

HSU.2022.37

Entscheid vom 18. Januar 2023

Besetzung	Oberrichter Dubs, Präsident Gerichtsschreiber-Stv. Jurcevic
-----------	--

Gesuchstellerin	A. _____, [...] vertreten durch lic. iur. Fidel Cavelti, Rechtsanwalt, Kasernenstrasse 1, 9100 Herisau
-----------------	---

Gesuchsgegnerin	B. _____, vertreten durch Dr. iur. Markus Binder, Rechtsanwalt, Langhaus am Bahnhof, 5401 Baden
-----------------	--

gesuchsgegnerische Nebeninteressentin, den Prozess für die Gesuchsgegnerin führend	C. _____, [...] vertreten durch lic. iur. Eugen Koller, Rechtsanwalt, St. Jakob Strasse 37, 9000 St. Gallen
--	--

Gegenstand	Summarisches Verfahren betreffend Bauhandwerkerpfandrecht
------------	---

Der Präsident entnimmt den Akten:

1.

Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Q. Sie bezweckt im Wesentlichen die Montage von Heizungs-, Kälte- und Lüftungsanlagen sowie von Sanitärinstallationen (Gesuchsbeilage [GB] 2).

2.

Die Gesuchsgegnerin ist eine Stiftung mit Sitz in R. Sie dient der beruflichen Vorsorge und bezweckt die gemeinsame Anlage und Verwaltung von Vorsorgegeldern (GB 3).

Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des Grundstücks GB S. Nr. [...] (E-GRID: [...]; GB 6).

3.

Mit Gesuch vom 4. November 2022 (Postaufgabe: gleichentags) stellte die Gesuchstellerin die folgenden Rechtsbegehren:

" 1.

Das Grundbuchamt D. sei richterlich anzuweisen, zulasten des Grundstücks der Gegenpartei, Parzelle [...] in S. [...], und zugunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht im Betrag von CHF 92'487.50 zuzüglich Verzugszins von 5 % seit 18. Oktober 2022 vorläufig einzutragen.

2.

Die vorläufige Eintragung sei unverzüglich zur Wahrung der Viermonatsfrist durch eine superprovisorische Verfügung anzuordnen.

3.

Der Gesuchstellerin sei eine angemessene Frist von mindestens drei Monaten, gerechnet ab Rechtskraft des Befehlsentscheides betreffend vorläufige Vormerkung anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Ziffer 1 hiervor zulasten des genannten Grundstücks der Gesuchsgegnerin einzureichen.

4.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. Mehrwertsteuer) zulasten der Gesuchsgegnerin)."

4.

Am 7. November 2022 erliess der Präsident die folgende Verfügung:

1.

In **Gutheissung** des Gesuchs um Erlass superprovisorischer Massnahmen vom 4. November 2022 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, GB S. Nr. [...] (E-GRID: [...]), **superprovisorisch** für eine

Pfandsumme von **Fr. 92'487.50** zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 18. Oktober 2022 **bewilligt**.

2.

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

3.

Die Gesuchstellerin hat mit beiliegendem Einzahlungsschein **bis zum 22. November 2022** einen Gerichtskostenvorschuss von **Fr. 2'050.00** zu leisten.

4.

Zustellung des Doppels des Gesuchs (inkl. Beilagen) vom 4. November 2022 an **die Gesuchsgegnerin** zur Erstattung einer schriftlichen **Antwort** bis zum **28. November 2022**.

5.

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

6.

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

7.

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

5.

Das Grundbuchamt D. merkte die vorläufige Eintragung am 7. November 2022 (Tagebuchnummer [...]) im Tagebuch vor.

6.

6.1.

Mit Eingabe vom 25. November 2022 stellte die Gesuchsgegnerin den Antrag, es sei der C. der Streit zu verkünden und sie anzufragen, ob sie bereit sei, anstelle der Gesuchsgegnerin den Prozess zu führen.

6.2.

