

HSU.2019.30 / as / as

Art. 51

Entscheid vom 29. März 2019

Besetzung Oberrichter Vetter, Vizepräsident
Gerichtsschreiber Schneuwly

Gesuchstellerin **G. AG,** _____
vertreten durch MLaw Andrej Bolliger, Rechtsanwalt, Belchenstrasse 3,
Postfach 1050, 4601 Olten 1 Fächer

Gesuchs- **S. AG,** _____
gegnerin vertreten durch Manuel C. Frick, Fürsprecher, Bubenbergplatz 5, Postfach
2979, 3001 Bern

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend Bauhandwerkerpfandrecht

Der Vizepräsident entnimmt den Akten:

1.

Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in A. Sie bezweckt hauptsächlich den Betrieb eines Baugeschäftes für Gipser-, Unterlagsböden- und Plattenarbeiten (Gesuchsbeilage [GB] 4).

2.

Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Z. Sie bezweckt Immobiliengeschäfte wie Finanzierung, Erwerb, Verwaltung, Vermietung und Veräusserung von Grundeigentum, Erstellung von Bauten und Beteiligungen an Immobiliengeschäften (GB 5).

Die Gesuchsgegnerin ist bezogen auf das Stammgrundstück-Nr. KKK GB A. (E-GRID: CH ZZZ) Alleineigentümerin folgender Stockwerkeigentumseinheiten (Gesuch Ziff. 4; GB 2):

- Grundstück-Nr. KKK/1 GB A. (E-GRID: CH AAA),
- Grundstück-Nr. KKK/2 GB A. (E-GRID: CH BBB),
- Grundstück-Nr. KKK/3 GB A. (E-GRID: CH CCC),
- und Grundstück-Nr. KKK/4 GB A. (E-GRID: CH DDD).

3.

Mit Gesuch vom 26. Februar 2019 (Postaufgabe: gleichentags) stellte die Gesuchstellerin die folgenden Rechtsbegehren:

" 1.

Es sei das Grundbuchamt Zofingen richterlich anzuweisen, auf den Grundstücken GB A. Nr. KKK-1, KKK-2, KKK-3 und KKK-4 zugunsten der Gesuchstellerin Bauhandwerkerpfandrechte in nachgenannter Höhe zuzüglich Zins von 5% seit dem 11. Dezember 2018, eventualiter seit wann rechtens, **provisorisch** im Grundbuch vorzumerken:

GB A. Nr. KKK-1 (120/10000 ME an GB Nr. KKK, Büroraum Nr. 1 im EG West)	CHF '973.85
GB A. Nr. KKK-2 (210/1000 ME an GB Nr. KKK, Büroraum mit Werkstatt und Lager Nr. 2 im EG Ost)	CHF 0'454.25
GB A. Nr. KKK-3 (295/1000 ME an GB Nr. KKK, 3 ½ Zimmerwohnung Nr. 3 im Ober- und Dachgeschoss West)	CHF 14'658.70
GB A. Nr. KKK-3 (recte: KKK-4) (375/1000 ME an GB Nr. KKK, 3 ½ Zimmerwohnung Nr. 4 im Ober- und Dachgeschoss Ost)	CHF 18'668.30

2.

Die Vormerkung gemäss Ziffer 1 sei gemäss Art. 265 ZPO einstweilen **superprovisorisch** einzutragen.

3.

Der Gesuchstellerin sei nach rechtskräftiger provisorischer Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte Frist zur Einreichung der schriftlich begründeten Forderungsklage und definitiver Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte anzusetzen.

4.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

4.

Am 27. Februar 2019 verfügte der Vizepräsident folgendes:

" **1.**

Der Eingang des Gesuchs vom 26. Februar 2019 (Postaufgabe: 26. Februar 2019) wird den Parteien bestätigt.

2.

Die Streitsache gehört ins summarische Verfahren (Art. 248 ZPO).

3.

Das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen vom 26. Februar 2019 wird **abgewiesen**.

