

HSU.2022.3 / fn / fn

Entscheid vom 5. April 2022

Besetzung Obergerichter Dubs, Präsident
 Gerichtsschreiberin Näf

Gesuchstellerin **A.**_____

Gesuchsgegne- **B.**_____
rin vertreten durch Rechtsanwalt Erwin Höfliger, Wolleraustrasse 11a,
 8807 Freienbach

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend Bauhandwerkerpfandrecht

Der Präsident entnimmt den Akten:

1.

Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Q.. Sie bezweckt im Wesentlichen den Betrieb eines Sanitär- und Heizungsinstallationsunternehmens, welches Dienstleistungen in den Bereichen Planung, Ausführung, Unterhalt und Reparatur von Haustechnikanlagen erbringt (Gesuchsbeilage [GB] 4 [Nummerierung durch das Gericht]).

2.

Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in R.. Sie hat insbesondere die Entwicklung und Realisation von Immobilienprojekten sowie den Erwerb, das Halten und Verwalten sowie die Veräusserung von Liegenschaften zum Zweck.

Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des Grundstücks GB C. Nr. D. (GB 1).

3.

Mit Gesuch vom 18. Februar 2022 (Postaufgabe: gleichentags) stellte die Gesuchstellerin die folgenden Rechtsbegehren:

" 1.

Das Grundbuchamt Zofingen, Brühlstrasse 5, 4800 Zofingen sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks in der Gemeinde S., Grundbuch-/Grundblatt-Nr. D., zugunsten von der gesuchstellenden Partei ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 139'144.85 nebst 5 % Zins seit 7.12.2021 vorläufig als Vormerkung einzutragen.

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

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gegenpartei."

4.

Mit Verfügung vom 21. Februar 2022 bewilligte der Präsident den Antrag um superprovisorische Anordnung der Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandsumme von Fr. 139'144.85 zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 7. Februar 2022 und wies das Grundbuchamt Zofingen an, die Vormerkung sofort einzutragen.

5.

Das Grundbuchamt Zofingen merkte die vorläufige Eintragung am 21. Februar 2022 (Tagebuchnummer 024-2022/1976/0) im Tagebuch vor.

6.

Mit Gesuchsantwort vom 8. März 2022 (Postaufgabe: gleichentags) stellte die Gesuchsgegnerin folgende Rechtsbegehren:

- "
1.
Es sei das Gesuch um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts abzuweisen.
 2.
Es sei die bereits eingetragene Vormerkung der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin, GB C. NR. D. (E-GRID E.) unverzüglich zu löschen.
 3.
Es sei das Grundbuchamt Zofingen unverzüglich anzuweisen, die gemäss Ziff. 2 hiavor eingetragene Vormerkung sofort zu löschen.
 4.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin."

7.

Mit Verfügung vom 10. März 2022 stellte der Präsident der Gesuchstellerin die Gesuchsantwort vom 8. März 2022 inkl. Beilagen zu, verbunden mit dem Hinweis, eine Stellungnahme ihrerseits sei freiwillig und hätte innert 10 Tagen zu erfolgen. Gleichzeitig wurde die Gesuchstellerin darauf hingewiesen, dass der Aktenschluss bereits nach dem ersten Schriftenwechsel eingetreten sei und der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht dazu diene, allfällig im Gesuch Verpasstes in den Prozess einzubringen.

8.

Mit Eingabe vom 14. März 2022 (Postaufgabe: 16. März 2021) reichte die Gesuchstellerin eine Stellungnahme zu der Gesuchsantwort ein mit folgenden Rechtsbegehren:

- "
1.
Es sei dem Gesuch um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nach Art. 837ff. ZGB sowie Art. 248 ff. ZPO stattzugeben."
 2.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

9.

Mit Eingabe vom 21. März 2022 (Postaufgabe: 22. März 2022) reichte die Gesuchsgegnerin eine Stellungnahme ein.

10.

Die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 22. März 2022 wurde der Gesuchstellerin am 24. März 2022 zur Kenntnisnahme zugestellt. Bis zum Datum des Entscheids gingen keine weiteren Stellungnahmen ein.

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 21. Februar 2022).

