund 98 % der Arbeiten erbracht worden, als den Mitarbeitern der Gesuchstellerin am 26. September 2024 grundlos der Zutritt zur Baustelle verwehrt worden sei und die Erbringung der letzten Arbeiten auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin verhindert worden sei. Die offene Forderung der Gesuchstellerin präsentiere sich wie folgt: Pauschalpreis gemäss Werkvertrag Fr. 1'000'000.00 Regiearbeiten gemäss Aufstellung Fr. 441'780.70 Subtotal 1 Fr. 1'441'780.70 8.1% Mehrwertsteuer Fr. 116'784.24 Rundungsdifferenz Fr. 0.01 Subtotal 2 Fr. 1'558'564.95 Abzüglich Akontozahlungen gemäss Aufstellung Fr. 898'500.00 Saldo zugunsten der Gesuchstellerin Fr. 660'064.95 Zusätzlich verlangt die Gesuchstellerin die Eintragung einer Umtriebsentschädigung von Fr. 300.00, welche sie nicht weiter begründet.

E. 4.1.2

Gesuchsgegnerin

E. 4.1.2.1

Streitberufene 1 Die Streitberufene 1 führt aus, sie und die G._____ AG seien von der Gesuchsgegnerin als Arbeitsgemeinschaft (ARGE) I._____ als Totalunternehmerin mit der Erstellung des Neubaus betraut worden (Antwort 1 Rz. 9). Diese habe für die Ausführung der Gipsarbeiten mit Subunternehmer-Werkvertrag vom 11. bzw. 12. Oktober 2023 die ARGE J._____ beigezogen. Dabei sei eine Ausführungsfrist vom 23. Oktober 2023 bis 18. Juli 2024 vereinbart und dem Unternehmer die Weitervergabe von Arbeiten unter dem Vertrag untersagt worden (Antwort 1 Rz. 10; Beilage 1). Die ARGE J._____ habe die Gipsarbeiten zwischen dem 23. Oktober 2023 und dem 18. Juli 2024 ausgeführt. Die Gesuchstellerin habe keine Arbeiten auf der Baustelle erbracht. Der Zutritt zu dieser sei limitiert und einzig über ein metallisches Drehkreuz möglich gewesen. Ohne einen Badge bzw. eine Ermächtigung der ARGE I._____ bzw. der Bauherrin habe niemand die Baustelle betreten können. Im elektronischen Zutrittskontroll-logbuch tauche die Gesuchstellerin nirgends auf. Dies, weil das Unternehmen keine Arbeiten erbracht habe (Antwort 1 Rz. 11 ff. und 15; Beilagen 2 f.). Vielmehr zeige das Logbuch, dass sich die Mitarbeiter der Gesuchstellerin als Mitarbeiter der Streitberufenen 2 bei der Zutrittskontrolle angemeldet und ausgewiesen hätten und als solche auf der Baustelle tätig gewesen seien (Antwort 1 Rz. 15 f., Beilage 2). Die Mitarbeiter in der mit Gesuchsbeilage 46 eingereichten Liste hätten nicht für die Gesuchstellerin, sondern für die Streitberufene 2 gearbeitet, da sie an diese ausgeliehen worden seien. Dies zeige sich auch aus dem von der Gesuchstellerin ins Recht gelegten Rahmenvertrag vom 18. März 2024, welcher vorsehe, dass die Mitarbeiter der Gesuchstellerin auf der Baustelle als Mitarbeiter der Streitberufenen 3 aufzutreten, die Berufskleidung der Streitberufenen 3 zu tragen, das Material und die Werkzeuge der Streitberufenen 3 zu benutzen und die Fahrzeuge mit dem Logo der Streitberufene 3 zu versehen hätten (Antwort 1 Rz. 14). Die Gesuchstellerin habe es versäumt, substantiiert darzulegen, welche Arbeiten sie erbracht haben möchte. Es könne dem Gericht und den Prozessparteien nicht zugemutet werden, diese Information aus den Beilagen der Gesuchstellerin und insbesondere aus den angeblichen WhatsApp-Kommunikationen selbst zusammenzusuchen. Auch aus der eingereichten Schlussrechnung sei nicht ersichtlich, wann und für welches Objekt die Arbeiten erbracht worden seien. Sie stelle keine rechtsgenügende Glaubhaftmachung für tatsächlich erbrachte pfandberechtigte Arbeiten dar (Antwort 1 Rz. 21 f.). Die ins Recht gelegten WhatsApp-Kommunikationen belegten weder, dass Regiearbeiten in Auftrag gegeben noch ausgeführt worden seien, noch dass diese nicht bereits unter dem Rahmenvertrag geschuldet gewesen seien. Alsdann halte die Gesuchstellerin selbst fest,

- 11 - dass sie einzig 98 % der zu erbringenden Arbeiten ausgeführt habe (Antwort 1 Rz. 23).

E. 4.1.2.2

Streitberufene 2 und 3 Die Streitberufenen 2 und 3 bestreiten die Forderungen der Gesuchstellerin. Gemäss Vertrag seien maximal 90 % des vertraglich vereinbarten Werklohns im Laufe des Baufortschrittes fällig, was einem Betrag von Fr. 972'900.00 entspräche. Die Restanz von 10 % werde erst nach Vollerfüllung der Arbeiten fällig. Diese sei nicht erfolgt. Der Gesuchstellerin sei bis heute entsprechend dem Baufortschritt ein Betrag von Fr. 908'100.00 überwiesen worden. Theoretisch wären Fr. 64'800.00 offen, zahlbar, wenn der Vertrag zu 90 % erfüllt sein werde. Rein vorsorglich machten die Streitberufene 2 und 3 Gegenforderungen von insgesamt Fr. 200'200.00 geltend, welche sich aus dem Wert der von der Gesuchstellerin entwendeten Maschinen (Fr. 12'000.00), einer Zahlung an

K._____ für die Schuld der Ge- suchstellerin (Fr. 3'200.00), den Kosten des Parkplatzes (Fr. 15'000.00) so- wie der Konventionalstrafe in Höhe von Fr. 170'000.00 zusammensetze. Die Gesuchstellerin behaupte zwar die Auftragserteilung für Regiearbeiten, aber nicht die Erfüllung der vertraglichen Voraussetzungen dafür. Sie ver- weise auf Wortmeldungen im WhatsApp, die damit in keinem Zusammen- hang stünden. Die Gesuchstellerin habe den Werkvertrag durch eigene Leistungsverweigerung nicht erfüllt und keine Regiearbeiten erbracht. De- ren Auftragserteilung sei eine Lüge. Die vertraglichen Voraussetzungen zur Auftragserteilung von Regiearbeiten seien auch zu keinem Zeitpunkt erfüllt gewesen. Es seien keine Regierapporte vorhanden, geschweige denn seien solche durch die Gesuchsgegnerinnen oder die Bauherrschaft visiert worden. Dies beweise, dass die behaupteten Leistungen entweder Gegen- stand des Werkvertrages gewesen seien, nie erbracht worden seien oder Mängelbehebungen dargestellt hätten. Die mangelnde Substantiierung und Spezifikation der inhaltlich wahrheitswidrigen Rechnung verhindere eine Nachprüfung, was wohl Absicht der Gesuchstellerin sei.

