

2. Obergericht und übrige Gerichte

2.1 Zivilrecht

3532

Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 ZGB); Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Das Zuwarten mit der Geltendmachung eines Anspruches begründet grundsätzlich keinen Rechtsmissbrauch, weil ein Gebot zügiger Rechtsausübung nicht besteht. Ebenfalls liegen momentan keine speziellen Umstände vor, welche das Zuwarten der Beklagten als Verstoß gegen Treu und Glauben qualifizieren würden.

Sachverhalt:

Im Jahre 2002 liess der Kläger W. durch die O. GmbH, deren Subunternehmerin die Beklagte G. AG war, sein Einfamilienhaus umbauen. Im selben Jahr wurde aufgrund eines einzelrichterlichen Entscheides ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Beklagten G. AG und zulasten des Klägers W. im Umfang von Fr. 20'664.55 vorläufig eingetragen. Am 18. März 2003 einigten sich die Parteien über einen Teilvergleich mit folgendem Wortlaut (auszugsweise): „1. W. erklärt sich mit der definitiven Eintragung (...) des Bauhandwerkerpfandrechtes (...) einverstanden. W. verpflichtet sich, das Pfandrecht bis zum 18. März 2003 zur definitiven Eintragung im Grundbuch anzumelden. 2. (...) Für den Fall, dass die O. GmbH die Forderung unterschriftlich anerkennen sollte, kann das Pfandrecht erst geltend gemacht werden, nachdem die G. AG die O. GmbH erfolglos bis zum Vorliegen eines Verlustscheines betrieben hat. Die G. AG verpflichtet sich, sich der Löschung des Pfandrechts nicht zu widersetzen, wenn ihre Forderung sowohl gegenüber der O. GmbH wie auch gegenüber W. und dessen

Ehefrau definitiv abgewiesen oder vollständig bezahlt worden ist. (...).
3. Dieser Vergleich betrifft einzig das Bauhandwerkerpfandrecht. (...).“

Am 25. Oktober bzw. 1. November 2005 schloss die Beklagte G. AG mit der O. GmbH eine Vereinbarung, worin diese anerkannte, ihr Fr. 20'664.55 zu schulden. Der Kläger W. ist vorliegend der Meinung, dass das Bauhandwerkerpfandrecht nicht mehr bestehe und beantragt, dass es gelöscht wird.

Aus den Erwägungen:

Der Kläger begründet das Nichtbestehen des Bauhandwerkerpfandrechts bzw. die beantragte Löschung desselben mit dem rechtsmissbräuchlichen Verhalten der Beklagten. Zudem enthalte die Vereinbarung vom 18. März 2003 eine Lücke in einem subjektiv wesentlichen Punkt.

1. Die Vergütungsforderung für qualifizierte Bauarbeiten ist eine Obligation, welche das Baupfandrecht sichern soll. Die Eintragung eines Baupfandrechts setzt deshalb voraus, dass die Forderung entstanden sowie noch nicht (ganz) erloschen ist, also noch besteht (*Rainer Schumacher*, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 1040). Die Grundpfandsicherung ist demnach abhängig vom Bestand einer Forderung, d.h. sie ist akzessorisch. Erlöschensgründe der Vergütungsforderung sind auch Erlöschensgründe des Bauhandwerkerpfandrechts (*Schumacher*, a.a.O., Rz. 1043). Gemäss Art. 807 ZGB unterliegen Forderungen, für die ein Grundpfand eingetragen ist, keiner Verjährung. Unverjährbar sind somit nur Forderungen, für die ein Grundpfandrecht im Grundbuch eingetragen worden ist. Darin liegt eine Durchbrechung des Grundsatzes der Akzessorietät, indem hier das Pfandrecht als Nebenrecht nicht der Forderung folgt, sondern das Pfandrecht die Forderung im Sinn der Unverjährbarkeit beeinflusst (*Bernhard Trauffer*, Basler Kommentar, ZGB II, 3. A., Basel 2007, N 4 zu Art. 807 ZGB).

Die definitive Eintragung des Baupfandrechts im Grundbuch kann dem Drittpfandeigentümer empfindliche Nachteile verursachen. Beispielsweise kann die Belastung eine Verminderung des Verkaufswertes bewirken oder sie vermag den Eindruck einer unseriösen Baufinanzierung sowie die Befürchtung weiterer Eintragungen von Baupfandrechten und Vollstreckungsverfahren erwecken. Dies kann dazu führen, dass das Bauobjekt unverkäuflich wird oder nur zu einem her-

abgesetzten Preis veräussert werden kann (*Schumacher*, a.a.O., Rz. 955).