Mit Verfügung vom 28. November 2022 stellte das Gericht der gesuchsgegnerischen Nebenintervenientin die Eingabe vom 25. November 2022 zu. Ihr wurde eine Frist bis zum 9. Dezember 2022 angesetzt, um zu erklären, ob sie als Nebenintervenientin am Verfahren teilnehmen will (Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO), ob sie anstelle der Gesuchsgegnerin den Prozess führen will (Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO) oder ob sie den Eintritt in das Verfahren ablehnt (Art. 79 Abs. 2 ZPO).

6.3.

Mit Eingabe vom 9. Dezember 2022 erklärte sich die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin dazu bereit, gemäss Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO den Prozess anstelle der Gesuchsgegnerin zu führen.

6.4.

Mit Verfügung vom 12. Dezember 2022 gewährte der Präsident der gesuchsgegnerischen Nebenintervenientin Akteneinsicht und setzte ihr eine Frist bis zum 6. Januar 2023 zur Erstattung einer schriftlichen Antwort.

7.

Mit Antwort vom 6. Januar 2023 (Postaufgabe gleichentags) stellte die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Das Gesuch der Gesuchstellerin vom 4. November 2022 um vorsorgliche Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sei abzuweisen.

2.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gesuchstellerin (zzgl. Mehrwertsteuer)"

Der Präsident zieht in Erwägung:

1. Zuständigkeit

Der Einzelrichter am Handelsgericht ist örtlich, sachlich und funktionell zur Beurteilung der im summarischen Verfahren zu behandelnden Streitigkeit zuständig (vgl. dazu E. 4 der Verfügung vom 7. November 2022).

2. Allgemeine Voraussetzungen der vorläufigen Eintragung

2.1.

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).

2.2.

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

¹ BGE 137 III 563 E. 3.3; 86 I 265 E. 3; vgl. auch SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2022, N. 1533 ff.; BSK ZGB II-THURNHERR, 6. Aufl. 2019, Art. 839/840 N. 37 je m.w.N.

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

3. Parteibehauptungen

3.1. Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin bringt vor, sie habe mit der gesuchsgegnerischen Nebenintervenientin einen Werkvertrag geschlossen. Für die Bauleitung sei die E. zuständig gewesen, über welche auch die Korrespondenz gelaufen sei (Gesuch Rz. 1). Vertragsgegenstand sei der Einbau von sanitären Anlagen (Spülsysteme, Sanitär-Artikel, Wasserablaufsysteme WC-Anlage, Einbau von Waschrögen und Bodenwannen, Wasserwärmer für Heizungsanschlüsse, Versorgungs- und Entsorgungsleitungen) gewesen. Die Arbeiten seien für einen Werklohn von Fr. 103'001.45 offeriert worden, wobei man sich später auf einen Pauschalpreis von Fr. 100'000.00 geeinigt habe (Gesuch Rz. 3; GB 7 - 8). Während der Bauarbeiten seien anschliessend zwei Akontorechnungen über gesamthaft Fr. 100'000.00 ausgestellt worden, von denen aber nur die erste bezahlt worden sei (Gesuch Rz. 5; GB 10 - 11).

Während der Bauarbeiten habe es weiter beim Einbau bezüglich "Leerrohre Getränkeleitung" und "Schmutzwasserleitungen" Mehraufwand im Umfang von Fr. 43'044.05 gegeben. Diese Mehrleistungen seien vorgängig mit der Auftraggeberin abgesprochen und am 13. September 2022 schriftlich festgehalten worden (Gesuch Rz. 4; GB 9).

Eine Abnahme der Bauarbeiten sei am 8. September 2022 erfolgt, wobei zuletzt am 15. September 2022 noch Arbeiten am Pumpschacht ausgeführt worden seien. Das streitgegenständliche Restaurant habe bereits am 14. September 2022 den Betrieb aufgenommen (Gesuch Rz. 6; GB 12).

