

zur Auslegung von Dienstbarkeiten wieder: Nach der in Art. 738 ZGB verankerten Stufenordnung ist in erster Linie auf den Grundbucheintrag abzustellen. Wenn sich die Rechte und Pflichten daraus nicht eindeutig ergeben, ist auf der zweiten Stufe *im Rahmen des Eintrags* auf den Erwerbsgrund (i.d.R. den Dienstbarkeitsvertrag) zurückzugreifen. Wo es auch der Erwerbsgrund nicht erlaubt, den Inhalt der Dienstbarkeit zu ermitteln, ist auf der dritten Stufe *im Rahmen des Eintrags* auf die Art abzustellen, wie die Dienstbarkeit während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist.¹¹

Das Kantonsgericht überspringt dann allerdings die erste Stufe (Auslegung des Grundbucheintrags) – mit dem Hinweis, die Grundbuchauszüge seien nicht ins Recht gelegt worden, weshalb sie auch nicht ausgelegt werden könnten (E. III./8a). Stattdessen geht es gleich zur Auslegung der aktenkundigen Dienstbarkeitsverträge und den dazugehörigen Situationsplänen über. Mit diesem Vorgehen verletzt es die Stufenordnung von Art. 738 ZGB. Ohne Kenntnis des genauen Stichworts im Grundbuch lässt sich eine Dienstbarkeit nicht auslegen.

¹¹ Vgl. zur Stufenordnung nach Art. 738 ZGB statt vieler BGE 137 III 145 ff. (147 f.), E. 3.1.

Pfandberechtigte Arbeiten und Fristwahrung beim Bauhandwerkerpfandrecht – strenge Gerichtspraxis zur Behauptungs- und Substanziierungslast

Im Verfahren um die vorläufige und definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) hat die Ansprecherin die anspruchsbegründenden Tatsachen schlüssig zu behaupten (Behauptungslast). Soweit die Gegenpartei die Behauptungen bestreitet, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast. Fehlt es an einer hinreichenden Substanziierung, gilt der Tatsachenvortrag der Gegenseite als anerkannt, und zwar in der Regel ohne Durchführung eines Beweisverfahrens. Aus dem reduzierten Beweismass im Verfahren der vorläufigen Eintragung (Glaubhaftmachung; Art. 961 Abs. 3 ZGB) ergibt sich laut dem Bundesgericht keine Herabsetzung der Behauptungs- und Substanziierungsanforderungen. Insgesamt erweist sich die Praxis als sehr streng – manchmal als allzu streng.

Dans la procédure d'inscription provisoire et définitive d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (art. 837 al. 1 ch. 3 CC), le demandeur doit alléguer de manière concluante les faits qui fondent ses droits (fardeau de l'allégation). Si la partie adverse conteste ses allégations, le demandeur supporte un fardeau de la motivation, qui va au-delà du fardeau de l'allégation. En l'absence de motivation suffisante, c'est l'exposé des faits de la partie adverse qui est considéré comme admis, et cela, en principe, sans qu'une administration des preuves ne soit nécessaire. Selon le Tribunal fédéral, le degré de preuve réduit qui prévaut dans la procédure d'inscription provisoire (preuve par la vraisemblance; art. 961 al. 3 CC) ne diminue pas pour autant les exigences en matière d'allégation et de motivation. Au final, la jurisprudence se révèle très sévère, parfois trop sévère.

Urteile des Bundesgerichts vom 18. April 2024 (5A_589/2023) und vom 22. Mai 2024 (5A_144/2024)

Jörg Schmid, Dr. iur., Professor an der Universität Luzern
Ramin Paydar, MLaw, Rechtsanwalt, Luzern/Bern

hang mit der – vorläufigen oder definitiven – Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB).

Übersicht und Sachverhalte

(260) Im Folgenden werden zwei Bundesgerichtsentscheide gemeinsam behandelt, da sie die gleiche Thematik betreffen: die Behauptungs- und Substanziierungslast im Zusammen-

1. Im ersten Urteil (5A_589/2023) geht es um die **definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts**: Die Spital B. AG (Beklagte, Beschwerdegegnerin) ist Eigentümerin des Grundstücks Nr. xxx und Bauherrin des auf dieser Parzelle zu verwirklichenden Bauprojekts. Die Bauunternehmerin A. GmbH (Klägerin, Beschwerdeführerin) schloss mit der

E. GmbH einen Subunternehmervertrag; die Beschwerdegegnerin ging ihrerseits einen Werkvertrag mit der D. GmbH für Gipsarbeiten (Trockenbau) zum Werkpreis von ca. 4,5 Mio. CHF ein.¹ Gegenstand des Verfahrens bildet die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück Nr. xxx zur Sicherung einer Geldforderung aus dem genannten Subunternehmervertrag (vgl. E. 3.2 f.).²

Auf Gesuch der Beschwerdeführerin vom 20. Oktober 2022 wies das Handelsgericht des Kantons Aargau das Grundbuchamt Baden an, die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück Nr. xxx einzutragen.³ Mit Klage vom 12. Januar 2023 begehrte die Bauunternehmerin (Beschwerdeführerin) innert der vom Handelsgericht angesetzten Klagefrist die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts. Das Handelsgericht wies jedoch die Klage mit Urteil vom 22. Juni 2023 ab, soweit es darauf eintrat (HOR.2023.2). Die von der Beschwerdeführerin dahingehend erhobene Beschwerde in Zivilsachen bleibt erfolglos.

