

HSU.2023.41

Entscheid vom 21. Dezember 2023

Besetzung Oberrichter Dubs, Präsident
Gerichtsschreiberin Näf

Gesuchstellerin **A._____ GmbH**

Gesuchsgegnerin **B._____ AG**

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend vorläufige (superprovisorische) Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

Der Präsident entnimmt den Akten:

1.

Die Gesuchstellerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Q._____. Ihr Zweck umfasst [...] (Gesuchsbeilage [GB] 2).

2.

Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in R._____. Sie bezweckt im Wesentlichen [...] (GB 7).

Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des Grundstücks S._____; GB 3).

3.

Mit Gesuch vom 12. Oktober 2023 (gleichentags persönlich überbracht) stellte die Gesuchstellerin die folgenden Rechtsbegehren:

" 1.

Es sei das Grundbuchamt T._____ anzuweisen, zu Lasten des Grundstücks S. und zu Gunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 77'977.46 (nebst Zins zu 5% auf CHF 53'850.00 seit dem 8. Mai 2023 sowie nebst Zins zu 5% auf CHF 13'000.00 seit dem 20. August 2023) als vorläufige Eintragung vorzuzeichnen.

2.

Die Anweisung gemäss Rechtsbegehren Nr. 1 sei superprovisorisch (d.h. sofort nach Eingang des Gesuchs und ohne Anhörung der Gegenpartei) zu verfügen und dem Grundbuchamt unverzüglich mitzuteilen.

3.

Der Gesuchstellerin sei eine Frist von drei Monaten ab Rechtskraft des Entscheids im summarischen Verfahren betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Rechtsbegehren Nr. 1 hiavor einzuräumen, um Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts einzureichen.

4.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Gesuchsgegner, unter solidarischer Haftbarkeit."

4.

Mit Verfügung vom 13. Oktober 2023 bewilligte der Präsident den Antrag auf superprovisorische Anordnung der Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandsumme von Fr. 77'977.46 zuzüglich Zins zu 5 % auf Fr. 53'850.00 ab dem 8. Mai 2023 und wies das Grundbuchamt T._____ an, die Vormerkung sofort einzutragen. Gleichzeitig setzte er der Gesuchsgegnerin eine Frist zur Erstattung einer schriftlichen Antwort bis zum 26. Oktober 2023.

5.

Das Grundbuchamt T._____ trug die Vormerkung der vorläufigen Eintragung des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts am 13. Oktober 2023 unter der Tagebuchnummer xxx im Grundbuch ein.

6.

6.1.

Mit Eingabe vom 17. Oktober 2023 stellte die Gesuchsgegnerin folgende Anträge:

1. Es sei gerichtlich Vormerk zu nehmen, dass die Gesuchsgegnerin der C._____ 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."

6.2.

Am 19. Oktober 2023 erliess der Präsident folgende Verfügung:

- 1.**
Der Gesuchsgegnerin wird die Frist zur Erstattung der Gesuchsantwort abgenommen.
- 2.**
Zustellung der Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 17. Oktober 2023 (inkl. Beilagen) an die Gesuchstellerin **zur Kenntnisnahme**.
- 3.**
3.1.
Der **C._____ AG**, (gesuchsgegnerische Streitberufene) wird Frist bis zum 30. Oktober 2023 angesetzt, um 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 die gesuchsgegnerische Streitberufene den Eintritt ab oder erklärt sie sich innert Frist nicht, so wird der Prozess ohne Rücksicht auf sie fortgesetzt (Art. 79 Abs. 2 ZPO) und der Gesuchsgegnerin eine neue (kurze) Frist zur Erstattung der Gesuchsantwort angesetzt."

6.3.

Da sich die C._____ AG innert Frist nicht vernehmen liess, wurde das Verfahren ohne Rücksicht auf sie fortgesetzt. Der Präsident setzte der Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom 3. November 2023 eine neue Frist zur Erstattung einer schriftlichen Gesuchsantwort bis zum 15. November 2023.

6.4.

Am 16. November 2023 wurde über die C._____ AG der Konkurs eröffnet.

7.

