

HSU.2023.20

Entscheid vom 30. Juni 2023

Besetzung Oberrichter Dubs, Präsident
Gerichtsschreiberin Näf

Gesuchstellerin **A.** _____

Gesuchsgegnerin **B.** _____

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend superprovisorische Eintragung eines
Bauhandwerkerpfandrechts

Der Präsident entnimmt den Akten:

1.

1.1.

Die Gesuchstellerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Q.. Sie bezweckt im Wesentlichen [...] (Gesuchsbeilage [GB] 4).

1.2.

Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in R.. Sie bezweckt im Wesentlichen [...] (GB 5).

2.

Die Gesuchsgegnerin ist Eigentümerin des Grundstücks X. (GB 3).

3.

Mit Werkvertrag vom 2. August 2022 wurde die Gesuchstellerin von der C. beauftragt, für die Überbauung "D." auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin die verputzte Aussenwärmedämmung zu realisieren (GB 2).

4.

Mit Gesuch vom 8. Juni 2023 stellte die Gesuchstellerin die folgenden Rechtsbegehren:

" 1.

Das Grundbuchamt S. sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks X., in T., zugunsten von der gesuchstellenden Partei ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsomme von CHF 202'400.61 nebst 5 % Zins seit 13. März 2023 vorläufig als Vormerkung einzutragen;

2.

eventualiter sei das Grundbuchamt S. anzuweisen, zulasten des Grundstücks X. in der Gemeinde T., zugunsten von der gesuchstellenden Partei ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsomme von CHF 98'735.09 nebst 5 % Zins seit 13. März 2023 vorläufig als Vormerkung einzutragen;

3.

die Anweisung sei als vorsorgliche Massnahme im vorsorglichen Massnahmeverfahren zu verfügen;

3. [recte: 4.]

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

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 7,7% MWST zu Lasten der Gesuchgegner."

5.

Mit Verfügung vom 12. Juni 2023 wies der Präsident den Antrag der Gesuchstellerin um superprovisorische Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ab, setzte der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses und stellte der Gesuchsgegnerin das Gesuch vom 8. Juni 2023 zur Antwort zu.

6.

Mit Gesuchsantwort vom 23. Juni 2023 (Postaufgabe: gleichentags) stellte die Gesuchsgegnerin folgende Rechtsbegehren:

- " 1.
Das Gesuch der Gesuchstellerin vom 8. Juni 2023 sei abzuweisen, insbesondere sei davon abzusehen, auf Liegenschaft T.X. ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig als Vormerkung einzutragen.
2.
Unter den gesetzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin."

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 12. Juni 2023).

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 o-

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.

der 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 blossе Möglichkeit eines Anspruchs auf ein Bauhandwerkerpfandrecht nachzuweisen hat.³

3. Pfandsomme

3.1. Parteibehauptungen

3.1.1. Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin behauptet, sie habe am 2. August 2022 mit der C. den Werkvertrag Nr. aaa geschlossen und basierend auf diesem für das Objekt D. auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin Abdekarbeiten, Vorarbeiten Kantenschutz, Leibungen exkl. Haftbrücke, Netz usw., Grundputzarbeiten, Weissputzarbeiten Reinigungsarbeiten und die Abnahme mit dem Auftraggeber ausgeführt (Gesuch Rz. 8). Für die auszuführenden Arbeiten sei ein Pauschalpreis von Fr. 297'392.01 (inkl. MwSt.) vereinbart worden (Gesuch Rz. 9). Zusätzlich habe sie unterschriebene Regiearbeiten für Fr. 20'678.40 (inkl. MwSt.) und nicht unterschriebene Regiearbeiten von Fr. 8'185.20 (inkl. MwSt.) ausgeführt (Gesuch Rz. 10).