2. Gemäss Kläger ergibt sich aus der Vereinbarung vom 18. März 2003 der Wille der Parteien, dass die Beklagte das Bauhandwerkerpfandrecht erst geltend machen könne, nachdem sie ihre Forderungen gegen die O. GmbH bis zum Vorliegen eines Verlustscheins durchgesetzt habe. Die Beklagte sei jedoch untätig geblieben. Auf diese Weise dokumentiere sie, dass sie kein Interesse mehr an der Rechtsverfolgung gegenüber der O. GmbH habe. Somit sei das Festhalten am akzessorischen Bauhandwerkerpfandrecht, welches einzig der Sicherung der Forderung der Beklagten gegenüber der O. GmbH diene, rechtsmissbräuchlich. Die Beklagte hingegen ist der Meinung, dass sie nicht verpflichtet sei, ihren Forderungsanspruch umgehend zu vollstrecken. Es sei ihr gutes Recht, bei der Durchsetzung ihrer Forderung auf die O. GmbH Rücksicht zu nehmen. Deren Geschäftsführer sei infolge eines Unfalls während längerer Zeit arbeitsunfähig gewesen. Zudem unterliege die durch Grundpfand gesicherte Forderung keiner Verjährung. Ihr Verhalten sei deshalb nicht rechtsmissbräuchlich.

Das Bauhandwerkerpfandrecht unterliegt den allgemeinen Schranken, die für das ganze Privatrecht gelten, wobei insbesondere das Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB von besonderer Bedeutung ist (*Schumacher*, a.a.O., Rz. 135). Allgemein besteht dabei die Tendenz, im Zweifel Rechtsmissbrauch zu verneinen, die Berufung darauf also nur als ultima ratio zuzulassen (*Heinrich Honsell*, Basler Kommentar, ZGB I, 3. A., Basel 2006, N 29 zu Art. 2 ZGB). Verzögerte Rechtsausübung – wie vom Kläger geltend gemacht – kann rechtsmissbräuchlich sein. Grundsätzlich gilt jedoch, dass das blosses Zuwarten mit der Geltendmachung eines Anspruches nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichtes (vgl. BGE 125 I 14, E. 3g; 110 II 273, E. 2; 105 II 39, E. 1b) keinen Rechtsmissbrauch begründet, weil ein Gebot zügiger Rechtsausübung nicht besteht. In der Regel liegt also kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vor, wenn eine vertragliche oder gesetzliche Frist ausgenützt wird, da es nicht angeht, solche Fristen auf dem Umweg über Art. 2 ZGB generell zu verkürzen. Innerhalb einer Verjährungsfrist darf daher eine Verwirkung des Anspruches wegen verzögerter Rechtsausübung nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden. Zum Zeitablauf müssen weitere Umstände hinzutreten, welche die Rechtsausübung mit der früheren

Untätigkeit des Berechtigten in einem unvereinbaren Widerspruch erscheinen lassen, es müssen mit anderen Worten Umstände hinzutreten, die das Zuwarten als Verstoss gegen Treu und Glauben qualifizieren. Beispielsweise, wenn aus Stillschweigen mit Sicherheit auf einen Verzicht geschlossen werden darf oder wenn dem Partner aus der Verzögerung Nachteile erwachsen (*Honsell*, a.a.O., N 49 zu Art. 2 ZGB).

Der Kläger macht geltend, dass die Beklagte untätig bleibt und leitet daraus ab, der einzige Zweck der Aufrechterhaltung des Bauhandwerkerpfandrechtes sei seine Schädigung. Art. 807 ZGB bestimmt, dass Forderungen, für die ein Grundpfand eingetragen ist, keiner Verjährung unterliegen. Das Gesetz schliesst die Verjährung umfassend aus und somit auch für Forderungen, deren Schuldner mit dem Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht identisch ist (*Schumacher*, a.a.O., N 1592). Die daraus fliessenden negativen Folgen, insbesondere für den Drittpfand Eigentümer, sind folglich vom Gesetzgeber so in Kauf genommen worden. Somit besteht vorliegend weder eine vertragliche noch eine gesetzliche Frist zur Durchsetzung der Forderung und ein Zeitablauf ist nicht möglich. Hinzu kommt, dass die vom Kläger geltend gemachten negativen Folgen nicht wegen des Zeitablaufs bzw. des Nichtdurchsetzens bestehen. Die Nachteile existieren bereits ab der ersten Sekunde der Eintragung.

Andere Umstände, die das Verhalten der Beklagten zu einem Verstoss gegen Treu und Glauben werden lassen, hat der Kläger nicht vorgebracht. Er hat sogar selbst darauf hingewiesen, dass das Zuwarten eines Gläubigers grundsätzlich nicht rechtsmissbräuchlich sei und dass eine Verkürzung von Verjährungsfristen auf dem Umweg über Art. 2 ZGB nicht angehe.

Ohne die Existenz von Art. 807 ZGB würde sich die Situation wie folgt präsentieren: Die Verjährungsfrist bezüglich der Forderung der Beklagten gegenüber der O. GmbH wäre durch die Anerkennung des Schuldners vom Oktober/November 2005 unterbrochen worden (Art. 135 Ziff. 1 OR) und die Verjährung hätte von neuem begonnen (Art. 137 OR). Auf die Dauer der Verjährungsfrist muss vorliegend nicht näher eingegangen werden, doch würde sie wohl zehn Jahre betragen (*Robert K. Däppen*, Basler Kommentar, OR I, 4. A., Basel 2007, N 8 f. zu Art. 128; vgl. *Trauffer*, a.a.O., N 4 zu Art. 807, bezüglich unmittelbar gesetzlicher Grundpfandrechte) und erst Ende 2015 ab-

laufen. Auch im Falle einer fünfjährigen Frist würde diese noch bis Ende 2010 dauern.