Mit Gesuchsantwort vom 15. November 2023 stellte die Gesuchsgegnerin folgende Rechtsbegehren:

- "
1.
Das Gesuch der Gesuchstellerin sei vollumfänglich abzuweisen.
 2.
Das Grundbuchamt T._____ sei anzuweisen, das zu Gunsten der Gesuchstellerin im Betrag von CHF 77'977.46 nebst Zins zu 5 % auf CHF 53'850.00 seit 8. Mai 2023 auf dem Grdst.-Nr. 2855 GB S._____ (E-GRID: CH 72899 07639 97) vorläufig superprovisorisch vorgemerkte Bauhandwerkerpfandrecht unverzüglich zu löschen.
 3.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Gesuchstellerin."

8.

Mit Verfügung vom 22. November 2023 wurde der Gesuchstellerin die Gesuchsantwort zur Kenntnisnahme zugestellt. Die Gesuchstellerin liess sich nicht mehr vernehmen.

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 13. Oktober 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. Pfandsumme

3.1. Parteibehauptungen

3.1.1. Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin führt aus, sie habe der D._____ AG (heute: C._____ AG in Liquidation) am 1. und 7. Februar 2023 Schalungs- und Betonarbeiten, konkret die Anpassung der Decke und die Schliessung des Kranlochs im Untergeschoss, offeriert (Offerten Nr. 20230131-995 vom 1. Februar 2023 und Nr. 20230207-996 vom 7. Februar 2023). Die D._____ AG habe diese akzeptiert (Gesuch Rz. 13). Gestützt darauf habe sie in den Monaten April, Mai und Juni 2023 Rohbau-, insbesondere Isolations-, Schalungs- und Betonarbeiten (inkl. Armierungen) erbracht (Gesuch Rz. 11, 13). Die gearbeiteten 395 Stunden seien den durch den Bauleiter unterzeichneten Stundenrapporten zu entnehmen. Nebst der Arbeitsleistung seien auch die entsprechenden Materialien auf die Baustelle geliefert und verbaut worden (Gesuch Rz. 15). Für die erbrachten Leistungen habe die Gesuchstellerin noch keine Zahlung erhalten. Die beiden Rechnungen vom 28. April 2023 und 10. August 2023 in der Höhe von Fr. 53'850.00 und Fr. 13'000.00 seien unbezahlt geblieben (Gesuch Rz. 14, 16).

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.

3.1.2. Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin stellt sich auf den Standpunkt, das Gesuch genüge den Behauptungs- und Substantiierungsanforderungen nicht (Antwort Rz. 11). Es enthalte keine schlüssigen und substantiierten Tatsachenbehauptungen zur rechtlichen Grundlage, zu den angeblich vereinbarungsgemäss zu verrichtenden Arbeiten, zur Zusammensetzung und zum Umfang der geltend gemachten Werklohnforderung (Antwort Rz. 16).

Weiter bestreitet die Gesuchsgegnerin, dass die Gesuchstellerin Rohbau-, insbesondere Isolations-, Schalungs- und Betonarbeiten (inkl. Armierungen) erbracht habe (Antwort Rz. 11). Die Gesuchstellerin lege generell nicht dar, welche konkreten Arbeiten sie an welchem der drei Mehrfamilienhäuser sowie an welchen Gebäudeteilen und an welchen Tagen gemacht habe. Die fehlende Darstellung erlaube keine Beurteilung, welche Arbeiten durch welchen angeblichen Werkvertrag gedeckt seien, ob Bestellungsänderungen erfolgt seien und ob sowie welche zusätzlichen, nicht unter den angeblichen ursprünglichen Werkvertrag fallenden Arbeiten erfolgt seien (Antwort Rz. 14 ff.).

Im Übrigen seien die gearbeiteten Stunden den vom Bauleiter E._____ unterzeichneten Stundenrapporten nicht zu entnehmen oder habe dieser die Arbeiten für die C._____ AG in Liquidation nicht anerkannt. Dieser sei ab dem 12. Juli 2023 nicht mehr für die C._____ AG in Liquidation tätig gewesen. Die Unterschrift insbesondere auf den Rapporten der Monate Juni und September 2023 stamme nicht von E._____ (Antwort Rz. 21).