E. 4.2

Rechtliches

E. 4.2.1

Pfandberechtigt sind die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbruchar- beiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Die mit dem Bauhandwerkerpfand zu sichernde Forderung besteht ent- sprechend in der Vergütungsforderung des Handwerkers oder Unterneh- mers. Sie ist mit dieser identisch. Für die Eintragung des Bauhand-

- 12 - werkerpfandrechts im Grundbuch ist daher nach Art. 794 Abs. 1 i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB eine bestimmte Pfandsumme anzugeben.¹⁵

E. 4.2.2

Subunternehmer verfügen über einen selbständigen Anspruch auf Eintra- gung 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 unabhän- gig davon, ob der Bauherr den Hauptunternehmer bereits entschädigt hat. Insofern besteht ein Doppelzahlungsrisiko für den Bauherrn.¹⁶ Erforderlich ist dagegen die Selbständigkeit des Unternehmers. Ein Unter- nehmer i.S.v. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB muss die geschuldeten oder ge- leisteten Bauarbeiten in eigener rechtlicher Verantwortung, namentlich auf eigene Rechnung, versprochen bzw. geleistet und die korrespondierende Forderung persönlich erlangt haben.¹⁷ Nicht aktivlegitimiert ist damit die Verleiherin von Temporär-Arbeitskräften.¹⁸ Zur Abgrenzung des Vorliegens eines Personalverleihverhältnisses gegenüber einer anderen Vertragsart können die Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Wirt- schaft (SECO) zum Arbeitsvermittlungsgesetz dienen. Diesen nach können als Kriterien etwa herangezogen werden, ob a) wesentliche Weisungsbe- fugnisse des Arbeitgebers an den Einsatzbetrieb abgetreten werden; b) sich der Arbeitnehmer der Werkzeuge, Utensilien oder weiterer Materialien im Einsatzbetrieb bedient; c) der Arbeitnehmer ausschliesslich am Sitz und im Rahmen der Arbeitszeiten des Einsatzbetriebs arbeitet; d) der primäre Zweck des Vertragsverhältnisses in einer Verrechnung von Einsatzstunden oder in einer klar definierten Arbeitsleistung (bzw. eines Arbeitsziels) für eine bestimmte Vergütung besteht;

und e) der Dienstleister im Falle einer Nichterfüllung dem Einsatzbetrieb für Nachbesserung oder Preismilderung haftet.¹⁹

E. 4.2.3

Hat ein Unternehmer sowohl Arbeit als auch Material zu liefern, ist beides bzw. ist die gesamte Vergütungsforderung des Unternehmers pfandbe- rechtigt, unabhängig davon, ob es sich beim Material um vertret- oder

E. 4.3

Würdigung

E. 4.3.1

Aktivlegitimation der Gesuchstellerin

E. 4.3.1.1

Pfändung der Forderung Mit Schreiben vom 31. Oktober 2024 zeigte das Betreibungsamt N._____ der Streitberufenen 2 an, dass die Forderung der Gesuchstellerin in Höhe von Fr. 950'000.00 in der Betreuung Nr. bbb gepfändet wurde und rechts- gültig nur noch an das Betreibungsamt bezahlt werden könne (Beilage 7 der Antwort 2). Die Streitberufenen 2 und 3 bestreiten die Aktivlegitimation der Gesuchstellerin mit der Begründung, dass die Verfügungsmacht über die behaupteten Forderungen damit an das Betreibungsamt N._____ über- gegangen sei (Antwort 2 S. 2). Die Pfändung der Forderung bewirkt, dass der Schuldner bei Straffolge ohne Bewilligung des Betreibungsbeamten nicht über die gepfändeten Ver- mögenswerte verfügen darf (Art. 96 Abs. 1 SchKG). Verfügungen des Schuldners sind ungültig, soweit dadurch die aus der Pfändung den Gläu- bigern erwachsenen Rechte verletzt werden, unter Vorbehalt der Wirkun- gen des Besitzerwerbes durch gutgläubige Dritte (Art. 96 Abs. 2 SchKG). Entgegen den Streitberufenen ist die Verfügungsmacht der Gesuchstellerin über die Forderung demnach nur beschränkt und nicht aufgehoben.²³ Ins- besondere findet kein Gläubigerwechsel statt. Vielmehr ist die Gesuchstel- lerin weiterhin Inhaberin der Forderung und Trägerin aller Rechte und Be- fugnisse, die sie ihr verleiht. Dazu gehört, den Pfandeintragungsanspruch i.S.v. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 839 ZGB als Nebenrecht ihrer Forde- rung²⁴ geltend zu machen. Die Aktivlegitimation der Gesuchstellerin ist da- mit gegeben. Insbesondere stellt die Geltendmachung des Sicherungsan- spruchs auch kein Verfügen über die Hauptforderung dar, was der Bewilli- gung des Betreibungsamts bedürfte.

E. 4.3.1.2

Personalverleih- oder Werkvertragsverhältnis Die Streitberufenen scheinen in Bezug auf die Frage, ob die Gesuchstelle- rin selbst als Unternehmerin auftrat, oder der Streitberufene 2 lediglich ihre Mitarbeiter zur Verfügung stellte, unterschiedliche Standpunkte zu vertre- ten. Während die prozessführende Streitberufene 1 von einem

E. 4.3.2

Pfandberechtigte Arbeiten Bei der Montage der Trockenbauwände handelt es sich um klassische werkvertragliche Leistungen, die pfandberechtigt sind.

E. 4.3.3

Höhe der zu sichernden Forderung Unbestritten ist, dass die Gesuchstellerin und die Streitberufene 2 im Werk- vertrag einen Werklohn von Fr. 1 Mio. (pauschal, exkl. MwSt.)

vereinbart haben. Ebenso sind sich die Parteien einig, dass ein Regieansatz von Fr. 55.00 pro Stunde vereinbart und dass die SIA-Norm 118 für anwendbar erklärt wurden. Schliesslich gehen die Parteien übereinstimmend von einer vorzeitigen Vertragsauflösung per 26. September 2024 aus. Dabei gehen sie von einer Auflösung nicht "ex tunc", sondern "ex nunc" aus. Unabhängig davon, ob der Werkvertrag berechtigterweise gestützt auf Art. 366 Abs. 1 OR, Art. 107 - 109 OR oder – weil die entsprechenden Voraussetzungen nicht gegeben waren – nach Art. 377 OR bzw. Art. 184 SIA Norm 118 aufgelöst wurde, hat die Gesuchstellerin deshalb Anspruch auf Vergütung der bereits geleisteten Arbeit. Die nicht mehr geleistete und aufgrund des Rücktritts auch definitiv nicht mehr zu leistende Arbeit berechtigt hingegen nicht mehr zum Pfandeintrag, auch dann nicht, wenn der Vergütung durch einen Schadenersatzanspruch substituiert wird, da diesen keine Vermehrung des Bauwerts entgegensteht.²⁶

