

# **SO\_GERICHTE ZKBES.2018.48 vom 8. Juni 2018**

SO Obergericht, 2018-06-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_ZKBES.2018.48\\_d20180608](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZKBES.2018.48_d20180608)

FR: SO\_GERICHTE ZKBES.2018.48 du 8 juin 2018

IT: SO\_GERICHTE ZKBES.2018.48 del 8 giugno 2018

## **Regeste**

provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

## **Erwägungen**

### **E. 1**

C.\_\_\_\_ (nachfolgend der Gesuchsteller) überbrachte am 22. Dezember 2017 ein Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts an das Richteramt Dorneck-Thierstein (datiert ist das Gesuch mit dem 21. Dezember 2017 und wird von der Vorinstanz und von den Gesuchsgegnern auch so bezeichnet, was nachfolgend so übernommen wird). Im Gesuch stellt der Gesuchsteller das Rechtsbegehren, das Grundbuchamt Thierstein sei anzuweisen, zulasten des Grundstücks GB [...] Nr. [...] zu seinen Gunsten superprovisorisch ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsumme von CHF 80'808.65 nebst 5 % Zins seit 19. September / 29. November 2017 einzutragen, u.K.u.E.F.

### **E. 2**

In Ziffer 2 der superprovisorischen Verfügung vom 29. Dezember 2017 wies der Amtsgerichtspräsident die Amtsschreiberei Thierstein richterlich an, auf dem Stockwerkeigentumsanteil GB [...] Nr. [...] die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für CHF 14'470.76 (Wertquote $\frac{89}{1000}$ resp. $\frac{89}{497}$ ) nebst Zins zu 5 % seit 29. November 2017 vorzumerken. Gleichzeitig setzte er A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ (nachfolgend die Gesuchsgegner) Frist zur Stellungnahme.

### **E. 3**

Die Gesuchsgegner beantragten in ihrer Stellungnahme vom 22. Januar 2018, das Gesuch sei abzuweisen und die Amtsschreiberei Thierstein anzuweisen, die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für CHF 14'470.76 sofort zu löschen, u.K.u.E.F.

4.1 Mit Verfügung vom 23. Januar 2018 brachte der Amtsgerichtspräsident dem Gesuchsteller die Stellungnahme der Gesuchsgegner zur Kenntnis und teilte ihm für den Fall, dass er seinerseits zur Eingabe der Gesuchsgegner vom 22. Januar 2018 Stellung nehmen möchte, mit, das Urteil werde nicht vor dem 6. Februar 2018 gefällt.

4.2 In seiner Stellungnahme vom 5. Februar 2018 beantragte der Gesuchsteller, es sei ihm die Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück der Gesuchsbeklagten, Stockwerkeigentumsanteil Nr. [...] in der Höhe von CHF 7'191.00 (Wertquote $\frac{89}{1000}$ ) nebst Zins zu 5 % sei dem 29. November 2017 zu bewilligen, u.K.u.E.F.

4.3 Wiederum liess der Amtsgerichtspräsident am 6. Februar 2018 den Gesuchsgegnern eine Kopie der Eingabe zukommen und kündigte an, das Urteil werde nicht vor dem 19.

Februar 2018 gefällt. Nach einem Gesuch um Fristansetzung erklärte der Amtsgerichtspräsident, das Urteil werde nicht vor dem 26. Februar 2018 gefällt.

4.4 Die Gesuchsgegner reichten am 24. Februar 2018 (Postaufgabe) eine weitere Stellungnahme ein und wiederholten ihre bereits gestellten Anträge, ergänzt um das Eventualbegehren, die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Verfügung vom 29. Dezember 2017 sei sofort auf CHF 7'191.00 anzupassen.

## **E. 5**

Am 2. März 2018 erliess der Amtsgerichtspräsident folgendes Urteil:

### **E. 5.1**

In Anbetracht dieser Ausführungen ist als nächstes zu prüfen, ob Art. 229 ZPO einer Berücksichtigung der Stellungnahme des Gesuchstellers vom 5. Februar 2018 entgegensteht. Denn die Beurteilungsgrundlagen sind doch wesentlich anders, je nachdem ob der Vorderrichter über das beantragte Bauhandwerkerpfandrecht nur gestützt auf das Gesuch vom 22. Dezember 2017 hat befinden oder ob er die Ergänzungen und Urkunden, die mit der Stellungnahme vom 5. Februar 2018 eingereicht wurden, hat mitberücksichtigen dürfen. Der Gesuchsteller seinerseits vertritt in seiner Beschwerdeantwort die Auffassung, im vorliegenden Fall sei kein Novenverbot eingetreten und es sei ihm erlaubt gewesen, sein Gesuch unbeschränkt zu ergänzen.