2. Aktenschluss im Summarverfahren (Replik- und Novenrecht)

2.1. Rechtslage

Im summarischen Verfahren findet grundsätzlich nur ein Schriftenwechsel statt, mit dessen Abschluss der Aktenschluss eintritt.¹ Nach Abschluss des Schriftenwechsels können neue Tatsachen und Beweismittel nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgebracht werden.² Eine Tatsache ist neu, wenn sie ein Sachverhaltselement erstmals einführt. Wird ein bereits eingeführtes Sachverhaltselement hingegen bloss klargestellt, ist es nicht neu.³

Zulässig ist das Vorbringen neuer Tatsachen oder Beweismitteln, welche nach Abschluss des Schriftenwechsels entstanden sind (echte Noven; Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO) oder welche bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven; Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO). Was den Sorgfaltsmassstab gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO betrifft, so ist für das summarische Verfahren im Grundsatz zu berücksichtigen, dass das Recht zur Stellungnahme nicht zur nachträglichen Ergänzung oder Verbesserung des Gesuchs genutzt werden darf, zumal die Parteien im Summarverfahren zu Beginn des Verfahrens ohnehin nicht mit einem zweiten Schriftenwechsel rechnen dürfen.⁴ Andererseits können Noven auch erst durch die Vorbringen der Gegenpartei veranlasst werden, da es der gesuchstellenden Partei weder möglich noch zumutbar ist, auf Vorrat sämtliche denkbaren Einreden und Einwendungen zu entkräften, mit denen der Prozessstoff in der Gesuchsantwort noch ausgedehnt werden kann.⁵ Das Mass der zumutbaren Sorgfalt ist aus der Sicht vor dem Aktenschluss und

¹ BGE 146 III 237 E. 3.1.; 144 III 117 E. 2.2.; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 229 N. 17.

² LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.) (Fn. 1), Art. 229 N. 4a.

³ BGE 146 III 237 E. 3.1.; BSK ZPO-WILLISEGGER, 3. Aufl. 2017, Art. 229 N. 16.

⁴ BGE 146 III 237 E. 3.1.; 144 III 117 E. 2.2.; BGer 5A_84/2021 vom 17. Februar 2022 E. 3.2.1.; 5A_82/2015 vom 16. Juni 2015 E. 4.2.1.

⁵ BGer 5A_84/2021 vom 17. Februar 2022 E. 3.2.1. m.w.N.

nicht *ex post* zu bewerten.⁶ Es gilt ein objektiver Massstab.⁷ Unabdingbar ist, dass die Vorbringen der Gegenpartei die Noveneingabe kausal verursachten.⁸ Sowohl echte als auch unechte Noven sind nur dann zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug (praxisgemäss innert 10 Tagen⁹) vorgebracht wurden (Art. 299 Abs. 1 ZPO).

Die grundsätzliche Beschränkung des summarischen Verfahrens auf einen einfachen Schriftenwechsel ändert jedoch nichts daran, dass den Parteien gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 und 2 BV das Recht zusteht, zu jeder Eingabe der Gegenpartei Stellung zu nehmen, und zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthält (sog. Replikrecht).¹⁰

2.2. Würdigung

Mit Verfügung vom 10. März 2022 wurde die Gesuchstellerin auf das Replikrecht hingewiesen und gleichzeitig darauf aufmerksam gemacht, dass der Anspruch auf das rechtliche Gehört nicht dazu diene, allfällig im Gesuch Verpasstes in den Prozess einzubringen. Mit Eingabe vom 14. März 2022 (Postaufgabe: 16. März 2022) hat die Gesuchstellerin daraufhin eine freiwillige Stellungnahme zur Antwort der Gesuchsgegnerin eingereicht. Diese enthält neue Vorbringen und acht erstmals ins Verfahren eingebrachte Urkunden. Soweit sich diese als entscheiderelevant erweisen, ist deren Zulässigkeit im Rahmen der Würdigung zu thematisieren.

3. Allgemeine Voraussetzungen der vorläufigen Eintragung

3.1.

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).

3.2.

Die Eintragungsvoraussetzungen sind im Verfahren betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts lediglich glaubhaft zu machen. An diese Glaubhaftmachung werden zudem weniger strenge Anfor-

⁶ LEUENBERGER (Fn. 1), Art. 229 N. 8.

⁷ BSK ZPO-WILLISEGGER (Fn. 3), Art. 229 N. 32.

⁸ BGE 146 III 55 E. 2.5.2.

