

# GR\_GERICHTE ZK1 2017 158 vom 17. September 2018

GR Gerichte, 2018-09-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK1\\_2017\\_158](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2017_158)

FR: GR\_GERICHTE ZK1 2017 158 du 17 septembre 2018

IT: GR\_GERICHTE ZK1 2017 158 del 17 settembre 2018

## Regeste

provisorisches Bauhandwerkerpfandrecht | Berufung ZGB Sachenrecht

## Erwägungen

### E. 1

Das Gesuch wird gutgeheissen und die mit Entscheid vom 26. September 2017 zu Gunsten des Gesuchstellers angeordnete superprovisorische Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf der nachstehend aufgeführten Liegenschaft für den Betrag von CHF 70'000.-, zuzüglich 5% Verzugszins auf - CHF 4'870.40 vom 22.08.2016 bis 07.04.2017 - CHF 21'521.75 vom 25.10.2016 bis 07.04.2017 - CHF 21'429.55 vom 07.04.2017 bis 20.04.2017 - CHF 11'429.55 seit 21.04.2016 - CHF 27'432.75 seit 21.11.2016 - CHF 26'015.- seit 25.12.2016 - CHF 5'122.70 seit 01.01.2017 im Grundbuch O.2\_\_\_\_\_ auf Grundstück Nr. \_\_\_\_\_, Plan Nr. \_\_\_\_\_, O.1\_\_\_\_\_, wird bestätigt.

### E. 1.1

Beim vorliegend angefochtenen Entscheid über die vorsorgliche Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts handelt es sich gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung um einen Entscheid über eine vorsorgliche Massnahme (Art. 261 ff. ZPO; BGE 137 III 563 E. 3.3 mit Hinweisen auf zahlreiche Publikationen zur neuen eidgenössischen ZPO; dazu auch Rainer Schumacher, Sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte für die Anordnung des vorläufigen Grundbucheintrags eines Bauhandwerkerpfandrechts - ZPO 6 V, in: Baurecht 2/2012, S. 72 ff.). Nach der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung werden solche Entscheide fernhin als Zwischen- und nicht mehr als Endentscheide angesehen (BGE 137 III 589 E. 1.2.3; Urteil des Bundesgerichts 5A\_541/2011 vom 3. Januar 2011; diese Rechtsprechung zusammenfassend: Rainer Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, Rechtsmittel im summarischen Verfahren betreffend vorläufigen Grundbucheintrag, in: Baurecht 2/2012, S. 74 ff.). Gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a und b ZPO sind sowohl erstinstanzliche Zwischenentscheide als auch erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen mit Berufung anfechtbar. Der gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO für eine Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten notwendig zu erreichende Streitwert von Fr. 10'000.-- ist vorliegend bei Weitem erreicht. Die Zuständigkeit des Kantonsgerichts von Graubünden ergibt sich ferner aus Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EGzZPO; BR 320.100). Nach Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO findet in Angelegenheiten betreffend die vorläufige Eintragung gesetzlicher Grundpfandrechte das summarische Verfahren Anwendung; gleiches statuiert Art. 249 lit. d Ziff. 11 ZPO für die Vormerkung von Verfügungsbeschränkungen und vorläufigen Eintragungen im Streitfall. Gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid beträgt die Frist zur Berufungseinreichung zehn Tage, wobei die Berufung unter Beilage

des angefochtenen Entscheides schriftlich und begründet einzureichen ist (vgl. Art. 311 ZPO in Verbindung mit Art. 314 Abs. 1 ZPO). Auf die frist- und form- gerecht erhobene Berufung ist demnach einzutreten.

### **E. 1.2**

Mit der Berufung kann gemäss Art. 310 ZPO eine unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) sowie eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) geltend gemacht werden. Die Kognition der Berufungsinstanz ist damit umfassend mit der

