

HSU.2023.43 / SB / mv

Entscheid vom 4. Dezember 2023

Besetzung	Oberrichter Vetter, Vizepräsident Gerichtsschreiber Bisegger Gerichtsschreiberin-Stv. Hunziker
-----------	--

Gesuchstellerin	D. _____ AG, vertreten durch MLaw Kim Attenhofer, Rechtsanwältin, Mellingerstrasse 2a, Postfach 2078, 5402 Baden
-----------------	--

Gesuchsgegnerin	A. _____ AG, vertreten durch lic. iur. Roman Bruhin und MLaw Ramona von Riedmatten, SwissLegal (Zürich) AG, Rechtsanwälte, Räffelstrasse 12, 8045 Zürich
-----------------	--

Gegenstand	Summarisches Verfahren betreffend provisorische Eintragung eines Bauhanderkerpfandrechts
------------	--

Der Vizepräsident entnimmt den Akten:

1.

Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in T. _____ (AG). Sie hat insbesondere [...] zum Zweck (Gesuchsbeilage [GB 3]).

2.

Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in U. _____ (GR). Sie bezweckt [...] (GB 4).

Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümer des Grdst.-Nr. 2815 GB V. _____ (E-GRID: 35706 67715 61; GB 2).

3.

Mit Werkvertrag vom 4./15. März 2022 hat sich die Gesuchstellerin gegenüber der Gesuchsgegnerin verpflichtet, auf der Gesamtüberbauung "H, W. _____" Baumeisterarbeiten für fünf Einfamilienhäuser inkl. Einstellhalle zu erbringen (Klage Rz. 6; KB 5). Die Gesamtüberbauung "H, W. _____" besteht aus den Grdst.-Nr. 2546 GB V. _____ (EFH 1), 2814 GB V. _____ (EFH 2), 2815 GB V. _____ (EFH 3), 2816 GB V. _____ (EFH 4) und 2548 GB V. _____ (EFH 5) (GB 8). Nach Darstellung der Gesuchstellerin hat sie die Arbeiten am 22. September 2023 abgeschlossen. Sie macht ausstehende Werklohnforderungen für ihre Leistungen in Höhe von Fr. 235'026.85 geltend (GB 6 f.).

4.

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

- " 1.
Es sei das Grundbuchamt Q. _____ gerichtlich anzuweisen, zu Gunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten der Liegenschaft der Gesuchsgegnerin, Grundbuch Q. _____, LIG V. _____ / 2815, E-GRID CH 35706 67715 61, ein Bauhandwerkerpfandrecht für den Betrag von CHF 235'026.85 vorläufig einzutragen.
2.
Die Anweisung an das Grundbuchamt Q. _____ gemäss Ziff. 1 sei superprovisorisch sofort und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin zu verfügen.
3.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

5.

Am 23. Oktober 2023 erliess der Vizepräsident folgende Verfügung:

1.

Der Eingang des Gesuchs vom **18. Oktober 2023** wird den Parteien bestätigt.

2.

Das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen vom 18. Oktober 2023 wird **abgewiesen**.

3.

Die **Gesuchstellerin** hat mit beiliegendem Einzahlungsschein bis zum **7. November 2023** einen Gerichtskostenvorschuss von **Fr. 3'000.00** an die Obergerichtskasse zu bezahlen (Art. 98 ZPO i.V.m. Art. 101 ZPO).

4.

Der Gesuchsgegnerin wird **Frist bis 7. November 2023** für die Erstattung einer schriftlichen Antwort angesetzt.

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.

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

6.

Mit Gesuchsantwort vom 7. November 2023 stellte die Gesuchsgegnerin folgende Rechtsbegehren:

" **1.**

Die Anträge der Gesuchstellerin seien abzuweisen.

2.

Eventualiter sei das Grundbuchamt Q.____ gerichtlich anzuweisen, zu Gunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten der Liegenschaft der Gesuchsgegnerin, Grundbuch Q.____, LIG V.____ / 2815, E-GRID CH 35706 67715 61, ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsomme von lediglich CHF 42'217.56 vorläufig einzutragen.

3.

Subeventualiter sei das Grundbuchamt Q.____ gerichtlich anzuweisen zu Gunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten der Liegenschaft der Gesuchsgegnerin, Grundbuch Q.____, LIG

V.____ / 2815, E-GRID CH 35706 67715 61, ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsomme von lediglich CHF 47'750.41 vorläufig einzutragen.

