

HSU.2020.93 / as / mv

Entscheid vom 30. November 2020

Besetzung Oberrichter Vetter, Vizepräsident
Gerichtsschreiber Schneuwly

Gesuchstellerin **J. AG,** _____
vertreten durch lic. iur. et lic. oec. Peter Germann, Rechtsanwalt, Lu-
zernerstrasse 51a, 6010 Kriens

Gesuchsgegne- **G. GmbH,** _____
rin Zustelladresse: _____

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend Bauhandwerkerpfandrecht

Der Vizepräsident entnimmt den Akten:

1.

Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E. (LU). Sie bezweckt im Wesentlichen _____ (Gesuchsbeilage [GB] 12).

2.

Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in B. (ZG). Sie hat im Wesentlichen _____ zum Zweck (GB 13).

Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des Grdst.-Nr. 1234 GB S. (E-GRID: CH 9876; GB 10).

3.

Mit Gesuch vom 26. Oktober 2020 (Postaufgabe: 26. Oktober 2020) stellte die Gesuchstellerin die folgenden Rechtsbegehren:

" 1.

Das Grundbuchamt Wohlen sei anzuweisen, zu Lasten des Grundstücks in der Gemeinde S., Grundbuch/Grundbuchblatt Nr. 1234, zu Gunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsomme von CHF 465'000.— nebst Zins zu 5% auf CHF 140'010.— seit 25.6.2020 und nebst Zins zur 5% auf CHF 324'990.— seit 1.4.2021 vorläufig als Vormerkung einzutragen.

2.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

4.

Mit Verfügung vom 28. Oktober 2020 hat der Vizepräsident den Parteien den Eingang des Gesuchs bestätigt und die Gesuchstellerin verpflichtet, bis am 26. Oktober 2020 einen Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 4'000.00 zu bezahlen.

5.

Die Gesuchstellerin hat den Gerichtskostenvorschuss von Fr. 4'000.00 am 29. Oktober 2020 bezahlt.

6.

Mit Verfügung vom 2. November 2020 setzte der Vizepräsident der Gesuchsgegnerin Frist bis zum 13. November 2020 zur Erstattung einer schriftlichen Antwort.

7.

7.1.

Mit Verfügung vom 16. November 2020 stellte der Vizepräsident fest, dass die Gesuchsgegnerin keine Gesuchsantwort erstattete und setzte daher eine letzte, nicht erstreckbare Frist bis 26. November 2020 für die Erstattung einer schriftlichen Antwort an.

7.2.

Diese Verfügung wurde der Gesuchsgegnerin am 17. November 2020 zugestellt.

8.

Die Gesuchsgegnerin hat auch innert der Nachfrist keine Gesuchsantwort eingereicht.

Der Vizepräsident zieht in Erwägung:

1. Zuständigkeit

1.1.

Bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts handelt es sich um einen Anwendungsfall des vorsorglichen Rechtsschutzes i.S.v. Art. 261 ff. ZPO.¹ Für den Erlass superprovisorischer und vorsorglicher Massnahmen ist deshalb 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 Pfandrechte ist das Gericht am Ort, an dem das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist, zuständig (Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO). Das Grundstück der Gesuchsgegnerin, auf welchem die Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig eintragen lassen will, befindet sich in S. (AG). Die örtliche Zuständigkeit der aargauischen Gerichte ist gegeben.

1.2.

Die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters am Handelsgericht für den Erlass superprovisorischer und vorsorglicher Massnahmen ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 5 ZPO und § 13 Abs. 1 lit. a EG ZPO AG, da die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist, gegen den Entscheid – bei einem behaupteten Streitwert von Fr. 465'000.00 (vgl. Art. 51-53 BGG) – die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht und die Parteien im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind.

¹ BGE 137 III 563 E. 3.3.

2. Säumnisentscheid

Die Gesuchsgegnerin ist mit der Erstattung einer Gesuchsantwort innert der ihr angesetzten Frist und Nachfrist säumig geblieben. Die Säumnisfolgen wurden der Gesuchsgegnerin in der Verfügung vom 4. November 2020 angedroht. Das Gericht erlässt damit entweder einen Endentscheid, sofern die Angelegenheit spruchreif ist, oder es lädt zur Hauptverhandlung vor (Art. 219 i.V.m. Art. 223 Abs. 2 ZPO).

Die im Gesuch vorgebrachten Tatsachenbehauptungen sind vorliegend unbestritten geblieben. Zugestanden sind damit die Tatsachen, nicht aber die Rechtsbegehren der Gesuchstellerin. Bei erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache, d.h. bei fehlender Spruchreife, kann das Gericht nach Art. 153 Abs. 2 ZPO von Amtes wegen Beweis erheben.