Seite 6 — 14 Folge, dass sämtliche gerügten Mängel frei und unbeschränkt überprüft werden können und auch müssen (Peter Reetz/Stefanie Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 6 zu Art. 310 ZPO). 2. Wie bereits erwähnt, findet vorliegend gemäss Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO das summarische Verfahren Anwendung. Hierbei handelt es sich um ein beschränktes Verfahren, dessen typische Merkmale Flexibilität und Schnelligkeit sind. Dem Zweck des summarischen Verfahrens entsprechend sind grundsätzlich nur sofort greifbare, das heisst liquide Beweismittel zulässig, denn nur solche können ohne Verzug abgenommen werden. Entsprechend ist gemäss Art. 254 Abs. 1 ZPO der Beweis grundsätzlich und in erster Linie durch Urkunden zu erbringen. Andere Beweismittel werden nur ausnahmsweise, d.h. unter den Voraussetzungen von Art. 254 Abs. 2 ZPO zugelassen. Damit ist klar, dass der Urkundenbeweis im summarischen Verfahren das im Vordergrund stehende Beweismittel darstellt. Auch im summarischen Verfahren muss grundsätzlich der volle Beweis abgenommen werden. Die Beschränkung der Beweismittel in Art. 254 ZPO führt mithin nicht zu einer Beschränkung des Beweismasses. Ausnahmen im Sinne einer Beschränkung des Beweismasses auf Glaubhaftmachung gelten nur, wo diese im Gesetz speziell vorgesehen sind, was nach Art. 961 Abs. 3 ZGB gerade bei der vorläufigen Eintragung ins Grundbuch der Fall ist (vgl. Stephan Mazan, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2017, N 1 ff. und N 10 zu Art. 254; ferner Michael Lazopoulos/Stefan Leimgruber, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach, Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2015, N 1 ff. zu Art. 254; Rafael Klingler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 1 ff. zu Art. 254). Die vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB wird demgemäss durch den Richter verfügt, wenn der Anspruch glaubhaft gemacht wurde. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sich die behauptete Tatsache nicht verwirklicht haben könnte. Das Beweismass der blossen Glaubhaftmachung ist im summarischen Verfahren betreffend die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes ins Grundbuch besonders stark herabgesetzt.

### **E. 2**

Dem Gesuchsteller wird eine Frist bis 31. Januar 2018 zur Einreichung der Klage auf Geltendmachung der Forderung und definitive Eintragung des Pfandrechts angesetzt. Die angeordnete Massnahme fällt bei unbenutztem Ablauf der Frist ohne weiteres dahin.

### **E. 3**

Die Gerichtskosten von CHF 750.- sowie die grundbuchamtlichen Kosten gehen einstweilen zulasten des Gesuchstellers, unter Vorbehalt einer anderslautenden

Kostenregelung in einem allfälligen Hauptverfahren. Einstweilen werden keine ausseramtlichen Entschädigungen zugesprochen, unter Vorbehalt einer anderslautenden Kostenregelung in einem allfälligen Hauptverfahren. Unterbleibt eine Klageanhebung innert angesetzter Frist, kann auf Antrag hin über die Prozesskosten definitiv entschieden werden.

### **E. 3.1**

Die vorliegende Berufung richtet sich gegen die provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB statuiert einen Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts für die Forderungen

Seite 7 — 14 der Handwerker oder Unternehmer, die zu Bauten oder anderen Werken auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person zum Schuldner haben. Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu geschehen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Es obliegt dem Kläger, die positiven und negativen Voraussetzungen des Baupfandanspruchs zu substantiieren (vgl. Rainer Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, § 31 N 1503 f.).

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz führte hinsichtlich des materiellen Pfandanspruchs aus, dass der Gesuchsteller glaubhaft gemacht habe, auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin im Rahmen eines mit einer – mittlerweile konkursiten - Drittfirma abgeschlossenen Werkvertrages Eisenlegerarbeiten ausgeführt zu haben, und dass vom Werklohn noch CHF 70'000.00 unbezahlt seien. Dagegen wendete die Berufungsklägerin in ihren „Vorbemerkungen“ (KG act. A.1 S. 4) lediglich ein, dass sie als blosser Grundeigentümerin in keinem Vertragsverhältnis zum Berufungsbeklagten stehe und diesem nichts schulde; eine substantiierte Auseinandersetzung mit den weitergehenden vorinstanzlichen Erwägungen fehlt. Insbesondere wird nicht dargelegt – und ist auch nicht ersichtlich -, inwiefern das Fehlen einer direkten Vertragsbeziehung zwischen den Parteien der Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts entgegenstehen sollte. Der gesetzliche Anspruch auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gegen den Eigentümer des Grundstücks, auf welchem die Bauleistungen erbracht wurden, unabhängig davon, ob dieser Schuldner der sicherzustellenden Werklohnforderung ist. Nachstehend ist deshalb aufgrund der fehlenden Kritik am angefochtenen Urteil, aber auch aufgrund der Aktenlage davon auszugehen, dass der materielle Anspruch auf das Pfandrecht im gutgeheissenen Umfang (Pfandobjekt, Pfandsumme) glaubhaft gemacht wurde.