⁹ Vgl. Merkblatt des Handelsgerichts, abrufbar unter: <<https://www.ag.ch/media/kanton-aargau/jb/dokumente/obergericht/handelsgericht/merkblatt-handelsgericht.pdf>> (letztmals besucht am 25. März 2022).

¹⁰ BGE 144 III 117 E. 2.1; BGE 138 I 154 E. 2.3.3 m.w.N.; BGer 4A_42/2011 vom 21. März 2011 E. 2.2.2.

derungen gestellt, als es diesem Beweismass für vorsorgliche Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO) sonst entspricht.¹¹ 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.¹² Letztlich läuft es darauf hinaus, dass der gesuchstellende Unternehmer nur die blosse Möglichkeit eines Anspruchs auf ein Bauhandwerkerpfandrecht nachzuweisen hat.¹³

1.2.

Ungeachtet dessen obliegt es dem Unternehmer, sein Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu begründen (Art. 219 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO). Die Parteien sind nicht davon entbunden, ihre Behauptungen ausreichend zu substantiieren und mit den bezeichneten Beweismitteln rechtsgenügend in Verbindung zu setzen (vgl. Art. 55 Abs. 1 ZPO).

4. Pfandsumme

4.1. Parteibehauptungen

Die Gesuchstellerin behauptet, sie habe gestützt auf einen Werkvertrag vom 10. Juli 2020 mit der *F.* in einem Mehrfamilienhaus auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin die Heizungs- und Sanitäranlagen erstellt. Sie habe der Bestellerin für die Sanitärarbeiten am 3. Dezember 2021 (recte: 7. Dezember) Fr. 98'144.85 und für die Heizungsarbeiten am 7. Dezember 2021 Fr. 41'000.00 in Rechnung gestellt. Diese beiden Schlussrechnungen im Gesamtbetrag von Fr. 139'144.85 seien weiterhin ausstehend.

Die Gesuchsgegnerin bezeichnet das Gesuch als mangelhaft begründet. Allfälligen Werklohnforderungen, welche bestritten würden, stünden zum einen Schadenersatzforderungen der Gesuchsgegnerin gegenüber. Zum anderen habe die Bestellerin das Recht, einen Rückbehalt von 5 %, vorliegend Fr. 50'000.00, am Werklohn vorzunehmen, solange die Arbeiten der Gesuchstellerin nicht abgenommen worden und die übrigen Voraussetzungen nicht erfüllt seien. Weder seien die Arbeiten abgenommen worden, noch sei die Prüfungsfrist abgelaufen. Die Gesuchstellerin habe mangelhaft gearbeitet, was auch mehrfach gerügt worden wäre. So habe die Gesuchstellerin beispielsweise vergessen, die Waschmaschine in der Wohnung 15.4.1. an das Ablaufrohr anzuschliessen. Die durch den Wasserauslauf beschädigten Bauteile müssten getrocknet und instand gestellt werden.

¹¹ 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.

¹² 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. 11), N. 1533.

¹³ SCHUMACHER/REY (Fn. 11), N. 1535.

Den finanziellen Schaden und Verlust von Mietzinseinnahmen habe die Gesuchstellerin als Folge ihrer mangelhaften Arbeiten zu tragen. Die per Ende September 2021 fertig gestellten und komplett eingebauten Heizungen würden bis heute nicht korrekt funktionieren. Die Gesuchstellerin verweigere zu Unrecht die Mängelbehebung.

4.2. 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.¹⁴

4.3. Würdigung

Die Gesuchstellerin hat mit der *F.* (am 14. Dezember 2021 umfirmiert in *G.*; heute: *G. in Liquidation*) einen Werkvertrag über Heizungs- und Sanitärarbeiten (BKP 240 und 250) zu einem Werkpreis von Fr. 1'000'000.000 abgeschlossen (GB 5). Aus dem Werkvertrag sowie den eingereichten Schlussrechnungen vom 7. Dezember 2021 ergeben sich die ausgeführten Arbeiten mit ausreichender Klarheit. Damit ist deren Pfandberechtigung glaubhaft gemacht ist, denn die Erstellung der Heizungs- und Sanitäranlagen stellt eine physische Bauleistung dar. Mangels Bestreitung hat die Gesuchstellerin die Ausführungen in Bezug auf die vorgenommenen Arbeiten auch nicht zu substantiieren.

