



{T 0/2}
5A_838/2015

Urteil vom 5. Oktober 2016

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, Herrmann, Schöbi, Bovey,
Gerichtsschreiber von Roten.

Verfahrensbeteiligte

A. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Stephan Glättli,
Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Franz Schenker,
Beschwerdegegnerin,

C. _____ GmbH,
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Marc Veit
und Dr. Daniel Sykora,
Nebenintervenientin.

Gegenstand

Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts
(Leistung hinreichender Sicherheit),

Beschwerde gegen die Verfügung des Handelsgerichts
des Kantons Aargau, Präsident der 1. Kammer,
vom 25. September 2015.

Sachverhalt:

A.

Die C._____ GmbH war als Totalunternehmerin mit dem Neubau der Notstromversorgung des Kernkraftwerks U._____ beauftragt. Die Bauten waren unter anderem auf Liegenschaften zu realisieren, die im Eigentum der B._____ AG stehen. Die C._____ GmbH zog die D._____ GmbH für die Planung, Lieferung, Montage und Inbetriebnahme der Brandmeldeanlagen und Löscheinrichtungen bei, welche ihrerseits gewisse Leistungen an die A._____ AG vergab.

Auf Gesuch der A._____ AG ordnete der Präsident des Handelsgerichts des Kantons Aargau superprovisorisch die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück der B._____ AG, GB V._____ Nr. xxx, für den Betrag von Fr. 397'966.50 zuzüglich Zins zu 5 % auf Fr. 273'118.50 ab 13. Januar 2015 und 5 % auf Fr. 124'848.-- ab 17. Februar 2015 an (Verfügung vom 24. Februar 2015).

Mit Verfügung vom 1. April 2015 bestätigte der Präsident des Handelsgerichts vorsorglich die superprovisorisch verfügten Anordnungen und setzte der A._____ AG Frist zur Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts. Die von der B._____ AG dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht ab, soweit es darauf eintrat (Urteil 5A_327/2015 vom 17. Juni 2015).

B.

Am 10. Juli 2015 klagte die A._____ AG vor dem Handelsgericht des Kantons Aargau gegen die B._____ AG auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts.

Die C._____ GmbH reichte mit Eingabe vom 3. September 2015 eine Bankgarantie der E._____ SA ein mit den Begehren, es sei festzustellen, dass damit hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB für die zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung geleistet sei, und das provisorisch eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht sei zu löschen. Sie beantragte weiter, an Stelle der B._____ AG in den Prozess einzutreten, eventuell auf deren Seite als Nebenintervenientin zugelassen zu werden.

Mit Verfügung vom 25. September 2015 schrieb der Präsident des Handelsgerichts das Verfahren hinsichtlich der definitiven Eintragung

des Bauhandwerkerpfandrechts zufolge Gegenstandslosigkeit ab (Dispositiv-Ziff. 1), stellte fest, dass die eingereichte Bankgarantie als hinreichende Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB gelte und an die Stelle des provisorisch eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts trete (Dispositiv-Ziff. 2), und wies die Obergerichtskasse an, die Bankgarantie nur gestützt auf ein rechtskräftiges Urteil bzw. entsprechendes Surrogat hin freizugeben (Dispositiv-Ziff. 3). Ferner wies er das zuständige Grundbuchamt an, das provisorisch eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach Eintritt der formellen Rechtskraft seines Entscheids zu löschen (Dispositiv-Ziff. 4). Ausserdem wurde die C._____ GmbH als Nebenintervenientin zugunsten der B._____ AG zugelassen (Dispositiv-Ziff. 5) und Frist zur Erstattung einer Klageantwort angesetzt (Dispositiv-Ziff. 6).

C.

Die A._____ AG (fortan: Beschwerdeführerin) hat am 19. Oktober 2015 Beschwerde an das Bundesgericht erhoben. Sie beantragt, die Dispositiv-Ziff. 1-4 der Verfügung vom 25. September 2015 seien aufzuheben, es sei festzustellen, dass die von der C._____ GmbH eingereichte Bankgarantie nicht als hinreichende Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB gelte, und das Handelsgericht sei anzuweisen, das ordentliche Verfahren betreffend definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts weiterzuführen.

Mit Verfügung vom 11. November 2015 hat der Präsident der urteilenden Abteilung der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt.