4.

Der Gesuchstellerin wird eine **Frist bis 14. März 2019** für die Behebung der Mängel des Gesuchs gemäss Ziff. 4 der Erwägungen angesetzt. Damit wird die Androhung verbunden, dass bei Säumnis die Eingabe als nicht erfolgt gilt (vgl. Art. 132 Abs. 1 2. Satz ZPO).

5.

Die Gesuchstellerin hat **bis 14. März 2019** einen Kostenvorschuss von **Fr. 2'075.00** an die Obergerichtskasse mit beiliegendem Einzahlungsschein zu bezahlen (Art. 98 ZPO i.V.m. Art. 101 ZPO).

6.

Der Gesuchsgegnerin wird **Frist bis 14. März 2019** für die Erstattung einer schriftlichen Antwort angesetzt.

7.

7.1.

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.

7.2.

Bei **Säumnis** wird das Verfahren ohne die versäumte Handlung weitergeführt, d.h. das Gericht fällt eine Endentscheid, sofern die Angelegenheit spruchreif ist, oder lädt zu einer Verhandlung vor (Art. 147 Abs. 2 und Art. 223 Abs. 2 ZPO).

7.3.

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

5.

Mit Eingabe vom 4. März 2019 reichte der Rechtsvertreter der Gesuchstellerin eine verbesserte und den Anforderungen genügende Vollmacht ein.

6.

Mit Gesuchsantwort vom 14. März 2019 stellte die Gesuchsgegnerin folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Das Gesuch sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

– unter Kosten- und Entschädigungsfolge –"

Der Vizepräsident zieht in Erwägung:

1. Zuständigkeit

Gemäss Art. 60 ZPO prüft das Gericht von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind. Zu den Prozessvoraussetzungen gehört unter anderem die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO).

1.1.

Für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist oder am Ort, wo die Massnahme vollstreckt werden soll, zwingend örtlich zuständig (Art. 13 ZPO). Für Klagen auf Errichtung gesetzlicher Grundpfandrechte ist das Gericht am Ort, an dem das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist, zuständig (Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO).

Die Grundstücke der Gesuchsgegnerin, auf welchen die Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig eintragen lassen will, befindet sich in A. (AG) (GB 2). Zudem lässt sich die Gesuchsgegnerin auf den vorliegenden Prozess i.S.v. Art. 18 ZPO ein (Antwort Rz. 2). Die örtliche Zuständigkeit der aargauischen Gerichte ist somit gegeben.

1.2.

Die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters am Handelsgericht (vgl. § 13 Abs. 1 lit. a EG ZPO) für den Erlass superprovisorischer und vorsorglicher Massnahmen ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 5 ZPO. Diese ist gegeben, da in der Hauptsache die geschäftliche

Tätigkeit zumindest der Gesuchstellerin betroffen ist, gegen den Entscheid – bei einem Streitwert von über Fr. 30'000.00 – die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht und die Parteien im Handelsregister eingetragen sind.

2. Verfahrensart

Die Streitsache ist im summarischen Verfahren zu behandeln (Art. 248 lit. a i.V.m. Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO).

3. Allgemeine Voraussetzungen der vorläufigen Eintragung

3.1.

Die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts setzt im Wesentlichen die Forderung eines Bauhandwerkers oder Unternehmers für die Leistung von Arbeit und allenfalls von Material zugunsten des zu belastenden Grundstücks sowie die Wahrung der viermonatigen Eintragsfrist voraus (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 u. 839 Abs. 2 ZGB).

3.2.