2. Das zweite Urteil (5A_144/2024) betrifft eine vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts: Auf Gesuch der A. GmbH (Gesuchstellerin, Beschwerdeführerin) wies das Handelsgericht des Kantons Zürich – ohne Anhörung der B. AG (Gesuchsgegnerin, Beschwerdegegnerin) – das zuständige Grundbuchamt an, das Pfandrecht zugunsten der Beschwerdeführerin auf dem Grundstück der Beschwerdegegnerin, auf dem sich eine Überbauung mit sechs Gebäuden befand (E. 4.2 und 4.3.3), vorläufig einzutragen. Gleichzeitig setzte das Handelsgericht der Beschwerdegegnerin Frist an, um zum Gesuch Stellung zu nehmen, was sie mit Eingabe vom 18. Dezember 2023 tat. Am 10. Januar 2024 reichte die Bauunternehmerin (Beschwerdeführerin) unaufgefordert eine Stellungnahme ein.⁴ Das Handelsgericht wies das Gesuch mit Urteil vom 18. Januar 2024 ab (HE230130-O). Die dagegen erhobene Beschwerde hat vor Bundesgericht keinen Erfolg.

Die Entscheide

Nach allgemeinen Ausführungen zu den Voraussetzungen zur Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts (5A_589/2023, E. 3.1; 5A_144/2024, E. 4.1) geht das Bundesgericht in beiden Fällen auf die Behauptungs- und Substanziierungslast ein und

bedient sich dabei weitestgehend übereinstimmender Formulierungen:

1. Im Entscheid zur definitiven Eintragung (5A_589/2023) knüpft das Bundesgericht an die Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO) an. Danach hat die Partei, die ein Recht in Anspruch nimmt, jene anspruchsbegründenden Tatsachen zu behaupten, welche sich unter die massgeblichen Normen subsumieren lassen (E. 3.5.1). «Der Behauptungslast ist genüge getan, wenn der (behauptete) Tatsachenvortrag bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die verlangte Rechtsfolge zulässt» (E. 3.5.2). Behauptungs- und Beweislast stimmen grundsätzlich überein: Der Bauhandwerker, der die definitive Eintragung eines vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts begehrt, ist unter anderem behauptungs- und beweisbelastet für jene Tatsachen, die den Rechtsgrund der pfandberechtigten Forderung bilden (Vertragsschluss, geleistete Arbeiten), und für die Rechtzeitigkeit der vorläufigen Pfandeintragung (E. 3.5.3).

Der Detaillierungsgrad der vorzutragenden Tatsachenbehauptungen und Beweismittel – also die Anforderung an die Substanziierung⁵ – ergibt sich im ordentlichen Verfahren (Art. 219 ff. ZPO) «einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei»; grundsätzlich genügt es, wenn «die Parteien die Tatsachen, die unter die massgebenden Normen zu subsumieren sind, in allgemeiner, den Gewohnheiten des Lebens entsprechender Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen benennen» (E. 3.5.4). Bestreitet indessen der Beklagte den (schlüssigen) Tatsachenvortrag des Klägers, so trifft diesen eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast: In diesen Fällen sind die klägerischen Vorbringen «nicht nur in ihren Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann» (E. 3.5.4 mit Hinweisen). Fehlt es an einer hinreichenden Substanziierung, so gilt der Tatsachenvortrag der Gegenseite – in der Regel ohne Durchführung eines Beweisverfahrens – als anerkannt; Beweisanträge ändern daran nichts, «denn fehlende tatsächliche Darlegungen lassen sich nicht im Rahmen des Beweisverfahrens ersetzen» (E. 3.5.5).

In casu wirft das Bundesgericht zunächst die Frage auf, ob die Beschwerdeführerin überhaupt alle anspruchsbegründenden Tatsachen behauptet hat: So fehlte es in den vorinstanzlichen Rechtsschriften an expliziten Ausführungen zur Fristwahrung (E. 3.6.1). Die Frage bleibt jedoch offen, da das Bundesgericht zum Schluss kommt, die Beschwerdeführerin habe – nach der Bestreitung der Gegenpartei – bezüglich der pfandberechtigten Leistungen die anspruchsbegründenden Tatsachen nicht hinreichend substantiiert: «Das Vorbringen,

¹ In welchem Verhältnis die A. GmbH und E. GmbH zur B. AG und D. GmbH standen, wird im bundesgerichtlichen Entscheid nicht weiter thematisiert. Aus den vorinstanzlichen Erwägungen geht hervor, dass die Klägerin der Ansicht war, zwischen der E. GmbH (im kantonalen Verfahren als C. GmbH bezeichnet) und der D. GmbH (im kantonalen Verfahren als B. GmbH bezeichnet) bestehe ein Werkvertrag, womit die Klägerin als Subunternehmerin der Beklagten tätig gewesen sei (HGer AG HOR.2023.2, E. 5.1.1).

