

HSU.2023.32 / as / as

Entscheid vom 31. Oktober 2023

Besetzung Oberrichter Vetter, Vizepräsident
Gerichtsschreiber Schneuwly

Gesuchstellerin **A._____ AG,**
Zustelladresse: _____

Gesuchsgegnerin **C._____ AG,**
vertreten durch MLaw Carole Schenkel, Rechtsanwältin, Oberstadt-
strasse 7, 5400 Baden

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend vorläufige Eintragung eines Bau-
handwerkerpfandrechts

Der Vizepräsident entnimmt den Akten:

1.

Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Q._____ (AG). Sie bezweckt insbesondere [...] (Gesuchsbeilage [GB] 2).

2.

Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in U._____. Sie hat gemäss Handelsregister insbesondere [...] zum Zweck.

Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des Grdst.-Nr. 1234 GB X._____ (E-GRID: CH 12345 78934 23; GB 1).

3.

Mit Gesuch vom 18. September 2023 (Postaufgabe: 20. September 2023) stellte die Gesuchstellerin die folgenden Rechtsbegehren:

" Das Grundbuchamt Y._____, sei im Sinne von Art. 961 ZGB sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei einstweilen anzuweisen, zugunsten des Gesuchstellers und zulasten des Grundstücks auf Liegenschaft Nr. 1234, E-GRID 12345 78934 23, Z-Strasse 58, X._____ für eine Pfandsumme von Fr. 49'096.40 nebst Zins von 5 % seit 27.06.2023. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchsgegners."

4.

Am 21. September 2023 erliess der Vizepräsident folgende Verfügung:

1.

In **Gutheissung** des Gesuchs um Erlass superprovisorischer Massnahmen vom 18. September 2023 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 X._____ (E-GRID: CH 12345 78934 23), **superprovisorisch** für eine **Pfandsumme** von **Fr. 48'743.10** zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 27. Juni 2023 **bewilligt**.

2.

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

3.

Die Gesuchstellerin hat mit beiliegendem Einzahlungsschein **bis zum 6. Oktober 2023** einen Gerichtskostenvorschuss von **Fr. 1'500.00** zu leisten.

4.

Zustellung des Doppels des Gesuchs (inkl. Beilagen) vom 18. September 2023 an **die Gesuchsgegnerin** zur Erstattung einer schriftlichen **Antwort** bis zum **6. Oktober 2023**.

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 Y._____ trug die Vormerkung der vorläufigen Eintragung des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts am 21. September 2023 unter der Tagebuchnummer 55585 im Grundbuch ein.

6.

Mit Eingabe vom 3. Oktober 2023 stellte die Gesuchsgegnerin folgende Anträge:

" 1.

Es sei gerichtlich Vormerk zu nehmen, dass die Gesuchsgegnerin der E._____ AG den Streit gemäss Art. 78 ff. ZPO verkündet.

2.

Der Streitberufenen sei durch das Handelsgericht Aargau Mitteilung von der Streitverkündung zu machen und die Streitberufene sei aufzufordern, die Gesuchsgegnerin im Prozess zu unterstützen.

3.

Es sei der Gesuchsgegnerin die Frist zur Erstattung einer schriftlichen Antwort abzunehmen und der Streitberufenen eine Frist zur Erklärung über den Prozesseintritt als Nebenintervenientin anzusetzen.

Lehnt die Streitberufene den Eintritt ab oder erklärt sie sich nicht innert der neu angesetzten Frist, so ist der Gesuchsgegnerin die Frist zur Erstattung einer schriftlichen Antwort neu anzusetzen.

4.

Eventualiter sei der Gesuchsgegnerin die Frist zur Erstattung einer schriftlichen Antwort um 20 Tage zu erstrecken.

5.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

7.

Am 5. Oktober 2023 erliess der Vizepräsident folgende Verfügung:

1.

Der Gesuchsgegnerin wird die Frist zur Erstattung der Gesuchsantwort abgenommen.

2.

Zustellung der Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 3. Oktober 2023 (inkl. Beilagen) an die E._____ AG als gesuchsgegnerische Streitberufene und an die Gesuchstellerin.

3.

3.1.

Der gesuchsgegnerischen Streitberufenen wird Frist bis zum **13. Oktober 2023** angesetzt, um sich zu erklären, ob sie:

- a) zugunsten der Beklagten als Nebenintervenientin am Verfahren teilnehmen will (Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO);
- b) anstelle der Beklagten mit deren Einverständnis den Prozess führen will (Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO);
- c) den Eintritt ins Verfahren ablehnt (Art. 79 Abs. 2 ZPO).

3.2.

