

HSU.2018.101 / as / as

Art. 26

Entscheid vom 19. Februar 2019

Besetzung Oberrichter Vetter, Vizepräsident
Gerichtsschreiber Schneuwly

Gesuchstellerin **J-AG,** _____

Gesuchs- **F-AG,** _____
gegnerin vertreten durch Dr. iur. Armin Schätti, Rechtsanwalt, Schorenstrasse 8,
Postfach, 5734 Reinach AG

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend Bauhandwerkerpfandrecht

Der Vizepräsident entnimmt den Akten:

1.

Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in _____. Sie bezweckt im Wesentlichen _____.

2.

Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in _____. Sie hat insbesondere _____ Zweck.

Die Gesuchsgegnerin ist gemäss Grundbuchauszug Alleineigentümerin des Grdst.-Nr. XXX GB R (E-GRID: CH _____; Gesuchsbeilage [GB] 1).

3.

3.1.

Mit Eingabe vom 14. Oktober 2018 reichte die Gesuchstellerin gegen die Gesuchsgegnerin beim Bezirksgericht Kulm ein Gesuch mit folgenden Rechtsbegehren ein (vgl. GB 8):

" 1.

Das Grundbuchamt Zofingen sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks in der Gemeinde _____, Grundbuch-Nr. XXX, Gebäude _____, zugunsten der gesuchstellenden Partei ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 77'005.60 nebst Zins zu 5% seit 24.09.2018 vorläufig als Vormerkung einzutragen.

2.

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.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gegenpartei."

3.2.

Mit Entscheid vom 16. Oktober 2018 (GB 8) trat das Bezirksgericht Kulm auf das Gesuch vom 14. Oktober 2018 mangels sachlicher Zuständigkeit nicht ein.

4.

4.1.

Mit Gesuch vom 18. Oktober 2018 (überbracht am 18. Oktober 2018) stellte die Gesuchstellerin dem Handelsgericht die folgenden Rechtsbegehren:

" Das Grundbuchamt Zofingen, Brühlstrasse 5, 4800 Zofingen sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks in der Gemeinde

_____, Grundbuch-/ Grundblatt-Nr. XXX Gebäude _____, Kataster-Nr. _____, zugunsten von der gesuchstellenden Partei ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 77'005.60 nebst 5 % Zins seit 24.09.2018 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."

4.2.

Am 18. Oktober 2018 erliess der Vizepräsident des Handelsgerichts die folgende Verfügung:

" **1.**

In **Gutheissung** des Gesuchs um Erlass superprovisorischer Massnahmen vom 18. Oktober 2018 wird der Gesuchstellerin die **Vormerkung** einer **vorläufigen Eintragung** eines **Bauhandwerkerpfandrechts** gemäss Art. 837/839 i.V.m. Art. 961 ZGB auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin Grdst.-Nr. XXX GB R (AG) **superprovisorisch** für eine **Pfandsumme** von **Fr. 77'005.60** zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 24. September 2018 **bewilligt**.

2.

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

3.

Die Gesuchstellerin hat mit beiliegendem Einzahlungsschein **bis zum 2. November 2018** einen Gerichtskostenvorschuss von **Fr. 2'000.00** zu leisten.

4.

Die Zustellung der Kopie des Gesuchs (inkl. Beilagen) vom 18. Oktober 2018 an **die Gesuchsgegnerin** zur Erstattung einer schriftlichen **Antwort bis zum 2. November 2018**.

5.

Fristerstreckungen werden grundsätzlich **nicht** gewährt. Ausnahmsweise ist eine Fristerstreckung beim Vorliegen zureichender Gründe möglich (Art. 144 Abs. 2 ZPO). Als solche gelten die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe.

6.

Bei **Säumenis** wird das Verfahren ohne die versäumte Handlung weitergeführt (Art. 147 Abs. 2 ZPO).

7.

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

8.

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

4.3.

Das Grundbuchamt Zofingen merkte diese vorläufige Eintragung am 18. Oktober 2018 um 15:23 Uhr mit der Tagebuchnummer _____ im Tagebuch vor und bestätigte die Vornahme dieses Geschäfts dem Vizepräsidenten mit E-Mail vom 18. Oktober 2018 16:00 Uhr.

5.

5.1.

Ebenfalls am 18. Oktober 2018 reichte die Gesuchstellerin gegen den Entscheid des Bezirksgerichts Kulm vom 16. Oktober 2018 eine Berufung mit den folgenden Anträgen am Obergericht des Kantons Aargau, Zivilgericht, ein (ZSU.2018.305; vgl. GB 9):

" 1.