Zurzeit bestehe noch ein Zahlungsausstand über einen Betrag von Fr. 92'487.50. Dieser setze sich zusammen aus dem Rechnungsbetrag für die zusätzlichen Arbeiten (GB 15) sowie der noch nicht bezahlten Akontorechnung von Fr. 55'710.30 (exkl. MwSt; Gesuch Rz. 8). Die Bezahlung des Restbetrages sei von der gesuchsgegnerischen Nebenintervenientin wegen nicht näher substantiierter Mängel und angeblich noch ausstehen-

² BGE 86 I 265 E. 3; 102 Ia 81 E. 2b.bb; BGer 5A_395/2020 vom 16. März 2021 E. 2; 5A_32/2020 vom 8. April 2020 E. 3; 5A_426/2015 vom 8. Oktober 2015 E. 3.4; SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1533.

³ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1535.

der Arbeiten verweigert worden (Gesuch Rz. 7; GB 13). Die Gesuchstellerin habe die Vorwürfe zurückgewiesen und eine Schlussrechnung mit einer letzten Frist zur Zahlung bis zum 17. Oktober 2022 erstellt (Gesuch Rz. 8; GB 14 - 15).

3.2. Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin bestreitet nicht, dass ein Werkvertrag mit der Gesuchstellerin geschlossen worden sei, dass die E. die Bauleitung inne hatte und dass ein Werkpreis von Fr. 100'000.00 vereinbart worden sei (Antwort Rz. 7). Allerdings sei nie ein Nachtrag vereinbart worden. Die Bestätigung der Gesuchstellerin vom 13. September 2022 sei erstellt worden, ohne dass vorgängig eine Absprache mit der gesuchsgegnerischen Nebenintervenientin erfolgt sei (Antwort Rz. 8).

Entgegen der Ausführungen der Gesuchstellerin seien auch keine Akontozahlungen vereinbart worden. Der Werkpreis sei dementsprechend erst bei Ablieferung des Werks bzw. nach Beendigung der Arbeiten zu bezahlen. Die erste Akontorechnung über Fr. 40'000.00 sei entgegenkommenderweise bezahlt worden (Antwort Rz. 9). Die Akontorechnung vom 6. September 2022 sei nicht bezahlt worden, da diverse Arbeiten nicht ausgeführt worden seien oder Material nicht geliefert worden sei (Antwort Rz. 10). Überdies seien erhebliche zeitliche und finanzielle Aufwände angefallen, um die Lüftung bei der Eröffnung des Lokals wenigstens notfallmässig in Betrieb nehmen zu können. Die Gesuchstellerin sei mehrmals aufgefordert worden, die ausstehenden Arbeiten auszuführen unter der Androhung, dass im Unterlassungsfalle ein anderes Unternehmen auf Kosten der Gesuchstellerin mit den Arbeiten beauftragt werde (GB 13). Den Aufforderungen sei die Gesuchstellerin aber nicht nachgekommen (Antwort Rz. 10).

Die Kosten, welche zur Fertigstellung der Arbeiten bzw. zur Behebung der Mängel angefallen seien, würden den Werkpreis übertreffen. Damit bestehe keine offene Forderung zugunsten der Gesuchstellerin (Antwort Rz. 12). Weiter seien die Mängel substantiiert gerügt und anlässlich mehrerer Besprechungen gemeinsam besprochen worden (Antwort Rz. 11).

Die Gesuchstellerin habe am 15. September 2022 entgegen ihrer Darstellung keine Arbeiten ausgeführt (Antwort Rz. 14) und eine Abnahme der Arbeiten sei in Wahrheit nicht erfolgt. Die Verzugszinsen seien im Übrigen schon deswegen nicht geschuldet, weil das Werk von der Gesuchstellerin nicht vollendet worden sei (Antwort Rz. 17).

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.⁴

4.2. Würdigung

Die Parteien sind sich einig, dass die Gesuchstellerin und die gesuchsgegnerischen Nebenintervenientin einen Werkvertrag geschlossen haben, dessen Gegenstand die Erbringung von bauhandwerkerpfandrechtsberechtigten Arbeiten und die Lieferung von Material auf dem fraglichen Grundstück ist. Der Leistungsumfang bestimmt sich nach der Auftragsbestätigung vom 13. Mai 2022 (GB 7).

