

HSU.2024.9

Entscheid vom 9. April 2024

Besetzung Oberrichter Dubs, Präsident
Gerichtsschreiberin Näf

Gesuchstellerin **A._____ GmbH,**
vertreten durch Dr. iur. Michael Kikinis, Rechtsanwalt, Waffenplatz-
strasse 10, Postfach 1871, 8027 Zürich

Gesuchsgegne- **B._____ AG,**
rin vertreten durch lic. iur. Matthias Becker, Rechtsanwalt, Niederlen-
zerstrasse 10, Postfach, 5600 Lenzburg

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend superprovisorische Eintragung eines
Bauhandwerkerpfandrechts

Der Präsident entnimmt den Akten:

1.

Die Gesuchstellerin ist eine Genossenschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Q._____. Sie bezweckt insbesondere [...] (Gesuchsbeilage [GB] 1).

2.

Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in R._____. Ihr Zweck umfasst [...] (GB 3).

Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des Grundstücks GB R._____
Nr. aaa (GB 2/1).

3.

Mit Gesuch vom 11. März 2024 (gleichentags persönlich überbracht) stellte die Gesuchstellerin die folgenden Rechtsbegehren:

" 1.

Das Grundbuchamt S._____ sei gerichtlich anzuweisen, zu Lasten des Grundstücks Kat-Nr. aaa R._____, und zu Gunsten der gesuchstellerischen Partei ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsomme von CHF 59'235.00 zuzüglich Zins zu 5 % p.a. seit 26. Januar 2024 vorläufig als Vormerkung im Grundbuch einzutragen.

2.

Die Anweisung gemäss Ziffer 1 vorstehend sei durch das angerufene Gericht als vorsorgliche Massnahme und zudem superprovisorisch (d.h. zunächst ohne vorherige Anhörung der Gesuchsgegnerin) zu erteilen.

3.

Die in Ziffer 2 vorstehend beantragte superprovisorische Verfügung sei dem Grundbuchamt S._____ umgehend sowohl schriftlich als auch vorab per Telefax oder sonst elektronisch anzumelden."

4.

4.1.

Mit Verfügung vom 11. März 2024 bewilligte der Präsident den Antrag um superprovisorische Anordnung der Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im beantragten Umfang und wies das Grundbuchamt S._____ an, die Vormerkung sofort einzutragen.

4.2.

Das Grundbuchamt S._____ merkte die vorläufige Eintragung am 11. März 2024 (Tagebuchnummer bbb) im Tagebuch vor.

5.

Mit Gesuchsantwort vom 2. April 2024 (Postaufgabe: gleichentags) stellte die Gesuchsgegnerin folgende Rechtsbegehren:

"

1.

1.1.

Das Gesuch betr. Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes auf dem Grundstück LIG R.____/aaa für eine Pfandsumme von CHF 59'235.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 26.01.2024 sei abzuweisen.

1.2.

Das Grundbuchamt S.____ sei anzuweisen, die vorläufig eingetragene Pfandsumme auf dem Grundstück LIG R.____/aaa von CHF 59'235.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 26.01.2024 zu löschen.

2. Eventualiter:

2.1.

In teilweiser Gutheissung des Gesuchs sei die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes auf dem Grundstück LIG R.____/aaa für eine Pfandsumme von CHF 39'235.00 zuzüglich Zins zu 5 % ab 21.02.2024 zu bestätigen. Soweit mehr oder anderes verlangt wird, sei das Gesuch abzuweisen.

2.2.

Das Grundbuchamt S.____ sei anzuweisen, die vorläufig eingetragene Pfandsumme auf dem Grundstück LIG R.____/aaa von CHF 59'235.00 zuzüglich Zins zu 5 % ab 26.01.2024 auf CHF 39'235.00 zuzüglich Zins zu 5 % ab 21.02.2024 zu reduzieren.

3.

Im Falle der Abweisung der Begehren gemäss Ziff. 1. und der Gutheissung der Begehren gemäss Ziffer 2. sei der Gesuchstellerin sei Frist zur Einreichung einer Klage auf definitiven Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechtes gemäss vorläufiger Eintragung im Umfang gemäss Ziff. 2.1. vorstehend anzusetzen.