Ist die Angelegenheit hingegen spruchreif, trifft das Gericht direkt einen Endentscheid. Hierzu muss das Gesuch soweit geklärt sein, dass darauf mangels Prozessvoraussetzungen nicht eingetreten oder es durch Sachurteil erledigt werden kann. Dies setzt voraus, dass die Vorbringen der Gesuchstellerin nicht unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig sind, weil das Gericht gegebenenfalls seine Fragepflicht ausüben muss.²

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 und 839 Abs. 2 ZGB).

3.2.

Die Eintragungsvoraussetzungen sind im Verfahren betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts lediglich glaubhaft zu machen. An diese Glaubhaftmachung werden zudem weniger strenge Anforderungen gestellt, als es diesem Beweismass für vorsorgliche Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO) sonst entspricht.³ 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

² LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), 3. Aufl. 2016, Art. 223 N. 5 und 7; BSK ZPO-WILLISEGGER, 3. Aufl. 2017, Art. 223 N. 18 ff.

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

Entscheidung dem Richter im ordentlichen Verfahren zu überlassen.⁴ Letztlich läuft es darauf hinaus, dass der gesuchstellende Unternehmer nur die blosse Möglichkeit eines Anspruchs auf ein Bauhandwerkerpfandrecht nachzuweisen hat.⁵

4. Pfandsumme

4.1. 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 Pfandsumme anzugeben.⁶ Jedoch entsteht der Anspruch der Baugläubiger auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gestützt auf Art. 839 Abs. 1 ZGB bereits mit Abschluss des Werkvertrags.⁷ Werden gesicherte zukünftige Bauleistungen nicht erbracht, ist die Pfandsumme danach entsprechend herabzusetzen, bspw. anlässlich der definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bzw. bei der Erstellung/Bereinigung des Lastenverzeichnisses.⁸

4.2. Würdigung

Die Darstellung der Gesuchstellerin, sie werde auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin letztlich pfandberechtigte Arbeiten i.S.v. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB in Höhe von Fr. 465'000.00 erbringen, erscheint nach Massgabe des für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts stark herabgesetzten Beweismasses als glaubhaft gemacht (vgl. GB 1 und 4). Im erwähnten Sinne glaubhaft gemacht ist ferner, dass die viermonatige Eintragsfrist (Art. 839 Abs. 2 ZGB) infolge noch ausstehender Arbeitsvollendung noch nicht verstrichen ist (vgl. GB 4).

4.3. Verzugszinsen

Die Gesuchstellerin verlangt Verzugszinsen von je 5 % auf den Beträgen von Fr. 141'010.00 seit 25. Juni 2020 und Fr. 324'990.00 seit 1. April 2021.

⁴ 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.

⁵ SCHUMACHER (Fn. 3), N. 1395.

⁶ SCHUMACHER (Fn. 3), N. 436, 438 und 547.

⁷ BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 3), Art. 839/840 N. 28.

⁸ SCHUMACHER (Fn. 3), N. 444 und 1088.

Befindet sich der Forderungsschuldner in Verzug, können auch Verzugszinsen eingetragen werden.⁹ 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).¹⁰ 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.¹¹ Bei noch ausstehenden Bauarbeiten besteht ebenfalls ein Anspruch auf die Eintragung für zukünftige Verzugszinsen und zwar unabhängig davon, ob die Verzugszinsen bereits zu laufen begonnen haben oder erst ab einem zukünftigen, manchmal erst geschätzten Zeitpunkt zu laufen beginnen werden.¹²

Die erste Akontorechnung der Gesuchstellerin stammt vom 8. Mai 2020 über Fr. 140'010.00 und enthält die Zahlungsbedingung "30 Tage rein netto" (GB 2). Folglich befand sich die Gesuchsgegnerin mit dieser Forderung am 25. Juni 2020 längstens in Verzug, so dass der Gesuchstellerin diese beantragten Verzugszinsen zuzusprechen sind. Die Gesuchstellerin behauptet weiter, die Gesuchsgegnerin werde für die restliche Forderung über Fr. 324'990.00 aufgrund des per Ende 2020 vorgesehenen Abschlusses des Montagebaus in Stahl per 31. März 2021 in Verzug geraten. Diese Behauptung erscheint aufgrund des Bauzeitenplans (GB 4) als glaubhaft, so dass der Gesuchstellerin auch diese Verzugszinsen zuzusprechen sind.