Am 13. März 2023 habe die Gesuchstellerin die Mitteilung erhalten, dass sie sich nicht mehr auf der Baustelle aufhalten dürfe (Gesuch Rz. 12). Bis dahin habe sie Arbeiten im folgenden Umfang erledigt (Gesuch Rz. 11):

Haus A	Fr. 66'483.35 zzgl. MwSt.
Haus B	Fr. 88'959.70 zzgl. MwSt.
Haus C	Fr. 31'054.80 zzgl. MwSt.
Regie (unterschrieben)	Fr. 19'200.00 zzgl. MwSt.
Regie (nicht unterschrieben)	Fr. 7'600.00 zzgl. MwSt.
Total	Fr. 213'297.85

Da die Gesuchstellerin ungerechtfertigterweise von der Baustelle verwiesen worden sei, schulde die E. ihr nebst der Bezahlung für die bereits erbrachten Leistungen auch die Differenz zum Preis gemäss Werkvertrag. Der geforderte Betrag setzte sich demnach wie folgt zusammen (Gesuch Rz. 14):

Pauschalpreis Werkvertrag	Fr. 297'392.01
Unterschriebene Regiearbeiten	Fr. 20'678.50
Nicht unterschriebene Regiearbeiten	Fr. 8'185.20
Zwischensumme	<u>Fr. 326'255.61</u>

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.

Abzüglich Überweisungen
Forderungsbetrag

Fr. 123'855.00
Fr. 202'400.61

Sollte das Gericht dem nicht entsprechen, werde um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts in Höhe von Fr. 98'735.05 nebst 5 % Zins seit 13. März 2023 ersucht. Dieser Betrag setze sich zusammen aus dem Betrag der Rechnung vom 14. März 2023 in Höhe von Fr. 90'549.85 zuzüglich der noch nicht unterschriebenen Regiearbeiten in Höhe von Fr. 8'185.20.

3.1.2. Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin bestreitet nicht, dass die Gesuchstellerin pfandberechtigte Arbeiten erbrachte (Antwort Rz. 4). Sie bestreitet jedoch den Pfandanspruch in der geltend gemachten Höhe von Fr. 202'400.60 bzw. Fr. 98'735.05 (Antwort Rz. 5, 22).

Insbesondere bestreitet sie das Bestehen einer Werklohnforderung aus Regiearbeiten in Höhe von Fr. 28'863.60 (Antwort Rz. 7 ff.). Sämtliche von der Gesuchstellerin eingereichten Tages-Rapporte seien unbrauchbar und taugten nicht zur Glaubhaftmachung der Regiearbeiten. Darüber hinaus fehle es auch am notwendigen Nachweis einer schriftlichen Zustimmung des Bestellers (Antwort Rz. 16 ff.).

Weiter bestreitet die Gesuchsgegnerin, dass die Gesuchstellerin Leistungen im Umfang von Fr. 213'297.85 (exkl. MwSt.) erbracht habe. Den eingereichten Handnotizen liesse sich weder der Verfasser entnehmen, noch welche Baustelle oder welchen Sachverhalt sie beträfen. Auch die angewendeten Einheitspreise seien nicht nachvollziehbar (Antwort Rz. 12 ff.).

Sodann bestreitet die Gesuchsgegnerin die Quantifizierung der nach dem 13. März 2023 zu erbringenden Leistungen. Ohnehin aber bestehe für diese kein Pfandanspruch, da die Gesuchstellerin sie nicht mehr erbringen könne. Es liege Unmöglichkeit i.S.v. Art. 119 OR vor (Antwort Rz. 22).

Pfandberechtigt sei allenfalls die vertragliche Vergütungssumme. Dabei sei von der werkvertraglichen Vergütungsforderung von Fr. 297'392.01 ein Betrag von Fr. 98'367.80 für die nach dem 13. März 2023 zu leistenden Arbeiten sowie die geleisteten Zahlungen von Fr. 123'855.00 in Abzug zu bringen, so dass sich ein Pfandanspruch von Fr. 75'169.21 inkl. MwSt. errechnen lasse (Antwort Rz. 24). Auch in diesem Umfang aber werde der Pfandanspruch bestritten (Antwort Rz. 25).