² Siehe auch die Parteibehauptungen der Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren: HGer AG HOR.2023.2, E. 5.1.1.

³ Im bundesgerichtlichen Entscheid bleibt unerwähnt, dass das Gesuch infolge Anerkennung abgeschrieben wurde (vgl. dazu HGer AG HOR.2023.2, Sachverhalt Ziff. 4.2).

⁴ Vor der Vorinstanz blieb diese Stellungnahme unbeachtet, was die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht erfolglos rügt (E. 3–3.3).

⁵ Der Berichtsentcheid formuliert nach der Dudenempfehlung «Substanziierungslast», in der Lehre wird bisweilen auch «Substantiierungslast» verwendet. Wir verwenden – hier wie bereits in früheren Publikationen – die eingedeutschte Schreibweise und halten uns an die Empfehlung von S. STIRNEMANN/F. HUNZIKER-BLUM, Zur Substanz der Rechtschreibung: substantiieren, substantieren, substanziieren, substanziieren?, AJP 2020, S. 1054 ff. (1056).

im Erdgeschoss und im ersten Obergeschoss die «gesamten» Trockenbau- und Gipsarbeiten ausgeführt zu haben, bleibt zu allgemein und pauschal, als dass hierüber Beweis abgenommen werden oder der Gegenbeweis angetreten werden könnte»; für die angebliche Materiallieferung gelte das Gleiche (E. 3.6.2.2).⁶ Im Ergebnis bestätigt das Bundesgericht den vorinstanzlichen Entscheid und weist die Beschwerde ab (E. 4).

2. Im Entscheid zur vorläufigen Eintragung (5A_144/2024) finden sich sinngemäss die gleichen theoretischen Ausführungen zur Behauptungs- und Substanziierungslast (E. 4.1; vgl. Ziff. 1 hiervor). Allerdings ist hier nur eine Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheides auf Willkür hin möglich (E. 2), und das Bundesgericht geht zusätzlich auf das Zusammenspiel von Behauptungs-/Substanziierungslast und (herabgesetztem) Beweismass ein: Art. 961 Abs. 3 ZGB verlangt für die vorläufige Eintragung lediglich, dass die Ansprecherin ihre Berechtigung glaubhaft macht. Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung sind nach der Praxis sodann weniger streng, als es diesem Beweismass sonst entspricht: Wegen der besonderen Interessenlage (Wahrung einer Verwirklichungsfrist) darf die vorläufige Eintragung nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder als höchst unwahrscheinlich erscheint, und muss im Zweifelsfall bewilligt werden (E. 4.1).

Doch ergibt sich – so das Bundesgericht – aus dem reduzierten Beweismass keine Herabsetzung der Behauptungs- und Substanziierungsanforderungen: Das Beweismass bildet den Massstab, nach welchem das Gericht beurteilt, ob eine streitige rechtserhebliche Tatsache als wahr zu unterstellen ist. Für eine solche Beurteilung muss sich das Gericht zunächst Gewissheit darüber verschaffen, zu welchen Tatsachen eine Beweisabnahme erfolgen soll; unter der Herrschaft des Verhandlungsgrundsatzes (Art. 55 Abs. 1 ZPO) ist es Aufgabe der Parteien, das Gericht in diese Lage zu versetzen. Mit der Behauptung und Substanziierung von Tatsachen haben es die Parteien in der Hand, «eine bestimmte Tatsache als streitig gelten zu lassen und damit zum Gegenstand des Beweises zu machen (Art. 150 ZPO)» (E. 4.3.2).

Im vorliegenden Fall bilden die Behauptungen zur Vollen- dung der Bauarbeiten – die nach Art. 839 Abs. 2 ZGB für die Fristwahrung relevant sind – das Problem: Die Beschwerdeführerin hat laut dem Bundesgericht keine Tatsache behauptet, die sich unter Art. 839 Abs. 2 ZGB (Eintragungsfrist) subsumieren lässt. Im Gesuch um vorläufige Eintragung hat sie bloss angegeben, der «letzte Hammerschlag» sei am

18. August 2023 erfolgt (E. 4.3.3). Mit diesem Vorbringen bleibt gemäss Bundesgericht unklar, welche konkreten Arbeitsleistungen die Beschwerdeführerin erbracht hat bzw. an welchem der sechs Gebäude, die sich auf dem betreffenden Grundstück befinden, sie die Arbeiten durchgeführt hat (E. 4.2 und 4.3.3). Letzteres ist insofern relevant, als der Beginn des Fristenlaufs bei einer Überbauung mit mehreren Gebäuden nach der Rechtsprechung variieren kann (entweder selbständiger Fristenlauf für jedes Gebäude oder einheitlicher Fristenlauf für die gesamte Überbauung; E. 4.1). Die Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz nicht in die Lage versetzt, sich Gewissheit darüber verschaffen zu können, zu welchen Tatsachen die Vorinstanz Beweise hinsichtlich der Fristein- haltung abzunehmen hat. Mithin geht das Bundesgericht – im Rahmen einer Willkürprüfung – davon aus, dass die Vorinstanz zu Recht von einer unzureichenden Substanziierung ausgegangen ist und zum Schluss kommen durfte, die Einhaltung der Viermonatsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB sei nicht glaubhaft gemacht (E. 4.3.3).

