

HSU.2023.34 / as / as

Entscheid vom 19. Oktober 2023

Besetzung      Oberrichter Vetter, Vizepräsident  
Gerichtsschreiber Schneuwly

Gesuchstellerin      **A. GmbH,** \_\_\_\_\_

Gesuchsgegnerin      **F. AG,** \_\_\_\_\_  
vertreten durch MLaw Carole Schenkel, Rechtsanwältin, Oberstadt-  
strasse 7, 5400 Baden

Gegenstand      Summarisches Verfahren betreffend Vorläufige Eintragung Bauhandwer-  
kerpfandrecht

---

## Der Vizepräsident entnimmt den Akten:

### 1.

Die Gesuchstellerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in S. (AG). Sie bezweckt gemäss Handelsregister insbesondere [...].

### 2.

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

Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des Grdst.-Nr. 9874 GB L. (E-GRID: CH XXX; Gesuchsbeilage [GB] 1).

### 3.

Mit Gesuch vom 22. September 2023 (persönlich am 22. September 2023 überbracht) stellte die Gesuchstellerin die folgenden Rechtsbegehren:

The image shows a screenshot of a legal form, likely from a Swiss legal system, for a preliminary entry of a construction mortgage. The form contains several fields with checkboxes and text boxes. The text is in German. The form is titled 'Das Grundbuchamt' and contains fields for 'Gemeinde', 'Grundbuch- / Grundblatt-Nr.', 'Kataster-Nr.', 'Pfundsumme', 'Zins', and 'Zins seit'. The form is filled out with the following information: 'Das Grundbuchamt' is checked, 'Gemeinde' is filled with '...', 'Grundbuch- / Grundblatt-Nr.' is filled with '...', 'Kataster-Nr.' is filled with '...', 'Pfundsumme' is filled with 'CHF 86789.95', 'Zins' is filled with '5', and 'Zins seit' is filled with '16.06.2023'. The form also contains checkboxes for 'Die Anweisung sei superprovisorisch' and 'Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gegenpartei', both of which are checked.

☒ Das Grundbuchamt [redacted] sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks in der Gemeinde [redacted], Grundbuch- / Grundblatt-Nr. [redacted], Kataster-Nr. [redacted], zugunsten von der gesuchstellenden Partei ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 86789.95 nebst 5 % Zins seit 16.06.2023 vorläufig als Vormerkung einzutragen.

☒ Die Anweisung sei superprovisorisch (d.h. sofort nach Eingang des Gesuchs ohne Anhörung der Gegenpartei) zu verfügen und dem Grundbuchamt unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.

☒ Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gegenpartei.

### 4.

Am 22. September 2023 erliess der Vizepräsident folgende Verfügung:

#### 1.

In **Gutheissung** des Gesuchs um Erlass superprovisorischer Massnahmen vom 22. 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. 9874 GB L. (E-GRID: CH XXX), **superprovisorisch** für eine **Pfundsumme** von **Fr. 86'789.95** zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 16. Juni 2023 **bewilligt**.

#### 2.

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

3.

Die **Gesuchstellerin** hat mit beiliegendem Einzahlungsschein **bis zum 9. Oktober 2023** einen Gerichtskostenvorschuss von **Fr. 2'000.00** zu leisten.

4.

Zustellung des Doppels des Gesuchs (inkl. Beilagen) vom 22. September 2023 an **die Gesuchsgegnerin** zur Erstattung einer schriftlichen **Antwort** bis zum **9. 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 A. trug die Vormerkung der vorläufigen Eintragung des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts am 22. September 2023 unter der Tagebuchnummer 333 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 A. 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 Antwort abgenommen.

2.  
Zustellung der Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 3. Oktober 2023 (inkl. Beilagen) an die A. 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 A. AG innert Frist nicht vernehmen liess, setzte der Vizepräsident der Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom 16. Oktober 2023 eine neue Frist zur Erstattung einer schriftlichen Antwort bis zum 24. Oktober 2023.

**9.**

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

"

1.

Das Gesuch der Gesuchstellerin sei vollumfänglich abzuweisen.

2.

Das Grundbuchamt A. sei anzuweisen, das zu Gunsten der Gesuchstellerin im Betrag von CHF 86'789.95 nebst Zins zu 5 % seit 16. Juni 2023 auf dem Grdst.-Nr. 9874 GB L. (E-GRID: CH

XXX) vorläufig superprovisorisch vorgemerkte Bauhandwerkerpfandrecht unverzüglich zu löschen.

