

**Vorsorgliche Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts; Glaubhaftmachung** – Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3, Art. 839 Abs. 2 und Art. 961 Abs. 3 ZGB.

*Im Verfahren um vorsorgliche Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gilt ein herabgesetztes Beweismass der Glaubhaftmachung. Eine vorläufige Eintragung ist nur zu verweigern, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist. Die Glaubhaftmachung bezieht sich dabei nicht nur auf Sach-, sondern auch auf Rechtsfragen (E. 3.3). Das herabgesetzte Beweismass der Glaubhaftmachung ändert indes nichts an der Behauptungs- und Substantiierungslast der gesuchstellenden Partei (E. 3.4).*

*Die Gesuchstellerin hat vor dem Hintergrund dieses herabgesetzten Beweismasses einen funktionellen Zusammenhang von Arbeiten an mehreren Bauwerken glaubhaft gemacht (E. 5).*

*Hingegen wurden die im Wesentlichen mittels einer WhatsApp-Nachricht behaupteten fristwahrenden Arbeiten weder hinreichend substantiiert (E. 6.1) noch glaubhaft gemacht (E. 6.2).*

OGE 10/2021/4/A vom 20. September 2022

Keine Veröffentlichung im Amtsbericht

**Aus den Erwägungen**

**3.** Nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht für 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, an diesem Grundstück ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts (Bauhandwerkerpfandrecht).

**3.1.** Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrecht hat gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen. Als vollendet gelten Bauarbeiten grundsätzlich dann, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrags 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 (BGE 125 III 113 E. 2b S. 116; BGer 5A\_395/2020 vom 16. März 2021 E. 2).

**3.2.** Leistet der Ansprecher Arbeiten für mehrere Bauwerke, so unterliegen die Arbeiten grundsätzlich für jedes einzelne Bauwerk einem eigenen Fristenlauf. Ausnahmsweise gilt ein einheitlicher Fristbeginn, sofern für mehrere Bauwerke eine zusammengehörige Bauleistung erbracht wird bzw. die Bauwerke eine funktionelle Einheit bilden und die Leistungen zeitnah, d.h. entweder gleichzeitig oder unverzüglich nacheinander erbracht werden (BGE 125 III 113 E. 2b S. 118; 111 II 343 E. 2c S. 345 f.; Schumacher/Rey, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2021, N. 1182 ff. S. 368 f., und N. 1193, S. 372).

**3.3.** Das Gericht bewilligt die Vormerkung der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts, nachdem der Ansprecher seine Berechtigung glaubhaft gemacht hat (Art. 961 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 249 lit. d Ziff. 11 ZPO). Die vorläufige Eintragung bewirkt, dass das durch die spätere definitive Eintragung geschaffene Pfandrecht in seinen Wirkungen auf den Tag der vorläufigen Eintragung zurückbezogen wird (Art. 961 Abs. 2 i. V. m. Art. 972 ZGB). Im Falle der Verweigerung der vorläufigen Eintragung verliert der Berechtigte seinen Anspruch auf pfandrechtliche Sicherung seiner Forderung endgültig, während die Bewilligung, sofern das Pfandrecht im nachfolgenden ordentlichen Prozess nicht anerkannt wird, für den Grundeigentümer nur eine vorübergehende Belastung seiner Liegenschaft zur Folge hat, die zudem durch Leistung einer anderweitigen hinreichenden Sicherheit vermieden werden kann (Art. 839 Abs. 3 ZGB). Angesichts dieser besonderen Interessenlage soll die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung dem ordentlichen Gericht zu überlassen (BGE 86 I 265 E. 3 S. 270; BGer 5A\_395/2020 vom 16. März 2021 E. 2). Trotz der Qualifikation der vorläufigen Eintragung als vorsorgliche Massnahme werden damit an die Glaubhaftmachung gemäss Art. 961 Abs. 3 ZGB weniger strenge Anforderungen gestellt als es diesem Beweismass sonst entspricht (BGE 137 III 563 E. 3.3 S. 567). Wie bei den vorsorglichen Massnahmen bezieht sich die Glaubhaftmachung nach Art. 961 Abs. 3 ZGB nicht nur auf Sach-, sondern auch auf Rechtsfragen (vgl. BGE 120 II 393 E. 4c S. 397 f.; HGer ZH HE210055 vom 30. April 2021 E. 3.1.1; OGer ZH NP200025 vom 5. November 2020 E. II.2.3).