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.⁴

3.3. Würdigung

Die Gesuchstellerin machte in der Tat nur knappe Angaben zu den Umständen des Vertragsschlusses und zu den vereinbarten Leistungen. Da die Gesuchsgegnerin weder den Abschluss der beiden Verträge zwischen der Gesuchstellerin und der C._____ AG in Liquidation über die Ausführung

⁴ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 513.

von Rohbauarbeiten (Isolations-, Schalungs- und Betonarbeiten [inkl. Armierungen]) und die Schliessung des Kranlochs im Untergeschoss, noch die Pfandberechtigung der Arbeiten bestritten hat, genügt es aber, dass die Gesuchstellerin die entsprechenden Tatsachen in ihrer Rechtsschrift in einer allgemeinen, den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen benannte.⁵ Sowohl der Vertragsschluss für eine Werkvertragssumme über Fr. 77'977.46 als auch die Pfandberechtigung der werkvertraglich vereinbarten Arbeiten sind ohne Weiteres glaubhaft gemacht (vgl. GB 8, 9).

Weiter erfüllt das Gesuch vom 15. November 2023 auch in Bezug auf die Darstellung des Umfangs der geleisteten Arbeiten die Anforderungen der Verhandlungsmaxime. Die Gesuchstellerin beschränkte sich zwar ebenfalls auf eine übersichtsartige Darstellung des Sachverhalts und ist nicht auf die Details der Arbeitsausführung eingegangen. Mittels Verweises auf die Regie-Rapporte in GB 5 sowie die Auftragsbestätigung der F.____ AG (GB 12) hat sie jedoch rechtsgenügend dargelegt, dass sie unter dem Werkvertrag 395 Stunden gearbeitet und das entsprechende Material geliefert hat. Die Regie-Rapporte sind leserlich und weisen die durchgeführten Arbeiten und die dafür aufgewendeten Stunden aus. Die Arbeiten lassen sich grundsätzlich den Positionen gemäss den eingereichten Offerten (GB 8 und 9) zuordnen (GB 5). Auch für die Gesuchsgegnerin waren die Rapporte verständlich, nimmt sie doch selbst darauf Bezug (vgl. Antwort Rz. 19).

Die von E.____ im Namen der Bauleitung unterschriebenen Regierapporte begründen eine tatsächliche (natürliche) Vermutung dafür, dass der Inhalt des Rapports der Wahrheit entspricht und der ausgewiesene Aufwand nötig war.⁶ Entgegen der Gesuchsgegnerin ist kein signifikanter Unterschied der Unterschrift auf den einzelnen Dokumenten (AB 2 und GB 5) erkennbar. Obwohl die Unterschrift auf den von der Gesuchsgegnerin vorgelegten Mustern etwas gedrängter wirkt als auf den meisten Regie-Rapporten, erscheint der Charakter des Schriftbilds auf den ersten Blick gleich. Zweifel an der Authentizität der Unterschrift von E.____ auf dem letzten Rapport von September 2023 sät hingegen der Umstand, dass E.____ der Gesuchsgegnerin schriftlich mitteilte, er sei im September 2023 nicht mehr auf der Baustelle tätig gewesen (AB 1). Die Sachlage ist diesbezüglich unklar, was sich in vorliegendem Verfahren aber gerade nicht zu Lasten der Gesuchstellerin auswirken darf (vgl. E. 2.2.). Vielmehr sind die Parteien zur Durchführung eines umfassenden Beweisverfahrens auf das ordentliche Verfahren zu verweisen.

⁵ BGer 5A_822/2022 E. 4.4.

⁶ GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N. 1028.

Da die Gesuchsgegnerin nicht bestritten hat, dass für die geleisteten Arbeiten ein Werklohn von Fr. 77'977.46 vereinbart wurde, ist die Pfandsomme im Rahmen des vorliegenden summarischen Verfahrens glaubhaft gemacht.

3.4. Verzugszinsen

Befindet sich der Forderungsschuldner in Verzug, können auch Verzugszinsen eingetragen werden.⁷ 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) glaubhaft zu machen (Art. 961 Abs. 3 ZGB).⁸ 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.⁹

Die Gesuchstellerin verlangt auf den bereits in Rechnung gestellten, aber unbezahlt gebliebenen Rechnungen überdies auch die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für Verzugszinsen in Höhe von 5 %, nämlich auf Fr. 53'850.00 seit dem 8. Mai 2023 und auf Fr. 13'000.00 seit dem 20. August 2023. Sie beruft sich darauf, dass in den Rechnungen jeweils eine Zahlungsfrist von 10 Tagen gesetzt worden sei (Gesuch Rz. 19). Die Gesuchsgegnerin bestreitet den Verzugszinsanspruch der Gesuchstellerin (Antwort Rz. 32 f.).

