KANTON AARGAU

Handelsgericht

1. Kammer

HSU.2022.5 / fn / fn

Entscheid vom 30. März 2022

Besetzung	Oberrichter Dubs, Präsident Gerichtsschreiberin Näf
Gesuchstellerin	***A._____,*** vertreten durch lic. iur. Barbara Risse, Rechtsanwältin, Othmarstrasse 8, 8008 Zürich
Gesuchsgegnerin	***B._____,*** vertreten durch Dr. iur. Roland Hürlimann und Dr. iur. Daniel Wuffli, Rechtsanwälte, Bahnhofplatz 9, 8021 Zürich 1
Gegenstand	Summarisches Verfahren betreffend Bauhandwerkerpfandrecht

Der Präsident entnimmt den Akten:

1.
Die Gesuchstellerin ist Aktiengesellschaft mit Sitz in Q.. Sie bezweckt unter anderem den Erwerb und die Überbauung von Grundstücken sowie die Erstellung, Verwaltung und Veräusserung von Liegenschaften für eigene und fremde Rechnung (Gesuchsbeilage [GB] 2).

2.
Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in R.. Sie bezweckt im Wesentlichen den Betrieb von Hotel-, Wellness- und Thermalbadanlagen mit oder ohne ärztliche Praxis und klinischer oder ambulanter Therapie (GB 3).

Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des Grundstücks GB R. E. (GB 4).

3.
Mit Gesuch vom 1. März 2022 (gleichentags persönlich überbracht) stellte die Gesuchstellerin die folgenden Rechtsbegehren:

> " 1.
> Das Grundbuchamt Baden (Anschrift: Bahnhofstrasse 40, 5400 Baden) sei im Sinne von Art. 961 ZGB einstweilen anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin und zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen auf Liegenschaft Kat. Nr. E. Gemeinde R., für eine Pfandsumme von CHF 15'423'213.00 nebst Zins zu 5% seit 08. März 2022.
>
> 2.
> Die Anweisung gemäss Ziff. 1 sei im Sinne von Art. 961 superprovisorisch, ohne vorgängige Anhörung der Gesuchsgegnerin, und unverzüglich vorzunehmen.
>
> Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

4.
Mit Verfügung vom 1. März 2022 bewilligte der Präsident den Antrag um superprovisorische Anordnung der Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im beantragten Umfang und wies das Grundbuchamt Baden an, die Vormerkung sofort einzutragen.

5.
Das Grundbuchamt Baden merkte die vorläufige Eintragung am 1. März 2022 im Tagebuch vor.

6.
Mit Eingabe vom 9. März 2022 teilte die Gesuchsgegnerin mit, dass sie auf eine Stellungnahme verzichte, sich aber sämtliche Einreden und Einwendungen für das definitive Eintragungsverfahren vorbehalte.

Der Präsident zieht in Erwägung:

1.
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 1. März 2022).

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 Eintragungsfrist 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.
Der Präsident hat sich bereits in der Verfügung vom 1. März 2022 mit den Behauptungen der Gesuchstellerin auseinandergesetzt und es für glaubhaft erachtet, dass es sich bei der geltend gemachten Forderung um eine Entschädigung für Handwerker- oder Unternehmerleistungen im Sinne von

---

[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.

Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB handelt, die behauptete Forderungen noch nicht beglichen und die gesetzliche Eintragungsfrist noch nicht abgelaufen ist (E. 5.2. der Verfügung vom 1. März 2022).

Die Gesuchsgegnerin bestreitet die von der Gesuchstellerin aufgestellten Behauptungen nicht. Vielmehr erklärt sie mit Eingabe vom 9. März 2022 ausdrücklich, sie behalte sich sämtliche Einwendungen für das ordentliche Verfahren vor und verzichte auf eine Stellungnahme. Daher sind die Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück Nr. E. GB R. für den Betrag von Fr.15'423'213.00 zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 8. März 2022 zumindest für das vorsorgliche Verfahren sowohl bezüglich Bestand wie auch Höhe glaubhaft gemacht. Ebenso glaubhaft ist, dass die viermonatige Eintragungsfrist noch nicht verstrichen ist. Die mit Verfügung des Präsidenten vom 1. März 2022 superprovisorisch angeordnete vorläufige Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist folglich vorsorglich zu bestätigen.