**3.4.** Das herabgesetzte Beweismass der Glaubhaftmachung ändert nichts an der Behauptungs- und Substantiierungslast der gesuchstellenden Partei. Diese muss in ihrem Gesuch mit substantiierten Behauptungen ihren Anspruch auf ein Bauhandwerkerpfandrecht begründen. Die Anforderungen an die Darlegung der

anspruchsbegründenden Tatsachen ergeben sich dabei insbesondere aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm, hier namentlich Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 839 Abs. 2 ZGB, d.h. Art und Dauer der Arbeiten auf dem entsprechenden Grundstück. Massgebend ist auch, inwieweit die Gegenpartei den Tatsachenvortrag bestreitet. Im summarischen Verfahren ist dabei der Besonderheit Rechnung zu tragen, dass nur ausnahmsweise ein zweiter Schriftenwechsel stattfindet (vgl. Art. 252 f. ZPO). Die gesuchstellende Partei kann sich im Gesuch somit nicht auf schlüssige Tatsachenbehauptungen beschränken, sondern hat ihre Behauptungen zumindest hinsichtlich der zu erwartenden Bestreitungen der Gegenpartei auch bereits zu substantiieren sowie die dazugehörigen Beweismittel zu benennen und – soweit möglich – vorzulegen (vgl. OGer ZH LF140087 vom 16. Dezember 2014 E. 7; OGer BE ZK 17 53 vom 13. März 2017 E. 11.4.2).

Der Beweis ist im summarischen Verfahren durch Urkunden zu erbringen (Art. 254 Abs. 1 ZPO). Andere Beweismittel sind – abgesehen von hier nicht anwendbaren Fällen (Art. 254 Abs. 2 ZPO) – nicht zulässig.

**4.** Das Kantonsgericht hielt in der angefochtenen Verfügung zunächst fest, dass es sich beim Bauprojekt A. um eine normale Gesamtüberbauung ohne funktionelle Einheit der einzelnen Bauwerke des Bauprojekts handle. Damit unterliege jedes Grundstück des Bauprojekts A. einem getrennten Fristenlauf für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts. In Bezug auf Haus B. habe die Berufungsklägerin weder behauptet geschweige denn glaubhaft gemacht, dass mit der Eintragung vom 17. August 2020 die Viermonatsfrist eingehalten worden sei, zumal sie sich nur zu Arbeiten an Haus C. geäußert habe. Der Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sei damit nicht dargetan. Selbst wenn indes von einer funktionellen Einheit von Haus B. und Haus C. ausgegangen würde, wäre das Gesuch ebenfalls abzuweisen, da die Berufungsklägerin nicht hinreichend substantiiert behauptet habe, worin die fristwahrenden Arbeiten an Haus C. bestehen würden. Zudem habe sie diese nicht anhand objektiver Anhaltspunkte glaubhaft gemacht.

**5.** Die Berufungsklägerin stellt nicht in Abrede, dass sie keine fristwahrenden Arbeiten an Haus B. (GB Y. Nr. aa) behauptet hat. Sie beruft sich vielmehr auch im Berufungsverfahren einzig auf fristwahrende Arbeiten an Haus C. (GB Y. Nr. bb; dazu nachfolgende E. 6) und macht geltend, das Kantonsgericht habe zu Unrecht das Vorliegen einer funktionellen Einheit der Häuser des Bauprojekts A. verneint.

**5.1.** Zur funktionellen Einheit der Häuser des Bauprojekts A. machte die Berufungsklägerin vor Kantonsgericht geltend, die auf verschiedenen Grundstücken

stehenden einzelnen [Häuser des Bauprojekts A.] seien physisch miteinander verbunden, unter anderem mittels einer gemeinsamen Tiefgarage. Zudem würden sie generell dieselbe Infrastruktur nutzen. So bestehe ein durchgehendes Kellergeschoss, eine gemeinsame Gas-, Strom- und Wasserzuleitung, eine gemeinsame Kanalisation wie auch eine gemeinsame Heizung. Letztere werde unter anderem von einer gemeinsamen, grundstückübergreifenden Solaranlage gespeist. Nicht zuletzt verfüge das Bauwerk auch über einen gemeinsamen, grundstückübergreifenden, [Platz] als Herzstück des Bauprojekts. Die Bauarbeiten seien sodann ohne Unterbruch "in einem Zug" durchgeführt worden. Die Berufungsbeklagte und die Nebenintervenientin bestritten diese Vorbringen weitgehend nicht, sondern sie schlossen daraus auf eine andere rechtliche Würdigung als die Berufungsklägerin.