### **E. 5.2**

Erst am 21. Februar 2018 hat sich das Bundesgericht im Entscheid 4A\_557/2017 (zur Publikation vorgesehen) zu der in einem summarischen Mieterausweisungsverfahren erhobenen Rüge, die Vorinstanz habe die Novenschranke missachtet und Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO verletzt, indem sie die «Replik» der Beschwerdegegnerin nicht aus dem Recht gewiesen habe, wie folgt geäussert: Art. 253 ZPO sehe für das hier anwendbare summarische Verfahren vor, dass das Gericht der Gegenpartei Gelegenheit gebe, mündlich oder schriftlich Stellung zu nehmen. Damit sollte nach der Botschaft des Bundesrates ein zweiter oder gar mehrfacher Schriftenwechsel ausgeschlossen werden, da breite Schriftlichkeit dem Wesen dieses Verfahrens zuwiderlaufe. Dass nach dem historischen Willen des Gesetzgebers grundsätzlich nur ein Schriftenwechsel stattfinde, schliesse jedoch nicht aus, dass mit der gebotenen Zurückhaltung ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werden könne, wenn er sich nach den Umständen als erforderlich erweise. Auch ändere die Beschränkung auf einen einfachen Schriftenwechsel nichts am Replikrecht nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Im summarischen Verfahren dürfe sich jedoch keine der Parteien darauf verlassen, dass das Gericht nach einmaliger Anhörung einen zweiten Schriftenwechsel oder eine mündliche Hauptverhandlung anordne. Es bestehe insofern kein Anspruch der Parteien darauf, sich zweimal zur Sache zu äussern. Grundsätzlich trete der Aktenschluss nach einmaliger Äusserung ein. Teilweise werde vertreten, dies gelte ausnahmslos. Zum Teil werde mit überzeugenden Gründen die Ansicht vertreten, Art. 229 ZPO sei dann analog anzuwenden, wenn ■ nach einfachem Schriftenwechsel ■ eine Verhandlung stattfinde oder ausnahmsweise ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werde. Denn in diesem Fall werde das summarische Verfahren über die einmalige Anhörung hinaus erweitert, so dass in sinngemässer Anwendung von Art. 229 ZPO Noven zulässig sein sollten, solange das Gericht die Beratung nicht aufgenommen habe.

### **E. 5.3**

Im vorliegenden Fall hat der Richter dem Gesuchsteller am 23. Januar 2018 Gelegenheit geboten, sich nochmals zu äussern und zur Eingabe der Gesuchsgegner vom 22. Januar 2018 Stellung zu nehmen. Indem er überdies mitgeteilt hat, das Urteil werde nicht vor dem 6. Februar 2018 gefällt, hat er für diese Stellungnahme auch eine Frist gesetzt. Damit hat er dem Gesuchsteller die Möglichkeit einer zweiten Eingabe eröffnet. Die in der Verfügung gewählte Formulierung mutet etwas umständlich an und die Begriffe «zweiter Rechtschriftenwechsel», «Replik» und «Duplik» werden darin nicht verwendet. Zu bedenken ist aber, dass die Einreichung einer Klage- oder einer Gesuchsantwort stets freiwillig ist und der Richter keine Partei dazu verpflichten kann, ihren Anspruch auf rechtliches Gehör wahrzunehmen. Es wäre abwegig, die Verfügung vom 23. Januar 2018 so zu interpretieren, dass damit kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet worden ist. Offenbleiben kann, ob dies angesichts des rudimentären ursprünglichen Gesuchs aufgrund der richterlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO nicht sogar geboten war. Folgerichtig hat der Amtsgerichtspräsident den Gesuchsgegnern nach Eingang der Stellungnahme vom 5. Februar 2018 in vergleichbarer Weise Gelegenheit geboten, sich nochmals zu äussern. Ausserdem hat er am 9. Februar 2018 im Ergebnis ein Fristerstreckungsgesuch der Gesuchsgegner vom 8. Februar 2018 für ihre ergänzende Stellungnahme ■ wie sie es selbst formulieren ■ bewilligt. Indem er den Gesuchsteller darauf hingewiesen hat, er könne bis zur Urteilsfällung noch Stellung nehmen, war es der Amtsgerichtspräsident, der das summarische Verfahren mit seiner Verfahrensleitung erweitert hat. Der Gesuchsteller hat sich nicht von sich aus im Sinne einer Spontanreplik nochmals geäussert. Vielmehr wurde er durch den Amtsgerichtspräsidenten dazu veranlasst. Im vorliegenden Fall wurde daher anders als in dem oben wiedergegebenen Bundesgerichtsentscheid ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, resp. zugelassen.