Das Grundbuchamt Zofingen ist [a]nzuweisen, zulasten des Grundstücks in der Gemeinde Reinach (AG) Grundblatt Nr. XXX Gebäude _____ zugunsten der [g]esuchstellenden Partei ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsomme von CHF 77'005.60 nebst 5 % Zins seit 24.09.2018 vorläufig als Vormerkung [e]inzutragen.

2.

Die [auf]schiebende Wirkung ist [z]wecks Einhaltung der Fristen zu gewähren. (Die Eingabe an das Bezirksgericht Kulm erfolgte am 14.10.2018, die Frist für die Eintragung läuft am 20.10.2018 ab)."

5.2.

Mit Verfügung vom 18. Oktober 2018 wies die Instruktionsrichterin des Obergerichts, Zivilgericht, im Verfahren ZSU.2018.305 das Grundbuchamt Zofingen an, auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin Grdst.-Nr. XXX GB R zu Gunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsomme von Fr. 77'005.60 nebst 5 % Zins seit 24. September 2018 vorläufig als Vormerkung einzutragen.

5.3.

Das durch die Instruktionsrichterin des Obergerichts, Zivilgericht, zur Eintragung angeordnete Bauhandwerkerpfandrecht trug das Grundbuchamt Zofingen am 18. Oktober 2018 (Tagebuchnummer 024-2018/10871/0) um 16:05 Uhr ins Tagebuch ein (vgl. OGer AG, Entscheid vom 17. Dezember 2018 im Verfahren ZSU.2018.305).

6.

Mit Antwort vom 8. November 2018 stellte die Gesuchsgegnerin folgende Rechtsbegehren:

- " 1.
Auf das Gesuch vom 18. Oktober 2018 sei nicht einzutreten;
eventuell sei es abzuweisen.

Das Grundbuchamt Zofingen sei anzuweisen, die aufgrund der Verfügung des Handelsgerichts, 2. Kammer, vom 18. Oktober 2018 auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin Liegenschaft R / XXX erfolgte Vormerkung (vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes für eine Pfandsumme von CHF 77'005.60 zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 24. September 2018) wieder zu löschen."

2.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

Zur Begründung führte die Gesuchsgegnerin im Wesentlichen aus, derselbe Streitgegenstand sei am Obergericht des Kantons Aargau noch rechtshängig gewesen, als die Gesuchstellerin das Gesuch beim Handelsgericht eingereicht habe. Weiter habe die Gesuchstellerin für die G-AG gearbeitet und diese habe der Gesuchstellerin mit Fr. 197'946.00 bereits mehr als den vereinbarten Werklohn von Fr. 194'205.60 überwiesen. Zudem sei die eingebaute Küche im Juni 2018 bereits mehr als ein Jahr in Betrieb gewesen, weshalb damals keine Abschlussarbeiten mehr durchgeführt worden seien und die viermonatige Verwirkungsfrist bereits abgelaufen sei.

7.

7.1.

Mit Eingabe vom 23. November 2018 nahm die Gesuchstellerin Stellung zu den Vorbringen der Gesuchsgegnerin.

7.2.

Mit Eingabe vom 29. November 2018 nahm die Gesuchsgegnerin Stellung zur Eingabe der Gesuchstellerin vom 23. November 2018.

8.

8.1.

Mit Verfügung vom 30. November 2018 sistierte der Vizepräsident das vorliegende Verfahren bis zur Entscheid in der Sache ZSU.2018.305.

8.2.

Mit Entscheid vom 17. Dezember 2018 wies das Obergericht des Kantons Aargau die Berufung der Gesuchstellerin ab und wies das Grundbuchamt Zofingen an, das am 18. Oktober 2018 um 16:05 Uhr unter der Tagebuchnummer 024-2018/10871/0 auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen.

8.3.

Mit Verfügung vom 11. Januar 2019 hob der Vizepräsident die Sistierung des vorliegenden Verfahrens auf und stellte in Aussicht, es werde nach dem Eintritt der Rechtskraft des Entscheids im Verfahren ZSU.2018.305 entschieden.

8.4.

Die Gesuchstellerin hat gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Aargau vom 17. Dezember 2018 (ZSU.2018.305) beim Bundesgericht innert der Rechtsmittelfrist von 30 Tagen keine Beschwerde in Zivilsachen erhoben.