4.

4.1.

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.[4]

4.2.

Vorliegend ist noch kein ordentliches Verfahren rechtshängig. Der Gesuchstellerin ist daher Frist zur Anhebung der Klage im ordentlichen Verfahren anzusetzen und für den Säumnisfall das ersatzlose Dahinfallen der vorsorglichen Eintragungen anzudrohen. Eine Löschung des eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts seitens des Handelsgerichts würde aber nur auf entsprechendes Gesuch hin erfolgen. Die Prosequierungsfrist beträgt nach handelsgerichtlicher Praxis rund drei Monate.

Der Gesuchstellerin ist daher Frist bis zum 1. Juli 2022 anzusetzen, um beim zuständigen Gericht Klage im ordentlichen Verfahren auf definitive Bestellung des Bauhandwerkerpfandrechts anzuheben. 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.[5]

5.

Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 95 Abs. 1 und

---

[4] SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1663 ff.

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

Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss sind sie von der Gesuchsgegnerin zu tragen.

5.1.
Unter Berücksichtigung des verursachten Aufwands sowie des Umfangs der Streitigkeit werden die Gerichtskosten auf Fr. 5'000.00 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. 12'000.00 verrechnet. Der Überschuss ist der Gesuchstellerin von der Obergerichtskasse auszuzahlen. Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin die Gerichtskosten von Fr. 5'000.00 direkt zu ersetzen (vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO).

5.2.
Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin zudem eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung wird nach dem Streitwert – vorliegend Fr. 15'423'213.00 – bemessen (vgl. § 3 AnwT; SAR 291.150). Ausgehend von einer Grundentschädigung von rund Fr. 223'312.10 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 9 AnwT) resultiert nach Vornahme eines Summarabzugs von 75 % (§ 3 Abs. 2 AnwT) ein Betrag von rund Fr. 55'828.00. 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) und 50 % wegen der gemessen am Streitwert nur geringfügigen Aufwendungen (§ 7 Abs. 2 AnwT), resultiert ein Betrag in Höhe von Fr. 22'331.20. Nach Hinzurechnung einer Auslagenpauschale (§ 13 Abs. 1 AnwT) von praxisgemäss 3 % resultiert ein Betrag in Höhe von gerundet Fr. 23'001.10, den die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin als Parteientschädigung zu bezahlen hat.

Dem gesuchstellerischen Antrag auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzuschlags ist nicht zu entsprechen. Die Gesuchstellerin ist gemäss UID-Register[6] selber mehrwertsteuerpflichtig. Sie kann die ihrem Anwalt bezahlte Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung in Abzug bringen (Art. 28 MWSTG).[7] Die Mehrwertsteuer stellt somit keinen zusätzlichen Kostenfaktor dar und ist bei der Bemessung der Parteientschädigung deshalb nicht zu berücksichtigen.

---

[6] Vgl. https://www.uid.admin.ch/Detail.aspx?uid_id=CHE-105.857.853 (zuletzt besucht am 25. März 2022).

[7] 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-handelsgericht.pdf (zuletzt besucht am 25. März 2022).

5.3.
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 1. März 2022 wird die mit Verfügung vom 1. März 2022 zugunsten der Gesuchstellerin auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin, Grundbuch R. Nr. E. superprovisorisch für eine **Pfandsumme** von **Fr. 15'423'213.00** zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 8. März 2022 angeordnete Vormerkung **vorsorglich bestätigt**.

2.
Das Grundbuchamt Baden wird angewiesen, die Vormerkung gemäss Dispositiv-Ziff. 1 **aufrechtzuerhalten**.

3.
3.1.
Die **Gesuchstellerin** hat **bis zum 1. Juli 2022** 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. 5'000.00 sind von der Gesuchsgegnerin zu tragen und werden mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 12'000.00 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. 23'001.10 (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 Abrechnung und Doppel der Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 9. März 2022)
- die Gesuchsgegnerin (Vertreter; zweifach)
- das Grundbuchamt Baden (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** 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, 30. März 2022

Handelsgericht des Kantons Aargau
1. Kammer

Der Präsident:	Die Gerichtsschreiberin:
Dubs	Näf

KANTON AARGAU
HANDELSGERICHT