3.

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

---

## **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 22. September 2023).

### **2. Allgemeine Voraussetzungen der vorläufigen Eintragung**

#### **2.1. Parteibehauptungen der Gesuchsgegnerin**

Die Gesuchsgegnerin macht geltend, dass die Gesuchstellerin den erforderlichen Behauptungs- und Substantiierungsanforderungen gemäss der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht nachkomme (Antwort Rz. 5 ff.). Vorliegend beschreibe die Gesuchstellerin die vereinbarte Leistung im Gesuch nur mit den Stichworten ("Erstellen von Bodendämmungen, Unterlagsböden, Überzügen und Hartbeton"). Die blossе Behauptung, es seien "Bodendämmungen, Unterlagsböden, Überzügen und Hartbeton" geleistet worden, werde von der Gesuchsgegnerin bestritten und genüge der Behauptungslast nicht. Dasselbe gelte für die Behauptung, es habe sich dabei um die vereinbarten Leistungen gehandelt. Zwar werde als Rechtsgrundlage ein Vertrag vom 26. Mai 2020 erwähnt. Dieser finde sich aber nicht in den Beilagen. Damit habe die Gesuchstellerin zum Rechtsgrund, der die angeblich pfandberechtigte Forderung konstituieren soll, keine schlüssigen Tatsachenbehauptungen aufgestellt (Antwort Rz. 11). Auch die Pfandberechtigung sei mit der blossen Behauptung, es seien "Bodendämmungen, Unterlagsböden, Überzügen und Hartbeton" geleistet worden, nicht dargetan. Die Gesuchstellerin lege nicht dar, welche konkreten Arbeiten sie an welchem Gebäude und an welchen Tagen gemacht habe. Der Bestand einer funktionalen Einheit der von ihr angeblich verrichteten Arbeiten werde bestritten (Antwort Rz. 12). Zum Umfang und zur Zusammensetzung der geltend gemachten Forderung stelle die Gesuchstellerin ebenfalls keine schlüssigen Tatsachenbehauptungen auf. Es werde bloss auf den Forderungsbetrag von Fr. 86'789.95 hingewiesen (Antwort Rz. 13). Auch die Tatsachenbehauptungen der Gesuchstellerin, aus denen sich der Zeitpunkt der Arbeitsvollendung ergeben solle, seien nicht substantiiert und würden bestritten. Zu berücksichtigen sei, dass die Überbauung aus drei unterschiedlichen Mehrfamilienhäusern bestehe, womit die Eintragsfrist für jedes Gebäude selbständig mit dessen Vollendung zu laufen beginne. Es werde bestritten, dass an den Mehrfamilienhäusern 1

und 5 im Mai 2023 noch Arbeiten ausgeführt worden wären. Die Gesuchstellerin behaupte lediglich Vollendungsarbeiten für das Mehrfamilienhaus und teile die Pfandsomme nicht auf die drei Mehrfamilienhäuser auf (Antwort Rz. 14). Schlüssige und substantiierte Tatsachenbehauptungen zur rechtlichen Grundlage, zu den angeblich vereinbarungsgemäss zu verrichtenden Arbeiten, zur Zusammensetzung und zum Umfang der geltend gemachten Werklohnforderung sowie zum Zeitpunkt der Arbeitsvollendung würden im Gesuch keine gemacht. Vielmehr belasse es die Gesuchstellerin zum Beweis ihrer bestrittenen Forderung bei der Verurkundung diverser nicht selbsterklärender Unterlagen, ohne diesbezügliche Behauptungen überhaupt aufzustellen oder jeweils unmittelbar im Anschluss auf Tatsachenbehauptungen rechtsgenügend auf die Beilagen zu verweisen. Das Handelsgericht würde in ein verpöntes Nachforschen nach Tatsachen in Beilagen zu Lasten der Gesuchsgegnerin verfallen, wenn es dem Stapel an Beilagen die Qualität von Tatsachenbehauptungen zumessen würde (Antwort Rz. 15 f.). Aber selbst die Angaben in den Beilagen seien viel zu pauschal und unklar (Antwort Rz. 17).

## **2.2. Rechtliches**

### **2.2.1.**

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).

### **2.2.2.**

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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> Letztlich läuft es darauf hinaus, dass der gesuchstellende Unternehmer nur die blossе Möglichkeit eines Anspruchs auf ein Bauhandwerkerpfandrecht nachzuweisen hat.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1535; VETTER/CARBONARA, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2023, N. 51 f.