**5.2.** Ob zwischen den Arbeiten der Berufungsklägerin an den [Häusern des Bauprojekts A.] ein hinreichender funktioneller Zusammenhang besteht, um einen einheitlichen Fristenlauf auszulösen, braucht im Verfahren um vorsorgliche Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht abschliessend beurteilt zu werden (vorhergehende E. 3.3). Angesichts der in tatsächlicher Hinsicht weitgehend unbestrittenen Ausführungen der Berufungsklägerin erscheint ein funktioneller Zusammenhang jedenfalls weder als ausgeschlossen noch als höchst unwahrscheinlich. Es liegt diesbezüglich zumindest eine unklare bzw. unsichere Rechtslage vor, womit das Kantonsgericht die vorläufige Eintragung nicht mit der Begründung hätte abweisen dürfen, dass es an einer funktionellen Einheit fehle.

**6.** Zu prüfen bleibt damit die Eventualbegründung des Kantonsgerichts, wonach die fristwahrenden Arbeiten an Haus C. weder substantiiert behauptet noch glaubhaft gemacht worden seien. Die Berufungsklägerin rügt diesbezüglich eine falsche Anwendung des herabgesetzten Beweismasses des Glaubhaftmachens und eine falsche Beweiswürdigung durch das Kantonsgericht.

**6.1.** Zunächst ist zu klären, welche konkreten Arbeiten die Berufungsklägerin behauptet hat, die sie innerhalb der Frist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB (d.h. 17. April bis 17. August 2020) auf dem Nachbar-Grundstück GB Y. Nr. bb an Haus C. vorgenommen habe.

**6.1.1.** In ihrem vor dem Kantonsgericht eingereichten Gesuch hielt die Berufungsklägerin fest, dass ihre letzten Arbeiten am Bauobjekt am 5. Juni 2020 stattgefunden hätten. Dies ergebe sich u.a. aus einer WhatsApp-Nachricht vom 3. Juni 2020. In dieser habe D. von der Berufungsklägerin E. von der F. GmbH eine Fotografie einer Decke in Haus C. geschickt und gefragt, wie das auf dem Bild ersichtliche Rohr zu verkleiden sei.

**6.1.2.** Die Berufungsbeklagte bestritt, dass die Berufungsklägerin anfangs Juni 2020 tatsächlich immer noch Arbeiten an Haus C. ausgeführt haben soll. Es sei davon auszugehen, dass die Berufungsklägerin bereits spätestens ab April 2020 keinerlei Hauptarbeiten auf dem fraglichen Objekt mehr ausgeführt habe.

**6.1.3.** In den Ausführungen der Berufungsklägerin in ihrem Gesuch vom 13. August 2020 fehlt eine hinreichend substantiierte Behauptung zur Art und Dauer der von ihr an Haus C. am 5. Juni 2020 verrichteten Arbeiten und damit zur Fristwahrung gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB. Die Berufungsklägerin machte einzig geltend, dass am 5. Juni 2020 Arbeiten auf dem Grundstück Nr. bb (Haus C.) stattgefunden hätten. Diese Arbeiten bezeichnete sie indes nicht näher, sondern verwies auf eine WhatsApp-Nachricht eines ihrer Mitarbeiter an einen Mitarbeiter der F. GmbH mit einer Frage zur Rohrverkleidung an (irgend-)einer Betondecke im Haus C. Inwiefern diese Nachricht mit den vertraglich geschuldeten und fristwahrenden Arbeiten zusammenhängt oder weshalb es sich dabei um relevante und nicht nur geringfügige oder nebensächliche Arbeiten handeln sollte, führte sie jedoch nicht aus. Die Berufungsklägerin behauptete nicht einmal ausdrücklich, dass sie die in der WhatsApp-Nachricht angesprochene Verkleidung des Rohrs dann auch tatsächlich vorgenommen habe. Trotz der Bestreitung der Durchführung der fristwahrenden Arbeiten durch die Berufungsbeklagte substantiierte die Berufungsklägerin die Arbeiten auch in ihrer freigestellten Stellungnahme vom 23. November 2020 nicht weiter. Damit fehlt es an einem hinreichend substantiierten Tatsachenvortrag der Berufungsklägerin vor Kantonsgericht betreffend die fristwahrenden Arbeiten, womit die Voraussetzungen für eine provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB nicht erfüllt sind.