#### **E. 5.4**

Das Bundesgericht hat es im zitierten Entscheid letztlich offengelassen, ob im summarischen Verfahren Noven in sinngemässer Anwendung von Art. 229 ZPO zugelassen werden dürfen, wenn ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wird. Trotzdem hat es vorgängig erklärt, zum Teil werde mit überzeugenden Gründen die Ansicht vertreten, Art. 229 ZPO sei in diesem Fall analog anzuwenden. Auch F. Bastons Bulletti befürwortet in seinen Bemerkungen zu diesem Bundesgerichtsentscheid, dass sich im (Sonder-)Fall eines zweiten Schriftenwechsels und/oder einer Verhandlung die Anwendung von Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO rechtfertige (ZPO Online; Newsletter vom 11. April 2018). Als entscheidend erachtet es das Obergericht indessen, dass die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels in der Regel wenig Sinn macht, wenn die Novenschranke schon gefallen ist. Vielmehr erscheint es folgerichtig, dass der Richter, welcher Gelegenheit zu einer Stellungnahme einräumt, diese nachher auch uneingeschränkt berücksichtigt. Demgegenüber steht eine unaufgefordert eingereichte Replik ausserhalb der richterlichen Prozessleitung und vermag einen bereits erfolgten Aktenschluss nicht hinauszuschieben, weshalb hier Noven auch nicht mehr zulässig sind. Etwas Anderes können die Gesuchsgegner auch nicht aus den von ihnen angerufenen Urteilen des Obergerichts des Kantons Zürich ableiten. Im Urteil vom 30. Januar 2014 (LF140001) ging es darum, ob einem unbestimmten Rechtsbegehren res iudicata-Wirkung zukommen kann. Das Urteil ist in Bezug auf die Novenfrage nicht einschlägig. Im Gegenteil kann diesem entnommen werden, dass die Gesuchstellerin zur Verbesserung ihres ersten mangelhaften Gesuchs aufgefordert worden war. Gegenstand des anderen Urteils des Zürcher Obergerichts vom 30. Januar 2015 (PF140061) war die (verneinte) Zulässigkeit von Noven im Berufungsverfahren. Die von den Gesuchsgegnern

zitierte Aussage, ein mangelhaftes Gesuch könne nicht nachgebessert werden, findet sich dort nicht. Es ist daher kein Grund ersichtlich, die Novenordnung nach Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO in einem Summarverfahren, in dem ausnahmsweise ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt wird, anders handzuhaben als wenn dasselbe im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren geschieht. Auch dort ist ein zweiter Schriftenwechsel nicht die Regel, sondern steht im Ermessen des Gerichts, wenn es die Verhältnisse erfordern. Genau dies kann auch in einem summarischen Verfahren der Fall sein. Der Vorderrichter hat somit die in der Stellungnahme vom 5. Februar 2018 enthaltenen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel zu Recht zugelassen und in seinem Entscheid mitberücksichtigt.

#### **E. 5.5**

Die Gesuchsgegner beanstanden in ihrer Beschwerde unter der Rüge «keine Nachbesserung der Behauptungen und Bezeichnung der Beweismittel» nicht weiter, dass die vom Vorderrichter unter Berücksichtigung der Stellungnahme vom 5. Februar 2018 angeordnete Vormerkung des Bauhandwerkerpfandrechts falsch sein soll. Sie stellen denn auch nicht mehr in Abrede, dass ein Werkvertrag für Sanitär- und Heizungsarbeiten an der Wohnüberbauung [...] mit den nachgereichten Urkunden glaubhaft gemacht werden konnte. Die Rüge der fehlenden Angabe der Fertigstellung der Arbeit und damit der Ablauf der Frist nach Art. 839 Abs. 2 ZGB wurde in der Beschwerde nicht mehr aufgegriffen. Wie bereits die Bezeichnung der Rüge mit «keine Nachbesserung der Behauptungen und Bezeichnung der Beweismittel» durch die Gesuchsgegner offenbart, argumentieren sie hier lediglich in formeller Weise.