E. 4.3.3.1

Geschuldeter Teilpauschalpreis Die Gesuchstellerin hat nach dem Gesagten nur im Umfang der tatsächlich ausgeführten Arbeiten einen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts und nicht für den gesamten pauschalen Werklohn von Fr. 1 Mio. (exkl. MwSt.). Dabei schuldet die Streitberufene 2 der Gesuchstellerin vom vereinbarten Pauschalpreis den Teilbetrag, der zum Pauschalpreis im gleichen Verhältnis steht, wie der Wert der erbrachten Teilleistung zum Wert der ganzen Leistung.²⁷ Die Gesuchstellerin behauptet, sie habe im Zeitpunkt des Vertragsrücktritts am 26. September 2024 98 % der Arbeiten ausgeführt. Dies entspricht einem Werklohn von Fr. 980'000.00 (exkl. MwSt.) bzw. Fr. 1'059'380.00 (inkl. MwSt.). Die Gesuchstellerin reicht Kontoauszüge ein, welche belegen, dass die Streitberufene 2 ihr zwischen dem 29. November 2023 und dem

E. 4.3.3.2

Regiearbeiten Die behauptete Forderung von Fr. 441'780.70 für angebliche Regiearbeiten hat die Gesuchstellerin demgegenüber weder schlüssig behauptet noch glaubhaft gemacht. In ihrem Gesuch und der Begründung (GB C) fehlen Ausführungen, welche Arbeiten sie genau in Regie ausgeführt haben will, inwiefern diese nicht bereits vom Pauschalpreis abgegolten gewesen wären und wann und von wem sie damit beauftragt worden sein soll. Zwar enthält die Schlussrechnung vom 2. Oktober 2024 eine Zusammenstellung von insgesamt 39 Positionen, welche die Gesuchstellerin nebst der Summe von Fr. 1 Mio. in Rechnung stellt (GB 42). Nur bei elf dieser Positionen verrechnet die Gesuchstellerin Arbeiten zum vereinbarten Ansatz von Fr. 55.00 pro Stunde. Bei den übrigen Arbeiten rechnet sie zu einem Stück- oder Quadratmeterpreis ab (betrifft 25 Positionen) und bei drei Positionen stellt sie die Arbeiten zu einem Pauschalpreis in Rechnung. Diesbezüglich fehlen auch Ausführungen dazu, weshalb die Gesuchstellerin zu den in Rechnung gestellten Preisen hätte verrechnen dürfen. Die Gesuchsbeilage 44, mit welcher die Gesuchstellerin diverse, den einzelnen Positionen der Schlussrechnung zugeordnete Fotos und WhatsApp-Konversationen einreicht, kann die fehlenden Behauptungen nicht ersetzen. Sie ist keineswegs selbsterklärend. Darüber hinaus sind die aus dem Zusammenhang gerissenen und unvollständigen Konversationen sowie die einzelnen Fotos auch nicht geeignet, den behaupteten Anspruch

- 17 - glaubhaft zu machen, ergibt sich daraus weder die direkte Beauftragung der Gesuchstellerin, noch ist der Stundenaufwand der Gesuchstellerin oder das tatsächlich verbaute Material ersichtlich. Tages- oder Wochenrapporte (vgl. Art. 47 SIA Norm 118) hat

die Gesuchstellerin nicht eingereicht. Erstmals in ihrer Eingabe vom 14. März 2025 verweist die Gesuchstellerin auf Bauprotokolle, Stundennachweise und Rechnungen (S. 3 der Eingabe vom 14. März 2025). Solche hat sie indes auch ihrer Eingabe vom 14. März 2025 nicht beigelegt, weswegen offenbleiben kann, ob sie unter dem Novenrecht noch zu beachten wären. Der von der Gesuchstellerin geltend gemachten Anspruch aus Regiearbeiten muss als höchst unwahrscheinlich bezeichnet werden, sodass das Gesuch in diesem Umfang abzuweisen ist.

E. 4.3.3.3

Umtriebsentschädigung Schliesslich hat die Gesuchstellerin weder begründet, noch ist ersichtlich, woraus sich ein Anspruch ergeben würde, zusätzlich zur Werklohnsumme auch eine Umtriebsentschädigung von Fr. 300.00 als Pfandrecht einzutragen (vgl. E. 5.2 der Verfügung vom 22. November 2024).

E. 4.3.3.4

Gegenforderungen der Streitberufenen 2 Kann der Besteller eine Gegenforderung mit der Vergütungsforderung des Unternehmers verrechnen, bewirkt dies in der Höhe der Verrechnung den Untergang der Vergütungsforderung (Art. 120 OR). Für den so untergegangenen Teil der Vergütungsforderung kann kein Baupfandrecht mehr eingetragen werden.²⁸ Die gesuchsgegnerische Streitberufene 2 macht diverse Verrechnungsforderungen geltend (Antwort 2 S. 3 f.). Diese sind derzeit jedoch weder substantiiert noch durch Urkunden belegt. Sie stehen der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts daher nicht entgegen.

E. 4.4

Verzugszinsen Gegen die Berücksichtigung der Verzugszinsen bringt die Gesuchsgegnerin nichts vor, weshalb es vorläufig bei der Würdigung gemäss der E. 5.3 der Verfügung vom 22. November 2024 bleibt. Im Grundbuch sind demnach auf 5 % Verzugszinsen auf Fr. 100'000.00 seit dem 2. Oktober 2024 und auf Fr. 60'880.00 seit dem 12. Oktober 2024 einzutragen.

E. 5

Fristerstreckungen werden grundsätzlich nicht gewährt. Ausnahmsweise ist eine Fristerstreckung beim Vorliegen zureichender Gründe möglich (Art. 144 Abs. 2 ZPO). Als solche gelten die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe.

E. 5.1

Die Gesuchstellerin hat bis zum 30. Juni 2025 beim zuständigen Gericht im ordentlichen Verfahren Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzuheben. ⁶³ So auch BGer 4A_192/2016 vom 22. Juni 2016 E. 8.2; HGer ZH HE 210094 vom 26. Juli 2021 E. 8.

- 27 -

E. 5.1.1

Gesuchstellerin Die Gesuchstellerin führt aus, am 26. September 2024 sei ihr grundlos der Zutritt zur Baustelle verwehrt worden und die Erbringung der letzten Arbeiten sei so verhindert worden. 5.1.2. Gesuchsgegnerin 5.1.2.1. Streitberufene 1 Die Streitberufene 1 führt aus, die Gesuchstellerin habe zwar eine Schlussrechnung vom 2. Oktober 2024 ins

Recht gelegt, diese sage allerdings nichts über die Durchführung allfälliger Fertigstellungsarbeiten aus und stelle keine rechtsgenügeliche Glaubhaftmachung für die Ausführung der letzten Arbeiten dar. Darüber hinaus lege die Gesuchstellerin keinen einzigen Arbeitsrapport, Baujournal oder Tagesrapport ins Recht, welcher glaubhaft machen würde, dass die letzten Vollendungsarbeiten weniger als vier Monate vor Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ausgeführt worden seien. Der Subunternehmer-Vertrag wie auch der Rahmenvertrag sähen beide vor, dass die Mitarbeiter der Gesuchstellerin bis am 18. Juli 2024 auf der Baustelle tätig sein sollten. Damit wäre die viermonatige Eintragungsfrist am 18. November 2024 abgelaufen (Rz. 19 f.) 5.1.2.2. Streitberufenen 2 und 3 Die Streitberufenen 2 und 3 führen aus, dass der Vertrag am 26. September 2024 aufgelöst worden sei.