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

4. Pfandsumme

4.1. Parteibehauptungen

Es ist unbestritten, dass die Gesuchsgegnerin zur Sanierung der Liegenschaft an der K. 12, A. (AG), im Jahre 2018 die S. GmbH beizog. Diese hat weiter die Gesuchstellerin mit diversen Maler- und Gipserarbeiten an (den gemeinschaftlichen Teilen) der Liegenschaft beauftragt (Gesuch Ziff. 4; Antwort Rz. 8; GB 3). Der Auftrag umfasst ein Volumen von Fr. 94'894.00 (Antwort Rz. 8 und 13; GB 3). Die S. GmbH hat der Ge-

¹ BGE 137 III 563 E. 3.3; 86 I 265 E. 3; vgl. auch SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1394; BSK ZGB II-THURNHERR, 5. Aufl. 2015, Art. 839/840 N. 37.

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

³ SCHUMACHER (Fn. 1), N. 1395.

suchstellerin bisher Fr. 95'000.00 bezahlt (Antwort Rz. 13). Die Stockwerkeigentumseinheiten sind verpfändet (Gesuch Ziff. 8).

Die Gesuchstellerin behauptet, sie habe im Laufe der Arbeitsausführung im Auftrag der S. GmbH zusätzlich diverse Regiearbeiten vorgenommen. Sie habe sämtliche ihr aufgetragenen Bauarbeiten auftragsgemäss ausgeführt (Gesuch Ziff. 4). Der S. GmbH habe die Gesuchstellerin sieben Akontorechnungen gestellt. Die ersten fünf Akontorechnungen seien bezahlt worden, jene vom 25. Oktober 2018 (GB 8) und vom 5. November 2018 (GB 8) hingegen nicht bzw. nicht vollständig. Unbezahlt blieb auch die am 30. November 2018 gestellte Schlussrechnung (GB 8). In Bezug auf die Akontorechnung vom 25. Oktober 2018 (GB 8) habe die S. GmbH mittlerweile noch Fr. 15'000.00 überwiesen. Gegenwärtig sei somit noch ein Betrag von Fr. 49'782.10 ausstehend (Gesuch Ziff. 5, GB 9). Die Aufteilung auf die vier Stockwerkeigentumseinheiten erfolge nach den Wertquoten, Fr. 5'973.85 auf das Grundstück-Nr. KKK/1 GB A., Fr. 10'454.25 auf das Grundstück-Nr. KKK/2 GB A., Fr. 14'685.70 auf das Grundstück-Nr. KKK/3 GB A. und Fr. 18'668.30 auf das Grundstück-Nr. KKK/4 GB A. (Gesuch Ziff. 8).

Die Gesuchsgegnerin argumentiert, die Gesuchstellerin mache ihre Forderungen, soweit den vertraglich vereinbarten Betrag von Fr. 94'894.00 übersteigend, nicht glaubhaft (Antwort Rz. 9 und 14). Es sei weder behauptet noch belegt worden, dass die Schlussrechnung vom 30. November 2018 der S. GmbH zugegangen sei (Antwort Rz. 10). Der Regierapport vom 4. Dezember 2018 sei nicht unterzeichnet worden und datiere nach der Schlussrechnung vom 30. November 2018 (Antwort Rz. 11). Die Schlussrechnung vom 30. November 2018 entspreche den folgenden Positionen des Kostenvoranschlags: i) Gerüst Fr. 7'800.00, ii) Malerarbeiten Fr. 14'625.00 und ii) Gipserarbeiten Fr. 71'794.70 (Antwort Rz. 15). Bestritten werden darüber hinausgehende Regiearbeiten im Betrag von Fr. 35'869.65 sowie für Zusatzleistungen von Fr. 12'810.00 und Leistungen für Fassadeholzschalungsarbeiten von Fr. 850.00 (Antwort Rz. 16). In der Exceltabelle der Gesuchstellerin (GB 7) würden nur Angaben gemacht, die keinen Bezug zur Liegenschaft der – recte – Gesuchsgegnerin hätten. Es könne sich auch um eine Liste einer anderen Baustelle handeln (Antwort Rz. 17). Die Beweismittel der Gesuchstellerin seien widersprüchlich. Es könne nicht dargelegt werden, welche der Leistungen der Erfüllung des schriftlichen Vertrags gedient hätten und welches zusätzlich vereinbarte Leistungen seien (Antwort Rz. 18). Es müsse davon ausgegangen werden, dass die Leistungen in der Schlussrechnung zweimal aufgeführt worden seien, einmal unter den Positionen, die dem Kostenvoranschlag entsprechen, das andere Mal unter den angeblichen Mehrleistungen (Antwort Rz. 19). Die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Forderung sei auch aufgrund ihres Ausmasses unglaubwürdig, überschreite sie den Kostenvoranschlag doch um 50 % (Antwort Rz. 20).