Wie bereits mit Verfügung vom 13. Oktober 2023 festgestellt, kann die Rechnung über Fr. 13'000.00 vom 10. August 2023 (GB 11) nicht als vorgezogene Mahnung gelten, enthält diese Rechnung doch anders als jene vom 28. April 2023 (GB 10) keine Zahlungsfrist (E. 5.3. der Verfügung vom 13. Oktober 2023).

Weiter ist der Unternehmer dem Grundsatz von Art. 372 OR nach vorleistungspflichtig und wird die Werklohnvergütung daher erst bei Ablieferung des Werkes fällig.¹⁰ Für beide Rechnungen fehlen schlüssige Ausführungen der Gesuchstellerin dazu, wieso sie zur Stellung von Akonto- oder Abschlagsrechnungen berechtigt gewesen sein sollte. Wird von der Vereinbarung der SIA-Norm 118 ausgegangen – was aufgrund des handschriftlichen Vermerks auf der von der Bauleitung unterschriebenen Offerte vom

⁷ 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.

⁸ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 529.

⁹ 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.

¹⁰ GAUCH (Fn. 6), N. 1153.

7. Mai 2023 zur Schliessung des Kranlochs zumindest nicht ganz ausgeschlossen erscheint (GB 9) –, wäre die Bestimmung von Art. 148 SIA-Norm 118 zu beachten. Diese besagt, dass Abschlagszahlungen mit Eingang des ordnungsgemäss abgefassten Zahlungsbegehrens fällig werden. Dass das Zahlungsbegehren ordnungsgemäss abgefasst sei, wird von der Gesuchsgegnerin bestritten (Antwort Rz. 32) und ist auch nicht ersichtlich. Unklar ist dabei nicht nur die Vertragskonformität der zehntägigen Zahlungsfrist (vgl. Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118). Vielmehr wäre bei Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 auch fraglich, ob der geltend gemachte Verzugszinssatz von 5 % vereinbart wurde. Die SIA-Norm 118 nämlich sieht die Massgeblichkeit des am Zahlungsort üblichen Zinssatzes für bankmässige Kontokorrent-Kredite vor (vgl. Art. 190 Abs. 1 Satz 5 SIA-Norm 118).

Damit ist nicht glaubhaft gemacht, dass die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin auf die ausstehende Werklohnsumme auch Verzugszins schuldet.

4. Eintragungsfrist

4.1. Parteibehauptungen

4.1.1. Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin behauptet, nach erfolgter Fertigstellung der Rohbauarbeiten, habe sie am 13. und 14. Juni 2023 die Schalungen demontiert und abtransportiert. Dieser Arbeitsschritt sei der letzte notwendige Schritt zur Fertigstellung der vereinbarten Arbeiten gewesen (Gesuch Rz. 7 f., 23).

4.1.2. Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Einhaltung der viermonatigen Verwirkungsfrist zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Antwort Rz. 12 ff., 17 ff.).

Weil die Gesuchstellerin selbst ausführe, zwei Verträge abgeschlossen zu haben, beginne die Viermonatsfrist für Bauarbeiten in jedem Vertragsverhältnis getrennt zu laufen (Antwort Rz. 12). Dass die Arbeiten der beiden Verträge eine funktionelle Einheit bildeten, habe die Gesuchstellerin nicht behauptet und werde bestritten. Es sei denn auch eine separate Rechnungsstellung erfolgt. Wann die letzten Arbeiten betr. Kranloch getätigt worden seien, werde nicht ausgeführt (Antwort Rz. 13). Diesbezüglich sei auch zu berücksichtigen, dass auf dem Grundstück insgesamt drei unterschiedliche Mehrfamilienhäuser realisiert würden. Die Gesuchstellerin lege aber nicht dar, welche Arbeiten an welchem Haus geschuldet gewesen und welche konkreten Vollendungsarbeiten wann an welchem Haus verrichtet worden seien. Ein funktioneller Zusammenhang zwischen den Mehrfamilienhäusern bestehe nicht. Auch bestreitet die Gesuchsgegnerin, dass die Bauarbeiten der Gesuchstellerin sukzessive bzw. in einem Zug und ohne Unterbruch erbracht worden seien (Antwort Rz. 15, 24 ff.). Es sei daher von einem getrennten Fristenverlauf für die drei Mehrfamilienhäuser auszugehen. Das Gesuch verliere daher an Schlüssigkeit, weil unklar bleibe, wie

die angebehrte Pfandsomme auf die drei Mehrfamilienhäuser aufzuteilen wäre und wann welche Vollendungsarbeiten an welchem Haus verrichtet worden seien (Gesuch Rz. 30).