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

Nicht pfandberechtigt sind Schadenersatzansprüche aus vorzeitiger Vertragsbeendigung, da diesen kein baulicher Mehrwert gegenübersteht.⁵

3.3. Würdigung

3.3.1. Pfandberechtigte Arbeiten

Es ist unbestritten, dass die Gesuchstellerin mit Werkvertrag Nr. aaa vom 2. August 2022 von der C. beauftragt wurde, die verputzte Aussenwärmedämmung zu erstellen und sie die entsprechenden werkvertraglichen Arbeiten (Abdekarbeiten, Vorarbeiten Kantenschutz, Leibungen exkl. Haftbrücke, Netz, Grundputzarbeiten, Weissputzarbeiten, Reinigungsarbeiten) auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin durchgeführt hat. Zu Recht unbestritten ist ferner, dass diese Leistungen pfandberechtigt sind.

Nicht pfandberechtigt ist hingegen der geltend gemachte Schadenersatzanspruch in Höhe von Fr. 91'335.00 aus der vorzeitigen Vertragsauflösung. Dabei handelt es sich um die Vergütung, die der Gesuchstellerin gemäss ihren Ausführungen für die noch zu entrichtenden Arbeiten zugestanden wäre. Beide Parteien sind sich aber einig, dass die Gesuchstellerin diese aufgrund der Wegweisung von der Baustelle nicht mehr ausführen konnte, noch in Zukunft ausführen wird (vgl. Gesuch Rz. 13 f.). Dem allfälligen Anspruch auf Schadloshaltung aus dem Dahinfallen des Vertrags stehen damit gerade keine Bauarbeiten der Gesuchstellerin gegenüber, die einen Mehrwert für das streitgegenständliche Grundstück generieren würden. Das bedeutet, dass das Grundstück der Gesuchsgegnerin auch nicht für diese (bestrittene) Forderung haftet. Dieser Betrag ist demnach bei der geltend gemachten Pfandsumme in Abzug zu bringen.

3.3.2. Pfandsumme

Die Gesuchstellerin und die C. haben sich gemäss den übereinstimmenden Ausführungen der Parteien auf einen Pauschalpreis von Fr. 297'392.01 (inkl. MwSt.) für die Ausführung der verputzten Aussenwärmedämmung geeinigt (GB 2).

⁴ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 513.

⁵ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 398, 427; BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 1), Art. 839/840 N. 9; BSK OR-ZINDEL/SCHOTT, 7. Aufl. 2020, Art. 377 N. 11; so auch HGer ZH, HE180156-O E. 3.1.

Ebenfalls nicht bestritten ist, dass der Werkvertrag per 13. März 2023 aufgelöst wurde (vgl. GB 19). Dabei scheinen beide Parteien davon auszugehen, dass der Vertragsrücktritt "ex nunc" und nicht "ex tunc" erfolgte.⁶ Unabhängig davon, ob der Werkvertrag berechtigterweise gestützt auf Art. 366 Abs. 1 OR, die Art. 107 - 109 OR oder – weil die entsprechenden Voraussetzungen nicht gegeben waren – nach Art. 377 OR aufgelöst wurde, hat die Gesuchstellerin Anspruch auf Vergütung der bereits geleisteten Arbeit.⁷