Der Vizepräsident 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 18. Oktober 2018).

2. Einrede der anderweitigen Litispendenz

2.1. Parteibehauptungen

Die Gesuchsgegnerin argumentiert, da die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 18. Oktober 2018 den Entscheid des Zivilgerichts Kulm vom 16. Oktober 2018 an das Obergericht des Kantons Aargau weitergezogen habe, sei derselbe Streitgegenstand zwischen den Parteien nach wie vor rechtshängig gewesen, als die Gesuchstellerin vorliegendes Gesuch am Handelsgericht des Kantons Aargau rechtshängig gemacht habe. Dies habe eine Sperrwirkung ausgelöst, weshalb eine Prozessvoraussetzung für das Eintreten auf das vorliegende Gesuch durch das Handelsgericht nicht erfüllt gewesen sei. Dementsprechend sei auf das Gesuch nicht einzutreten (Antwort S. 3 f.). Die Anweisung zur Eintragung der Vormerkung des Bauhandwerkerpfandrechts durch das Handelsgericht stelle keine gültige rechtliche Basis dar, weshalb der besagte Eintrag nicht fristwah-

rend sei (Eingabe vom 29. November 2018 S. 2). Die Vormerkung des Bauhandwerkerpfandrechts durch das Obergericht des Kantons Aargau sei ebenfalls nicht fristwährend, da dieses wegen des Vorliegens einer handelsrechtlichen Streitigkeit hierfür nicht zuständig gewesen sei (Eingabe vom 29. November 2018 S. 2). Ein Rückbezug der Rechtshängigkeit nach Art. 63 ZPO sei sodann rechtlich nicht von Belang, da es bei Art. 839 Abs. 2 ZGB auf das Eintragungsdatum ankomme (Eingabe vom 29. November 2018 S. 2 f.).

Die Gesuchstellerin ist der Ansicht, die Gesuchsgegnerin handle rechtsmissbräuchlich. Sie sei bei der gleichzeitigen Abgabe ihres Gesuchs an das Handelsgericht und das Obergericht im Zugzwang gewesen, da der Ablauf der Viermonatsfrist gedroht habe. Die provisorische Eintragung sei nun fristwährend erfolgt (Eingabe vom 23. November 2018 S. 1).

2.2. Rechtliches

Das Gericht kann auf ein Gesuch nur dann eintreten, wenn die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Eine Voraussetzung ist die fehlende anderweitige Rechtshängigkeit der Sache, die sogenannte Sperr- oder Ausschlusswirkung der Litispendenz (Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO).

Steht endgültig fest, dass es an einer Prozessvoraussetzung fehlt, darf nicht zur Sache verhandelt werden und ergeht ein Nichteintretensentscheid.¹ Ergeht dennoch ein Sachurteil, kann dieses an schwerwiegenden Mängeln leiden und unter Umständen nichtig sein.² Dabei ist nach der in Frage stehenden Prozessvoraussetzung zu differenzieren.³ Fehlerhafte Entscheide sind nichtig, wenn a) der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, b) er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und c) zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Dabei betont das Bundesgericht, dass als Nichtigkeitsgründe vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht fallen.⁴

Insbesondere bei der vorläufigen Ausschlusswirkung der anderweitigen Rechtshängigkeit derselben Sache hält die Lehre dafür, dass das als zweites angerufene Gericht nicht sofort einen Nichteintretensentscheid fällen, sondern das Verfahren vorerst bis zum Entscheid des zuerst ange-

¹ BGE 140 III 159 E. 4.2.4; BGer 4A_229/2017 vom 7. Dezember 2017 E. 3.2.

² BGE 140 III 227 E. 3.3; BGer 4A_229/2017 vom 7. Dezember 2017 E. 3.2.

³ BGer 4A_229/2017 vom 7. Dezember 2017 E. 3.2.

⁴ BGE 138 II 501 E. 3.1 mit Verweis auf BGE 137 I 273 E. 3.1, 133 II 366 E. 3.1 und 3.2, 132 II 342 E. 2.1 und 129 I 361 E. 2.

rufenen Gerichts sistieren sollte.⁵ Dies ist insbesondere dann sinnvoll, wenn beim zuerst angerufenen Gericht ebenfalls Prozessvoraussetzungen streitig sind.