Die Anmerkungen

Die Behauptungs- und die Substanziierungslast – ganz allgemein, nicht bloss im Zusammenhang mit der Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten – beschäftigen nicht nur die Anwaltschaft, sondern auch die Gerichte regelmässig.⁷ Bisweilen macht es den Anschein, dass die Anforderungen in der Gerichtspraxis aller Instanzen immer weiter erhöht werden. Ein solcher Trend verdient keine Zustimmung.⁸ Das Prozessrecht soll – entsprechend seiner dienenden Funktion – dem materiellen Recht zum Durchbruch verhelfen und nicht dessen Verwirklichung vereiteln.⁹ Zwar bestimmen sich die Anforderungen an die Behauptung und die Substanziierung von Tatsachen nach dem materiellen Bundesrecht,¹⁰ doch stehen diese Fragen in einem engen Zusammenhang mit dem Beweisrecht. Zu den beiden Berichtsentscheiden sind folgende Überlegungen angebracht:

⁶ Zudem deuten für das Bundesgericht «zahlreiche Indizien» darauf hin, dass die Klägerin keinen Subunternehmervertrag abgeschlossen hat, sondern dass ein «Dienstverschaffungsverhältnis» vorliegt, das nicht zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigt; die Frage wird letztlich offengelassen (E. 3.2 und 3.6.3). Ebenfalls offengelassen wird – wie schon von der Vorinstanz – die Frage, ob das streitbetroffene Grundstück zum Verwaltungsvermögen gehört, was eine Pfandbelastung ausschliessen würde (E. 3.4). Aus dem vorinstanzlichen Urteil ergibt sich, dass die Beklagte eine Aktiengesellschaft ist, die im Wesentlichen die Führung eines Kantonsspitals «mit gemeinnütziger Zweckbestimmung im Sinne der aargauischen Spezialgesetzgebung» bezweckt (HG ER AG HOR.2023.2, E. 2).

⁷ Aus der jüngeren Rechtsprechung siehe etwa BGE 144 III 519 ff. (522 ff.), E. 5.1 ff. = Pra 2019, Nr. 87; BGE 136 III 322 ff. (328), E. 3.4.2; BGER 5A_822/2022, E. 4.3 ff.; 4A_132/2022, E. 2.1; 5A_280/2021, E. 3.1; 4A_494/2020, E. 4.2. Zur ganzen Thematik J. BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 1989; T. SUTTER-SOMM/C. SCHRANK, in: T. Sutter-Somm/F. Hasenböhler/C. Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 23 ff. zu Art. 55 ZPO; A. MARKUS/M. HUBER-LEHMANN, Zivilprozessuale Grundsätze der Sachverhaltsermittlung – Substantiierung und richterliche Fragepflicht, ZBJV 154/2018, S. 269 ff. Zur Substanziierung im Nachbarrecht J. SCHMID/J. WOLFISBERG, Stechmücken als übermässige Immissionen – zur Behauptungs- und Substanziierungslast bei nachbarrechtlichen Klagen, BR/DC 2024, S. 115 ff.

⁸ Kritisch zum Beispiel auch W. FELLMANN, Essenzielle Entwicklungen im neuen Jahrhundert – zurück zum Formalismus!, in: S. Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2012, S. 277 ff. (281), der von prohibitiven Substanziierungsanforderungen spricht.

⁹ Vgl. zum Beispiel BGE 139 III 457 ff. (463 f.), E. 4.4.3.3.

¹⁰ So anstelle vieler der zweite Berichtsentscheid (BGER 5A_144/2024), E. 4.1.

1. Gegenstand des Beweises bilden nach Art. 150 Abs. 1 ZPO rechtserhebliche, streitige Tatsachen. Damit es zum Beweisverfahren kommt, bedarf es mithin zweierlei: Einerseits muss die Tatsache für die Entscheidungsfindung relevant sein (Rechtserheblichkeit).¹ Andererseits – was hier im Vordergrund steht – hat die Tatsache streitig zu sein, was im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO) grundsätzlich eine substantierte Behauptung und eine substantierte Bestreitung voraussetzt.² Fehlt es an dem einen oder anderen, erhebt das Gericht über diese Tatsache grundsätzlich keine Beweise.³ Dogmatisch zeitigt – im Verfahren auf vorläufige Eintragung – das **herabgesetzte Beweismass (Glaubhaftmachung)** mithin **keine Auswirkungen auf die Anforderungen der Behauptung und der Substanziierung**; es spielt erst im Stadium des Beweisverfahrens eine Rolle, und als Vorbedingung bedarf es zunächst der hinreichenden Behauptung und Substanziierung. In diesem Punkt ist den Ausführungen des zweiten Berichtsentscheids (5A_144/2024, E. 4.3.2) – rein dogmatisch – zuzustimmen.⁴ Gleichwohl stellt sich die Frage, wie hoch die genannten Anforderungen anzusetzen sind und ob nicht gerade bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts eine gewisse Flexibilität gerechtfertigt ist:

2. Bei der **vorläufigen Eintragung** des Bauhandwerkerpfandrechts – die als Vormerkung erfolgt (Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB, Art. 76 Abs. 3 GBV) – handelt es sich ihrer Natur nach um eine vorsorgliche Massnahme. Sie dient dazu, die Viermonatsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB als gesetzliche Verwirkungsfrist zu wahren und dadurch zu vermeiden, dass der Bauhandwerker einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil erleidet.⁵ Folgende Hinweise drängen sich auf:

a. Nach der zutreffenden Rechtsprechung des Bundesgerichts darf die vorläufige Eintragung nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint.⁶ In einzelnen Entscheidungen findet sich sogar die weitergehende Formulierung, die vorläufige Eintragung dürfe vom Gericht nur verweigert werden, wenn der Pfandrechtsanspruch klarerweise nicht bestehe, und eine abweichende kantonale Gerichtspraxis sei willkürlich,⁷ was in der Lehre zur Folgerung geführt hat, der

Bauhandwerker müsse lediglich «die blosse Möglichkeit» eines solchen Anspruchs glaubhaft machen.⁸ Das Bundesgericht deklariert denn auch offen, bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts weniger strenge Anforderungen an die Glaubhaftmachung zu stellen, als es diesem Beweismass sonst entspricht.⁹ Die Rechtsprechung mag Abbild der Lebenswirklichkeit sein, in welcher der Bauhandwerker sein Gesuch um (super-)provisorische Anordnung und vorläufige Eintragung des Pfandrechts oftmals erst kurz vor Fristablauf stellt, gelegentlich ohne juristischen Beistand und unter Umständen, welche die Einreichung eines detaillierten Gesuchs erschweren (wie etwa fehlende Belege).

b. Diese sachgerechte Erleichterung des Rechtswegs wird nun jedoch unterlaufen, wenn das Gericht im Gegenzug (sehr) hohe Anforderungen an die Behauptung und Substanziierung stellt. Es verbleibt auch dann ein Wertungswiderspruch, wenn man nach dem Gesagten (Ziff. 1) einräumt, dass das deutlich reduzierte Beweismass dogmatisch keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Behauptungs- und die Substanziierungslast hat: Faktisch sind Behauptungs- und Beweisvorgang hier ineinander verwoben und kaum zu trennen.¹⁰

c. Erschwerend kommt hinzu, dass im hier anwendbaren summarischen Verfahren (Art. 249 lit. d Ziff. 5 sowie 11 ZPO) grundsätzlich nur ein einziger Schriftenwechsel stattfindet und anschliessend der Aktenschluss eintritt (zur Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels vgl. hinten Ziff. 4);¹¹ nachträgliche Ergänzungen des Gesuchs sind daher nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO (Novenrecht) möglich. Im Weiteren ist es dem Gericht grundsätzlich nicht erlaubt, der Gesuchstellerin bei der Gesuchseinreichung «unter die Arme zu greifen», da es sich ansonsten dem Vorwurf der Befangenheit aussetzt (vgl. aber immerhin Art. 56 ZPO, dazu hinten Ziff. 4).¹² Und schliesslich ist die Kognition des Bundesgerichts in den summarischen Verfahren auf die Verletzungen verfassungsmässiger Rechte, praktisch also auf Willkür, beschränkt (Art. 98 BGG).

d. Zusammenfassend soll die Erleichterung des Rechtswegs, die das Erfordernis der blossen Glaubhaftmachung mit sich bringt, nicht durch übermässig strenge Anforderungen an die

¹ Vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006, S. 7221 ff. (7311).

² Dazu MARKUS/HUBER-LEHMANN (Fn. 7), S. 283 f. mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Vgl. auch BGE 144 III 519 ff. (522 ff.), E. 5.1, 5.2.1.1, 5.2.2.1 und 5.2.2.3; BGer 4A_299/2015, E. 2.3 (insoweit nicht in BGE 142 III 84 ff.).

³ Vorbehalten bleibt die Ausnahme nach Art. 153 Abs. 2 ZPO.

⁴ So auch R. SCHUMACHER/P. REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, System und Anwendung, 4. Aufl., Zürich 2022, Nr. 1466 und 1537.

⁵ BGE 137 III 563 ff. (567), E. 3.3.

⁶ Grundlegend BGE 86 I 265 ff. (270), E. 3; bestätigt in zahlreichen Entscheidungen, unter anderem in BGer 5A_144/2024, E. 4.1 (Berichtsentcheid 2); 5A_822/2022, E. 4.2; 5A_280/2021, E. 3.1.