### 2.3. Würdigung

Das prozessuale Vorbringen der Gesuchsgegnerin erweist sich als unbegründet: Zwar ist richtig, dass die von der Gesuchstellerin erhobenen Behauptungen äusserst knapp sind. Diese bediente sich bei der Einreichung ihres Gesuchs des vom Bundesamt für Justiz gestützt auf Art. 400 Abs. 2 ZPO herausgegeben Formulars für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Nach Art. 400 Abs. 2 ZPO hat der Bundesrat – der diese Aufgabe an das Bundesamt für Justiz delegierte<sup>4</sup> – für Gerichtsurkunden und Parteieingaben Formulare zur Verfügung zu stellen, wobei die Formulare für die Parteieingaben so zu gestalten sind, dass sie auch von einer rechtsunkundigen Partei ausgefüllt werden können. Entsprechend muss ein vollständig ausgefülltes Formular auf der Basis des von einem Laien kaum zu erwarteten zivilprozessualen Wissens grundsätzlich genügen, um erfolgreich die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu beantragen, zumal die viermonatige Verwirkungsfrist in der Regel eine Einreichung des Gesuchs ohne Verzug erfordert. Deshalb erschiene es illusorisch, von einem Laien zusätzliche Rechtskündigungen zu verlangen.

Diesen Anforderungen genügt das eingereichte Gesuch: Aus dem eingereichten Gesuch gehen – wenn auch bloss äusserst knapp – die notwendigen rechtserheblichen Behauptungen hervor. Auch wenn die Gesuchstellerin die Beilagen jeweils nicht (wie in professionellen Rechtsschriften üblich) im Anschluss an eine Behauptung explizit als Beweisofterte gekennzeichnet als Beweismittel anruft,<sup>5</sup> wird aufgrund der Übersichtlichkeit des Verfahrens und der wenigen im Recht liegenden und im Wesentlichen selbsterklärenden Urkunden ohne Weiteres klar, mit welcher Urkunde welche Behauptung bewiesen werden soll. Dies zeigt nicht zuletzt die Antwort der Gesuchsgegnerin. Die Gesuchsgegnerin war offenkundig ohne Weiteres in der Lage zu erkennen, welche eingereichte Urkunde welcher Behauptung zuzuordnen ist. Es ist damit gerade kein verpöntes Forschen in den Beilagen durch die Gesuchsgegnerin oder das Gericht notwendig, damit die Sachdarstellung der Gesuchstellerin klar wird. Des Weiteren führt der Zeitdruck zur Wahrung der Eintragsfrist naturgemäss dazu, dass das Behauptungssubstrat sehr dünn ist. Darüber hinaus würde die Abweisung des Gesuchs zu einem endgültigen Rechtsverlust führen, während eine vorläufige Eintragung nur vorübergehend ist, wenn der Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen im Hauptprozess nach Massgabe des Regelbeweismasses nicht gelingt.

---

<sup>4</sup> Vgl. Art. 400 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 7 Abs. 12 der Organisationsverordnung vom 17. November 1999 für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (OV-EJPD; SR 172.213.1).

<sup>5</sup> Das Formular des Bundesamts für Justiz bietet trotz Hinweis auf das Prinzip der Beweismittelverbindung in Fussnote 2 hierfür auch gar keinen Platz, sondern erlaubt lediglich am Ende des Dokuments, Urkunden, die als Beweismittel dienen sollen, anzuführen.

### **3. Pfandsumme**

#### **3.1. Parteibehauptungen**

##### **3.1.1. Gesuchstellerin**

Die Gesuchstellerin behauptet, sie habe mit der heutigen A. AG am 26. Mai 2020 einen Vertrag abgeschlossen. Darin habe sie sich zur Erstellung von Bodendämmungen, Unterlagsböden, Überzügen und Hartbeton verpflichtet. Der Forderungsbetrag liege bei Fr. 86'789.95.