Die Beklagte gibt zudem an, dass die O. GmbH wirtschaftlich nicht gut situiert sei und man sie mit der Durchsetzung der Forderung nicht in finanzielle Bedrängnis habe versetzen wollen. Hinzu sei gekommen, dass der Geschäftsführer und Inhaber der Schuldnerin infolge eines Unfalls gesundheitlich angeschlagen und während längerer Zeit arbeitsunfähig gewesen sei.

Es liegen momentan keine Umstände vor, die das Zuwarten der Beklagten als Verstoß gegen Treu und Glauben qualifizieren würden. Ihr Verhalten ist folglich nicht rechtsmissbräuchlich.

Der Kläger moniert, dass die Vereinbarung vom 18. März 2003 keine Regelung für den Fall enthalte, in welchem die Beklagte jahrelang untätig bleibe und die Forderung nicht durchsetze, sich gleichzeitig aber weigere, das Bauhandwerkerpfandrecht löschen zu lassen. Somit enthalte die Vereinbarung eine subjektiv wesentliche Lücke, welche vom Richter zu füllen sei. Denkbar wäre eine Vereinbarung gewesen, dass die Beklagte ihre Forderung innert der Verjährungsfrist geltend zu machen habe, welche anwendbar wäre, wenn die Forderung nicht grundpfandgesichert wäre. Diese Frist hätte fünf Jahre seit Beendigung der Arbeiten der Beklagten auf der Liegenschaft des Klägers betragen. Die Beklagte bestreitet das Vorliegen einer Lücke. Hätten die Parteien eine Befristung vornehmen wollen, hätten sie dies auch getan. Sinn und Zweck der Vereinbarung sei jedoch lediglich, dem Kläger die Gewähr dafür zu geben, dass er erst dann zur Kasse gebeten werde, wenn zuvor das Inkasso bei der O. GmbH ergebnislos gewesen sei. Das Zugeständnis der Beklagten stelle ein namhaftes Entgegenkommen dar. Einer Befristung hätte sie niemals zugestimmt.

Subjektiv wesentliche Vertragspunkte sind solche, deren einvernehmliche Regelung „*conditio sine qua non*“ für den Abschlusswillen beider Parteien bzw. – für die Gegenpartei erkennbar – mindestens einer Partei ist (*Peter Gauch/Walter Schlupe et al.*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 8. A., Zürich 2003, N 341). Ist das Zustandekommen des Vertrages unbestritten, hat das Gericht eine Ergänzung in subjektiv wesentlichen Punkten vorzunehmen, wenn dies der Streitlage entspricht (*Gauch/Schlupe et al.*, a.a.O., N 1272). Die Ergänzung des Vertrages besteht in der Ausfüllung einer Vertragslücke durch dispositives Gesetzesrecht, Gewohn-

heitsrecht oder durch das Gericht (*Gauch/Schluep et al.*, a.a.O., N 1248).

Der Kläger räumte in seiner Klage ein, dass er der Vereinbarung zugestimmt habe, um einen weiteren, nicht aussichtsreichen Prozess zu vermeiden. Der Kläger geht mit anderen Worten davon aus, dass es in einem Gerichtsverfahren zu einer definitiven Eintragung gekommen wäre. Das Gesetz sieht für die Durchsetzung der pfandgesicherten Forderung keine Befristung vor (vgl. Art. 807 ZGB). Eine solche Regelung wäre lediglich dem Kläger zugute gekommen. Die Beklagte hingegen hat keinen Grund gehabt, einer Befristungsklausel zuzustimmen. Sie wäre damit schlechter gestellt gewesen als im gesetzlichen Fall. Sie hat mit dem Eintrag des Pfandrechtes nichts erhalten, was ihr nicht zugestanden wäre und als Gegenleistung für eine Befristung angesehen werden könnte. Gemäss Aussagen der Beklagten hätte sie bei einer Regelung der Befristung der Vereinbarung auch nicht zugestimmt.

Es ist daher nicht ungewöhnlich oder störend, wenn die Vereinbarung zwischen den Parteien keine Befristung enthält. Die Festlegung einer Durchsetzungsbefristung war kein wesentlicher Vertragspunkt für beide Parteien und die Wesentlichkeit war für die Beklagte nicht erkennbar. Im gesetzlichen Falle hätte ebenfalls keine Befristung bezüglich der Durchsetzung bestanden. Es ist deshalb keine Lücke anzunehmen. Selbst wenn eine solche angenommen werden würde, wäre sie gemäss der gesetzlichen Lösung zu füllen. Diesfalls wäre eine Befristung aber ebenfalls zu verneinen.

Es liegt weder ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten vor, noch enthält die Vereinbarung vom 18. März 2003 eine subjektiv wesentliche Lücke, welche der Richter zu füllen hätte. Das Bauhandwerkerpfandrecht besteht folglich zu Recht weiter und eine Löschung ist nicht angezeigt. Die Klage ist abzuweisen.

KGer, 20.04.2009