

## B. Sachenrecht

### 58 Art. 839 ZGB; Art. 106 Abs. 1 ZPO; Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO

**Im Massnahmeverfahren zur vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts werden die Verfahrenskosten im Falle der Prosequierung entsprechend dem Ausgang des Hauptverfahrens verlegt. Wird die Massnahme nicht prosequiert, sind die Kosten des Massnahmeverfahrens grundsätzlich dem Gesuchsteller aufzuerlegen; eine Ausnahme rechtfertigt sich dann, wenn der Gesuchsteller die Massnahme aus Gründen nicht prosequiert, die im Ergebnis einem Obsiegen im Hauptverfahren gleichkommen (Praxisänderung).**

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 3. Zivilkammer, vom 1. April 2020 (ZSU.2019.126)

### *Aus den Erwägungen*

#### 2.4.3.

Bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts handelt es sich um eine vorsorgliche Massnahme (vgl. BGE 137 III 563 E. 3.4). Wem die Prozesskosten der vorsorglichen Massnahme im Falle der Gutheissung des Gesuchs aufzuerlegen sind, ist umstritten. Gemäss der einen Auffassung sind bei Anordnung der vorsorglichen Massnahme die Gerichtskosten unter Vorbehalt eines abweichenden Entscheids im Hauptverfahren einstweilen der gesuchstellenden Partei aufzuerlegen und dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung zuzusprechen für den Fall, dass die gesuchstellende Partei die Klage in der Hauptsache nicht einreicht. Dieser Kostenentscheid wird definitiv, wenn die vorsorgliche Massnahme nicht rechtzeitig prosequiert wird (so etwa Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2016, N. 10.34; Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 1. September 2016 [HE160142-O] E. 6.1; Entscheid des

Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 23. Juni 2017 [ZB.2017.12] E. 2.4.5). Dementsprechend sind auch die Prozesskosten der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vorbehältlich einer anderen Verteilung im Verfahren auf definitive Eintragung vom Gesuchsteller zu tragen (so etwa gemäss dem Zürcher Merkblatt Bauhandwerkerpfandrecht vom 27. November 2013 S. 4, abrufbar unter [www.gerichte-zh.ch/themen/bau-werk/bauhandwerkerpfandrecht](http://www.gerichte-zh.ch/themen/bau-werk/bauhandwerkerpfandrecht); gl.M. in Bezug auf das Bauhandwerkerpfandrecht Entscheid des Kantonsgerichts Wallis vom 9. September 2015 [C3 15 14] E. 2.1 f.; Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 6. Oktober 2015 [410 15 244] E. 4; siehe auch Entscheid des Kantonsgerichts Graubünden vom 13. September 2013 [ERZ 13 131] E. 2 f.).

Nach einer anderen Ansicht – welche der Praxis des Obergerichts des Kantons Aargau entspricht – sind die Prozesskosten im Rahmen eines Massnahmeverfahrens in Anwendung der allgemeinen Grundsätze gemäss Art. 106 ff. ZPO grundsätzlich nach dem Obsiegen bzw. Unterliegen im Massnahmeverfahren zu verlegen. Dies gilt auch in Fällen, in welchen der im Massnahmeverfahren obsiegende Gesuchsteller von der Prosequierung – aus welchen Gründen auch immer – absieht (vgl. zur Praxis des Obergerichts unter der Geltung der aargauischen Zivilprozessordnung Entscheid des Obergerichts vom 25. August 2008 [ZSU.2008.265] E. 2.3, bestätigt vom Bundesgericht in BGE 5A 702/2008 E. 3.4; unter der Geltung der Schweizerischen Zivilprozessordnung Entscheid des Obergerichts vom 12. Februar 2013 [ZSU.2012.277] E. 3.3; Entscheid des Obergerichts vom 17. Dezember 2015 [ZSU.2015.268] E. 2.4.2; gl.M. Sterchi, in: Berner Kommentar zur ZPO, Bern 2012, Bd. I, N. 11 ff. zu Art. 104 ZPO; Pesenti, Gerichtskosten insbesondere Festsetzung und Verteilung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Diss. Basel 2017, Rz. 755 f.; Entscheid des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 2. Juni 2014 [ZKEIV.2014.1] E. 4.5; Entscheid des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen vom 26. März 2012 [HG.2011.286] E. III.1). Bei Gutheissung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts wären somit in Anwendung des