#### **E. 6**

Gegen dieses Urteil erhoben die Gesuchsgegner am 15. März 2018 form- und fristgerecht Beschwerde an das Obergericht und verlangten, es sei das Urteil, Ziffer 1 und 3, aufzuheben und die Amtschreiberei Thierstein sei anzuweisen, die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts für CHF 7'191.00 gemäss Urteil vom 2. März 2018 sofort zu löschen, u.K.u.E.F.

##### **E. 6.1**

In Bezug auf die Rüge «keine Nennung der Summe» hatte der Vorderrichter erwogen, zum Nachweis der Arbeiten an der Überbauung [...] könnten die Rechnungen des Gesuchstellers an den Besteller sowie zahlreiche E-Mails herangezogen werden. Erst im Rahmen des Hauptverfahrens und nicht im aktuellen Prozessstadium sei abschliessend zu prüfen, ob das Bauhandwerkerpfandrecht auf sämtliche Stockwerkeigentumsanteile umgelegt werden dürfe. Im Übrigen sei es zulässig, den gesamten Vergütungsanspruch des Unternehmers quotenproportional allen Stockwerkeinheiten zu belasten, unabhängig davon, ob die Bauarbeiten für Bauteile im Sonderrecht und / oder für gemeinschaftliche Teile geleistet worden seien (Rainer Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Zürich 2008, Rz. 792).

##### **E. 6.2**

Die Gesuchsgegner tragen vor, der Gesuchsteller sei bei seinen Ausführungen, dass seine Bauleistungen sowohl gemeinschaftliche Bauteile der Liegenschaften [...] [...] und [...] als auch die im Sonderrecht stehenden Stockwerkeigentumseinheiten betreffen, zu behaften. Die Vorinstanz sei der klaren Rechtsprechung, wonach wertvermehrnde Leistungen zum Zweck der individuellen Ausgestaltung der Stockwerkeinheit nur durch ein Baupfand auf dem jeweiligen Miteigentumsanteil gesichert werden könnten, nicht gefolgt. Der Gesuchsteller habe die Höhe des Werklohnes für die Arbeiten, welche allen

Stockwerkeigentumseinheiten zugutegekommen seien und die Höhe des Werklohnes für die Arbeiten an der Stockwerkeigentumseinheit der Gesuchsgegner weder beziffert, behauptet noch bewiesen. Wenn von einem Bauhandwerker wertvermehrende Leistungen zum Zweck der individuellen Ausgestaltung einer Stockwerkeinheit erbracht würden, seien sie trotz des Akzessionsprinzips dem einzelnen Miteigentumsanteil zuzurechnen, und die Forderung des Bauhandwerkers könne nur durch ein Baupfand auf einem bestimmten Miteigentumsanteil gesichert werden (BGE 111 II 31 E. 4b mit Hinweisen). Diese Ausnahme gelte nicht nur für den Sonderausbau, sondern auch für Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Standardausbau einer Stockwerkeinheit (BGE 112 II 214 E. 4).

### **E. 6.3**

Der Gesuchsteller erwidert in seiner Beschwerdeantwort, seine Arbeiten hätten sowohl gemeinschaftliche Bauteile der Liegenschaften [...] [...] und [...] als auch die im Sonderrecht stehenden Stockwerkeinheiten betroffen. Das ergebe sich bereits sachlogisch aus der Arbeitsgattung der Sanitär- und Heizungsinstallationen, da sich die Leitungen nicht nur in den im Sonderrecht stehenden Stockwerkeinheiten befänden, sondern in gemeinschaftlichen Gebäudeteilen eingebaut worden seien. Die Arbeiten seien gerade nicht spezifisch für die Stockwerkeinheit der Gesuchsgegner erbracht worden. Sie seien daher anteilmässig allen Miteigentumsanteilen zu belasten (BGE 125 III 113 E. 3.a).

### **E. 7**

Der Gesuchsteller beantragte in seiner Beschwerdeantwort vom 3. April 2018 die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des angefochtenen Urteils, u.K.u.E.F.

