

# **SO\_GERICHTE ZKBER.2017.59 vom 25. Mai 2016**

SO Obergericht, 2016-05-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_ZKBER.2017.59](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZKBER.2017.59)

FR: SO\_GERICHTE ZKBER.2017.59 du 25 mai 2016

IT: SO\_GERICHTE ZKBER.2017.59 del 25 maggio 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Grundbuchamt Thal-Gäu sei richterlich anzuweisen, auf der Liegenschaft des Beklagten, GB [...] Nr. [...], ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 18'688.60 zuzüglich Zins zu 5 % seit 30. Dezember 2015 zu Gunsten der Klägerin definitiv einzutragen.

### **E. 1.3**

Mit Klageantwort vom 31. Januar 2017 schloss der Beklagte auf Klageabweisung soweit darauf einzutreten sei und auf Löschung des auf dem Grundstück GB [...] Nr. [...] provisorisch eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts, u.K.u.E.F.

### **E. 1.4**

Mit Urteil vom 8. Mai 2017 bewilligte der Amtsgerichtspräsident von Thal-Gäu dem hiesigen Beklagten die Nachlassstundung. Die Nachlassdividende wurde auf 10 % festgesetzt.

### **E. 1.5**

Am 18. Mai 2017 fand eine Hauptverhandlung vor dem Amtsgerichtspräsidenten von Thal-Gäu mit Partei- und Zeugenbefragung statt.

### **E. 1.6**

Am 29. Mai 2017 erliess der Amtsgerichtspräsident folgendes Urteil: 1. Das Grundbuchamt Thal-Gäu wird nach Rechtskraft dieses Entscheids angewiesen, das auf dem im Alleineigentum des Beklagten stehenden Grundstück GB [...] Nr. [...] zu Gunsten der Klägerin vorläufig vorgemerkte Bauhandwerkerpfandrecht (CHF 21'284.70 zuzüglich Zins zu 5% seit 30. Dezember 2015) für die Pfandsumme von CHF 1'868.85 (entspricht der Nachlassdividende von 10% der gesamten Forderung von CHF 18'688.60) zuzüglich Zins zu 5% seit 30. Dezember 2015 definitiv einzutragen. Darüberhinausgehend, ausmachend CHF 19'415.85 zuzüglich Zins zu 5% seit 30. Dezember 2015, ist das vorläufig vorgemerkte Pfandrecht zu löschen.

## **E. 2**

Die Klägerin hat dem Beklagten, vertreten durch Rechtsanwalt Hans Jörg Werder, Grenchen, eine Parteientschädigung von CHF 10'935.60 (inkl. Summarverfahren TGZPR.2016.74 sowie inkl. Auslagen und MwSt.) zu bezahlen.

### **E. 2.1**

Die Berufungsklägerin bringt zusammengefasst und im Wesentlichen vor, es gehe einzig um die Klärung der Frage, wie sich der mit Urteil des Richteramts Thal-Gäu vom 8. Mai 2017 bestätigte Nachlassvertrag (Nachlassdividende 10 %) zwischen dem

Berufungsbeklagten und dessen Gläubiger auf das vorliegende Verfahren auswirke. Aufgrund der Nachlassdividende von 10 % habe die Vorinstanz darauf geschlossen, dass die Forderungen der Berufungsklägerin um 90 % zu kürzen sei, weil eine privilegierte Pfandforderung im Sinne von Art. 310 SchKG erst mit der definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts entstehe. Die vorinstanzliche Schlussfolgerung, dass die Privilegierung im Sinne von Art. 310 Abs. 1 SchKG erst mit der definitiven Eintragung entstehe, sei falsch. Im vorliegenden Fall gehe es – im Gegenteil zum vom Vorderrichter zitierten BGE 125 III 248 – nicht um die Frage des Verwertungszeitpunktes, sondern ab welchem Zeitpunkt die Privilegierung im Sinne von Art. 310 Abs. 1 SchKG entstehe. Sollte der Auffassung der Vorinstanz gefolgt werden, wonach die Privilegierung im Sinne von Art. 310 SchKG erst mit der definitiven Eintragung entstehe, würde dies dem Sinn und Zweck der vorläufigen Eintragung diametral zuwiderlaufen, mit welchem einzig der Pfandrechtsanspruch gesichert werden soll. Dies werde durch die Tatsache unterstrichen, dass der spätere definitive Eintrag in seiner Wirkung auf den Tag der vorläufigen Eintragung zurückbezogen werde. Die Regeln betreffend die im Grundbuch eingetragenen Pfandrechte während des Konkurses seien grundsätzlich analog anwendbar. Gemäss ständiger Praxis sei auch ein erst vorläufig im Grundbuch angemerktes Bauhandwerkerpfandrecht in das Lastenverzeichnis aufzunehmen. Für eine spätere Zwangsverwertung sei allerdings sodann vorausgesetzt, dass dieses im rechtskräftigen Lastenverzeichnis aufgenommen werde, wodurch es im Konkursverfahren gleichwertig sei mit einem definitiven Bauhandwerkerpfandrecht. Gleiches gelte für die Pfandrechte, die erst nach der Konkurseröffnung im Grundbuch vorgemerkt werden. Konsequenterweise sei im vorliegenden Fall hinsichtlich der Privilegierung (Art. 310 Abs. 1 SchKG) irrelevant, dass das Bauhandwerkerpfandrecht im Zeitpunkt der Bestätigung des Nachlassvertrages erst provisorisch eingetragen gewesen sei, sofern der nachträglich definitive Eintrag erfolge. Mithin komme die Vorinstanz zu Unrecht zum Schluss, dass die Nachlassdividende von 10 % ebenfalls für die Forderung der Berufungsklägerin verbindlich sei.