##### **3.1.2. Gesuchsgegnerin**

Die Gesuchsgegnerin macht geltend, allein der Umstand, dass die Gesuchstellerin der heutigen A. AG Rechnung gestellt habe, beweise weder den rechtlichen Grund noch den Umfang der geltend gemachten Forderung (Antwort Rz. 18). Was die Rechtsgründe der angeblich pfandberechtigten Forderung sein sollen, werde auch aus den Gesuchsbeilagen nicht klar. Erwähnt werde zwar ein Vertrag vom 26. Mai 2020. Einen solchen habe die Gesuchstellerin aber nicht ins Recht gelegt. Als Beilage gebe es nur eine Offerte vom 26. Mai 2020, wobei nicht nachvollziehbar sei, ob und wann diese Offerte von der heutigen A. AG angenommen worden sei, was bestritten werde. Dasselbe gelte für die zweite Offerte vom 1. Dezember 2022. Im Übrigen würden in der Schlussrechnung vom 8. August 2023 Leistungen abgerechnet, die selbst in der zweiten Offerte nicht erwähnt würden (Antwort Rz. 19). Auch der Umfang der geltend gemachten Forderungen werde selbst aus den Beilagen nicht nachvollziehbar. Soweit ersichtlich werde in der Schlussrechnung mit Einheitspreisen gerechnet. Das Ausmass sei nicht belegt und bestritten. Es lägen keine Massurkunden vor, was indessen nach Art. 142 SIA-Norm 118 vorgeschrieben sei (Antwort Rz. 20).

#### **3.2. 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 Pfandsumme anzugeben.<sup>6</sup>

Hat ein Unternehmer sowohl Arbeit als auch Material zu liefern, ist beides bzw. ist die gesamte Vergütungsforderung des Unternehmers pfandbe-

---

<sup>6</sup> SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 513.

rechtigt, unabhängig davon, ob es sich beim Material um vertret- oder unvertretbare Sachen handelt.<sup>7</sup> Für blosse Materiallieferungen oder intellektuelle Arbeitsleistungen kann hingegen kein Bauhandwerkerpfandrecht eingetragen werden.<sup>8</sup> Bildet geistige Arbeit jedoch mit den physischen Arbeitsleistungen eine funktionelle Gesamtleistung, so ist sie ebenfalls pfandberechtigt. Deshalb sind die Vergütungsansprüche der General- und Totalunternehmer regelmässig vollumfänglich pfandberechtigt.<sup>9</sup>

### 3.3. Würdigung

Entgegen den Ausführungen der Gesuchsgegnerin behauptet die Gesuchstellerin klar, für die Erstellung von Bodendämmungen, Unterlagsböden, Überzügen und Hartbeton beauftragt worden zu sein. Dabei handelt es sich um klassische werkvertragliche Leistungen. Dass die Gesuchstellerin keine als "Werkvertrag" bezeichnete Vertragsurkunde vorlegt, steht dem nicht entgegen, da Werkverträge formlos abgeschlossen werden können und die Vertragsqualifikation eine Rechtsfrage und damit von Amtes wegen zu beantworten ist. Im Übrigen liegen dem Gesuch zwei Offerten vom 26. Mai 2020 und 1. Dezember 2022 (GB 3 f.) bei, die an die heutige A. AG gerichtet waren. Richtig ist zwar, dass eine Offerte noch keinen Vertrag darstellt. Entgegen den Ausführungen der Gesuchsgegnerin enthält die Behauptung der Gesuchstellerin, mit den entsprechenden Arbeiten beauftragt worden zu sein, aber implizit die Tatsachenbehauptung, dass die heutige A. AG die entsprechenden Offerten angenommen hat. Dies muss, wie gesagt, nicht schriftlich erfolgt sein. Spätestens durch die Aufnahme der Arbeiten durch die Gesuchstellerin und die Bezahlung der ersten drei Akontorechnungen in der Höhe von Fr. 135'000.00 (GB 8) durch die heutige A. AG ist glaubhaft, dass ein Werkvertrag basierend auf den beiden Offerten zumindest durch konkludentes Verhalten abgeschlossen wurde. Auch der Inhalt der vertraglich geschuldeten Arbeiten lässt sich den beiden Offerten entnehmen. Entgegen den Ausführungen der Gesuchsgegnerin liegt der Rechtsgrund der umstrittenen Forderung somit in einem Werkvertrag.

Der Gesuchsgegnerin kann auch insoweit nicht gefolgt werden, als sie geltend macht, der Umfang der geltend gemachten Forderungen sei nicht nachvollziehbar. Vielmehr erscheint es im vorliegenden Verfahren als glaubhaft, dass das in der Schlussrechnung vom 8. August 2023 (GB 10) aufgeführte Ausmass dem tatsächlich erbrachten Ausmass entspricht, zumal die Gesuchstellerin damit auch auf gewisse vertraglich geschuldeten Positionen verzichtete, was sich etwa aus einem Vergleich der Beträge aus der Schlussrechnung und den beiden Offerten ergibt. Die Gesuchsgegnerin bringt auch keine Umstände vor, die an dem tatsächlichen Ausmass Zweifel aufkommen lassen. Dass keine Massurkunden i.S.v. Art. 142 SIA-

---

<sup>7</sup> SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 230.