Die Gesuchsgegnerin bestreitet den Bestand einer offenen Forderung unter Verweis auf eine behauptete Schlechterfüllung. Es ist jedoch nicht ersichtlich, was die Gesuchsgegnerin aus diesen Behauptungen ableiten möchte. Insbesondere unterlässt es die Gesuchsgegnerin, ihren behaupteten Schadenersatzanspruch zu beziffern. Damit ist auch unerheblich, dass die Gesuchstellerin mit ihrer Stellungnahme vom 14. März 2022 das Vorliegen von gewissen Mängeln zugesteht. Schliesslich ist auch nicht ersichtlich, was die Gesuchsgegnerin aus ihren Behauptungen, die Arbeiten der Gesuchstellerin seien noch nicht abgenommen worden und bezüglich der Schlussrechnungen sei die Prüfungsfrist noch nicht abgelaufen, ableiten möchte, zumal das Bauhandwerkerpfandrecht bereits ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses und noch vor Leistung der versprochenen Arbeiten eingetragen werden könnte (Art. 839 Abs. 1 ZGB).¹⁵

¹⁴ SCHUMACHER/REY (Fn. 11), N. 513.

¹⁵ SCHUMACHER/REY (Fn. 11), N. 1048.

4.4. Verzugszinsen

Befindet sich der Forderungsschuldner in Verzug, können auch Verzugszinsen eingetragen werden.¹⁶ 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).¹⁷ 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.¹⁸

Gegen die Berücksichtigung der Verzugszinsen bringt die Gesuchsgegnerin nichts vor, weshalb es vorläufig bei der Würdigung gemäss Erwägung 5.3 der Verfügung vom 21. Februar 2022 bleibt.

5. Eintragsfrist

5.1. Parteibehauptungen

Die Gesuchstellerin behauptet in ihrem Gesuch vom 18. Februar 2021, sie habe als letzte Arbeit am 1. Dezember 2021 die Gartenleitung angepasst und fertiggestellt.

Die Gesuchsgegnerin hält dafür, die werkvertraglich geschuldeten Arbeiten für Sanitär und Heizung seien Ende September 2021 vollendet und alles Material eingebaut worden. Dies sei anlässlich der Begehung vom 6. Oktober 2021 festgestellt worden. In den vier Vorabnahmeprotokollen vom 6. Oktober 2021 werde festgehalten, dass an diesem Tag eine visuelle sowie eine Funktionskontrolle aller Sanitäreinrichtungen und Küchen, der Keller- und Technikräume, der Heizungsanlagen und Wohnungsverteiler vorgenommen worden sei. Die Teilabnahme habe alle in sich geschlossenen, vollendeten Werkteile wie Haustechnik und Heizungsanlage umfasst. Dem Protokoll sei zu entnehmen, dass die Gesuchstellerin spätestens am 6. Oktober 2021 ihre Arbeiten für Heizung und Sanitär aus dem besagten Werkvertrag komplett vollendet habe. In Bezug auf die Arbeiten vom 1. Dezember 2021 führt die Gesuchsgegnerin aus, einerseits werde der Zeitpunkt bestritten, andererseits seien diese Arbeiten keine Fertigstellungsarbeiten aus dem Werkvertrag gewesen. Die Gesuchstellerin habe die Gartenleitung bereits komplett verbaut und die dazu notwendigen Arbeiten vollendet

¹⁶ SCHUMACHER/REY (Fn. 11), N. 523 ff. m.w.N.; vgl. auch BGE 121 III 445 E. 5a; 142 III 73 E. 4.4.2.

¹⁷ SCHUMACHER/REY (Fn. 11), N. 529.

¹⁸ 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.

gehabt, als eine andere Unternehmung die verlegte Gartenleitung durchbohrt habe. Die beschädigte Gartenleitung habe daher ersetzt bzw. repariert werden müssen. Dieser Schadensbehebungsauftrag sei der Gesuchstellerin separat und ausserhalb des Werkvertrages erteilt worden. Hierfür habe die Gesuchstellerin am 3. Dezember 2021 eine Offerte über Fr. 3'988.80 gestellt. Entsprechend stellten die Arbeiten an der Gartenleitung keine Vollendungsarbeiten aus dem Werkvertrag vom 10. Juli 2020 dar und hätten keinen Einfluss auf die Frist nach Art. 839 Abs. 2 ZGB.