Es seien zudem keine Belege eingereicht worden, welche die Vereinbarung und Erbringung von Leistungen in einem den Kostenvoranschlag übersteigenden Umfang von Fr. 49'888.10 belegen würden (Antwort Rz. 22).

4.2. Rechtliches

Pfandberechtigt sind die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, 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 bzw. die gesicherte Forderung besteht entsprechend in der Vergütungsforderung des Handwerkers oder Unternehmers. Sie ist mit dieser identisch. Für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch ist daher nach Art. 794 Abs. 1 i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB eine bestimmte Pfandsomme anzugeben.⁴

Stockwerkeigentum ist der Miteigentumsanteil an einem Grundstück, der dem Miteigentümer das Sonderrecht gibt, bestimmte Teile eines Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen (Art. 712a Abs. 1 ZGB). Steht eine Sache im Miteigentum, so haben sie mehrere Personen nach Bruchteilen und ohne äusserliche Abteilung in ihrem Eigentum (Art. 646 Abs. 1 ZGB). Zur Veräusserung oder Belastung der Sache bedarf es grundsätzlich der Übereinstimmung aller Miteigentümer (Art. 648 Abs. 2 ZGB). Bestehen Grundpfandrechte oder Grundlasten an Miteigentumsanteilen, so können die Miteigentümer die Sache selbst nicht mehr mit solchen Rechten belasten (Art. 648 Abs. 3 ZGB). Beim Stockwerkeigentum können wertvermehrnde Leistungen zum Zweck der individuellen Ausgestaltung der Stockwerkeinheit nur durch ein Bauhandwerkerpfandrecht auf dem jeweiligen Miteigentumsanteil gesichert werden, während der Bauunternehmer für die Bauarbeiten an gemeinschaftlichen Bauteilen die Wahl hat, entweder die Gesamtliegenschaft zu belasten oder die Forderung auf die Stockwerkeinheiten aufzuteilen. Dieses Wahlrecht gilt nicht, wenn einzelne Stockwerkeigentumseinheiten bereits mit Grundlasten oder Grundpfandrechten belastet sind.⁵ Die einzelnen Stockwerkeigentumseinheiten sind nach ihrem effektiven Anteil an den Kosten quotenmässig zu belasten.⁶

Der Unternehmer hat grundsätzlich nachzuweisen, welche konkreten Leistungen an Arbeit und Material er zu welchen Preisen für jedes einzel-

⁴ SCHUMACHER (Fn. 1), N. 436, 438 und 547.

⁵ BGE 126 III 462 E. 2b.

⁶ BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 1), Art. 839/840 N. 17; SCHUMACHER (Fn. 1), N. 778 und 781; vgl. auch MATHIS, Das Bauhandwerkerpfandrecht in der Gesamtüberbauung und im Stockwerkeigentum, 1988, S. 150, 152

ne Grundstück erbracht hat.⁷ Im Verfahren betreffend vorläufige Eintragung ist indes – aufgrund der drohenden Verwirkung bei Nichteintragung innerhalb der Frist von Art. 839 Abs. 2 ZGB – eine Aufteilung auf die einzelnen Liegenschaften nach Bruchteilen statthaft. Die im Grundbuch vorläufig eingetragenen Teilpfandsummen sind dann im Verfahren betreffend definitive Eintragung aufgrund konkreter Nachweise der auf den verschiedenen Grundstücken erbrachten Leistungen zu berichtigen.⁸ Dasselbe muss auch bei Arbeiten für mehrere Stockwerkeigentumseinheiten gelten, wobei die Pfandsumme hier nach den Wertquoten der einzelnen Stockwerkeigentumseinheiten aufzuteilen ist.

