

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 635 48 14
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 17 52

Bern, 27. Juni 2017

Besetzung

Oberrichterin Grütter (Referentin), Oberrichter D. Bähler und
Oberrichter Hurni
Gerichtsschreiber Ruch

Verfahrensbeteiligte

A._____ GmbH
vertreten durch Fürsprecher B._____
Gesuchstellerin/Beschwerdeführerin

gegen

C._____
vertreten durch Rechtsanwalt D._____
Gesuchsgegnerin/Beschwerdegegnerin

Gegenstand

Kostenentscheid

Beschwerde gegen den Entscheid des Regionalgerichts Bern-
Mittelland vom 26. Januar 2017 (CIV 16 7662)



Regeste:

Art. 242 ZPO; Gegenstandslosigkeit des Verfahrens bei Leistung einer hinreichenden und definitiven Sicherheit während des Verfahrens um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (E. 21); Auswirkungen auf die Kostenverlegung (E. 22).

Erwägungen:

I.

1. Die A. _____ GmbH (nachfolgend Beschwerdeführerin) führte als Unterakkordantin der E. _____ AG in einer der C. _____ (nachfolgend Beschwerdegegnerin) gehörenden Überbauung, genannt «F. _____», gelegen auf den Grundstücken [Ort] Gbbl. Nrn. ____4 bis ____7, ____3a bis ____6a, ____2b bis ____4b sowie – gemäss Angaben der Beschwerdegegnerin – ____8c und ____9c (beides Strassenparzellen), diverse Arbeiten an Unterlagsböden aus.
2. Da die E. _____ AG der Beschwerdeführerin einen Teil des Werklohnes nicht bezahlt hatte, sah sich diese veranlasst, mit Gesuch vom 20. Dezember 2016 beim Regionalgericht Bern-Mittelland (nachfolgend Vorinstanz) die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts in der Höhe von CHF 250'780.30 zuzüglich Zins von 5 % seit wann rechtens auf den oben genannten Grundstücken zu verlangen (pag. 1 ff.).
3. Die Beschwerdegegnerin beantragte in ihrer Gesuchsantwort vom 13. Januar 2017 die kostenfällige Abweisung des Gesuchs (pag. 27 ff.).
4. Am 23. Januar 2017 überwies die E. _____ AG eine Sicherheitsleistung von CHF 375'000.00 auf das Konto der Vorinstanz, um einen Eintrag im Grundbuch zu vermeiden (pag. 47, 105, 107). Die Beschwerdeführerin hatte diesen Betrag vorgängig als genügende Sicherheit anerkannt, sofern der Sicherheitsanspruch definitiv geleistet werde (pag. 91). Hierzu führte die E. _____ AG am 23. Januar 2017 aus, dass sie den Sicherheitsanspruch der Beschwerdeführerin für die Grundstücke [Ort] Nrn. ____4 bis ____7, ____4a, ____5a, ____6d sowie ____2b bis ____4b definitiv und für die Grundstücke [Ort] Nrn. ____8c und ____9c (Strassenparzellen) vorläufig anerkenne (pag. 105 ff.).
5. Daraufhin zog die Beschwerdeführerin ihr Gesuch in Bezug auf die beiden Strassenparzellen ([Ort] Gbbl. Nrn. ____8c und ____9c) am 24. Januar 2017 mündlich zurück. Gleichzeitig bestätigte sie, dass sie die geleistete Sicherheit als hinreichend akzeptiere.
6. In der Folge reichten beide Parteien ihre Honorarnoten ein, äusserten sich aber nicht weiter zur Kostenliquidation.
7. Mit Entscheid vom 26. Januar 2017 (pag. 137 ff.) wies die Vorinstanz das Gesuch um vorsorgliche Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts infolge Leistung einer hinreichenden und definitiven Sicherheit durch die E. _____ AG ab (Ziff. 4),

soweit es nicht zufolge Rückzugs gegenstandslos geworden war (Ziff. 2). Die Prozesskosten auferlegte sie der Beschwerdeführerin (Gerichtskosten CHF 1'000.00, Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin von CHF 3'872.90; Ziff. 5 und 6).