Die Gesuchstellerin führt aus, für die drei zu errichtenden Häuser der Überbauung Arbeiten im Umfang von Fr. 186'497.85 (exkl. MwSt.) ausgeführt zu haben. Unter Berücksichtigung der Mehrwertsteuern ergibt dies einen Betrag von Fr. 200'858.18. Da beide Parteien eine Pauschalpreisabrede behaupten, schuldet die Bestellerin grundsätzlich einen Teilbetrag des Pauschalpreises, der sich im Verhältnis des Wertes der erbrachten Teilleistung zum Wert der Gesamtleistung verhält.⁸ Da dieser Nachweis nicht einfach zu erbringen ist, ist nichts dagegen einzuwenden, dass sich die Gesuchstellerin im vorliegenden Massnahmeverfahren nur auf die von ihr erbrachten Leistungen stützt. Es ist der Gesuchsgegnerin beizupflichten, dass die hierfür offerierten Beilagen 7 - 9 die ausgeführten Arbeiten nicht beweisen und die Behauptungen der Gesuchstellerin eher rudimentär bleiben. Zumindest lassen sich aus den handschriftlichen Aufstellungen für die drei Häuser A, B und C detaillierte Angaben zu den behaupteten erbrachten Leistungen in Quadratmetern entnehmen. Die Gesuchsgegnerin kritisiert das Fehlen einer ausreichenden Substantiierung, ohne jedoch auf das behauptete Ausmass einzugehen oder konkrete Einwände vorzubringen. Angesichts dessen und angesichts der Tatsachen, dass die Gesuchstellerin nachweislich bis zum 13. März 2023 auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin gearbeitet hat und dass das Ausmass insgesamt mit der angegebenen Menge gemäss Rechnung vom 14. März 2023 (GB 22) in etwa übereinstimmt, ist es zwar fraglich, aber nicht geradezu ausgeschlossen, dass ein Anspruch der Gesuchstellerin in der Höhe von Fr. 200'858.18 besteht. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Zeitdruck zur Wahrung der Eintragsfrist im Verfahren betreffend die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts naturgemäss dazu führt, dass das Behauptungssubstrat sehr dünn ist. Darüber hinaus würde die Abweisung des Gesuchs zu einem endgültigen Rechtsverlust führen, während eine vorläufige Eintragung nur vorübergehend ist, wenn der Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen im Hauptprozess nach Massgabe des Regelbeweismasses nicht gelingt.

⁶ Siehe zu dieser Möglichkeit: GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N. 685.

⁷ Vgl. SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 427; GAUCH (Fn. 6), N. 529, 535, 686 f.

⁸ GAUCH (Fn. 6), N. 538.

Hingegen hat die Gesuchstellerin auch unter dem stark herabgesetzten Beweismass (vorne E. 2.2.) nicht dargelegt, welche Arbeiten sie in Regie ausgeführt haben will, wann sie mit diesen beauftragt worden sei oder inwiefern diese nicht unter den Werkvertrag fallen würden. Hierfür genügt auch der Verweis auf die "Dokumentation Regiearbeiten" in GB 6 nicht. Diese enthält lediglich die handschriftliche Behauptung (eines unbekannten Urhebers), dass Regiearbeiten von 384 Stunden zu einem Ansatz von Fr. 50.00 von "F." unterschrieben und weitere 152 Stunden nicht unterschrieben worden seien. Aufschlüsse über die ausgeführten Arbeiten oder die Identität von "F." ergeben sich ebenso wenig aus den acht eingereichten Tages-Rapporten in GB 11 - 18. Nebst dem, dass zu den Rapporten Behauptungen in der Rechtsschrift fehlen und unklar ist, ob diese nun die Arbeiten unter dem Werkvertrag oder Regiearbeiten betreffen, sind sie entweder nahezu unleserlich (GB 11 - 13) oder von Seiten der Auftraggeberin nicht unterzeichnet (GB 14 - 18). Die Rechnung der Gesuchstellerin vom 14. März 2023 weist zwar ebenfalls die Position "*Regier [gemeint wohl: Regie] Arbeiten unterschrieben von F. C.*" zu Fr. 19'200.00 auf (GB 22). Aufgeschlüsselt werden diese Arbeiten jedoch auch in der Rechnung nicht. Die weiteren Positionen der Rechnung "*Kleber setzen auf Isolation – Dies wurde nicht abgemacht im Vertrag. Dies wollte G. so. Block B*" zu Fr. 10'665.00 und "*Isolation nicht im Vertrag für Briefkasten gemacht*" zu Fr. 1'050.00 (GB 22) stimmen nicht mit dem geltend gemachten Betrag von Fr. 7'600.00 (exkl. MwSt.) für nicht unterschriebene Regiearbeiten überein.