Die B._____ AG (fortan: Beschwerdegegnerin) und die C._____ GmbH (fortan: Nebenintervenientin) haben am 20. bzw. 21. Juli 2016 zur Beschwerde Stellung genommen. Das Handelsgericht hat auf Vernehmlassung und die Beschwerdeführerin auf Bemerkungen zu den Stellungnahmen der Beschwerdegegnerin und der Nebenintervenientin verzichtet.

Erwägungen:

1.

1.1 Die angefochtene Verfügung betrifft die Leistung einer Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB und damit eine Zivilsache (Art. 72 Abs. 1 BGG) in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert den gesetzlichen Mindestbetrag überschreitet (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG; Urteil 5A_626/2015 vom 22. April 2016 E. 4). Sie ist kantonal letztinstanzlich (Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG) und lautet zum Nachteil der Beschwerdeführerin, deren Klagebegehren sie teilweise als gegenstandslos abschreibt (Art. 76 Abs. 1 BGG). Die Abschreibungsverfügung ist gestützt auf Art. 242 ZPO ergangen und unterliegt im Gegensatz zum Abschreibungsbeschluss nach Vergleich, Klageanerkennung oder Klagerückzug (Art. 241 ZPO) grundsätzlich der Beschwerde in Zivilsachen (Urteile 5A_410/2015 vom 9. Juni 2015 E. 1 und 4A_272/2014 vom 9. Dezember 2014 E. 1).

1.2

1.2.1 Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB kann die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet. Die Sicherheit kann während des Verfahrens auf provisorische oder definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts geleistet werden. Wird die Sicherheit als hinreichend anerkannt, fällt der Anspruch auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts dahin. Das Verfahren geht nunmehr auf definitive Bestellung der Sicherheit und hat die Frage zum Gegenstand, ob und bis zu welchem Betrag die gestellte Sicherheit haftet (BGE 110 II 34 E. 1b S. 36; Urteil 4A_449/2015 vom 16. Dezember 2015 E. 3.1 und E. 3.3, zusammengefasst in: BR 2016 S. 179 f.; je mit Hinweisen auf DIETER ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR NF 101/1982 II S. 161/162, und PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, T. III, 4. Aufl. 2012, S. 315 N. 2885b).

1.2.2 Wird die Sicherheit während des Verfahrens auf provisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts geleistet und als hinreichend anerkannt, ist das Verfahren insgesamt als gegenstandslos abzuschreiben, eine allenfalls superprovisorisch angeordnete Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch zu löschen und Frist zur Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit anzusetzen. Die Abschreibung des Verfahrens bedeutet eine Verweigerung der provisorischen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts. Sie ist Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG und vorsorgliche Massnahme im Sin-

ne von Art. 98 BGG (Urteil 5A_233/2015 vom 7. September 2015 E. 1 und E. 2, in: SJZ 111/2015 S. 559 f. Nr. 3).

1.2.3 Wird die Sicherheit – wie im vorliegenden Fall – während des Verfahrens auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts geleistet und als hinreichend anerkannt, ist das Verfahren teilweise, d.h. nur mit Bezug auf das Begehren um definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts, als gegenstandslos abzuschreiben. Das Verfahren wird auf definitive Bestellung der Sicherheit weitergeführt. Aufgrund der gesetzlichen Regelung ist die Abschreibungsverfügung als Teilentscheid im Sinne von Art. 91 lit. a BGG anfechtbar. Es wird gleichsam das Hauptbegehren um definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts wegen Leistung hinreichender Sicherheit als gegenstandslos abgeschrieben, so dass nunmehr das für diesen Fall gestellte Eventualbegehren auf definitive Bestellung der Sicherheit zu beurteilen ist (vgl. zum Teilentscheid bei eventueller objektiver Klagenhäufung: BGE 135 III 212 E. 1.2 S. 216 ff.). Die Abschreibungsverfügung erledigt den Anspruch auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zudem endgültig, ohne den Entscheid darüber in einem Hauptverfahren vorzubehalten. Sie ist deshalb keine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG, wie die Beschwerdegegnerin und die Nebenintervenientin glauben (BGE 133 III 589 E. 1 S. 590; 135 III 430 E. 1.1 S. 431; 141 III 564 E. 4.2.2 S. 568). Dass gleichzeitig die Löschung des provisorisch eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch angeordnet wird, ist blosser Nebenfolge der Abschreibung des Hauptbegehrens auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (vgl. Art. 268 Abs. 2 ZPO). Alle Rügen gemäss Art. 95 f. BGG sind somit zulässig.