4.

Ebenfalls eventualiter, sollte das Grundbuchamt gerichtlich angewiesen werden, ein Bauhandwerkerpfandrecht zu Gunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten der Liegenschaft der Gesuchsgegnerin, Grundbuch Q.____, LIG V.____ / 2815, E-GRID CH 35706 67715 61, vorläufig einzutragen, sei der Gesuchstellerin eine Frist von höchstens 60 Tagen gerechnet ab Rechtskraft des Entscheids betreffend vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts, anzusetzen, um Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts einzureichen.

5.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin."

7.

Mit Stellungnahme vom 16. November 2023 hielt die Gesuchstellerin an den Anträgen gemäss Gesuch vom 18. Oktober 2023 fest.

8. Zuständigkeit

8.1.

Bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts handelt es sich um einen Anwendungsfall des vorsorglichen Rechtsschutzes i.S.v. Art. 261 ff. ZPO.¹ Für den Erlass superprovisorischer und vorsorglicher Massnahmen ist deshalb das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist oder am Ort, wo die Massnahme vollstreckt werden soll, zwingend örtlich zuständig (Art. 13 ZPO). Für Klagen auf Errichtung gesetzlicher Pfandrechte ist das Gericht am Ort, an dem das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist, zuständig (Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO).

Das Grundstück der Gesuchsgegnerin, auf welchem die Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig eintragen lassen will, befindet sich in V.____ (AG) (GB 2). Die örtliche Zuständigkeit der aargauischen Gerichte ist daher gegeben.

8.2.

Die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters am Handelsgericht für den Erlass superprovisorischer und vorsorglicher Massnahmen ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 5 ZPO und § 13 Abs. 1 lit. a EG ZPO, da die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist, gegen den Entscheid – bei einem Streitwert von Fr. 235'026.85 (vgl. Art. 51-53 BGG) – die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht

¹ BGE 137 III 563 E. 3.3.

offen steht und die Parteien im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind.

8.3.

Die Streitsache ist im summarischen Verfahren zu behandeln (Art. 248 lit. a i.V.m. Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO).

9. Allgemeine Voraussetzungen der vorläufigen Eintragung

9.1.

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).

9.2.

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.² 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.³ Letztlich läuft es darauf hinaus, dass der gesuchstellende Unternehmer nur die blosse Möglichkeit eines Anspruchs auf ein Bauhandwerkerpfandrecht nachzuweisen hat.⁴

10. Pfandsumme

10.1. Parteibehauptungen

Die Gesuchstellerin behauptet, sie habe für die aus dem Werkvertrag vom 4. / 15. März 2022 geleisteten Arbeiten gegenüber der Gesuchsgegnerin noch eine offene Forderung für pfandberechtigte Arbeiten über mindestens Fr. 235'026.85 (Gesuch Rz. 7 f.; GB 6 f.).

Die Gesuchsgegnerin äussert sich nicht zur Höhe der behaupteten Pfandsumme.

² 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, 7. Aufl. 2023, Art. 839/840 N. 37 je m.w.N.

³ 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. 2), N. 1533.

⁴ SCHUMACHER/REY (Fn. 2), N. 1535; VETTER/CARBONARA, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2023, N. 51 f.

10.2. 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.⁵

10.3.

Mangels Bestreitung der Gesuchsgegnerin gilt die von der Gesuchstellerin behauptete Pfandsumme in Höhe von Fr. 235'026.85 als nicht bestritten und kann gestützt auf Art. 150 ZPO dem Entscheid ohne weiteres zugrunde gelegt werden.⁶

11. Pfandobjekt

11.1. Parteibehauptungen

11.1.1. Gesuchstellerin

Das Grdst.-Nr. 2815 GB V. _____ (EFH 3) sei Teil der Gesamtüberbauung "H, W. _____", für welche die Gesuchstellerin Werkarbeiten gemäss Werkvertrag vom 4./15. März 2022 mit der Gesuchsgegnerin als Bauherrin ausgeführt habe. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung sei im Verfahren der vorläufigen Eintragung eines Pfandrechts im Grundbuch bei Gesamtüberbauungen jede einzelne Pfandsumme in der Höhe zu veranschlagen, wie sie für das betroffene Grundstück maximal ausfallen könne. Im späteren Verfahren um definitive Pfandeintragung könne eine Abstimmung und Berichtigung der Pfandsummen vorgenommen, folglich auch zu hohe Pfandsumme herabgesetzt werden (Gesuch Rz. 10).