### **E. 7.1**

Die Regeste des von den Gesuchsgegner angerufenen BGE 111 II 31 lautet wie folgt: «Dient eine Gemeinschaftsanlage nur einzelnen von mehreren Gebäuden einer in Stockwerkeigentum aufgeteilten Überbauung, kommt der damit geschaffene Mehrwert dennoch allen Stockwerkeigentümern zugute. Es entspricht daher dem Bundesrecht, dass das Bauhandwerkerpfandreht, das sich auf eine Forderung für den Bau dieser Gemeinschaftsanlage stützt, anteilmässig alle Miteigentumsanteile belastet.» Im Sinne einer Ausnahme wird unter Erwägung 4.b erwogen, dass bei einer individuellen Innenausgestaltung eines Stockwerkeigentumsanteils die Forderung des Bauhandwerkers durch ein Pfandreht auf einem bestimmten Miteigentumsanteil gesichert werden könne. Die Ausnahme von der Regel reiche aber nur so weit, als die bauliche Ausstattung der im Sonderrecht stehenden Räume ein wesentliches Element des dem gemeinschaftlichen Eigentum entgegenstehenden Sonderrechts ausmache. Im Entscheid 112 II 214 ging es um den Beginn der Eintragsfrist gegenüber den einzelnen Stockwerkeigentümern. Kernaussage war, dass bei Arbeiten und Materiallieferungen zugunsten der einzelnen Stockwerkeinheiten die Eintragsfrist mit dem Abschluss der Arbeiten in den jeweiligen Wohnungen zu laufen beginnt, wenn das Stockwerkeigentum schon vor deren Beginn begründet worden war. Dies wird dann in BGE 125 III 113 dahingehend bestätigt, dass die Frist für die Eintragung der Pfandrehte für alle Stockwerkeinheiten der Überbauung einheitlich läuft, wenn der gleiche Unternehmer aufgrund eines einzigen Werkvertrages sukzessive eine zusammengehörende Bauleistung für die verschiedenen Gebäude der Überbauung erbringt (E. 3.b). In Erwägung 3. a wurde zuvor die hier interessierende Frage geklärt, ob das Bauhandwerkerpfandreht bei der Überbauung einer Parzelle mit mehreren Baukörpern auf sämtliche Miteigentumsanteile der Gesamtüberbauung bzw. nur auf

einzelne Stockwerkeinheiten oder allenfalls eine Gruppe von solchen umgelegt werden kann. Zunächst hat das Bundesgericht den bereits in BGE 111 II 31 erklärten Grundsatz wiederholt, dass in Bezug auf Bauleistungen für gemeinschaftliche Bauteile bei den Miteigentumsanteilen insgesamt, d.h. bei der im Miteigentum stehenden Sache anzuknüpfen ist. Wertvermehrnde Leistungen hingegen, die zum Zweck der individuellen Ausgestaltung einer Stockwerkeinheit erbracht werden, werden trotz des Akzessionsprinzips dem einzelnen Miteigentumsanteil zugerechnet, und die Forderung des Bauhandwerkers kann nur durch ein Baupfand auf einem bestimmten Miteigentumsanteil gesichert werden. Hier findet sich auch die Aussage, dass diese Ausnahme nicht nur für den Sonderausbau, sondern auch für Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Standardausbau einer Stockwerkeinheit gelte. Auch der von den Gesuchsgegnern ebenfalls zitierte BGE 126 III 462 wiederholt in Erwägung 2.b diese Grundsätze, ist im Übrigen aber nicht einschlägig und befasst sich damit, ob die vorläufige Eintragung auf dem Gesamtgrundstück bei der definitiven auf die Miteigentumsanteile übertragen werden kann.