1.3 Auf die – im Weiteren fristgerecht (Art. 100 Abs. 1 BGG) erhobene – Beschwerde kann eingetreten werden.

2.

Die Nebenintervenientin führt aus, das Grundstück der Beschwerdegegnerin sei unpfändbares Verwaltungsvermögen im Sinne von Art. 839 Abs. 4-6 ZGB, denn die Beschwerdegegnerin sei eine 100%-ige Tochtergesellschaft der F._____ Holding AG, deren Aktien sich zu 100 % in der Hand der Nordostschweizer Kantone bzw. der Kantonsverwerke befänden. Zudem betreibe die Beschwerdegegnerin auf dem pfandbelasteten Grundstück das Kernkraftwerk U._____. Das Grundstück diene einzig der Elektrizitätsherstellung und damit durch seinen unmittelbaren, zweckbestimmten Gebrauch der Erfüllung öffentlicher Aufgaben; daher stelle das Grundstück Verwaltungsvermö-

gen dar. Ausserdem hänge die Bestellung eines Pfandrechts auf einem Grundstück auch davon ab, ob ein solches Grundstück zwangsverwertet werden könne. Da sich ein Kernkraftwerk darauf befinde, sei das Grundstück in einer Zwangsvollstreckung nicht verwertbar.

Mit diesen Argumenten führt die Nebenintervenientin Sachverhaltselemente in den Prozess ein, die sich nicht aus der angefochtenen Verfügung ergeben; sie sind neu und daher unbeachtlich (Art. 99 Abs. 1 BGG; BGE 139 II 7 E. 4.2 S. 12). Wegen fehlender Tatsachengrundlage kann das Bundesgericht nicht auf den Einwand der Unpfändbarkeit des Grundstückes eingehen.

3.

Streitig ist, ob die von der Nebenintervenientin eingereichte Bankgarantie im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB hinreichend Sicherheit bietet. Die Bankgarantie hat folgenden Inhalt:

3.1 Laut Bankgarantie verpflichtet sich die E._____ SA unwiderruflich im Namen von C._____ GmbH (Garantieauftraggeberin) auf erste Aufforderung hin und unter Verzicht auf jegliche Einreden und Einwendungen, A._____ AG (Klägerin) den rechtskräftig zugesprochenen Betrag zu bezahlen, bis zu einer Höhe von Fr. 397'966.50 zuzüglich Zins zu 5 % auf Fr. 273'118.50 ab 13. Januar 2015 und bis maximal 31. August 2025 und zuzüglich Zins zu 5 % auf Fr. 124'848.-- ab 17. Februar 2015 und bis maximal 31. August 2025.

3.2 Im Zeitpunkt der Beanspruchung der Bankgarantie hat die Klägerin ein rechtskräftiges Urteil oder einen gerichtlich genehmigten Vergleich des zuständigen Gerichts, das bzw. der die D._____ GmbH (Schuldnerin) zu einer Zahlung über einen darin bestimmten Betrag an die Klägerin im Zusammenhang mit dem Werkvertrag verpflichtet, zusammen mit einer Rechtskraftbescheinigung vorzulegen, sodann den Nachweis zu erbringen, dass die Schuldnerin diesen Betrag trotz Aufforderung der Klägerin nicht bezahlt hat, und eine schriftliche Abtretungserklärung für alle Forderungen der Klägerin gegen die Schuldnerin im Zusammenhang mit dem Werkvertrag zugunsten der Garantieauftraggeberin abzugeben.

3.3 Nach ihrem Wortlaut ist die Bankgarantie gültig bis zum 31. Dezember 2016 und verlängert sich automatisch für jeweils ein Jahr bis das Urteil bzw. der gerichtlich genehmigte Vergleich rechtskräftig ist. Sie erlischt 120 Kalendertage nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils bzw. des gerichtlich genehmigten Vergleichs.

4.

Die Beschwerdeführerin beanstandet zunächst, die Beschränkung der Garantie des Zinses auf den 31. August 2025 (E. 3.1 oben).