E. 5.2

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.

E. 5.3

Es gilt kein Stillstand der Fristen. 6.

E. 5.4

Mit Eingabe vom 23. Januar 2025 stellte die prozessführende gesuchsgegnerische Streitberufene 1 (fortan: Streitberufene 1) die folgenden Anträge: " 1. Es sei die C. _____ AG als Prozessstandschafterin für die Gesuchsgegnerin zum vorliegenden Verfahren zuzulassen. 2. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Streitberufene 1 der D. _____ GmbH und E. _____ AG den Streit verkündet. 3. Es sei den Streitberufenen 3 und 4 eine angemessene Frist anzusetzen, sich zur Streitverkündung zu äussern. 4. Es sei der Streitberufenen 1 nach Eingang der Stellungnahmen der Streitberufenen 3 und 4 zur Streitberufung eine angemessene Frist zur inhaltlichen Stellungnahme anzusetzen. 5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin (zzgl. MwSt.)."

E. 5.5

Mit Verfügung vom 3. Februar 2025 stellte der Vizepräsident fest, dass die C. _____ AG dem Verfahren als Partei beitrete und fortan den Prozess für die Gesuchsgegnerin führe. Weiter setzte er der D. _____ GmbH und der E. _____ AG Frist, um sich i.S.v. Art. 79 zur Streitverkündung zu erklären.

E. 5.6

Mit Eingabe vom 17. Februar 2025 erklärten die D. _____ GmbH sowie die E. _____ AG zu Gunsten der Gesuchsgegnerin als Streitberufene i.S.v. Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO am Verfahren teilzunehmen (fortan: Streitberufene 2 und 3).

E. 5.7

Hiervon nahm der Vizepräsident mit Verfügung vom 18. Februar 2025 Vormerk und setzte der Streitberufene 1 sowie den Streitberufenen 2 und 3 Frist zur Erstattung einer schriftlichen Antwort bis zum 1. März 2025. 6. Gesuchsantwort

E. 6

Die Gesuchsgegnerin wird darauf hingewiesen, dass die Vormerkung im Grundbuch gelöscht wird, wenn sie für die angemeldeten Forderungen hinreichende Sicherheiten leistet.

E. 6.1

Die Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 5'050.00 werden zu Fr. 3'787.50 der Gesuchstellerin und zu Fr. 1'262.50 der Gesuchsgegnerin und der gesuchsgegnerischen Streitberufenen 1 in solidarischer Haftung auferlegt. Sie werden vorab mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Vorschuss von Fr. 5'050.00 verrechnet, so dass die Gesuchsgegnerin und die gesuchsgegnerischen Streitberufenen der Gesuchstellerin ihren Anteil an die Gerichtskosten von Fr. 1'262.50 direkt zu ersetzen haben.

E. 6.2

Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin deren Parteikosten in richterlich festgesetzter Höhe von Fr. 1'394.05 zu ersetzen und der prozessführenden gesuchsgegnerischen Streitberufenen 1 eine Umtriebsentschädigung von Fr. 375.00 zu bezahlen.

E. 6.3

Eine abweichende Verlegung der Prozesskosten mittels separater Verfügung oder im ordentlichen Verfahren bleibt vorbehalten, falls dieses vor dem Handelsgericht stattfindet.

Zustellung an: – die Gesuchstellerin (Vertreter; zweifach mit Abrechnung) – die gesuchsgegnerische Streitberufene 1 (mit Kopie der Eingabe [inkl. Beilagen] der Gesuchstellerin vom 14. März 2025) – die gesuchsgegnerischen Streitberufenen 2 und 3 (Vertreter; dreifach mit Kopie der Eingabe [inkl. Beilagen] der Gesuchstellerin vom 14. März 2025) – die Gesuchsgegnerin (Vertreter; zweifach mit Kopie der Eingabe [inkl. Beilagen] der Gesuchstellerin vom 14. März 2025) Zustellung an: – das Grundbuchamt M. _____ (nach Ablauf der Rechtsmittelfrist) Mitteilung an:

- 28 - 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, 28. März 2025 Handelsgericht des Kantons Aargau 1. Kammer Der Vizepräsident: Die Gerichtsschreiberin: Egloff Näf

E. 6.4

Keine Nachfrist Die Streitberufene 1 beantragt, es sei ihr für den Fall, dass die eingereichte Garantie keine dem Bauhandwerkerpfandrecht gleichwertige Garantie darstelle, eine angemessene Frist anzusetzen, um Anpassungen an der Garantie vorzunehmen. Die Leistung einer hinreichenden Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB ist jederzeit möglich, d.h. bevor oder nachdem es zur vorläufigen oder gar definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch gekommen ist.⁵³ Es steht der

gesuchsgegnerischen Streitberufene 1 daher weiterhin offen, eine hinreichende Ersatzsicherheit zu leisten. Hierfür ist es nicht notwendig, eine Frist anzusetzen. 7. Ergebnis Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandsumme von Fr. 160'880.00 zuzüglich Zins zu 5 % auf Fr. 100'000.00 ab 2. Oktober 2024 und auf Fr. 60'880.00 ab 12. Oktober 2024 erfüllt sind und die mit Verfügung vom 22. November 2024 superprovisorisch angeordnete Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts in diesem Umfang zu bestätigen ist. 8. 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.⁵⁴ Die 53 VETTER/CARBONARA (Fn. 2), N. 162 ff. m.w.N. 54 SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 1663 ff.

- 23 - 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.⁵⁵ Der Gesuchstellerin ist daher eine Frist zur Einreichung der Klage im ordentlichen Verfahren bis zum 30. Juni 2025 zu setzen, wofür ihr der Beizug eines Rechtsanwaltes empfohlen wird. 9. Prozesskosten 9.1. Verteilung Gemäss langjähriger Praxis des Handelsgerichts des Kantons werden die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, im Entscheid über die Anordnung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gemäss dem Ausgang des Verfahrens gestützt auf Art. 95 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 1 ZPO der unterliegenden Partei auferlegt. Eine abweichende Verlegung der Prozesskosten im allenfalls vor dem Handelsgericht des Kantons Aargau stattfindenden Hauptprozess im ordentlichen Verfahren oder aufgrund separater Verfügung im vorliegenden Verfahren bleibt jedoch vorbehalten.⁵⁶ Da die Gesuchstellerin ein Pfandanspruch von lediglich rund 25 % der beantragten Summe glaubhaft machen kann, hat sie die Kosten zu 75 % zu tragen. Sind am Prozess mehrere Personen als Haupt- oder Nebenparteien beteiligt, so bestimmt das Gericht ihren Anteil an den Prozesskosten. Es kann auf solidarische Haftung erkennen (Art. 106 Abs. 3 aZPO). Gestützt auf diese Bestimmung kann das Gericht nach Massgabe des Verursacherprinzips der Streitverkünderin und der Streitberufenen, welcher für erstere nach Art. 79 Abs. 1 lit. b aZPO den Prozess führt, Prozesskosten auferlegen, entweder unter anteilmässiger oder solidarischer Haftung.⁵⁷ Vorliegend rechtfertigt es sich, die Prozesskosten im Umfang von 25 % der Gesuchsgegnerin und der gesuchsgegnerischen Streitberufenen 1 solidarisch aufzuerlegen. Wer von ihnen die Prozesskosten effektiv zu tragen hat, bestimmt sich nach ihrem materiellen Rechtsverhältnis.⁵⁸ Hingegen sind den Streitberufenen 2 und 3, denen lediglich eine unselbständige Stellung zukommt, keine Gerichtskosten aufzuerlegen. Damit tragen die Gesuchsgegnerin und der Streitberufene 1 die Prozesskosten zu 25 % in solidarischer Haftung. 55 BGE 143 III 554 E. 2.5.2 m.w.H.; vgl. auch SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 1670. 56 VETTER/CARBONARA (Fn. 2), N. 103. 57 SK ZPO-MABILLARD, 4. Aufl. 2025, Art. 80 N. 14; BSK ZPO-FREI, 4. Aufl. 2024, Art. 80 N. 12 58 SK ZPO-MABILLARD (Fn. 57), Art. 80 N. 14; BSK ZPO-FREI (Fn. 57), Art. 80 N. 12