4.

Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, die Gesuchsbeilage 8/1 (Auftragsbestätigung zwischen Gesuchstellerin und C.____ GmbH vom 17.10.2023) zu übersetzen und eine beglaubigte Übersetzung einzureichen. Der Gesuchsgegnerin sei nach Einreichung der beglaubigten Übersetzung Frist zur Stellungnahme und zur allfälligen Ergänzung der Gesuchsantwort anzusetzen.

5.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

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 11. März 2024).

2. Allgemeine Voraussetzungen der vorläufigen Eintragung

2.1.

Die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts setzt im Wesentlichen die Forderung eines Bauhandwerkers oder Unternehmers für die Leistung von Arbeit und allenfalls von Material zugunsten des zu belastenden Grundstücks sowie die Wahrung der viermonatigen Eintragsfrist voraus (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und 839 Abs. 2 ZGB).

2.2.

Die Eintragungsvoraussetzungen sind im Verfahren betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts lediglich glaubhaft zu machen. An diese Glaubhaftmachung werden zudem weniger strenge Anforderungen gestellt, als es diesem Beweismass für vorsorgliche Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO) sonst entspricht.¹ Die vorläufige Eintragung darf nur 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 auf dem streitgegenständlichen Grundstück gestützt auf zwei Verträge mit der D._____ GmbH bauhandwerkerpfandberechtigte Leistungen erbracht (Gesuch Rz. 3). Am 12. Juli 2023 habe sie mit der D._____ GmbH einen Werkvertrag abgeschlossen, mit welchem sie es übernommen habe, für das Grundstück der Gesuchsgegnerin spezifisch hergestellte Stahlkonstruktionen für das Obergeschoss und das Dach zu einem Werkpreis von Fr. 90'000.00 zu erbringen (Gesuch

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.

Rz. 6). Bei der Ausführung habe sich gezeigt, dass die Halle mit der ursprünglichen, im Plan vom 13. April 2023 vorgesehenen Stahlkonstruktion nicht ausreichend stabil und beständig gewesen wäre. Deshalb seien die Pläne noch vor der Vollendung angepasst worden. Gemäss dem ergänzten Plan sei vorgesehen gewesen, zusätzliche Stahlelemente zu liefern und zu montieren, die die Konstruktion verstärkten. Dementsprechend habe die Gesuchstellerin mit der D._____ GmbH am 17. Oktober 2023 eine zusätzliche Auftragsbestätigung abgeschlossen, in welcher vereinbart worden sei, dass die Gesuchstellerin für zusätzliche EUR 38'700.00 entsprechende Stahlelemente liefern und montieren solle (Gesuch Rz. 7). Weiter habe E._____ mitgeteilt, dass zusätzliche Schrauben für die Befestigung der Stahlkonstruktion benötigt würden. Hierfür und für ihren eigenen Aufwand diesbezüglich habe die Gesuchstellerin der D._____ GmbH am 5. Dezember 2023 einen Betrag von Fr. 509.00 (inkl. MwSt.) in Rechnung gestellt (Gesuch Rz. 8).

Die D._____ GmbH habe der Gesuchstellerin am 25. Juli 2023 und am 21. September 2023 je eine Akontozahlung von Fr. 35'000.00 geleistet. Ausstehend seien noch Fr. 20'000.00 gemäss der Schlussrechnung vom 5. Oktober 2023 für den Werkvertrag vom 12. Juli 2023 sowie Fr. 39'235.00 für die Lieferung und Montage der zusätzlichen Stahlelemente gemäss Auftragsbestätigung vom 17. Oktober 2023 und das weitere Material (Gesuch Rz. 10 ff.).