4.3. Würdigung

Die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint. Im Zweifelsfall, bei unklarer Beweis- oder Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung dem Richter im ordentlichen Verfahren zu überlassen (vgl. E. 3.2). Die Behauptungen der Gesuchstellerin sind zwar äusserst knapp, aber dennoch schlüssig: Sie behauptet nicht nur einen Grundvertrag abgeschlossen, sondern auch mit Regiearbeiten beauftragt worden zu sein. Sie habe sämtliche Bauarbeiten auftragsgemäss ausgeführt und darüber abgerechnet. Nach Abzug sämtlicher Zahlungen seien noch Fr. 49'782.10 ausstehend.

Was die Gesuchsgegnerin hiergegen vorbringt, lässt zumindest im vorliegenden Summarverfahren die Gesuchstellerin nicht an der Hürde des herabgesetzten Beweismasses des Glaubhaftmachens scheitern. In der Behauptung, es sei Rechnung gestellt worden, ist die Behauptung, das Gegenüber habe die Rechnung erhalten, sinnvollerweise mitenthalten. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die S. GmbH die Schlussrechnung der Gesuchstellerin vom 30. November 2017 tatsächlich erhalten hat. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, wie der Erhalt der Rechnung für die Eintragung der Pfandsumme von Relevanz sein soll, können Bauhandwerkerpfandrechte doch bereits vor Arbeitsbeginn (Art. 839 Abs. 1 ZGB) und damit auch vor der Fälligkeit der Werklohnforderung in das Grundbuch eingetragen werden.⁹

Tatsächlich legt die Gesuchstellerin keinerlei unterzeichnete Regierapporte ins Recht. Die behaupteten erbrachten Regiearbeiten können deshalb aber nicht gerade als ausgeschlossen bezeichnet werden.

⁷ SCHUMACHER (Fn. 1), N. 593; BRITSCHGI, Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht, 2008, S. 114; MATHIS (Fn. 6), S. 152.

⁸ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 1), N. 840; BRITSCHGI (Fn. 7), S. 115; MATHIS (Fn. 6), S. 150 f.

⁹ SCHUMACHER (Fn. 1), N. 442 und 473.

Weshalb die Aufzeichnung über die geleisteten Arbeitsstunden (GB 7) keinen Bezug zur Liegenschaft der Gesuchsgegnerin haben sollen, erklärt diese nicht. Ein Bezug kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden. Der Frage, ob es sich auch um eine Liste einer anderen Baustelle handeln könnte, ist nicht weiter nachzugehen, da die diesbezüglichen Mutmassungen der Gesuchsgegnerin nicht als genügende Behauptung oder Bestreitung qualifizieren.¹⁰

Was die Gesuchsgegnerin in Bezug zur Überschreitung des Kostenvoranschlags einbringt, überzeugt nicht, da die Gesuchstellerin behauptet, sie sei mit Regiearbeiten beauftragt worden. Daraus ergibt sich definitionsgemäss, dass diese Arbeiten nicht im Kostenvoranschlag enthalten sind. Zu den Regiearbeiten kann der Kostenvoranschlag daher nicht viel aussagen.

Zu Recht führt die Gesuchsgegnerin hingegen aus, die Gesuchstellerin habe ihre Arbeiten genau zu qualifizieren, je nachdem, ob es sich um Leistungen an gemeinschaftlichen Teilen oder an Teilen, die nur einzelne Stockwerkeigentumseinheiten betreffen, und den einzelnen Stockwerkeigentumseinheiten entsprechend zuzuordnen. Nur ist dies mit einem erheblichen Aufwand verbunden und kann daher nicht bereits im Summaryverfahren verlangt werden. Die Gesuchstellerin hat die Pfandsumme nach den Wertquoten der Stockwerkeigentumseinheiten auf diese aufgeteilt, was vorliegend genügen muss, nicht jedoch im ordentlichen Verfahren betreffend definitive Eintragung der vier Bauhandwerkerpfandrechte.