5. Ergebnis

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandsumme von Fr. 465'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % ab 25. Juni 2020 auf Fr. 140'010.00 und Zins zu 5 % ab 1. April 2021 auf Fr. 324'990.00 erfüllt sind.

6. 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

⁹ SCHUMACHER (Fn. 3), N. 468; vgl. auch BGE 121 III 445 E. 5a; 142 III 73 E. 4.4.2.

¹⁰ SCHUMACHER (Fn. 3), N. 555.

¹¹ AGVE 2003, S. 38; VETTER/BUFF, Verzugszinsen bei «zahlbar innert 30 Tagen», SJZ 2019, S. 151 f. m.w.N.; BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, 7. Aufl. 2019, Art. 102 N. 9b; KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2017, N. 55.32.

¹² SCHUMACHER (Fn. 3), N. 1088.

Ablauf der Frist ohne weiteres und ersatzlos gelöscht werde.¹³ Die 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.¹⁴

7. Prozesskosten

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

7.1.

Unter Berücksichtigung des verursachten Aufwands sowie des Umfangs der Streitigkeit werden die Gerichtskosten auf Fr. 4'000.00 festgesetzt (§ 8 VKD; SAR 221.150). Gestützt auf Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO werden sie vorab mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 4'000.00 verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin die Gerichtskosten, d.h. Fr. 4'000.00, direkt zu ersetzen (vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO).

7.2.

Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin zudem eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung wird nach dem Streitwert – vorliegend Fr. 465'000.00 – bemessen (vgl. § 3 AnwT; SAR 291.150). Ausgehend von einer Grundentschädigung von Fr. 28'250.00 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 8 AnwT) resultiert nach Vornahme eines Summarabzugs von 75 % (§ 3 Abs. 2 AnwT) ein Betrag von Fr. 7'062.50. Damit sind insbesondere eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (vgl. § 6 Abs. 1 AnwT). Nach einem weiteren Abzug von 20 % wegen der nicht durchgeführten Verhandlung (§ 6 Abs. 2 AnwT), resultiert ein Betrag in Höhe von Fr. 5'650.00. Nach Hinzurechnung einer Auslagenpauschale (§ 13 Abs. 1 AnwT) von praxisgemäss ca. 3 % resultiert ein Betrag in Höhe von gerundet Fr. 5'800.00, den die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin als Parteientschädigung zu bezahlen hat.

Einen Mehrwertsteuerzuschlag macht die Gesuchstellerin zu Recht nicht geltend, da sie mehrwertsteuerpflichtig¹⁵ und damit auch vorsteuerabzugsberechtigt ist.¹⁶

¹³ SCHUMACHER (Fn. 3), N. 672 ff.

¹⁴ BGE 143 III 554 E. 2.5.2 m.w.H.; vgl. auch SCHUMACHER (Fn. 3), N. 688.

¹⁵ <https://www.uid.admin.ch/> (letztmals besucht am 30. November 2020).

¹⁶ Vgl. SUTER/VON HOLZEN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 95 N.39 m.w.N; Siehe auch Merkblatt der

7.3.

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. Oktober 2020 wird der Gesuchstellerin die **Vormerkung** einer **vorläufigen Eintragung** eines **Bauhandwerkerpfandrechts** gemäss Art. 837/839 i.V.m. Art. 961 ZGB auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin, Grdst.-Nr. 1234 GB S. (E-GRID: CH 9876), für eine **Pfandsumme** von **Fr. 465'000.00** zuzüglich Zins zu 5 % ab 25. Juni 2020 auf Fr. 140'010.00 und Zins zu 5 % ab 1. April 2021 auf Fr. 324'990.00 **bewilligt**.

2.

Das **Grundbuchamt Wohlen** wird angewiesen, die Vormerkung gemäss vorstehender Dispositiv-Ziff. 1 **sofort** einzutragen.

3.

3.1.

Die **Gesuchstellerin** hat **bis zum 1. März 2021** beim zuständigen Gericht im ordentlichen Verfahren Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzuheben.

3.2.

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.

3.3.

Es gilt **kein Stillstand der Fristen**.

4.

4.1.

Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 4'000.00 sind von der Gesuchsgegnerin zu tragen und werden mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 4'000.00 verrechnet.

Die Gesuchsgegnerin hat die von ihr zu tragenden Gerichtskosten der Gesuchstellerin direkt zu ersetzen.

4.2.

Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 5'800.00 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 (mit Abrechnung)
- die Gesuchsgegnerin

Zustellung an:

- das Grundbuchamt Wohlen

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, 30. November 2020

Handelsgericht des Kantons Aargau

2. Kammer

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Vetter

Schneuwly