Lehnt sie den Eintritt ab oder erklärt sie sich innert Frist nicht, so wird der Prozess ohne Rücksicht auf sie fortgesetzt (Art. 79 Abs. 2 ZPO).

8.

Da sich die E._____ AG innert Frist nicht vernehmen liess, setzte der Vizepräsident der Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom 16. Oktober 2023 eine neue Frist zur Erstattung einer schriftlichen Gesuchsantwort bis zum 24. Oktober 2023.

9.

Mit Gesuchsantwort vom 17. Oktober 2023 stellte die Gesuchsgegnerin folgende Rechtsbegehren:

"

1.

Das Gesuch der Gesuchstellerin sei vollumfänglich abzuweisen.

2.

Das Grundbuchamt Y._____ sei anzuweisen, das zu Gunsten der Gesuchstellerin im Betrag von CHF 48'743.10 nebst Zins zu 5 % seit 27. Juni 2023 auf dem Grdst.-Nr. 1234 GB X._____ (E-GRID: CH 12345 78934 23) vorläufig superprovisorisch vorgemerkte Bauhandwerkerpfandrecht unverzüglich zu löschen.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Gesuchstellerin."

10.

Die Gesuchsantwort wurde der Gesuchstellerin verbunden mit dem Hinweis, eine Stellungnahme sei freiwillig, hätte aber bis spätestens am

30. Oktober 2023 zu erfolgen, mit Verfügung vom 18. Oktober 2023 zur Kenntnisnahme zugestellt.

Der Vizepräsident 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 21. September 2023).

2. Allgemeine Voraussetzungen der vorläufigen Eintragung

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).

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

3. Eintragsfrist

3.1. Parteibehauptungen

3.1.1. Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin behauptet, die Bohr- und Schneidearbeiten seien vom 6. September 2022 bis zum 30. Mai 2023 vorgenommen worden, was den Rechnungen beiliegenden Arbeitsrapporten entnommen werden könne.

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.

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; VETTER/CARBONARA, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2023, N. 51 f.

Die letzten Arbeiten seien am 30. Mai 2023 ausgeführt worden. Am 23. April 2018 (sic!) seien die eigentlichen Arbeiten abgeschlossen worden. Die viermonatige Eintragsfrist sei somit eingehalten.

3.1.2. Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin bestreitet zunächst, dass die Gesuchstellerin am 30. Mai 2023 noch Arbeiten auf der Baustelle ausgeführt hat. Gemäss Arbeitsrapport-Nr. 009988 (GB 4) sei am 30. Mai 2023 die Notspriessung demontiert worden. Die letzten davor ausgeführten Arbeiten seien gemäss Arbeitsrapport-Nr. 010496 (GB 4) indessen bereits am 23. März 2023 ausgeführt worden. Diese zeitliche Lücke von mehr als zwei Monaten lasse die gesuchstellerische Darstellung unglaublich erscheinen. Darüber hinaus datiere die zweite Rechnung vom 26. Mai 2023 und damit noch vor den angeblich letzten Arbeiten. Auch das der Rechnung beiliegende Ausmass sei bereits am 8. Mai 2023 erstellt worden. Das ergebe keinen Sinn, falls gewisse Arbeiten noch gar nicht verrichtet gewesen wären. Schliesslich enthalte das entsprechende Auftragsblatt den Hinweis, dass die Ausführung am 5. Mai 2023 erfolge (Gesuchsantwort Rz. 23 ff.).

Weiter bringt die Gesuchsgegnerin vor, bei den Arbeiten vom 30. Mai 2023 würde es sich nicht um werkvertragliche Leistungen handeln, da das Ausmass und die Rechnung zu dieser Zeit bereits erstellt worden seien. Für nach der Werksabnahme und Schlussrechnung verrichtete Nachbesserungsarbeiten oder unbestellte Zusatzleistungen bestehe aber von Vornherein keine Pfandberechtigung (Gesuchsantwort Rz. 29 f.). Schliesslich hätte die Demontage einer Notspriessung keinen Vollendungscharakter (Gesuchsantwort Rz. 31 f.).

3.2. Rechtliches

Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts muss bis spätestens vier Monate nach der Arbeitsvollendung erfolgen, andernfalls verwirkt der Anspruch (Art. 839 Abs. 2 ZGB).⁴ 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.⁵

3.3. Würdigung

In tatsächlicher Hinsicht ist der Gesuchsgegnerin zuzustimmen: In der Tat enthalten die gesuchstellerischen Beilagen in sich widersprüchliche Angaben. Auszugehen ist von der Feststellung, wonach ein Arbeitsrapport vorliegt, der die Demontage der Notspriessung am 30. Mai 2023 ausweist (GB 4). Das entsprechende Auftragsblatt mit der Auftrags-Nr. 29.23.05.024 enthält demgegenüber den Hinweis, dass die entsprechenden Arbeiten am

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

⁵ BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 1), Art. 839/840 N. 31a.