Weiter bestreitet die Gesuchsgegnerin, dass die Gesuchstellerin die Schalungen nach erfolgter Fertigstellung der Rohbauarbeiten am 13. und 14. Juni 2023 *demontiert* und abtransportiert habe bzw. die Schalung entfernt worden sei und das Deckenmaterial *demontiert*, abtransportiert und von Hand aufgeladen worden sei und dass dieser Arbeitsschritt der letzte notwendige Schritt zur Fertigstellung gewesen sei. Dies ergebe sich aus den eingereichten Stundenrapporten nicht. Die entsprechenden Ausschaltungsarbeiten seien denn auch im Rapport vom Mai 2023 vermerkt und dann spätestens abgeschlossen worden. Nach dem Abschluss der Arbeiten im Mai 2023 seien daher keine Arbeiten mehr erfolgt (Gesuch Rz. 19, 21). Weiter werde bestritten, dass dieser Schritt unerlässlich gewesen sei, um die geschuldete Werkvertragsleistung abschliessen zu können (Gesuch Rz. 21). Hinzu komme, dass der Gesamtprojektleiter der Gesuchsgegnerin am 14. Juni 2023 selbst vor Ort gewesen sei und die Fahrzeuge sämtlicher vor Ort tätigen Unternehmer fotografiert habe. Bezeichnenderweise habe er keine Mitarbeiter der Gesuchstellerin gesehen (Antwort Rz. 22).

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).¹¹ Die Eintragungsfrist 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.¹²

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.¹³

¹¹ BGE 126 III 462 E. 4c.aa; BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 1), Art. 839/840 N. 29.

¹² BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 1), Art. 839/840 N. 31a.

¹³ BGer 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4 m.w.N.

4.3. Würdigung

Vorliegend wurde das Bauhandwerkerpfandrecht am 13. Oktober 2023 im Tagebuch eingetragen, womit die Gesuchstellerin glaubhaft zu machen hat, dass sie am 13. Juni 2023 oder zu einem späteren Zeitpunkt noch die die Eintragsfrist auslösenden Arbeiten durchgeführt hat. Diesbezüglich macht sie mit dem Regie-Tagesrapport vom 13. und 14. Juni 2023 glaubhaft, dass sie an diesen Tagen auf dem streitgegenständlichen Grundstück Leistungen erbracht hat (GB 5). Die von der Gesuchsgegnerin eingereichten drei Fotos, die angeblich an denselben Tagen aufgenommen worden seien und Fahrzeuge mit der Beschriftung von Drittunternehmen zeigen (AB 3), vermögen dies nicht zu entkräften. Die Gesuchsgegnerin kann nicht nachweisen, dass sich die Gesuchstellerin an den genannten Tagen nicht auf der Baustelle aufgehalten hat. Die Fotos bieten lediglich einen eingeschränkten Einblick in die Baustellensituation und widerspiegeln nur einen spezifischen, hier nicht identifizierbaren Zeitpunkt.

Fraglich ist, ob es sich bei den an diesen Tagen vorgenommenen Arbeiten um Vollendungsarbeiten handelte. Der Gesuchsgegnerin ist beizupflichten, dass reine Aufräumarbeiten wie Reinigungsarbeiten, Demontage und Abtransport von Maschinen, Geräten oder in diesem Fall das blosses Aufladen und Abtransportieren von Material nicht als Vollendungsarbeiten i.S.v. Art. 839 Abs. 2 ZGB zählen.¹⁴ Anders sieht es aus, wenn objektspezifische Elemente der Baustelleneinrichtung demontiert und abtransportiert werden müssen.¹⁵ So ist die Entfernung der für die Erstellung eines betonierten Bauteils notwendigen Schalung eine unabdingbare Verrichtung, welche die Tätigkeit des Unternehmers beendet.¹⁶

Die Gesuchstellerin führt aus, ihre Arbeiter hätten an diesen Tagen Deckenmaterial demontiert bzw. die Schalung entfernt, abtransportiert und von Hand aufgeladen (Gesuch Rz. 8). Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass im Juni noch Ausschaltungsarbeiten durchgeführt worden seien. Tatsächlich weisen die Regie-Rapporte vom 13. und 14. Juni 2023 lediglich folgende Arbeiten aus (GB 5):

Datum:	Ausgeführte Arbeiten
13.06	Decke und. abtransportieren Alle mat. mit von Hand aufladen
14.06	== li = li =

¹⁴ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1092; vgl. auch HGer ZH, HE190203 E. 5.2.