<sup>8</sup> BGE 136 III 6 E. 5.2; vgl. SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 237; BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 1) Art. 839/840 N. 4.

<sup>9</sup> SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 273 ff.; vgl. auch BGE 136 III 6 E. 5.3.

Norm 118 aufgenommen bzw. im vorliegenden Verfahren eingereicht wurden, ändert daran nichts. Der Gesuchstellerin wird der Nachweis des konkret geleisteten Ausmasses dadurch nicht verunmöglicht.<sup>10</sup> Dass die heutige A. AG auch die zweite Offerte vom 1. Dezember 2022 mit den gemäss der Gesuchsgegnerin höheren Preisen angenommen hat, ergibt sich glaubhaft aus deren Verhalten. So hat sie auch nach dieser Offerte eine weitere Akontorechnung der Gesuchstellerin vom 6. Januar 2023 bezahlt. Letztlich nicht relevant ist, dass die Schlussrechnung auch Positionen enthält, die in den Offerten nicht genannt wurden, zumal Beststellungsänderungen auf dem Bau üblich sind und ebenfalls zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigen. Der Schlussrechnung lässt sich glaubhaft entnehmen, dass die behauptete Gesamtleistung einen Wert von Fr. 221'789.95 (netto) hat, wobei abzüglich der drei geleisteten Akontozahlungen in der Höhe von Fr. 135'000.00 eine noch offene Werklohnforderung von Fr. 86'789.95 besteht (GB 10). Letztlich ist die definitive Entscheidung über die Pfandsomme dem Richter im ordentlichen Verfahren zu überlassen (vgl. oben E. 2.2.2).

### **3.4. Verzugszinsen**

#### **3.4.1. Parteibehauptungen der Gesuchsgegnerin**

Die Gesuchsgegnerin macht geltend, die Vormerkung des Verzugszinses mit der Verfügung vom 22. September 2023 habe auf die Zahlungsfrist in der Rechnung Nr. 2992 abgestellt. Bei der Rechnung Nr. 2992 handle es sich um eine Akontorechnung. Von Gesetzes wegen habe der Unternehmer jedoch keinen Anspruch auf Abschlagszahlungen. Die entsprechende Rechnung genüge auch den Anforderungen von Art. 144 Abs. 2 SIA-Norm 118 nicht. Hinzu komme, dass für eine Inverzugsetzung nach Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118 zwingend eine Mahnung zu erfolgen habe. Eine Mahnung sei von der Gesuchstellerin nicht vorgebracht worden. Zudem wäre mit der Rechnung Nr. 2992 nur in Bezug auf den darin genannten Betrag Verzug anzunehmen und nicht in Bezug auf die gesamte Pfandforderung.

#### **3.4.2. Rechtliches**

Befindet sich der Forderungsschuldner in Verzug, können auch Verzugszinsen eingetragen werden.<sup>11</sup> 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).<sup>12</sup> 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

---

<sup>10</sup> SHK SIA-Norm 118-SPIESS/HUSER, 2. Aufl. 2023, Art. 142 N. 17.

<sup>11</sup> SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 523 ff. m.w.N.; vgl. auch BGE 142 III 73 E. 4.4.2., 121 III 445 E. 5a.

<sup>12</sup> SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 529.

mit Ablauf einer in einer Rechnung gesetzten Zahlungsfrist, wie z.B. "zahlbar 30 Tage netto", ohne weitere Mahnung in Verzug.<sup>13</sup>