Mit freiwilliger Stellungnahme vom 14. März 2021 (Postaufgabe: 16. März 2021) führte die Gesuchstellerin aus, die Abnahme der Sanitäranlage sei am 10. Dezember 2021 erfolgt. Die Abnahme der Heizung sei ebenfalls am 10. Dezember 2012 erfolgt, wobei sie aufgrund unwesentlicher Mängel zurückgestellt worden sei. Für die Vorabnahmen seien der Gesuchstellerin keine Termine bekannt gegeben worden und es seien der Gesuchstellerin auch keine Protokolle, Mängelleisten oder dergleichen zugestellt worden. Sie stelle die Vorabnahmen in Frage, da die Elektroverteilung erst am 25. Oktober 2021 fertiggestellt und aufgeschaltet worden sei. Die Druckerhöhungsanlage wasserseitig hätte daher gar nicht in Betrieb genommen, die Einspülungen der Wasserleitungen nicht erfolgen und deren Funktion auch nicht geprüft werden können, da kein Wasser geflossen sei. Auch die Schmutzwasserhebeanlage habe ohne Strom nicht in Betrieb genommen werden können. Die Apparate für den Technikraum des 2. Untergeschosses (Hauwartung) und für das 1. Untergeschoss (Hobbyraum) seien erst am 11. November beim Lieferanten abgerufen und erst am 29. November 2021 montiert worden. Die Aufforderung der Bauleitung zur Fertigstellung der Arbeiten habe die Gesuchstellerin am 16. Oktober 2021 erreicht. Die Arbeiten seien daher keinesfalls bereits am 6. Oktober 2021 vollendet und sämtliches Material eingebaut gewesen. Es seien einige werkvertragsrelevante Arbeiten aufgeführt worden und es gäbe noch mehr Arbeiten aufzuzählen. Die vier Monate sehe die Gesuchstellerin in den wesentlichen Belangen mehr als eingehalten.

5.2. Rechtliches

Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts muss bis spätestens vier Monate nach der Arbeitsvollendung erfolgen, andernfalls verwirkt der Anspruch (Art. 839 Abs. 2 ZGB).¹⁹ 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.²⁰

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 839 Abs. 2 ZGB gelten Bauarbeiten grundsätzlich dann als vollendet, wenn alle Verrichtungen,

¹⁹ BGE 126 III 462 E. 4c.aa; BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 11), Art. 839/840 N. 29.

²⁰ BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 11), Art. 839/840 N. 31a.

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.²¹

Werden unter einem Werkvertrag Arbeitsleistungen erbracht, so sind grundsätzlich alle hierunter geschuldeten Arbeiten einem einheitlichen Fristenlauf unterworfen. Hängen die einzelnen Arbeitsleistungen bautechnisch aber nicht zusammen, so gelten sie je einzeln als Arbeiten i.S.v. Art. 839 Abs. 2 ZGB und es gelten für sie unterschiedliche Viermonatsfristen.²² Dabei kommt es entscheidend darauf an, ob die Leistungen eine Einheit bilden. Eine Einheit zwischen zeitlich gestaffelten Bauleistungen ist dann anzunehmen, wenn zwischen diesen ein innerer Zusammenhang besteht.²³ Vorausgesetzt ist, dass die verschiedenen Bauleistungen in wirtschaftlicher und tatsächlicher Hinsicht ein Ganzes bilden.²⁴ Zur Beurteilung, ob zwei Bauleistungen eine funktionelle Einheit bilden, kann der Begriff der Arbeitsgattung herangezogen werden, der freilich unscharfer Natur ist.²⁵

5.3. Würdigung

Am 21. Februar 2022 trug das Grundbuchamt Zofingen die Vormerkung der vorläufigen Eintragung gemäss gleichentags erfolgter superprovisorischer Anordnung im Tagebuch ein. Die Gesuchstellerin muss demnach glaubhaft machen, dass an oder nach dem 21. Oktober 2021 noch fristwahrende Arbeiten erfolgten.