- 24 - 9.2. Gerichtskosten Unter Berücksichtigung des verursachten Aufwands sowie des Umfangs der Streitigkeit werden die Gerichtskosten auf Fr. 5'050.00 festgesetzt (§ 8

GebührD; SAR 662.110). Gestützt auf Art. 111 Abs. 1 Satz 1 aZPO werden sie vorab mit dem geleisteten Kostenvorschuss der Gesuchstellerin in der- selben Höhe verrechnet. Die Gesuchsgegnerin und die gesuchsgegneri- schen Streitberufene 1 haben der Gesuchstellerin ihren Anteil an die Ge- richtskosten in Höhe von Fr. 1'262.50 direkt zu ersetzen. 9.3.

Parteientschädigung 9.3.1. Gesuchstellerin Die Gesuchstellerin liess sich nicht anwaltlich vertreten. Prozessiert eine Partei ohne berufsmässige Vertretung, so hat sie neben dem Ersatz not- wendiger Auslagen (Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO) nur in begründeten Fällen Anspruch auf eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO). Dass einer nicht anwaltlich vertretenen Partei ersatzfähige Kos- ten für Umtriebe erwachsen, ist ungewöhnlich und bedarf einer besonderen Begründung. Der begründete Fall für eine Umtriebsentschädigung liegt in erster Linie im Verdienstausschluss einer selbständig erwerbenden Person, die den Prozess selber führt.⁵⁹ Bei geringem Aufwand ist keine Entschädigung zuzusprechen.⁶⁰ Die Gesuchstellerin begründet weder, weshalb, noch in welcher Höhe ihr eine Umtriebsentschädigung zu gewähren wäre. Da sie ihr Gesuch nur über eine Seite begründete und sich im Übrigen damit begnügte, diverse Urkunden einzureichen, ist auch nicht ersichtlich, dass ihr ein erheblicher Aufwand entstanden wäre. Die Stellungnahme vom 14. März 2025 erfolgte auf freiwilliger Basis und enthielt keine entscheiderelevanten Vorbringen. Es ist der Gesuchstellerin daher keine

Umtriebsentschädigung zuzusprechen. 9.3.2. Gesuchsgegnerin Die Gesuchsgegnerin ist anwaltlich vertreten, womit ihr bis zur Prozess- übernahme durch die Streitberufene 1 eine Parteientschädigung zusteht. Diese berechnet sich nach dem Streitwert – vorliegend Fr. 660'364.95 (vgl. § 3 AnwT; SAR 291.150). Ausgehend von einer Grundentschädigung von rund Fr. 36'092.05 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 8 AnwT) resultiert nach Vornahme eines Summarabzugs von 75 % (§ 3 Abs. 2 AnwT) ein Betrag von rund Fr. 9'023.00. Damit sind die Instruktion, Aktenstudium, rechtliche Abklä- rung, Korrespondenz und Telefongespräche sowie eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (vgl. § 6 Abs. 1 AnwT). Da die Streitberufenen die Gesuchsantwort erstatteten und keine Verhandlung stattfand, ist die Entschädigung um die entsprechende 59 BGer 4A_436/2023 vom 6. Dezember 2023 E. 4.1 m.w.N. 60 BSK ZPO-HOFMAN/BAECKERT, 4. Aufl. 2024, Art. 95 N. 70.

- 25 - Minderleistung des gesuchsgegnerischen Anwalts zu vermindern (§ 6 Abs. 2 AnwT). Ermessensweise ist die Entschädigung für Instruktion, Ak- tenstudium, rechtliche Abklärungen sowie die Eingabe vom 13. Dezember 2024 mit 20 %, d.h. Fr. 1'804.60, zu berücksichtigen. Nach Hinzurechnung einer Auslagenpauschale (§ 13 Abs. 1 AnwT) von praxisgemäss 3 % resul- tiert ein Betrag in Höhe von gerundet Fr. 1'858.75. Diesen hat die Gesuch- stellerin der Gesuchsgegnerin zu 75 % zu entschädigen (vgl. E. 9.1.), wo- mit sie der Gesuchsgegnerin Fr. 1'394.05 zu bezahlen hat. Ein Mehrwertsteuerzuschlag auf die Parteientschädigung ist nicht geschul- det. Die Gesuchstellerin ist gemäss UID-Register selber mehrwertsteuer- pflichtig. Sie kann die ihrem Anwalt bezahlte Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung in Abzug bringen (Art. 28 MWSTG).⁶¹ Die Mehrwertsteuer stellt somit keinen zusätzlichen Kostenfak- tor dar und ist bei der Bemessung der Parteientschädigung deshalb nicht zu berücksichtigen. 9.3.3. Streitberufene Der Nebenpartei stehen im Grundsatz keine Partei- bzw. Umtriebsentschä- digung zu, da sie mit ihrer Teilnahme am Prozess Interessen wahrt, die sich aus ihrem Rechtsverhältnis zur unterstützten Hauptpartei und nicht zum Prozessgegner ergeben. Die Zusprechung einer Partei- bzw. Umtriebsent- schädigung ist daher nur im Einzelfall und aus Billigkeitsgründen gerecht- fertigt.⁶² Die Streitberufenen 2 und 3 legen keine Gründe dar,

die vorliegend eine Parteientschädigung aus Billigkeitsgründen rechtfertigen würden und solche sind auch nicht ersichtlich. Es ist ihnen daher keine Parteientschädigung zuzusprechen. Hingegen erscheint es grundsätzlich gerechtfertigt, der Streitberufene 1, die den Prozess für die Gesuchsgegnerin führte, eine Parteientschädigung zuzusprechen. Diese ist nicht anwaltlich vertreten. Sie führt jedoch aus, sie habe einen Anspruch auf eine Umtriebsentschädigung, da sie das Verfahren durch den internen Rechtsdienst führen lasse. Dabei hat sie die Umtriebe, die ihr durch den Einsatz der von ihr ohnehin angestellten Anwälte nicht im Einzelnen dargelegt. Gleichwohl erscheint es sachgerecht, ihr für den auf der Hand liegenden Aufwand ihrer Anwälte für das Aktenstudium und die Erstellung der Gesuchsantwort vom 28. Februar 2025 eine 61 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 26. März 2025). 62 BGE 130 III 571 E. 6; BSK ZPO-GRABER, 4. Aufl. 2024, Art. 77 N. 3; SK ZPO-MABILLARD (Fn. 57), Art. 80 N. 14.