### **3.4.3. Würdigung**

Der Gesuchsgegnerin kann nicht gefolgt werden: Durch das Ausstellen von Akontorechnungen durch die Gesuchstellerin und der Bezahlung der ersten drei Akontorechnungen durch die heutige A. AG haben die Parteien zumindest konkludent vereinbart, dass die Gesuchstellerin Akontorechnungen stellen darf. Im Übrigen ergibt sich ein entsprechendes Recht auch aus Art. 144 Abs. 1 SIA-Norm 118. Mit dem Hinweis, dass die beiden noch nicht bezahlten Akontorechnungen Nr. 4 und 5 in der Höhe von gesamthaft Fr. 100'000.00 je innert 30 Tagen netto zu bezahlen waren und dem Umstand, dass sämtliche Akontorechnungen – wie die Gesuchsgegnerin korrekt vorbringt – den Anforderungen an Abschlagszahlungen nach Art. 144 Abs. 2 SIA-Norm 118 nicht entsprechen, geht hervor, dass die Parteien zumindest konkludent eine von der SIA-Norm 118 abweichende Individualvereinbarung getroffen haben. Die Gesuchsgegnerin behauptet jedenfalls nicht, dass die heutige A. AG trotz Bezahlung der ersten drei Akontorechnungen mit dem zwischen ihr und der Gesuchstellerin gelebten Abrechnungssystem nicht einverstanden war. Praxisgemäss ist damit von einer Inverzugsetzung nach Ablauf der 30-tägigen Zahlungsfrist auszugehen. Die Frage, ob im Rahmen der SIA-Norm 118 zwingend etwas anderes gilt, ist im ordentlichen Verfahren zu beantworten (vgl. oben E. 2.2.2). Richtig ist zwar, dass sich die Zahlungsfrist auf der Rechnung Nr. 2992 vom 16. Mai 2023 (5. Akontorechnung) nur auf den darin genannten Betrag von Fr. 50'000.00 bezieht. Dieselbe Zahlungsfrist lief indessen bereits gestützt auf die Rechnung Nr. 2970 vom 27. April 2023 (4. Akontorechnung) auf den darin genannten Betrag von ebenfalls Fr. 50'000.00. Die Gesuchstellerin verlangt Verzugszins aber nur einheitlich ab dem 16. Juni 2023 und nur auf den Betrag von insgesamt Fr. 86'789.95. Mehr Verzugszinsen können der Gesuchstellerin nach der Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) nicht zugesprochen werden. Der Anspruch auf Verzugszinsen in der Höhe von 5 % p.a. auf dem Betrag von Fr. 86'789.95 ab dem 16. Juni 2023 ist daher glaubhaft gemacht.

## **4. Eintragungsfrist**

### **4.1. Parteibehauptungen**

#### **4.1.1. Gesuchstellerin**

Die Gesuchstellerin behauptet, sie habe am 26. Mai 2023 die letzten Arbeiten, d.h. das Verlegen von Bodendämmungen im Mehrfamilienhaus 3, erbracht.

---

<sup>13</sup> 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.

#### **4.1.2. Gesuchsgegnerin**

Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass die Gesuchstellerin am 26. Mai 2023 Bodendämmungen im Mehrfamilienhaus 3 verlegt habe. Es seien dem Gesuch keine Arbeitsrapporte beigelegt worden (Antwort Rz. 21). Im Übrigen würden diese Arbeiten nur das Mehrfamilienhaus 3 betreffen. Auf dem umstrittenen Grundstück würden jedoch drei nicht baugleiche Mehrfamilienhäuser realisiert. Es werde bestritten, dass an den Mehrfamilienhäusern 1 und 5 im Mai 2023 noch Arbeiten ausgeführt worden wären (Antwort Rz. 22 und 24). Leiste ein Unternehmer nun für mehrere Bauwerke auf einem Grundstück Bauarbeiten, so unterlägen die Bauarbeiten für jedes einzelne Bauwerk je einem eigenen Fristenlauf. Eine Ausnahme hiervon bestünde nur, wenn die verschiedenen Bauwerke eine funktionelle Einheit bilden und ausserdem zeitnah erstellt würden (Antwort Rz. 25). Es werde bestritten, dass die vorliegenden drei Mehrfamilienhäuser in einem funktionellen Zusammenhang stünden. Sie seien für sich je eigenständig und stünden zueinander nicht im Verhältnis von Haupt- und Nebengebäude. Zudem seien für das Mehrfamilienhaus 3 und die beiden Mehrfamilienhäuser 1 und 5 zwei getrennte Totalunternehmerverträge abgeschlossen worden (Antwort Rz. 26). Auch ein zeitlicher Zusammenhang der Bauarbeiten der Gesuchstellerin lässt sich dem Gesuch inkl. Beilagen nicht entnehmen (Antwort Rz. 27). Demnach sei von einem getrennten Fristenlauf für die drei Mehrfamilienhäuser auszugehen. Damit verliere das Gesuch von vornherein jede Schlüssigkeit, weil die Gesuchstellerin ausdrücklich nur Vollendungsarbeiten für das Mehrfamilienhaus 3 behauptet habe und unklar bleibe, wie die angebotene Pfandsumme auf die drei Mehrfamilienhäuser aufzuteilen wäre (Antwort Rz. 28).

