

HSU.2024.5 / fn / fn

Entscheid vom 19. März 2024

Besetzung Oberrichter Dubs, Präsident
 Gerichtsschreiberin Näf

Gesuchstellerin **A._____ AG**

Gesuchsgegne- **B._____ AG**
rin

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend Bauhandwerkerpfandrecht

Der Präsident entnimmt den Akten:

1.

Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Q._____. Sie bezweckt gemäss Handelsregister [...].

2.

Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in R._____. Sie hat gemäss Handelsregister [...] zum Zweck.

Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des Grundstücks Nr. A GB S._____.

3.

Mit Gesuch vom 2. Februar 2024 (Postaufgabe: gleichentags) stellte die Gesuchstellerin die folgenden Rechtsbegehren:

- " 1.
Das Grundbuchamt T._____ sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks in der Gemeinde S._____, Grundbuch- / Grundblatt-Nr. A Kataster-Nr. A, zugunsten von der gesuchstellenden Partei ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsomme von CHF 33'244.65 vorläufig als Vormerkung einzutragen
2.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gegenpartei."

Zur Begründung wurde ausgeführt, es handle sich um Ansprüche aus dem mit der C._____ AG abgeschlossenen Werkvertrag vom 30. Januar 2023.

4.

Mit Verfügung vom 5. Februar 2024 bestätigte der Präsident den Parteien den Eingang des Gesuchs und setzte der Gesuchstellerin eine Frist zur Bezahlung des Kostenvorschusses von Fr. 1'550.00.

5.

Nachdem die Gesuchstellerin den Kostenvorschuss innert Frist beglichen hatte, stellte der Präsident der Gesuchsgegnerin das Gesuch vom 2. Februar 2024 zur Erstattung einer schriftlichen Antwort bis zum 5. März 2024 zu.

6.

Mit Gesuchsantwort vom 4. März 2024 (Postaufgabe: gleichentags) stellte die Gesuchsgegnerin die folgenden Rechtsbegehren:

- "
1.
Das Gesuch der Gesuchstellerin sei vollumfänglich abzuweisen.
 2.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Gesuchstellerin"

7.

Mit Eingabe vom 14. März 2024 nahm die Gesuchstellerin zur Gesuchsantwort freiwillig Stellung. Gleichzeitig stellte sie den Antrag um Erlass superprovisorischer Massnahmen.

Der Präsident zieht in Erwägung:

1. Zuständigkeit

1.1. Örtlich

Bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts handelt es sich um einen Anwendungsfall des vorsorglichen Rechtsschutzes i.S.v. Art. 261 ff. ZPO.¹ Für den Erlass superprovisorischer und vorsorglicher Massnahmen ist deshalb das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist oder am Ort, wo die Massnahme vollstreckt werden soll, zwingend örtlich zuständig (Art. 13 ZPO). Für Klagen auf Errichtung gesetzlicher Pfandrechte ist das Gericht am Ort, an dem das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist, zuständig (Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO). Das Grundstück der Gesuchsgegnerin, auf welchem die Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig eintragen lassen will, befindet sich in S. _____. Die örtliche Zuständigkeit der aargauischen Gerichte ist gegeben.

1.2. Sachlich

Die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters am Handelsgericht für den Erlass superprovisorischer und vorsorglicher Massnahmen ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 5 ZPO und § 13 Abs. 1 lit. a EG ZPO AG, weil die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist, gegen den Entscheid – bei einem behaupteten Streitwert von Fr. 33'244.65 (vgl. Art. 51 - 53 BGG) – die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht offen steht und die Parteien im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind.

2. Allgemeine Voraussetzungen der vorläufigen Eintragung

2.1.

Die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts setzt im Wesentlichen die Forderung eines Bauhandwerkers oder Unternehmers für die Leistung

¹ BGE 137 III 563 E. 3.3.