4.1 Das Handelsgericht erwog, es gälten nicht bloss zeitlich unbefristete Sicherheiten für grundsätzlich unbefristet laufende Verzugszinsen als hinreichend im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB. Nach seiner eigenen Praxis gelte bezüglich der Verzugszinsen eine Sicherstellungspflicht für die Dauer von zehn Jahren als hinreichend. Mit Blick auf den Zweck der Garantie könne nicht erwartet werden, dass der Zinsenlauf unbeschränkt gesichert werde. Da im Normalfall ein Verfahrensabschluss innert zehn Jahren möglich sein dürfte, sei die Sicherstellung eines Jahreszinses von zehn Jahren genügend und die Begrenzung bis zum 31. August 2025 zulässig (E. 1.1 und E. 1.2.1 der angefochtenen Verfügung).

4.2 Die Beschwerdeführerin führt aus, grundsätzlich habe sie Anspruch auf Verzugszinsen bis zum Zeitpunkt der Bezahlung der Schuld und das Bauhandwerkerpfandrecht diene auch als Sicherheit für alle verfallenen Zinsen, nicht nur diejenigen, die bis am 31. August 2025 anfallen. Insofern könne die Bankgarantie nicht als hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB gelten; die Praxis des Handelsgerichts sei bundesrechtswidrig.

4.3 Die Beschwerdegegnerin und die Nebenintervenientin bestreiten grundsätzlich, dass die Ersatzsicherheit auch die ohne zeitliche Beschränkung pfandberechtigten Verzugszinsen decken müsse. Nebst der Wiederholung der vom Handelsgericht angeführten Gründe tragen sie vor, der Gläubiger sei in der Zwangsvollstreckung stets dem Risiko ausgesetzt, dass das Pfand die Pfandsumme nicht oder nur teilweise decke.

4.4 Der Grundeigentümer kann die – provisorische oder definitive – Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts verhindern, indem er eine "hinreichende Sicherheit" ("sûretés suffisantes", "sufficiente garanzia") leistet (Art. 839 Abs. 3 ZGB).

4.4.1 Die am 1. Januar 2012 in Kraft getretene Fassung des Art. 839 ZGB (AS 2011 4637, 4645 und 4658) hat in Abs. 3 betreffend Sicherheitsleistung den gleichen Wortlaut wie der Abs. 3 der bis zum 31. Dezember 2011 gültigen Version dieses Artikels. Folglich kann in dieser Hinsicht auf die unter dem alten Recht ergangene Rechtsprechung abgestellt werden.

4.4.2 Damit eine Ersatzsicherheit als "hinreichend" gelten kann, muss sie *qualitativ* und *quantitativ* die gleiche Sicherheit bieten wie das Bauhandwerkerpfandrecht (BGE 121 III 445 E. 5a S. 447; 110 II 34 E. 1b; 97 I 209 E. 2 S. 215). In quantitativer Hinsicht bietet das Bauhandwerkerpfandrecht dem Gläubiger Sicherheit für die Kapitalforderung (Art. 818 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) und die Verzugszinsen (Art. 818 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB), allenfalls für die Vertragszinsen (Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Die Verzugszinsen sind ihrerseits zeitlich nicht limitiert (Art. 104 OR). Dementsprechend muss auch die Ersatzsicherheit hinsichtlich der Verzugszinsen eine zeitlich bzw. quantitativ nicht limitierte Sicherheit bieten (BGE 121 III 445 E. 5a S. 447).