4.4. Verzugszinsen

Die Gesuchstellerin behauptet, ihre Rechnungen seien mit dem Zusatz "innert 10 Tagen netto zu bezahlen" versehen gewesen. Die Werklohnforderung sei daher spätestens ab dem 11. Dezember 2018 fällig und mit 5 % p.a. zu verzinsen (Gesuch Ziff. 9). Die Gesuchsgegnerin ist der Ansicht, es seien Art. 154 und Art. 155 SIA-Norm 118 anwendbar, weshalb eine Zwangsfrist von 30 Tagen nach Prüfungsbescheid zur Anwendung gelange. Das Vorliegen eines Prüfungsbescheids sei nicht behauptet worden, weshalb keine Fälligkeit eingetreten sei (Antwort Rz. 33).

Befindet sich der Forderungsschuldner in Verzug, können auch Verzugszinsen eingetragen werden.¹¹ Die pfandberechtigte Forderung erhöht sich entsprechend um die Verzugszinsen ohne zeitliche Beschränkung. Bei der vorläufigen Eintragung hat der Unternehmer seinen Vergütungsanspruch und seine Forderung auf Verzugszins (inkl. Beginn des Zinsenlaufes) glaubhaft zu machen (Art. 961 Abs. 3 ZGB).¹²

¹⁰ BGer 4A_667/2014 vom 12. März 2015 E. 3.2.2.

¹¹ SCHUMACHER (Fn. 1), N. 468; vgl. auch BGE 121 III 445 E. 5a; 142 III 73 E. 4.4.2.

¹² SCHUMACHER (Fn. 1), N. 555.

Der Schuldner einer fälligen Forderung gerät entweder durch Mahnung (Art. 102 Abs. 1 OR) oder, sofern die Parteien einen bestimmten Verfalltag verabredet haben, schon mit dessen Ablauf (Art. 102 Abs. 2 OR) in Verzug. Praxisgemäss gerät er auch mit Ablauf einer in einer Rechnung gesetzten Zahlungsfrist, wie z.B. "zahlbar 30 Tage netto", ohne weitere Mahnung in Verzug.¹³ Schuldnerverzug des Bauherrn kann erst nach Ablauf dieser Frist eintreten. Eine separate Mahnung nach Ablauf dieser Frist kann jedoch unterbleiben, wenn bereits vor Fristablauf gemahnt wurde.¹⁴

Der Kostenvoranschlag vom 15. August 2018 (GB 3) enthält einen Verweis auf die "allgemeinen Bedingungen der SIA Normen". Welche SIA-Normen damit gemeint sind, geht aus diesem Verweis nicht hervor. Es ist im ordentlichen Verfahren zu klären, ob mit diesem Verweis insbesondere die Fälligkeits- und Verzugsregelungen der SIA-Norm 118 (vgl. Art. 55, 153 f. und 190 SIA-Norm 118) Vertragsbestandteil geworden und die entsprechenden Voraussetzungen für die Zusprechung des begehrten Verzugszinses gegeben sind. Für die vorläufige Eintragung der vier Bauhandwerkerpfandrechte ist der Anspruch 5 % Verzugszins ab 11. Dezember 2018 glaubhaft gemacht.

5. Eintragsfrist

Die Gesuchstellerin behauptet, die letzten Arbeiten seien am 4. Dezember 2018 ausgeführt worden (Gesuch Ziff. 4; GB 7). Die Gesuchsgegnerin bestreitet dies nicht.

Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts muss bis spätestens vier Monate nach der Arbeitsvollendung erfolgen, andernfalls verwirkt der Anspruch (Art. 839 Abs. 2 ZGB).¹⁵ Die Eintragsfrist berechnet sich nach Art. 7 ZGB i.V.m. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Abs. 2 OR. Sie endet somit an demjenigen Tag des letzten Monats, der durch seine Zahl dem Tag der Arbeitsvollendung entspricht.