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.² 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.³ Letztlich läuft es darauf hinaus, dass der gesuchstellende Unternehmer nur die blosse Möglichkeit eines Anspruchs auf ein Bauhandwerkerpfandrecht nachzuweisen hat.⁴

3. Eintragsfrist

3.1. Parteibehauptungen

3.1.1. Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin führt in Bezug auf die viermonatige Eintragsfrist aus, die Arbeiten, zu denen sie sich verpflichtet habe, hätten im Frühjahr 2023 gestartet und bis am 17. Mai 2023 gedauert. Die Arbeiten seien noch nicht abgeschlossen. Ausstehend seien Belagsarbeiten beim Haus 5. Am 26. Juli 2023 sei der Gesuchstellerin durch die Gesuchsgegnerin eröffnet worden, dass der Generalunternehmer-Vertrag mit der C._____ AG (heute: D._____ AG in Liquidation) gekündigt worden sei, es aber das Ziel sei, die Bauarbeiten so schnell wie möglich wieder aufzunehmen und wenn möglich mit den bestehenden Unternehmern zu beenden. Im August 2023 sei die Gesuchstellerin gebeten worden, das Formular "Umschreibung des Leistungsstandes" auszufüllen. Dem sei die Gesuchstellerin nachgekommen. Sie habe die offene Forderung und die ausstehenden Arbeiten in Aussicht gestellt. Danach sei die Kontaktaufnahme mit der Gesuchsgegnerin immer schwieriger geworden.

In ihrer Stellungnahme vom 14. März 2024 präzisiert die Gesuchstellerin, die Gesuchsgegnerin habe sie selber angeschrieben und über die Beendigung der Zusammenarbeit informiert, mit der Bitte, dass die Gesuchs-

² 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.

³ 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. 2), N. 1533.

⁴ SCHUMACHER/REY (Fn. 2), N. 1535; VETTER/CARBONARA, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2023, N. 51 f.

gegnerin den Vertrag übernehmen könne. Daraufhin seien der Gesuchsgegnerin alle Informationen geliefert worden, mitunter auch über den Ausstand der noch offenen Arbeiten von rund Fr. 5'000.00. Das Bauhandwerkerpfandrecht könne bereits nach Werkvertragsabschluss eingetragen werden, ohne dass Arbeit geleistet worden sei.

Die Gesuchsgegnerin habe zwar im Mai / Juni 2023 der C._____ AG die Arbeit entzogen. Zu diesem Zeitpunkt sei aber der Werkvertragsumfang noch nicht vollständig geleistet worden. Dies sei der Gesuchsgegnerin mitgeteilt worden. Die Gesuchsgegnerin habe mitgeteilt, dass sie die Verträge mit den Subunternehmerinnen übernehmen wolle. Wäre die Arbeit fertig gewesen, hätte sie dies nicht geschrieben. Aufgrund der Erkundigung der Gesuchsgegnerin habe die Gesuchstellerin davon ausgehen dürfen, dass sie die Arbeiten noch werde machen können. Hiervon sei die Gesuchstellerin noch bis zur Zustellung der Gesuchsantwort ausgegangen.

3.1.2. Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass die viermonatige Eintragsfrist gewahrt worden sei.

Die Gesuchstellerin behaupte nur einen Auftrag gemäss Offerte vom 24. Januar 2023. Die bestrittenen Zusatzleistungen seien von der C._____ AG nicht bestellt worden. Die damit verbundenen angeblichen Mehrkosten seien daher auch nicht geschuldet oder pfandberechtigt (Antwort Rz. 14).

Die Gesuchstellerin behaupte mit Regiearbeiten, Installation, Bauarbeiten, für Werkleitungen, Wasser- und Kanalisationsanschluss, Erdarbeiten, Fundationsschichten, Pflästerungen und Abschlüsse, Belagsarbeiten sowie Betonarbeiten zahlreiche Arbeiten aus verschiedenen Arbeitsgattungen gemäss BKP. Diese wiesen unter sich keinen funktionellen Zusammenhang auf und bildeten daher keine funktionelle Einheit. Daher würden die Arbeiten der verschiedenen Arbeitsgattungen grundsätzlich einem getrennten Fristenlauf unterliegen. Es fehlten zudem schlüssige Behauptungen dazu, unter welche Arbeitsgattung die angeblich letzten Arbeiten gemäss Gesuch fallen sollten (Antwort Rz. 15).