## **E. 2.2**

Der Berufungsbeklagte entgegnet zusammengefasst und im Wesentlichen, der Entscheid vom 8. Mai 2017 über den Nachlassvertrag sei zu einem Zeitpunkt erlassen worden, als die Forderung der Berufungsklägerin, mangels definitiver Eintragung, eben noch nicht im Sinne von Art. 310 Abs. 1 SchKG privilegiert gewesen sei. Die Forderung der Berufungsklägerin sei demzufolge vom Wortlaut des Entscheids vom 8. Mai 2017 erfasst. Die Berufungsklägerin habe diesen Entscheid nicht angefochten. Zum Zeitpunkt der Bestätigung des Nachlassvertrags sei das Bauhandwerkerpfandrecht nur provisorisch eingetragen gewesen. Eine pfandgesicherte Forderung entstehe erst mit der definitiven Eintragung im Grundbuch. Es handle sich somit vorliegend nicht um eine pfandgesicherte Forderung. Die Privilegierung der Pfandforderung gemäss Art. 310 Abs. 1 SchKG sei somit ebenfalls nicht entstanden. Das Gesetz begründe nur den grundsätzlichen Anspruch auf ein Bauhandwerkerpfandrecht; errichtet werde jedes Baupfandrecht aber erst durch Eintragung im Grundbuch.

## **E. 2.3**

Mit Replik vom 13. November 2017 bzw. Duplik vom 20. November 2017 hielten die Parteien an den bereits gestellten Rechtsbegehren fest.

## **E. 3**

Für die Parteistandpunkte und die Erwägungen des Vorderrichters wird grundsätzlich auf die Akten verwiesen. Soweit erforderlich, ist nachfolgend darauf einzugehen.

## II.

1. Der Vorderrichter erwog zusammengefasst und im Wesentlichen, was folgt: Die Werklohnforderung der Klägerin belaufe sich auf CHF 21'284.70. Davon seien die anerkannten verrechnungsweise geltend gemachten Rechnungen in der Höhe von CHF 2'596.10 abzuziehen, womit die Werklohnforderung noch CHF 18'688.60 betrage. Mit Urteil des Richteramtes Thal-Gäu vom 8. Mai 2017 sei der zwischen dem Beklagten und dessen Gläubigern abgeschlossene Nachlassvertrag vom 19. Januar 2017 bestätigt und auch für die nicht zustimmenden Gläubiger, deren Forderungen vor Bewilligung der Nachlassstundung entstanden seien, als verbindlich erklärt und die Nachlassdividende auf 10 % festgelegt worden. Die Klägerin gehe davon aus, dass es sich bei der vorliegenden relevanten Forderung um eine Pfandforderung im Sinne von Art. 310 SchKG handle, welche vom Nachlassvertrag nicht erfasst werde. Die Beklagte bestreite dies. Im Zeitpunkt der Bestätigung des Nachlassvertrages am 8. Mai 2017 sei das Bauhandwerkerpfandrecht noch immer provisorisch eingetragen gewesen. Dementsprechend handle es sich nicht um eine pfandgesicherte Forderung, da diese erst mit der definitiven Eintragung entstehe. Dies bedeute, dass auf die im Dezember 2015 entstandene und mithin im Zeitpunkt der Bewilligung der Nachlassstundung (Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung mit Urteil des Richteramtes Thal-Gäu vom 1. Februar 2016) bestehende Werklohnforderung die Nachlassdividende Anwendung finde. Von der grundsätzlich geschuldeten Werklohnforderung über CHF 18'688.60 könne folglich nur eine Forderung in der Höhe der Nachlassdividende von 10%, ausmachend CHF 1'868.85, erhältlich gemacht werden. Nach dem Gesagten sei für den Betrag von CHF 1'868.85 ein Bauhandwerkerpfandrecht definitiv einzutragen. Hinzu komme ■ da die Schlussrechnung vom 15. Dezember 2015 datiere und eine Zahlungsfrist von netto 14 Tagen enthalte ■ ein Verzugszins von 5 % seit dem 30. Dezember 2015.