Wurden die letzten Arbeiten am 4. Dezember 2018 ausgeführt, wovon mangels Bestreitung auszugehen ist, so endet die viermonatige Eintragsfrist am 4. April 2019. Diese Frist wird mit heutiger Eintragung im Tagebuch des Grundbuchamts eingehalten.

¹³ AGVE 2003, S. 38; BSK OR I-WIEGAND, 6. Aufl. 2015, Art. 102 N. 9; BK OR-WEBER, 2000, Art. 102 N. 115 m.w.N.; KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2017, N. 55.32; VETTER/BUFF, Verzugszinsen bei «zahlbar innert 30 Tagen», SJZ 2019, S. 150 f. m.w.N.

¹⁴ BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 1), Art. 839/840 N. 31a.

¹⁵ BGE 126 III 462 E. 4c.aa; BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 1), Art. 839/840 N. 29.

6. Ergebnis

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die vorläufige Eintragung folgender Bauhandwerkerpfandrechte erfüllt sind und deren Eintragung anzuordnen ist:

- Fr. 5'973.85 zuzüglich 5 % Zins seit dem 11. Dezember 2018 auf dem Grdst.-Nr. KKK/1 GB A. (E-GRID: CH AAA),
- Fr. 10'454.25 zuzüglich 5 % Zins seit dem 11. Dezember 2018 auf dem Grdst.-Nr. KKK/2 GB A. (E-GRID: CH BBB),
- Fr. 14'685.70 zuzüglich 5 % Zins seit dem 11. Dezember 2018 auf dem Grdst.-Nr. KKK/3 GB A. (E-GRID: CCC),
- Fr. 18'668.30 zuzüglich 5 % Zins seit dem 11. Dezember 2018 auf dem Grdst.-Nr. KKK/4 GB A. (E-GRID: CH DDD).

7. Prosequierung

Ist eine Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts noch nicht rechtshängig, ist der gesuchstellenden Partei nach Art. 263 ZPO eine Frist zur Einreichung der Klage mit der Androhung anzusetzen, dass die Vormerkung der vorläufigen Eintragung im Grundbuch bei ungenutztem Ablauf der Frist ersatzlos gelöscht werden kann.¹⁶ Die Prosequierungsfrist beträgt nach handelsgerichtlicher Praxis bei Fällen der vorliegenden Grösse rund zwei 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.¹⁷

8. Prozesskosten

Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 95 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gesuchstellerin obsiegt vollumfänglich. Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten daher von der Gesuchsgegnerin zu tragen.

8.1. Gerichtskosten

Unter Berücksichtigung des verursachten Aufwands sowie des Umfangs der Streitigkeit werden die Gerichtskosten auf Fr. 2'075.00 festgesetzt (§ 8 VKD; SAR 221.150). Gestützt auf Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO werden sie vorab mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 2'075.00 verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin die Gerichtskosten, d.h. Fr. 2'075.00, direkt zu ersetzen (vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO).

¹⁶ SCHUMACHER (Fn. 2), N. 672 ff.

¹⁷ BGE 143 III 554 E. 2.5.2 m.w.H.; vgl. auch SCHUMACHER (Fn. 2), N. 688.

8.2. Parteientschädigung

Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin zudem eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung wird nach dem Streitwert – vorliegend Fr. 49'782.10 – bemessen (vgl. § 3 AnwT; SAR 291.150). Ausgehend von einer Grundentschädigung von Fr. 8'550.50 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 5 AnwT) resultiert nach Vornahme eines Summarabzugs von praxisgemäss 75 % (§ 3 Abs. 2 AnwT) ein Betrag von Fr. 2'139.60. Damit sind insbesondere eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (vgl. § 6 Abs. 1 AnwT). Wegen der nicht durchgeführten Verhandlung sind weitere 20 % abzuziehen (§ 6 Abs. 2 AnwT). Nach Hinzurechnung einer Auslagenpauschale (§ 13 Abs. 1 AnwT) von praxisgemäss 3 % resultiert ein Betrag in Höhe von gerundet Fr. 1'760.00, den die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin als Parteientschädigung zu bezahlen hat.