Für die Arbeiten wurde gemäss übereinstimmenden Parteibehauptungen eine Pauschalvergütung von Fr. 100'000.00 vereinbart. Die Vereinbarung eines Pauschalpreises verpflichtet den Unternehmer zur Erstellung des Werks für die entsprechende Summe. Der Besteller ist umgekehrt verpflichtet, diese Summe zu bezahlen (Art. 373 Abs. 1 OR). Vor diesem Hintergrund vermag die Gesuchstellerin glaubhaft zu machen, dass eine Forderung über Fr. 55'710.30 (exkl. MwSt.; Fr. 60'000.00 inkl. MwSt.) besteht. Der Betrag entspricht der Differenz zwischen der Werklohnpauschale von Fr. 100'000.00 (inkl. MwSt.) und den davon unbestrittenermassen bezahlten Fr. 40'000.00 (inkl. MwSt.).

Zu prüfen bleibt, ob eine Forderung auf zusätzliche Fr. 43'044.05 (inkl. MwSt.; vgl. GB 15, S. 7) gemäss der Nachtragsofferte vom 19. September 2022 (GB 9) glaubhaft gemacht ist. Erbringt der Unternehmer nach Absprache mit dem Besteller Zusatzleistungen, so hat der Unternehmer dafür einen Anspruch auf Vergütung. Die Parteien können sich über die Höhe der Zusatzvergütung einigen (vgl. Art. 373 Abs. 1 OR). Fehlt eine Abrede, ist eine Vergütung nach dem Wert der Arbeit geschuldet (Art. 374 OR). Zwar reicht die Gesuchstellerin nur eine Nachtragsofferte (GB 9) ein, womit nicht nachgewiesen werden kann, dass die Nachträge auch tatsächlich vereinbart wurden. Die Gesuchsgegnerin bestreitet aber gerade nicht, dass entsprechende Arbeiten ausgeführt wurden, und bringt auch nicht vor, dass die Zusatzarbeiten im Werkvertrag vom 13. Mai bzw. 3. Juni 2022 inbegriffen sind. Vorliegend ist deswegen nicht geradezu ausgeschlossen, dass Zusatzleistungen vereinbart wurden und diese von der Gesuchstellerin gemäss der Aufstellung nach GB 9 erbracht wurden. Damit ist die Forderung über Fr. 43'044.05 (inkl. MwSt.) für Mehrarbeiten im Rahmen des im vorlie-

⁴ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 513.

genden Verfahren stark herabgesetzten Beweismasses glaubhaft gemacht. Im ordentlichen Verfahren wird die Gesuchstellerin in substantiierter Weise aufzeigen und nachweisen müssen, dass sie mit der Erbringung von Zusatzarbeiten beauftragt wurde und welche Arbeiten sie konkret erbracht hat.

Die Vergütung ist, sofern eine anderweitige Vereinbarung fehlt, nach Ablieferung des Werks zu entrichten (Art. 372 Abs. 1 OR). Der Anspruch des Unternehmers auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts entsteht indessen bereits ab dem Zeitpunkt, da er sich zur Arbeitsleistung verpflichtet hat (Art. 839 Abs. 1 ZGB), womit die entsprechenden Vorbringen der Gesuchsgegnerin ohnehin unbehilflich sind.⁵ Die Gesuchstellerin macht aber ohnehin glaubhaft, dass das Werk vollendet und abgeliefert wurde. Als entsprechende Vollendungsanzeige ist spätestens die Schlussrechnung vom 12. Oktober 2022 zu werten. Sodann ist unbestritten, dass das Restaurant den Betrieb am 14. September 2022 aufnehmen konnte (Gesuch Rz. 6; GB 12), was ohne Funktionsfähigkeit der sanitären Anlagen kaum möglich gewesen wäre.