3.1.2. Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Ausführung der Gesuchstellerin, die ursprüngliche Konstruktion sei zu wenig stabil gewesen, mit Nichtwissen (Antwort S. 6). Mit ihrer Schlussrechnung vom 5. Oktober 2023 habe die Gesuchstellerin selbst deklariert, dass die Leistungserbringung aus dem Werkvertragsverhältnis mit der D._____ GmbH abgeschlossen gewesen sei (Antwort S. 6 f.). Daran ändere nichts, wenn mit einem Plan, welcher mit dem Datum 6. Oktober 2023 versehen sei, angebliche weitere Leistungen ausgewiesen werden sollten. Aus dem Plan ergebe sich nicht, welche Leistungen noch zusätzlich hätten erfolgen sollen, noch sei der Plan unterzeichnet oder sei es näher belegt, dass dieser am 6. Oktober 2023 verfasst worden sei (Antwort S. 7). Der Inhalt der Auftragsbestätigung vom 13. Oktober 2023 über EUR 38'700.00 sei nicht bekannt. Die Auftragsbestätigung sei in einer Fremdsprache gehalten und für die Gesuchsgegnerin nicht verständlich. Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass die Auftragsbestätigung in Zusammenhang mit Leistungen der D._____ GmbH und dem Bau der Gesuchsgegnerin gestanden sei (Antwort S. 7 f.).

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

Hat ein Unternehmer sowohl Arbeit als auch Material zu liefern, ist beides bzw. ist die gesamte Vergütungsforderung des Unternehmers pfandberechtigt, unabhängig davon, ob es sich beim Material um vertret- oder unvertretbare Sachen handelt.⁵ Für blosse Materiallieferungen oder intellektuelle Arbeitsleistungen kann hingegen kein Bauhandwerkerpfandrecht eingetragen werden.⁶ 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.⁷

3.3. Würdigung

3.3.1. Vertrag vom 12. Juli 2023

Die Gesuchsgegnerin hat am 7. Juni 2023 mit der D._____ GmbH einen Werkvertrag über die Vornahme von Stahlbau, Elementfassade, Fenster, Aussen- und Innentüren sowie von weiteren Arbeiten für den Bau einer Halle auf dem streitgegenständlichen Grundstück abgeschlossen (Gesuch Rz. 22; Antwort S. 5). Diese beauftragte wiederum am 12. Juli 2023 die Gesuchstellerin mit der Herstellung, Lieferung und Montage von spezifisch hergestellten Stahlkonstruktionen zu einem Werklohn von Fr. 90'000.00 (inkl. MwSt.; GB 6/1 und 6/2). Bei diesen Arbeiten handelt es sich um solche, die zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts berechtigen, was auch die Gesuchsgegnerin nicht in Frage stellt.

Vom vereinbarten Werklohn von Fr. 90'000.00 wurden Fr. 70'000.00 mit Akontozahlungen vom 25. Juli 2023 (GB 11/1 und 11/2) und vom 21. September 2023 (GB 12/1 und 12/2) beglichen. Ausstehend sind damit noch Fr. 20'000.00 (inkl. MwSt.), wie es die Gesuchstellerin mit (Schluss)-Rechnung Nr. 2023041 vom 5. Oktober 2023 ausweist (GB 13).

3.3.2. Vertrag vom 17. Oktober 2023

Weiter hat die Gesuchstellerin auch glaubhaft gemacht, dass die D._____ GmbH sie am 17. Oktober 2023 mit zusätzlichen Arbeiten im Zusammenhang mit der Errichtung der Halle betraute.

⁴ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 513.

⁵ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 230.

⁶ 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.

⁷ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 273 ff.; vgl. auch BGE 136 III 6 E. 5.3.

Die Auftragsbestätigung vom 17. Oktober 2023 enthält zwar lediglich den Werkpreis von total € 40'000.00, ohne dass der Leistungsumfang ausdrücklich festgehalten wird. Der Auftragsbestätigung angehängt ist ein Vertrag zwischen der Gesuchstellerin und der F._____ vom 13. Oktober 2023, welcher ausschliesslich in albanischer Sprache vorliegt (GB 8/1). Der Gesuchsgegnerin ist beizupflichten, dass die Verpflichtung zum Gebrauch der Amtssprache (Art.129 ZPO) grundsätzlich die Übersetzung einer in einer Fremdsprache eingereichten Urkunden erfordert.⁸ Im Rahmen des vorliegenden summarischen Verfahrens, in welchem das Beweismass besonders stark herabgesetzt ist, kann jedoch darauf verzichtet werden. Die Auftragsbestätigung wurde von denselben Personen unterzeichnet wie der Werkvertrag vom 12. Juli 2023 (GB 6/1 und GB 8/1). Die Verbindung zum Projekt der Gesuchsgegnerin ergibt sich nicht nur aus den gestellten Rechnungen (vgl. GB 4 und 5), sondern auch aus der schriftlichen Auskunft von G._____. Dieser gibt an, dass die Gesuchstellerin gemäss zwei separaten Verträgen für die Lieferung und Montage der Stahlkonstruktion des Bauprojekts der Gesuchsgegnerin verantwortlich gewesen sei und zusätzliche Schrauben geliefert habe (GB 7). Ein weiteres Indiz für die Beauftragung der Gesuchstellerin ist schliesslich der Umstand, dass die Gesuchstellerin auch nach Ausstellung der Schlussrechnung für den Werkvertrag vom 12. Juli 2023 weiterhin am Objekt gearbeitet hat, wie aus den Gesuchsbeilagen 14 f. hervorgeht.