2.1 Die Berufungsklägerin bringt zusammengefasst und im Wesentlichen vor, es gehe einzig um die Klärung der Frage, wie sich der mit Urteil des Richteramts Thal-Gäu vom 8. Mai 2017 bestätigte Nachlassvertrag (Nachlassdividende 10 %) zwischen dem Berufungsbeklagten und dessen Gläubiger auf das vorliegende Verfahren auswirke. Aufgrund der Nachlassdividende von 10 % habe die Vorinstanz darauf geschlossen, dass die Forderungen der Berufungsklägerin um 90 % zu kürzen sei, weil eine privilegierte Pfandforderung im Sinne von Art. 310 SchKG erst mit der definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts entstehe. Die vorinstanzliche Schlussfolgerung, dass die Privilegierung im Sinne von Art. 310 Abs. 1 SchKG erst mit der definitiven Eintragung entstehe, sei falsch. Im vorliegenden Fall gehe es ■ im Gegenteil zum vom Vorderrichter zitierten BGE 125 III 248 ■ nicht um die Frage des Verwertungszeitpunktes, sondern ab welchem Zeitpunkt die Privilegierung im Sinne von Art. 310 Abs. 1 SchKG entstehe. Sollte der Auffassung der Vorinstanz gefolgt werden, wonach die Privilegierung im Sinne von Art. 310 SchKG erst mit der definitiven Eintragung entstehe, würde dies dem Sinn und Zweck der vorläufigen Eintragung diametral zuwiderlaufen, mit welchem einzig der Pfandrechtsanspruch gesichert werden soll. Dies werde durch die Tatsache unterstrichen, dass der spätere definitive Eintrag in seiner Wirkung auf den Tag der vorläufigen Eintragung zurückbezogen werde. Die Regeln betreffend die im Grundbuch eingetragenen Pfandrechte während des Konkurses seien grundsätzlich analog anwendbar. Gemäss

ständiger Praxis sei auch ein erst vorläufig im Grundbuch angemerktes Bauhandwerkerpfandrecht in das Lastenverzeichnis aufzunehmen. Für eine spätere Zwangsverwertung sei allerdings sodann vorausgesetzt, dass dieses im rechtskräftigen Lastenverzeichnis aufgenommen werde, wodurch es im Konkursverfahren gleichwertig sei mit einem definitiven Bauhandwerkerpfandrecht. Gleiches gelte für die Pfandrechte, die erst nach der Konkurseröffnung im Grundbuch vorgemerkt werden. Konsequenterweise sei im vorliegenden Fall hinsichtlich der Privilegierung (Art. 310 Abs. 1 SchKG) irrelevant, dass das Bauhandwerkerpfandrecht im Zeitpunkt der Bestätigung des Nachlassvertrages erst provisorisch eingetragen gewesen sei, sofern der nachträglich definitive Eintrag erfolge. Mithin komme die Vorinstanz zu Unrecht zum Schluss, dass die Nachlassdividende von 10 % ebenfalls für die Forderung der Berufungsklägerin verbindlich sei.

2.2 Der Berufungsbeklagte entgegnet zusammengefasst und im Wesentlichen, der Entscheid vom 8. Mai 2017 über den Nachlassvertrag sei zu einem Zeitpunkt erlassen worden, als die Forderung der Berufungsklägerin, mangels definitiver Eintragung, eben noch nicht im Sinne von Art. 310 Abs. 1 SchKG privilegiert gewesen sei. Die Forderung der Berufungsklägerin sei demzufolge vom Wortlaut des Entscheids vom 8. Mai 2017 erfasst. Die Berufungsklägerin habe diesen Entscheid nicht angefochten. Zum Zeitpunkt der Bestätigung des Nachlassvertrags sei das Bauhandwerkerpfandrecht nur provisorisch eingetragen gewesen. Eine pfandgesicherte Forderung entstehe erst mit der definitiven Eintragung im Grundbuch. Es handle sich somit vorliegend nicht um eine pfandgesicherte Forderung. Die Privilegierung der Pfandforderung gemäss Art. 310 Abs. 1 SchKG sei somit ebenfalls nicht entstanden. Das Gesetz begründe nur den grundsätzlichen Anspruch auf ein Bauhandwerkerpfandrecht; errichtet werde jedes Baupfandrecht aber erst durch Eintragung im Grundbuch.