2.3. Würdigung

Vorliegend befand sich die Gesuchstellerin in einer äusserst prekären Zwangssituation: Nach ihren Behauptungen fanden die letzten Arbeiten am 20. Juni 2018 statt. Demnach drohte die viermonatige Eintragsfrist nach Art. 839 Abs. 2 ZGB am 20. Oktober 2018 abzulaufen. Das Bezirksgericht Kulm entschied am 16. Oktober 2018 auf das Gesuch nicht einzutreten (GB 8). Die Gesuchstellerin stand daher vor der schwierigen Frage, ob sie gegen diesen Entscheid beim Obergericht des Kantons Aargau ein Rechtsmittel einlegen soll, weil sie der Ansicht war, das Bezirksgericht sei sachlich zuständig, ob sie sich der Ansicht des Bezirksgerichts Kulm fügen sollte und das Gesuch vor dem Handelsgericht neu einbringen sollte oder ob sie beides tun sollte.

Hätte die Gesuchstellerin lediglich ein Rechtsmittel gegen den Entscheid des Bezirksgerichts Kulm vom 16. Oktober 2018 eingelegt und hätte das Obergericht diesen Entscheid bestätigt, so wäre die Gesuchsgegnerin ihres Rechts zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zufolge Verpassens der Verwirkungsfrist verlustig gegangen. Art. 63 Abs. 1 ZPO steht dem nicht entgegen, da Art. 839 Abs. 2 ZGB auf die Eintragung im Grundbuch an sich und nicht auf die Einreichung des Gesuchs abstellt, weshalb es nicht auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit ankommt (Art. 64 Abs. 2 ZPO). Dasselbe Risiko wäre die Gesuchstellerin eingegangen, wenn sie lediglich das Gesuch am Handelsgericht eingereicht hätte und sich dieses der Ansicht des Bezirksgerichts Kulm nicht angeschlossen und sich für sachlich unzuständig befunden hätte (sog. negativer Kompetenzkonflikt). Entsprechend muss das Verhalten der Gesuchstellerin als vorsichtig bezeichnet werden, indem sie das Gesuch sowohl beim sachlich zuständigen Handelsgericht einreichte als auch gleichzeitig ein Rechtsmittel gegen den bezirksgerichtlichen Entscheid einlegte.⁶

Gleichzeitig handelt es sich bei der Ausschlusswirkung nach Art. 59 Abs. 1 lit. d ZPO nicht um eine unveränderlich fehlende Prozessvoraussetzung wie die sachliche Unzuständigkeit: Fällt nämlich die vorbestehende Rechtshängigkeit der gleichen Sache weg ohne dass ein Sachentscheid dazu erging und dementsprechend eine abgeurteilte Sache vorläge (Art. 59 Abs. 1 lit. e ZPO), so fällt das Prozessfortführungshindernis der anderweitigen Rechtshängigkeit nachträglich weg und das als zweites angerufene Gericht hat den Prozess fortzuführen. Um diese Wirkung in

⁵ ZÜRCHER in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 60 N. 22 f; MÜLLER, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 60 N. 5.

⁶ Vgl. auch BSK ZPO-INFANGER, 3. Aufl. 2017, Art. 63 N. 15.

einem Gesuch um Eintragung einer Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht obsolet zu machen, war es vorliegend notwendig, dem Gesuch der Gesuchstellerin mit einer superprovisorisch angeordneten Massnahme trotz anderweitiger Rechtshängigkeit nachzukommen. Kommt der Umstand hinzu, dass das Handelsgericht im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung vom 18. Oktober 2018 noch nichts von der anderweitigen Rechtshängigkeit wusste. Zwar lag ein Auszug der Berufungsschrift dem Gesuch als Beilage 9 bei. Jedoch war nicht ersichtlich, dass diese Berufung beim Obergericht bereits eingereicht wurde.

Vor diesem Hintergrund kann nicht gesagt werden, die Verfügung vom 18. Oktober 2018 sei fehlerhaft gewesen, weil das Handelsgericht auf das Gesuch nicht hätte eintreten dürfen. Jedenfalls handelt es sich nicht um einen schwerwiegenden Mangel, weshalb Nichtigkeit nicht in Betracht kommt. Hätte das Handelsgericht das Verfahren lediglich sistiert, wäre der materiellrechtliche Anspruch der Gesuchstellerin infolge Ablauf der viermonatigen Eintragsfrist nach Art. 839 Abs. 2 ZGB aussichtslos gemacht worden.