Der Plan des Stahlskeletts der Halle, datiert vom 6. Oktober 2023, zeigt im Vergleich zum ursprünglichen Plan vom 13. April 2023 zusätzliche horizontal verlaufende Stahlträger auf mittlerer Höhe und Bodenhöhe auf mindestens drei Seiten der Halle (GB 6/2 und GB 8/2).

Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände erscheint nicht ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich, dass die Gesuchstellerin am 17. Oktober 2024 mit der Lieferung und Montage zusätzlicher Stahlelemente zur Stärkung der Konstruktion beauftragt wurde. Dieser vereinbarte Werklohn von € 40'000.00 ergibt sich aus der Auftragsbestätigung und setzt sich zusammen aus Architekturleistungen zu € 1'300.00 sowie dem Betrag von € 38'700.00, welcher im Übrigen übereinstimmt mit dem Betrag von Art. 2 des Vertrages mit der Lieferantin der Gesuchstellerin (GB 8/1). Die Gesuchstellerin forderte diesen in der Landeswährung (GB 10/1), wogegen die Gesuchsgegnerin nichts einwendet. Damit ist eine offene Werklohnforderung von Fr. 38'726.00 glaubhaft gemacht.

Ebenso wenig scheint ausgeschlossen, dass die Gesuchstellerin zusätzlich Material von der H._____ AG zu beziehen und teilweise zu verbauen hatte und der D._____ GmbH hierfür Fr. 509.00 (inkl. MwSt.) verrechnen durfte,

⁸ BSK ZPO-GSCHWEND, 3. Aufl. 2017, Art. 129 N. 6 ff.

wobei die Gesuchsgegnerin zu Recht in Frage stellt, dass es sich dabei um Schrauben gehandelt hat (GB 9 und 10/1).

3.4. Verzugszinsen

Befindet sich der Forderungsschuldner in Verzug, können auch Verzugszinsen eingetragen werden.⁹ 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).¹⁰ 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.¹¹

Die Gesuchstellerin verlangt die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zusätzlich für Verzugszins von 5 % ab dem 26. Januar 2024. Ihre Mahnung vom 12. Januar 2024 für den ausstehenden Betrag von Fr. 59'235.00 enthält die Zahlungskondition "innert 10 Tagen zu bezahlen" (GB 4). Folglich ist glaubhaft gemacht, dass die D._____ GmbH mit Ablauf dieser Frist mit der Bezahlung von Fr. 59'235.00 in Verzug geriet. Dass die Gesuchstellerin die D._____ GmbH mit "letzter Mahnung" vom 13. Februar 2024 erneut eine Frist von 7 Tagen ansetzte, ändert daran nichts. Da die ausstehende Forderung auch innert dieser letzten Frist nicht beglichen wurde, ist der Gesuchstellerin der beantragte Verzugszins ab dem Verzugseintritt,¹² d.h. ab dem 26. Januar 2024, zuzusprechen.