8. Gegen den Kostenentscheid erhob die Beschwerdeführerin am 2. Februar 2017 Beschwerde und stellte folgende Rechtsbegehren (pag. 165 ff.):

1. Das Gesuch um vorsorgliche Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sei infolge Leistung einer hinreichenden und definitiven Sicherheit unter Aufhebung von Ziff. 4 des Entscheiddispositivs abzuschreiben und er sei der Kostenentscheid (Ziff. 5 – 6) des Regionalgerichts Bern-Mittelland, Zivilabteilung, vom 26. Januar 2016 [recte: 2017] aufzuheben.
2. Der Gesuchsgegnerin/Beschwerdegegnerin seien die Gerichtskosten von CHF 1'000.00 aufzuerlegen. Der von der Gesuchstellerin/Beschwerdeführerin geleistete Gerichtskostenvorschuss in der Höhe von CHF 1'190.00 sei der Gesuchstellerin/Beschwerdeführerin zurückzuerstatten. Zudem sei die Gesuchsgegnerin/Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin/Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 2'527.95 zu bezahlen.
3. Eventualiter sei der Kostenentscheid an die Vorinstanz zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zurückzuweisen.
4. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge

9. Mit Verfügung vom 10. Februar 2017 wies die Instruktionsrichterin den Antrag um Aufschub der Vollstreckbarkeit ab (pag. 187 ff.).

10. Die Beschwerdegegnerin schloss in ihrer Beschwerdeantwort vom 10. März 2017 auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne (pag. 197 ff.).

11. Ein weiterer Schriftenwechsel hat nicht stattgefunden.

II.

12. Kostenentscheide sind selbständig nur mit Beschwerde anfechtbar (Art. 319 Bst. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 110 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]).

13. Das Obergericht ist zur Beurteilung der mit Beschwerde weitergezogenen Streitigkeiten in jeder Hinsicht zuständig (Art. 6 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1]).

14. Die Beschwerde erfolgte frist- und formgerecht (Art. 130 f. ZPO und Art. 321 Abs. 2 ZPO).

15. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

III.

16. Die Vorinstanz erwog, die E._____ AG habe der Beschwerdeführerin für die gesamte Forderung eine definitive Sicherheit geleistet. Folglich verliere die Beschwerdeführerin ihren Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts, da an deren Stelle die Sicherheitshinterlegung vom 23. Januar 2017 trete. Das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sei daher abzuweisen und die Prozesskosten – entsprechend dem Verfahrensausgang – der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen.
17. In ihrer dagegen erhobenen Beschwerde machte die Beschwerdeführerin unter Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts (BGer) 5A_838/2015 vom 5. Oktober 2016 (E. 1.2) geltend, entgegen den Ausführungen der Vorinstanz sei das Gesuch um vorsorgliche Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts infolge Leistung einer hinreichenden und definitiven Sicherheit während hängigem Verfahren nicht abzuweisen, sondern gemäss den Bestimmungen von Art. 241 f. ZPO als gegenstandslos abzuschreiben.

Bezüglich der Verlegung der Prozesskosten hält sie fest, sie habe mit der definitiven Sicherheit dasselbe erreicht wie mit einem Baupfand: Für ihre Forderung bestehe ein Haftungssubstrat, auf welches sie bei Ausbleiben der Bezahlung zurückgreifen könne. Folglich könne sie – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – nicht als unterliegende Partei betrachtet werden. Bei einer definitiv geleisteten Sicherheit seien die Kosten gleich zu verteilen, wie wenn im Verfahren um die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts der Grundeigentümer den Anspruch auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch definitiv anerkannt hätte (mit Verweis auf SCHUMACHER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, N. 20 zu Art. 839 ZGB; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Auflage, Zürich 2008, N. 1310 f.; Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen RZ 2008.36 vom 14. November 2008). Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO hätten die Prozesskosten daher der Beschwerdegegnerin auferlegt werden müssen.

Bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens sei Art. 107 Abs. 1 Bst. e ZPO anwendbar, wobei bei der Kostenverlegung insbesondere der mutmassliche Verfahrensausgang zu berücksichtigen sei. Vorliegend müsse sich die Beschwerdegegnerin das Verhalten der E._____ AG anrechnen lassen. Diese habe die offenen Rechnungen nicht bezahlt und im vorliegenden Verfahren eine definitive Sicherheit geleistet. Hätte die E._____ AG dies nicht getan, hätte das Gesuch gutgeheissen werden müssen. Der Beschwerdeführerin sei auch nicht zuzumuten gewesen, die E._____ AG vor Einleitung des Verfahrens um eine Sicherheitsleistung anzugehen: Diese sei für den ausstehenden Forderungsbetrag erfolglos gemahnt worden, und die Frist für die Eintragung eines Baupfands sei sehr kurz. Ein Zuwarten mit rechtlichen Schritten hätte von der Beschwerdegegnerin nicht mehr erwartet werden dürfen und es könne nicht behauptet werden, dass die Beschwerdeführerin unnötig Prozesskosten verursacht habe. Deshalb seien die Prozesskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.