Mittlerweile ist das Verfahren ZSU.2018.305 rechtskräftig abgeschlossen worden. Auf das Gesuch der Gesuchstellerin vom 14. Oktober 2018 wurde nicht eingetreten. Dem vorliegenden handelsgerichtlichen Verfahren steht daher weder eine anderweitige Rechtshängigkeit noch eine rechtskräftig abgeurteilte Sache entgegen.

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 Anforderungen gestellt, als es diesem Beweismass für vorsorgliche Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO) sonst entspricht.⁷ 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

⁷ BGE 137 III 563 E. 3.3; 86 I 265 E. 3; vgl. auch SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1394; BSK ZGB II-THURNHERR, 5. Aufl. 2015, Art. 839/840 N. 37.

die Entscheidung dem Richter im ordentlichen Verfahren zu überlassen.⁸ Letztlich läuft es darauf hinaus, dass der gesuchstellende Unternehmer nur die bloße Möglichkeit eines Anspruchs auf ein Bauhandwerkerpfandrecht nachzuweisen hat.⁹

4. Eintragungsfrist

4.1. Parteibehauptungen

Die Gesuchstellerin behauptet, die Arbeiten seien am 20. Juni 2018 fertiggestellt worden. Dabei seien Ablufthauben angeschlossen worden (Gesuch Ziff. 6; GB 2 und 4).

Die Gesuchsgegnerin bestreitet hingegen, dass die Gesuchstellerin am 15., 18. und 20. Juni 2018 noch Abschlussarbeiten in der Küche des Restaurants P___ verrichtet habe. Die von der Gesuchstellerin ins Recht gelegte interne Stundenkontrolle sei nicht unterzeichnet worden. Zudem könnten diese Arbeiten den Einbau der neuen Küche im Restaurant P___ nicht betreffen, nachdem diese schon im Juni 2018 seit mehr als einem Jahr in Betrieb gewesen sei und keine zusätzlichen Arbeiten hätten geleistet werden müssen. Zudem hätte die Gesuchstellerin ihrer Vertragspartnerin, der G-AG, die Schlussrechnung nicht bereits am 6. April 2018 (Antwortbeilage [AB] 4) zugestellt, wenn die Arbeiten zu diesem Zeitpunkt noch nicht vollendet gewesen wären (Antwort S. 8).

4.2. Rechtliches

Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts muss bis spätestens vier Monate nach der Arbeitsvollendung erfolgen, andernfalls der Anspruch verwirkt (Art. 839 Abs. 2 ZGB).¹⁰ 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.¹¹

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

⁸ BGE 86 I 265 E. 3; 102 Ia 81 E. 2b.bb; BGer 5A_426/2015 vom 8. Oktober 2015 E. 3.4; 5A_924/2014 vom 7. Mai 2015 E. 4.1.2; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl., 2011, N. 628.

⁹ SCHUMACHER (Fn. 7), N. 1395.

¹⁰ BGE 126 III 462 E. 4c.aa; BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 7), Art. 839/840 N. 29.

¹¹ BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 7), Art. 839/840 N. 31a.

sie unerlässlich sind; insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt.¹²

4.3. Würdigung

Die Gesuchstellerin behauptet, sie habe am 10. November 2016 einen Vertrag mit der G-AG über den Einbau einer Küche abgeschlossen. Die ersten Arbeiten seien im Februar 2017 erfolgt (GB 4). Es ist unglaublich, wenn nun behauptet wird, die Arbeiten hätten sich bis in den Juni 2018 hingezogen. Damit hätte der Kücheneinbau nahezu eineinhalb Jahre gedauert. Ferner wird nicht bestritten, dass die Küche bereits im Juni 2017 in Betrieb genommen wurde. Weshalb ein Jahr nach Inbetriebnahme der Küche im Juni 2018 noch Vollendungsarbeiten notwendig gewesen sein sollen, ist nicht nachvollziehbar und wird von der Gesuchstellerin auch nicht erläutert.