Vorliegend seien die vorgenannten Leistungen der Gesuchstellerin auf fünf Grundstücken der Gesamtüberbauung "H, W. _____" erbracht worden. Gemäss Ausmassprotokoll Baumeisterarbeiten Nr. 222037 vom 18. September 2023 seien durch die Gesuchstellerin auf dem streitgegenständlichen Grundstück-Nr. 2815 GB V. _____ Arbeiten im Umfang von mindestens Fr. 278'934.50 geleistet worden. Es sei vorliegend nicht zumutbar, bereits im Verfahren um provisorischen Pfandeintrag den genauen, auf dem genannten Grundstück tatsächlich erbrachten Arbeitsaufwand abschliessend zu bestimmen. Vor diesem Hintergrund sei die Pfandsumme für die vorläufige Eintragung im Grundbuch in der Höhe zu veranschlagen, wie sie für

⁵ SCHUMACHER/REY (Fn. 2), N. 513.

⁶ VETTER/CARBONARA (Fn. 4), N. 76 m.w.N.

das betreffende Grundstück maximal ausfallen könne. Es werde diesbezüglich auf die ausstehende Werklohnforderung der gesamthaft auf den Grundstücken der Gesamtüberbauung erbrachten Arbeiten verwiesen. Damit sei erstellt, dass die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts in der Höhe von Fr. 235'026.85 zu Lasten des Grdst.-Nr. 2815 GB V._____ zulässig sei (Gesuch Rz. 11; GB 2 und 9).

11.1.2. Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin ist der Auffassung, dass die Gesuchstellerin die Obliegenheit verletzt habe, die Pfandsumme auf die fünf Grundstücke aufzuteilen, für die Leistungen erbracht worden seien. Habe der Unternehmer pfandberechtigte Arbeiten für mehrere Grundstücke ausgeführt, müsse er die Vergütungsforderung auf die betroffenen Grundstücke nach dem für diese jeweils tatsächlich erbrachten Anteil an den Bauarbeiten aufteilen und könne jedes Grundstück nur mit dem entsprechenden Anteil an der Vergütungsforderung grundpfandrechtlich belasten. Für jedes Grundstück müsse der Unternehmer seine Leistung konkret beziffern und darlegen. Eine Ausnahme vom Bezifferungserfordernis rechtfertige sich nur in Ausnahmefällen. Kämen mehrere Grundstücke in Frage, sei im Verfahren um vorläufige Eintragung die Berücksichtigung einer Sicherheitsmarge von 10 bis 20 % auf den Teilpfandsummen zulässig (Antwort Rz. 7).

Die Voraussetzung für eine Ausnahme vom Bezifferungserfordernis sei vorliegend keineswegs gegeben: Technisch sowie aus Sicht der separaten Buchführung und Rechnungsstellung bzw. getrennten Baustellenabrechnung wäre es ohne weiteres möglich gewesen, die Teilpfandsumme für das Grdst.-Nr. 2815 GB V._____ zu ermitteln, dies namentlich unter Beizug der Ausmasse, weil jedes einzelne Objekt ausgemessen worden sei (Antwort Rz. 11, GB 2).

11.2. Rechtliches

Gemäss Art. 798 Abs. 1 ZGB kann auf mehreren Grundstücken für eine Forderung ein Grundpfandrecht errichtet werden, wenn die Grundstücke dem nämlichen Eigentümer gehören oder im Eigentum solidarisch verpflichteter Schuldner stehen. Beim Bauhandwerkerpfandrecht haftet jedes Grundstück indessen nur für die jeweils auf ihm selbst eingetretene Wertvermehrung. Entsprechend sind beim Bauhandwerkerpfandrecht Gesamtpfandrechte grundsätzlich ausgeschlossen.⁷ Werden auf mehreren Grundstücken pfandberechtigte Leistungen erbracht, so muss die Pfandsumme daher gewöhnlich auf die einzelnen Parzellen verteilt werden.⁸ Die Aufteilung hat derart zu erfolgen, dass jedes einzelne Grundstück nur mit demjenigen Anteil belastet wird, der dem Anteil an den Bauarbeiten entspricht, die tatsächlich für das betreffende (belastete) Grundstück erbracht worden

⁷ SCHUMACHER/REY (Fn. 2), N. 533.