- 26 - Umtriebsentschädigung von ermessensweise Fr. 500.00 zuzusprechen.⁶³ Hingegen ist dem Antrag der Streitberufenen 1 auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzuschlags nicht zu entsprechen. Die Gesuchstellerin ist gemäss UID-Register selber mehrwertsteuerpflichtig. Es wird auf obige Ausführungen verwiesen (E. 9.3.2). Die Gesuchstellerin hat der Streitberufenen 1 dreiviertel der Umtriebsentschädigung, d.h. Fr. 375.00, zu ersetzen. 9.4. Eine abweichende Verlegung der Prozesskosten im allenfalls vor Handelsgericht stattfindenden Hauptprozess im ordentlichen Verfahren oder aufgrund separater Verfügung im vorliegenden Verfahren bleibt vorbehalten. Der Vizepräsident erkennt: 1. In teilweiser Gutheissung des Gesuchs vom 21. November 2024 wird die mit Verfügung vom 22. November 2024 zugunsten der Gesuchstellerin auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin, Grundbuch X. _____ Nr. ddd (E-GRID: CH ccc), superprovisorisch angeordnete Vormerkung der Pfandsumme im Umfang von Fr. 160'880.00 zuzüglich Zins zu 5 % auf Fr. 100'000.00 seit 2. Oktober 2024 und auf Fr. 60'880.00 seit 12. Oktober 2024 vorsorglich bestätigt. 2. Das Grundbuchamt M. _____ wird angewiesen, die Vormerkung gemäss Dispositiv-Ziff. 1 aufrechtzuerhalten und im darüber hinausgehenden Umfang zu löschen. 3. Die weiteren Anträge der Parteien werden abgewiesen. 4. Das Original der von der prozessführenden Gesuchsgegnerin eingereichten Zahlungsgarantie Nr. fff der UBS Switzerland AG vom 28. Februar 2028 wird nach Ablauf der Rechtsmittelfrist an die prozessführende Streitberufene 1 zurückgeschickt. 5.

E. 7

Der Stillstand der Fristen gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO gilt nicht (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO)."

E. 7.1

Mit Verfügung vom 4. März 2025 stellte der Vizepräsident der Gesuchstellerin die Eingaben der Streitberufenen 1 und der Streitberufenen 2 und 3 zur Kenntnisnahme zu. Gleichzeitig wies er darauf hin, dass sie, sollte sie zu den Eingaben der Gesuchsgegnerschaft freiwillig Stellung nehmen wollen, eine solche Stellungnahme innert 10 Tagen seit Zustellung einzureichen habe.

E. 7.2

Mit Eingabe vom 14. März 2025 reichte die Gesuchstellerin eine Stellungnahme ein. Der Vizepräsident zieht in Erwägung: 1. Prozessvoraussetzungen und 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. November 2024). Die weiteren Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. 2. Aktenschluss im Summarverfahren (Replik- und Novenrecht) Rechtslage Im summarischen Verfahren findet grundsätzlich nur ein Schriftenwechsel statt, mit dessen Abschluss der Aktenschluss eintritt.² Damit tritt für den Unternehmer, der um Vormerkung einer vorsorglichen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ersucht, der Aktenschluss in der Regel mit der Einreichung ihres Gesuchs ein. Keine der Parteien darf sich darauf verlassen, dass ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, bzw. zu einer mündlichen Hauptverhandlung vorgeladen wird.³ Ob neue Tatsachen und Beweismittel nach Eintritt des Aktenschlusses noch beachtet werden können, ist eine Frage des Novenrechts. Vorliegend kommen die novenrechtlichen Bestimmungen der Zivilprozessordnung in der Fassung vor dem 1. Januar 2025 zur Anwendung (Art. 407f ZPO), 2 BGE 146 III 237 E. 3.1.; 144 III 117 E. 2.2.; VETTER/CARBONARA, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2023, N. 79. 3 BGE 146 III 237 E. 3.1.; 144 III 117 E. 2.2.; VETTER/CARBONARA (Fn. 2), N. 79 und 82.

- 7 - weshalb neue Tatsachen und Beweismittel nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 219 i.V.m. Art. 229 Abs. 1 aZPO vorgebracht werden können.⁴ Zulässig ist das Vorbringen neuer Tatsachen oder Beweismitteln, welche nach Abschluss des Schriftenwechsels entstanden sind (echte Noven; Art. 229 Abs. 1 lit. a aZPO) oder welche bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven; Art. 229 Abs. 1 lit. b aZPO). Was den Sorgfaltsmassstab gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b aZPO betrifft, so ist für das summarische Verfahren im Grundsatz zu berücksichtigen, dass das Recht zur Stellungnahme nicht zur nachträglichen Ergänzung oder Verbesserung des Gesuchs genutzt werden darf.⁵ Andererseits können Noven auch erst durch die Vorbringen der Gegenpartei veranlasst werden, da es der gesuchstellenden Partei weder möglich noch zumutbar ist, auf Vorrat sämtliche denkbaren Einreden und Einwendungen zu entkräften, mit denen der Prozessstoff in der Gesuchsantwort noch ausgedehnt werden kann.⁶ Wollen die Parteien vom Novenrecht Gebrauch machen, haben sie für jede einzelne neue Tatsache und jedes einzelne neue Beweismittel zu begründen, weshalb diese Noven nach Art. 219 i.V.m. Art. 229 Abs. 1 aZPO zulässig sein sollen.⁷ Sowohl echte als auch unechte Noven sind nur dann zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug (praxisgemäss innert 10 Tagen⁸) vorgebracht wurden (Art. 229 Abs. 1 aZPO). Die grundsätzliche Beschränkung des summarischen Verfahrens auf einen einfachen Schriftenwechsel ändert jedoch nichts daran, dass den Parteien gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 und 2 BV das Recht zusteht, zu jeder Eingabe der Gegenpartei Stellung zu nehmen, und zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthält (sog. Replikrecht).⁹ Würdigung Mit Verfügung vom 4. März 2025 wurde die Gesuchstellerin auf das Replikrecht hingewiesen und gleichzeitig darauf aufmerksam gemacht, dass der Anspruch auf das rechtliche Gehört nicht dazu diene, allfällig im Gesuch Verpasstes in den Prozess einzubringen. Mit Eingabe vom 14. März 2025 (Postaufgabe: 18. März 2025) hat die Gesuchstellerin daraufhin eine freiwillige Stellungnahme zu den Antworten der Streitberufenen 4 BGE 146 III 237 E. 3.1. 5 BGE 146 III 237 E. 3.1.; 144 III 117 E. 2.2.; BGer 5A_84/2021 vom 17. Februar 2022 E. 3.2.1.; 5A_82/2015 vom 16. Juni 2015 E. 4.2.1. 6 BGer 5A_84/2021 vom 17. Februar 2022

E. 3.2.1. m.w.N. 7 BSK ZPO-WILLISEGGER, 4. Aufl. 2024, Art. 229 N. 23; VETTER/CARBONARA (Fn. 2), N. 81 m.w.N. 8 Vgl. altes Merkblatt des Handelsgerichts, den Parteien mit Verfügung vom 22. November 2024 zu- gestellt. 9 BGE 144 III 117 E. 2.1; 138 I 154 E. 2.3.3 m.w.N.; BGer 4A_42/2011 vom 21. März 2011 E. 2.2.2; VETTER/CARBONARA (Fn. 2), N. 80.