Zunächst ist aufgrund des stark herabgesetzten Beweismasses zumindest nicht gänzlich ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich, dass die unter dem Werkvertrag zu erbringenden Leistungen eine funktionale Einheit bilden und somit für die Arbeiten ein einziger Fristenlauf gilt. Zwar werden die Arbeiten betreffend die Heizungsanlagen einerseits und die Sanitäranlagen andererseits im Baukostenplan (BKP) unter separaten Nummern aufgeführt (BKP 240 und BKP 250). Dennoch kann hier nicht davon ausgegangen werden, es handle sich um völlig verschiedenartige Arbeitsgattungen ohne inneren Zusammenhang. Die Arbeiten sind zwar in Art und Charakter nicht gleichartig, gleichwohl dürfte es zwischen ihnen Überschneidungen geben. Zudem besteht zwischen den Arbeiten im vorliegenden Fall

²¹ BGer 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4 m.w.N.

²² SCHUMACHER/REY (Fn. 11), N. 1172.

²³ BGer 5C.232/2001 vom 19. November 2001 E. 3.a.

²⁴ BGer 5A_282/2016 vom 17. Januar 2017 E. 7.1.

²⁵ SCHUMACHER/REY (Fn. 11), N. 1173.

auch ein zeitliches Näheverhältnis. Eine funktionelle Einheit kann entsprechend nicht ausgeschlossen werden, zumal der Begriff der Arbeitsgattung Unschärfen aufweist.

Die Gesuchstellerin behauptet, am 1. Dezember 2021 noch Arbeiten ausgeführt zu haben. Mit ihrem Gesuch vom 7. Februar 2022 legte sie hierfür jedoch keine Belege ins Recht, obgleich das von ihr verwendete Formular den Hinweis enthält, dass zu jeder Angabe die entsprechenden Beweismittel (insb. Urkunden) anzuführen sind (Gesuch S. 6). Dagegen gelingt der Gesuchsgegnerin der Gegenbeweis, dass es sich bei der Anpassung und Fertigstellung der Gartenleitungen nicht um Vollendungsarbeiten gehandelt hat. Der Offerte "Nr. 2355 Nachtrag 14" der Gesuchstellerin vom 3. Dezember 2021 ist zu entnehmen, dass die Zuleitung der Gartenventile beschädigt war, da eine Bohrung zu einem Loch in der Leitung geführt hatte (Antwortbeilage [AB] 10). Entsprechend ist erstellt, dass die Zuleitung bereits zu einem früheren Zeitpunkt vollendet war und es um die Behebung einer nachträglich entstandenen Beschädigung ging. Derartige Reparaturarbeiten zählen indessen nicht zu den Vollendungsarbeiten i.S.v. Art. 839 Abs. 2 ZGB. Im Ergebnis gelingt es der Gesuchstellerin nicht, glaubhaft darzulegen, dass an oder nach dem 21. Oktober 2021 noch fristwahrende Arbeiten erfolgten.

Mit Stellungnahme vom 14. März 2022 trug die Gesuchstellerin neue Behauptungen vor und reichte neue Beweismittel ein. Die Eingabe erfolgte nach Aktenschluss und damit verspätet. Die verspätete Einreichung hat zur Folge, dass die Eingabe vom 14. März 2022 nicht berücksichtigt werden kann. Die Ausführungen, mit denen die Einhaltung der Eintragsfrist mittels neuer Tatsachen nachsubstantiiert werden sollte, stellen eine verspätete Verbesserung und Ergänzung des ursprünglichen Gesuchs dar. Das gilt auch für die neuen Beweismittel, die in diesem Zusammenhang offeriert werden. Sie wären aber ohnehin nicht geeignet, die Wahrung der viermonatigen Eintragsfrist glaubhaft zu machen. So stellt die Gesuchstellerin die zwischen der H. als Architektin und der F. als Generalunternehmerin durchgeführte Vorabnahme der in sich geschlossenen vollendeten Werkteile vom 6. Oktober 2021 (vgl. AB 5 - 8) allein mit der Begründung in Frage, damals sei die Stromversorgung noch nicht in Betrieb gewesen, weshalb die Funktion der Anlagen nicht habe geprüft werden können. Sie macht hingegen nicht geltend, die genannten Anlagen seien unvollendet gewesen. Sodann behauptet die Gesuchstellerin einzig in Bezug auf die Montage der Waschröge mit den zugehörigen Armaturen im ersten und zweiten Untergeschoss (knapp) hinreichend, dass und weshalb sie nach dem 21. Oktober 2022 noch Arbeiten vorgenommen habe. Aufgrund des stark herabgesetzten Beweismasses kann allenfalls noch als glaubhaft erachtet werden, dass diese Montagearbeiten unter den Werkvertrag (Sanitärarbeiten) fallen. Indessen entnimmt sich den Beilagen 5 und 6 der Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 14. März 2022 nur, dass sie am