18. Die Beschwerdegegnerin schliesst sich in ihrer Beschwerdeantwort der Auffassung der Vorinstanz an. Die Beschwerdeführerin gelte zudem sowohl bei Abweisung des Gesuchs als auch bei Abschreibung des Verfahrens nicht als obsiegende Partei, da sie ihr Ziel – die Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch – nicht erreicht habe. Die Beschwerdegegnerin dagegen sei ohne Belastung mit irgendwelchen Nachteilen aus dem Verfahren hervorgegangen und gelte keinesfalls als unterliegend.

Weiter hält die Beschwerdegegnerin fest, dass das Gesuch um superprovisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts abgewiesen worden sei und die Beschwerdeführerin ihren Antrag in Bezug auf zwei Grundstücke zurückgezogen habe. Zudem sei die Sicherheit von einer Drittpartei geleistet worden. Art. 106 ZPO finde nur auf das Verhältnis zwischen den Prozessparteien im konkreten Verfahren Anwendung. Massgebend sei einzig der Verfahrensausgang im Verhältnis zwischen den Parteien und das Verhalten Dritter habe unberücksichtigt zu bleiben. Bei dieser Betrachtung gelte die Beschwerdeführerin als unterliegend. Massgebend für die Beurteilung des Obsiegens sei auch nicht eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, sondern einzig der Vergleich der Rechtsbegehren im Gesuch mit dem Verdikt im Entscheid, was hier Hundert zu Null ergebe. Der Auffassung von SCHUMACHER sei nur dann zuzustimmen, wenn die Sicherheitsleistung durch den ins Recht gefassten Grundeigentümer erbracht werde und der Grundeigentümer selbst die dazu notwendigen Erklärungen abgebe (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Auflage, Zürich 2008, N. 1302 ff.), was hier nicht der Fall sei.

Schliesslich würden auch keine Gründe vorliegen, um von den Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO abzuweichen (Art. 107 Abs. 1 Bst. e ZPO). Die Beschwerdegegnerin habe – bis zur Gesucheinreichung – weder vom Vertragsverhältnis zwischen der E._____ AG und der Beschwerdeführerin Kenntnis gehabt, noch vom Streit zwischen diesen beiden. Sie habe keine Gelegenheit gehabt, das Verfahren zu vermeiden. Sodann habe die E._____ AG auf erste Aufforderung der Beschwerdegegnerin hin Sicherheit geleistet. Die Prozesskosten seien unter diesen Umständen nach Art. 106 ZPO zu verteilen und der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, dies unter Berücksichtigung von Art. 108 ZPO (Vermeidung unnötiger Kosten).

IV.

19. Die Ausgangslage präsentiert sich hier wie folgt: Eine Drittpartei – die Auftraggeberin der Beschwerdeführerin – leistete im Verlauf des Verfahrens um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts eine definitive Sicherheit, welche von der Beschwerdeführerin als genügend anerkannt wurde. Damit entfiel sowohl die Grundlage für die (vorläufige und definitive) Eintragung eines Pfandrechts als auch die Notwendigkeit der Prosequierung des Massnahmeverfahrens. Das Thema der Sicherheit hat sich erledigt und es muss einzig noch die Auseinandersetzung über die Forderung an sich geführt werden. Die Beschwerdegegnerin als Eigentümerin der Grundstücke hat mit dem Streit zwischen der Unternehmerin und der Subunternehmerin nichts mehr zu tun. Mangels eines Hauptverfahrens müssen die Kosten des Massnahmeverfahrens daher sofort liquidiert werden.

20. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass das von der Beschwerdeführerin eingeleitete Verfahren um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts aufgrund der definitiv geleisteten Sicherheit dahin gefallen ist. Strittig und zu beurteilen ist vorliegend jedoch erstens, ob ein Verfahren um vorläufige Eintragung eines Pfandrechts nach Sicherheitsleistung durch einen Dritten gegenstandslos wird oder ob das Gesuch abzuweisen ist (E. 21). Zweitens sind die Kosten nach Massgabe der einschlägigen Bestimmungen zu verlegen (E. 22).
21. Abweisung des Gesuchs oder Abschreibung des Verfahrens?
- 21.1 Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB kann die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet. Die Sicherheit kann während des Verfahrens auf provisorische oder definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts geleistet werden. Wird die Sicherheit als hinreichend anerkannt, fällt der Anspruch auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts dahin. Der Unternehmer verliert durch eine hinreichende und definitive Sicherheitsleistung jedoch nicht seinen Sicherheitsanspruch, sondern erhält eine Ersatzsicherheit, die gleich wie das Baupfandrecht ein Verwertungsrecht ist. Wird hinreichende Sicherheit geleistet, erreicht der Unternehmer dasselbe wie mit einem Baupfand (SCHUMACHER, BR 2009, S. 64).
- 21.2 Vorliegend hat die E. _____ AG für die angemeldete Forderung eine – von der Beschwerdeführerin als hinreichend anerkannte – definitive Sicherheit geleistet. Damit hat die Beschwerdeführerin von Gesetzes wegen keinen Anspruch mehr auf Eintragung eines Pfandrechts (Art. 839 Abs. 3 ZGB), denn sie hat ihr Ziel – die definitive Sicherstellung ihrer mutmasslichen Forderung – mit der hinterlegten Sicherheit bereits erreicht. Weil aber die Sicherheit vorliegend erst im Verlauf des Verfahrens geleistet wurde, liegt darin kein Unterliegen der Beschwerdeführerin. Vielmehr war das Gesuch anfänglich durchaus nötig und hat schliesslich zum gewünschten Resultat geführt. Anders als durch ein Gesuch um Eintragung eines Pfandrechts konnte die Beschwerdeführerin zu keiner Sicherheit gelangen, da die Hinterlegung eines Geldbetrages nicht eingeklagt werden kann. Aufgrund der nun geleisteten Sicherheit ist das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin am Eintrag des Bauhandwerkerpfandrechts im Verlauf des Verfahrens dahin gefallen. Fällt aber das Rechtsschutzinteresse der gesuchstellenden Partei (erst) *nach Eintritt* der Rechtshängigkeit definitiv weg, so wird das Gesuch gemäss Rechtsprechung und Lehre gegenstandslos (vgl. KRIECH, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl. 2016, N. 3 zu Art. 242 ZPO; NAEGLI/RICHERS, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl. 2013, N. 1 zu Art. 242 ZPO; DROESE, Res iudicata ius facit, Bern 2015, S. 169 ff.). Tritt also – wie vorliegend – das negative Tatbestandsmerkmal von Art. 839 Abs. 3 ZGB (Leistung einer hinreichenden und definitiven Sicherheit) erst während des Verfahrens ein, so führt dies zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens. Ein Abweisen des Gesuchs bzw. ein Nichteintreten auf das Gesuch ist nur dann angezeigt, wenn die «negative Voraussetzung» von Art. 839 Abs. 3 ZGB bereits im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung vorliegt.