- 8 - eingereicht. Diese enthält neue Vorbringen und zwei erstmals ins Verfahren eingebrachte Urkunden im Zusammenhang mit dem von der Gesuchsgeg- nerin behaupteten Personalverleih. Wie zu zeigen sein wird, erweisen sich die Vorbringen als nicht entscheidrelevant, weshalb deren Zulässigkeit of- fenbleiben kann. 3. Allgemeine Voraussetzungen der vorläufigen Eintragung

E. 12

SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 719; VETTER/CARBONARA (Fn. 2), N. 51 f.

- 9 - Vorliegen des Pfandeintragungsanspruchs zu behaupten.13 Ist ein Tatsa- chenvortrag im erwähnten Sinne vollständig, so wird er als schlüssig be- zeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die anbe- gehrte Rechtsfolge zulässt.14 4. Pfandsomme

E. 13

VETTER/CARBONARA (Fn. 2), N. 73 m.w.N.

E. 14

VETTER/CARBONARA (Fn. 2), N. 74 m.w.N.

- 10 -

E. 15

SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 513.

E. 16

BGE 95 II 87 E. 3; BGer 5A_282/2016 vom 17. Januar 2017 E. 3.2.2; SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 194 ff.; VETTER/CARBONARA (Fn. 2), N. 33.

E. 17

SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 455.

E. 18

SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 456; BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 10), Art. 839/840 N. 3; VETTER/ CARBONARA (Fn. 12), N. 32; vgl. HGer AG HOR.2023.16 vom 8. Dezember 2023 E. 4.2.

E. 19

BGer 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 3.5; Weisungen und Erläuterungen des Staatssekre- tariats für Wirtschaft (SECO) zum Arbeitsvermittlungsgesetz, https://www.seco.ad- min.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Perso- nenfreizuegigkeit_und_Arbeitsbeziehungen/merkblaetter/We isungen_Erlaeuterungen_Arbeitsver- mittlungsgesetz.html, zuletzt S. 66 ff., zuletzt besucht am 26. März 2025.

- 13 - unvertretbare Sachen handelt.²⁰ Für blosser Materiallieferungen oder intellektuelle Arbeitsleistungen kann hingegen kein Bauhandwerkerpfandrecht eingetragen werden.²¹ Bildet geistige Arbeit jedoch mit den physischen Arbeitsleistungen eine funktionelle Gesamtleistung, so ist sie ebenfalls pfandberechtigt.²²

E. 20

SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 230.

E. 21

BGE 136 III 6 E. 5.2; vgl. BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 10), Art. 839/840 N. 4.

E. 22

SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 268, 273 ff.; vgl. auch BGE 136 III 6 E. 5.3.

E. 23

Vgl. zur Klagelegitimation bei verpfändeter Forderung BGE 128 III 366 E. 2.

E. 24

BSK ZGB II-THURNHERR, 7. Aufl. 2023, Art. 837/838 N. 15.

- 14 - Personalverleih ausgeht, stützen sich die Streitberufenen 2 und 3 durchwegs auf das Werkvertragsrecht. In Anwendung von Art. 76 Abs. 2 ZPO ist diesbezüglich allein auf die Behauptungen der prozessführenden Streitberufene 1 abzustellen. Ob die Leistungen der Gesuchstellerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigen, hängt von der Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen der Gesuchstellerin und der Streitberufenen 2 ab. Dabei handelt es sich um eine Rechtsfrage, welche der Disposition der Parteien entzogen ist. Insbesondere ist die Bezeichnung des Vertrages für seine Rechtsnatur nicht entscheidend.²⁵ Ebenfalls ist bedeutungslos, dass den Streitberufenen 2 und 3 der Beizug von Subunternehmern nach Ziff. 10.1 des Subunternehmer-Werkvertrags zwischen der Streitberufenen 1, der G. _____ AG und den Streitberufenen 2 und 3 grundsätzlich untersagt war (Beilage 1 der Antwort 1). Die Gesuchstellerin hat sich gegenüber der Streitberufenen 2 zur Montage der Trockenbauwände zu einem Pauschalpreis von Fr. 1 Mio. verpflichtet (GB A sowie GB B Ziff. 13.3 und 14). Eine derartige pauschale Vergütung ist typisch für Werkverträge, bei denen ein konkretes Arbeitsergebnis geschuldet wird. Im Gegensatz dazu werden beim Personalverleih üblicherweise die Einsatzstunden verrechnet. Alsdann wurde die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 vereinbart (GB B Ziff. 6.4.) und in Ziff. 4 des Vertrages unter dem Titel "Gewährleistung" unter anderem geregelt, dass die Gesuchstellerin allfällige Werkmängel umgehend und auf eigene Kosten zu beheben habe (GB B). Auch dies spricht dafür, dass die Gesuchstellerin ein bestimmtes Arbeitsziel und nicht bloss die Überlassung von Arbeitskräften schuldete. Zwar verpflichtete sich die Gesuchstellerin vertraglich dazu, sich diskret zu verhalten und "wie ein Mitarbeiter des Unternehmers" aufzutreten (GB B Ziff. 6.3.), ihre Mitarbeiter gemäss dem Kleidungskonzept der Streitberufene 3 zu kleiden (GB B Ziff. 6.8.), ihre Fahrzeuge mit dem Unternehmenslogo der Streitberufene 3 zu versehen (GB B Ziff. 7.2.) und arbeitete sie mit Werkzeug und Material der Streitberufenen 2. Auch zeigt der Auszug aus dem Zutrittskontrolllogbuch des streitgegenständlichen Bauprojekts, dass die Mitarbeiter der Gesuchstellerin (vgl. GB 46) unter der Firma der Streitberufenen 2 verzeichnet waren (Beilage 2 der Antwort 1). Vor dem Hintergrund der vertraglichen Verpflichtungen der Streitberufenen 2 und 3 gegenüber der Streitberufenen

1 liegt aber vielmehr die Vermutung nahe, dass erstere das Verbot der Weitervergabe der Arbeiten umgehen und nicht, dass die Parteien einen Personalverleihvertrag abschliessen wollten.

E. 25

BGE 131 III 217 E. 3 = Pra 95 (2006) Nr. 6 E. 3.

- 15 - Insgesamt überwiegen die Elemente, die für ein werkvertragliches Verhältnis sprechen. Daher ist im Rahmen des vorliegenden Verfahrens glaubhaft gemacht, dass die Gesuchstellerin eigenständig als Subunternehmerin der Streitberufene 1 auf der Baustelle arbeitete.

E. 26

SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 398 und 427.

E. 27

BGer 4A_152/2009 vom 29. Juni 2009 E. 2.5; GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N. 538.