⁸ BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 2), Art. 839/840 N. 18 m.w.N.

sind. Die sich aus der Aufteilung ergebenden Teilbeträge sind in der Folge als Teilpfandrechte i.S.v. Art. 798 Abs. 2 ZGB einzutragen.⁹ Der Unternehmer hat grundsätzlich nachzuweisen, welche konkreten Leistungen an Arbeit und Material er zu welchen Preisen für jedes einzelne Grundstück erbracht hat.¹⁰ Im Verfahren betreffend vorläufige Eintragung ist indes – aufgrund der drohenden Verwirkung bei Nichteintragung innerhalb der Frist von Art. 839 Abs. 2 ZGB – eine Aufteilung auf die einzelnen Liegenschaften nach Bruchteilen (etwa auf der Grundlage von Quadrat- oder Kubikmeterzahlen) statthaft. Die im Grundbuch vorläufig eingetragenen Teilpfandsummen sind dann im Verfahren betreffend definitive Eintragung aufgrund konkreter Nachweise der auf den verschiedenen Grundstücken erbrachten Leistungen zu berichtigen.¹¹

Ausnahmsweise darf nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch ein Bauhandwerkerpfandrecht als Gesamtpfandrecht eingetragen werden. Dies allerdings nur in seltenen Ausnahmekonstellationen. Es handelt sich hierbei meist um Fälle, bei denen die Beteiligten es versäumt haben, die Grundbucheintragungen den neuen Verhältnissen anzupassen (z.B. Eigentümerwechsel; Trennung oder Vereinigung von Grundstücken bei einer Grenzverschiebung oder Güterzusammenlegung; laufendes Landumlegungsverfahren; noch nicht vollzogene Vereinigung von Grundstücken, auf denen ein Gebäude, das eine funktionale Einheit darstellt [wie bspw. ein Einkaufszentrum], errichtet wird).¹² Falls die belasteten Grundstücke verschiedenen Eigentümern gehören, ist ein Gesamtpfandrecht ausgeschlossen.¹³

11.3. Würdigung

11.3.1.

Gemäss Grundbuch gehören vorliegend die fünf Grdst.-Nr. 2546 GB V.____ (EFH 1), 2814 GB V.____ (EFH 2), 2815 GB V.____ (EFH 3), 2816 GB V.____ (EFH 4) und 2548 GB V.____ (EFH 5) jeweils anderen Eigentümern. Ein Gesamtpfandrecht ist daher auch bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ausgeschlossen.

Die Gesuchstellerin räumt selber ein, dass die behauptete offene Werklohnforderung von Fr. 235'026.85 alle fünf Grundstücke betrifft (Gesuch Rz. 8 und 10 f.). Falls die Gesuchstellerin diesen Gesamtbetrag mittels eines Bauhandwerkerpfandrechts hätte sicherstellen wollen, hätte sie diesen

⁹ SCHUMACHER/REY (Fn. 2), N. 861 ff.; vgl. BRITSCHGI, Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band/Nr. 30, 2008, S. 103-118, 105, 113 f.; vgl. auch MATHIS, Das Bauhandwerkerpfandrecht in der Gesamtüberbauung und im Stockwerkeigentum, 1988, S. 150, 152.

¹⁰ SCHUMACHER/REY (Fn. 2), N. 865 ff.; BRITSCHGI (Fn. 9), S. 114; MATHIS (Fn. 9), S. 152.

¹¹ Vgl. SCHUMACHER/REY (Fn. 2), N. 868; BRITSCHGI (Fn. 9), S. 115; MATHIS (Fn. 9), S. 150 f.

¹² SCHUMACHER/REY (Fn. 2), N. 534 ff.

¹³ SCHUMACHER/REY (Fn. 2), N. 533.

Gesamtbetrag auf die fünf betroffenen Grundstücke aufteilen müssen, allenfalls unter Hinzurechnung einer Sicherheitsmarge. Es ist jedoch unzulässig, die gesamte offene Werklohnforderung unabhängig der dort effektiv erbrachten Arbeits- und Materialleistungen auf einem einzigen der insgesamt betroffenen fünf Grundstücke sicherzustellen. Daran ändert auch nichts, dass sich nur noch das Grdst.-Nr. 2815 GB V._____ im Eigentum der Gesuchsgegnerin befindet, die zugleich Bestellerin des Werkvertrags vom 4. / 15. März 2022 und damit Schuldnerin der behaupteten offenen Werklohnforderung ist.