⁷ BGer 5A_777/2009, E. 4.1, führt dazu aus: «A moins que le droit à la constitution de l'hypothèque n'existe clairement pas, le juge qui en est requis doit ordonner l'inscription provisoire ... Ainsi, statuant sur recours de droit public, le Tribunal fédéral a estimé que le juge tombe dans l'arbitraire lorsqu'il refuse l'inscription provisoire de l'hypothèque légale en présence d'une situation de fait ou de droit mal élucidée, qui mérite un exa-

men plus ample que celui auquel il peut procéder dans le cadre d'une inscription sommaire; en cas de doute, lorsque les conditions de l'inscription sont incertaines, le juge doit donc ordonner l'inscription provisoire» (mit Hinweis auf BGE 102 Ia 81 ff. [86], E. 2b/bb); auf der gleichen Linie etwa BGer 5A_924/2014, E. 4.1.2.

⁸ So SCHUMACHER/REY (Fn. 14), Nr. 1535 (im Original kursiv).

⁹ BGE 137 III 563 ff. (567), E. 3; 86 I 265 ff. (269), E. 3; BGer 5A_144/2024, E. 4.1 (Berichtsentcheid 2). Weiterführend SCHUMACHER/REY (Fn. 14), Nr. 1533 ff.

¹⁰ In diese Richtung geht auch BGer 5A_395/2020, E. 5.2, wonach es in einem «einfachen und dringenden Summarverfahren» (wie bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts) insbesondere für Laien unter Umständen genügt, im Gesuch auf die – einigermassen aussagekräftigen – Beilagen zu verweisen. Im Berichtsfall 2 half dies der Beschwerdeführerin allerdings nicht (E. 4.4.2; zurückhaltend auch BGer 5A_280/2021, E. 3.4.4).

¹¹ BGE 146 III 237 ff. (241), E. 3.1; 144 III 117 ff. (118), E. 2.2.

¹² Vgl. BGer 5A_462/2013, E. 3.3; 5A_299/2014, E. 4; 5A_664/2021, E. 3.4. Weiterführend R. SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht: Schranken der gerichtlichen Kreativität, BR/DC 2015, S. 68 ff.

Behauptungs- und Substanziierungslast unterlaufen werden. Eine Verweigerung der vorläufigen Eintragung (unter Hinweis auf die mangelnde Behauptung und/oder Substanziierung) ist – auch wenn man die Interessen der Gegenpartei mitberücksichtigt – nur in den seltensten Fällen angebracht, zu denen unseres Erachtens der Berichtsfall 5A_144/2024 nicht gehört. Der Hinweis des Bauhandwerkers, der «letzte Hammerschlag» der Gipserarbeiten sei an einem bestimmten Datum erfolgt (E. 4.2 und 4.3.3), hätte nach unserer Auffassung in diesem Verfahrensstadium genügt, und auch detaillierte Angaben darüber, für welches der 6 Häuser auf dem zu belastenden Grundstück die Arbeiten erfolgten, konnten einstweilen unterbleiben.

e. Die Aufforderung, die Behauptungs- und Substanziierungslast im Verfahren auf vorläufige Eintragung mit Augenmass anzuwenden, richtet sich in erster Linie an die kantonalen Gerichte, zumal das Bundesgericht bei vorinstanzlichen Abweisungen von vorsorglichen Massnahmen nur eine eingeschränkte Prüfungsbefugnis kennt (Art. 98 BGG).¹³ Das gilt es vor allem in denjenigen Fällen zu beachten, in denen ein Handelsgericht als einzige kantonale Instanz urteilt. Das Eintragungsgesuch, welches für die Fristwahrung essenziell ist, wird hier nur ein einziges Mal mit uneingeschränkter Kognition geprüft.

f. Bei alledem soll hier nachlässiges Prozessieren – zumal von Rechtsanwältinnen – keinesfalls beschönigt oder verteidigt werden; der gesetzmässig-geordnete Ablauf des Zivilprozesses ist ein elementares rechtsstaatliches Gebot. Doch darf das Gericht nicht die (sachgerechten) Erleichterungen, welche die blosser Glaubhaftmachung mit sich bringt, durch allzu strenge, zum Formalismus neigende Anforderungen an Behauptung und Substanziierung zunichtemachen. Auch juristischen Laien sollte es möglich sein, eine (zumindest vorläufige) Eintragung zu erwirken.

3. Auch bei der **definitiven Eintragung** eines Bauhandwerkerpfandrechts stellt sich die Frage der hinreichenden Behauptung und Substanziierung der Tatsachenvorbringen, doch ist die Ausgangslage hier eine andere: Mit der Klage wird nicht die Wahrung der Viermonatsfrist, sondern die Entstehung des Pfandrechts als beschränktes dingliches Recht – durch Eintragung im Grundbuch (Hauptbuch) – bezweckt (vgl. Art. 799 Abs. 1 und Art. 972 Abs. 1 und 2 ZGB). Die bei der vorläufigen Eintragung genannten Umstände, welche die Behauptung und die Substanziierung erschweren, fallen bei der definitiven Eintragung weitestgehend weg. Dennoch ist es angebracht, die Behauptungs- und Substanziierungsanforderungen auch im Verfahren auf definitive Eintragung nicht über Gebühr zu erhöhen, sondern mit Augenmass anzuwenden, damit auch Klagen von juristischen Laien möglich bleiben. Ob das Gericht bei unklaren oder unvollständigen Angaben eine Klarstellung oder Ergänzung bei der Klägerin einholen kann, beurteilt sich nach Art. 56 ZPO (s. hiernach Ziff. 4). Anderweitige «Hilfe» durch das Gericht (z.B. die «Umlegung» der beantragten