4. Eintragsfrist

4.1. Parteibehauptungen

4.1.1. Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin behauptet, die Leistungen der zwei Verträge und die zusätzliche Lieferung und Montage der zusätzlichen Schrauben bildeten eine Einheit. Sie gehörten alle zu einem einheitlichen Werk, nämlich dem Bau einer Halle auf dem streitbetroffenen Grundstück, wofür die Gesuchstellerin spezifisch hergestellte bzw. angepasste Stahlteile und Zubehör geliefert habe (Gesuch Rz. 9). Am 14. November 2023 habe sie die letzten Leistungen auf dem streitbetroffenen Grundstück erbracht, konkret die Montage von Rahmen und Metallprofilen, die Vorbereitungen für den Einbau von Fenstern sowie Schweissarbeiten und Schraubenbefestigungen

⁹ 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.

¹⁰ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 529.

¹¹ 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.

¹² VETTER/BUFF, (Fn. 11), S. 153.

(Gesuch Rz. 14). Folglich sei die Eintragsfrist eingehalten (Gesuch Rz. 25).

4.1.2. Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Wahrung der viermonatigen Eintragsfrist. Mit Ausstellung der Schlussrechnung vom 5. Oktober 2023 habe die Gesuchstellerin dokumentiert, dass ihre Leistungen gemäss Werkvertrag vom 12. Juli 2023 abgeschlossen gewesen seien (Antwort S. 6 f., 9). Mit Bezug auf Fr. 20'000.00 sei die Frist spätestens am 5. Februar 2024 abgelaufen (Antwort S. 13). Die Gesuchstellerin führe selbst aus, dass die behaupteten Leistungen unter zwei verschiedenen Verträgen erfolgt seien. Es könne nicht von einem einheitlichen Fristenlauf ausgegangen werden, weil bei den gegebenen mehreren Verträgen nicht von einer funktionellen Einheit auszugehen sei. Dagegen spreche schon, dass die Gesuchstellerin am 5. Oktober 2023 explizit und ohne Vorbehalt die Schlussrechnungen für die Leistungen aus dem Werkvertrag vom 12. Juli 2023 ausgestellt habe und sie nicht darlege, inwiefern bautechnisch eine funktionelle Einheit gegeben sein solle. Wäre tatsächlich von einem funktionellen Zusammenhang auszugehen, hätte die Gesuchstellerin im Rahmen der Abrechnung der Leistungen aus dem Vertrag vom 12. Juli 2023 in irgendeiner Form vor Ausstellung der Rechnung darlegen müssen, dass das Werk insgesamt noch nicht vollendet gewesen sei und noch weitere Leistungen im Rahmen eines separaten Werkvertrages folgen würden (Antwort S. 9).

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).¹³ 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.¹⁴

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.¹⁵

¹³ BGE 126 III 462 E. 4c.aa; BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 1), Art. 839/840 N. 29.

¹⁴ BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 1), Art. 839/840 N. 31a.

¹⁵ BGer 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4 m.w.N.

Werden auf der Grundlage verschiedener Werkverträge mehrere, zeitlich gestaffelte Leistungen erbracht, so stellt sich die Frage, wann deren fristauslösende Vollendung anzunehmen ist. Dabei kommt es entscheidend darauf an, ob diese Leistungen eine Einheit bilden. Denn wiederholt gleiche oder gleichartige Bauleistungen des gleichen Unternehmens bilden in ihrer Gesamtheit eine einzige, spezifische Bauarbeit und unterliegen einem einheitlichen Fristenlauf. Eine Einheit zwischen zeitlich gestaffelten Bauleistungen ist dann anzunehmen, wenn zwischen diesen ein innerer Zusammenhang besteht.¹⁶ Vorausgesetzt ist, dass die verschiedenen Bauleistungen in wirtschaftlicher und tatsächlicher Hinsicht ein Ganzes bilden.¹⁷ Ob formell getrennte Werkverträge abgeschlossen wurden, spielt keine Rolle, kommt es doch nicht auf die oft eher zufällige Anzahl von Werkverträgen an, sondern darauf, ob zwischen den fraglichen Leistungen ein enger Konnex vorhanden ist.¹⁸ Zur Beurteilung, ob zwei Bauleistungen eine funktionelle Einheit bilden, kann der Begriff der Arbeitsgattung herangezogen werden, der freilich unscharfer Natur ist.¹⁹