Weiter sei zu berücksichtigen, dass auf dem streitgegenständlichen Grundstück insgesamt drei unterschiedliche Mehrfamilienhäuser realisiert würden. Die Gesuchstellerin lege aber nicht dar, welche Arbeiten an welchem Haus geschuldet gewesen und welche konkreten Vollendungsarbeiten wann an welchem Haus verrichtet worden seien. Ein funktioneller Zusammenhang zwischen den Mehrfamilienhäusern bestehe nicht. Auch bestreitet die Gesuchsgegnerin, dass die Bauarbeiten der Gesuchstellerin sukzessive bzw. in einem Zug und ohne Unterbruch erbracht worden seien. Es sei daher von einem getrennten Fristenverlauf für die drei Mehrfamilienhäuser auszugehen. Das Gesuch verliere daher an Schlüssigkeit, weil unklar

bleibe, wie die angebehrte Pfandsomme auf die drei Mehrfamilienhäuser aufzuteilen wäre und wann welche Vollendungsarbeiten an welchem Haus verrichtet worden seien (Antwort Rz. 18, 30 ff.). Die Gesuchstellerin selbst behaupte nur noch ausstehende Belagsarbeiten beim Haus 5 und somit im Umkehrschluss keine offenen Arbeiten mehr an den Häusern 1 und 3 (Gesuch Rz. 29).

Sodann bestreitet die Gesuchsgegnerin, dass die vertraglich geschuldeten Arbeiten noch nicht fertiggestellt seien. Insbesondere bestreitet sie, dass Belagsarbeiten beim Haus 5 ausstehend seien. Gemäss Offerte sei "Liefern, Einbringen und Verdichten von bituminösen Belägen" im Umfang von 3 t geschuldet. Gemäss Rechnung der Gesuchstellerin seien 4.5 t ausgeführt worden. Es werde nicht dargelegt, dass und in welchem Umfang noch Belagsarbeiten fehlen sollten. Was vertraglich geschuldet gewesen sei, sei erbracht worden (Antwort Rz. 20).

Es werde ferner bestritten, dass die Arbeiten der Gesuchstellerin nur unterbrochen worden seien und noch fortgesetzt würden. Die Gesuchstellerin sei eigenen Angaben zufolge seit dem 17. Mai 2023 nicht mehr auf der Baustelle tätig gewesen. Die Gesuchstellerin substantiiere nicht, aus welchen Gründen am 17. Mai 2023 die Arbeiten trotz bestehendem Vertrag mit der C._____ AG plötzlich unterbrochen worden seien und warum sie ihres Erachtens zu einem Arbeitsunterbruch berechtigt gewesen sei. Die Gesuchstellerin habe die Arbeiten nicht unterbrochen, sondern abgebrochen (Antwort Rz. 21 ff.). Dass die Gesuchstellerin am 17. Mai 2023 ihre Arbeiten bewusst abgebrochen habe, zeige sich auch dadurch, dass gemäss Rapport an diesem Tag Absperrgitter entfernt und Bagger mit Anhang und Pneulader abtransportiert worden seien (Antwort Rz. 23).

Die Gesuchstellerin habe seit dem 26. Juli 2023 gewusst, dass die Gesuchsgegnerin den Vertrag mit der C._____ AG per sofort gekündigt habe. Seit diesem Datum habe die Gesuchsgegnerin somit auch gewusst, dass sie unter dem Vertrag mit der C._____ AG keine weiteren Leistungen mehr erbringen werde. Spätestens am 27. Juli 2023 habe daher die Viermonatsfrist zu laufen begonnen (Antwort Rz. 24). Dementsprechend habe die Gesuchstellerin der C._____ AG am 17. August 2023 auch den Betrag von Fr. 48'244.70 in Rechnung gestellt. Dabei handle es sich unter Berücksichtigung der bereits erfolgten Zahlung von Fr. 15'000.00 (inkl. MwSt.) um die streitgegenständliche Forderung. Spätestens am 17. August 2023 habe die Gesuchstellerin das Total der ausgeführten, pfandberechtigten Arbeiten erkennen können und es sei ihr bewusst gewesen, dass es sich dabei um das finale Ausmass gemäss ihrem Werkvertrag mit der C._____ AG handle (Antwort Rz. 25).