4.4.3 Die Überlegung des Handelsgerichts, mit Blick auf den Zweck der Garantie könne nicht erwartet werden, dass der Zinsenlauf unbeschränkt gesichert werde, ist weder auf eine doktrinale Meinungsäußerung abgestützt noch nachvollziehbar. Sollte es sich an die von RAINER SCHUMACHER (in: Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, Rz. 1257) gemachten Ausführungen anlehnen, wo der Autor auf mögliche Schwierigkeiten der Banken hinweist, Verzugszinsen auf unbestimmte Zeit zu garantieren, kommt jener zum Schluss, dass "gelegentlich deswegen eine Sicherheitsleistung, die Art. 839 Abs. 3 ZGB entspricht, nicht zustande" komme, es den Parteien jedoch frei stehe, sich über den konkreten Inhalt der Sicherheitsleistung zu einigen. Hier steht nicht der Zweck der Garantie zur Debatte, sondern stellt sich die Frage, ob eine Ersatzsicherheit an die Stelle des gesetzlichen Pfandrechts zu treten vermag, was nur dann der Fall ist, wenn sie qualitativ und quantitativ die gleiche Deckung bietet wie das gesetzliche Pfandrecht. Eine Bankgarantie, die zwar den Kapitalbetrag, nicht aber die zeitlich unlimitiert geschuldeten Verzugszinsen abdeckt, erfüllt die Anforderungen an eine hinreichende Sicherheit nicht. Ob der Prozess in der Hauptsache "nach menschlichem Ermessen" (so die Beschwerdegegnerin) oder "mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit" (so die Nebenintervenientin) innert der garantierten Frist endgültig entschieden werden könnte, ändert an diesem rechtlichen Befund nichts (vgl. zur Praxis: CHRISTIAN PRAPLAN, L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs: Mise en oeuvre judiciaire, JdT 158/2010 II 37, S. 57 Ziff. 8.2).

4.5 Mit ihrer zeitlichen Beschränkung für die Verzugszinsen auf den 31. August 2025 erfüllt die Bankgarantie die Anforderungen an eine "hinreichende Sicherheit" im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB nicht. Die weiteren Vorbringen der Beschwerdegegnerin und der Nebenintervenientin vermögen nichts daran zu ändern, dass sich die angefochtene

Verfügung in diesem Punkt als bundesrechtswidrig und die Beschwerde entsprechend als begründet erweist.

5.

Ferner beanstandet die Beschwerdeführerin die Vorgabe, wonach die Garantie jeweils nur bis am 31. Dezember jeden Jahres gültig sei und 120 Kalendertage nach Eintritt der Rechtskraft des die Schuldnerin verurteilenden Urteils bzw. des gerichtlich genehmigten Vergleichs erlösche.

5.1 Das Handelsgericht erwog, eine relative Befristung der Gültigkeitsdauer der Garantie sei zulässig, solange der Gläubiger nach Eintritt bestimmter Ereignisse innerhalb einer angemessenen Reaktionsfrist die Sicherheit wirksam beanspruchen kann. Ebenso zulässig seien Modalitäten, welche der Rechtssicherheit des Grundeigentümers bzw. des Sicherheitsgebers dienen, wenn diese zweck- und verhältnismässig seien. Vorliegendenfalls sei die Frist von 120 Tagen zur Geltendmachung der Garantie nicht zu beanstanden. Dies gelte auch in Kombination mit dem Umstand, dass die Garantie jeweils nur für ein Jahr gültig sei. Selbst wenn ein für die Beschwerdeführerin günstiger Entscheid erst am 17. Dezember eines laufenden Jahres gefällt werde, habe jene unter Berücksichtigung der Rechtsmittelfrist und der Gerichtsferien (Art. 46 Abs. 1 lit. c BGG) noch hinreichend Zeit, bei der garantierenden Bank vorstellig zu werden (E. 1.2.2 der angefochtenen Verfügung).

5.2 Die Beschwerdeführerin führt aus, das gesetzliche Pfandrecht sichere ihr letztlich ein Verwertungsrecht am belasteten Grundstück zu. Das Gesetz auferlege dem Gläubiger keine Frist, innert welcher jener die Grundpfandverwertung verlangen müsse. Demgegenüber sei die als Ersatzsicherheit angebotene Bankgarantie nach Datum und damit absolut befristet, weshalb sie keine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB darstelle. Zulässig sei allenfalls eine Befristung, welche von einem oder mehreren zukünftigen Ereignissen abhängig und kalendermässig unbestimmt sei (z.B. Gültigkeit der Bankgarantie bis maximal 120 Tage nach Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils); unzulässig sei demgegenüber eine kalendermässige Befristung. Daher dürfe die Gültigkeitsdauer nicht auf den 31. Dezember eines jeweiligen Jahres befristet werden. Wenn das Urteil gegen die Schuldnerin am 17. Dezember rechtskräftig würde, verblieben ihr (der Beschwerdeführerin) nur noch vierzehn anstelle von 120 Tagen, um die Bankgarantie in Anspruch zu nehmen und die weiteren Bedingun-

gen, namentlich die Rechtskraftbescheinigung einzuholen und die schriftliche Abtretungserklärung abzugeben.