4.3. Würdigung

Die Gesuchstellerin hat sich mit beiden abgeschlossenen Verträgen zu einem Typ Arbeitsleistung verpflichtet, nämlich zur Anfertigung und Montage von Stahlträgerelementen für das Stahlskelett der geplanten Halle. Die Gesuchstellerin hat auch glaubhaft dargelegt, dass die zusätzlichen Stahlelemente für die Verstärkung und Stabilisation des Stahlbaus notwendig waren. Bei den von der Gesuchstellerin erbrachten Leistungen handelt es sich um eine einzige, spezifische Arbeit, ungeachtet ihrer Auftrennung in zwei Verträge. Sie sind daher einem einheitlichen Fristenlauf zu unterwerfen. Nachdem mittels des eingereichten Tagesrapports vom 14. November 2023 (GB 14) und insbesondere des Schreibens von I. _____ vom 15. November 2023 (GB 15) glaubhaft gemacht ist, dass die Gesuchstellerin am 14. November 2023 noch Rahmen und Metallprofile montierte, den Fensterbau vorbereitete und Schweissarbeiten sowie die Schraubenbefestigung vornahm, wurde die viermonatige Verwirkungsfrist gewahrt.

5. Ergebnis

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandsumme von Fr. 59'235.00 zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 26. Januar 2024 erfüllt sind und die mit Verfügung vom 11. März 2024 superprovisorisch angeordnete Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu bestätigen ist.

¹⁶ BGer 5C.232/2001 vom 19. November 2001 E. 3.a.

¹⁷ BGer 5A_282/2016 vom 17. Januar 2017 E. 7.1.

¹⁸ BGer 5C.232/2001 vom 19. November 2001 E. 3.a; SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1135, 1152 ff.

¹⁹ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1173.

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.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

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. 2'050.00 festgesetzt (§ 8 VKD; SAR 221.150). Gestützt auf Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO werden sie vorab mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 2'050.00 verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin die Gerichtskosten, d.h. Fr. 2'050.00, direkt zu ersetzen (vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO).

7.2.

Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin zudem eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung wird nach dem Streitwert – vorliegend Fr. 59'235.00 – bemessen (vgl. § 3 AnwT; SAR 291.150). Ausgehend von einer Grundentschädigung von rund Fr. 9'401.15 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 5 AnwT) resultiert nach Vornahme eines Summarabzugs von 75 % (§ 3 Abs. 2 AnwT) ein Betrag von rund Fr. 2'350.00. 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. 1'880.20. Nach Hinzurechnung einer Auslagenpauschale (§ 13 Abs. 1 AnwT) von praxisgemäss 3 % resultiert ein Betrag in Höhe von gerundet Fr. 1'936.60, den die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin als Parteientschädigung zu bezahlen hat.

²⁰ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1663 ff.

²¹ BGE 143 III 554 E. 2.5.2 m.w.N.; vgl. auch SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1670.

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 Präsident erkennt:

1.

In **Gutheissung** des Gesuchs vom 11. März 2024 wird die mit Verfügung vom 11. März 2024 zugunsten der Gesuchstellerin auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin, Grundbuch R. _____ Nr. aaa superprovisorisch für eine **Pfandsumme von Fr. 59'235.00** zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 26. Januar 2024 angeordnete Vormerkung **vorsorglich bestätigt**.

2.

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

3.

3.1.

Die **Gesuchstellerin** hat **bis zum 9. Juli 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. 2'050.00 sind von der Gesuchsgegnerin zu tragen und werden mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat die von ihr zu tragenden Gerichtskosten der Gesuchstellerin direkt zu ersetzen.

4.2.

Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin deren Parteikosten in richterlich festgesetzter Höhe von Fr. 1'936.60 (inkl. Auslagen) zu ersetzen.

4.3.

Eine abweichende Verlegung der Prozesskosten mittels separater Verfügung oder im ordentlichen Verfahren bleibt vorbehalten, falls dieses vor dem Handelsgericht stattfindet.

Zustellung an:

- die Gesuchstellerin (Vertreter; zweifach mit Doppel der Gesuchsantwort vom 2. April 2024)
- die Gesuchsgegnerin (Vertreter; zweifach)

Zustellung an:

- **das Grundbuchamt S._____** (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, 9. April 2024

Handelsgericht des Kantons Aargau

1. Kammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dubs

Näf