### **E. 7.2**

Aus der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung können die Gesuchsgegner nichts zu ihren Gunsten ableiten. Der Gesuchsteller hat zwar ausgeführt, die Arbeiten würden die gemeinschaftlichen Bauteile wie auch die im Sonderrecht stehenden Stockwerkeigentumseinheiten betreffen. Er hat aber auch festgehalten, dass dies bei Letzteren in verhältnismässig gleichen Teilen erfolgt ist. Bei dieser Sachlage ist eine Aufteilung des Bauhandwerkerpfandrechts auf die einzelnen Stockwerkeigentumseinheiten nach der oben zitierten Rechtsprechung geradezu geboten. Mit der Ergänzung, die Arbeiten würden die im Sonderrecht stehenden Stockwerkeigentumseinheiten in verhältnismässig gleichen Teilen betreffen, hat der Gesuchsteller sogleich zum Ausdruck gebracht, dass die Arbeiten im Bereich der Sonderrechte der Stockwerkeigentümer keine individuelle Ausgestaltung bzw. keinen Sonderausbau der einzelnen Stockwerkeigentumseinheiten zum Gegenstand hatten. Vielmehr beruhten die Bauleistungen auf einem einzigen Werkvertrag mit der D. \_\_\_ AG, die in die E. \_\_\_ AG umfirmierte. Die Errichtung von Sanitär- und Heizungsinstallationen, wie sie bereits im Formular vom 22. Dezember 2017 aufgeführt wurden, werden nicht nur in den einzelnen Stockwerkeigentumseinheiten ausgeführt, sondern im Wesentlichen auch an den gemeinschaftlichen Bauteilen. Der Gesuchsteller hat somit nie etwas Anderes geltend gemacht als einen Standardausbau der einzelnen Stockwerkeigentumseinheiten. Es waren die Gesuchsgegner, die im erstinstanzlichen Verfahren eine Badkombination, die es in ihrer Stockwerkeigentumseinheit nicht geben würde, zur Sprache gebracht haben. Ihre Forderung nach einer Bezifferung des auf ihren Stockwerkeigentumsanteil betreffenden Werklohn beruht denn auch auf den Folgen einer individuellen Ausgestaltung bzw. eines Sonderausbaus. Ausführungen über Bauarbeiten, die aufgrund eines separaten Werkvertrags speziell nur zugunsten einer einzigen Stockwerkeigentumseinheit geleistet worden wären, fehlen aber vollständig. Der Amtsgerichtspräsident hat das geltend gemachte Bauhandwerkerpfandrecht somit zu Recht zu gleichen Teilen vorläufig auf sämtliche Stockwerkeigentumseinheiten verteilt.

### **E. 8**

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

## **II.**

1. Der Gesuchsteller hat in seinem Gesuch vom 21. Dezember 2017 unter Ziffer 3 Gegenpartei A.\_\_\_\_ und unter Ziffer 4 Vertreter/in der Gegenpartei B.\_\_\_\_ aufgeführt. Der Amtsgerichtspräsident verwarf den bereits bei ihm erhobenen Einwand, es sei die falsche Partei belangt worden, mit der Begründung, es wäre überspitzter Formalismus, das Gesuch nur deshalb abzuweisen, weil der Gesuchsteller eine der Gegenparteien im Formular unter einer falschen Ziffer eingetragen habe. Aus dem Gesamtzusammenhang gehe klar hervor, dass der Gesuchsteller beide Ehegatten [...] als Gesuchsgegner habe belangen wollen. Offensichtlich seien beide Gesuchsgegner Eigentümer der vorliegend relevanten Stockwerkeigentumseinheit. Es sei demnach von einem offensichtlichen Versehen auszugehen, welches von Amtes wegen korrigiert werden könne, zumal der Gesuchsteller im massgeblichen Zeitpunkt noch nicht anwaltlich vertreten gewesen sei.
2. Die Gesuchsgegner bringen mit ihrer Rüge «unzulässiger Parteiwechsel» vor, es gebe keine mündlichen Ergänzungen. Massgebend seien die Vorgaben des Art. 221 ZPO. Das Gesuch vom 21. Dezember 2017 nenne die Partei und die Vertreterin. Die Partei sei jedoch nicht korrekt gewesen. Der Gesuchsgegner sei nicht Alleineigentümer des Grundstückes Grundbuch [...] Nr. [...]. Es bestünden keine Hinweise auf ein offensichtliches Versehen. In der Stellungnahme vom 5. Februar 2018 werde sogar ausdrücklich dargelegt, dass sich der Gesuchsteller anlässlich der persönlichen Vorsprache vom 22. Dezember 2017 bewusst gewesen sei, dass beide Gesuchsgegner belangt werden sollen. Wenn sich eine Partei bewusst sei, wer belangt werden soll, so habe sie das Formular entsprechend auszufüllen (allenfalls zu korrigieren) und nicht im Bewusstsein des Fehlers beim Gericht abzugeben. Ein überspitzter Formalismus liege jedenfalls nicht vor.
3. Das Gesuch um vorläufige Eintragung wurde gemäss Eingangsstempel des Richteramt Dorneck-Thierstein überbracht. Es ist naheliegend, dass der Gesuchsteller dies persönlich getan hat und er auch auf die fehlende Möglichkeit, in das Gesuch zwei Gegenparteien einzusetzen, aufmerksam gemacht hat. Vorab aber ist der Hinweis des Gesuchstellers in seiner Beschwerdeantwort auf Art. 252 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) absolut zutreffend: In einfachen und dringlichen Fällen kann ein im summarischen Verfahren zu behandelndes Gesuch auch mündlich zu Protokoll gegeben werden. Damit kann es auch an Ort und Stelle mündlich erläutert bzw. berichtigt werden. Aus dem mit dem Gesuch eingereichten Grundbuchauszug sowie dem gestellten Antrag konnte der Vorderrichter zudem ohne weiteres folgern, dass mit der beantragten Belastung des Grundstückes GB [...] Nr. [...] mit einem Bauhandwerkerpfandrecht auch beide Eigentümer als Parteien aufzuführen waren. Jedenfalls hat weder für den Amtsgerichtspräsidenten, der bereits im Rubrum der ersten Verfügung vom 29. Dezember 2017 beide Ehegatten [...] als Gegenparteien aufgenommen hat, noch bei den Gesuchsgegnern selbst jemals ein Zweifel daran aufkommen können, gegen wen sich das Gesuch richtet. Ohnehin sind Rechtsbegehren wie alle Prozesshandlungen nach Treu und Glauben auszulegen, insbesondere im Lichte der dazu gegebenen Begründung (Urteil 5A\_783/2009 vom 5. August 2010 E. 3.3.2). Schliesslich hat das vom Bundesamt für Justiz zur Verfügung gestellte Mustergesuch in seiner Originalform tatsächlich nur ein Eingabefeld für eine Gegenpartei. Zweck dieser Formulare ist es, insbesondere Laien den Zugang zum Gericht zu erleichtern und nicht, ihnen formelle oder elektronische Stolperfallen in den Weg zu legen. Der Amtsgerichtspräsident hat somit zu Recht von allem Anfang an sowohl A.\_\_\_\_ als auch B.\_\_\_\_ als belangte Gesuchsgegner behandelt.