#### **4.2. Rechtliches**

Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts muss bis spätestens vier Monate nach der Arbeitsvollendung erfolgen, andernfalls verwirkt der Anspruch (Art. 839 Abs. 2 ZGB).<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup>

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. Gering-

---

<sup>14</sup> BGE 126 III 462 E. 4c/aa; BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 1), Art. 839/840 N. 29.

<sup>15</sup> BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 1), Art. 839/840 N. 31a.

fügige Arbeiten gelten aber dann als Vollendungsarbeiten, wenn sie unerlässlich sind; insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt.<sup>16</sup>

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung tritt der Fristenlauf auch vor der Vollendung der geschuldeten Arbeiten ein, wenn der Unternehmer oder der Besteller den Vertrag vorzeitig auflösen,<sup>17</sup> wobei es seitens des Unternehmers genügt, wenn er die Arbeit endgültig einstellt.<sup>18</sup> Daraus folgt, dass die Eintragsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB ihren Lauf grundsätzlich noch nicht mit Eintritt des Schuldnerverzugs des Unternehmers nimmt, da die Vertragsauflösung neben dem Schuldnerverzug (von Ausnahmen nach Art. 108 OR abgesehen) auch dem Ansetzen einer Nachfrist sowie einer Rücktrittserklärung bedarf (Art. 107 OR). Demzufolge läuft die Eintragsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB vor Arbeitsvollendung allgemein nur mit einem rechtsgültigen Rücktritt vom Vertrag.<sup>19</sup>

Grundsätzlich hat der Unternehmer, welcher für mehrere Bauwerke auf verschiedenen Grundstücken arbeitete, die Eintragsfrist für jedes Grundstück gesondert einzuhalten. Die Frist beginnt deshalb für jedes Grundstück bzw. Bauwerk mit der Vollendung der dafür geleisteten Arbeiten separat zu laufen, trotz einer allfälligen einheitlichen Vergebung in einem einzigen Werkvertrag. Indessen gilt ausnahmsweise auch für mehrere Bauwerke auf verschiedenen Grundstücken ein einheitlicher Fristbeginn, wenn die Bauwerke oder die Arbeiten bzw. Leistungen hierzu eine funktionelle Einheit bilden und die Bauarbeiten in einem Zug ausgeführt worden sind.<sup>20</sup>

#### **4.3. Würdigung**

Die Gesuchstellerin behauptete nirgends, am 26. Mai 2023 bereits Vollendungsarbeiten geleistet zu haben. Sie behauptet auch nirgends, ihre Bauarbeiten in Bezug auf alle oder einzelne der drei Mehrfamilienhäuser bereits vollendet zu haben. Sie behauptet lediglich, sie habe am 26. Mai 2023 letztmals Arbeiten ausgeführt und diese seien im Mehrfamilienhaus 3 erbracht worden. Auch die Gesuchsgegnerin behauptet nirgends – weder für alle noch für einzelne der drei Mehrfamilienhäuser –, dass die Bauarbeiten bereits vollendet bzw. vor dem 26. Mai 2023 vollendet worden seien.

Dementsprechend lässt sich der E-Mail von T.A. (Gesuchstellerin) an M.H. (heutige A. AG) vom 14. Juni 2023 (GB 2) auch entnehmen, dass die Gesuchstellerin jegliche Arbeiten einstellen werde bis die vierte und fünfte

---

<sup>16</sup> BGer 5A\_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4 m.w.N.

<sup>17</sup> BGE 120 II 389 = Pra 84 (1995) Nr. 199 E. 1.a und b, 102 II 206 = Pra 65 (1976) Nr. 220 E. 1.a.

<sup>18</sup> BGer 5A\_683/2010 vom 15. November 2011 E. 4.1; SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1117.

<sup>19</sup> BGE 120 II 389 = Pra 84 (1995) Nr. 199 E. 1.a und b, 102 II 206 = Pra 65 (1976) Nr. 220 E. 1.a.

<sup>20</sup> SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1182 ff.; BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 1), Art. 839/840 N. 30; BRITSCHGI, Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht, 2008, S. 55 f.