**6.2.** Selbst wenn von hinreichenden Behauptungen ausgegangen würde, wären – wie sogleich zu zeigen ist – die behaupteten fristwahrenden Arbeiten jedenfalls nicht glaubhaft gemacht worden.

**6.2.1.** Die Berufungsklägerin reichte als Urkundenbeweis zu den behaupteten fristwahrenden Arbeiten zwei Screenshots eines WhatsApp-Nachrichtenverlaufs vom 3. Juni 2020 ein, in welchem ein Mitarbeiter der Berufungsklägerin anhand eines Bildes von einer Baustelle bei einer anderen Person nachfragt, ob da eine abgehängte Decke komme ("Da kommt sicher abgehänckte decke" – "Ja genau"). Auf dem Bild ist die Decke eines Raums mit einem freigelegten Rohr abgebildet. Wo sich dieser Raum befindet, lässt sich anhand des Bildes nicht ermitteln, ebensowenig, um welche Arbeiten es gehen soll. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass sich der abgebildete Raum im Haus C. oder überhaupt auf dem Areal des Bauprojekts A. befindet, sind den Screenshots jedenfalls nicht zu entnehmen. Auch die

Eingaben der Berufungsklägerin vor Kantonsgericht enthalten keine Erläuterungen, weshalb tatsächlich das Haus C. und nicht irgendeine andere Baustelle abgebildet sein soll. Zwar ist die Nachricht offenbar an einen Mitarbeiter der F. GmbH gerichtet, welche unbestrittenermassen als Auftraggeberin der Berufungsklägerin und Subunternehmerin der Nebenintervenientin am Bauprojekt A. beteiligt war. Aus den Screenshots (Gesprächsverlauf auf dem linken Screenshot sowie Mini-Ansichten verschiedener Baustellenbilder auf dem rechten Screenshot) ergibt sich aber, dass am 1. Juli 2021 – und somit deutlich nach dem behaupteten Zeitpunkt der letzten Arbeiten – die nächste (Bild-)Nachricht an den gleichen Empfänger verschickt wurde, woraus sich ergibt, dass die Korrespondenz der beiden Personen auch andere Baustellen betraf. Die WhatsApp-Nachricht allein ist damit selbst angesichts des herabgesetzten Beweismasses nicht aussagekräftig genug, um Arbeiten im Juni 2020 an Haus C. glaubhaft zu machen. Weitere Urkundenbeweise zu diesen Arbeiten (beispielsweise einen Arbeitsrapport oder eine Arbeitseinteilung) reichte die Berufungsklägerin nicht ein. Soweit sie stattdessen die Parteibefragung bzw. eine Zeugeneinvernahme offerierte, ist nicht ersichtlich, weshalb das Kantonsgericht diese Beweismittel ausnahmsweise gemäss Art. 254 Abs. 2 ZPO hätte zulassen sollen.

**6.2.2.** Im Rechtsmittelverfahren beruft sich die Berufungsklägerin zum Beweis der fristwährenden Arbeiten neu zusätzlich auf das im kantonsgerichtlichen Verfahren eingereichte Terminprogramm. Dieses hatte sie zum Beleg des funktionellen Zusammenhangs ihrer Arbeiten an den Häusern des Bauprojekts A. bzw. deren Ausführung "in einem Zug" und damit nicht im Zusammenhang mit den konkreten fristwährenden Arbeiten eingereicht. Entsprechend enthielt das Gesuch auch keine Erläuterungen, wie aus dem Terminprogramm auf konkrete Arbeiten der Berufungsklägerin zu schliessen sein soll. Solche Erläuterungen wären jedoch notwendig gewesen, sind doch weder die Berufungsklägerin noch die F. GmbH auf dem Terminprogramm erwähnt. Erst in der Berufungsschrift – und damit verspätet (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO) – gibt die Berufungsklägerin (einzig) bei den der Nebenintervenientin zugewiesenen, unter "Etappe II" aufgeführten Arbeiten "Weissputz Decke" vom 18. Mai bis 5. Juni 2020 an, dass diese an die Berufungsklägerin delegiert worden seien. Ohne diese Erläuterung konnte die Berufungsklägerin jedoch nicht erwarten, dass das Kantonsgericht aus dem in winziger Schrift und geringer Auflösung eingereichten Terminprogramm würde herauslesen können, dass dieser konkrete Eintrag vom 18. Mai bis 5. Juni 2020 im Zusammenhang mit der auf der eingereichten Fotografie ersichtlichen Betondecke stehen sollte, zumal auf dem Terminplan weitere Gipsarbeiten angegeben sind, die teilweise gar nach dem 5. Juni 2020 geplant waren ("Weissputz Decke" unter "Etappe I" bzw. "Etappe III")