11. November 2021 drei Waschtröge, drei Sifons, drei Anschluss-Stutzen sowie eine Wandbatterie *Silor* in ihre Werkstatt nach Q. bestellen liess. Hingegen belegt die Gesuchstellerin die tatsächliche Ausführung der Arbeiten - etwa durch das Vorlegen von Arbeitsrapporten - nicht. Da die Gesuchsgegnerin aber bestreitet, dass nach dem 6. Oktober 2021 noch Arbeiten ausgeführt worden sind, hätte die Gesuchstellerin die behaupteten Arbeiten nachzuweisen. Auch mittels E-Mail vom 31. Oktober 2021 gelingt der Gesuchstellerin dieser Nachweis nicht, handelt es sich dabei doch bloss um eine Erinnerung der Bauleiterin an diverse Unternehmer, dass die Überbauung am 5. November 2021 der Bauherrin übergeben werden sollte (Beilage 8 zur Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 14. März 2022). Entsprechend hat die Gesuchstellerin – selbst wenn ihre Stellungnahme vom 14. März 2022 berücksichtigt werden könnte – nicht glaubhaft gemacht, dass sie an oder nach dem 21. Oktober 2021 noch fristwahrende Arbeiten auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin ausführte.

6. Ergebnis

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandsomme von Fr. 139'144.85 zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 7. Februar nicht erfüllt sind und die mit Verfügung vom 21. Februar 2022 superprovisorisch angeordnete Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts daher zu löschen ist.

7. Prozesskosten

Die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung, werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 95 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss sind sie von der Gesuchstellerin zu tragen.

7.1.

Unter Berücksichtigung des verursachten Aufwands sowie des Umfangs der Streitigkeit werden die Gerichtskosten auf Fr. 3'150.00 festgesetzt (§ 8 VKD; SAR 221.150) und mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

7.2.

Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin zudem eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung wird nach dem Streitwert – vorliegend Fr. 139'144.85 – bemessen (vgl. § 3 AnwT; SAR 291.150). Ausgehend von einer Grundentschädigung von Fr. 12'930.00 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 9 AnwT) resultiert nach Vornahme eines Summarabzugs von 75 % (§ 3 Abs. 2 AnwT) ein Betrag von rund Fr. 3'232.50. 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 Hinzurechnung einer Auslagenpauschale (§ 13 Abs. 1 AnwT) von praxisgemäss 3 % resultiert ein Betrag in Höhe von gerundet Fr. 2'663.55, den die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin als Parteientschädigung zu bezahlen hat.

Dem Antrag der Gesuchsgegnerin auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzuschlags ist nicht zu entsprechen. Die Gesuchsgegnerin ist gemäss UID-Register²⁶ selber mehrwertsteuerpflichtig. Sie kann die ihrem Anwalt bezahlte Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung in Abzug bringen (Art. 28 MWSTG).²⁷ 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 18. Februar 2022 wird abgewiesen.

2.

Das Grundbuchamt Zofingen wird angewiesen, die Vormerkung gemäss Art. 837/839 i.V.m. Art. 961 ZGB auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin, Grundbuch C. Nr. D. (E-GRID: E.), Plan-Nr. I., für eine Pfandsumme von Fr. 139'144.85 zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 7. Februar 2022 **zu lösen**.

3.

3.1.

Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 3'150.00 sind von der Gesuchstellerin zu tragen und werden mit dem von ihr geleisteten Gerichtskostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.2.

Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin deren Parteikosten in richterlich festgesetzter Höhe von Fr. 2'663.55 (inkl. Auslagen) zu ersetzen.

²⁶ Vgl. https://www.uid.admin.ch/Detail.aspx?uid_id=CHE-237.011.358 (zuletzt besucht am 25. März 2022).

²⁷ 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 25. März 2022).

Zustellung an:

- die Gesuchstellerin
- die Gesuchsgegnerin (Vertreter; zweifach)

Zustellung an:

- das Grundbuchamt Zofingen (nach Ablauf der Rechtsmittelfrist)

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheids an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid verfassungsmässige Rechte (Art. 98 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 5. April 2022

Handelsgericht des Kantons Aargau

1. Kammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dubs

Näf