- 21.3 Dass die Sicherheit vorliegend nicht durch die Eigentümerin (vgl. Art. 839 Abs. 3 ZGB), sondern durch einen Dritten geleistet wurde, ändert an diesem Resultat nichts. Denn es ist unbestritten, dass auch ein Dritter Sicherheit leisten kann und es dem Gesuchsteller gleichgültig sein muss, wer die hinreichende Sicherheit geleistet hat (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Auflage, Zürich 2008, N. 1246). Massgebend ist einzig die Wirkung für den Gesuchsteller, nicht die Herkunft der Sicherheit.
- 21.4 Nach dem Gesagten war es nicht sachgerecht, das Gesuch der Beschwerdeführerin abzuweisen. Vielmehr ist das vorliegende Verfahren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts infolge Leistung einer hinreichenden und definitiven Sicherheit während des Verfahrens insgesamt als gegenstandslos abzuschreiben (vgl. BGer 5A_838/2015 vom 5. Oktober 2016 E. 1.2 f. [nicht publ. in BGE 142 III 738]). Ob dies auch gelten würde, wenn die Sicherheit lediglich provisorisch geleistet wird, kann vorliegend offen bleiben.
- 21.5 Zu erwähnen sei an dieser Stelle, dass sich die Beschwerdegegnerin dem Gesuch nicht etwa unterzogen hat. Zwar hat sie die E. _____ AG offensichtlich zur Sicherheitsleistung aufgefordert, selber geleistet hat sie aber nichts. Ihre Absicht war es, aus dem Streit zwischen der Beschwerdeführerin und der E. _____ AG herausgehalten zu werden, was ihr auch gelungen ist.
22. Kostenverlegung
- 22.1 Grundsätzlich werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Das Gericht kann die Prozesskosten jedoch nach Ermessen verteilen, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird und das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 107 Abs. 1 Bst. e ZPO).
- Bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens ist für die Kostenregelung namentlich zu berücksichtigen, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre, welche Partei Anlass zur Klage bzw. zum Rechtsmittel gegeben hat und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die dazu geführt haben, dass das Verfahren gegenstandslos geworden ist (BGer 4A_272/2014 vom 9. Dezember 2014 E. 3.1).
- 22.2 Kann die Gegenstandslosigkeit – wie vorliegend – keiner der Parteien eindeutig zugewiesen werden, so ist auf den mutmasslichen Prozessausgang abzustellen. Das Abwägen des mutmasslichen Obsiegens bzw. Unterliegens ergeht dabei aufgrund einer summarischen Prüfung gestützt auf die Akten und ohne Durchführung eines Beweisverfahrens.
- 22.3 Die Beschwerdeführerin hat ihr Gesuch bezüglich der beiden Strassenparzellen (Grundstücke [Ort] Gbbl. ___8c und ___9c; 2 von 13 Parzellen) zurückgezogen. Diesbezüglich gilt sie als unterliegende Partei (Art. 106 Abs. 1 Satz 2 ZPO).
- 22.4 In Bezug auf die weiteren Parzellen (11 von 13 Parzellen) wäre das Bauhandwerkerpfandrecht im Entscheidfall mit grosser Wahrscheinlichkeit eingetragen worden:
- Gestützt auf Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB hat die Beschwerdeführerin als Subunternehmerin einen eigenständigen Anspruch auf Pfanderrichtung. Eine Vertragsbeziehung zur Grundeigentümerin ist keine Voraussetzung des Baupfandanspruchs

(vgl. SCHUMACHER, a.a.O., N. 936). Der Unternehmer hat seinen Pfandanspruch dabei bloss glaubhaft zu machen, wobei das Beweismass der blossen Glaubhaftmachung im summarischen Verfahren betreffend die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts besonders stark herabgesetzt ist. Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn das beantragte Baupfandrecht als ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfalle, namentlich bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen (SCHUMACHER, a.a.O., N. 1394 f.).

Vorliegend lässt sich der Gesuchsantwort der Beschwerdegegnerin nichts entnehmen, was einer vorläufigen Eintragung entgegenstehen würde. Die grundsätzliche Eintragungsfähigkeit der geltend gemachten Forderung ist nicht in Zweifel zu ziehen und die Frist von Art. 839 Abs. 2 ZGB wurde eingehalten. Zudem erscheint die Forderung auf den ersten Blick nicht unbegründet. Die Beschwerdeführerin hat ihren Pfandanspruch jedenfalls glaubhaft dargelegt resp. ihre Forderung für ein Massnahmeverfahren genügend behauptet und substantiiert. Dass sie bestritten ist, liegt in der Natur der Sache.

- 22.5 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, sie habe keine Kenntnis vom Subunternehmervertrag resp. vom Streit zwischen Unternehmerin und Subunternehmerin gehabt und behauptet, sie hätte die Sicherheitsleistung auch vorprozessual bei der E._____ AG erhältlich machen können, so dass ein Gesuch überflüssig gewesen sei.

SCHUMACHER weist diesbezüglich darauf hin, die Würdigung der Umstände des konkreten Einzelfalls könnten ergeben, dass es dem Unternehmer – vorliegend der Subunternehmerin – zuzumuten gewesen wäre, dem ahnungslosen und solventen Grundeigentümer vorgängig Gelegenheit zu bieten, hinreichende Sicherheit definitiv zu leisten, um das summarische Gerichtsverfahren zu vermeiden (SCHUMACHER, BR 2009, S. 64, Anmerkung 4). Es stellt sich daher die Frage, ob die Beschwerdeführerin unnötigen Aufwand generiert hat, was Kostenfolgen nach Art. 108 ZPO nach sich ziehen könnte.