Richtig sei, dass die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 26. Juli 2023 zufolge Kündigung des TU-Vertrages angefragt habe, ob

diese interessiert sei, noch ausstehende Arbeiten im direkten Auftragsverhältnis mit der Bauherrschaft zu erbringen. Richtig sei aber auch, dass sich die Parteien im August/September 2023 nicht einig geworden seien und keinen neuen, direkten Werkvertrag abgeschlossen hätten (Antwort Rz. 26).

3.2. Rechtliches

Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts muss bis spätestens vier Monate nach der Arbeitsvollendung erfolgen, andernfalls verwirkt der Anspruch (Art. 839 Abs. 2 ZGB).⁵ 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.⁶

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 839 Abs. 2 ZGB gelten Bauarbeiten grundsätzlich dann als vollendet, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen dabei geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen wie der Ersatz gelieferter, aber fehlerhafter Teile oder die Behebung anderer Mängel. Geringfügige Arbeiten gelten aber dann als Vollendungsarbeiten, wenn sie unerlässlich sind; insoweit werden Arbeiten weniger nach quantitativen als vielmehr nach qualitativen Gesichtspunkten gewürdigt.⁷

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,⁸ wobei es seitens des Unternehmers genügt, wenn er die Arbeit endgültig einstellt.⁹ Daraus folgt, dass die Eintragsfrist 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 Eintragsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB vor Arbeitsvollendung allgemein nur mit einem rechtsgültigen Rücktritt vom Vertrag.¹⁰

Werden auf der Grundlage verschiedener Werkverträge mehrere, zeitlich gestaffelte Leistungen erbracht, so stellt sich die Frage, wann deren

⁵ BGE 126 III 462 E. 4c.aa; BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 2), Art. 839/840 N. 29.

⁶ BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 2), Art. 839/840 N. 31a.

⁷ BGer 5A_613/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4 m.w.N.

⁸ 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.

⁹ BGer 5A_683/2010 vom 15. November 2011 E. 4.1; SCHUMACHER/REY (Fn. 2), N. 1117.

¹⁰ 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.

fristauslösende Vollendung anzunehmen ist. Dabei kommt es entscheidend darauf an, ob diese Leistungen eine Einheit bilden. Denn wiederholt gleiche oder gleichartige Bauleistungen des gleichen Unternehmens bilden in ihrer Gesamtheit eine einzige, spezifische Bauarbeit und unterliegen einem einheitlichen Fristenlauf. Eine Einheit zwischen zeitlich gestaffelten Bauleistungen ist dann anzunehmen, wenn zwischen diesen ein innerer Zusammenhang besteht.¹¹ Vorausgesetzt ist, dass die verschiedenen Bauleistungen in wirtschaftlicher und tatsächlicher Hinsicht ein Ganzes bilden.¹² Ob formell getrennte Werkverträge abgeschlossen wurden, spielt keine Rolle, kommt es doch nicht auf die oft eher zufällige Anzahl von Werkverträgen an, sondern darauf, ob zwischen den fraglichen Leistungen ein enger Konnex vorhanden ist.¹³ Zur Beurteilung, ob zwei Bauleistungen eine funktionelle Einheit bilden, kann der Begriff der Arbeitsgattung herangezogen werden, der freilich unscharfer Natur ist.¹⁴

3.3. Würdigung

Die Gesuchstellerin hat die letzten Arbeiten auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin unbestrittenermassen am 17. Mai 2023 ausgeführt. Eine Eintragung des anbegehrten Bauhandwerkerpfandrechts ist zum heutigen Zeitpunkt daher nur möglich, wenn die Frist noch nicht zu laufen begonnen hat, weil die Vollendung der Arbeiten, wie von der Gesuchstellerin behauptet, noch ausstehend ist.