### **E. 3.3**

In der Hauptsache wirft die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten vor, die Gefährdung des Anspruchs bzw. die Dringlichkeit der vorläufigen Eintragung sei weder behauptet noch glaubhaft gemacht worden, weshalb die Voraussetzungen für die Eintragung eines (super-) provisorischen Bauhandwerkerpfandrechts nicht gegeben seien und folglich die Vorinstanz das Gesuch zu Unrecht gutgeheissen habe.

### **E. 3.4**

Grundsätzlich darf die provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nur verweigert werden, wenn das Begehren praktisch aussichtslos ist.

Seite 8 — 14 "Im Zweifel wird der Richter die provisorische Eintragung stets bewilligen" (Christoph Thurnherr, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. Aufl., Basel 2015, N 37 zu Art 339/840 ZGB). Die zitierte Kommentirstelle bezieht sich ausdrücklich auf BGE 5A\_420/2014, der in Erwägung 3.2. die prozedurale Ausgangslage mit wünschenswerter Deutlichkeit darstellt: „Selon l'art. 961 al. 3 CC, le juge statue - en procédure sommaire (art. 249 let. d ch. 5 CPC; cf. Schumacher, op. cit., nos 538 ss) - sur la requête et autorise l'inscription provisoire si le droit allégué lui paraît exister. Vu la brièveté et la nature péremptoire du délai de l'art. 839 al. 2 CC, l'inscription provisoire de l'hypothèque légale ne peut être refusée que si l'existence du droit à l'inscription définitive du droit de gage paraît exclue ou hautement invraisemblable (arrêt 5D\_116/2014 du 13 octobre 2014 consid. 5.3 et la jurisprudence citée). Le juge tombe dans l'arbitraire lorsqu'il rejette la requête en présence d'une situation de fait ou de droit mal élucidée, qui mérite un examen plus ample que celui auquel il peut procéder dans le cadre d'une instruction sommaire; en cas de doute, lorsque les conditions de l'inscription sont incertaines, il doit ordonner l'inscription provisoire (ATF 102 Ia 81 consid. 2b/bb.“ (Unterstreichung eingefügt). Interessant an den vorstehenden Ausführungen ist insbesondere, dass nicht nur tatsächliche, sondern auch rechtliche Unsicherheiten durchwegs die provisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zur Folge haben. Angesichts der besonderen Interessenlage darf die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung nur verweigert werden, wenn der Bestand oder die Gefährdung des Pfandrechts als ausgeschlossen erscheint oder doch höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechts- oder Sachlage, ist die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts stets zu bewilligen und die Entscheidung dem ordentlichen Richter zu überlassen (BGE 86 I 265 E. 3; BGE 102 Ia 86; BGE 112 Ib 484; Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., § 30 N 1394; Rainer Schumacher, Ergänzungsband zur 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 189 N 609; Jürg Schmid, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. Aufl., Basel 2015, N 16 zu Art. 961 ZGB). An die Glaubhaftmachung (Art. 961 Abs. 3 ZGB) der Voraussetzungen für die vorläufige Bauhandwerkerpfandrechtseintragung werden weniger strenge Anforderungen gestellt, als es dem für vorsorgliche Massnahmen geltenden Beweismass (Art. 261 Abs. 1 ZPO) sonst entspricht (BGE 137 II 563, E. 3.3.; BGE 86 I 265 E. 3 S. 269 f.; Urteil 5A\_777/2009 vom 1. Februar 2010 E. 4.1 mit Hinweisen).

Seite 9 — 14

## **E. 4**

(Rechtsmittel).