¹⁵ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), Fn. 1197 zu N. 1092.

¹⁶ BGE 120 II 389 (= Pra 84 (1995) Nr. 119) E. 1c.

Die Demontage der Schalung erfolgte hingegen, worauf die Gesuchsgegnerin zu Recht hinweist, gemäss den Regie-Rapporten bereits am 19. Mai 2023 (GB 5). E._____ sagte gegenüber der Gesuchsgegnerin mit E-Mail vom 19. Oktober 2023 aus, dass die Ausschalung am 14. Mai 2023 erledigt worden sei (AB 1). Insgesamt erscheint es auch unter der stark herabgesetzten Beweismassschwelle nicht glaubhaft, dass die Gesuchstellerin im Juni 2023 noch Ausschaltungsarbeiten vorgenommen hat. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin am 13. und 14. Juni 2023 nur noch Material wegfürte. Am 1. September 2023 hat die Gesuchstellerin sodann Holzfräsen und weiteres Material abtransportiert. Der reine Abtransport von Material qualifiziert aber, wie ausgeführt, nicht als Vollendungsarbeit und ist daher für den Fristenlauf ohne Bedeutung. Die Gesuchstellerin hat denn auch nicht dargelegt, dass dieser für die Werkvollendung unerlässlich gewesen wäre.

Die Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vom 13. Oktober 2023 erfolgte daher nicht innert der Viermonatsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB, womit der Anspruch der Gesuchstellerin auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts verwirkt ist. Das Gesuch ist dementsprechend abzuweisen.

5. 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.

5.1. Gerichtskosten

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 derselben Höhe verrechnet.

5.2. Parteientschädigung

Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin zudem eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung wird nach dem Streitwert – vorliegend Fr. 77'977.46 – bemessen (vgl. § 3 AnwT; SAR 291.150). Ausgehend von einer Grundentschädigung von rund Fr. 21'751.60 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 5 AnwT) resultiert nach Vornahme eines Summarabzugs von 75 % (§ 3 Abs. 2 AnwT) ein Betrag von rund Fr. 2'771.60. Damit sind insbesondere eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (vgl. § 6 Abs. 1 AnwT). Nach weiteren Abzügen von 20 % wegen der nicht durchgeführten Verhandlung (§ 6 Abs. 2 AnwT), resultiert ein Betrag in Höhe von rund Fr. 2'217.30. Nach Hinzurechnung einer Auslagenpauschale (§ 13 Abs. 1

AnwT) von praxisgemäss 3 % resultiert ein Betrag in Höhe von gerundet Fr. 2'283.80, den die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin als Parteientschädigung zu bezahlen hat.

Dem gesuchsgegnerischen Antrag auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzuschlags ist nicht zu entsprechen. Die Gesuchsgegnerin 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).¹⁷ Die Mehrwertsteuer stellt somit keinen zusätzlichen Kostenfaktor dar und ist bei der Bemessung der Parteientschädigung deshalb nicht zu berücksichtigen.

Der Präsident erkennt:

1.

Das Gesuch vom 12. Oktober 2023 wird **abgewiesen**.

2.

Das **Grundbuchamt T._____** wird angewiesen, die zu Gunsten der Gesuchstellerin vorgenommene Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Art. 837/839 i.V.m. Art. 961 ZGB auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin, GB S._____ für die Pfandsumme von Fr. 77'977.46 zuzüglich Zins zu 5 % auf Fr. 53'850.00 ab dem 8. Mai 2023 **zu löschen**.

3.

3.1.

Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 2'050.00 sind der Gesuchstellerin zu tragen und werden mit dem von ihr in derselben Höhe geleisteten Gerichtskostenvorschuss verrechnet.

3.2.

Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin Parteikosten in richterlich festgesetzter Höhe von Fr. 2'283.80 (inkl. Auslagen) zu bezahlen.

Zustellung an:

- die Gesuchstellerin (Vertreter; zweifach)
- die Gesuchsgegnerin (Vertreterin; zweifach)

¹⁷ 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 18. Dezember 2023).

Zustellung an:

- **das Grundbuchamt T. _____** (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, 21. Dezember 2023

Handelsgericht des Kantons Aargau

1. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiberin:

Dubs

Näf