Zwar legt die Gesuchstellerin mit ihrer Stellungnahme vom 23. November 2018 zwei Fotos ins Recht, woraus sich ergeben soll, dass der Abluftanschluss des Kombisteamergerätes erst am 20. Juni 2018 eingebaut worden sein soll. Allerdings hätte die Gesuchstellerin diese Beweismittel bereits mit ihrem Gesuch einreichen müssen. Nach Einreichung der Gesuchsantwort trat Aktenschluss ein und die Gesuchstellerin bringt weder vor noch ist ersichtlich, weshalb es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich war, diese Fotos vorher vorzubringen (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Beilagen 4 und 5 der Eingabe der Gesuchstellerin vom 23. November 2018 haben daher unberücksichtigt zu bleiben. Selbst wenn aber auf die Fotos abgestellt würde, so ginge aus diesen nur hervor, dass sie am 20. Juni 2018 abgeändert worden sind. Als Erstellungsdatum erscheint sodann der 23. November 2018. Diese Ungereimtheit erklärt die Gesuchstellerin nicht. Aus den Beilagen 4 und 5 lässt sich daher nicht ableiten, wann die Fotos entstanden sind, weshalb sie auch keine Indizien dafür darstellen, wann der Abluftanschluss des Kombisteamergerätes eingebaut wurde.

Es kommt hinzu, dass die Gesuchstellerin der G-AG bereits am 6. April 2018 die Schlussrechnung zukommen liess (AB 4). Es wäre zumindest ungewöhnlich, wenn die Gesuchstellerin ihrer Vertragspartnerin die Schlussrechnung bereits vor Vollendung ihrer Arbeiten hätte zukommen lassen.

Es gilt daher als höchst unwahrscheinlich, dass die Gesuchstellerin ihre letzten Arbeiten an der Küche im Restaurant P___ tatsächlich noch am 20. Juni 2018 oder überhaupt im Juni 2018 vornahm. Die der Einhaltung der Viermonatsfrist nach Art. 839 Abs. 2 ZGB zugrundeliegenden Tatsachen konnte die Gesuchstellerin daher nicht glaubhaft machen. Ihr Recht,

¹² BGer 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4 m.w.N.

ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen zu lassen, sofern es denn überhaupt bestünde, ist daher verwirkt und ihr Gesuch ist abzuweisen.

5. Ergebnis

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht erfüllt sind und die mit Verfügung vom 18. Oktober 2018 superprovisorisch angeordnete Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Umfang von Fr. 77'005.60 zzgl. Zins zu 5 % seit dem 24. September 2018 zu löschen ist.

6. 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 Gesuchstellerin zu tragen.

6.1.

Unter Berücksichtigung des verursachten Aufwands sowie des Umfangs der Streitigkeit werden die Gerichtskosten auf Fr. 2'000.00 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. 2'000.00 verrechnet.

6.2.

Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin zudem eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung wird nach dem Streitwert – vorliegend Fr. 77'005.60 – bemessen (vgl. § 3 AnwT; SAR 291.150). Ausgehend von einer Grundentschädigung von rund Fr. 11'000.00 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 9 AnwT) resultiert nach Vornahme eines Summarabzugs von 75 % (§ 3 Abs. 2 AnwT) ein Betrag von rund Fr. 2'750.00. Damit sind insbesondere eine Rechtschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (vgl. § 6 Abs. 1 AnwT). Nach einem weiteren Abzug von 20 % wegen der nicht durchgeführten Verhandlung (§ 6 Abs. 2 AnwT) und nach Hinzurechnung einer Auslagenpauschale (§ 13 Abs. 1 AnwT) von praxisgemäss 3 % resultiert ein Betrag in Höhe von Fr. 2'266.00, den die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin als Parteientschädigung zu bezahlen hat.

Die Gesuchsgegnerin macht keinen Kostenersatz für die Mehrwertsteuer geltend, weshalb ihr keiner zuzusprechen ist.¹³

¹³ 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_6/obergerichte/handelsgericht/Merkblatt_MwSt.pdf (zuletzt besucht am 18. Februar 2019).

Der Vizepräsident erkennt:

1.

Das Gesuch vom 18. Oktober 2018 wird abgewiesen.

2.

Das **Grundbuchamt Zofingen** wird angewiesen, das gemäss Verfügung des Handelsgerichts vom 18. Oktober 2018 gleichentags um 15:23 Uhr unter der Tagebuch-Nr. 024-2018/10870/0 auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin Grdst.-Nr. XXX GB R, AG (E-GRID: CH _____), für die Pfandsomme von Fr. 77'005.60 zuzüglich 5 % Zins ab dem 24. September 2018 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht **zu löschen**.

3.

3.1.

Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 2'000.00 sind von der Gesuchstellerin zu tragen und werden mit dem von ihr geleisteten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 2'000.00 verrechnet.

3.2.

Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung in richterlich festgesetzter Höhe von Fr. 2'266.00 zu bezahlen.

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, 19. Februar 2019

Handelsgericht des Kantons Aargau

2. Kammer

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Vetter

Schneuwly