### **E. 4.1**

Der Gesuchsteller bzw. Berufungsbeklagte hat es unterlassen, in seinem Gesuch konkrete Ausführungen zur Gefährdung des Anspruchs auf vorläufige Eintragung des Pfandrechts vorzubringen. Er hat in seinem Gesuch sogar behauptet, die Viermonatsfrist habe wegen der Nichtvollendung der Arbeiten gar noch nicht begonnen (vgl. RG act. I.1 S. 3 Ziff. 4). Im Berufungsverfahren sieht der Berufungsbeklagte die Dringlichkeit einerseits darin, dass sich die Werkbestellerin A.\_\_\_\_\_ seit dem 9. Juni 2017 in Konkurs befinde und damit für ihn erkennbar gewesen sei, dass er die Arbeiten nicht fertigzustellen habe, womit die 4-Monatsfrist zu laufen begonnen habe, andererseits werde sein Anspruch auf Rangsisicherung gefährdet, wenn die vorläufige Eintragung nicht vorgenommen werde.

#### **E. 4.2**

Wie bereits erwähnt, hat der Gesuchsteller im vorinstanzlichen Verfahren noch behauptet, die 4-Monatsfrist habe noch gar nicht begonnen. Insofern stellt die Darstellung im Berufungsverfahren, der Konkurs der A. \_\_\_\_\_ habe ihm klar gemacht, dass er die Arbeiten nicht fertigzustellen habe, was wiederum die 4-Monatsfrist Frist ausgelöst habe, grundsätzlich ein vor dem Hintergrund von Art. 317 ZPO unzulässiges Novum dar. In diesem Zusammenhang ist überdies anzumerken, dass der Konkurs des Bestellers für sich allein nicht die Auflösung des Werkvertrags bewirkt, und damit auch keine der Vollendung der Bauarbeiten gleichzusetzende Beendigung der Arbeiten vorliegt (vgl. Art. 211 Abs. 2, 1. Satz SchKG; ferner Schuhmacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., § 25 N 1127; Daniel Hunkeler, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Bau-recht, BR 2002 S. 55, Wirkung der Konkurseröffnung auf zweiseitige Verträge, insbesondere auf Werkverträge (ausgewählte Einzelfragen), S. 61). Damit hat es in tatsächlicher Hinsicht mit der Feststellung sein Bewenden, dass im erstinstanzlichen Verfahren keine Anspruchsgefährdung durch Fristablauf geltend gemacht wurde. Hervorzuheben ist im vorliegenden Verfahren ferner, dass nur wesentlich ist, ob der Pfandanspruch gefährdet erscheint; die Bonität des – am Prozess nicht beteiligten – Werkbestellers ist in diesem Zusammenhang – zumindest vordergründig (vgl. aber nachfolgend Ziff. 4.3.) – nicht relevant. Nur am Rande ist darauf hinzuweisen, dass der Konkurs der A. \_\_\_\_\_ als solcher im vorinstanzlichen Verfahren – trotz der Nichterwähnung in der eigentlichen Gesuchsbegründung – als behauptet und nachgewiesen zu gelten hat. Denn im Rubrum des Gesuchs wird die A. \_\_\_\_\_ – zwar fälschlicherweise – als Partei aufgeführt, der dort enthaltene Zusatz „in Liquidation“ macht aber zusammen mit dem ebenfalls eingereichten Handelsregisterauszug (vgl. RG act. II.2) klar, dass es sich um eine konkursite Gesellschaft handelt.

Seite 10 — 14

#### **E. 4.3**

Art. 961 Abs. 3 ZGB verlangt von seinem Wortlaut her für die vorläufige Eintragung eines dinglichen Rechtes nur die Glaubhaftmachung des Anspruches, nicht aber den Nachweis einer Gefährdung im Sinne von Art. 261 ZPO. Für den Fall des Bauhandwerkerpfandrechtes – bei welchem, wie noch zu zeigen sein wird, der zeitliche Aspekt stets relevant ist – kommt dem Gesetzestext von Art. 961 Abs. 3 ZGB insofern Gewicht zu, als – wie vorstehend dargelegt – die Bestimmungen von Art. 261 ZPO hinsichtlich der Intensität der Glaubhaftmachung sowohl des materiellen Anspruchs wie auch des zu erwartenden Nachteils praxis-gemäss erheblich abgeschwächt werden. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass bei der Ausführung von Bauhandwerkerarbeiten der Pfandanspruch schon bei Arbeitsbeginn besteht, und dieser Anspruch bereits gefährdet erscheint, wenn sich der Eigentümer der ihm obliegenden Eintragung widersetzt. Zudem zeigt die Rechtswirklichkeit, dass kaum je ein Bauhandwerkerpfandrecht definitiv eingetragen wird, wenn nicht vorher eine provisorische Eintragung erfolgt ist. Das Risiko, einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zu erleiden, besteht insbesondere in Fällen des Zahlungsverzugs des Bestellers und der dadurch regelmäßig bewirkten Einstellung der Arbeiten vor ihrer Vollendung, ein Fall, der im Gesetz, das nur den Fristbeginn bei Vollendung der Arbeiten (Art. 839 Abs. 2 ZGB) explizit regelt, gar nicht vorgesehen wird. In solchen Fällen besteht eine rechtliche und tatsächliche Unsicherheit hinsichtlich des Fristbeginns, die es vor dem Hintergrund der