Grundsatzes der Verteilung der Prozesskosten nach Unterliegen bzw. Obsiegen die entsprechenden Kosten dem Gesuchsgegner aufzuerlegen. Gemäss dem publizierten Entscheid des Obergerichts AGVE 1994 Nr. 24 S. 85 ff. – welcher unter der Geltung der aargauischen Zivilprozessordnung erging – ist im Verfahren betreffend die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für die Frage der Kostenverlegung allerdings auf andere Kriterien abzustellen als im ordentlichen Forderungsprozess, da der Unternehmer oder Handwerker gemäss Art. 839 Abs. 1 und 2 ZGB bis spätestens (damals) drei Monate nach Vollendung seiner Arbeiten dem Grundeigentümer das Pfandrecht jederzeit einseitig aufzwingen könne, ohne dass es auf dessen Verhalten ankäme. Entsprechend sei für die Kostenverlegung bei Gutheissung der vorläufigen Eintragung die Frage nach der Dringlichkeit der anbegehrten Eintragung zu beantworten und zu untersuchen, inwieweit sich im Zeitpunkt der vorsorglichen Vormerkung des Bauhandwerkerpfandrechts eine derartige Rechtsvorkehr aufgedrängt habe. Mithin sei grundsätzlich der die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts begehrende Unternehmer mit den Kosten dieses Verfahrens zu belasten und nur unter besonderen Umständen – insbesondere bei fortgeschrittener Eintragsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB oder Zahlungsverzug des Grundeigentümers – der Grundeigentümer kostenpflichtig zu erklären. Für die Kostenverteilung sei aber auch zu prüfen, inwieweit finanzielle Gründe den Kläger zum Handeln gezwungen hätten (AGVE 1994 Nr. 24 S. 85 ff.). In zwei nicht publizierten Entscheiden hat das Obergericht festgehalten, dass diese Kostenverlegungsgrundsätze gemäss AGVE 1994 Nr. 24 S. 85 ff. bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auch nach Inkrafttreten der ZPO weitergelten (Urteil des Obergerichts vom 30. April 2012 [ZBE.2012.2] E. 3.1; Urteil des Obergerichts vom 1. Juli 2013 [ZSU.2013.68] E. 5.2).

Es ist in der Tat angebracht, zu berücksichtigen, dass der Unternehmer dem Grundstückeigentümer die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts einseitig aufzwingen kann, ohne dass es auf dessen Verhalten ankäme. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass an das Beweismass der Glaubhaftmachung äusserst geringe

Anforderungen gestellt werden – die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn das Baupfandrecht als ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist (Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, Rz. 1394). Aufgrund dieses sehr stark herabgesetzten Beweismasses kommt ein Unternehmer auf relativ einfache Art und Weise zu einem vorläufigen Pfandrechtseintrag auf dem Grundstück. Erst im ordentlichen Prozess wird ersichtlich, ob die vorläufige Eintragung berechtigt gewesen ist oder nicht. Wird ein Hauptverfahren angestrengt, ist deshalb eine Verlegung der Kosten der vorläufigen Eintragung nach dem Ausgang des Hauptverfahrens angezeigt. Wird hingegen von einer Prosequierung abgesehen, ist aufgrund der Besonderheiten der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts in Abweichung vom Grundsatz der Kostenverlegung nach Obsiegen bzw. Unterliegen grundsätzlich – wie in AGVE 1994 Nr. 24 S. 85 ff. festgehalten – der die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts begehrende Unternehmer mit den Kosten dieses Verfahrens zu belasten. Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO lässt eine entsprechende Abweichung vom Grundsatz der Verteilung der Prozesskosten nach Unterliegen bzw. Obsiegen auch zu. Allerdings vermögen die in AGVE 1994 Nr. 24 S. 85 ff. genannten besonderen Umstände, bei denen vom Grundsatz der Kostenauflage an den Unternehmer abgewichen wird, nicht mehr zu überzeugen. So ist nicht einsichtig, warum ein Gesuchsteller die Auferlegung der Kosten an den Gesuchsgegner erwirken können soll, wenn er mit der Einreichung seines Gesuchs bis kurz vor Ablauf der viermonatigen Frist für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 839 Abs. 2 ZGB) zuwartet. In der Praxis werden Gesuche um Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten zudem häufig erst kurz vor Ablauf der viermonatigen Frist gestellt, sodass der Grundsatz, wonach die Kosten dem das Gesuch stellenden Unternehmer auferlegt werden, nach der bisherigen Praxis faktisch zur Ausnahme wird. Auch führen die in AGVE 1994 Nr. 24 S. 85 ff. genannten Kriterien zu Wertungsinkonsistenzen gegenüber der Rechtslage in Fällen, in denen im Anschluss an die vorläufige Eintragung des