Dem gesuchstellerischen Antrag auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzuschlags ist nicht zu entsprechen. Die Gesuchstellerin ist gemäss UID-Register¹⁸ selber mehrwertsteuerpflichtig. Sie kann die ihrem Anwalt bezahlte Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung in Abzug bringen (Art. 28 MWSTG).¹⁹ Die Mehrwertsteuer stellt somit keinen zusätzlichen Kostenfaktor dar und ist bei der Bemessung der Parteientschädigung deshalb nicht zu berücksichtigen.

8.3.

Eine abweichende Verlegung der Prozesskosten im allenfalls vor Handelsgericht stattfindenden Hauptprozess im ordentlichen Verfahren oder aufgrund separater Verfügung im vorliegenden Verfahren bleibt vorbehalten.

Der Vizepräsident erkennt:

1.

In **Gutheissung** des Gesuchs vom 26. Februar 2019 werden der Gesuchstellerin die **Vormerkungen** der folgenden **vorläufigen Eintragungen** von **Bauhandwerkerpfandrechten** gemäss Art. 837/839 i.V.m. Art. 961 ZGB bewilligt:

- **Fr. 5'973.85** zuzüglich 5 % Zins seit dem 11. Dezember 2018 auf dem Grdst.-Nr. KKK/1 GB A. (E-GRID: CH AAA),

¹⁸ Vgl. <https://www.uid.admin.ch/DetailXXX>. (zuletzt besucht am 28. März 2019).

¹⁹ 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_6/obergerichte/handelsgericht/Merkblatt_MwSt.pdf (zuletzt besucht am 28. März 2019).

- **Fr. 10'454.25** zuzüglich 5 % Zins seit dem 11. Dezember 2018 auf dem Grdst.-Nr. KKK/2 GB A. (E-GRID: CH BBB),
- **Fr. 14'685.70** zuzüglich 5 % Zins seit dem 11. Dezember 2018 auf dem Grdst.-Nr. KKK/3 GB A. (E-GRID: CH CCC),
- **Fr. 18'668.30** zuzüglich 5 % Zins seit dem 11. Dezember 2018 auf dem Grdst.-Nr. KKK/4 GB A. (E-GRID: CH DDD).

2.

Das **Grundbuchamt** Zofingen wird angewiesen, die Vormerkungen gemäss Dispositiv-Ziff. 1 **sofort einzutragen**.

3.

3.1.

Die **Gesuchstellerin** hat **bis zum 3. Juni 2019** beim zuständigen Gericht im ordentlichen Verfahren Klage auf definitive Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte anzuheben.

3.2.

Im **Säumnisfall** fällt die in der vorstehenden Dispositiv-Ziff. 1 angeordnete vorsorgliche Massnahme dahin, wobei die Vormerkungen im Grundbuch nur auf entsprechendes Gesuch hin gelöscht werden.

3.3.

Es gilt **kein Stillstand der Fristen**.

4.

4.1.

Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 2'075.00 sind von der Gesuchsgegnerin zu tragen und werden mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 2'075.00 verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin die Gerichtskosten von Fr. 2'075.00 direkt zu ersetzen.

4.2.

Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung in richterlich festgesetzter Höhe von Fr. 1'760.00 zu bezahlen.

4.3.

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

Zustellung an:

- die Gesuchstellerin (Vertreter; zweifach)
- die Gesuchsgegnerin (Vertreter; zweifach)
- das Grundbuchamt Zofingen (vorab per E-Mail: gbazofingen@zofingen.ch)

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, 29. März 2019

Handelsgericht des Kantons Aargau

2. Kammer

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Vetter

Schneuwly