möglicherweise jahrelangen Dauer des Hauptprozesses als gerechtfertigt erscheinen lässt, eine vorsorgliche Eintragung zu bewilligen. Dies selbst dann, wenn im Zeitpunkt der Gesuchstellung noch nicht mit letzter Sicherheit feststeht, ob die Arbeiten noch fortgeführt werden können. Mit der Fristansetzung zur Einreichung der Hauptklage nach Art. 961 Abs. 3 ZGB und Art. 263 ZPO wird andererseits sichergestellt, dass dem Pfandeigentümer kein unzumutbarer Schwebezustand zugemutet wird. Die mit der Konkurseröffnung des Bestellers praktisch stets verbundene Unsicherheit ist ein notorisches rechtliches– und tatsächliches Faktum im Sinne von Art. 151 ZPO, das der Richter auch ohne explizite Parteibeauptung zu berücksichtigen hat. Damit besteht eine rechtliche und tatsächliche Unsicherheit im Sinne der dargelegten Doktrin und Praxis, die im Rahmen des Massnahmeverfahrens die vorsorgliche Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts als rechtens erscheinen lässt. Die Berufung ist deshalb abzuweisen.

#### **E. 4.4**

Unabhängig von der vorstehenden Erwägung ist die Berufung noch aus einem weiteren Grund abzuweisen. Der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts kommt in erster Linie die Bedeutung zu, die Eintragsfrist des

Seite 11 — 14 Art. 839 Abs. 2 ZGB und den Rang des Pfandrechts zu wahren (Ruth Arnet, in: Bächler/Jakob, Kurzkommentar ZGB, 2. Aufl., Basel 2018, N 3 zu Art. 961 ZGB; Schmid, a.a.O., N 21 zu Art. 961 ZGB). Nach Art. 961 Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 972 ZGB richtet sich der Rang der auf einem Grundstück lastenden dinglichen Rechte (und auch der realobligatorischen Rechte und Verfügungsbeschränkungen (Art. 959 und 960 ZGB)) nach dem Zeitpunkt der provisorischen Eintragung im Grundbuch. Zwar stehen die Bauhandwerkerpfandrechte untereinander im gleichen Rang (Art. 840 ZGB), dies trifft indessen nicht für die Begründung anderer dinglicher und realobligatorischer Rechte (so etwa Kaufs- oder Vorkaufsrechte, Grundpfandrechte, Dienstbarkeiten, Baurechte etc.) zu (vgl. Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht: Besondere Herausforderungen an die Anwaltschaft, a.a.O., S. 116). Der Bauunternehmer hat somit ein eminentes Interesse daran, dass sein gesetzliches Pfandrecht so rasch als möglich vorläufig eingetragen wird, damit er umfassend am potentiellen Vollstreckungssubstrat partizipieren kann. Dies hat zur Folge, dass bereits aufgrund der zentralen Bedeutung der Rangsisicherung immer ein unmittelbares Interesse des Bauunternehmers an einer möglichst raschen vorläufigen Eintragung besteht, unabhängig davon, ob die 4-Monatsfrist bereits begonnen hat oder nicht. Bereits die abstrakte Möglichkeit, dass sonst andere, im Rang vorgehende, dingliche oder realobligatorische Rechte eingetragen werden könnten, begründet ohne weiteres eine abstrakte Ranggefährdung, die zur Glaubhaftmachung genügt (Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht: Besondere Herausforderungen an die Anwaltschaft, a.a.O., S. 116). Dass der Gesuchsteller und Berufungsbeklagte die Tatsache des potentiellen Rangverlusts durch blossen Zeitablauf vor erster Instanz nicht explizit behauptet hat, schadet ihm nicht. Weil es sich bei der immer bestehenden Möglichkeit der Eintragung vorgehender dinglicher oder realobligatorischer Rechte, und damit des Risikos der Rangverschlechterung durch Zeitablauf, um eine abstrakte, stets vorhandene Gefährdung handelt, liegt eine gerichtsnotorische Tatsache im Sinne von Art. 151 ZPO vor, die weder behauptet, noch nachgewiesen werden muss. Wenn die Anordnung der vorläufigen Grundbucheintragung eines Baupfandrechts von der Glaubhaftmachung einer konkret drohenden Ranggefährdung abhängig gemacht werden könnte, so würde Art. 839 Abs. 1 ZGB wohl kaum jemals angewendet werden, da eine solche nicht vorhersehbar ist

(Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht: Besondere Herausforderungen an die Anwaltschaft, a.a.O., S. 117). Folglich ist unter diesen Umständen ein tatsächlicher Nachweis der Gefährdung, der wegen der Unkenntnis möglicher Drittansprüche kaum je möglich sein wird, nicht nötig. Die notorische abstrakte Möglichkeit der Ranggefährdung durch Ein-

Seite 12 — 14 tragung vorgehender Rechte Dritter stellt einen drohenden nicht wieder gutzumachenden Nachteil dar, der die vorsorgliche Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts rechtfertigt. Das eingelegte Rechtsmittel ist auch unter diesem Gesichtspunkt unbegründet.

## **E. 5**

(Mitteilung). F. Daraufhin verlangte die Gesuchsgegnerin am 13. November 2017 eine schriftliche Begründung; der entsprechende Entscheid wurde am 28. November 2017 mitgeteilt. Zusammenfassend führte die Vorinstanz aus, aufgrund der eingereichten Unterlagen stehe es fest, dass der Gesuchsteller für den Umbau des Hauses der Gesuchsgegnerin Material und Arbeit geliefert habe und die Arbeiten noch nicht abgeschlossen worden seien. Er habe daher Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts.

Seite 4 — 14 G. Mit Eingabe vom 6. Dezember 2017 erhob die Gesuchsgegnerin (nachfolgend: Berufungsklägerin) Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden mit folgenden Rechtsbegehren: 1. Die Ziff. 1 bis 3 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids seien aufzuheben. 2. Das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und das vorläufig eingetragene Baupfandrecht sei durch richterliche Anweisung an das zuständige Grundbuchamt zu löschen. 3. Unter gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolgen (für beide Instanzen) zulasten des Gesuchstellers und Berufungsbeklagten. In der Berufung wird im Wesentlichen vorgetragen, die Gefährdung des Anspruches auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sei weder behauptet, geschweige denn glaubhaft gemacht worden. Es fehle damit an einer wesentlichen Voraussetzung der vorläufigen Vormerkung. Die Vorinstanz habe sich nicht einmal ansatzweise über eine drohende Gefährdung einer Verwirkung des Anspruches ausgelassen, was bei einem Gesuch um vorläufige Vormerkung eines Baupfandrechts von Gesetzes wegen hätte geprüft werden müssen. Das Gesuch sei deshalb zu Unrecht gutgeheissen worden. Zudem rügte die Berufungsklägerin, dass die Ansetzung der Frist zur Geltendmachung der Forderung durch die Vorinstanz materiell und formell gesetzeswidrig sei. H. Der Gesuchsteller (nachfolgend: Berufungsbeklagter) beantragte mit Eingabe vom 27. Dezember 2017 was folgt: 1. Die Berufung sei abzuweisen und der angefochtene Entscheid des Präsidenten des Regionalgerichts Maloja vom 8. November 2017 zu bestätigen. 2. Unter voller Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich 8% MWSt, zu Lasten der Berufungsklägerin. I. Begründend führte der Berufungsbeklagte aus, dass es sich bei den Vorbringen der Berufungsklägerin um unzulässige Noven handle. Unabhängig davon sei die Gefährdung des Anspruches in genügender Weise glaubhaft gemacht worden. Dies ergäbe sich einerseits aufgrund dessen, dass über die Werkbestellerin der Konkurs eröffnet wurde und andererseits eine abstrakte Ranggefährdung vorliege. J. In den Bemerkungen der Berufungsklägerin vom 9. Januar 2018 und den Bemerkungen des Berufungsbeklagten vom 26. Januar 2018 wiederholten die Parteien im Wesentlichen ihre Standpunkte.

