
Der Vizepräsident entnimmt den Akten:

1.

Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in K.(AG). Sie hat gemäss Handelsregister im Wesentlichen die Ausführung von Güter- und Muldentransporten [...] zum Zweck.

2.

Die Gesuchsgegnerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in B. (AG). Sie bezweckt gemäss Handelsregister insbesondere die Tätigkeit als Generalunternehmung, [...].

3.

Die Gesuchsgegnerin ist Eigentümerin des Grdst.-Nr. 53 GB B. (vgl. Grundbuchauszug).

4.

Mit Gesuch vom 21. Mai 2019 (Postaufgabe: 21. Mai 2019) stellte die Gesuchstellerin folgende Rechtsbegehren:

" Das Grundbuchamt B. sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks in der Gemeinde K., Grundbuch- / Grundblatt-Nr. (siehe Beilage) Kataster-Nr. , zu [] von der gesuchstellenden Partei ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 119'420.3 nebst [] % Zins seit [] 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."

5.

Mit Verfügung vom 22. Mai 2019 bestätigte der Vizepräsident den Parteien den Eingang des Gesuchs, wies das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen ab und setzte der Gesuchstellerin Frist bis 6. Juni 2019 zur Bezahlung des Kostenvorschusses in Höhe von Fr. 3'000.00 und der Gesuchsgegnerin zur Erstattung einer Gesuchsantwort Frist bis 6. Juni 2019.

6.

Mit Verfügung vom 11. Juni 2019 setzte der Vizepräsident der Gesuchstellerin eine letzte, nicht erstreckbare Frist bis 17. Juni 2019 zur Leistung des Gerichtskostenvorschusses von Fr. 3'000.00 und der Gesuchsgegnerin eine letzte, nicht erstreckbare Frist bis 17. Juni 2019 zur Erstattung einer schriftlichen Antwort.

7.

Mit Gesuchsantwort vom 17. Juni 2019 stellte die Gesuchsgegnerin folgende Rechtsbegehren:

- " 1.
Das Gesuch vom 21. Mai 2019 sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
- 2.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin."

8.

In ihrer (freiwilligen) Stellungnahme vom 28. Juni 2019 stellte die Gesuchstellerin folgende Rechtsbegehren:

- " 1.
Das Grundbuchamt B. sei im Sinne von Art. 961 ZGB einstweilen anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig auf der Liegenschaft, Grundbuchblatt Nr. 53, Liegenschaft, Kataster 130, in der Gemeinde K., für eine Pfandsomme von CHF 119'420.30 zuzüglich Verzugszinsen von 5% ab dem 11. Juni 2019 im Grundbuch einzutragen;
- 2.
Die Anweisung sei provisorisch zu verfügen und dem Grundbuchamt unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.
- 3.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Der Vizepräsident zieht in Erwägung:

1. Zuständigkeit

1.1.

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 des Gesuchsgegners, auf welchem die Gesuchstellerin ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig eintragen lassen will, befindet sich in K. (AG). Die örtliche Zuständigkeit der aargauischen Gerichte ist gegeben.

1.2.

Die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters am Handelsgericht für den Erlass superprovisorischer und vorsorglicher Massnahmen ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 5 ZPO und § 13 Abs. 1 lit. a EG ZPO AG, da die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist, gegen den Entscheid – bei einem behaupteten Streitwert von Fr. 119'420.30 (vgl. Art. 51-53 BGG) – die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht und die Parteien im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind.

1.3.

Die Streitsache ist im summarischen Verfahren zu behandeln (Art. 248 lit. a i.V.m. Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO).

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 Eintragungsfrist voraus (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und 839 Abs. 2 ZGB).

2.2.

