

**Eintragsfrist für das Bauhandwerkerpfandrecht; schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung als Prozessvoraussetzung** – Art. 839 Abs. 2 ZGB; Art. 59 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a sowie Art. 315 Abs. 4 ZPO.

*Die Viermonatsfrist für die die Eintragung eines Pfandrechts der Handwerker und Unternehmer (sog. Bauhandwerkerpfandrecht) ist eine Verwirkungfrist, die sich nicht verlängern, namentlich nicht unterbrechen lässt. Der Unternehmer hat kein aktuelles Interesse mehr, die Abweisung der Vormerkung einer vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzufechten, wenn die Rechtsmittelinstanz nicht innert der Viermonatsfrist die Wiedereintragung verfügen kann (E. 2.1.).*

*Die Berufung gegen Verfügungen betreffend die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts hat keine aufschiebende Wirkung. Die in der Verfügung angeordnete Löschung der vorsorglichen Eintragung ist damit sofort vollstreckbar (E. 2.2.).*

OGE 10/2014/25 vom 17. März 2015

Keine Veröffentlichung im Amtsbericht

## **Sachverhalt**

Die X. AG, die Y. AG und die Z. AG ersuchten das Kantonsgericht um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Mit superprovisorischer Verfügung entsprach der Einzelrichter am Kantonsgericht zuerst diesem Begehren. Nach Einreichung der Stellungnahmen der Gesuchsgegnerin und ihrer Nebenintervenientin wies es das Gesuch mit Verfügung vom 19. September 2014 jedoch ab. Zugleich wies es das Grundbuchamt an, das provisorisch eingetragene Grundpfandrecht zu löschen. Die Löschung wurde am 23. September 2014 vorgenommen. Gegen die Verfügung vom 19. September 2014 erhoben die Gesuchstellerinnen mit Eingabe vom 3. Oktober 2014 Berufung beim Obergericht. Dieses trat mangels schutzwürdigen Interesses darauf nicht ein.

## **Aus den Erwägungen**

2. Auf ein Rechtsmittel ist nur einzutreten, wenn der Rechtsmittelkläger durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist, das heisst ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung hat (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Das Interesse an der Aufhebung und Korrektur des Entscheids muss ein aktuelles sein. Kein Rechtsschutzinteresse besteht deshalb, wenn die Änderung des Entscheids dem Rechtsmittelkläger keinen konkreten und rechtlich geschützten Vorteil verschaffen würde.

In diesem Fall fehlt es ihm an einer materiellen Beschwer und damit an einer Prozessvoraussetzung (Oliver M. Kunz in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel: Berufung und Beschwerde, Basel 2013, Vor Art. 308 ff. N. 46, S. 14 f., und N. 52, S. 16).

Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO). Die Pflicht zur amtswegigen Prüfung enthebt die Parteien jedoch nicht von der Beweislast. Der Rechtsmittelkläger trägt mithin die objektive Beweislast für die Tatsachen, welche die Prozessvoraussetzungen begründen (Myriam A. Gehri, Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Basel 2013, N. 10, S. 366; Kunz, Vor Art. 308 ff. N. 42, S. 13; Alexander Zürcher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. A., Zürich 2013, Art. 60 N. 5 S. 498; vgl. auch BGer 5A\_829/2014 vom 9. Februar 2015, E. 2.4).

**2.1.** Das Pfandrecht der Handwerker und Unternehmer kann von dem Zeitpunkte an, da sie sich zur Arbeitsleistung verpflichtet haben, in das Grundbuch eingetragen werden (Art. 839 Abs. 1 ZGB). Die Eintragung hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen (Abs. 2). Sie darf nur erfolgen, wenn die Pfandsomme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist, und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet (Abs. 3 ZGB).

Nach dem klaren Wortlaut von Art. 839 Abs. 2 ZGB muss die Eintragung innert der Frist nicht nur beantragt, sondern beim Grundbuchamt erfolgt sein (vgl. auch Art. 76 Abs. 3 GBV [Grundbuchverordnung vom 23. September 2011, SR 211.432.1]). Der revidierte Art. 839 Abs. 2 ZGB unterscheidet sich daher nur insoweit von der früheren Fassung, als die Frist um einen Monat verlängert wurde und neu vier Monate beträgt (vgl. die alte Fassung von Art. 839 Abs. 2 ZGB, in Kraft bis 31. Dezember 2011 [AS 2011 4637, 4658]; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs [Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht] vom 27. Juni 2007, BBI 2007 5283, 5320). Die Viermonatsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB ist eine Verwirkungsfrist, die sich nicht verlängern lässt. Die Bestimmungen des Obligationenrechts über die Unterbrechung von Fristen sind auf Art. 839 Abs. 2 ZGB damit nicht anwendbar (BGer 5P.344/2005 vom 23. Dezember 2005, E. 3.1.; Hofstetter/Thurnherr, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. A., Basel 2011, Art. 839/840 N. 31a, S. 1826). Art. 839 Abs. 2 ZGB wendet sich nicht nur an den Unternehmer, sondern auch an Dritte, namentlich an potentielle Erwerber des Grundstücks. Diese sollen sich darauf verlassen können, dass mit Ablauf der Viermonatsfrist kein entsprechendes gesetzliches Pfandrecht im Grundbuch eingetragen wird (BGE 89 II 204 E. 3 S. 306; BGer 5P.344/2005 vom 23. Dezember 2005, E. 3.1). Wird die innert Frist