### **E. 3.1**

Am 8. Mai 2017 bestätigte der Amtsgerichtspräsident von Thal-Gäu den Nachlassvertrag vom 19. Januar 2017 zwischen dem hiesigen Berufungsbeklagten und seinen Gläubigern und erklärte ihn auch für die Gläubiger, deren Forderungen vor Bewilligung der Nachlassstundung entstanden sind, als verbindlich. Die Nachlassdividende wurde auf 10 % festgesetzt.

### **E. 3.2**

Der bestätigte Nachlassvertrag ist für sämtliche Gläubiger verbindlich, deren Forderungen vor der Bewilligung der Stundung oder seither ohne Zustimmung des Sachwalters entstanden sind (Nachlassforderungen). Ausgenommen sind die Pfandforderungen, soweit sie durch das Pfand gedeckt sind (Art. 310 Abs. 1 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG, SR 281.1]).

### **E. 3.3**

Strittig und zu klären ist, wann die Privilegierung i.S.v. Art. 310 SchKG vorliegend entstanden ist ■ ob bereits mit der provisorischen oder erst mit der definitiven Eintragung des Pfandrechts.

### **E. 3.4**

Das Bauhandwerkerpfandrecht bezweckt die Sicherung der Forderungen der Handwerker und Unternehmer und privilegiert diese dadurch, dass sie die Forderungen dinglich absichern können (BGE 124 III 337 E. 6b.aa).

### **E. 3.5**

Das vorliegend strittige Bauhandwerkerpfandrecht wurde bereits vor Bewilligung des Nachlassvertrags im Grundbuch vorläufig eingetragen. Durch eine vorläufige Eintragung wird ein Bauhandwerkerpfandrecht unter der resolutiven Bedingung eingetragen, dass es später definitiv eingetragen wird (Rainer Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, N. 174). Die vorläufige Eintragung bezweckt die Sicherung behaupteter dinglicher Rechte (Art. 961 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB, SR 210]). Vorläufige Eintragungen geschehen mit der Folge, dass das Recht für den Fall seiner späteren Feststellung vom Zeitpunkte der Vormerkung an dinglich wirksam wird (Art. 961 Abs. 2 ZGB).

### **E. 3.6**

Die vorläufige Eintragung bewirkt also, dass das durch die spätere definitive Eintragung geschaffene Pfandrecht in seinen Wirkungen auf den Tag der vorläufigen Eintragung zurückbezogen wird (vgl. Art. 972 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 76 Abs. 2 Grundbuchverordnung [GBV, SR 211.432.1]; BGE 137 III 563 E. 3.3; 126 III 462 E. 2c/aa mit Hinweisen). Die Wirkung ■ die Sicherung des dinglichen Rechts ■ wird also auf das Datum der Einschreibung der vorläufigen Eintragung (Vormerkung) in das Tagebuch zurückbezogen. Wie von der Berufungsklägerin völlig zu Recht vorgetragen, würde es dem Sinn und Zweck der vorläufigen Eintragung zuwiderlaufen, würde nicht auch die Privilegierung in ihrer Wirkung auf das Datum der provisorischen Eintragung zurückbezogen. Denn nur mit dieser Lösung ist es möglich, den Forderungen der Handwerker, die dem Grundstück durch Arbeit und Material einen Mehrwert verschafft haben, die vom Gesetzgeber gewollte dingliche Sicherheit zu gewähren. Deshalb hat der Grundeigentümer selbst nach einer bewilligten Nachlassstundung die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zu dulden (vgl. Rainer Schumacher, a.a.O., N. 174; SOG 1975 Nr. 16).

### **E. 3.7**

Der bestätigte Nachlassvertrag ist also für die Berufungsklägerin für den durch das Pfand ■ unbestritten ■ gedeckten Forderungsbetrag nicht verbindlich. Entsprechend erweist sich die Berufung als begründet, sie ist gutzuheissen.