4.1 Die Gesuchsgegner hatten bereits mit der Gesuchsantwort eingewendet, es herrsche Unklarheit über den Bestand und allfälligen Umfang eines Werkvertrags sowie über einen allfälligen Vertragspartner. Ohne Werkvertrag könne auch kein Bauhandwerkerpfandrecht angemeldet werden. Ein Nachweis von Sanitär- und Heizungsinstallationsarbeiten an der Stockwerkeigentumseinheit der Gesuchsgegner sei nicht erfolgt. Zudem fehlten Angaben betreffend das Datum der Fertigstellung der Arbeiten und entsprechend sei davon auszugehen, dass die 4-monatige Frist zur vorsorglichen Vormerkung des Bauhandwerkerpfandrechts verpasst worden sei. Zum eingereichten Mustergesuch trugen sie vor, ein entsprechendes Begehren sei einlässlich begründet zu stellen und könne nicht nachgebessert werden.

4.2 Der Vorderrichter hielt vorab fest, die in der Eingabe des Gesuchstellers vom 5. Februar 2018 vorgebrachten Punkte seien vom Gericht zu beachten, zumal diesem ausdrücklich die Gelegenheit geboten worden war, eine Stellungnahme einzureichen. Weiter erklärte der Amtsgerichtspräsident, ein Gesuch um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts müsse ungeachtet des summarischen Verfahrens begründet werden. Dem Bauunternehmer obliege es nicht nur, Bestand und Höhe der Forderung glaubhaft zu machen, er habe auch sämtliche übrigen in Art. 837 ZGB genannten Voraussetzungen darzutun. Dies erfordere regelmässig die Berufung auf Urkunden (z.B. die Werkvertragsurkunde, Unternehmensrechnungen bzw. Tagesrapporte). Entweder reiche der Unternehmer derartige Urkunden dem Gericht zusammen mit seinem Gesuch ein oder er sichere die unverzügliche Nachreichung der erforderlichen Urkunden zumindest zu, dies mit Hinweis auf Rainer Schumacher (Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband 3. Auflage, Zürich 2011, Rz. 616 f.). Der Gesuchsteller habe im Gesuch die Nachreichung weiterer Urkunden ankündigt und diese unverzüglich mit der Stellungnahme vom 5. Februar 2018 nachgereicht.