Vorliegend hat sich die Gesuchstellerin gemäss der von der C._____ AG am 30. Januar 2023 angenommenen Offerte vom 24. Januar 2023 zu Bauarbeiten für Werkleitungen (Aushubarbeiten, Rohrleitungen, Rohrumhüllungen und Grabenauffüllungen, Schächte und Kandelaberfundamente), zu Erdarbeiten (Abbrucharbeiten und Rodungsarbeiten, Aushubarbeiten, Transporte), Foundationsschichten (Planierarbeiten), Pflasterungen und Abschlüsse und zu Belagsarbeiten (Vorbereitungsarbeiten sowie Liefern, Einbringen und Verdichten von bituminösen Belägen) zu einem Werkpreis von Fr. 20'809.35 verpflichtet. In Bezug auf die Belagsarbeiten sah die Offerte 12 m "Anschnelden von bituminösen Belägen", 12 m "Liefern und Befestigen von bituminösen Fugenband" (inkl. deren Reinigung mit Primer) und das Liefern, Einbringen und Verdichten von 3 Tonnen bituminösen Tragschichten zu einem Preis von Fr. 1'062.00 vor. Zu Recht verweist die Gesuchsgegnerin darauf, dass die Gesuchstellerin gemäss in ihrer Rechnung vom 17. August 2023 (adressiert an die C._____ AG) bzw. vom 31. Dezember 2023 (adressiert an die Gesuchsgegnerin) bereits das Anschneiden von 19.45 m bituminöse Belägen und das Liefern, Einbringen und Verdichten von 4.5 Tonnen Tragschichten ausgewiesen hat (S. 10 f. der Rechnung vom 17. August 2023 [AB 3], S. 11 f. der Rechnung vom

¹¹ BGer 5C.232/2001 vom 19. November 2001 E. 3.a.

¹² BGer 5A_282/2016 vom 17. Januar 2017 E. 7.1.

¹³ BGer 5C.232/2001 vom 19. November 2001 E. 3.a.

¹⁴ SCHUMACHER/REY (Fn. 2), N. 1173.

31. Dezember 2023). Insgesamt hat die Gesuchstellerin unter der Position "223 Belagsarbeiten" Fr. 1'436.25 in Rechnung gestellt. Vor diesem Hintergrund ist tatsächlich nicht glaubhaft, dass noch Belagsarbeiten im Umfang von Fr. 5'000.00 ausstehend wären. Hierfür hätte die Gesuchstellerin aufzuzeigen gehabt, welche Arbeiten sie konkret schon erbracht hat und inwiefern sie damit noch nicht den vereinbarten Umfang geleistet hat. Entsprechendes ergibt sich auch nicht aus den ins Recht gelegten Tages- und Regierapporten. Auch eine allfällige Beststellungsänderung hat die Gesuchstellerin weder behauptet, noch ist eine solche in den Beilagen ausgewiesen. Überdies weist die Gesuchsgegnerin zu Recht darauf hin, dass die Gesuchstellerin nicht dargelegt hat, inwiefern die noch ausstehenden Arbeiten – welche gemäss Ausführungen der Gesuchstellerin nur eine einzige Arbeitsgattung und nur eines der drei Gebäude betreffen – in einem funktionellen Zusammenhang mit den bereits erbrachten Leistungen stehen und damit für sämtliche Leistungen ein einheitlicher Fristenlauf gilt.

Weiter hat die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin vorliegend mit Schreiben vom 26. Juli 2023 über die Beendigung der Vertragsbeziehung zwischen der Gesuchsgegnerin und der C._____ AG per 20. Juli 2023 informiert. Zwar bewirkt der Rücktritt der Bauherrin vom Vertrag mit der Totalunternehmerin an sich noch nicht die Auflösung des Vertrags zwischen der Totalunternehmerin und der Subunternehmerin (hier der Gesuchstellerin). Diesfalls beginnt die Frist zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für die Subunternehmerin grundsätzlich erst zu laufen, wenn eine allfällige Auflösungserklärung bei ihr eingeht.¹⁵ Anderes gilt aber, wenn die Unternehmerin wusste oder hätte wissen müssen, dass es bei den ausgeführten Bauarbeiten bleiben werde.¹⁶ Vorliegend hat die Gesuchstellerin ihre Arbeiten bereits am 17. Mai 2023 eingestellt. An diesem Tag hat sie ihre letzten Arbeiten ausgeführt, die Absperrgitter entfernt und den Bagger mit Anhang und Pneulader abtransportiert (Regierapport vom 17. Mai 2023).