Weiter wendet die Gesuchsgegnerin ein, die Gesuchstellerin habe ihre Arbeiten mangelhaft erbracht und habe die Kosten für die Ersatzvornahme zu übernehmen. Die Behauptungen der Gesuchsgegnerin bleiben diesbezüglich pauschal und unbelegt. Weder führt sie aus, wo die angeblichen Mängel vorliegen würden noch beziffert sie die Kosten der Ersatzvornahme. Auch aus dem Schreiben der E. vom 2. Oktober 2022 (GB 13) ergibt sich dies nicht.

Es bleibt anzumerken, dass die Ausstände gemäss Schlussrechnung vom 12. Oktober 2022 (GB 15, S. 7) Fr. 95'676.90 (exkl. MwSt.) betragen. Dies ergibt sich aus der Summe der zweiten, unbezahlten Akontorechnung über Fr. 55'710.30 (exkl. MwSt.; vgl. GB 11) und dem Betrag über Fr. 39'966.60 (exkl. MwSt.; vgl. GB 9, S. 3) für die Zusatzarbeiten. Im Rahmen der Dispositionsmaxime kann einer Partei indessen nicht mehr zugesprochen werden, als sie beantragt hat (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Es bleibt daher bei einer einzutragenden Pfandsomme von Fr. 92'487.50.

4.3. Verzugszinsen

Befindet sich der Forderungsschuldner in Verzug, können auch Verzugszinsen eingetragen werden.⁶ Die pfandberechtigte Forderung erhöht sich entsprechend um die Verzugszinse ohne zeitliche Beschränkung. Bei der vorläufigen Eintragung hat der Unternehmer seinen Vergütungsanspruch und seine Forderung auf Verzugszins (inkl. Beginn des Zinsenlaufes)

⁵ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1048.

⁶ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 523 ff. m.w.N.; vgl. auch BGE 121 III 445 E. 5a; 142 III 73 E. 4.4.2.

glaubhaft zu machen (Art. 961 Abs. 3 ZGB).⁷ 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.⁸

Der gesuchsgegnerischen Nebenintervenientin wurde am 12. Oktober 2022 eine Schlussrechnung ausgestellt und eine Frist bis zum 17. Oktober 2022 zur Bezahlung der Ausstände angesetzt (GB 15). Die Gesuchsgegnerin bestreitet nicht, dass die Rechnung zugestellt und nicht beglichen wurde. Der Gesuchstellerin ist folglich wie beantragt der Zins zu 5 % ab dem 18. Oktober 2022 zuzusprechen. Für den Beginn des Zinslaufs ist unbeachtlich, dass mit E-Mail vom 19. Oktober 2022 (GB 16) eine weitere Zahlungsfrist angesetzt wurde, da auch diese unbeachtet blieb.⁹

5. Eintragsfrist

5.1. Rechtliches

Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts muss bis spätestens vier Monate nach der Arbeitsvollendung erfolgen, andernfalls verwirkt der Anspruch (Art. 839 Abs. 2 ZGB).¹⁰ 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.¹¹

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 839 Abs. 2 ZGB gelten Bauarbeiten grundsätzlich dann als vollendet, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen dabei geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen wie der Ersatz gelieferter, aber fehlerhafter Teile oder die Behebung anderer Mängel. Geringfügige Arbeiten gelten aber dann als Vollendungsarbeiten, wenn sie unerlässlich sind; insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt.¹²

⁷ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 529.

⁸ 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.

⁹ Vgl. VETTER/BUFF (Fn. 8), S. 152 f. m.w.N.

¹⁰ BGE 126 III 462 E. 4c.aa; BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 1), Art. 839/840 N. 29.

¹¹ BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 1), Art. 839/840 N. 31a.

¹² BGer 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4 m.w.N.

5.2. Würdigung

Das vorliegende Bauhandwerkerpfandrecht wurde am 7. November 2022 im Grundbuch vorgemerkt. Folglich genügt es, wenn die Arbeitsvollendung am 7. Juli 2022 noch nicht eingetreten ist.