- 22.6 Die viermonatige Frist für die vorläufige Eintragung des Pfandrechts lief vorliegend vom 27. September 2016 bis am 27. Januar 2017. Die Beschwerdeführerin hätte somit zwischen September und Dezember 2016 etwas Zeit gehabt, um die Beschwerdegegnerin über die vorhandenen Probleme zu orientieren. Gewisse Chancen, dass aufgrund der Intervention der Beschwerdegegnerin eine aussergerichtliche Lösung gefunden werden könnte, waren sicherlich vorhanden. Dass die E._____ AG selber Sicherheit leisten würde, durfte hingegen angesichts der bestehenden Differenzen nicht erwartet werden.
- 22.7 Eine Vorschrift, wonach der potentielle Prozessgegner vorgängig zu informieren ist, besteht nicht. Solches zu verlangen wäre hier nach Ansicht der Kammer auch zu viel verlangt: Im Baugeschäft geht es notorisch hektisch zu, wobei dem Inkasso der Werklohnforderung nicht immer oberste Priorität zukommt. Werden die Inkassoschwierigkeiten nach einiger Zeit offensichtlich, muss vorab die Verwirkungsfrist gewahrt werden. Auch der Umstand, dass das Gesuch kurz vor Weihnachten eingereicht wurde, lässt keinen anderen Schluss zu: Nachdem die Festtage den Fris-

tenlauf für die Eintragung nicht hindern, konnte darauf nicht Rücksicht genommen werden. Zudem verfügt die Beschwerdegegnerin über einen Rechtsdienst und kann grundsätzlich umgehend reagieren.

- 22.8 Das von SCHUMACHER skizzierte Vorgehen (vgl. oben E. 22.5) ist zwar empfehlenswert, kann aber nicht zur Norm erhoben werden. Unter den genannten Umständen kann der Beschwerdeführerin jedenfalls nicht vorgeworfen werden, dass sie der Beschwerdegegnerin vorgängig keine Gelegenheit zum Einfordern der Sicherheit bei der E. _____ AG gegeben hat.
- 22.9 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Gesuch in Bezug auf 11 (von 13) Parzellen obsiegt hätte, hingegen betreffend die beiden Strassenparzellen infolge Rückzugs unterlegen wäre. Dieser Ausgang des Verfahrens würde eine Belastung der Beschwerdeführerin zu ca. einem Achtel nahelegen: Der zurückgezogene Antrag betraf 2 von 13 Parzellen, d.h. 15 %. Diese Prozentzahl kann aber nicht voll auf die Kostenliquidation durchschlagen, weil die Grundfragen (Eintragungsfähigkeit der Forderung, Einhalten der Frist, usw.) unabhängig von den zu belastenden Parzellen beantwortet werden mussten. Infolge des Rückzugs gilt die Beschwerdeführerin somit zu rund 10 % als unterliegend. Sie muss daher die Kosten im Umfang von 10 % tragen, im Umfang von 90 % werden sie der Beschwerdegegnerin auferlegt.
23. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Das Verfahren um vorsorgliche Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts wird infolge Leistung einer hinreichenden und definitiven Sicherheit als gegenstandslos abgeschrieben.
- Die erstinstanzlichen Gerichtskosten von CHF 1'000.00 werden gemäss festgelegtem Verteilschlüssel zu 10 % der Beschwerdeführerin und zu 90 % der Beschwerdegegnerin auferlegt. Damit hat die Beschwerdeführerin erstinstanzliche Gerichtskosten von CHF 100.00 und die Beschwerdegegnerin solche von CHF 900.00 zu bezahlen. Die erstinstanzlichen Parteikosten sind nach dem gleichen Aufteilungsverhältnis zu verlegen. Die Beschwerdeführerin macht für das erstinstanzliche Verfahren ein angemessenes Honorar von CHF 2'250.00 zzgl. Auslagen von CHF 90.70 geltend (pag. 127). Nicht zugesprochen werden kann hingegen die Mehrwertsteuer von 8 % auf dem festgelegten Honorar (inkl. Auslagen). Die Beschwerdeführerin hat zwar ihrem Rechtsvertreter eine Mehrwertsteuer auf den von ihr erbrachten Leistungen zu entrichten. Doch kann sie diese, da sie selber auch mehrwertsteuerpflichtig ist (vgl. UID-Register unter <www.uid.admin.ch>) in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen (vgl. Art. 28 MWSTG). Da der Beschwerdeführerin damit tatsächlich keine Kosten entstehen, ist die in der Kostennote aufgeführte Mehrwertsteuer auf dem Honorar bei der Bestimmung der Parteikosten nicht zu berücksichtigen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern VGE 100.2013.137 vom 26. Mai 2014 E. 6.2 ff., publiziert in: BVR 2014/10 S. 484 ff. sowie die entsprechende Praxisfestlegung für die Zivilabteilung im ZAK-Beschluss vom 13. November 2014). Die Parteientschädigung der Beschwerdeführerin für das erstinstanzliche Verfahren beläuft sich somit auf CHF 2'340.70. Davon hat die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin 90 %, ausmachend CHF 2'106.60, zu ersetzen. Demgegenüber hat die Beschwerdeführerin