In der Folge ging auch die Gesuchstellerin selber nicht davon aus – auch in ihrem Gesuch vom 2. Februar 2024 nicht –, dass sie ihre angeblich noch offenen Arbeiten für die C._____ AG weiterführen könne. Vielmehr hoffte sie auf die Übernahme der Vertragsbeziehung durch die Gesuchsgegnerin. Eine feste Zusicherung einer Vertragsübernahme ist dem Schreiben vom 26. Juli 2023 aber gerade nicht zu entnehmen. Im Gegenteil wies die Gesuchsgegnerin darauf hin, dass sie nicht die Pflicht habe, die Verträge zu übernehmen, und bat um Rückmeldung, ob die Gesuchstellerin daran interessiert sei, für die Vollendung der Überbauung "im direkten Auftragsverhältnis mit der Bauherrschaft" weitere Arbeiten zu erbringen. Die Gesuchstellerin musste daher Ende Juli 2023 damit rechnen, dass es zur Realisierung der angeblich noch ausstehenden Arbeiten nicht mehr kommen

¹⁵ SCHUMACHER/REY (Fn. 2), N. 1113.

¹⁶ SCHUMACHER/REY (Fn. 2), N. 1107.

werde. Entsprechend hat die Gesuchstellerin der C._____ AG am 17. August 2023 Rechnung gestellt (AB 3). Es wäre ihr zum damaligen Zeitpunkt zumutbar gewesen, tatsächliche und rechtliche Abklärungen im Hinblick auf die Eintragung eines Baupfandrechts zu treffen.¹⁷

4. Ergebnis

Die Gesuchstellerin hat die Einhaltung der Viermonatsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB damit nicht glaubhaft machen können. Dies bedeutet, dass der Anspruch der Gesuchstellerin auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts verwirkt ist. Das Gesuch ist dementsprechend abzuweisen.

5. 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.

5.1.

Unter Berücksichtigung des verursachten Aufwands sowie des Umfangs der Streitigkeit werden die Gerichtskosten auf Fr. 1'550.00 festgesetzt (§ 8 VKD; SAR 221.150). Gestützt auf Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO werden sie mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

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. 33'244.65 – bemessen (vgl. § 3 AnwT; SAR 291.150). Ausgehend von einer Grundentschädigung von rund Fr. 6'579.35 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 9 AnwT) resultiert nach Vornahme eines Summarabzugs von 75 % (§ 3 Abs. 2 AnwT) ein Betrag von rund Fr. 1'644.85. Damit sind insbesondere eine Rechtschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (vgl. § 6 Abs. 1 AnwT). Nach weiteren Abzügen von 20 % wegen der nicht durchgeführten Verhandlung (§ 6 Abs. 2 AnwT) resultiert ein Betrag in Höhe von Fr. 1'315.85. Nach Hinzurechnung einer Auslagenpauschale (§ 13 Abs. 1 AnwT) von praxisgemäss 3 % resultiert ein Betrag in Höhe von gerundet Fr. 1'355.00, den die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin als Parteientschädigung zu bezahlen hat.

Dem gesuchsgegnerischen Antrag auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzuschlags ist nicht zu entsprechen. Die Gesuchsgegnerin ist gemäss UID-Register selber mehrwertsteuerpflichtig. Sie kann die ihrer Anwältin bezahlte Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen

¹⁷ Vgl. SCHUMACHER/REY (Fn. 2), N. 1107.

Mehrwertsteuerrechnung in Abzug bringen (Art. 28 MWSTG).¹⁸ 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 2. Februar 2024 sowie das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen vom 14. März 2024 werden **abgewiesen**.

2.

Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 1'550.00.00 sind der Gesuchstellerin zu tragen und werden mit dem von ihr in derselben Höhe geleisteten Gerichtskostenvorschuss verrechnet.

3.

Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin Parteikosten in richterlich festgesetzter Höhe von Fr. 1'355.00(inkl. Auslagen) zu bezahlen.

Zustellung an:

- die Gesuchstellerin
- die Gesuchsgegnerin (Vertreterin; zweifach mit Doppel der Eingabe der Gesuchstellerin vom 14. März 2024)

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

¹⁸ 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 18. März 2024).

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. März 2024

Handelsgericht des Kantons Aargau

1. Kammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dubs

Näf