Die Gesuchstellerin behauptet, die letzten Arbeiten seien am 15. September 2022 ausgeführt worden (Gesuch Rz. 6), was bedeuten würde, dass das Bauhandwerkerpfandrecht innert Frist eingetragen wurde. Gemäss der Gesuchsgegnerin sei das Werk am 15. September 2022 hingegen noch nicht vollendet worden (vgl. Antwort Rz. 10; GB 13). Folgt man der Sachverhaltsdarstellung der Gesuchsgegnerin, dann hat die viermonatige Frist am 15. September 2022 noch nicht zu laufen begonnen. Insofern ist es unwesentlich, ob man der Gesuchstellerin oder der Gesuchsgegnerin folgt. Das Bauhandwerkerpfandrecht wurde in jedem Fall am 7. November 2022 fristgerecht vorläufig eingetragen.

6. Ergebnis

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandsomme von Fr. 92'487.50 zuzüglich Zins zu 5 % ab 18. Oktober 2022 erfüllt sind und die mit Verfügung vom 7. November 2022 superprovisorisch angeordnete Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im selben Umfang zu bestätigen ist.

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 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

8. 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.

¹³ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1663 ff.

¹⁴ BGE 143 III 554 E. 2.5.2 m.w.N.; vgl. auch SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1670.

8.1.

Unter Berücksichtigung des verursachten Aufwands sowie des Umfangs der Streitigkeit werden die Gerichtskosten auf Fr. 2'050.00 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. 2'050.00 verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin die Gerichtskosten direkt zu ersetzen (vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO).

8.2.

Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin zudem eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung wird nach dem Streitwert – vorliegend Fr. 92'487.50 – bemessen (vgl. § 3 AnwT; SAR 291.150). Ausgehend von einer Grundentschädigung von rund Fr. 12'393.85 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 5 AnwT) resultiert nach Vornahme eines Summarabzugs von 75 % (§ 3 Abs. 2 AnwT) ein Betrag von rund Fr. 3'098.45. 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. 2'478.75. Nach Hinzurechnung einer Auslagenpauschale (§ 13 Abs. 1 AnwT) von praxisgemäss 3 % resultiert ein Betrag in Höhe von gerundet Fr. 2'553.00, 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-Register selber mehrwertsteuerpflichtig. Sie kann die ihrem Anwalt bezahlte Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung in Abzug bringen (Art. 28 MWSTG).¹⁵ 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.

¹⁵ Vgl. Merkblatt zur Frage der Berücksichtigung der Mehrwertsteuer bei der Bemessung der Parteientschädigung der Gerichte des Kantons Aargau vom 11. Januar 2016: <<https://www.ag.ch/media/kanton-aargau/jb/dokumente/obergericht/handelsgericht/merkblatt-mwst.pdf>> (zuletzt besucht am 17. Januar 2022).

Der Präsident erkennt:

1.

In **Gutheissung** des Gesuchs vom 4. November 2022 wird die mit Verfügung vom 7. November 2022 zugunsten der Gesuchstellerin auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin, Grundbuch S. Nr. [...] (E-GRID: [...]), superprovisorisch für eine **Pfandsumme von Fr. 92'487.50** zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 18. Oktober 2022 angeordnete Vormerkung **vorsorglich bestätigt**.

2.

Das Grundbuchamt D. wird angewiesen, die Vormerkung gemäss Dispositiv-Ziff. 1 **aufrechtzuerhalten**.

3.

3.1.

Die **Gesuchstellerin** hat **bis zum 21. April 2023** 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. 2'050.00 sind der Gesuchsgegnerin zu tragen und werden mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 2'050.00 verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat die von ihr zu tragenden Gerichtskosten der Gesuchstellerin direkt zu ersetzen.

4.2.

Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin deren Parteikosten in richterlich festgesetzter Höhe von Fr. 2'553.00 (inkl. Auslagen) zu ersetzen.

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)
- die gesuchsgegnerische Nebenintervenientin (Vertreter; zweifach)
- das Grundbuchamt D. (nach Ablauf der Rechtsmittelfrist)

Mitteilung an:

- die Obergerichtskasse

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheids an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid verfassungsmässige Rechte (Art. 98 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 18. Januar 2023

Handelsgericht des Kantons Aargau

1. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber-Stv.:

Dubs

Jurcevic