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

¹ BGE 137 III 563 E. 3.3.

derungen 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 blossе Möglichkeit eines Anspruchs auf ein Bauhandwerkerpfandrecht nachzuweisen hat.⁴

3. Pfandsumme

3.1. Parteibehauptungen

In ihrem Gesuch vom 21. Mai 2019 behauptet die Gesuchstellerin im Auftrag von P.D., für das Grdst.-Nr. 46 GB B. folgende Leistung erbracht zu haben: "Entsorgung von Aushubmaterial / Material & Transporte" bzw. "Entsorgung von Inertmaterial inkl. Transport". In ihrer Stellungnahme vom 28. Juni 2019 erweitert die Gesuchstellerin diese Behauptungen wie folgt: Die Gesuchstellerin und die D. Bau-Group hätten mündlich vereinbart, dass die Gesuchstellerin das Material des Gebäudeabrisses und des Aushubs abtransportiere, da die D.-Group selbst nicht über solche Transportfahrzeuge verfügt habe. Anfangs sei bei der Gesuchstellerin telefonisch wegen einer Mulde angefragt worden. Die Zusammenarbeit zwischen der Gesuchstellerin und der D. Bau-Group habe funktioniert, weshalb die Materialien des Abrisses und Aushubs regelmässig abgeholt worden seien, bis schliesslich der Aushub rund um die Uhr abgeholt worden sei und der Aushub sowie die Entsorgung praktisch eine Einheit gebildet hätten (Stellungnahme vom 28. Juni 2019 Rz. 6). Die Entsorgung dieser Baumaterialien sei eine nicht wegzudenkende Leistung gewesen, um die Aushubarbeiten vollständig zu erfüllen. Da die Werkvertragspartnerin der Gesuchsgegnerin nicht in der Lage gewesen sei, diese Arbeiten selbständig zu erfüllen, seien die Leistungen der Gesuchstellerin notwendig gewesen, um den Werkvertrag zu erfüllen. Die Aushubarbeiten sowie der Abtransport dieses Materials würden eine funktionelle Einheit bilden (Stellungnahme vom 28. Juni 2019 Rz. 9). Der Standpunkt der Gesuchsgegnerin, dass gemäss vorherrschender Meinung der Lehre ausschliessliche Entsorgungsarbeiten nicht baupfandberechtigt seien, sei falsch. Sofern Abbruch und Entsorgung eine funktionale Einheit bilden, seien auch Entsorgungsarbeiten pfandberechtigt (Stellungnahme vom 28. Juni 2019 Rz. 16).

² 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.

³ BGE 102 Ia 81 E. 2b.bb; 86 I 265 E. 3; 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.

⁴ SCHUMACHER (Fn. 2), N. 1395.

Die Gesuchsgegnerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die von der Gesuchstellerin geleisteten Arbeiten nicht baupfandberechtigt seien. Die Gesuchstellerin habe lediglich Mulden zur Verfügung gestellt, damit diverses Baumaterial (Inertstoffe, Holzabfälle, Aushub, Kies, Sand etc.) entsorgt werden können. Diese Mulden seien regelmässig von der Gesuchstellerin abgeholt und ausgetauscht worden. Dabei handle es sich lediglich um Entsorgungs- und Abtransportarbeiten. Diese seien für sich alleine nicht baupfandberechtigt. Die Leistung anderer bauhandpfandberechtigten Leistungen oder die Lieferung von Material, die mit diesen nicht baupfandberechtigten Arbeiten im Zusammenhang stehen würden, mache die Gesuchstellerin nirgends geltend. Die Gesuchstellerin habe daher keinen baulichen Mehrwert geschaffen, der zu einem Bauhandwerkerpfandrecht berechtigen würde (Gesuchsantwort Rz. 5 f.).

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). Hat ein Unternehmer sowohl Arbeit als auch Material zu liefern, ist beides bzw. ist die gesamte Vergütungsforderung des Unternehmers pfandberechtigt, unabhängig davon, ob es sich beim Material um vertret- oder unvertretbare Sachen handelt.⁵ Für blosse Materiallieferungen oder intellektuelle Arbeitsleistungen kann hingegen kein Bauhandwerkerpfandrecht eingetragen werden.⁶ Nicht pfandrechtsberechtigt sind auch Transporte, Entsorgungsarbeiten oder Ladearbeiten für Transporte.⁷ Werden solche für sich allein nicht pfandberechtigten Leistungen zusammen mit pfandberechtigten Bauarbeiten von ein und demselben Unternehmer erbracht und wenn sie entweder mit den ohnehin pfandberechtigten Bauarbeiten eine funktionale Einheit bilden oder nebensächliche Leistungen sind, sind sie ebenfalls pfandberechtigt.⁸