5. Mai 2023 auszuführen seien ("Ausführung: Datum: Fr. 05.05.2023") (GB 4). Hinzu kommt, dass die Schlussrechnung der Gesuchstellerin vom 26. Mai 2023 datiert (GB 4), also ebenfalls vor dem behaupteten Datum der letzten Arbeiten am 30. Mai 2023. Das Ausmass der Gesuchstellerin datiert schliesslich vom 8. Mai 2023, also ebenfalls vor dem behaupteten Datum der letzten Arbeiten am 30. Mai 2023. Es erscheint nicht glaubhaft, dass die Gesuchstellerin ihr Ausmass bereits in einem Zeitpunkt erstellen konnte, in dem noch nicht alle Arbeiten erledigt waren. Zudem gelten Aufräumarbeiten wie die Demontage der Notspriessung nicht als Vollendungsarbeiten i.S.v. Art. 839 Abs. 2 ZGB.⁶ Vielmehr erscheint glaubhaft, dass die Arbeiten spätestens am 8. Mai 2023 erledigt waren, im Zeitpunkt, in dem die Gesuchstellerin das Ausmass erstellte. Die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vom 21. September 2023 erfolgte daher nicht innert der Viermonatsfrist, womit der Anspruch der Gesuchstellerin auf die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts verwirkt ist. Das Gesuch ist dementsprechend abzuweisen.

4. 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 Gesuchstellerin zu tragen.

4.1.

Unter Berücksichtigung des verursachten Aufwands sowie des Umfangs der Streitigkeit werden die Gerichtskosten auf Fr. 1'500.00 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 derselben Höhe verrechnet.

4.2.

Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin zudem eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung wird nach dem Streitwert – vorliegend Fr. 49'096.40 – bemessen (vgl. § 3 AnwT; SAR 291.150). Ausgehend von einer Grundentschädigung von rund Fr. 8'481.57 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 AnwT) resultiert nach Vornahme eines Summarabzugs von praxisgemäss 75 % (§ 3 Abs. 2 AnwT) ein Betrag von rund Fr. 2'120.00. 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 der Höhe von rund Fr. 1'696.00. Nach Hinzurechnung einer Auslagenpauschale (§ 13 Abs. 1 AnwT) von praxisgemäss 3 % resultiert ein Betrag in Höhe von

⁶ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1092 m.w.N.

gerundet Fr. 1'745.00, den die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin als Parteientschädigung zu bezahlen hat.

Dem gesuchstellerischen Antrag auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzuschlags ist nicht zu entsprechen. Die Gesuchstellerin ist gemäss UID-Register⁷ selber bzw. als Teil einer Mehrwertsteuergruppe mehrwertsteuerpflichtig. Sie kann die ihrem Anwalt bezahlte Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung in Abzug bringen (Art. 28 MWSTG).⁸ Die Mehrwertsteuer stellt somit keinen zusätzlichen Kostenfaktor dar und ist bei der Bemessung der Parteientschädigung deshalb nicht zu berücksichtigen.

Der Vizepräsident erkennt:

1.

Das Gesuch vom 18. September 2023 **wird abgewiesen**.

2.

Das **Grundbuchamt Y._____** wird angewiesen, die zu Gunsten der Gesuchstellerin vorgenommene Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gemäss 837/839 i.V.m. Art. 961 ZGB auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin, Grdst.-Nr. 1234 GB X._____ (E-GRID: CH 12345 78934 23), für die Pfandsomme von Fr. 48'743.10 **zu löschen**.

3.

3.1.

Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 1'500.00 sind von der Gesuchstellerin zu tragen und werden mit dem von ihr in derselben Höhe geleisteten Gerichtskostenvorschuss verrechnet.

3.2.

Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung in richterlich festgesetzter Höhe von Fr. 1'745.00 zu bezahlen.

Zustellung an:

– die Gesuchstellerin

⁷ Vgl. <<https://www.uid.admin.ch/>[...]> bzw. <<https://www.uid.admin.ch/>[...]> (zuletzt besucht am 31. Oktober 2023).

⁸ 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 31. Oktober 2023).

- die Gesuchsgegnerin (Vertreterin; zweifach)

Zustellung an:

- **das Grundbuchamt Y._____** (nach Ablauf der Rechtsmittelfrist)

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, 31. Oktober 2023

Handelsgericht des Kantons Aargau

2. Kammer

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Vetter

Schneuwly