4.3 Die Gesuchsgegner führen dazu in ihrer Beschwerde aus, im Gesuch vom 21. Dezember 2017 hätten Tatsachenbehauptungen und die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel gefehlt. Insbesondere sei im Gesuch vom 21. Dezember 2017 das Vorliegen eines Werkvertrages nicht glaubhaft gemacht worden und es sei nicht einmal behauptet worden, mit welcher Drittpartei dieser Werkvertrag bestehe. Auch die im Gesuch erwähnte Auftragsbestätigung sei nicht nachgereicht worden. Indem die Vorinstanz dann die Eingabe vom 5. Februar 2018 berücksichtigte, seien (nebst anderen) die Art. 221 und 229 ZPO sowie Art. 837 Abs. 1 Ziffer 3 ZGB verletzt worden. Die in Art. 229 ZPO genannten Bedingungen für eine Nachreichung seien eindeutig nicht erfüllt gewesen. Die im Gesuch vom 21. Dezember 2017 erwähnte Nachreichung eines Mailverkehrs sei nicht erfolgt. Mit der Verfügung vom 23. Januar 2018 sei in keiner Art und Weise ein formeller zweiter Schriftenwechsel angeordnet oder sogar Gelegenheit geboten worden, das Gesuch vom 21. Dezember 2017 zu verbessern. Die mit der Stellungnahme des Gesuchstellers vom 5. Februar 2018 erfolgte Verbesserung des Gesuches sei verspätet und dürfe nicht berücksichtigt werden. Das Gesuch müsse unter Verweis auf die einschlägigen Beilagen begründet werden und könne nicht nachgebessert werden (Urteile des Obergerichts des Kantons Zürich LF140001 und PF1 40061). Es sei nicht zulässig, die nach der Einreichung des Gesuches vom 21. Dezember 2017 erst am 5. Februar 2018 eingereichten Behauptungen und Bezeichnung der Beweismittel zu den Tatsachenbehauptungen der Bewilligung des Gesuches vom 21. Dezember 2017 zugrunde zu legen. Die Replik gemäss Art. 6 EMRK könne nicht dazu dienen, die im Gesuch fehlende Glaubhaftmachung

nachzuholen.

### **E. 8.1**

Die Beschwerde ist demnach abzuweisen. Bei diesem Ausgang haben die Gesuchsgegner die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens von CHF 1'200.00 zu bezahlen.

### **E. 8.2**

Die Gesuchsgegner haben dem Gesuchsteller zudem eine Parteientschädigung zu bezahlen. In seiner Honorarnote macht der Gesuchsteller einen Aufwand von 6,74 Stunden zu einem Stundenansatz von CHF 300.00 geltend. Mit Auslagen und Mehrwertsteuer beläuft sich die beantragte Parteientschädigung auf CHF 2'224.65. Die Gesuchsgegner haben zu dieser Kostennote eine Replik eingereicht und verlangen für den Fall ihres Unterliegens, dass maximal eine Parteientschädigung von CHF 1'605.90 zugesprochen wird. Der Gesuchsteller hat sich dazu nicht mehr vernehmen lassen. Zuzustimmen ist dem Einwand der Gesuchsgegner, der Stundenansatz von CHF 300.00 sei angesichts des Streitwert von rund CHF 7'000.00 deutlich zu hoch. Angemessen ist demgegenüber ein Stundenhonorar von CHF 250.00, wie es auch von der Gegenpartei beansprucht wird. Auch die Einwände betreffend das Studium der Verfügung vom 4. April 2018 und das Ausfertigen der Honorarnote treffen zu. Die Erfassung der erbrachten Leistung erfolgt sinnvollerweise dann, wenn diese erbracht worden ist. Der zeitliche Aufwand für das Erfassen der Dauer der erbrachten Leistung ist minimal. Das Auflisten der einzelnen Positionen kann dem Informatiksystem bzw. der Kanzlei überlassen werden. Denn zu entschädigen ist nicht der geltend gemachte Aufwand, sondern der gebotene, der Sache angemessene. Die Parteientschädigung wird somit nach den überzeugenden Ausführungen der Gesuchsgegner auf CHF 1'605.90 (inkl. Auslagen und MwSt.) bemessen.

Demnach widerkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. A. \_\_\_ und B. \_\_\_ haben die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens von CHF 1'200.00 zu bezahlen. Diese werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

3. A. \_\_\_ und B. \_\_\_ haben C. \_\_\_ für das Verfahren vor Obergericht eine Parteientschädigung von CHF 1'605.90 zu bezahlen.

Rechtsmittel: Der Streitwert liegt unter 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

Der Gerichtsschreiber

Frey

Schaller

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