### **E. 4**

In Gutheissung der Berufung ist der angefochtene Entscheid aufzuheben. Der provisorische Grundbucheintrag ist zu bestätigen. Das Grundbuchamt Thal-Gäu wird nach Rechtskraft des vorliegenden Entscheids angewiesen, auf dem im Alleineigentum des Berufungsbeklagten stehenden Grundstück GB [...] Nr. [...] zu Gunsten der Berufungsklägerin ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 18'688.60 zuzüglich Zins zu

### **E. 5**

% seit 30. Dezember 2015 definitiv einzutragen.

### **E. 5.1**

Dem Ausgang des vorliegenden Verfahrens entsprechend, wird der Berufungsbeklagte kosten- und entschädigungspflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 und 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]).

### **E. 5.2**

Die vorinstanzlichen Gerichtskosten von CHF 2'800.00 hat der Berufungsbeklagte zu bezahlen. Da die Verfahrenskosten mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet werden, hat der Berufungsbeklagte die CHF 2'800.00 direkt an die Berufungsklägerin zu bezahlen. Dasselbe gilt für die Gerichtskosten des dem vorinstanzlichen Verfahrens vorausgegangenen Summarverfahrens. Diese Kosten betragen CHF 800.00. Zudem hat der Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin für das Haupt- und das Summarverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. Der Rechtsanwalt der Berufungsklägerin reichte vor der vorinstanzlichen Hauptverhandlung eine Kostennote über CHF 8'803.40 zu den Akten. Darin macht er einen Arbeitsaufwand von 29.9 Stunden à CHF 250.00 sowie Auslagen von CHF 676.30 zuzüglich MwSt. geltend. Der Vorderrichter hat zusätzlich drei Stunden für die Hauptverhandlung hinzugerechnet. Der verlangte Stundenaufwand und der Stundenansatz sind gerechtfertigt. Die eingereichte Honorarnote ist aber betreffend den Auslagen anzupassen. Für Kopien können nicht CHF 1.00 sondern nur CHF 0.50 verrechnet werden (§ 160 Abs. 5 Gebührentarif [GT, BGS 615.11]). Die Kostennote von Rechtsanwalt Fabian Brunner für die vorinstanzlichen Verfahren ist demnach auf CHF 9'323.40 (Honorar von CHF 8'225.00 plus Auslagen von CHF 407.80 zuzüglich MwSt. von 8 %) festzusetzen.

### **E. 5.3**

Die Kosten des Berufungsverfahrens von CHF 3'500.00 gehen ebenfalls zu Lasten des Berufungsbeklagten. Da die Verfahrenskosten mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet werden, hat der Berufungsbeklagte die CHF 3'500.00 direkt an die Berufungsklägerin zu bezahlen. Der Berufungsbeklagte hat die Berufungsklägerin zudem für das Berufungsverfahren zu entschädigen. Der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin reichte am 13. November 2017 eine Kostennote für das Verfahren vor Obergericht über CHF 2'935.35 zu den Akten. Darin macht er einen Aufwand von 10.4 Stunden à CHF 250.00 sowie Auslagen von CHF 117.90 und MwSt. geltend. Der verlangte Stundenaufwand und der Stundenansatz sind gerechtfertigt. Die eingereichte Honorarnote ist aber auch hier betreffend den Auslagen anzupassen ■ wie bereits erwähnt, können für Kopien nur CHF 0.50 verrechnet werden. Die Kostennote von Rechtsanwalt Fabian Brunner für das obergerichtliche Verfahren ist demnach auf CHF 2'885.65 (Honorar von CHF 2'600.00 plus Auslagen von CHF 71.90 zuzüglich MwSt. von 8 %) festzusetzen.

Demnach wird erkannt:

Rechtsmittel: Der Streitwert beträgt weniger als CHF 30'000.00.

Sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, kann gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Soweit sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, kann gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen seit Erhalt beim Bundesgericht subsidiäre

Verfassungsbeschwerde eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Mit der Verfassungsbeschwerde kann die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Art. 115 bis 119 Bundesgerichtsgesetz massgeblich. Wird gleichzeitig Beschwerde in Zivilsachen und subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben, so sind beide Rechtsmittel in der gleichen Beschwerdeschrift einzureichen.

Im Namen der Zivilkammer des Obergerichts

Der Präsident

Die Gerichtsschreiberin

Frey

Kofmel

Das Bundesgericht ist mit Urteil vom 16. März 2018 auf die dagegen erhobene Beschwerde sowie subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht eingetreten (5A\_77/2018).

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