Akontozahlung bezahlt worden sind. Bekanntlich wurden diese Akonto-rechnungen nicht bezahlt (vgl. GB 7 und 10), sodass glaubhaft gemacht wurde, dass die Gesuchstellerin ihre Arbeiten vorzeitig einstellte. Hierfür spricht auch der Umstand, dass die Schlussrechnung (GB 10) betragsmässig (Fr. 221'789.95 [netto]) weit unter dem in der zweiten Offerte vom 1. Dezember 2022 genannten Vertragswert in der Höhe von Fr. 282'373.25 (netto) zu liegen kam. Die viermonatige Eintragsfrist begann daher frühestens mit der Einstellung der Arbeiten durch die Gesuchstellerin, wobei vorliegend offengelassen werden kann, ob die Gesuchstellerin ihre Arbeiten überhaupt definitiv einstellte und die viermonatige Eintragsfrist daher überhaupt bereits zu laufen begonnen hat. Demnach kommt es entgegen den Ausführungen der Gesuchsgegnerin nicht darauf an, wie die Pfandsumme auf die drei Mehrfamilienhäuser aufzuteilen ist. Eine solche Aufteilung erscheint nur dann rechtserheblich zu sein, wenn die Bauarbeiten für einzelne der Mehrfamilienhäuser bereits vor dem 26. Mai 2023 bzw. vor der Arbeitseinstellung durch die Gesuchstellerin vollendet gewesen wären und damit für diese die viermonatige Eintragsfrist bereits zu laufen begonnen hätte. Solches ist vorliegend aber von keiner Partei behauptet worden und aus den Akten auch nicht ersichtlich.

Im Übrigen ist es gestützt auf die Rechnungs-Nr. YR23-00006 (GB 2) glaubhaft, dass die Gesuchstellerin am 26. Mai 2023 noch Arbeiten erbracht hat und sich erst im Nachgang zu ihrer E-Mail vom 14. Juni 2023 (GB 2) weigerte, ihre Bauarbeiten fortzusetzen. Mit der Vormerkung der vorläufigen Eintragung des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts vom 22. September 2023 ist die viermonatige Eintragsfrist daher gewahrt.

## **5. Fazit**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandsumme von Fr. 86'789.95 zuzüglich Zins zu 5 % ab 16. Juni 2023 erfüllt sind und die mit Verfügung vom 22. September 2023 superprovisorisch angeordnete Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu bestätigen ist.

## **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 Ablauf der Frist ohne weiteres und ersatzlos gelöscht werde.<sup>21</sup> Die Prosequierungsfrist beträgt nach handelsgerichtlicher Praxis bei Fällen der vorliegenden Grösse rund drei Monate. Der Fristenstillstand gemäss Art. 145

---

<sup>21</sup> SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1663 ff.

Abs. 1 ZPO ist bei der Prosequierungsfrist nach Art. 263 ZPO i.V.m. Art. 961 Abs. 3 ZGB ausgeschlossen.<sup>22</sup>

## **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. 2'000.00 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 der gleichen Höhe verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin die Gerichtskosten, d.h. Fr. 2'000.00, direkt zu ersetzen (vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO).

### **7.2.**

Eine Parteientschädigung ist nicht geschuldet, da sich die Gesuchstellerin im vorliegenden Verfahren nicht anwaltlich vertreten liess und auch keine Umtriebsentschädigung geltend macht bzw. ausweist.

### **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 22. September 2023 wird die mit Verfügung vom 22. September 2023 zugunsten der Gesuchstellerin auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin, Grdst.-Nr. 9874 GB L. (E-GRID: CH XXX), superprovisorisch für eine **Pfandsumme von Fr. 86'789.95** zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 16. Juni 2023 angeordnete Vormerkung **vorsorglich bestätigt**.

### **2.**

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

---

<sup>22</sup> BGE 143 III 554 E. 2.5.2 m.w.N.; vgl. auch SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1670.

**3.**

**3.1.**

Die **Gesuchstellerin** hat **bis zum 22. Januar 2024** 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. 2'000.00 sind von der Gesuchsgegnerin zu tragen und werden mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in der gleichen Höhe verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat die von ihr zu tragenden Gerichtskosten, d.h. Fr. 2'000.00, der Gesuchstellerin direkt zu ersetzen.

**4.2.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**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 Doppel der Antwort vom 17. Oktober 2023 [inkl. Beilagen])
- die Gesuchsgegnerin (Vertreterin; zweifach)

Zustellung an:

- das Grundbuchamt A. (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, 19. Oktober 2023

**Handelsgericht des Kantons Aargau**

2. Kammer

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Vetter

Schneuwly