Es bleibt damit bei einem (knapp) glaubhaft gemachten Vergütungsanspruch von Fr. 200'858.18 (inkl. MwSt.). Davon in Abzug zu bringen sind die geleisteten Akontozahlungen von Fr. 123'885.00 (GB 21). Daraus resultiert ein Anspruch von Fr. 76'973.18, für den die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu bewilligen ist.

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

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.

mit Ablauf einer in einer Rechnung gesetzten Zahlungsfrist, wie z.B. "zahlbar 30 Tage netto", ohne weitere Mahnung in Verzug.¹¹

Die *Gesuchstellerin* fordert zusätzlich Verzugszins von 5 % seit dem 13. März 2023, da die Rechnung vom 14. März 2023 für die bereits erbrachten Leistungen unbezahlt geblieben sei (Gesuch Rz. 15). Die Rechnung vom 14. März 2023 enthält die Zahlungsbedingung "10 Tage" (GB 22). Unter der Annahme, dass die Rechnung der E. am nächsten Tag zugeing, trat der Verzug am 26. März 2023 ein. Damit ist ein Verzugszinsanspruch ab dem 26. März 2023 glaubhaft gemacht.

4. Eintragungsfrist

4.1. Rechtliches

Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts muss bis spätestens vier Monate nach der Arbeitsvollendung erfolgen, andernfalls verwirkt der Anspruch (Art. 839 Abs. 2 ZGB).¹² Die Eintragungsfrist berechnet sich nach Art. 7 ZGB i.V.m. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Abs. 2 OR. Sie endet somit an demjenigen Tag des letzten Monats, der durch seine Zahl dem Tag der Arbeitsvollendung entspricht.¹³

Sodann tritt der Fristenlauf gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch vor der Vollendung der geschuldeten Arbeiten ein, wenn der Unternehmer oder der Besteller den Vertrag vorzeitig auflösen,¹⁴ wobei es seitens des Unternehmers genügt, wenn er die Arbeit endgültig einstellt.¹⁵ Daraus folgt, dass die Eintragungsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB ihren Lauf grundsätzlich noch nicht mit Eintritt des Schuldnerverzugs des Unternehmers nimmt, da die Vertragsauflösung neben dem Schuldnerverzug (von Ausnahmen nach Art. 108 OR abgesehen) auch dem Ansetzen einer Nachfrist sowie einer Rücktrittserklärung bedarf (Art. 107 OR). Demzufolge läuft die Eintragungsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB vor Arbeitsvollendung allgemein nur mit einem rechtsgültigen Rücktritt vom Vertrag.¹⁶

4.2. Würdigung

Die viermonatige Eintragungsfrist ist unbestrittenermassen eingehalten, nachdem die *Gesuchstellerin* bis zum 13. März 2023 auf der Baustelle gearbeitet hat.

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

¹³ BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 1), Art. 839/840 N. 31a.

¹⁴ BGE 120 II 389 = Pra 84 (1995) Nr. 199 E. 1.a und b; BGE 102 II 206 = Pra 65 (1976) Nr. 220 E. 1.a.

¹⁵ BGer 5A_683/2010 vom 15. November 2011 E. 4.1; SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1117.

¹⁶ BGE 120 II 389 = Pra 84 (1995) Nr. 199 E. 1.a und b; BGE 102 II 206 = Pra 65 (1976) Nr. 220 E. 1.a.

5. Ergebnis

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandsomme von Fr. 76'973.18 zzgl. Zins von 5 % ab dem 26. März 2023 erfüllt sind und das beantragte Bauhandwerkerpfandrecht im entsprechenden Umfang als Vormerkung vorläufig einzutragen ist.

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.¹⁷ 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.¹⁸

7. Prozesskosten

Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO) und werden der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, werden die Prozesskosten nach Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO).