vorgenommene Vormerkung der vorläufigen Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch gelöscht, kann der Unternehmer die vorläufige *Wiedereintragung* nur dann beantragen, wenn die viermonatige Frist nach Art. 839 Abs. 2 ZGB noch nicht abgelaufen ist (BGer 5P.344/2005 vom 23. Dezember 2005, E. 3.1.; vgl. auch BGE 119 II 429 E. 3.c S. 433). Dagegen hat der Unternehmer kein aktuelles Interesse mehr, die Abweisung der Vormerkung einer vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzufechten, wenn die Rechtsmittelinstanz nicht innert der Viermonatsfrist von Art. 839 Abs. 3 ZGB die Wiedereintragung verfügen kann. So kann der Pfandanspruch untergehen, wenn der anfechtbare Entscheid die Löschung der vorläufigen Eintragung anordnet und unverzüglich vollstreckt werden kann (BGer 5P.344/2005 vom 23. Dezember 2005, E. 3.2.; Rainer Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. A., Zürich 2011, N. 1437 S. 526 f.). In diesem Fall hat der Unternehmer sofort nach Eröffnung des Entscheids an die Rechtsmittelinstanz zu gelangen, damit diese die Vollstreckung des Entscheids mittels superprovisorischer Massnahme aufschiebt (vgl. Art. 315 Abs. 2 zweiter Satz ZPO). Es ist Sache des Unternehmers, dafür besorgt zu sein, dass die Vormerkung der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts während des ganzen Verfahrens bestehen bleibt (BGer 5P.344/2005 vom 23. Dezember 2005, E. 3.4.; Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. A., Zürich 2011, N. 1437 S. 526 f.; derselbe, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011, N. 646 S. 203, und N. 651 S. 205).

**2.2.** Vor dem Kantonsgericht machten die Gesuchstellerinnen geltend, sie hätten die ihnen übertragenen Arbeiten zwischen dem 23. April 2012 bis ungefähr Ende März 2014 ausgeführt. Sie würden die im Tagesrapport vom 3. Februar 2014 festgehaltenen Arbeiten als für den Beginn der viermonatigen Frist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB als massgebend halten, obwohl in der Folge noch pfandrechtsberechtigte Arbeiten ausgeführt worden seien. Selbst wenn aber für den Beginn der viermonatigen Frist vom Ende des Monats März 2014 ausgegangen wird, ist die Frist für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bereits Ende Juli 2014 abgelaufen. Zwar hat das Kantonsgericht innert Frist mit superprovisorischer Verfügung vom 27. Mai 2014 die vorläufige Eintragung des Pfandrechts angeordnet. Da die Berufung gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahme keine aufschiebende Wirkung hat (Art. 315 Abs. 4 ZPO), wurde die angefochtene Verfügung vom 19. September 2014, welche die Löschung der vorläufigen Eintragung anordnet, sofort vollstreckbar. Ein Begehren, um die Vollstreckbarkeit der angefochtenen Verfügung vom 19. September 2014 superprovisorisch aufzuschieben, haben die Gesuchstellerinnen unmittelbar nach deren Eröffnung beim Obergericht nicht eingereicht. Gemäss der vom Gesuchsgegner eingereichten Bestätigung des Grundbuchamts, welche von Amtes wegen zu beachten ist (Art. 60 ZPO), wurde aber das im Grundbuch auf dem Grundstück GB A zugunsten der

Gesuchstellerinnen provisorisch eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht in Höhe von Fr. 5'972'466.35 nebst Zins am 23. *September 2014* gelöscht. Weshalb die provisorische Eintragung des Pfandrechts unter diesen Voraussetzungen im Zeitpunkt der Erhebung der Berufung am 3. Oktober 2014 noch Bestand hätte, legen die Gesuchstellerinnen nicht dar. Auch haben sie sich zur Berufungsantwort der Nebenintervenientin und der dazu eingereichten Vollstreckungsbestätigung des Grundbuchamts Schaffhausen vom 23. September 2014 nicht vernehmen lassen, obwohl ihnen dies offen gestanden wäre. Es ist demzufolge erwiesen, dass die Vormerkung der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts am 23. September 2014 im Grundbuch gelöscht wurde.

**2.3.** Die Gesuchstellerinnen haben es mithin versäumt, unmittelbar nach Eröffnung der angefochtenen Verfügung vom 19. September 2014 beim Obergericht mittels superprovisorischem Begehren ihre Vollstreckbarkeit zu verhindern. In diesem Fall wäre die Vormerkung für das Beschwerdeverfahren voraussichtlich aufrechterhalten worden. Dass die Gesuchstellerinnen mit Berufung vom 3. Oktober 2014 beantragen, die Vollstreckung der angefochtenen Verfügung sei aufzuschieben, kann ihnen nach dem Gesagten nicht helfen. Dieses nach der Löschung im Grundbuch gestellte Gesuch ändert nämlich nichts daran, dass unterdessen das Pfandrecht untergegangen ist. Vor diesem Hintergrund würde eine allfällige Gutheissung der Berufung in der Sache den Gesuchstellerinnen keinen konkreten und rechtlich geschützten Vorteil verschaffen. Sie könnten trotz gutheissendem Entscheid keine Aufrechterhaltung beziehungsweise Wiedereintragung der Vormerkung des Bauhandwerkerpfandrechts beim Grundbuchamt erwirken.

**2.4.** Folglich haben die Gesuchstellerinnen kein aktuelles Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Mangels schutzwürdigem Interesse ist deshalb auf die Berufung nicht einzutreten.