Wie dargelegt, haftet das Grdst.-Nr. 2815 GB V._____ nicht für die gesamte noch ausstehende Werklohnforderung der Gesuchstellerin, sondern lediglich im Umfang auf der auf ihm eingetretenen Wertvermehrung. Aufgrund des vorhandenen Ausmass-Protokolls Baumeisterarbeiten Nr. 222037 vom 18. September 2023 (GB 9) wäre es für die Gesuchstellerin ohne weiteres möglich und zumutbar gewesen, diese Aufteilung vorzunehmen. Eine Zeitnot aufgrund der ablaufenden Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB bestand jedenfalls nicht, da diese gemäss eigenen Behauptungen der Gesuchstellerin frühestens am 22. Januar 2024 enden würde (Gesuch Rz. 13). Weshalb die Gesuchstellerin diese Pfandrechtsaufteilung nicht gemacht hat, bringt sie nicht einmal in ihrer Stellungnahme vom 16. November 2023 vor.

Die Gesuchsgegnerin zeigt in der Gesuchsantwort auf, dass die Aufteilung der offenen Werklohnforderung gestützt auf das vorhandene Ausmass-Protokoll Baumeisterarbeiten Nr. 222037 vom 18. September 2023 (GB 9) auf das Grdst.-Nr. 2815 GB V._____ ohne weitere möglich ist (Antwort Rz. 18 ff.). Diese Behauptungen der Gesuchsgegnerin hat die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme nicht bestritten (pauschale Bestreitungen reichen nicht aus, selbst wenn sie explizit erfolgen). Folglich können diese Tatsachen und damit die aufgeteilte Pfandsomme von Fr. 42'217.56 dem Entscheid ohne weiteres zugrunde gelegt werden, da über gemäss Art. 150 ZPO über nicht bestrittene Tatsachen kein Beweis geführt zu werden braucht.¹⁴

12. Eintragungsfrist

12.1. Parteibehauptungen

12.1.1. Gesuchstellerin

Auf dem Grdst.-Nr. 2815 GB V._____ seien am 22. September 2023 die letzten pfandberechtigten Arbeiten erfolgt (Gerüst bei Balkon entfernt, DW angeschlossen, Rohr 110 2 m, Muffe 1 Stk. [GB 11]). Der hauptsächliche Gerüstabbau an der streitgegenständlichen Liegenschaft Grdst.-Nr. 2815 GB V._____ sei nur wenige Tage zuvor, nämlich am 15. September 2023, durch die Gesuchstellerin erfolgt (Stellungnahme vom 16. November 2023

¹⁴ VETTER/CARBONARA (Fn. 4), N. 76 m.w.N.

Rz. 3; Replikbeilage 1). Diese Arbeiten seien auch nicht treu- und sittenwidrig verzögert wurde, so dass auch keine «kalte Erstreckung» vorliegen würde (Stellungnahme vom 16. November 2023 Rz. 4).

12.1.2. Gesuchsgegnerin

Nach Auffassung der Gesuchsgegnerin würde es sich beim Gerüstabbau vom 22. September 2023 um eine nebensächliche Arbeit handeln. Zudem habe die Gesuchstellerin das Gerüst beim Balkongeländer unbenutzt stehen gelassen und die Eintragsfrist damit «kalt erstreckt». Die letzten nicht nur nebensächlichen Arbeiten seien dagegen spätestens am 21. Februar 2023 vollendet worden (Antwort Rz. 15 f.; Antwortbeilage 16).

12.2. Rechtliches

Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts muss bis spätestens vier Monate nach der Arbeitsvollendung erfolgen, andernfalls verwirkt der Anspruch (Art. 839 Abs. 2 ZGB).¹⁵ 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.¹⁶

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.¹⁷

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.¹⁸

¹⁵ BGE 126 III 462 E. 4c.aa; BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 2), Art. 839/840 N. 29.

¹⁶ BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 2), Art. 839/840 N. 31a.

¹⁷ BGer 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4 m.w.N.