- 16 - 6. September 2024 insgesamt Fr. 898'500.00 überwiesen hat (GB 22 - 41). Die Akontorechnung vom 25. September 2024 über Fr. 100'000.00 blieb unbeglichen (GB 21). Da Akontorechnungen gemäss Ziff. 12.1. des Werkvertrags bis zu 80 % der ausgeführten Arbeiten zu bezahlen sind und sich die Gesuchsgegnerin bzw. die Streitberufenen nicht zum Stand der ausgeführten Arbeiten äusserten, erscheint nicht, dass die Gesuchstellerin am 26. September 2024 98 % der pauschal zu vergütenden Arbeiten erbracht hat. Die Gesuchstellerin hat im Rahmen des ordentlichen Verfahrens darzulegen und zu beweisen, welches Werk (im Detail) sie zum Pauschalpreis zu erbringen hatte, welche konkreten Arbeitsleistungen dafür notwendig waren, welche Arbeiten sie bereits ausgeführt hat und wie diese wertmässig im Verhältnis zum vollendeten Werk stehen. Dies ist gegebenenfalls durch Expertise festzustellen. Beim im Rahmen des vorliegend stark herabgesetzten Beweismasses glaubhaft gemachten Arbeitsstand von 98 % ist von einer Vergütungsforderung von Fr. 1'059'380.00 (inkl. MwSt.) auszugehen. Hiervon sind die geleisteten Akontozahlungen abzuziehen. Die gesuchsgegnerischen Streitberufene 2 behauptet zwar, bereits Fr. 908'100.00 überwiesen zu haben, reicht jedoch keine Belege für weitere Zahlungen ein. Daher bleibt es bei dem durch Bankauszüge belegten Betrag von Fr. 898'500.00 (GB 22 - 41), womit eine offene Forderung von Fr. 160'880.00 resultiert.

E. 28

SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 424.

- 18 - 5. Eintragungsfrist

E. 29

BGE 126 III 462 E. 4c.aa; BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 10), Art. 839/840 N. 29.

E. 30

BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 10), Art. 839/840 N. 31a.

E. 31

SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 1048 ff.

E. 32

BGE 120 II 389 = Pra 84 (1995) Nr. 199 E. 1a und b; BGE 102 II 206 = Pra 65 (1976) Nr. 220 E. 1a.

- 19 - seitens des Unternehmers genügt, wenn er die Arbeit endgültig einstellt.³³ Daraus folgt, dass die Eintragungsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB ihren Lauf grundsätzlich noch nicht mit Eintritt des Schuldnerverzugs des Unternehmers nimmt,³⁴ da die Vertragsauflösung neben dem Schuldnerverzug (von Ausnahmen nach Art. 108 OR abgesehen) auch dem Ansetzen einer Nachfrist sowie einer Rücktrittserklärung bedarf (Art. 107 OR). Demzufolge läuft die Eintragungsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB vor Arbeitsvollendung allgemein nur mit einem rechtsgültigen Rücktritt vom Vertrag.³⁵

E. 33

BGer 5A_683/2010 vom 15. November 2011 E. 4.1; SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 1117.

E. 34

Differenziert SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 1124 ff.

E. 35

BGE 120 II 389 = Pra 84 (1995) Nr. 199 E. 1a und b; BGE 102 II 206 = Pra 65 (1976) Nr. 220 E. 1a.

- 20 - Beschränkung und der Einbindung der ARGE I. _____ in einen allfälligen Vergleich (Eingabe vom 14. März 2025 Ziff. 7).

E. 36

SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 4. Aufl. 2012, N. 1742; SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 1213; VETTER/BRUNNER, Die hinreichende Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB, in: Jusletter 27. Februar 2017, Rz. 1; VETTER/CARBONARA (Fn. 2), N. 158.

E. 37

Statt vieler SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 5 ff. m.w.N.

E. 38

VETTER/BRUNNER (Fn. 36), Rz. 3.

E. 39

VETTER/BRUNNER (Fn. 36), Rz. 6; SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 1251.

E. 40

VETTER/BRUNNER (Fn. 36), Rz. 6.

E. 41

BGE 142 III 738 E. 4.4.2.; VETTER/BRUNNER (Fn. 36), Rz. 8.

E. 42

BGE 142 III 738 E. 4.4.2.; SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 1239.

E. 43

VETTER/BRUNNER (Fn. 36), Rz. 9.

E. 44

BGE 142 III 738 E. 5.4; VETTER/BRUNNER (Fn. 36), Rz. 13; SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 1241.

E. 45

BGE 142 III 738 E. 5.4; VETTER/BRUNNER (Fn. 36), Rz. 14; SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 1242.

E. 46

BGE 142 III 738 E. 5.5.5.

- 21 - automatisch erlischt, falls der Unternehmer die Garantiesumme nicht innerhalb einer Frist von zwei Monaten einfordert, nachdem ein Garantiefall eingetreten ist.⁴⁷ Ebenso ist es zulässig, die vorläufige Sicherheit mit einer relativen Befristung für die Einleitung des Hauptverfahrens zu versehen.⁴⁸ Hingegen verbieten es Lehre und Rechtsprechung, die bloss provisorische Stellung einer Sicherheit an die auflösende Bedingung zu knüpfen, wonach der Unternehmer eine Forderungsklage einreichen muss, bevor die definitive Sicherheit bestellt worden ist.⁴⁹ Ob die Sicherheitsleistung als "hinreichend" qualifiziert wird, obliegt vorab der Disposition der involvierten Parteien.⁵⁰ Akzeptiert der Unternehmer die 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.⁵¹ 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.⁵²

E. 47

SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 1242.

E. 48

SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 1243.

E. 49

HGer AG HSU.2024.34 E. 2.2; HGer ZH HE210099 vom 30. September 2021 E. 4.6.2; BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 10), Art. 839/840 N. 11; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1301.

E. 50

Vgl. SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 1299; VETTER/CARBONARA (Fn. 2), N. 162; 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 26. März 2025. 51 VETTER/BRUNNER (Fn. 36), Rz. 30; VETTER/CARBONARA (Fn. 2), N. 162 ff.; SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 1300. 52 VETTER/BRUNNER (Fn. 36), Rz. 31; SCHUMACHER/REY (Fn. 10), N. 1240 ff.

- 22 - ordentliche Verfahren um definitive Bestellung der Ersatzsicherheit per 28. Februar 2026 noch nicht rechtskräftig beurteilt worden ist, was wahrscheinlich ist, nicht zuletzt deshalb, weil die prozessführende gesuchserische Streitberufene 1 und die

Streitberufenen 2 und 3 den Anspruch der Gesuchstellerin bestreiten. Zudem wird der Gesuchstellerin nach rechtskräftiger Bestellung der Ersatzsicherheit noch eine gewisse Frist zur Einreichung der Forderungsklage zuzugestehen sein. Ziff. 3.1 der von der prozessführenden gesuchsgegnerischen Streitberufenen vorgelegten, pro-visorisch geleisteten Zahlungsgarantie Nr. fff der UBS Switzerland AG vom 28. Februar 2025 ist eine unnötige und unverhältnismässige Einschränkung, sodass diese Zahlungsgarantie bereits aufgrund dieser Verfallklausel keine hinreichende Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB darstellt. Eine Auseinandersetzung mit der weiteren Rügen der Gesuchstellerin erübrigt sich vor diesem Hintergrund.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.