5.3 Die Beschwerdegegnerin und die Nebenintervenientin schliessen sich im Wesentlichen den Argumenten des Handelsgerichts an.

5.4 Die Beschwerdeführerin spricht einen Teilgehalt der qualitativen Gleichwertigkeit der Ersatzsicherheit an. Lehre und kantonale Rechtsprechung sind sich darin einig, dass eine absolut befristete Sicherheitsleistung (Beschränkung der Gültigkeit bis zu einem bestimmten Datum oder während einer bestimmten Zeit ab Ausstellung) keine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB ist (SCHUMACHER, a.a.O., Rz. 1260 mit Hinweisen). Demgegenüber sei eine relative Befristung, d.h. eine solche, deren Ende von einem oder mehreren zukünftigen Ereignissen abhängt, zulässig, wenn das Ende der Gültigkeitsdauer kalendermässig unbestimmt ist und bis zum Eintritt des oder der Ereignisse unbestimmbar bleibt. Zudem müsse es dem Unternehmer möglich sein, nach Eintritt des bestimmten Ereignisses innerhalb einer angemessenen Reaktionsfrist die Sicherheit rechtswirksam für sich zu beanspruchen (SCHUMACHER, a.a.O., Rz. 1261; PRAPLAN, a.a.O., S. 57 Ziff. 8.2: "un délai de quelques mois courant dès l'entrée en force du jugement"). Einwendungen des Unternehmers gegen derartige und damit zulässige Befristungen, namentlich unter Berufung auf die unbefristete Eintragung von Baupfandrechten im Grundbuch, stehen unter dem Vorbehalt offenbaren Rechtsmissbrauchs (SCHUMACHER, a.a.O., Rz. 1262).

5.5

5.5.1 Die geleistete Bankgarantie sieht zwei Befristungen vor. Sie ist bis zum 31. Dezember 2016 gültig, verlängert sich aber automatisch um jeweils ein Jahr, solange das die Schuldnerin zur Bezahlung der Forderungssumme verpflichtende Urteil bzw. der gerichtlich genehmigte Vergleich nicht rechtskräftig ist. Ausserdem ist die Garantie innert 120 Kalendertagen nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils bzw. des gerichtlich genehmigten Vergleichs zu beanspruchen (E. 3.3 oben).

5.5.2 Um die Bankgarantie rechtswirksam für sich zu beanspruchen, muss die Beschwerdeführerin innert 120 Tagen ein rechtskräftiges Urteil oder einen gerichtlich genehmigten Vergleich des zuständigen Gerichts, das bzw. der die Schuldnerin zu einer Zahlung über einen darin bestimmten Betrag an die Klägerin im Zusammenhang mit dem Werkvertrag verpflichtet, und eine Rechtskraftbescheinigung vorlegen, den Nachweis erbringen, dass die Schuldnerin diesen Betrag trotz

Aufforderung der Klägerin nicht bezahlt hat, und eine schriftliche Abtretungserklärung für alle Forderungen der Klägerin gegen die Schuldnerin im Zusammenhang mit dem Werkvertrag zugunsten der Garantieforderunggeberin abgeben (E. 3.2 oben).

5.5.3 Mit der Beschwerdeführerin ist festzuhalten, dass eine Frist von 120 Kalendertagen seit Eintritt der Rechtskraft des die Schuldnerin zur Zahlung verpflichtenden Urteils (bzw. des entsprechenden gerichtlich genehmigten Vergleichs) die Interessen der Beschwerdeführerin genügend wahren würde, so dass eine dergestalt formulierte Ersatzsicherheit hinreichend wäre. Gegen die jährliche – und damit absolute – Befristung verbunden mit einer laufenden Erneuerung der Garantie für ein Jahr, solange kein rechtskräftiges Urteil vorliegt, ist unter der Bedingung nichts einzuwenden, dass die 120-tägige Beanspruchungsfrist selbst dann gilt, wenn sie vor Jahresende zu laufen begonnen hat, aber erst im neuen Jahr endet (und sich die Gültigkeitsdauer insofern verlängert). Andernfalls würde der Beschwerdeführerin die ihr zustehende angemessene Reaktionsfrist bundesrechtswidrig verkürzt.