¹⁸ SCHUMACHER/REY (Fn. 2), N. 1182 ff.; BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 2), Art. 839/840 N. 30; BRITSCHGI (Fn. 9), S. 55 f.

12.3. Würdigung

Entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin ist die abgeschlossene Demontage des Baugerüsts Arbeitsvollendung.¹⁹ Die Gesuchstellerin macht mit dem Tagesrapport vom 15. September 2023 (Replikbeilage 1) glaubhaft, dass sie an diesem Tag beim streitgegenständlichen Haus 3 das Gerüst demontiert hat. Folglich ist die Viermonatsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB ungeachtet der Frage, ob es sich bei den mittels Tagesrapport vom 22. Februar 2023 (GB 11) ebenfalls glaubhaft gemachten Arbeiten, tatsächlich um Vollendungsarbeiten handelt, eingehalten.

13. Ergebnis

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandsumme von Fr. 42'217.56 erfüllt sind und das Grundbuchamt Q._____ entsprechend anzuweisen ist, diese Eintragung vorzunehmen.

14. 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.²⁰ 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.²¹

15. Prozesskosten

Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 95 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Vorliegend obsiegt die Gesuchstellerin mit rund 18 % (Fr. 42'217.56 / Fr. 235'026.85 * 100), so dass sie 82 % der Prozesskosten zu tragen hat.

15.1.

Unter Berücksichtigung des verursachten Aufwands sowie des Umfangs der Streitigkeit werden die Gerichtskosten auf Fr. 3'000.00 festgesetzt (§ 8 VKD; SAR 221.150). Gestützt auf Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO werden sie vorab mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'000.00 verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat der

¹⁹ SCHUMACHER/REY (Fn. 2), N. 1082.

²⁰ SCHUMACHER/REY (Fn. 2), N. 1663 ff.

²¹ BGE 143 III 554 E. 2.5.2 m.w.N.; vgl. auch SCHUMACHER/REY (Fn. 2), N. 1670.

Gesuchstellerin ihren Anteil von 18 % der Gerichtskosten, d.h. Fr. 540.00, direkt zu ersetzen (vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO).

15.2.

Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin zudem eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung wird nach dem Streitwert – vorliegend Fr. 235'026.85 – bemessen (vgl. § 3 AnwT; SAR 291.150). Ausgehend von einer Grundentschädigung von rund Fr. 12'040.60 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 9 AnwT) resultiert nach Vornahme eines Summarabzugs von 75 % (§ 3 Abs. 2 AnwT) ein Betrag von Fr. 3'010.15. 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 Fr. 2'408.15. Nach Hinzurechnung einer Auslagenpauschale (§ 13 Abs. 1 AnwT) von praxisgemäss 3 % resultiert ein Betrag in Höhe von gerundet Fr. 2'480.00. Davon fallen der Gesuchstellerin 18 %, d.h. Fr. 446.40, und der Gesuchsgegnerin 82 %, d.h. Fr. 2'033.60. Damit hat die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von netto Fr. 1'587.20 zu bezahlen.

15.3.

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 **teilweiser Gutheissung** des Gesuchs vom 18. Oktober 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. 2815 GB V.____ (E-GRID: 35706 67715 61), **vorsorglich** für eine **Pfandsumme** von **Fr. 42'217.56** bewilligt.

2.

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

3.

3.1.

Die **Gesuchstellerin** hat **bis zum 4. März 2024** beim zuständigen Gericht im ordentlichen Verfahren Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzuheben.

3.1.

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.

3.2.

Es gilt **kein Stillstand der Fristen**.

4.

4.1.

Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 3'000.00 sind mit Fr. 2'460.00 von der Gesuchstellerin und mit Fr. 540.00 von der Gesuchsgegnerin zu tragen und werden mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'000.00 verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat die von ihr zu tragenden Gerichtskosten von Fr. 540.00 der Gesuchstellerin direkt zu ersetzen.

4.2.

Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin Parteikosten in richterlich festgesetzter Höhe von Fr. 1'587.20 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 mit Abrechnung)
- die Gesuchsgegnerin (Vertreter; zweifach)
- das Grundbuchamt Q. _____ (vorab per E-Mail)

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 An-

gabe 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, 4. Dezember 2023

Handelsgericht des Kantons Aargau

2. Kammer

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin-Stv.:

Vetter

Hunziker