Die Gesuchstellerin unterliegt zu rund $\frac{3}{5}$ und dringt mit ihrem Rechtsbegehren zu rund $\frac{2}{5}$ durch. In diesem Verhältnis sind die Prozesskosten auf die Parteien zu verteilen.

7.1.

Unter Berücksichtigung des verursachten Aufwands sowie des Umfangs der Streitigkeit werden die Gerichtskosten auf Fr. 3'050.00 festgesetzt (§ 8 VKD; SAR 221.150). Gestützt auf Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO werden sie vorab mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin ihren Anteil an die Gerichtskosten von $\frac{2}{5}$ bzw. Fr. 1'220.00 direkt zu ersetzen (vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO).

7.2.

Die Parteientschädigung wird nach dem Streitwert – vorliegend Fr. 202'400.61 – bemessen (vgl. § 3 AnwT; SAR 291.150). Ausgehend von einer Grundentschädigung von rund Fr. 19'135.63 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 9 AnwT) resultiert nach Vornahme eines Summarabzugs von 75 % (§ 3 Abs. 2 AnwT) ein Betrag von rund Fr. 4'783.90. Damit sind insbesondere

¹⁷ SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1663 ff.

¹⁸ BGE 143 III 554 E. 2.5.2 m.w.N.; vgl. auch SCHUMACHER/REY (Fn. 1), N. 1670.

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. 3'827.10. Nach Hinzurechnung einer Auslagenpauschale (§ 13 Abs. 1 AnwT) von praxisgemäss 3 % resultiert ein Betrag in Höhe von gerundet Fr. 3'942.00.

Unter Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche hat die Gesuchsgegnerin gegenüber der Gesuchstellerin einen Anspruch auf Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 788.40.

Dem gesuchstellerischen Antrag auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzuschlags ist nicht zu entsprechen. Die Gesuchstellerin ist gemäss UID-Register selber mehrwertsteuerpflichtig. Sie kann die ihrem Anwalt bezahlte Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung in Abzug bringen (Art. 28 MWSTG).¹⁹ Die Mehrwertsteuer stellt somit keinen zusätzlichen Kostenfaktor dar und ist bei der Bemessung der Parteientschädigung deshalb nicht zu berücksichtigen.

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.

¹⁹ 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 29. Juni 2023).

Der Präsident erkennt:

1.

In **teilweiser Gutheissung** des Gesuchs vom 8. Juni 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, GB T. Nr. X. für eine Pfandsumme von Fr. 76'973.18 zzgl. Zins von 5 % ab dem 26. März 2023 **bewilligt**.

2.

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

3.

Die **Gesuchsgegnerin** wird darauf hingewiesen, dass die Vormerkung im Grundbuch gelöscht wird, wenn sie für die angemeldeten Forderungen **hinreichende Sicherheit** leistet.

4.

4.1.

Die **Gesuchstellerin** hat **bis zum 3. Oktober 2023** beim zuständigen Gericht im ordentlichen Verfahren Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzuheben.

4.2.

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.

4.3.

Es gilt **kein Stillstand der Fristen**.

5.

5.1.

Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 3'050.00 sind in der Höhe von Fr. 1'830.00 von der Gesuchstellerin und in der Höhe von Fr. 1'220.00 von der Gesuchsgegnerin zu tragen.

Die Gerichtskosten werden mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'050.00 verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin die von ihr zu tragenden Gerichtskosten von Fr. 1'220.00 direkt zu ersetzen.

5.2.

Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 788.40 zu leisten.

5.3.

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

6.

Zustellung der Gesuchsantwort vom 23. Juni 2023 an die Gesuchstellerin.

Zustellung an:

- die Gesuchstellerin (Vertreter; zweifach mit Gesuchsantwort vom 23. Juni 2023)
- die Gesuchsgegnerin (Vertreter; zweifach)
- **das Grundbuchamt S.** (vorab per E-Mail an: <aaa@aaa.ch>)

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, 30. Juni 2023

Handelsgericht des Kantons Aargau

1. Kammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dubs

Näf