der Beschwerdegegnerin 10 % ihrer Parteikosten von insgesamt CHF 3'872.90 (pag. 131), ausmachend CHF 387.30, zu ersetzen. Per Saldo der gegenseitig geschuldeten, erstinstanzlichen Parteientschädigungen ist die Beschwerdegegnerin somit zu verurteilen, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von CHF 1'719.30 zu bezahlen.

V.

24. Zu verteilen bleiben die Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens. Diese werden nach dem Unterliegerprinzip verlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO).
25. Die Beschwerdeführerin obsiegt mit ihren Begehren weitgehend resp. unterliegt in Bezug auf die erstinstanzlichen Gerichtskosten nur geringfügig. Die oberinstanzlichen Prozesskosten werden daher im gleichen Verhältnis wie die erstinstanzlichen Kosten verlegt.
26. Die oberinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 800.00 (Art. 46 des Verfahrenskostendekrets [VKD; BSG 161.12]), werden im Umfang von CHF 720.00 der Beschwerdegegnerin und im Umfang von CHF 80.00 der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt.
27. Die Parteikosten werden für beide Parteien pauschal auf CHF 1'600.00 (Art. 105 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 7 sowie Art. 5 Abs. 1 und 3 der Parteikostenverordnung [PKV; BSG 168.811]) bestimmt und gemäss festgelegtem Aufteilungsverhältnis verlegt. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin für das oberinstanzliche Verfahren somit CHF 1'280.00 zu ersetzen.

Die Kammer entscheidet:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die Ziffer 4 des angefochtenen Entscheids des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 26. Januar 2017 (CIV 16 7662) wird wie folgt ersetzt:

Das Gesuch um vorsorgliche Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vom 20. Dezember 2016 wird infolge Leistung einer hinreichenden und definitiven Sicherheit als gegenstandslos abgeschrieben.

2. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 1'000.00, werden um Umfang von CHF 900.00 der Beschwerdegegnerin und im Umfang von CHF 100.00 der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Die Kosten von CHF 1'000.00 werden mit dem von der Beschwerdeführerin vor erster Instanz geleisteten Vorschuss in der Höhe von CHF 1'190.00 verrechnet.

Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin CHF 900.00 für vorgeschossene Gerichtskosten zu ersetzen.

Der Beschwerdeführerin sind CHF 190.00 aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verurteilt, der Beschwerdeführerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 1'719.30 zu bezahlen.
4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 800.00, werden im Umfang von CHF 720.00 der Beschwerdegegnerin und im Umfang von CHF 80.00 der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin CHF 720.00 für vorgeschossene Gerichtskosten zu ersetzen.

5. Die Beschwerdegegnerin wird verurteilt, der Beschwerdeführerin für das oberinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 1'280.00 zu bezahlen.

6. Zu eröffnen:
 - den ParteienMitzuteilen:
 - der Vorinstanz

Bern, 27. Juni 2017

Im Namen der 2. Zivilkammer

Die Referentin:

Oberrichterin Grütter

Der Gerichtsschreiber:

Ruch

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Dabei kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden, wobei die Rüge zu begründen ist (Art. 98 BGG, Art. 106 Abs. 2 BGG). Die Art. 95, 97 und 105 Abs. 2 BGG gelangen nicht zur Anwendung. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.