Seite 5 — 14 K. Auf die weiteren Ausführungen im angefochtenen Entscheid sowie in den Rechtschriften wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.  
II. Erwägungen

### **E. 5.1**

Die Berufungsklägerin rügt in der Begründung des eingelegten Rechtsmittels – nicht aber im formellen Antrag – dass die Vorinstanz in Dispositiv Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids dem Gesuchsteller sodann eine Frist "zur Einreichung der Klage auf Geltendmachung der Forderung und definitive Eintragung des Pfandrechts" angesetzt habe (KG act. A.1 S. 8 ff). Eine Forderungsklage sei nie Gegenstand des Gesuchs um Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gewesen. Er sei nur Grundeigentümer und nicht Schuldner des Werklohns. Es dürfe vom Berufungsbeklagten nicht „gefordert werden, dass er mit der Gestaltungsklage auf definitive Eintragung eine weitere Klage, und zwar eine Forderungsklage (Leistungsklage) gegen den mit der Berufungsklägerin nicht identischen Forderungsschuldner, hier möglicherweise die A.\_\_\_\_\_ einzureichen hat“ (KG act. A.1 S. 9).

### **E. 5.2**

Auf die entsprechende Rüge kann wegen fehlender Beschwer der Berufungsklägerin nicht eingetreten werden. Durch die Anweisung an den Gesuchsteller und Berufungsbeklagten, gegen einen Dritten eine Forderungsklage einzureichen, wird die Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin, der nach eigenem Bekunden weder mit dem Gesuchsteller noch dem Dritten in vertraglicher Beziehung steht (vgl. KG act. A.1. S. 4, C. 2) in ihrer Rechtsstellung nicht beeinträchtigt (Alexander Zürcher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016, N 14 zu Art. 59 ZPO). Allerdings ist nicht zu verkennen, dass die von der Berufungsklägerin erhobene Rüge materiell berechtigt ist. Im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme, deren Gegenstand nur die provisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gegenüber dem Pfandeigentümer ist, kann nicht eine Frist angesetzt werden, wonach eine gerichtliche Klage hinsichtlich einer a) gar nicht Gegenstand der vorsorglichen Verfahrens bildende Forderung gegen b) einen am Verfahren gar nicht beteiligten Dritten einzureichen ist. Die entsprechende Anordnung ist qualifiziert unrichtig und zu Folge Nichtigkeit unbeachtlich.

### **E. 6**

Da die Berufung abzuweisen ist, besteht keine Ursache, von der vorinstanzlichen Kostenregelung abzuweichen, zumal sich die Berufungsklägerin nur für den Fall der Gutheissung mit der Verteilung erstinstanzlichen Kosten befasst.

Seite 13 — 14 Im vorliegenden Fall erscheint das Berufungsverfahren als eigenständiges, in sich geschlossenes Verfahren. Deshalb rechtfertigt es sich auch, die Kosten des Rechtsmittelverfahrens nach den allgemeinen Grundsätzen und ohne Vorbehalt einer späteren Neuverteilung in einem allfälligen Hauptprozess, das heisst somit definitiv, aufzuerlegen (PKG 1989 Nr. 63 E. 2; Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., § 30 N 1407). Die Kosten des Berufungsverfahrens werden demnach gestützt auf Art. 9 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren (VGZ; BR 320.210) auf CHF 4'000.00 festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt. Mangels Einreichung einer Honorarnote wird die Höhe der Parteidenschädigung zu Gunsten des Berufungsbeklagten nach richterlichem Ermessen festgelegt. Dabei erscheint der Betrag von CHF 2'000.00

(inkl. Spesen und MwSt.) der Schwierigkeit der Sache und des notwendigen Aufwands angemessen.

Seite 14 — 14 III.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.