Bauhandwerkerpfandrechts ein Hauptverfahren angestrengt wird. In diesen Fällen ist für die Verlegung der Kosten des Massnahmeverfahrens nämlich einzig der Ausgang des Hauptverfahrens massgebend. Ob die Eintragsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB fortgeschritten war, ob der Grundeigentümer in Zahlungsverzug war oder finanzielle Gründe den Kläger zum Handeln gezwungen haben, bleibt bei Durchführung eines Hauptverfahrens dagegen unerheblich für die Verteilung der Kosten des Massnahmeverfahrens. Es rechtfertigt sich nicht, die Kosten des Massnahmeverfahrens nach ganz unterschiedlichen Gesichtspunkten zu verteilen, je nachdem, ob ein Hauptverfahren durchgeführt wird oder nicht. Daher ist eine Praxisänderung angezeigt: Auszugehen ist vom in AGVE 1994 Nr. 24 S. 85 ff. festgehaltenen Grundsatz, dass der die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts beantragende Gesuchsteller mit den Kosten des Massnahmeverfahrens belastet wird. Wenn die Massnahme prosequiert und ein Hauptverfahren durchgeführt wird, werden die Kosten des Massnahmeverfahrens entsprechend dem Ausgang des Hauptverfahrens verlegt. In Fällen, in denen die Massnahme nicht prosequiert wird, sind die Verfahrenskosten nach den gleichen Wertungsgesichtspunkten zu verlegen. Vom Grundsatz der Kostenauflage an den Bauhandwerker abzuweichen, rechtfertigt sich deshalb dann, wenn der Bauhandwerker das Hauptverfahren aus Gründen nicht einleitet, die im Ergebnis einem Obsiegen im Hauptverfahren gleichkommen. Solche Gründe sind namentlich die Bezahlung der Forderung und die Bestellung einer anderweitigen Sicherheit. Wird das Hauptverfahren zufolge Vergleichs nicht eingeleitet, sind die Kosten des Massnahmeverfahrens nach Massgabe des Vergleichs zu verteilen.

Eine Kostenverlegung analog der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO ist hingegen nicht angebracht. Gemäss BGE 140 III 30 E. 3.1 ist der Grundsatz, dass bei der vorsorglichen Beweisführung jeweils danach zu fragen ist, wessen Interessen ein Verfahren dient, dem Umstand geschuldet, dass in diesem Stadium der Auseinandersetzung nicht im Sinne des grundsätzlich geltenden

Unterliegensprinzips nach Art. 106 ZPO von obsiegender und unterliegender Partei gesprochen werden kann. So gibt es im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung auch keine Klageanerkennung, die zur Abschreibung des Verfahrens führt (BGE 140 III 30 E. 3.4.1). Bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts kann hingegen durchaus im Sinne des grundsätzlich geltenden Unterliegensprinzips nach Art. 106 ZPO von obsiegender und unterliegender Partei gesprochen werden. Es ist auch eine Anerkennung der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts möglich (vgl. BGE 5A\_327/2015). Die vorsorgliche Beweisführung und die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sind somit nicht miteinander vergleichbar. Bei den beiden Verfahren liegen unterschiedliche Gründe für eine Abweichung von der Kostenverteilung nach dem Unterliegensprinzip vor, aufgrund derer sich auch andere Kriterien zur Verteilung der Kosten nach Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO aufdrängen.



## II. Zivilprozessrecht

### 59 Art. 315 Abs. 5 ZPO

**Bei einem erst im Dispositiv eröffneten Entscheid über vorsorgliche Massnahmen ist die Rechtsmittelinstanz mangels eines (zulässigen) Berufungsverfahrens nicht zuständig für den Entscheid über den Vollstreckungsaufschub gemäss Art. 315 Abs. 5 ZPO.**

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 3. Zivilkammer, vom 2. März 2020 (ZSU.2019.210)

### *Aus den Erwägungen*

2.

2.1.

Ein Entscheid, gegen den – wie das für einen solchen über den Erlass vorsorglicher Massnahmen gilt (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO) – kein Rechtsmittel mit gesetzlicher Suspensivwirkung zur Verfügung steht, wird auch dann mit seiner Eröffnung vollstreckbar, wenn er ohne schriftliche Begründung eröffnet wurde. Die Frist zur Stellung eines Antrags auf schriftliche Begründung resp. die Ausfertigung derselben schiebt die Vollstreckbarkeit nicht hinaus (STAEHELIN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016 [ZPO-Komm.], N. 35 zu Art. 239 ZPO; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2019, § 28 Rz. 6c; vgl. Urteil des Bundesgerichts 5P.427/2003 vom 12. Dezember 2003 E. 2.1; anders Art. 112 Abs. 2 BGG).

2.2.

Die Vollstreckung vorsorglicher Massnahmen kann ausnahmsweise aufgeschoben werden, wenn der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 315 Abs.