mit einer Zeitraumangabe vom 11. bis 29. Mai 2020 bzw. 8. bis 26. Juni 2020). Zudem hat die Berufungsklägerin lediglich Arbeiten am 5. Juni 2020 und nicht etwa die Verrichtung von sich über einen Zeitraum von mehreren Wochen erstreckenden Weissputzarbeiten behauptet. Das Terminprogramm erscheint damit untauglich zum Beweis der konkreten fristwahrenden Arbeiten. Hinzu kommt, dass die Zeitangaben auf dem Terminprogramm im Widerspruch zu weiteren durch die Berufungsklägerin eingereichten Beweismitteln stehen. So sollen gemäss Terminprogramm die Arbeiten an Haus C. während 212 Tagen, vom 17. Februar bis 8. Dezember 2020, durchgeführt worden sein. Gemäss der von der Berufungsklägerin eingereichten Rechnungsübersicht erstellte sie jedoch vier verschiedene Rechnungen zu Arbeiten an Haus C., die alle vor diesem Zeitraum datieren. Einzig eine weitere Rechnung zu Haus C. vom 8. April 2020 wurde nach dem 17. Februar 2020 erstellt. Dass diese Rechnungen (deutlich) vor Beginn der Arbeiten an Haus C. gestellt worden wären, scheint lebensfremd und wurde von der Berufungsklägerin auch nicht behauptet bzw. begründet. Das Kantonsgericht hat angesichts der Tatsachenbehauptungen der Berufungsklägerin im erstinstanzlichen Verfahren daher zu Recht festgehalten, dass das Terminprogramm keine Hinweise auf die Arbeitsinsätze der Berufungsklägerin bietet.

**6.2.3.** Auch die übrigen, nicht zur Behauptung der Fristwahrung offerierten Beweismittel enthalten keine Anhaltspunkte dafür, dass die Berufungsklägerin am 5. Juni 2020 – oder überhaupt nach dem 17. April 2020 – wesentliche Arbeiten in Haus C. durchgeführt hätte. Vielmehr ergibt sich aus den weiteren Beweismitteln, dass die Berufungsklägerin nach dem 8. April 2020 keine Einzelrechnung mehr stellte und die G. AG für die Arbeiten der F. GmbH bzw. der Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten bereits am 18. bzw. 23. März 2020 eine Gesamtrechnung stellte. Beides spricht gegen die Darstellung der Berufungsklägerin, dass sie am 5. Juni 2020 – bzw. überhaupt nach dem 17. April 2020 – noch wesentliche Arbeiten ausgeführt hätte.

**6.2.4.** Nach dem Gesagten können die von der Berufungsklägerin nur vage behaupteten Arbeiten am 5. Juni 2020 nicht als im Sinne von Art. 961 Abs. 3 ZGB glaubhaft gemacht gelten. Die nicht aussagekräftige WhatsApp-Nachricht als einziger zu diesem Beweisthema offerierter Urkundenbeweis reicht für ein Glaubhaftmachen nicht aus; die weiteren Beweismittel sprechen entweder nicht für oder sogar klar gegen die Vornahme von fristwahrenden Arbeiten am 5. Juni 2020. Dass die Berufungsklägerin innerhalb der vom 17. April bis 17. August 2020 laufenden Frist gemäss Art. 837 Abs. 2 ZGB auf dem Grundstück GB Y. Nr. bb wesentliche

Arbeiten erbracht hätte, konnte sie – trotz der reduzierten Anforderungen (s. vorhergehende E. 3.3) – nicht ansatzweise glaubhaft machen und erscheint höchst unwahrscheinlich.

**6.3.** Das Kantonsgericht hat nach dem Gesagten in seiner Eventualbegründung zu Recht festgehalten, dass fristwahrende Arbeiten im Juni 2020 an Haus C. weder hinreichend behauptet noch glaubhaft gemacht worden sind.