5.5.4 Die vorliegend entscheidende Frage, ob die Frist von 120 Tagen selbst dann gilt, wenn sie vor Jahresende zu laufen begonnen hat, aber erst im neuen Jahr endet, ist in der streitgegenständlichen Bankgarantie nicht ausdrücklich geregelt. Das Handelsgericht scheint die Frage – wie auch die Beschwerdegegnerin (S. 13 Rz. 41) und die Nebenintervenientin (S. 16 Rz. 50) – zu verneinen und erachtet die streitgegenständliche Bankgarantie trotzdem als qualitativ gleichwertig. Es übersieht indes, dass die Beschwerdeführerin für die Beanspruchung der Garantie nicht nur ein rechtskräftiges Urteil vorzulegen hat, sondern noch eine Rechtskraftbescheinigung beschaffen muss und insofern in zeitlicher Hinsicht fremdbestimmt ist. Ausserdem hat die Beschwerdeführerin der Schuldnerin Gelegenheit einzuräumen, gestützt auf das rechtskräftige Urteil zu bezahlen, muss sie doch auch den Nachweis erbringen, dass die Schuldnerin trotz Aufforderung nicht bezahlt hat, was ebenfalls eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt. Entgegen der Annahme des Handelsgerichts wird ein am 17. Dezember eröffnetes Urteil auch nicht erst nach Ablauf der um die Gerichtsferien verlängerten Rechtsmittelfrist für die Beschwerde an das Bundesgericht rechtskräftig. Das rechtskräftige Urteil, das die Beschwerdeführerin der Garantiegeberin vorzulegen hat, wird das Ergebnis eines Forderungsprozesses sein, weshalb es sich um ein Leistungsurteil handelt. Beschwerden an das Bundesgericht gegen Leistungsurteile haben von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 Abs. 1 BGG), so dass das kantonale Urteil mit seiner Ausfällung in

Rechtskraft erwächst und vollstreckbar ist. Freilich kann das Bundesgericht die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit eines kantonalen Leistungsurteils auf Gesuch hin aufschieben (Art. 103 Abs. 3 BGG). Solange dies nicht geschehen ist, bleibt das kantonale Urteil rechtskräftig und vollstreckbar.

5.5.5 Im schlechtesten Fall, von dem auch das Handelsgericht auszugehen scheint, ist die Bankgarantie so formuliert, dass der Beschwerdeführerin nach der Ausfällung des die Schuldnerin verpflichtenden Leistungsurteils nur wenige Tage verbleiben, um die Garantie in Anspruch nehmen zu können, oder dass die Beschwerdeführerin gar aus Gründen, die sie, weil Dritte mitwirken müssen, nicht zu verantworten hat, die kurze Frist nicht einhalten könnte. Von einer angemessenen Reaktionsfrist als Voraussetzung zulässiger relativer Befristung (E. 5.4 oben) kann somit nicht ausgegangen werden. Aus diesem Grund stellt die streitgegenständliche Bankgarantie auch in qualitativer Hinsicht keine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB dar.

6.

Die Beschwerde erweist sich als begründet. Die Dispositiv-Ziff. 1-4 der angefochtenen Verfügung sind aufzuheben. Die Sache muss zur Weiterführung des hängigen Klageverfahrens an das Handelsgericht zurückgewiesen werden. Die Beschwerdegegnerin und die Nebenintervenientin unterliegen; sie sind solidarisch kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und 5 sowie Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG; vgl. betreffend Nebenintervention: Art. 69 Abs. 2 BZP i.V.m. Art. 71 BGG).

Das Handelsgericht hat für die Abschreibungsverfügung keine Prozesskosten ausgeschieden und deren Regelung im Endurteil vorbehalten. Es erübrigt sich damit eine Rückweisung zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

In Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositiv-Ziff. 1-4 der Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau, Präsident der 1. Kammer, vom 25. September 2015 aufgehoben. Die Sache wird zur Weiterführung des ordentlichen Verfahrens auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Klage der Beschwerdeführerin vom 10. Juli 2015 an das Handelsgericht zurückgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- werden der Beschwerdegegnerin und der Nebenintervenientin unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.

3.

Die Beschwerdegegnerin und die Nebenintervenientin haben unter solidarischer Haftbarkeit die Beschwerdeführerin mit Fr. 6'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, der Nebenintervenientin, dem Handelsgericht des Kantons Aargau, 1. Kammer, und dem Grundbuchamt W. _____ schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 5. Oktober 2016

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

von Werdt

von Roten