Pfandrechte) ist demgegenüber unzulässig und kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geradezu Befangenheit begründen.¹⁴

4. Art. 56 ZPO statuiert eine **gerichtliche Fragepflicht**: Danach gibt das Gericht der Partei durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung, sofern die Parteivorbringen unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig sind. Unter die letzte Variante lässt sich die unzureichende Behauptung und/oder Substanziierung subsumieren.¹⁵ Ob im konkreten Fall die gerichtliche Fragepflicht ausgelöst wird, hängt jedoch von weiteren Umständen ab: Einerseits dient sie nicht dazu, die Mitwirkung der Parteien bei der Sachverhaltsfeststellung zu ersetzen oder prozessuale Nachlässigkeiten einer Partei auszugleichen; die Partei muss die Tatsachen zumindest «im Ansatz» vorbringen, damit die Fragepflicht greifen kann.¹⁶ Andererseits hat die Fragepflicht bei anwaltlich vertretenen Parteien – wie in den beiden Berichtsentscheidungen – nur eine sehr eingeschränkte Tragweite.¹⁷ Folgt man der (strengen) bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 56 ZPO, lässt sich bei beiden Berichtsentscheidungen kaum die Auffassung vertreten, dass die mangelhafte Behauptung/Substanziierung eine gerichtliche Fragepflicht ausgelöst hätte.

Bei der Anwendung der gerichtlichen Fragepflicht im Verfahren auf vorläufige Eintragung gilt es ein Weiteres zu beachten: Die Mehrheit der Lehre geht davon aus, dass die gerichtliche Fragepflicht nur bis zum Aktenschluss greift.¹⁸ Da im summarischen Verfahren der Aktenschluss bereits nach der erstmaligen Äusserung eintritt,¹⁹ fällt mithin die Fragepflicht in solchen Verfahren grundsätzlich ausser Betracht. Abhilfe kann jedoch ein zweiter Schriftenwechsel schaffen, welchen das Gericht ausnahmsweise und «mit der gebotenen Zurückhaltung» anordnen kann: Diesfalls können sich die Parteien zweimal unbeschränkt äussern (analoge Anwendung von Art. 229 ZPO),²⁰ was unter Umständen das Problem der unzureichenden Behauptung/Substanziierung bereits löst und es dem Gericht ermöglicht, unter den genannten Voraussetzungen Rückfragen zu stellen. Freilich muss das Gericht bei der Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels sicherstellen, dass die Eintragsfrist eingehalten wird; daher macht eine

¹⁴ Siehe die Quellen in Fn. 22.

¹⁵ Vgl. T. SUTTER-SOMM/A. GRIEDER, in: T. Sutter-Somm/F. Hasenböhler/C. Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Fn. 7), N 28 f. zu Art. 56 ZPO; C. LEUENBERGER, a.a.O., N 44 zu Art. 221 ZPO; T. SUTTER-SOMM/B. SEILER, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2021, N 7 zu Art. 56 ZPO.

¹⁶ Vgl. BGE 142 III 462 ff. (464 f.), E. 4.3 = Pra 2017, Nr. 70; BGer 5A_283/2016, E. 2.3.5; 4A_375/2015, E. 7.1 (insoweit nicht in BGE 142 III 102 ff.); 4A_336/2014, E. 7.6.

¹⁷ BGer 5A_417/2020, E. 3.2; 4A_284/2017, E. 3.2; 4A_628/2016, E. 4.2.3.

¹⁸ SUTTER-SOMM/SEILER (Fn. 25), N 12 zu Art. 56 ZPO; SUTTER-SOMM/GRIEDER (Fn. 25), N 36 zu Art. 56 ZPO mit Verweis auf weitere zustimmende Lehrmeinungen; C.M. MORDASINI-ROHNER, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2013, Nr. 287 f.; vgl. auch BGer 5A_921/2014, E. 3.4.2. Anders P. OBERHAMMER/P. WEBER, in: P. Oberhammer/T. Domej/U. Haas, Kurzkomm. ZPO, 3. Aufl., Basel 2021, N 12 zu Art. 56 ZPO, wonach die gerichtliche Fragepflicht während des gesamten Verfahrens gelte.

¹⁹ BGE 146 III 237 ff. (241), E. 3.1; 144 III 117 ff. (118), E. 2.2.

²⁰ BGE 146 III 237 ff. (241 ff.), E. 3.1.

¹³ BGer 5A_144/2024, E. 2 (Berichtsentcheid 2).

Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels nur Sinn, sofern die Eintragung bereits superprovisorisch erfolgt ist (wie im

Berichtsentscheid 5A_144/2024) oder der Fristablauf nicht unmittelbar droht.

Konventionalstrafe in formnichtigem Vorvertrag – trotz Mangel durchsetzbar?

Ein Vorvertrag zu einem Grundstückskaufvertrag, der einen Formmangel aufweist und damit nichtig ist, reisst auch die Abrede über eine Konventionalstrafe, welche die Erfüllung des Vorvertrags sichern soll, mit sich in die Tiefe. Eine Straf-abrede hat nach Meinung des Handelsgerichts Aargau in dieser Umgebung aber dann (aber auch nur dann) eine Chance, wenn sie – wie das Gericht betont – «einzig» dem Zweck dient, negatives Vertragsinteresse (vor allem nutzlose Aufwendungen) auszugleichen. Mit der Praxis des Bundesgerichts harmoniert das nur teilweise.

Lorsqu'une promesse de contracter d'une vente portant sur un bien immobilier présente un vice de forme et donc se révèle nulle, cette nullité entraîne dans son sort la clause pénale, conçue à l'origine pour garantir l'exécution de la promesse. Selon le Tribunal de commerce d'Argovie, une clause pénale n'a de chance de subsister, dans ces circonstances, que lorsqu'elle consiste uniquement à compenser l'intérêt négatif au contrat (notamment les dépenses inutiles). Cette jurisprudence cantonale ne s'harmonise que partiellement avec celle du Tribunal fédéral.

Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 8. Januar 2024 (HOR.2023/14)

Hubert Stöckli, Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg

Der Fall

(261) 1. Im Oktober 2021 schlossen die Parteien eine «Vereinbarung für den Kaufvertrag Parzelle aaa in Z. (SO)» ab. Diese Vereinbarung wurde von den Parteien unterzeichnet, nicht aber öffentlich beurkundet. Der Grundstückskaufvertrag sollte denn auch – offenbar aus steuerlichen Gründen, die hier nichts zur Sache tun – erst unterzeichnet werden, wenn eine rechtsgültige Baubewilligung vorlag. Der Kaufpreis aber wurde schon festgelegt und belief sich auf CHF 4,35 Mio. Zudem sah die Vereinbarung vor, dass für den Fall, dass die eine Partei dem «Kaufversprechen» trotz gültiger Baubewilligung nicht nachleben wolle, die andere Partei von ihr CHF 120 000 fordern könne. Als dann der prospektiven Käuferin die Baubewilligung erteilt worden war, teilte ihr die Partei, die ursprünglich als Verkäuferin hätte agieren wollen, mit, sie werde mit dem Verkauf zuwarten, zahle aber die vertraglich vereinbarte Summe von CHF 120 000. Zur Unterzeichnung eines formgültigen Grundstückskaufvertrags kam es also nicht. Das wollte die prospektive Käuferin nicht auf sich sitzen lassen und klagte. Sie verlangte von der prospektiven Verkäuferin nicht nur den vertraglich festgesetzten Betrag, sondern überdies Schadenersatz, jeweils zuzüglich Zins.

2. Die prospektive Käuferin stellte sich auf den Standpunkt, ihr sei von der prospektiven Verkäuferin das gesamte negative Vertragsinteresse zu ersetzen – dies unter Anrechnung der

vertraglich schon festgesetzten Summe von CHF 120 000. Die prospektive Verkäuferin mochte das nicht hinnehmen und verlangte die Abweisung der Klage. Zunächst war sie gewillt, den vertraglich festgesetzten Betrag zu zahlen. Doch änderte sie ihren Standpunkt, nachdem die prospektive Käuferin sich damit nicht zufriedengeben wollte.

3a. Die Klägerin versuchte schon gar nicht, einen gültigen Vorvertrag herbeizubeten. Ihr Argument war vielmehr, dass die vereinbarte «Konventionalstrafe [...] die minimale Abdeckung dieser Aufwendungen – also die Sicherung des negativen Vertragsinteresses – bezweckt» habe. Die besagten Aufwendungen standen im Zusammenhang mit dem von der prospektiven Käuferin angestrebten Baubewilligungsverfahren.

b. Die Beklagte bestritt, dass sich die Parteien einig gewesen seien, dass «die Konventionalstrafe einzig Aufwendungen der Klägerin betreffend das negative Vertragsinteresse habe sicherstellen sollen» (E. 3.1.2). Vielmehr war sie davon ausgegangen, an ihr Kaufversprechen gebunden zu sein, sich aber von diesem Versprechen durch eine Zahlung von CHF 120 000 lösen zu können.

4. Strittig war demnach, ob die Abrede über die Pflicht, CHF 120 000 zu bezahlen, im vorliegenden Fall als Konventionalstrafe oder als Wandelpön anzusehen war. Das überrascht vielleicht, weil doch zu erwarten wäre, dass die Formungültigkeit so oder anders zuschlagen würde. Indes zeigt der Entscheid, dass die Praxis Strafabreden in einem ansonsten formungültigen Vorvertrag akzeptiert, wenn die Strafe nicht