3.3. Würdigung

Die von der Gesuchstellerin geleisteten Transport- und Entsorgungsarbeiten sind für sich allein nicht baupfandberechtigt i.S.v. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Die von der Gesuchstellerin behauptete funktionale Einheit zwischen den Abbruch- bzw. Aushubarbeiten auf dem Grdst.-Nr. 53 GB B. und den entsprechenden Transport- sowie Entsorgungsarbeiten genügt – selbst wenn diese bestünde – nicht, um die von ihr ausgeführten Transport- und Entsorgungsarbeiten als baupfandberechtigt i.S.v. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3

⁵ SCHUMACHER (Fn. 2), N. 295.

⁶ BGE 136 III 6 E. 5.2; vgl. BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 2) Art. 839/840 N. 4.

⁷ BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 2), Art. 839/840 ZGB N. 6; THURNHERR, ZBGR, 2012, S. 79 f.; SCHUMACHER (Fn. 2), N. 326.

⁸ HGer ZH HE150087 vom 4. Mai 2015 E. 6.3; SCHUMACHER (Fn. 2), N. 327; STREIFF, Das neue Bauhandwerkerpfandrecht, 2011, S. 39. Vgl. auch BGE 136 III 6 E. 5.3

ZGB zu qualifizieren, da die Arbeitsleistungen nicht von ein und demselben Unternehmer erbracht worden sind.

Die von der Gesuchstellerin zu Gunsten von P.D. bzw. der D. Group geleisteten Transport- und Entsorgungsarbeiten sind daher nicht pfandberechtigt. Der Bestand des beantragten Pfandrechts ist ausgeschlossen. Das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grdst.-Nr. 53 GB B. zu Gunsten der Gesuchstellerin ist daher abzuweisen.

4. 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.

4.1.

Unter Berücksichtigung des verursachten Aufwands sowie des Umfangs der Streitigkeit werden die Gerichtskosten auf Fr. 3'000.00 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. 3'000.00 verrechnet.

4.2.

Die Gesuchstellerin hat Gesuchsgegnerin zudem eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung wird nach dem Streitwert – vorliegend Fr. 119'420.30 – bemessen (vgl. § 3 AnwT; SAR 291.150). Ausgehend von einer Grundentschädigung von Fr. 14'817.85 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 9 AnwT) resultiert nach Vornahme eines Summarabzugs von 75 % (§ 3 Abs. 2 AnwT) ein Betrag von Fr. 3'704.45. Damit sind insbesondere eine Rechtsschrift 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) resultiert ein Betrag in Höhe von Fr. 2'963.55. Nach Hinzurechnung einer Auslagenpauschale (§ 13 Abs. 1 AnwT) von praxisgemäss 3 % resultiert ein Betrag in Höhe von gerundet Fr. 3'050.00, den die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin als Parteientschädigung zu bezahlen hat. Ein Mehrwertsteuerzuschlag entfällt bereits mangels Antrags (vgl. Art. 58 Abs. 1 ZPO).

Der Vizepräsident erkennt:

1.

Das Gesuch vom 21. Mai 2019 wird **abgewiesen**.

2.

2.1.

Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 3'000.00 sind von der Gesuchstellerin zu tragen und werden mit dem von ihr geleisteten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'000.00 verrechnet.

2.2.

Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin deren Parteikosten in richterlich festgesetzter Höhe von Fr. 3'050.00 (inkl. Auslagen) zu ersetzen.

Zustellung an:

- die Gesuchstellerin
- die Gesuchsgegnerin (Vertreter; zweifach mit Kopie der Stellungnahme vom 28. Juni 2019)

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, 2. Juli 2019

Handelsgericht des Kantons Aargau

2. Kammer

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Vetter

Schneuwly

